

مختصر  
المجموع شرح المذهب

الجزء الخامس عشر





## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال المصنف رحمه الله :

### كتاب الإجارة<sup>(١)</sup>

[يجوز عقد الإجارة على المنافع المباحة، والدليل عليه قوله تعالى : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أُمَّهَاتَهُنَّ﴾<sup>(٢)</sup> . وروى سعيد بن المسيب عن سعد رضي الله عنه قال : «كنا نكري الأرض بما على السواقي من الزرع فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورق». وروى أبو أمامة التيمي قال : «سألت ابن عمر فقلت : إنا قوم نكري في هذا الوجه وإن قوماً يزعمون أن لا حج لنا، فقال ابن عمر : أستم تلبون وتطوفون بين الصفا والمروة؟ إن رجلاً أتى النبي ﷺ فسأل عما تسألوني عنه فلم يرد عليه حتى نزل ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾<sup>(٣)</sup> فتلاها

(١) قال الشريبي في المغني (٣/٤٣٨) : الإجارة - بكسر الهمزة - في المشهور، وحكى ابن سيده ضمها، وصاحب المستعذب فتحها. وهي لغة اسم للأجرة ثم اشتهرت في العقد. وشرعاً : عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم، فخرج بمنفعة : العين، وبمقصودة : التافهة، وبمعلومة : القراض والجعالة على عمل مجهول، وبقابلة لما ذكر : منفعة البضع فإن العقد عليها لا يسمى إجارة، وبعوض : هبة المنافع، وبمعلوم : المساقاة والجعالة على عمل معلوم بعوض مجهول.

(٢) الطلاق : ٦ .

(٣) البقرة : ١٥٨ .

عليه». وروى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ: «احتجم وأعطى الحجام أجره». ولأن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز عقد البيع على الأعيان وجب أن يجوز عقد الإجارة على المنافع.

**فصل** ولا تجوز على المنافع المحرمة، لأنه يحرم فلا يجوز أخذ العوض عليه كالميتة والدم.

**فصل** واختلف أصحابنا في استئجار الكلب المعلم، فمنهم من قال: يجوز، لأن فيه منفعة مباحة فجاز استئجاره كالفهد. ومنهم من قال: لا يجوز، وهو الصحيح، لأن اقتنائه لا يجوز إلا للحاجة وهو الصيد وحفظ الماشية وما لا يقوم غير الكلب فيه مقامه إلا بمؤن، والدليل عليه قوله ﷺ: «من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان» وما أبيع للحاجة لم يجز أخذ العوض عليه كالميتة، ولأنه لا يضمن منفعته بالغصب فدل على أنه لا قيمة لها.

**فصل** واختلفوا في استئجار الفحل للضراب، فمنهم من قال: يجوز، لأنه يجوز أن يستباح بالإعارة فجاز أن يستباح بالإجارة كسائر المنافع. ومنهم من قال: لا يجوز، وهو الصحيح، لما روى ابن عمر رضي عنه أن النبي ﷺ «نهى عن ثمن عسب الفحل»، ولأن المقصود منه هو الماء الذي يخلق منه وهو محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عليه كالميتة والدم.

**فصل** واختلفوا في استئجار الدراهم والدنانير ليجمع بها الدكان واستئجار الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال، فمنهم من قال: يجوز، لأنه منفعة مباحة فجاز الاستئجار لها كسائر المنافع. ومنهم من قال: لا يجوز، وهو الصحيح، لأن الدراهم والدنانير لا تراد للجمال ولا الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال فكان بذل العوض فيه من السفه، وأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل، ولأنه لا يضمن منفعتها بالغصب فلم يضمن بالعقد.

**الشرح:** الأصل في جواز الإجارة الكتاب والسنة والاجماع.

فأما الكتاب فقولته تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ﴿٢٦﴾﴾ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ

تَأْجِرُنِي ثَمَنِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ  
سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ ﴿٢٧﴾<sup>(١)</sup>.

وأما السنة، فقد ثبت أن رسول الله ﷺ وأبا بكر استأجرا عبد الله بن الأريقط الديلي وكان خريئاً - وهو الخبير بمسالك الصحراء والوهاد - ليكون هادياً ومرشداً لهما في هجرتهما من مكة إلى المدينة<sup>(٢)</sup>.

وأما الإجماع فقد انعقد بين أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة إلا ما روي عن عبدالرحمن الأصبم، الذي قيل فيه إنه عن الحق أصم، من أنه: لا يجوز ذلك لأنه غرر لأنه يعقد على منافع لم تخلق.

وأما أحاديث الفصل، فحديث سعد بن أبي وقاص رواه أحمد وأبو داود والنسائي، وقد سكت عنه أبو داود والمنذري<sup>(٣)</sup>. قال ابن حجر في فتح الباري: رجاله ثقات إلا أن محمد بن عكرمة المخزومي لم يرو عنه إلا ابراهيم بن سعد.

وحديث أبي أمامة التيمي أخرجه أحمد وغيره<sup>(٤)</sup>. وأما حديث «من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية» فقد أخرجه أحمد والبخاري ومسلم والترمذي عن ابن عمر<sup>(٥)</sup>. وحديث «النهي عن ثمن عسب الفحل» رواه أحمد والبخاري والنسائي وأبو داود<sup>(٦)</sup>.

(١) القصص: ٢٦، ٢٧.

(٢) أخرجه البخاري في الإجارة: باب استئجار المشركين عند الضرورة (٤/٤٤٢) من حديث عائشة.

(٣) أخرجه أبو داود في البيوع: باب في المزارعة (٦٨٤ - ٣/٦٨٥) والنسائي (٧/٤١)، وحسنه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٨٩٥.

(٤) أخرجه أبو داود في المناسك: باب الكري (٣٥٠ - ٢/٣٥١)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٥٢٥.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) أخرجه البخاري في الإجارة (٤/٤٦١) والنسائي في البيوع (٧/٣١٠) وكذا أبو داود (٧١١ - ٣/٧١٢) والترمذي (٣/٥٧٢) فيه من حديث ابن عمر.

وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف .

**قال المصنف رحمه الله:** [واختلفوا في الكافر إذا استأجر مسلماً إجارة معينة، فمنهم من قال: فيه قولان، لأنه عقد يتضمن حبس المسلم فصار كبيع العبد المسلم منه. ومنهم من قال: يصح قولاً واحداً، لأن علياً كرم الله وجهه كان يستقي الماء لامرأة يهودية كل دلو بتمرة.

**فصل ولا يصح إلا من جائز التصرف في المال،** لأنه عقد يقصد به المال فلم يصح إلا من جائز التصرف في المال كالبيع.

**فصل وينعقد بلفظ الإجارة،** لأنه لفظ موضوع له. وهل ينعقد بلفظ البيع؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** ينعقد، لأنه صنف من البيع لأنه تمليك يتقسط العوض فيه على المعوض كالبيع فانعقد بلفظه. **والثاني:** لا ينعقد، لأنه يخالف البيع في الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالنكاح.

**فصل ويجوز على منفعة عين حاضرة،** مثل أن يستأجر ظهراً بعينه للركوب. ويجوز على منفعة عين في الذمة، مثل أن يستأجر ظهراً في الذمة للركوب. ويجوز على عمل معين، مثل أن يكتري رجلاً ليخيط له ثوباً أو يبنّي له حائطاً. ويجوز على عمل في الذمة، مثل أن يكتري رجلاً ليحصل له خياطة ثوب أو بناء حائط، لأننا بينا أن الإجارة بيع والبيع يصح في عين حاضرة وموصوفة في الذمة فكذلك الإجارة. وفي استئجار عين لم يرها قولان أحدهما: لا يصح. **والثاني:** يصح ويثبت الخيار إذا رآها كما قلنا في البيع.

**فصل وتجاوز على عين مفردة وعلى جزء مشاع،** لأننا بينا أنه بيع، والبيع يصح في المفرد والمشاع فكذلك الإجارة.

**فصل ولا تجوز إلا على عين يمكن استيفاء المنفعة منها.** فإن استأجر

أرضاً للزراعة لم تصح حتى يكون لها ماء يؤمن انقطاعه كماء العين والمد بالبصرة والثلج والمطر في الجبل، لأن المنفعة في الإجارة كالعين في البيع، فإذا لم يجز بيع عين لا يقدر عليها لم تجز إجارة منفعة لا يقدر عليها. فإن اكرت أرضاً على نهر إذا زاد سقي وإذا لم يزد لم يسق كأرض مصر والفرات وما انحدر من دجلة نظرت: فإن اكرتها بعد الزيادة صح العقد، لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه فهو كبيع الطير في القفص. وإن كان قبل الزيادة لم يصح، لأنه لم يعلم هل يقدر على المعقود عليه أو لا يقدر فلم يصح كبيع الطير في الهواء. وإن اكرت أرضاً لا ماء لها ولم يذكر أنه يكرتها للزراعة ففيه وجهان أحدهما: لا يصح، لأن الأرض لا تكثرى في العادة إلا للزراعة، فصار كما لو شرط أنه يكرتها للزراعة. والثاني: إن كانت الأرض عالية لا يطعم في سقيها صح العقد، لأنه يعلم أنه لم يكرتها للزراعة، وإن كانت مستفلة يطعم في سقيها بسوق الماء إليها من موضع لم يصح لأنه اكرتها للزراعة مع تعذر الزراعة. فإن اكرت أرضاً غرقت بالماء لزراعة ما لا يثبت في الماء كالحنطة والشعير نظرت: فإن كان للماء مغيض إذا فتح انحسر الماء عن الأرض وقدر على الزراعة صح العقد، لأنه يمكن زراعتها بفتح المغيض كما يمكن سكنى الدار بفتح الباب. وإن لم يكن له مغيض ولا يعلم أن الماء ينحسر عنها لم يصح العقد، لأنه لا يعلم هل يقدر على المعقود عليه أم لا يقدر فلم يصح العقد كبيع ما في يد الغاصب. فإن كان يعلم أن الماء ينحسر وتشفه الريح ففيه وجهان أحدهما: لا يصح، لأنه لا يمكن استيفاء المنفعة في الحال. والثاني: يصح، وهو قول أبي إسحاق وهو الصحيح، لأنه يعلم بالعادة إمكان الانتفاع به. فإن اكرت أرضاً على ماء إذا زاد غرقت فاكرتها قبل الزيادة صح العقد، لأن الغرق متوهم فلا يمنع صحة العقد].

**الشرح:** خبر علي رضي الله عنه رواه أحمد وجوّد الحافظ ابن حجر إسناده، ولفظه: «جعت مرة جوعاً شديداً فخرجت لطلب العمل في عوالي المدينة فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدراً فظننتها تريد بله فقاطعتها كل ذنوب على تمرة فمددت ستة عشر ذنوباً حتى مجلت يداي

ثم أتيتها فعدت لي ست عشرة تمرّة فأتيت النبي ﷺ فأخبرته فأكل معي منها<sup>(١)</sup>.

وقد أخرجه ابن ماجه والبيهقي عن ابن عباس أن علياً أجر نفسه من يهودي يسقي له كل دلو بتمرّة، وفي إسناده حنش راويه عن عكرمة وهو ضعيف<sup>(٢)</sup>. وقوله: «ذَنوباً» الدلو مطلقاً أو التي فيها ماء أو الممتلئة أو غير الممتلئة وكلها في القاموس. وقوله: «مجلت» بكسر الجيم أي غلظت وتنظفت.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنّف رحمه الله:** [وإن استأجر رجلاً ليعلمه بنفسه سورة وهو لا يحسنها فيه وجهان أحدهما: يصح كما يصح أن يشتري سلعة بدرهم وهو لا يملكها ثم يحصلها ويسلم. والثاني: لا يصح، لأنه عقد منفعة معينة لا يقدر عليها فلم يصح كما لو أجر عبد غيره.

**فصل** ولا تصح الإجارة إلا على منفعة معلومة القدر، لأننا بينا أن الإجارة بيع والبيع لا يصح إلا في معلوم القدر فكذلك الإجارة. ويعلم مقدار المنفعة بتقدير العمل أو بتقدير المدة، فإن كانت المنفعة معلومة القدر في نفسها كخياطة ثوب وبيع عبد والركوب إلى مكان قدرت بالعمل لأنها معلومة في نفسها فلا تقدر بغيرها. وإن قدر بالعمل والمدة بأن استأجره يوماً ليخيط له قميصاً فالإجارة باطلة، لأنه يؤدي إلى التعارض وذلك أنه قد يفرغ من الخياطة في بعض اليوم، فإن طولب في بقية اليوم بالعمل أدخل بشرط العمل، وإن لم يطالب أدخل بشرط المدة. فإن كانت المنفعة مجهولة المقدار في نفسها كالسكنى والرضاع وسقي الأرض والتطين والتجسيص

---

(١) أخرجه أحمد (١/١٣٥) وجوّد الحافظ إسناده في التلخيص (٣/٧٠)، وليس فيه أن المرأة كانت يهودية بل بينت رواية البيهقي (١١٩ - ٦/١٢٠) أنها كانت امرأة من الأنصار.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الرهون (٢/٨١٨) والبيهقي (٦/١١٩)، وضعفه الألباني جداً في ضعيف ابن ماجه برقم ٥٣٥.

قدر بالمدة، لأن السكنى وما يشبع به الصبي من اللبن وما تروى به الأرض من السقي يختلف ولا ينضب، ومقدار التطيين والتجصيص لا ينضب لاختلافهما في الرقة والثخونة فقدر بالمدة. واختلف أصحابنا في استئجار الظهر للحرث، فمنهم من قال: يجوز أن يقدر بالعمل بأن يستأجره ليحرث أرضاً بعينها، ويجوز أن يقدر بالمدة بأن يستأجره ليحرث له شهراً. ومنهم من قال: لا يجوز تقديره بالمدة. والأول أظهر، لأنه يمكن تقديره بكل واحد منهما فجاز التقدير بكل واحد منهما.

**فصل** وما عقد على مدة لا يجوز إلا على مدة معلومة الابتداء والانتهاء. فإن قال: أجزتكم هذه الدار كل شهر بدينار، فالإجارة باطلة. وقال في الإملاء: تصح في الشهر الأول وتبطل فيما زاد، لأن الشهر الأول معلوم وما زاد مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول كما لو قال أجزتكم هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه. والصحيح هو: الأول، لأنه عقد على الشهر وما زاد من الشهور وذلك مجهول فبطل، ويخالف هذا إذا قال أجزتكم هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه، لأن هناك أفرد الشهر الأول بالعقد وههنا لم يفرد الشهر عما بعده بالعقد فبطل بالجميع. فإن أجره سنة مطلقة حمل على سنة بالأهلة، لأن السنة المعهودة في الشرع سنة الأهلة. والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِئُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾<sup>(١)</sup> فوجب أن يحمل العقد عليه. فإن كان العقد في أول الهلال عد اثنا عشر شهراً بالأهلة تاماً كان الشهر أو ناقصاً. وإن كان في أثناء الشهر عد ما بقي من الشهر وعد بعده أحد عشر شهراً بالأهلة ثم كمل عدد الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوماً لأنه تعذر إتمامه بالشهر الهلالي فتمم بالعدد. فإن أجره سنة شمسية ففيه وجهان أحدهما: لا يصح، لأنه على حساب أنسيء فيه أيام والنسيء حرام، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا النَّسِيءُ زِيَادَةٌ فِي الْكُفْرِ﴾<sup>(٢)</sup>. والثاني: أنه يصح، لأنه وإن كان النسيء حراماً إلا أن المدة

(١) البقرة: ١٨٩.

(٢) التوبة: ٣٧.

معلومة فجاز العقد عليها كالنيروز والمهرجان. وفي أكثر المدة التي يجوز عقد الإجارة عليه طريقان ذكرناهما في المساقاة.

**فصل** ولا تصح الإجارة إلا على منفعة معلومة، لأن الإجارة بيع والمنفعة فيها كالعين في البيع، والبيع لا يصح إلا في معلوم فكذلك الإجارة. فإن كان المكتري داراً لم يصح العقد عليها حتى تعرف الدار، لأن المنفعة تختلف باختلافها فوجب العلم بها. ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين، لأنها لا تضبط بالصفة فافتقر إلى التعيين كالعقار والجواهر في البيع. وهل يفتقر إلى الرؤية؟ فيه قولان بناء على القولين في البيع. ولا يفتقر إلى ذكر السكنى ولا إلى ذكر صفاتها، لأن الدار لا تكتري إلا للسكنى وذلك معلوم بالعرف فاستغنى عن ذكرها كالبيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد معروف. وإن اکتري أرضاً لم يصح حتى تعرف الأرض لما ذكرناه في الدار. ولا يصح حتى يذكر ما يكتري له من الزراعة والغراس والبناء، لأن الأرض تكتري لهذه المنافع وتأثيرها في الأرض يختلف فوجب بيانها. وإن قال: أجزت هذه الأرض لتزرعها ما شئت جاز، لأنه جعل له زراعة أضر الأشياء فأى صنف زرع لم يستوف به أكثر من حقه. وإن قال: أجزت لتزرع وأطلق، ففيه وجهان أحدهما: لا يصح، لأن الزرع مختلفة في التأثير في الأرض فوجب بيانها. والثاني: يصح، لأن التفاوت بين الزرعين يقل وإن قال: أجزت لتزرعها أو تغرسها لم يصح، لأنه جعل له أحدهما ولم يعين فلم يصح كما لو قال بعتك أحد هذين العبدین.

وإن قال: أجزت لتزرعها وتغرسها، ففيه وجهان أحدهما: لا يصح، وهو قول المزني وأبي العباس وأبي إسحاق، لأنه لم يبين المقدار من كل واحد منهما. والثاني: يصح وله أن يزرع النصف ويغرس النصف، وهو ظاهر النص وهو قول أبي الطيب بن سلمة، لأن الجمع يقتضي التسوية فوجب أن يكون نصفين]

**الشرح:** اختلف الفقهاء في أخذ الأجرة على تعليم القرآن، فذهب أبو حنيفة وأحمد بن حنبل إلى عدم الجواز، وبه قال عطاء والضحاك بن قيس

والزهري واسحاق بن راهويه وعبد الله بن شقيق واستدلوا بحديث عبادة بن الصامت قال: علمت ناساً من أهل الصفة الكتاب والقرآن فأهدى إلي رجل منهم قوساً فقلت: ليست بمال وأرمي عليها في سبيل الله عز وجل لآتين رسول الله ﷺ فلا سأله، فأتيته فقلت: يا رسول الله، إنه رجل أهدى إلي قوساً ممن كنت أعلمه الكتاب والقرآن وليست بمال وأرمي عليها في سبيل الله، فقال: «إن كنت تحب أن تطوق طوقاً من نار فاقبلها»<sup>(١)</sup> رواه أبو داود وابن ماجه وفي إسناده المغيرة بن زياد أبو هاشم الموصلي وهو مختلف فيه. وذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية إلى أنها تحل الأجرة على تعليم القرآن. واستدلوا بحديث سهل بن سعد عند الشيخين أن النبي ﷺ جاءت امرأة فقالت: يا رسول الله، إنني قد وهبت نفسي لك فقامت قياماً طويلاً فقام رجل فقال: يا رسول الله، زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال ﷺ: «هل عندك من شيء تصدقها إياه؟» فقال: ما عندي إلا إزاري هذه، فقال النبي ﷺ: «إن أعطيتها إزارك جلست لا إزار لك فالتمس شيئاً» فقال: ما أجد شيئاً، فقال: «التمس ولو خاتماً من حديد»، فالتمس فلم يجد شيئاً، فقال له النبي ﷺ: «هل معك من القرآن شيء؟» فقال: نعم سورة كذا وسورة كذا يسميها، فقال النبي ﷺ: «قد زوجتكها بما معك من القرآن» رواه الشيخان، وفي رواية لمسلم «زوجتكها فعلمها من القرآن»<sup>(٢)</sup>.

وحديث الرقية المشهور الذي أخرجه البخاري عن ابن عباس وفيه: «إن أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله»<sup>(٣)</sup>.

وأجابوا عن حديث عبادة بأنه قضية عين محتملة إذ يحتمل أن

(١) أخرجه أبو داود في أول الإجارة (٧٠١ - ٣/٧٠٢) وابن ماجه في التجارات (٢/٧٣٠)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٩١٥.

(٢) أخرجه البخاري في النكاح: باب التزويج على القرآن وبغير صداق (٩/١٨٥) ومسلم في النكاح: باب أقل الصداق (٢١١ - ٩/٢١٤).

(٣) أخرجه البخاري في الطب (١٩٨ - ١٠/١٩٩).

النبي ﷺ علم أنه فعل ذلك خالصاً لله فكره أخذ العوض عنه، وأما من علم القرآن على أنه لله وأن يأخذ من المتعلم ما دفعه إليه بغير سؤال ولا استشراف نفس فلا بأس به .

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف .

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن استأجر ظهراً للركوب لم يصح العقد حتى يعرف جنس المركوب، لأن الغرض يختلف باختلافه. ويعرف ذلك بالتعيين والوصف، لأنه يضبط بالصفة فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والوصف كما قلنا في البيع. فإن كان في الجنس نوعان مختلفان في السير كالمهملج والقطوف من الخيل ففيه وجهان أحدهما: يفتقر إلى ذكره، لأن سيرهما يختلف. والثاني: لا يفتقر، لأن التفاوت في جنس واحد يقل. ولا يصح حتى يعرف الراكب ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين، لأنه يختلف بثقله وخفته وحركته وسكونه ولا يضبط ذلك بالوصف فوجب تعيينه. ولا يصح حتى يعرف ما يركب به من سرج وغيره، لأنه يختلف ذلك على المركوب والراكب. فإن كان عمارية أو محملاً ففيه ثلاثة أوجه أحدها: أنه يجوز العقد عليه بالوصف، لأنه يمكن وصفه فجاز العقد عليه بالصفة كالسرج والقتب. والثاني: إن كانت من المحامل البغدادية الخفاف جاز العقد عليه بالصفة لأنها لا تختلف، وإن كانت من الخراسانية الثقال لم يجز إلا بالتعيين لأنها تختلف وتتفاوت. والثالث وهو المذهب: أنه لا يجوز إلا بالتعيين، لأنها تختلف بالضيق والسعة والثقل والخفة وذلك لا يضبط بالصفة فوجب تعيينه. واختلف أصحابنا في المعاليق كالقدر والسطيحة، فمنهم من قال: لا يجوز حتى يعرف قولاً واحداً، لأنها تختلف فوجب العلم بها. ومنهم من قال: فيه قولان أحدهما: لا يجوز حتى يعرف لما ذكرناه. والثاني: يجوز وتحمل على ما جرت به العادة، لأنه تابع غير مقصود فلم تؤثر الجهالة فيه كالغطاء في الإجارة والحمل في البيع. وإن كان السير في طريق فيه منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقاً، لأنه معلوم بالعرف فجاز العقد عليه مطلقاً كالثمن في موضع فيه نقد متعارف. فإن لم يكن فيه منازل معروفة لم يصح حتى يبين، لأنه مختلف لا عرف فيه فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه .

**فصل** فإن استأجر ظهراً لحمل متاع صح العقد من غير ذكر جنس الظهر، لأنه لا غرض في معرفته. ولا يصح حتى يعرف جنس المتاع أنه حديد أو قطن، لأن ذلك يختلف على البهيمة. ولا يصح حتى يعرف قدره، لأنه يختلف. فإن كان موزوناً ذكر وزنه، وإن كان مكيلاً ذكر كيله فإن ذكر الوزن فهو أولى، لأنه أخصر وأبعد من الغرر. فإن عرف بالمشاهدة جاز كما يجوز بيع الصبرة بالمشاهدة وإن لم يعرف كيلها. فإن شرط أن يحمل عليها ما شاء بطل العقد، لأنه دخل في الشرط ما يقتل البهيمة وذلك لا يجوز فبطل به العقد.

فأما الظروف التي فيها المتاع، فإنه إن دخلت في وزن المتاع صح العقد، لأن الغرر قد زال بالوزن. وإن لم تدخل في وزن المتاع نظرت: فإن كانت ظروفاً معروفة كالغرائر الجبلية جاز العقد عليها من غير تعيين، لأنها لا تتفاوت. وإن كانت غير معروفة لم يجز حتى تعين، لأنها تختلف ولا تضبط بالصفة فوجب تعيينه]

**الشرح:** المهملج قال في القاموس: والهملجة فارسي معرب، وشاة هملاج لا مخ فيها لهزالها. والقطوف: الدابة ضاق مشيها، قال زهير: بارزة الفقارة لم يخنها قطاف في الركاب ولا خلاء. والعمارية نسبة إلى موضع باليمامة، والمحمل الهودج، فكأن منها ما يصلح للركوب ومنها ما يصلح للحمل. والمعاليق جمع معلاق وهو ما يعلق بعروة بلا شد ولا ربط. والسطيحة: إناء مسطح من الجلد.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [فإن استأجر ظهراً للسقي لم يصح العقد حتى يعرف الظهر، لأنه لا يجوز إلا على مدة وذلك يختلف باختلاف الظهر فوجب العلم به على الأظهر. ويجوز أن يعرف ذلك بالتعيين والصفة، لأنه يضبط بالصفة فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والصفة كما يجوز بيعه بالتعيين والصفة. ولا يصح حتى يعرف الدولار لأنه يختلف، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين، لأنه لا يضبط بالصفة فوجب تعيينه.

**فصل** وإن استأجر ظهراً للحرث لم يصح حتى يعرف الأرض، لأنه يختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها. فإن كان على جربان<sup>(١)</sup> لم يفتقر إلى العلم بالظهر لأنه لا يختلف. وإن كان على مدة وقلنا إنه يصح لم يجز حتى يعرف الظهر الذي يحرث به، لأن العمل يختلف باختلافه، ويعرف ذلك بالتعيين والصفة لما ذكرناه في السقي.

**فصل** وإن استأجر ظهراً للدياس لم يصح حتى يعرف الجنس الذي يداس، لأن العمل يختلف باختلافه. فإن كان على زرع معين لم يفتقر إلى ذكر الحيوان الذي يداس به، لأنه لا غرض في تعيينه. فإن كان على مدة لم يصح حتى يعرف الحيوان الذي يداس به، لأن العمل يختلف باختلافه.

**فصل** وإن استأجر جارحة للصيد لم يصح حتى يعرف جنس الجارحة، لأن الصيد يختلف باختلافه. ويعرف ذلك بالتعيين والصفة، لأنه يضبط بالصفة. ولا يصح حتى يعرف ما يرسله عليه من الصيد، لأن لكل صنف من الصيد تأثيراً في إتعاب الجارحة]

**الشرح:** الجربان جمع جُرب وهو ما يبلغ ستين ذراعاً مربعاً مهياً للزرع.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن استأجر رجلاً ليرعى له مدة لم يصح حتى يعرف جنس الحيوان، لأن لكل جنس من الماشية تأثيراً في إتعاب الراعي. ويجوز أن يعقد على جنس معين وعلى جنس في الذمة. فإن عقد على موصوف لم يصح حتى يذكر العدد، لأن العمل يختلف باختلافه. ومن أصحابنا من قال: يجوز مطلقاً ويحمل على ما جرت به العادة أن يرعاه الواحد من مائة أو أقل أو أكثر. والأول أظهر، لأن ذلك يختلف وليس فيه عرف واحد.

---

(١) جُربان - بضم الجيم - جمع جُرب، والجرب من الأرض: مقدار معلوم الذراع والمساحة/ لسان العرب.

**فصل** وإن استأجر امرأة للرضاع لم يصح العقد حتى يعرف الصبي الذي عقد على إرضاعه، لأنه يختلف الرضاع باختلافه. ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين، لأنه لا يضبط بالصفة. ولا يصح حتى يذكر موضع الرضاع، لأن الغرض يختلف باختلافه.

**فصل** وإن استأجر رجلاً ليحفر له بئراً أو نهراً لم يصح العقد حتى يعرف الأرض، لأن الحفر يختلف باختلافها. ولا يصح حتى يذكر الطول والعرض والعمق، لأن الغرض يختلف باختلافها. وإن استأجر لبناء حائط لم يصح العقد حتى يذكر الطول والعرض وما يبني به من الآجر واللبن والجص والطين، لأن الأغراض تختلف باختلافها. وإن استأجره لضرب اللبن لم يصح حتى يعرف موضع الماء والتراب ويذكر الطول والعرض والسك والعدد، وعلى هذا جميع الأعمال التي يستأجر عليها.

وإن كان فيما يختلف الغرض باختلافه ما لا يعرفه، رجع فيه إلى أهل الخبرة ليعقد على شرطه كما إذا أراد أن يعقد النكاح ولم يعرف شروط العقد رجع إلى من يعرفه ليعقد بشروطه. وإن عجز عن ذلك فوضه إلى من يعرفه ليعقد بشرطه كما يوكل الأعمى في البيع والشراء من يشاهد المبيع.

**فصل** وإن استأجر رجلاً ليلقنه سورة من القرآن لم يصح حتى يعرف السورة، لأن الغرض يختلف باختلافها. وإن كان على تلاوة عشر آيات من القرآن لم يصح حتى يعينها، لأن آيات القرآن تختلف. فإن كان على عشر آيات من سورة معينة ففيه وجهان أحدهما: لا يصح، لأن الأعراس تختلف. والثاني: يصح لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فعرضت نفسها عليه فقال لها: «اجلسي بارك الله فيك أما نحن فلا حاجة لنا فيك ولكن تملكيننا أمرك؟» قالت: نعم، فنظر رسول الله ﷺ في وجوه القوم فدعا رجلاً منهم فقال لها: «إني أريد أن أزوجك هذا إن رضيت»، فقالت: ما رضيت لي يا رسول الله فقد رضيت، ثم قال للرجل: «هل عندك من شيء؟» قال: لا والله يا رسول الله، قال: «ما تحفظ من القرآن؟» قال: سورة البقرة والتي تليها، قال: «قم فعلمها

عشرين آية وهي امرأتك<sup>(١)</sup>. وهل يفتقر إلى تعيين الحرف؟ فيه وجهان أحدهما: لا يصح حتى يعين الحرف، لأن الأغراض تختلف باختلاف الحرف. والثاني: لا يحتاج إلى تعيين الحرف، لأن ما بين الأحرف من الاختلاف قليل.

**فصل** وإن استأجر للحج والعمرة لم يصح حتى يذكر أنه أفراد أو قران أو تمتع، لأن الأغراض تختلف باختلافها. فأما موضع الإحرام فقال في الأم: لا يجوز حتى يعين. وقال في الإملاء: إذا استأجر أجيراً أحرم من الميقات ولم يشرط التعيين. واختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق المروزي: فيه قولان أحدهما: لا يجوز حتى يعين، لأن الإحرام قد يكون من الميقات وقد يكون من دوية أهله وقد يكون من غيرهما فإذا أطلق صار العقد على مجهول فلم يصح. والثاني: أنه يجوز من غير تعيين ويحمل على ميقات الشرع، لأن الميقات معلوم بالشرع فانصرف الإطلاق إليه كنفد البلد في البيع.

ومن أصحابنا من قال: إن كان الحج عن حي لم يجز حتى يعين، لأنه يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه، وإن كان عن ميت جاز من غير تعيين، لأنه لا يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه، وحمل القولين على هذين الحالين. ومنهم من قال: إن كان للبلد ميقتان لم يجز حتى يبين، لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فوجب بيانه كالثمن في موضع فيه نقدان، وإن لم يكن له إلا ميقات واحد جاز من غير تعيين كالثمن في موضع ليس فيه إلا نقد واحد، وحمل القولين على هذين الحالين. فإن ترك التعيين وقلنا: إنه لا يصح، فحج الأجير انعقد الحج للمستأجر، لأنه فعله بإذنه مع فساد العقد فوقع له كما لو وكله وكالة فاسدة في بيع]

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

(١) أخرجه بنحوه أبو داود في النكاح (٢/٥٨٨) من حديث أبي هريرة، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٤٥. وأصله في الصحيحين من حديث سهل بن سعد الساعدي، وقد مضى تخريجه.

قال المصنّف رحمه الله: [ولا تصح الإجارة إلا على أجره معلومة، لأنه عقد يقصد به العوض فلم يصح من غير ذكر العوض كالبيع. ويجوز إجارة المنافع من جنسها ومن غير جنسها، لأن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذاك المنافع.

**فصل** ولا تجوز إلا بعوض معلوم لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»، ولأنه عقد معاوضة فلم يجز بعوض مجهول كالبيع. وإن عقد بمال جزاف نظرت: فإن كان العقد على منفعة في الذمة ففيه قولان، لأن إجارة المنفعة في الذمة كالسلم، وفي السلم على مال جزاف قولان فكذاك في الإجارة. فإن كان العقد على منفعة معينة ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: يجوز قولاً واحداً، لأن إجارة العين كبيع العين وفي بيع العين يجوز أن يكون العوض جزافاً قولاً واحداً فكذاك في الإجارة. ومنهم من قال: فيه قولان أحدهما: يجوز. والثاني: لا يجوز، لأنه عقد على منتظر وربما انفسخ فيحتاج إلى الرجوع إلى العوض فكان في عوضه جزافاً قولان كالسلم. وإن كانت الإجارة على منفعة معينة جاز بأجرة حالة ومؤجلة، لأن إجارة العين كبيع العين، وبيع العين يصح بثمن حال ومؤجل فكذاك الإجارة. فإن أطلق العقد وجبت الأجرة بالعقد ويجب تسليمها بتسليم العين لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف رشحه»<sup>(١)</sup>. ولأن الإجارة كالبيع ثم في البيع يجب الثمن بنفس العقد ويجب تسليمه بتسليم العين فكذاك في الإجارة.

فإن استوفى المنفعة استقرت الأجرة لما روى أبو هريرة رضي الله أن النبي ﷺ قال: «قال ربكم عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت

(١) أخرجه البيهقي في الإجارة (٦/١٢١) بلفظ «عرقه» بدل «رشحه» من حديث أبي هريرة. وأخرجه ابن ماجه في الرهون (٢/٨١٧) بلفظ البيهقي من حديث ابن عمر، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم (١٩٨٠).

خصمه خصمته، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره». ولأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البذل كما لو قبض المبيع. فإن سلم إليه العين التي وقع العقد على منفعتها ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء استقر البذل، لأن المعقود عليه تلف تحت يده فاستقر عليه البذل كالمبيع إذا تلف في يد المشتري. فإن عرض العين على المستأجر ومضى زمان يمكن فيه الاستيفاء استقرت الأجرة، لأن المنافع تلفت باختياره فاستقر عليه ضمانها كالمشتري إذا أتلّف المبيع في يد البائع. فإن كان هذا في إجارة فاسدة استقر عليه أجرة المثل، لأن الإجارة كالبيع والمنفعة كالعين، ثم البيع الفاسد كالصحيح في استقرار البذل، فكذلك في الإجارة. فإن كان العقد على منفعة في الذمة لم يجز بأجرة مؤجلة، لأن إجارة ما في الذمة كالسلم، ولا يجوز السلم بثمن مؤجل، فكذلك الإجارة. ولا يجوز حتى يقبض العوض في المجلس كما لا يجوز في السلم. ومن أصحابنا من قال: إن كان العقد بلفظ السلم وجب قبض العوض في المجلس لأنه سلم، وإن كان بلفظ الإجارة لم يجب لأنه إجارة. والأول أظهر، لأن الحكم يتبع المعنى لا الاسم، ومعناه معنى السلم فكان حكمه كحكمه. ولا تستقر الأجرة في هذه الإجارة إلا باستيفاء المنفعة، لأن المعقود عليه في الذمة فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالمسلم فيه]

**الشرح:** حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه رواه أحمد والبيهقي<sup>(١)</sup>، قال في مجمع الزوائد: رجال أحمد رجال الصحيح إلا أن إبراهيم النخعي لم يسمع من أبي سعيد فيما أحسب<sup>(٢)</sup>.

وفي هذا الحديث دليل على وجوب بيان قدر الأجرة، وبه قال أبو يوسف ومحمد. وقال مالك وأحمد بن حنبل وابن شبرمة: لا يجب للعرف واستحسان المسلمين. قال صاحب البحر: لا نسلم بل الإجماع على

(١) أخرجه البيهقي (٦/١٢٠) عن أبي سعيد وقال: هو مرسل بين إبراهيم وأبي سعيد.

(٢) مجمع الزوائد (٤/٩٧).

خلافه. أما حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «يقول الله تعالى ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة» الحديث، فقد أخرجه أحمد والبخاري<sup>(١)</sup>.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وما عقد من الإجارة على منفعة موصوفة في الذمة يجوز حالاً ومؤجلاً في الذمة كالسلم، والسلم يجوز حالاً ومؤجلاً وكذلك الإجارة في الذمة. وإن استأجر منفعة في الذمة وأطلق وجبت المنفعة حالة، كما إذا أسلم في شيء وأطلق وجب حالاً. فإن استأجر رجلاً للحج في الذمة لزمه الحج من سنته. فإن أخره عن السنة نظرت: فإن كانت الإجارة عن حي كان له أن يفسخ، لأن حقه تأخر وله في الفسخ فائدة وهو أن يتصرف في الأجرة. فإن كانت عن ميت لم يفسخ، لأنه لا يمكن التصرف في الأجرة إذا فسخ العقد، ولا بد من استئجار غيره في السنة الثانية فلم يكن للفسخ وجه. وما عقد على منفعة معينة لا يجوز إلا حالاً، فإن كان على مدة لم يجز إلا على مدة يتصل ابتداءها بالعقد، وإن كان على عمل معين لم يجز إلا في الوقت الذي يمكن الشروع في العمل، لأن إجارة العين كبيع العين، وبيع العين لا يجوز إلا على ما يمكن الشروع في قبضها، فكذلك الإجارة. فإن استأجر من يحج لم يجز إلا في الوقت الذي يتمكن فيه من التوجه. فإن كان في موضع قريب لم يجز قبل أشهر الحج، لأنه يتأخر استيفاء المعقود عليه عن حال العقد. وإن كان في موضع بعيد لا يدرك الحج إلا أن يسير قبل أشهره لم يستأجر إلا في الوقت الذي يتوجه بعده، لأنه وقت الشروع في الاستيفاء. فإن قال: أجرتك هذه الدار شهراً لم يصح، لأنه ترك تعيين المعقود عليه في عقد شرط فيه التعيين فبطل، كما لو قال: بعتك عبداً. فإن أجر داراً من رجل شهراً من وقت العقد، ثم أجرها منه الشهر الذي بعده قبل انقضاء الشهر الأول، ففيه وجهان أحدهما: لا يصح، لأنه إجارة منفعة معينة على مدة متأخرة عن العقد فأشبهه إذا أجرها من غيره. والثاني: أنه يصح، وهو المنصوص، لأنه ليس لغيره يد تحول

(١) أخرجه البخاري في الإجارة (٤/٤٤٧) وابن ماجه (٢/٨١٦).

بينه وبين ما استأجره، ولأن أحد شهره لا ينفصل عن الآخر فأشبهه إذا جمع بينهما في العقد]

**الشرح:** قوله: «لأنه إجارة منفعة معينة على مدة متأخرة» قال النووي في المنهاج: «ولا تجوز إجارة عين لمنفعة مستقبلية» وذلك كإجارة هذه الدار السنة المستقبلية أو سنة أولها من غد وكذا إن قال أولها من أمس. ومثله إجارة دار بغير بلد المتعاقدين كمن يستأجر عشة برأس البر ليصطاف فيها فأجرها قبل الصيف، لأن استيفاء العقد لا يكون إلا صيفاً وإذا لم يؤجرها فاته الانتفاع بمقصوده<sup>(١)</sup>.

وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**فرع** مذهبنا أنه لا تصح إجارة المسلم للجهاد في سبيل الله لحرب أعداء الدين، لأن الجهاد فرض عليه ما دام مستطيعاً، ولأنه إذا حضر الصف تعين عليه القتال فريضة. ويصح للإمام أن يستأجر غير المسلمين لقتال غير المسلمين من الكفار. ولا يصح استئجار المسلم لعبادة تحتاج إلى نية إلا الحج وتفرقة الزكاة أو تعليم قرآن. وتصح الإجارة لتجهيز ميت ودفنه. وتصح الإجارة للصوم عن الميت. وتصح لذبح الهدي والأضاحي ونحوها. ويصح الاستئجار لشعار غير فرض كالأذان.

قال الشربيني في المغني: ولا يصح الاستئجار للإمامة ولو نافلة كالتراويح، لأن فائدتها من تحصيل فضيلة الجماعة لا تحصل للمستأجر بل للأجير. ويصح استئجار بيت ليتخذه مصلي، وصورته كما قال صاحب الانتصار أن يستأجره للصلاة، أما إذا استأجره ليجعله مسجداً فلا يصح بلا خلاف.

---

(١) الأصل في الإجارة الإباحة ولا يحرم منها إلا ما قام الدليل على تحريمه، وليس هناك دليل على تحريم إجارة عين لمنفعة مستقبلية، فيبقى حكمها على الأصل. ومستأجر العين لمنفعة مستقبلية كمن يستأجر داراً في أول الشتاء من أجل الاصطيف فيها في فصل الصيف فإجارته صحيحة وهو ملزم بدفع الإجرة سواء انتفع بالدار أم لم ينتفع.

**قال المصنّف رحمه الله:** [فإن أكرى ظهراً من رجلين يتعاقبان عليه أو اكرى من رجل عقبه ليركب في بعض الطريق دون بعض جاز. وقال المزني: لا يجوز اكتراء العقبة إلا مضموناً لأنه يتأخر حق أحدهما عن العقد فلم يجز، كما لو أكراه ظهراً في مدة تتأخر عن العقد. والمذهب: الأول، لأن استحقاق الاستيفاء مقارن للعقد وإنما يتأخر في القسمة وذلك لا يمنع صحة العقد، كما لو باع من رجلين صبرة فإنه يصح وإن تأخر حق أحدهما عند القسمة. فإن كان ذلك في طريق فيه عادة في الركوب والنزول جاز العقد عليه مطلقاً وحملًا في الركوب والنزول على العادة، لأنه معلوم بالعادة فحمل الإطلاق عليه كالنقد المعروف في البيع. وإن لم يكن فيه عادة لم يصح حتى يبين مقدار ما يركب كل واحد منهما، لأنه غير معلوم بالعادة فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه. فإن اختلفا في البادئ في الركوب أقرع بينهما فمن خرجت عليه القرعة قدم، لأنهما تساويا في الملك فقدم بالقرعة]

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنّف.

**قال المصنّف رحمه الله:** [وما عقد من الإجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار، لأن الخيار يمنع من التصرف، فإن حسب ذلك على المكري زدنا عليه المدة وإن حسب على المكثري نقصنا من المدة. وهل يثبت فيه خيار المجلس؟ فيه وجهان أحدهما: لا يثبت لما ذكرناه من النقصان والزيادة في خيار الشرط. والثاني: يثبت لأنه قدر يسير ولكل واحد منهما إسقاطه.]

وإن كانت الإجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه أحدها: لا يثبت فيه الخياران، لأنه عقد على غرر فلا يضاف إليه غرر الخيار. والثاني: يثبت فيه الخياران، لأن المنفعة المعينة كالعين المعينة في البيع ثم العين المعينة يثبت فيها الخياران فكذلك المنفعة. والثالث: يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط، لأنه عقد على منتظر فيثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط كالسلم.

وإن كانت الإجارة على منفعة في الذمة ففيه وجهان أحدهما: لا يثبت فيه الخياران، لأنه عقد على غرر فلا يضاف إليه غرر الخيار. والثاني: يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط، لأن الإجارة في الذمة كالسلم، وفي السلم يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط فكذلك في الإجارة.

**فصل** وإذا تم العقد لزم ولم يملك واحد منهما أن ينفرد بفسخه من غير عيب، لأن الإجارة كالبيع، ثم البيع إذا تم لزم فكذلك الإجارة وبالله التوفيق]

**الشرح:** مذهبنا أنه لا خيار بعد لزوم العقد. وقال أبو حنيفة: يجوز للمستأجر فسخ الإجارة بالأعذار الظاهرة مع السلامة من العيوب ولا يجوز للمؤجر أن يفسخ بالأعذار، مثل أن يستأجر داراً ليسكنها ثم يريد النقلة عن البلد، ونحو ذلك من الأعذار، فيجعل له بها فسخ الإجارة للعدر.

فإذا تقرر أن عقد الإجارة من العقود اللازمة وأن فسخه بالعدر غير جائز عندنا، فلا يجوز اشتراط الثلاث فيه. وقال أبو حنيفة: يجوز اشتراط الخيار فيه كما يجوز في البيع لأنهما معاً من عقود المعاوضات. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.



قال المصنف رحمه الله تعالى:

---

---

### باب ما يلزم المتكاريين وما يجوز لهما

---

---

[يجب على المكري ما يحتاج إليه المكتري للتمكين من الانتفاع، كمفتاح الدار وزمام الجمل والبرة التي في أنفه والحزام والقتب والسرج واللجام للفرس، لأن التمكين عليه ولا يحصل التمكين إلا بذلك. فإن تلف شيء منه في يد المكتري لم يضمنه كما لا يضمن العين المستأجرة وعلى المكري بدله، لأن التمكين مستحق عليه إلى أن يستوفي المستأجر المنفعة،

وما يحتاج إليه لكمال الانتفاع كالدلو والحبل والمحمل والغطاء فهو على المكثري، لأن ذلك يراد لكمال الانتفاع.

واختلف أصحابنا فيما يشد به أحد المحملين إلى الآخر، فمنهم من قال: هو على المكثري، لأنه من آلة التمكين فكان على المكثري. ومنهم من قال: هو على المكثري، لأنه بمنزلة تأليف المحمل وضم بعضه إلى بعض.

**فصل وعلى المكثري إشالة المحمل وحطه وسوق الظهر وقوده<sup>(١)</sup>**، لأن العادة أنه يتولاه المكثري فحمل العقد عليه. وعليه أن ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض، لأنه لا يمكن ذلك على الظهر. ولا يجب ذلك للأكل وصلاة النفل، لأنه يمكن فعله على الظهر. وعليه أن يبرك الجمل للمرأة والمريض والشيخ الضعيف، لأن ذلك من مقتضى التمكين من الانتفاع فكان عليه.

فأما أجرة الدليل فينظر فيه: فإن كانت الإجارة على تحصيل الراكب فهو على المكثري، لأن ذلك من مؤن التحصيل. وإن كانت الإجارة على ظهر بعينه فهو على المكثري، لأن الذي يجب على المكثري تسليم الظهر وقد فعل. وعلى المكثري تسليم الدار فارغة الحش، لأنه من مقتضى التمكين. فإن امتلاً في يد المكثري ففي كسحه وجهان أحدهما: أنه على المكثري، لأنه من مقتضى التمكين فكان عليه. والثاني: أنه على المكثري، لأنه حصل بفعله فكان تنقيته عليه كتنظيف الدار من القمامة. وعلى المكثري إصلاح ما تهدم من الدار وإبدال ما تكسر من الخشب، لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه.

واختلف أصحابنا في المستأجرة على الرضاع، هل يلزمها الحضانة

---

(١) أي إذا أجر الرجل دابته فعليه إشالة محملها وحطه إلى آخره. ويستحسن في نظري ترك مثل هذه الفرعات وذكر الضابط في مثل هذه المسائل وهو الرجوع إلى العرف إذا لم يكن هناك اشتراط مسبق، وقد يختلف العرف من بلد إلى بلد ومن عصر لآخر فلا داعي للاسهاب في التفاصيل.

وغسل الخرق؟ فمنهم من قال: يلزمها، لأن الحضانة تابعة للرضاع فاستحقت بالعقد على الرضاع. ومنهم من قال: لا يلزمها، لأنهما منفعتان مقصودتان تنفرد إحداهما عن الأخرى فلا تلزم بالعقد على إحداهما الأخرى. وعليها أن تأكل وتشرب ما يدر به اللبن ويصلح به، وللمستأجر أن يطالبها بذلك، لأنه من مقتضى التمكين من الرضاع وفي تركه إضرار بالصبي.

**فصل وعلى المكري علف الظهر وسقيه، لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه. فإن هرب الجمال وترك الجمال فللمستأجر أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليحكم في مال الجمال بالعلف، لأن ذلك مستحق عليه فجاز أن يتوصل بالحكم إليه. فإن أنفق المستأجر ولم يستأذن الحاكم لم يرجع، لأنه متطوع. وإن رفع الأمر إلى الحاكم ولم يكن للجمال مال اقترض عليه. فإن اقترض من المستأجر وقبضه منه ثم دفعه إليه لينفق جاز، وإن لم يقبض منه ولكنه أذن له في الإنفاق عليها قرضاً على الجمال ففيه قولان أحدهما: لا يجوز، لأنه إذا أنفق احتجنا أن يقبل قوله في استحقاق حق له على غيره. والثاني: يجوز، لأنه موضع ضرورة لأنه لا بد للجمال من علف وليس ههنا من ينفق غيره.**

فإن أذن له وأنفق ثم اختلفا في قدر ما أنفق، فإن كان ما يدعيه زيادة على المعروف لم يلتفت إليه، لأنه إن كان كاذباً فلا حق له وإن كان صادقاً فهو متطوع بالزيادة فلم تصح الدعوى. وإن كان ما يدعيه هو المعروف فالقول قوله، لأنه مؤتمن في الإنفاق فقبل قوله فيه. فإن لم يكن حاكم فأنفق ولم يشهد لم يرجع، لأنه متطوع. وإن أشهد، فهل يرجع؟ فيه وجهان أحدهما: لا يرجع، لأنه يثبت حقاً لنفسه على غيره من غير إذن ولا حاكم. والثاني: يرجع، لأنه حق على غائب تعذر استيفاؤه منه فجاز أن يتوصل إليه بنفسه كما لو كان له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه. فإن لم يجد من يشهد أنفق، وفي الرجوع وجهان أحدهما: لا يرجع، لما ذكرناه فيه إذا أشهد. والثاني: يرجع، لأن ترك الجمال مع العلم أنه لا بد لها من العلف إذن في الإنفاق]

**الشرح:** قوله: «برة» هي حلقة تجعل في أنف البعير تكون من النحاس ونحوه.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها.

**قال المصنّف رحمه الله:** [واختلف أصحابنا في رد المستأجر بعد انقضاء الإجارة، فمنهم من قال: لا يلزمه قبل المطالبة، لأنه أمانة فلا يلزمه ردها قبل الطلب كالوديعة. ومنهم من قال: يلزمه، لأنه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له في إمساكها فلزمه الرد كالعارية المؤقتة بعد انقضاء وقتها. فإن قلنا: لا يلزمه الرد، لم يلزمه مؤنة الرد كالوديعة. وإن قلنا: يلزمه، لزمه مؤنة الرد كالعارية.

**فصل وللمستأجر أن يستوفي مثل المنفعة المعقود عليها بالمعروف،** لأن إطلاق العقد يقتضي المتعارف، والمتعارف كالمشروط. فإن استأجر داراً للسكنى جاز أن يطرح فيها المتاع، لأن ذلك متعارف في السكنى. ولا يجوز أن يربط فيها الدواب ولا يقصر فيها الثياب ولا يطرح في أصول حيطانها الرماد والتراب، لأن ذلك غير متعارف في السكنى. وهل يجوز أن يطرح فيها ما يسرع إليه الفساد؟ فيه وجهان أحدهما: لا يجوز، لأن الفأر ينقب الحيطان للوصول إلى ذلك. **والثاني:** يجوز، وهو الأظهر، لأن طرح ما يسرع إليه الفساد من الطاهر المأكول متعارف في سكنى الدار فلم يجز المنع منه. وإن اكرت قميصاً للبس لم يجز أن ينام فيه بالليل ويجوز بالنهار، لأن العرف أن يخلع لنوم الليل دون نوم النهار.

وإن استأجر ظهراً للركوب ركب عليه لا مستلقياً ولا منكباً، لأن ذلك هو المتعارف. وإن كان في طريق العادة فيه السير في أحد الزمانين من ليل أو نهار لم يسر في الزمان الآخر، لأن ذلك هو المتعارف. وإن اكرت ظهراً في طريق العادة فيه النزول للروح ففيه وجهان أحدهما: يلزمه النزول، لأن ذلك متعارف والمتعارف كالمشروط. **والثاني:** لا يلزمه، لأنه عقد على الركوب في جميع الطريق فلا يلزمه تركه في بعضه. فإن اكرت ظهراً إلى مكة لم يجز أن يحج عليه، لأن ذلك زيادة على المعقود عليه. وإن اكرت

للحج عليه فله أن يركبه إلى منى ثم إلى عرفة ثم إلى المزدلفة ثم إلى منى ثم إلى مكة. وهل يجوز أن يركبه من مكة عائداً إلى منى للمبيت والرمي؟ فيه وجهان أحدهما: له ذلك، لأنه من تمام الحج. والثاني: ليس له، لأنه قد حل من الحج]

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [فإن اكرى ليحمل له أرطالاً من الزاد، فهل له أن يبدل ما يأكله<sup>(١)</sup>؟ فيه قولان أحدهما: له أن يبدل، وهو اختيار المزني، كما أن له أن يبدل ما يشرب من الماء. والثاني: ليس له أن يبدله، لأن العادة أن الزاد يشتري موضعاً واحداً بخلاف الماء. قال أبو إسحاق: هذا إذا لم تختلف قيمة الزاد في المنازل، فأما إذا كانت قيمته تختلف في المنازل جاز له أن يبدله قولاً واحداً، لأن له غرضاً أن لا يشتري موضعاً واحداً.

**فصل** وإن اكرى ظهراً فله أن يضربه ويكبحه باللجام ويركضه بالرجل للاستصلاح، لما روى جابر قال: «سافرت مع رسول الله ﷺ فاشترى مني بعيراً وحملني عليه إلى المدينة وكان يسوقه وأنا راكبه وإنه ليضربه بالعصا» ولا يتوصل إلى استيفاء المنفعة إلا بذلك فجاز له فعله.

**فصل** وللمستأجر أن يستوفي مثل المنفعة المعقود عليها وما دونها في الضرر ولا يملك أن يستوفي ما فوقها في الضرر. فإن اكرى ظهراً ليركبه في طريق فله أن يركبه في مثله وما دونه في الخشونة ولا يركبه فيما هو أخشن منه. فإن استأجر أرضاً ليزرع فيها الحنطة فله أن يزرع مثلها وما دونها في الضرر ولا يزرع ما فوقها، لأن في مثلها يستوفي قدر حقه وفيما دونها يستوفي بعض حقه وفيما فوقها يستوفي أكثر من حقه. فإن اكرى

---

(١) صورة هذه المسألة غير واضحة في الشرح، وقد وضحها الماوردي رحمه الله في الحاوي (٧/٤٢٠) فقال: وصورتها في مسافر اكرى من جمالاً ليركبه ويحمل مائة رطل من زاد ليأكله في سفره ففني بالأكل أو فني بعضه، فهل للمكترى أن يبدل ما فني من الزاد بمثله أم لا؟ فيه قولان.

ظهراً ليحمل عليه القطن لم يحمل عليه الحديد، لأنه أضر على الظهر من القطن لاجتماعه وثقله. فإن اكتره للحديد لم يحمل عليه القطن، لأنه أضر من الحديد لأنه يتجافى ويقع فيه الريح فيتعب الظهر. فإن اكتره ليركبه بسرج لم يجر أن يركبه عرياً، لأن ركوبه عرياً أضر. فإن اكتره عرياً لم يركبه بسرج، لأنه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه.

فإن اكترى ظهراً ليركبه لم يجر أن يحمل عليه المتاع، لأن الراكب يعين الظهر بحركته والمتاع لا يعينه. فإن اكتره لحمل المتاع لم يجر أن يركبه، لأن الراكب أشد على الظهر لأنه يقعد في موضع واحد والمتاع يتفرق على جنبه. فإن اكترى قميصاً للبس لم يجر أن يتزر به، لأن الاتزار أضر من اللبس، لأنه يعتمد فيه على طاقين وفي اللبس يعتمد فيه على طاق واحد. وهل له أن يرتدي به؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** يجوز لأنه أخف من اللبس. **والثاني:** لا يجوز، لأنه استعمال غير معروف فلا يملكه كالاتزار.

**فصل** وله أن يستوفي المنفعة بنفسه وبغيره. فإن اكترى داراً ليسكنها فله أن يسكنها مثله ومن هو دونه في الضرر ولا يسكنها من هو أضر منه. فإن اكترى ظهراً ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه، لما ذكرناه في الفصل قبله]

**الشرح:** حديث جابر رواه البخاري ومسلم<sup>(١)</sup>.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [فإن استأجر عيناً لمنفعة وشرط عليه أن لا يستوفي مثلها أو دونها، أو لا يستوفيها لمن هو مثله أو دونه، ففيه ثلاثة أوجه أحدها: أن الإجارة باطلة، لأنه شرط فيها ما ينافي موجبها فبطلت. **والثاني:** أن الإجارة جائزة والشرط باطل، لأنه شرط لا يؤثر في حق

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع: باب شراء الدواب والحمير (٤/٢٢٠) ومسلم في المساقاة: باب بيع البعير واستثناء ركوبه (٣٠ - ١١/٣١) والنسائي (٢٩٧ - ٧/٢٩٨).

المؤجر فألغي وبقي العقد على مقتضاه. والثالث: أن الإجارة جائزة والشرط لازم، لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به.

**فصل وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها، لأن الإجارة كالبيع وبيع المبيع يجوز بعد القبض فكذلك إجارة المستأجر. ويجوز من المؤجر وغيره كما يجوز بيع المبيع من البائع وغيره. وهل يجوز قبل القبض؟ فيه ثلاثة أوجه أحدها: لا يجوز كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض. والثاني: يجوز، لأن المعقود عليه هو المنافع والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين فلم يؤثر فيها قبض العين. والثالث: أنه يجوز إيجارها من المؤجر لأنها في قبضته، ولا يجوز من غيره لأنها ليست في قبضته.**

ويجوز أن يؤجرها برأس المال وبأقل منه وبأكثر، لأننا بينا أن الإجارة بيع، وبيع المبيع يجوز برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه فكذلك الإجارة.

**فصل وإن استأجر عيناً لمنفعة فاستوفى أكثر منها، فإن كانت زيادة تتميز بأن اكرتير ظهرراً ليركبه إلى مكان فجاوز، أو ليحمل عليه عشرة أفقزة فحمل عليه أحد عشر قفيزاً، لزمه المسمى لما عقد عليه وأجرة المثل لما زاد، لأنه استوفى المعقود عليه فاستقر عليه المسمى واستوفى زيادة فلزمه ضمان مثلها، كما لو اشترى عشرة أفقزة فقبض أحد عشر قفيزاً. فإن كانت الزيادة لا تتميز بأن اكرتير أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها دخنأ، فقد اختلف أصحابنا فيه، فذهب المزني وأبو إسحاق إلى أن المسألة على قولين أحدهما: يلزمه أجرة المثل للجميع، لأنه تعدى بالعدول عن المعقود عليه إلى غيره فلزمه ضمان المثل كما لو اكرتير أرضاً للزراعة فزرع أرضاً أخرى. والثاني: يلزمه المسمى وأجرة المثل للزيادة، لأنه استوفى ما استحقه وزيادة فأشبهه إذا استأجر ظهرراً إلى موضع فجاوزه. وذهب القاضي أبو حامد المروزي إلى أن المسألة على قول واحد، وأن صاحب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وأجرة المثل للزيادة وبين أن يأخذ أجرة المثل للجميع،**

لأنه أخذ شيئاً ممن استأجر ظهراً إلى مكان فجاوزه وشبهاً ممن اكرت أرضاً للزرع فزرع غيرها فخير بين الحكمين .

**فصل** وإن أجره عيناً ثم أراد أن يبدلها بغيرها لم يملك، لأن المستحق معين فلم يملك إبداله بغيره كما لو باع عيناً فأراد أن يبدلها بغيرها] **الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف .

**قال المصنف رحمه الله:** [فإن استأجر أرضاً مدة للزراعة فأراد أن يزرع ما لا يستحصد في تلك المدة، فقد ذكر بعض أصحابنا أنه لا يجوز وللمؤجر أن يمنعه من زراعته، فإن بادر المستأجر وزرع لم يجبر على قلعه قبل انقضاء المدة. ويحتمل عندي أنه لا يجوز منعه من الزراعة، لأنه يستحق الزراعة إلى أن تنقضي المدة فلا يجوز منعه قبل انقضاء المدة، ولأنه لا خلاف أنه إن سبق وزرع لم يجبر على نقله فلا يجوز منعه من زراعته .

**فصل** وإن اكرت أرضاً مدة للزرع، لم يخل إما أن يكون لزرع مطلق أو لزرع معين . فإن كان لزرع مطلق فزرع وانقضت المدة ولم يستحصد الزرع نظرت: فإن كان بتفريط منه، بأن زرع صنفاً لا يستحصد في تلك المدة أو صنفاً يستحصد في المدة إلا أنه أخرج زراعته، فللمكري أن يأخذه بنقله، لأنه لم يعقد إلا على المدة فلا يلزمه الزيادة عليها لتفريط المكتري . فإن لم يستحصد لشدة البرد أو قلة المطر ففيه وجهان أحدهما: يجبر على نقله، لأنه كان يمكنه أن يستظهر بالزيادة في مدة الإجارة فإذا لم يفعل لم يلزم المكري أن يستدرك له ما تركه . والثاني: لا يجبر، وهو الصحيح، لأنه تأخر من غير تفريط منه . فإن قلنا: يجبر على نقله وتراضياً على تركه بإجارة أو إعارة جاز، لأن النقل لحق المكري وقد رضي بتركه . وإن قلنا: لا يجبر فعليه المسمى إلى انقضاء المدة بحكم العقد وأجرة المثل لما زاد، لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمستأجر في نقل زرعه لا يجوز الإضرار بالمؤجر في تفويت منفعة أرضه .

فإن كان لزرع معين لا يستحصد في المدة وانقضت المدة والزرع قائم نظرت: فإن شرط عليه القلع فالإجارة صحيحة، لأنه عقد على مدة معلومة

ويجبر على قلعه لأنه دخل على هذا الشرط، فإن تراضيا على تركه بإجارة أو إعارة جاز لما ذكرناه. وإن شرط التبقية بعد المدة فالإجارة باطلة، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد فأبطله. فإن لم يزرع كان لصاحب الأرض أن يمنعه من الزراعة، لأنها زراعة في عقد باطل. فإن بادر وزرع لم يجبر على القلع، لأنه زرع مأذون فيه وعليه أجره المثل، لأنه استوفى منفعة الأرض بإجارة فاسدة. فإن أطلق العقد ولم يشرط التبقية ولا القلع ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحاق: أنه يجبر على قلعه، لأن العقد إلى مدة وقد انقضت فأجبر على قلعه كالزرع المطلق. والثاني: لا يجبر، لأنه دخل معه على العلم بحال الزرع وأن العادة فيه الترك إلى الحصاد فلزمه الصبر عليه كما لو باع ثمرة بعد بدو الصلاح وقبل الإدراك. ويخالف هذا إذا اكرى لزرع مطلق، لأن هناك يمكنه أن يزرع ما يستحصد في المدة فإذا ترك كان ذلك بتفريط منه فأجبر على قلعه، وههنا هو زرع معنى علم المكري أنه لا يستحصد في تلك المدة. فإذا قلنا: يجبر، فتراضيا على تركه بإجارة أو إعارة جاز لما ذكرناه. وإن قلنا: لا يجبر، لزمه المسمى للمدة وأجرة المثل للزيادة، لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمكثري في نقل زرعه لا يجوز الإضرار بالمكري في إبطال منفعة أرضه.]

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن اكرى أرضاً للغراس مدة لم يجز أن يغرس بعد انقضائها، لأن العقد يقتضي الغرس في المدة فلم يملك بعدها. فإن غرس في المدة وانقضت المدة نظرت: فإن شرط عليه القلع بعد المدة أخذ بقلعه لما تقدم من شرطه ولا يبطل العقد بهذا الشرط، لأن الذي يقتضيه العقد هو الغراس في المدة، وشرط القلع بعد المدة لا يمنع ذلك وإنما يمنع من التبقية بعد المدة، والتبقية بعد المدة من مقتضى الإذن لا من مقتضى العقد فلم يبطل العقد بإسقاطها. فإذا قلع لم يلزمه تسوية الأرض، لأنه لما شرط القلع رضي بما يحصل به من الحفر. فإن أطلق العقد ولم يشترط القلع ولا التبقية لم يلزمه القلع، لأن تفريغ المستأجر على حسب العادة، ولهذا لو اكرى داراً وترك فيها متاعاً وانقضت المدة لم يلزمه

تفريغها إلا على حسب العادة في نقل مثله، والعادة في الغراس التبقية إلى أن يجف ويستقلع.

فإن اختار المكتري القلع نظرت: فإن كان ذلك قبل انقضاء المدة ففيه وجهان أحدهما: يلزمه تسوية الأرض، لأنه قلع الغراس من أرض غيره بغير إذنه فلزمه تسوية الأرض. والثاني: لا يلزمه، لأنه قلع الغراس من أرض له عليها يد. فإن كان ذلك بعد انقضاء المدة لزمه تسوية الأرض وجهاً واحداً، لأنه قلع الغراس من أرض غيره من غير إذن ولا يد. فإن اختار التبقية نظرت: فإن أراد صاحب الأرض أن يدفع إليه قيمة الغراس ويتملكه أجبر المكتري على ذلك، لأنه يزول عنه الضرر بدفع القيمة. فإن أراد أن يقلعه نظرت: فإن كانت قيمة الغراس لا تنقص بالقلع أجبر المكتري على القلع، لأنه لا ضرر عليه في القلع. فإن كانت قيمة الغراس تنقص بالقلع، فإن ضمن له أرش ما نقص بالقلع أجبر عليه، لأنه لا ضرر عليه بالقلع مع دفع الأرش. فإن أراد أن يقلع ولا يضمن أرش النقص لم يجبر المكتري.

وقال المزني: يجبر، لأنه لا يجوز أن ينتفع بأرض غيره من غير رضاه. وهذا خطأ، لأن في قلع ذلك من غير ضمان الأرش إضراراً بالمكتري، والضرر لا يزال بالضرر.

فإن اختار أن يقر الغراس في الأرض ويطلب المكتري بأجرة المثل أجبر المكتري، لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمكتري بالقلع من غير ضمان لا يجوز الإضرار بالمكتري بإبطال منفعة الأرض عليه من غير أجرة. فإن أراد المكتري أن يبيع الغراس من المكتري جاز. وإن أراد بيعه من غيره ففيه وجهان، وقد بيناهما في كتاب العارية. فإن اكرى بشرط التبقية بعد المدة جاز، لأن إطلاق العقد يقتضي التبقية فلا يبطل بشرطها، والحكم في القلع والتبقية على ما ذكرناه فيه إذا أطلق العقد.

**فصل** فإن اكرى أرضاً بإجارة فاسدة وغرس كان حكمها في القلع والإقرار على ما بيناه في الإجارة الصحيحة، لأن الفاسد كالصحيح فيما يقتضيه من القلع والإقرار فكان حكمهما واحداً، وبالله التوفيق].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

## باب ما يوجب فسخ الإجارة

[إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً جاز له أن يرد، لأن الإجارة كالبيع فإذا جاز رد المبيع بالعيب جاز رد المستأجر. وله أن يرد بما يحدث في يده من العيب، لأن المستأجر في يد المستأجر كالمبيع في يد البائع فإذا جاز رد المبيع بما يحدث من العيب في يد البائع جاز رد المستأجر بما يحدث من العيب في يد المستأجر.

**فصل** والعيب الذي يرد به ما تنقص به المنفعة، كتعثر الظهر في المشي، والعرج الذي يتأخر به عن القافلة، وضعف البصر، والجدام، والبرص في المستأجر للخدمة، وانهدام الحائط في الدار، وانقطاع الماء في البئر والعيب، والتغير الذي يمتنع به الشرب أو الوضوء، وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة.

فأما إذا اكرتى ظهراً فوجده خشين المشي لم يرد، لأن ذلك لا تنقص به المنفعة. وإن اكرتى ظهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجز له الرد. وإن اكرتى حماماً فتعذر عليه ما يوقده لم يجز له الرد، لأن المعقود عليه باق وإنما تعذر الانتفاع لمعنى في غيره فلم يجز له الرد، كما لو اشترى ظهراً ليحج عليه فعجز عن الحج لمرض أو ذهاب المال.

وإن اكرتى أرضاً للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج أو أكل جراد لم يجز له الرد، لأن الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض فلم يجز له الرد. وإن اكرتى داراً فتشعث فبادر المكري إلى إصلاحها لم يكن للمستأجر ردها، لأنه لا يلحقه الضرر. فإن لم يبادر ثبت له الفسخ، لأنه يلحقه ضرر بنقصان المنفعة. فإن رضي

سكنها ولم يطالب بالإصلاح، فهل يلزمه جميع الأجرة أم لا؟ فيه وجهان أحدهما: لا يلزمه جميع الأجرة، لأنه لم يستوف جميع ما استحقه من المنفعة فلم يلزمه جميع الأجرة، كما لو اكرت داراً سنة فسكنها بعض السنة ثم غصبت. والثاني: يلزمه جميع الأجرة، لأنه استوفى جميع المعقود عليه ناقصاً بالعيب فلزمه جميع البدل، كما لو اشترى عبداً فتلفت يده في يد البائع ورضي به.

**فصل** ومتى رد المستأجر العين بالعيب، فإن كان العقد على عينها انفسخ العقد، لأنه عقد على معين فانفسخ برده كبيع العين. وإن كان العقد على موصوف في الذمة لم ينفسخ العقد برد العين بل يطالب ببده، لأن العقد على ما في الذمة فإذا رد العين رجع إلى ما في الذمة، كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً فرده.

**فصل** وإن استأجر عبداً فمات في يده، فإن كان العقد على موصوف في الذمة طالب ببده لما ذكرناه في الرد بالعيب. وإن كان العقد على عينه، فإن لم يمض من المدة ما له أجرة انفسخ العقد. وقال أبو ثور من أصحابنا: لا يفسخ بل يلزم المستأجر الأجرة، لأنه هلك بعد التسليم فلم ينفسخ العقد، كما لو هلك المبيع بعد التسليم فلم ينفسخ العقد. والمذهب: الأول، لأن المعقود عليه هو المنافع وقد تلفت قبل قبضها فانفسخ العقد، كالبيع إذا هلك قبل القبض. وإن مضى من المدة ما له أجرة انفسخ العقد فيما بقي بتلف المعقود عليه، وفيما مضى طريقان أحدهما: لا ينفسخ فيه العقد قولاً واحداً. والثاني: أنه على قولين بناء على الطريقتين في الهلاك الطارئ في بعض المبيع قبل القبض، هل هو كالهلاك المقارن للعقد أم لا؟ لأن المنافع في الإجارة كالمبيع قبل القبض، وفي المبيع قبل القبض طريقان فكذلك الإجارة.

**فصل** وإن اكرت داراً فانهدمت، فقد قال في الإجارة: ينفسخ العقد. وقال في المزارعة: إذا اكرت أرضاً للزراعة فانقطع ماؤها أن المكتري بالخيار بين أن يفسخ وبين أن لا يفسخ. واختلف أصحابنا فيهما على

طريقين، فمنهم من نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى فخرّجهما على قولين، وهو الصحيح، أحدهما: أن العقد يفسخ فيهما، لأن المنفعة المقصودة هي السكنى والزراعة وقد فاتت فانفسخ العقد كما لو اكرى عبداً للخدمة فمات. والثاني: لا يفسخ، لأن العين باقية يمكن الانتفاع بها وإنما نقصت منفعتها فثبت له الخيار كما لو حدث به عيب. ومنهم من قال: إذا انهدمت الدار انفسخ العقد، وإن انقطع الماء من الأرض لم يفسخ، لأن الأرض باقية مع انقطاع الماء، والدار غير باقية مع الانهدام].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن أكرى نفسه فهرب أو أكرى عيناً فهرب بها نظرت: فإن كانت الإجارة على موصوف في الذمة، استؤجر عليه من ماله، كما لو أسلم إليه في شيء فهرب فإنه يبتاع عليه المسلم فيه. وإن لم يمكن الاستئجار عليه، ثبت للمستأجر الخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر، لأنه تأخر حقه فثبت له الخيار، كما لو أسلم في شيء فتعذر. وإن كانت الإجارة على عين، فهو بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر، لأنه تأخر حقه فثبت له الخيار، كما لو ابتاع عبداً فأبقى قبل القبض. فإن لم يفسخ نظرت: فإن كانت الإجارة على مدة انفسخ العقد بمضي المدة يوماً بيوم، لأن المنافع تتلف بمضي الزمان فانفسخ العقد بمضيه. وإن كانت على عمل معين لم يفسخ، لأنه يمكن استيفاؤه إذا وجده.

**فصل** وإن غضبت العين المستأجرة من يد المستأجر، فإن كان العقد على موصوف في الذمة طوّل المؤجر بإقامة عين مقامها على ما ذكرناه في هرب المكري. وإن كان على العين فللمستأجر أن يفسخ العقد، لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ، كما لو ابتاع عبداً فغضب. فإن لم يفسخ، فإن كانت الإجارة على عمل، لم تنفسخ لأنه يمكن استيفاؤه إذا وجده. وإن كانت على مدة، فانقضت ففيه قولان: أحدهما: يفسخ العقد، فيرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى، ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل. والثاني: لا يفسخ بل يخير المستأجر بين أن يفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى ثم

يرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل، وبين أن يقر العقد، ويرجع على الغاصب بأجرة المثل، لأن المنافع تلفت في يد الغاصب، فصار كالبيع إذا أتلّفه الأجنبي، وفي المبيع قولان إذا أتلّفه الأجنبي، فكَذلك ههنا.

**فصل** وإن مات الصبي الذي عقد الإجارة على إرضاعه فالمنصوص أنه يفسخ العقد لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع، فبطل. ومن أصحابنا من خرج فيه قولاً آخر: إنه لا يفسخ، لأن المنفعة باقية، وإنما هلك المستوفي فلم يفسخ العقد، كما لو استأجر داراً فمات. فعلى هذا، إن تراضيا على إرضاع صبي آخر جاز، وإن تشاحا فسخ العقد لأنه تعذر إمضاء العقد ففسخ.

**فصل** وإن استأجر رجلاً ليقلع له ضرساً فسكن الوجع، أو ليكحل عينه فبرئت، أو ليقترض له فعفا عن القصاص، انفسخ العقد على المنصوص في المسألة قبلها، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ، كما لو تعذر بالموت. ولا يفسخ على قول من خرّج القول الآخر].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله تعالى:** [وإن مات الأجير في الحج قبل الإحرام، نظرت: فإن كان العقد على حج في الذمة، استؤجر من تركته من يحج. فإن لم يمكن، ثبت للمستأجر الخيار في فسخ العقد كما قلنا في السلم. وإن كان على حجه بنفسه، انفسخ العقد، لأنه تلف المعقود عليه قبل القبض. فإن مات بعد ما أتى بجميع الأركان وقبل المبيت والرمي، سقط الفرض، لأنه أتى بالأركان، ويجب في تركته الدم لما بقي كما يجب ذلك في حج نفسه.

وإن مات بعد الإحرام وقبل أن يأتي بالأركان، فهل يجوز أن يبني غيره على عمله؟ فيه قولان:

قال في القديم: يجوز، لأنه عمل تدخله النيابة فجاز البناء عليه كسائر الأعمال.

وقال في الجديد: لا يجوز وهو الصحيح، لأنه عبادة يفسد أولها بفساد آخرها فلا تتأدى بنفسين كالصوم والصلاة. فإن قلنا لا يجوز البناء، فإن

كانت الإجارة على عمل الأجير بنفسه بطلت، لأنه فات المعقود عليه، ويستأجر من يستأنف الحج. وإن كانت الإجارة على حج في الذمة لم تبطل، لأن المعقود عليه لم يفت بموته. فإن كان وقت الوقوف باقياً، استؤجر من تركته من يحج، وإن فات وقت الوقوف فللمستأجر أن يفسخ، لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ.

وإن قلنا: يجوز البناء على فعل الأجير، فإن كانت الإجارة على فعل الأجير بنفسه بطلت، لأن حجه فات بموته. فإن كان وقت الوقوف باقياً، أقام المستأجر من يحرم بالحج ويبيني على عمل الأجير، وإن كان بعد فوات وقت الوقوف، أقام من يحرم بالحج ويتم وقال أبو إسحاق: لا يجوز للباني أن يحرم بالحج، لأن الإحرام بالحج في غير أشهر الحج لا ينعقد، بل يحرم بالعمرة ويتم. والصحيح هو الأول، لأنه لا يجوز أن يطوف في العمرة ويقع عن الحج. وقوله: إن الإحرام بالحج لا ينعقد في غير أشهر الحج، لا يصح، لأن هذا بناء على إحرام حصل في أشهر الحج. وإن كانت الإجارة على حج في الذمة، استؤجر من تركه الأجير من يبيني على إحرامه على ما ذكرناه

**فصل ومتى انفسخ العقد بالهلاك أو بالرد بالعيب أو بتعذر المنفعة بعد استيفاء بعض المنفعة، قسم المسمى على ما استوفى، وعلى ما بقي. فما قابل المستوفي استقر، وما قابل الباقي سقط، كما يقسم الثمن على ما هلك من المبيع وعلى ما بقي. فإذا كان ذلك مما يختلف، رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة، وإن كان العقد على الحج فمات الأجير أو أحصر نظرت: فإن كان بعد قطع المسافة وقبل الإحرام ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: إنه لا يستحق شيئاً من الأجرة بناء على قوله في الأم: إن الأجرة لا تقابل قطع المسافة، وهو الصحيح، لأن الأجرة في مقابلة الحج، وابتداء الحج من الإحرام وما قبله من قطع المسافة تسبب إلى الحج، وليس بحج فلم يستحق في مقابله أجرة، كما لو استأجر رجلاً ليخبز له فأحضر الآلة وأوقد النار ومات قبل أن يخبز. والثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري وأبي بكر الصيرفي: إنه يستحق من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة بناء**

على قوله في الإملاء: إن الأجرة تقابل قطع المسافة والعمل، لأن الحج لا يتأدى إلا بهما فقسطت الأجرة عليهما.

وإن كان بعد الفراغ من الأركان وقبل الرمي والمبيت ففيه طريقان: أحدهما: يلزمه أن يرد من الأجرة بقدر ما ترك قولاً واحداً، لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله، كما لو استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى تسعة. ومنهم من قال: فيه قولان: أحدهما؛ يلزمه لما ذكرناه. والثاني: لا يلزمه لأن ما دخل على الحج من النقص بترك الرمي والمبيت جبره بالدم، فصار كما لو لم يتركه.

وإن كان بعد الإحرام وقبل أن يأتي بباقي الأركان ففيه قولان: أحدهما: لا يستحق شيئاً كما لو قال: من رد عبدي الآبق فله دينار، فرده رجل إلى باب البلد ثم هرب. والثاني: أنه يستحق بقدر ما عمله وهو الصحيح، لأنه عمل بعض ما استؤجر عليه، فأشبهه إذا استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات.

فإذا قلنا: إنه يستحق بعض الأجرة، فهل تقسط الأجرة على العمل والمسافة، أو على العمل دون المسافة؟ على ما ذكرناه من القولين

**فصل** وإن أجر عبداً ثم أعتقه، صح العتق لأنه عقد على منفعة فلم يمنع العتق، كما لو زوج أمته ثم أعتقها، ولا تنسخ الإجارة كما لا ينفسخ النكاح، وهل يرجع العبد على مولاه بالأجرة؟ فيه قولان:

قال في الجديد: لا يرجع وهو الصحيح، لأنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق فلم يرجع بيدها بعد العتق، كما لو زوج أمته ثم أعتقها. وقال في القديم: يرجع لأنه فوّت بالإجارة ما ملكه من منفعته بالعتق فوجب عليه البدل. فإن قلنا: يرجع بالأجرة، كانت نفقته على نفسه، لأنه ملك بدل منفعته فكانت نفقته عليه كما لو أجر نفسه بعد العتق.

وإن قلنا: يرجع بالأجرة، ففي نفقته وجهان: أحدهما: أنها على المولى لأنه كالباقي على ملكه، بدليل أنه يملك بدل منفعته بحق الملك، فكانت نفقته عليه.

**والثاني:** أنها في بيت المال لأنه لا يمكن إيجابها على المولى، لأنه زال ملكه عنه، ولا على العبد لأنه لا يقدر عليها في مدة الإجارة، فكانت في بيت المال].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن أجر عيناً ثم باعها من غير المستأجر ففيه قولان: أحدهما: إن البيع باطل، لأن يد المستأجر تحول دونه، فلم يصح البيع، كبيع المغصوب من غير الغاصب والمرهون من غير المرتهن. والثاني: يصح لأنه عقد على المنفعة، فلم يمنع صحة البيع، كما لو زوج أمته ثم باعها، ولا تنفسخ الإجارة كما لا ينفسخ النكاح في بيع الأمة المزوجة. وإن باعها من المستأجر، صح البيع قولاً واحداً لأنه في يده لا حائل دونه، فصح بيعها منه؛ كما لو باع المغصوب من الغاصب والمرهون من المرتهن، ولا تنفسخ الإجارة بل يستوفي المستأجر المنفعة بالإجارة، لأن الملك لا ينافي الإجارة، والدليل عليه: أنه يجوز أن يستأجر ملكه من المستأجر، فإذا طرأ عليها لم يمنع صحتها. وإن تلفت المنافع قبل انقضاء المدة، انفسخت الإجارة ورجع المشتري بالأجرة لما بقي على البائع.

**فصل** فإن أجر عيناً من رجل ثم مات أحدهما، لم يبطل العقد، لأنه عقد لازم، فلا يبطل بالموت مع سلامة المعقود عليه كالبيع. فإن أجر وقفاً عليه ثم مات، ففيه وجهان: أحدهما: لا يبطل لأنه أجر ما يملك إجارته، فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه ثم مات. فعلى هذا يرجع البطن الثاني في تركة المؤجر بأجرة المدة الباقية، لأن المنافع في المدة الباقية حق له فاستحق أجرتها. والثاني: تبطل لأن المنافع بعد الموت حق لغيره، فلا ينفذ عقده عليها من غير إذن ولا ولاية. ويخالف إذا أجر ملكه ثم مات، فإن الوارث يملك من جهة الموروث، فلا يملك ما خرج من ملكه بالإجارة، والبطن الثاني يملك غلة الوقف من جهة الواقف، فلم ينفذ عقد الأول عليه.

وإن أجر صبيّاً في حجره، أو أجر ماله ثم بلغ ففيه وجهان: أحدهما:

لا يبطل العقد، لأنه عقد لازم عقده بحق الولاية، فلا يبطل بالبلوغ كما لو باع داره. **والثاني:** يبطل، لأنه بان بالبلوغ أن تصرف الولي إلى هذا الوقت، والصحيح عندي في المسائل كلها: أن الإجارة لا تبطل. وبالله التوفيق].

**الشرح** قال الماوردي في الحاوي الكبير: فإذا بيعت الدار المستأجرة فذلك ضربان أحدهما: أن تباع على المستأجر، فالبيع جائز والإجارة بحالها ويصير جامعاً بين ملك المنفعة بالإجارة والرقبة بالبيع. والفرق بين أن يرثها المستأجر فتبطل الإجارة وبين أن يبتاعها فلا تبطل أنه بالإرث صار قائماً مقام المؤجر فلم يجز له عقد على نفسه، وهو بالبيع لا يقوم مقام البائع إلا فيما سمي بالعقد.

**والضرب الثاني:** أن تباع على أجنبي غير المستأجر ففي البيع قولان أحدهما: أنه باطل والإجارة بحالها، لأن يد المستأجر ممنوعة بحق فصارت أسوأ حالاً من المغصوب الذي يمنع يد المشتري منه بظلم. والقول الثاني وهو الصحيح: أن البيع صحيح والإجارة لازمة، لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع من بيع الرقبة كالأمة المزوجة. فعلى هذا، إن كان المشتري عالماً بالأجرة فلا خيار له والأجرة للبائع لأنه قد ملكها بعقده، وإن كان غير عالم فله الخيار بين المقام والفسخ<sup>(١)</sup>.

**فرع** قال المزني: قال الشافعي: ولا تنفسخ بموت أحدهما ما كانت الدار قائمة وليس الوارث بأكثر من الموروث الذي عنه ورثوا انتهى. فإذا ثبت هذا فإن عقد الإجارة لازم لا ينفسخ بموت المؤجر ولا المستأجر وبه قال مالك وأحمد وإسحاق. وقال أبو حنيفة وسفيان والليث بن سعد: الإجارة تبطل بموت المؤجر والمستأجر استدلالاً بأن عقود المنافع تبطل بموت العاقد كالنكاح والمضاربة والوكالة. ودليلنا هو أن ما لزم من عقود المعاوضات المحضة لم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين كالبيع. وأما الجواب عن قياسه على النكاح والمضاربة فهو أنه إن رده إلى النكاح لم يبطل

(١) الحاوي (٧/٤٠٣).

بالموت وإنما انقضت مدته فصار كأنقضاء مدة الإجارة. وإن رده إلى المضاربة والوكالة فالمعنى فيهما عدم لزومهما في حال الحياة وجواز فسخهما بغير عذر وليست الإجارة كذلك للزومها في حال الحياة.

فإذا ثبت أن إجارة الملك لا تبطل بموت المؤجر والمستأجر انتقل الكلام إلى إجارة الوقف، فإن أجره ولا حق له في غلته صحت إجارته ولم تبطل بموته، لأنه لم يؤجر ملكه وإنما ناب عن غيره. وإن أجره من يستحق غلته ويستوجب أجرته لكونه وقفاً عليه فقد اختلف أصحابنا في بطلان الإجارة بموته على وجهين ذكرهما المصنف.

فإذا أجر الأب أو الوصي صبياً ثم بلغ الصبي في مدة الإجارة رشيداً فالإجارة لازمة لا تنفسخ ببلوغه والله تعالى أعلم<sup>(١)</sup>.



---

---

## باب تضمين المستأجر والأجير

---

---

قال المصنف رحمه الله: [إذا تلفت العين المستأجرة في يد المستأجر من غير فعله، لم يلزمه الضمان، لأنه عين قبضها ليستوفي منها ما ملكه فلم يضمنها بالقبض، كالمرأة في يد الزوج والنخلة التي اشترى ثمرتها. وإن تلفت بفعله نظرت: فإن كان بغير عدوان كضرب الدابة وكبحها باللجام للاستصلاح، لم يضمن، لأنه هلك من فعل مستحق فلم يضمنه، كما لو هلك تحت الحمل. وإن تلفت بعدوان كالضرب من غير حاجة لزمه الضمان، لأنه جناية على مال الغير فلزمه ضمانه.

**فصل** وإن اكرى ظهراً إلى مكان فجاوز به المكان فهلك، نظرت: فإن لم يكن معه صاحبه، لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين جاوز به المكان إلى أن تلف، لأنه ضمنه باليد من حين جاوز فصار كالغاصب. وإن كان

---

(١) هذا الفرع مأخوذ من كلام الماوردي في الحاوي (٤٠٠ - ٤٠٤/٧).

صاحبه معه نظرت: فإن هلك بعد نزوله وتسليمه إلى صاحبه، لم يضمن، لأنه ضمنه باليد فبريء بالرد، كالمغصوب إذا رده إلى مالكه. وإن تلف في حال السير والركوب، ضمن، لأنه هلك في حال العدوان. وفي قدر الضمان قولان: أحدهما: نصف قيمته، لأنه تلف من مضمون وغير مضمون، فكان الضمان بينهما نصفين، كما لو مات من جراحته وجراحة مالكه. والثاني: أنه تقسط القيمة على المسافتين، فما قابل مسافة الإجارة سقط، وما قابل الزيادة يجب، لأنه يمكن تقسيطه على قدرهما فقسط بناء على القولين في الجلاذ إذا ضرب رجلاً في القذف إحدى وثمانين فمات.

وإن تعادل اثنان ظهراً استأجراه وارتدفاً معهما ثالث من غير إذن فتلف الظهر، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنه يجب على المرتدفاً نصف القيمة، لأنه هلك من مضمون وغير مضمون.

والثاني: يجب عليه الثلث، لأن الرجال لا يوزنون، فقسط الضمان على عددهم.

والثالث: أنه يقسط على أوزانهم فيجب على المرتدفاً ما يخصه بالوزن، لأنه يمكنه تقسيطه بالوزن، فقسط عليه.

**فصل** وإن استأجر عيناً واستوفى المنفعة وحبسها حتى تلفت، فإن كان حبسها لعذر، لم يلزمه الضمان، لأنه أمانة في يده فلم يضمن بالحبس لعذر كالوديعة. وإن كان لغير عذر، فإن قلنا: لا يجب الرد قبل الطلب، لم يضمن كالوديعة قبل الطلب، وإن قلنا: يجب ردها، ضمن كالوديعة بعد الطلب.

**فصل** وإن تلفت العين التي استؤجر على العمل فيها نظرت: فإن كان التلف بتفريط بأن استأجره ليخبز له فأسرف في الوقود، أو ألقه قبل وقته، أو تركه في النار حتى احترق، ضمنه، لأنه هلك بعدوان فلزمه الضمان. وإن استؤجر على تأديب غلام فضربه فمات، ضمنه، لأنه يمكن تأديبه بغير الضرب، فإذا عدل إلى الضرب كان ذلك تفريطاً منه، فلزمه الضمان. وإن

كان التلف بغير تفريط نظرت: فإذا كان العمل في ملك المستأجر، بأن دعاه إلى داره ليعمل له، أو كان العمل في دكان الأجير والمستأجر حاضر، أو اكتراه ليحمل له شيئاً وهو معه، لم يضمن، لأن يد صاحبه عليه، فلم يضمن من غير جنائية. وإن كان العمل في يد الأجير من غير حضور المستأجر نظرت: فإن كان الأجير مشتركاً، وهو الذي يعمل له ولغيره كالقصار الذي يقصر لكل أحد، والملاح الذي يحمل لكل أحد ففيه قولان: أحدهما: يجب عليه الضمان، لما روى الشعبي عن أنس رضي الله عنه قال: استحملني رجل بضاعة فضاعت من بين متاعي، فضمننيها عمر بن الخطاب رضي الله عنه<sup>(١)</sup>. وعن خلاس بن عمرو: «أن علياً رضي الله عنه، كان يضمن الأجير»<sup>(٢)</sup> وعن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي كرم وجهه «أنه كان يضمن الصباغ والصواغ» وقال: «لا يصلح الناس إلا ذلك»<sup>(٣)</sup> ولأنه قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها كالمستعير. والثاني: لا ضمان عليه، وهو قول المزني وهو الصحيح. قال الربيع: كان الشافعي رحمه الله يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير ولكنه لا يفتي به لفساد الناس، والدليل عليه: أنه قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك، فلم يضمنه كالمضارب.

وإن كان الأجير منفرداً وهو الذي يعمل له ولا يعمل لغيره فقد اختلف أصحابنا فيه: فمنهم من قال: هو كالأجير المشترك، وهو المنصوص، فإن الشافعي رحمه الله قال: «والأجراء كلهم سواء» فيكون على قولين، لأنه منفرد باليد فأشبهه الأجير المشترك. ومنهم من قال: لا يجب عليه الضمان قولاً واحداً لأنه منفرد بالعمل فأشبهه إذا كان عمله في دار المستأجر.

فإن قلنا: أنه أمين، فتعدى فيه ثم تلف، ضمنه بقيمته أكثر ما كانت

(١) لم أجده.

(٢) أخرجه البيهقي (٦/١٢٢) وقال: وأهل العلم بالحديث يضعفون أحاديث خلاس عن علي.

(٣) أخرجه البيهقي (٦/١٢٢) وعبدالرزاق برقم ١٤٩٤٨ وهو مرسل.

من حين تعدى إلى أن تلف، لأنه ضمن بالتعدي فصار كالغاصب. وإن قلنا: إنه ضامن، لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالغاصب، ومن أصحابنا من قال: يلزمه قيمته وقت التلف كالمستعير، وليس بشيء.

**فصل** وإن عمل الأجير بعض العمل أو جميعه ثم تلف، نظرت: فإن كان العمل في ملك صاحبه أو بحضرته، وجبت له الأجرة لأنه تحت يده فكل ما عمل شيئاً صار مسلماً له. وإن كان في يد الأجير، فإن قلنا: أنه أمين، لم يستحق الأجرة، لأنه لم يسلم العمل. وإن قلنا: إنه ضامن، استحق الأجرة، لأنه يقوم عليه معمولاً فيصير بالتضمن مسلماً للعمل فاستحق الأجرة.

**فصل** وإن دفع ثوباً إلى خياط وقال: إن كان يكفيني لقميص فأقطعه فقطعه ولم يكفه لزمه الضمان لأنه أذن له بشرط، فقطع من غير وجود الشرط، فضمنه. وإن قال: أيكفيني للقميص؟ فقال: نعم، فقال: أقطعه، فقطعه فلم يكفه لم يضمن، لأنه قطعه بإذن مطلق]

**الشرح:** قال الشافعي: الأجراء كلهم سواء فإذا تلف في أيديهم شيء من غير جنائيتهم فلا يجوز أن يقال فيه إلا واحد من قولين أحدهما: أن يكون كل من أخذ الكراء على شيء كان له ضامناً يؤديه على السلامة أو يضمنه أو ما نقصه. ومن قال هذا القول فينبغي أن يكون من حجته أن يقول: الأمين هو من دفعت إليه راضياً بأمانته لا يعطى أجراً على شيء مما دفعت إليه، وإعطائي هذا الأجر تفريق بينه وبين الأمين الذي أخذ ما استؤمن عليه بلا جعل. أو يقول قائل<sup>(١)</sup>: لا ضمان على أجير بحال من قبل أنه إنما يضمن من تعدى فأخذ ما ليس له أو أخذ الشيء على منفعة له فيه، إما بتسلط على إتلافه كما يأخذ سلفاً فيكون مالاً من ماله فيكون إن شاء ينفقه ويرد مثله، وإما مستعير سلط على الانتفاع بما أعير فيضمن لأنه

(١) وهذا هو القول الثاني.

أخذ ذلك لمنفعة نفسه لا لمنفعة صاحبه فيه، وهذان معاً نقص على المسلف والمعير أو غير زيادة له.

والصانع والأجير من كان ليس في هذا المعنى فلا يضمن بحال إلا ما جنت يده كما يضمن المودع ما جنت يده. وليس في هذا سنة أعلمها ولا أثر يصح عند أهل الحديث عن أحد من أصحاب النبي ﷺ. وقد روي فيه شيء عن عمر وعلي وليس يثبت عند أهل الحديث عنهما. ولو ثبت عنهما لزم من ثبته أن يضمن الأجراء من كانوا فيضمن أجير الرجل وحده والأجير المشترك والأجير على الحفظ والرعي وحمل المتاع والأجير على الشيء يصنعه، لأن عمر إن كان ضمن الصانع فليس في تضمينه لهم معنى إلا أن يكون ضمنهم بأنهم أخذوا أجراً على ما ضمنوا، فكل من أخذ أجراً فهو في معناهم، وإن كان علي رضي الله عنه ضمن القصار والصائغ فكذلك كل صانع وكل من أخذ أجره<sup>(١)</sup>.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [واختلف أصحابنا فيما يأخذ الحمامي: هل هو ثمن الماء أو أجره الدخول والسطل وحفظ الثياب؟ فمنهم من قال: هو ثمن الماء وهو متطوع بحفظ الثياب ومعير للسطل، فعلى هذا لا يضمن الثياب إذا تلفت، وله عوض السطل إذا تلف. ومنهم من قال: هو أجره الدخول والسطل وحفظ الثياب، فعلى هذا لا يضمن الداخل السطل إذا هلك لأنه مستأجر، وهل يضمن الحمامي الثياب فيه قولان لأنه أجير مشترك.

**فصل** وإن استأجر رجلاً للحج فتطيب في إحرامه أو لبس، وجبت الفدية على الأجير، لأنه جناية لم يتناولها الإذن فوجب ضمانها، كما لو استأجره ليشتري له ثوباً فاشتراه ثم خرقه. وإن أفسد الحج، صار الإحرام

(١) الأم (٣٨ - ٤/٣٩).

عن نفسه، لأن الفاسد غير مأذون فيه، فانعقد له، كما لو وكله في شراء عبد فاشتري أمة. فإن كان العقد على حجة في هذه السنة، انفسخ، لأنه فات المعقود عليه. وإن كان على حج في الذمة ثبت له الخيار، لأنه تأخر حقه. فإن استأجر للحج من ميقات فأحرم من ميقات آخر، لم يلزمه شيء، لأن المواقيت المنصوص عليها متساوية في الحكم. وإن كان بعضها أبعد من بعض، فإذا ترك بعضها إلى بعض لم يحصل نقص يقتضي الجبران.

وإن أحرم دون الميقات، لزمه دم لأنه ترك الإحرام من موضع يلزمه الإحرام منه، فلزمه دم كما لو ترك ذلك في حجه لنفسه. فإن استأجره ليحرم من دويرة أهله، فأحرم دونه، لزمه دم، لأنه وجب عليه ذلك بعقد الإجارة، فصار كما لو لزمه في حجه لنفسه بالشرع أو بالندر فتركه.

وهل يلزمه أن يرد من الأجرة بقسطه؟ قال في القديم: يهرق دمًا وحجه تام. وقال في الأم: يلزمه أن يرد من الأجرة بقدر ما ترك. فمن أصحابنا من قال: يلزمه قولاً واحداً، والذي قاله في القديم ليس فيه نص أنه لا يجب. ومنهم من قال: فيه قولان وهو الصحيح. أحدهما: لا يلزمه لأن النقص الذي لحق الإحرام جبره بالدم، فصار كما لو لم يترك. والثاني: أنه يلزمه لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله، كما لو استأجره لبناء عشرة أذرع فبنى تسعة، فعلى هذا يرد ما بين حجه من الميقات وبين حجه من الموضع الذي أحرم منه.

فإن استأجره ليحرم بالحج من الميقات، فأحرم من الميقات بعمرة عن نفسه ثم أحرم بالحج عن المستأجر من مكة، لزمه الدم لترك الميقات، وهل يرد من الأجرة بقدر ما ترك؟ على ما ذكرناه من الطريقتين: فإن قلنا: يلزمه، ففيه قولان: قال في الأم: يرد بقدر ما بين حجه من الميقات، وحجه من مكة، لأن الحج من الإحرام وما قبله ليس من الحج. وقال في الإملاء: يلزمه أن يرد ما بين حجه من بلده وبين حجه من مكة، لأنه جعل الأجرة

في مقابلة السفر والعمل وجعل سفره لنفسه، ويخالف المسألة قبلها، لأن هناك سافر للمستأجر، وإنما ترك الميقات.

وإن استأجره للحج فحج عنه وترك الرمي أو المبيت، لزمه الدم كما يلزمه لحجه. وهل يرد من الأجرة بقسطه؟ على ما ذكرناه فيمن ترك الإحرام من الميقات.

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنّف.



---

---

## باب اختلاف المتكاريين

---

---

**قال المصنّف رحمه الله:** [إذا اختلف المتكاريان في مقدار المنفعة أو قدر الأجرة، ولم تكن بينة تحالفاً، لأنه عقد معاوضة فأشبهه البيع. وإذا تحالفاً، كان الحكم في فسخ الإجارة كالحكم في البيع، لأن الإجارة كالبيع، فكان حكمها في الفسخ كالحكم في البيع. فإن اختلفا في التعدي في العين المستأجرة فادعاه المؤجر وأنكره المستأجر، فالقول قول المستأجر، لأن الأصل عدم العدوان والبراءة من الضمان. فإن اختلفا في الرد فادعاه المستأجر وأنكره المؤجر، فالقول قول المؤجر أنه لم يرد عليه، لأن المستأجر قبض العين لمنفعته فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير. وإن اختلف الأجير المشترك والمستأجر في رد العين، فادعى الأجير أنه ردها وأنكر المستأجر، فإن قلنا: إن الأجير يضمن بالقبض، لم يقبل قوله في الرد لأنه ضامن فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير والغاصب. وإن قلنا إنه لا يضمن العين بالقبض، فهل يقبل قوله في الرد؟ فيه وجهان، كالوكيل بجعل، وقد مضى توجيههما في الوكالة.

وإن هلكت العين فادعى الأجير أنها هلكت بعد العمل وأنه يستحق الأجرة وأنكر المستأجر فالقول قول المستأجر، لأن الأصل عدم العمل وعدم البذل.

**فصل** وإن دفع ثوباً إلى خياط فقطعه قباء ثم اختلفا، فقال رب

الثوب: أمرتك أن تقطعه قميصاً فتعديت بقطعه قباء فعليك ضمان النقص، قال الخياط: بل أمرتني أن أقطعه قباء فعليك الأجرة، فقد حكى الشافعي رحمه الله في اختلاف العراقيين قول ابن أبي ليلى: أن القول قول الخياط، وقول أبي حنيفة رحمة الله عليه: أن القول قول رب الثوب، ثم قال: وهذا أشبه وكلاهما مدخول.

وقال في كتاب الأجير والمستأجر: إذا دفع إليه ثوباً ليصبغه أحمر فصبغه أخضر فقال: أمرتك أن تصبغه أحمر، فقال الصباغ: بل أمرتني أن أصبغه أخضر، أنهما يتحالفان، واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق، فمنهم من قال: فيه ثلاثة أقوال: أحدهما: أن القول قول الخياط لأنه مأذون له في القطع، فكان القول قوله في صفته. والثاني: أن القول قول رب الثوب، كما لو اختلفا في أصل الإذن. والثالث: أنهما يتحالفان وهو الصحيح، لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه. لأن صاحب الثوب يدعي الأرش، والخياط ينكره، والخياط يدعي الأجرة وصاحب الثوب ينكره، فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن.

ومن أصحابنا من قال: المسألة على القولين المذكورين في اختلاف العراقيين، وهو قول أبي عباس وأبي إسحاق، وأبي علي بن أبي هريرة، والقاضي أبي حامد. ومن أصحابنا من قال: هي على قول واحد: أنهما يتحالفان، وهو قول أبي حامد الإسفراييني، لأن الشافعي رحمه الله ذكر القولين الأولين ثم قال: وكلاهما مدخول.

فإن قلنا: إن القول قول الخياط فحلف، لم يلزمه أرش النقص، لأنه ثبت بيمينه أنه مأذون له فيه. وهل يستحق الأجرة؟ فيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: إنه لا يستحق الأجرة، لأن قوله قبل في سقوط الغرم لأنه منكر، فأما في الأجرة فإنه مدع فلم يقبل قوله. والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن له الأجرة لأننا قبلنا قوله في الإذن. فعلى هذا، يجب المسمى أو أجرة المثل؟ فيه وجهان: أحدهما: يجب المسمى،

لأننا قبلنا قوله أنه أذن له فوجب ما اقتضاه. **والثاني:** يجب له أجره المثل، لأننا إذا قبلنا قوله لم نأمن أن يدعي ألفاً وأجره مثله درهم.

وإن قلنا: إن القول قول صاحب الثوب فحلف، لم تجب الأجرة، لأنه فعل ما لم يؤذن فيه، ويلزمه أرش القطع، لأنه قطع ما لم يكن له قطعه، وفي قدر الأرش قولان: **أحدهما:** يلزمه ما بين قيمته مقطوعاً وصحيحاً، لأننا حكمنا أنه لم يؤذن له في القطع، فلزمه أرش القطع. **والثاني:** يلزمه ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً، وبين قيمته مقطوعاً قباء، لأنه قد أذن له في القطع، وإنما حصلت المخالفة في الزيادة فلزمه أرش الزيادة، فإن لم يكن بينهما تفاوت لم يلزمه شيء.

وإذا قلنا: إنهما يتحالفان فتحالفا، لم تجب الأجرة، لأن التحالف يوجب رفع العقد، والخياطة من غير عقد لا توجب الأجرة. وهل يجب أرش القطع؟ فيه قولان: **أحدهما:** [لا]<sup>(١)</sup> يجب، لأن كل واحد منهما حلف على ما ادعاه ونفى ما ادعي عليه فبرئاً كالمبتاعين. **والثاني:** أنه يجب أرش النقص، لأننا حكمنا بارتفاع العقد بالتحالف، فإذا ارتفع العقد حصل القطع من غير عقد فلزمه أرشه، ومتى قلنا: إنه يستحق الأجرة، لم يرجع بالخياط لأنه أخذ بدلها. فإن قلنا: لا يستحق الأجرة، فله أن يأخذ خيوطه، لأنه عين ماله فكان له أن يأخذه.

**الشرح:** إذا اختلفا في قدر الأجرة فقال: أجرتها سنة بدينار، قال: بل بدينارين، تحالفا. ويبدأ بيمين المؤجر، وهو قول الشافعي وأحمد، لأن الإجارة نوع من البيع. فإذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله. وإن رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر أقر العقد. وإن فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل كما لو اختلفا في المبيع بعد تلفه، وهذا قول أحمد وأصحابه. وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل

(١) ما بين قوسين ساقط من المطبوعة فزدته لدلالة المعنى عليه.

العمل، وإن كان عمله فالقول قول المستأجر لأنه منكر للزيادة في الأجر والقول قول المنكر.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [إذا استأجر صانعاً على عمل من خياطة أو صباغة فعمل، فهل له أن يحبس العين على الأجرة؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز، لأنه لم يرهن العين عنده فلم يجوز له احتباسها، كما لو استأجره ليحمل له متاعاً فحمله ثم أراد أن يحبس المتاع على الأجرة. والثاني: يجوز، لأن عمله ملكه، فجاز له حبسه على العوض، كالمبيع في يد البائع.

**فصل** وإن دفع ثوباً إلى رجل فخاطه ولم يذكر له أجرة، فقد اختلف أصحابنا فيه على أربعة أوجه: أحدهما: أنه تلزمه الأجرة وهو قول المزني رحمه الله، لأنه استهلك عمله فلزمه أجرته. والثاني: أنه إن قال له: خطه لزمه، وإن بدأ الرجل فقال: أعطني لأخيطة لم تلزمه، وهو قول أبي إسحاق، لأنه إذا أمره فقد ألزمه بالأمر، والعمل لا يلزمه من غير أجرة فلزمته، وإذا لم يأمره لم يوجد ما يوجب الأجرة فلم تلزم. والثالث: أنه إذا كان الصانع معروفاً بأخذ الأجرة على الخياطة لزمه، وإذا لم يكن معروفاً بذلك لم يلزمه وهو قول أبي العباس، لأنه إذا كان معروفاً بأخذ الأجرة صار العرف في حقه كالشرط، وإن لم يكن معروفاً لم يوجد ما يقتضي الأجرة من جهة الشرط ولا من جهة العرف. والرابع: وهو المذهب، أنه لا يلزمه بحال، لأنه بذل ماله من غير عوض فلم يجب له العوض، كما لو بذل طعامه لمن أكله.

وإن نزل رجل في سفينة ملاح بغير إذنه فحمله فيها إلى بلد، لزمه الأجرة، لأنه استهلك منفعة موضعه من السفينة من غير إذن، فلزمه أجرتها. وإن نزل فيها عن إذنه ولم يذكر الأجرة، فعلى ما ذكرناه من الوجوه الأربعة في الخياطة. وبالله التوفيق.]

الشرح أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.



## باب الجعالة

[يجوز عقد الجعالة وهو أن يبذل الجعل لمن عمل له عملاً من رد ضالة، ورد أبق، وبناء حائط، وخياطة ثوب، وكل ما يستأجر عليه من الأعمال. والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾<sup>(١)</sup> وروى أبو سعيد الخدري: أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حياً من أحياء العرب فلم يقرّوهم فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك فقالوا: هل فيكم راق؟ فقالوا: لم تقرونا فلا نفعل أو تجعلوا لنا جعلاً، فجعلوا لهم قطع شاء، فجعل رجل يقرأ بأمر القرآن ويجمع بزاقه ويتفل، فبرأ الرجل، فأتوهم بالشاء فقالوا: لا نأخذها حتى نسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فسألوا رسول الله ﷺ عن ذلك فضحك وقال: «ما أدراك أنها رقية خذوها واضربوا لي فيها بسهم» ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك من رد ضالة وأبق وعمل لا يقدر عليه، فجاز كالإجارة والمضاربة.

**فصل** ويجوز أن يعقد لعامل غير معين للآية، ولأنه قد يكون له عمل ولا يعرف من يعمل له، فجاز من غير تعيين. وروى المزني في المختصر عن الشافعي رحمه الله في المنشور أنه قال: إذا قال: أول من يحج عني فله مائة، فحج عنه رجل، أنه يستحق المائة. وقال المزني: ينبغي أن يستحق أجرة المثل، لأنه إجارة فلم تصح من غير تعيين. وهذا خطأ، لأن ذلك جعالة، وقد بينا أن الجعالة تجوز من غير تعيين العامل.

**فصل** وتجاوز على عمل مجهول للآية، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فجاز مع الجهالة كالمضاربة. ولا يجوز إلا بعوض معلوم، لأنه عقد معاوضة فلا تجوز بعوض مجهول كالنكاح. فإن شرط له جعلاً مجهولاً، فعمل، استحق أجرة المثل، لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده، كالبيع والنكاح.

(١) يوسف: ٧٣.

**فصل ولا يستحق العامل الجعل إلا بإذن صاحب المال، فأما إذا عمل له عملاً من غير إذنه بأن وجد له أبقاً فجاء به، أو ضالة فردها إليه، لم يستحق الجعل لأنه بذل منفعة من غير عوض فلم يستحق العوض. فإن عمل بإذنه ولم يشترط له الجعل، فعلى الأوجه الأربعة التي ذكرناها في الإجارة. فإن أذن له وشرط له الجعل، فعمل استحق الجعل، لأنه استهلك منفعة بعوض فاستحق العوض كالأجير. فإن نادى فقال: من رد عبيدي فله دينار، فرده من لم يسمع النداء، لم يستحق الجعل، لأنه متطوع بالرد من غير بدل. فإن أبق عبد لرجل فنأدى غيره: أن من رد عبد فلان فله دينار، فرده رجل، وجب الدينار على المنادي لأنه ضمن العوض فلزمه. فإن قال في النداء: قال فلان: من رد عبيدي فله دينار، فرده رجل لم يلزم المنادي، لأنه لم يضمن وإنما حكى قول غيره.**

**فصل ولا يستحق العامل الجعل إلا بالفراغ من العمل. فإن شرط له جعلاً على رد الأبق، فرده إلى باب الدار، ففر منه أو مات قبل أن يسلمه، لم يستحق شيئاً من الجعل، لأن المقصود هو الرد والجعل في مقابلته، ولم يوجد منه شيء. وإن قال: من رد عبيدي الأبق من البصرة فله دينار، وهو ببغداد، فرده رجل من واسط، استحق نصف الدينار، لأنه رد من نصف الطريق. وإن رده من أبعد من البصرة لم يستحق أكثر من الدينار، لأنه لم يضمن له لما زاد شيئاً.**

**وإن أبق له عبدان فقال: من ردهما فله دينار، فرد رجل أحدهما استحق نصف الجعل، لأنه عمل نصف العمل. وإن قال: من رد عبيدي فله دينار، فاشترك في رده اثنان، اشتركا في الدينار، لأنهما اشتركا في العمل فاشتركا في الجعل.**

**وإن قال لرجل: إن رددت عبيدي فلك دينار، وقال لآخر: إن رددته فلك ديناران، فاشتركا في الرد، استحق كل واحد منهما نصف ما جعل له. وإن جعل لأحدهما ديناراً وللآخر ثوباً مجهولاً، فرداه استحق صاحب الدينار نصف دينار وصاحب الثوب نصف أجرة المثل، لأن الدينار جعل صحيح**

فاستحق نصفه، والثوب جعل باطل فاستحق نصف أجره المثل.

وإن قال لرجل: إن رددت عبدي فلك دينار، فشاركه غيره في رده، فإن قال: شاركته معاونة له، كان الدينار للعامل لأن العمل كله له، فكان الجعل كله له. وإن قال: شاركته لأشاركه في الجعل، كان للعامل نصف الجعل، لأنه عمل نصف العمل، ولا شيء للشريك، لأنه لم يشرط له شيئاً].

**الشرح:** الجعالة بثلاث الجيم عند ابن مالك وغيره، واقتصر النووي والجوهرى والفيومى صاحب المصباح على كسرها، وابن الرفعة في الكفاية والمطلب على فتحها. وهي لغة: اسم لما يجعله الإنسان لغيره على شيء يفعله، وكذا الجعل والجعلية.

وأما تعريفها شرعاً فهي: التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر عمله<sup>(١)</sup>.

أما الحديث الذي ساقه المصنف عن أبي سعيد فقد رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه<sup>(٢)</sup>.

وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [ويجوز لكل واحد منهما فسخ العقد، لأنه عقد على عمل مجهول بعوض فجاز لكل واحد منهما فسخه كالمضاربة. فإن فسخ العامل، لم يستحق شيئاً لأن الجعل يستحق بالفراغ من العمل وقد تركه فسقط حقه. وإن فسخ رب المال، فإن كان العمل قبل الشروع لم يلزمه شيء، لأنه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العامل، فلم يلزمه شيء، كما

---

(١) ورد في المطبوعة غموض في تعريف الجعالة شرعاً، فتركته ونقلته التعريف من معني المحتاج للشربيني (٣/٦١٧) لأني لاحظت أن الشارح نفسه نقل عنه.

(٢) أخرجه البخاري في الإجارة (٤/٤٥٣) ومسلم في السلام (١٤/١٨٧) والترمذي في الطب (٤/٣٩٨) وأبو داود في البيوع (٧٠٣ - ٣/٧٠٥) وابن ماجه في التجارات (٢/٧٢٩).

لو فسخ المضاربة قبل العمل. وإن كان بعدما شرع في العمل، لزمه أجره المثل لما عمل، لأنه استهلك منفعته بشرط العوض، فلزمه أجرته، كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع في العمل.

**فصل** وتجوز الزيادة والنقصان في الجعل قبل العمل، فإن قال: من رد عبدي فله دينار، ثم قال: من رده فله عشرة، فرده رجل استحق عشرة. وإن قال: من رد عبدي فله عشرة، ثم قال: من رده فله دينار، استحق الدينار، لأنه مال بذل في مقابلة عمل في عقد جائز، فجاز الزيادة والنقصان فيه قبل العمل كالريح في المضاربة.

**فصل** وإن اختلف العامل ورب المال فقال العامل: شرطت لي الجعل، وأنكر رب المال، فالقول قول رب المال، لأن الأصل عدم الشرط وعدم الضمان. وإن اختلفا في عين العبد فقال السيد: شرطت الجعل في رد غيره، وقال العامل: بل شرطت الجعل في رده، فالقول قول المالك، لأن العامل يدعي عليه شرط الجعل في عقد الأصل عدمه، فكان القول فيه قوله.

وإن اختلفا في قدر الجعل تحالفا كما قلنا في البيع، فإذا تحالفا رجع إلى أجره المثل، كما رجع في البيع بعد هلاك السلعة إلى قيمة العين.

وإن اختلف العامل والعبد فقال العامل: أنا رددته، وقال العبد: جئت بنفسني، وصدقه المولى، فالقول قول المولى مع يمينه، لأن الأصل عدم الرد وعدم وجوب الجعل. وبالله التوفيق.]

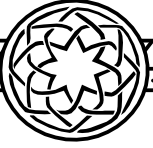
**الشرح:** ينقسم العقد باعتبار لزومه وجوازه إلى ثلاثة أقسام أحدها: لازم من الطرفين كالبيع والإجارة والسلم والصلح والحوالة والمساقاة والهبة لغير الفروع بعد القبض والخلع. **ثانيها:** لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر كالكتابة والرهن وهبة الأصول للفروع بعد القبض والضمان والكفالة. **ثالثها:** جائز من الطرفين كالشركة والوكالة والعارية والوديعة وكذا الجعالة قبل فراغ العمل، ومن ثم يجوز لأي منهما الفسخ قبل تمام العمل. وقد ذكر المصنف الأحكام المترتبة على الفسخ.

فروع ويجوز للمالك أن يزيد وينقص من الجعل قبل الفراغ من العمل، سواء قبل الشروع في العمل أو بعده، لأنه عقد جائز. فلو قال: من رد ضالتي فله عشرة ثم قال: من ردها فله خمسة أو عكس فالاعتبار بالأخير من قوله. أما بعد الشروع ففائدته وجوب أجره المثل له، لأن النداء الأخير فسخ للأول والفسخ في أثناء العمل يقتضي الرجوع إلى أجره المثل. ومحلله قبل الشروع أن يعلم العامل بالتغيير هكذا أفاده في النهاية<sup>(١)</sup>. أما التغيير بعد الفراغ فلا يؤثر، لأن المال قد لزم، ويتوقف لزوم الجعل على تمام العمل. وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.



---

(١) قال النووي رحمه الله في الروضة (٢٧٣ - ٥/٢٧٤): يجوز الزيادة والنقص في الجعل قبل الشروع في العمل، فلو قال: من رد عبدي فله عشرة ثم قال: من رده فله خمسة أو بالعكس فالاعتبار بالنداء الأخير، والمذكور فيه هو الذي يستحقه الراد. لكن لو لم يسمع الراد النداء الأخير، قال الغزالي: يحتمل أن يقال: يرجع إلى أجره المثل. وأما بعد الشروع في العمل، ففي كلام صاحب المهذب وغيره تقييد جواز الزيادة والنقص بما قبل العمل، وفي كلام الغزالي قبل الفراغ، فالظاهر أنه في أثناء العمل يؤثر في الرجوع إلى أجره المثل، لأن النداء الأخير فسخ للأول، والفسخ في أثناء العمل يقتضي أجره المثل.



## كتاب السبق والرمي<sup>(١)</sup>

قال المصنف رحمه الله: [تجوز المسابقة والمناضلة لما روى ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ سابق بين الخيل، المضمرة منها من الحفيا إلى ثنية الوداع، وما لم يضمم منها من ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق». وروى أنس: «أن النبي ﷺ كانت له ناقة يقال لها العضباء لا تسبق، فجاء أعرابي على قعود له فسبقها، فشق ذلك على المسلمين فقالوا: يا رسول الله سبقت العضباء، فقال رسول الله ﷺ: «إنه حق على الله أن لا يرتفع من هذه القذرة شيء إلا وضعه». وروى سلمة بن الأكوع قال: «أتى علينا رسول الله ﷺ ونحن نترامى فقال: «حسن هذا لعباً ارموا يا بني إسماعيل فإن أباكم كان رامياً، ارموا وأنا مع ابن الأدرع»، فكف القوم أيديهم وقسيهم وقالوا: غلب يا رسول الله من كنت معه، قال: «ارموا وأنا معكم جميعاً» فإن كان ذلك للجهاد فهو مندوب إليه، لما روى عقبه بن عامر رضي الله عنه قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول على المنبر: «وأعدوا لهم ما

(١) السبق - بسكون الباء - هو مصدر سبقته سبقاً أي تقدمت عليه، ويفتح الباء - المال الموضوع بين أهل السباق. والمسابقة من السبق وهي تكون على الخيل ونحوها، والمناضلة تكون على السهام ونحوها. وقال الأزهري: النضال في الرمي، والرهان في الخيل، والسباق يكون في الخيل والرمي كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ﴾ قيل معناه نتضل بالسهام. وهذا الباب لم يسبق الشافعي رضي الله تعالى عنه أحد إلى تصنيفه كما قاله المزني. أنظر مغني المحتاج (٦/١٦٦) وشرح السنة للبخاري (١٠/٣٩٤).

استطعتم من قوة ألا إن القوة هي الرمي»، قالها ثلاثاً. وروى عقبة بن عامر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ارموا واركبوا ولأن ترموا أحب إلي من أن تركبوا، وليس من اللهو إلا ثلاثة: ملاعبة الرجل أهله، وتأديبه فرسه، ورميه بقوسه، ومن علمه الله الرمي فتركه رغبة عنه فنعمة كفرها، وإن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة: صانعه المحتسب فيه الخير، والرامي، ومنبله».

**فصل ويجوز ذلك بعوض لما روي:** «أنه سئل عثمان رضي الله عنه: أكنتم تراهنون على عهد رسول الله ﷺ؟ قال: نعم راهن رسول الله ﷺ على فرس له فجاءت سابقة فهش لذلك وأعجبه» والرهن لا يكون إلا على عوض، ولأن في بذل العوض فيه تحريضاً على التعلم والاستعداد للجهاد.

**فصل ويجوز أن يكون العوض منهما، ويجوز أن يكون من أحدهما، ويجوز أن يبذله السلطان من بيت المال، ويجوز أن يكون من رجل من الرعية، لأنه إخراج مال لمصلحة الدين فجاز من الجميع كارتباط الخيل في سبيل الله. ولا يجوز إلا على عوض معلوم، إما معيناً أو موصوفاً في الذمة، لأنه عقد معاوضة، فلم يجز إلا على عوض معلوم كالبيع. ويجوز على عوض حال ومؤجل، لأنه عوض يجوز أن يكون عيناً ودينياً فجاز أن يكون حالاً ومؤجلاً، كالثمن في البيع.**

**فصل فإن كان العوض من أحدهما أو من السلطان أو من رجل من الرعية، فهو كالجعالة. وإن كان منهما ففيه قولان: أحدهما: أنه يلزم كالإجارة، وهو الصحيح، لأنه عقد من شرط صحته أن يكون العوض والمعوض معلومين، فكان لازماً كالإجارة. والثاني: أنه لا يلزم كالجعالة، لأنه عقد يبذل العوض فيه على ما لا يوثق به، فلم يلزم كالجعالة.**

**فإن قلنا: أنه كالإجارة كان حكمهما في الرهن والضمين حكم الإجارة، وحكمهما في خيار المجلس وخيار الشرط حكم الإجارة. ولا يجوز لواحد منهما فسخه بعد تمامه ولا الزيادة ولا النقصان بعد لزومه، كما لا يجوز ذلك في الإجارة. وإن قلنا: إنه كالجعالة، كان حكمه في الرهن**

والضمان حكم الجعالة، وقد مضى ذلك في كتاب الرهن والضمان.

فأما الفسخ والزيادة والنقصان، فإن كان قبل الشروع فيه أو بعد الشروع فيه وهما متكافئان فلكل واحد منهما أن يفسخ ويزيد وينقص، لأنه عقد جائز لا ضرر على أحد في فسخه والزيادة والنقصان فيه. وإن كانا غير متكافئين نظرت: فإن كان الذي له الفضل هو الذي يطلب الفسخ أو الزيادة جاز، لأنه عقد جائز لا ضرر على صاحبه في الفسخ والزيادة فيه، فملك الفسخ والزيادة فيه. وإن كان الذي عليه الفضل هو الذي يطلب الفسخ أو الزيادة ففيه وجهان: أحدهما: له ذلك، لأنه عقد جائز فملك فسخه والزيادة فيه. والثاني: ليس له، لأننا لو جوزنا ذلك لم يسبق أحد أحداً، لأنه متى لاح له أن صاحبه يغلب، فسخ أو طلب الزيادة، فيبطل المقصود].

**الشرح:** أما لغات الفصل، فقوله في الخيل ضمرت يراد به: أن تعلف الخيل حتى تسمن وتقوى ثم يقلل علفها بقدر القوت وتدخل بيتاً وتغشى بالجلال حتى يحمى فتعرق فإذا جف عرقها خف لحمها وقويت على الجري، هكذا في الفتح والنهاية، وزاد في الصحاح أربعين يوماً. وقوله «قعود» بفتح القاف، هو ما استحق الركوب من الإبل، وقال الجوهري: هو البكر حتى يركب، وأقل ذلك أن يكون ابن سنتين إلى أن يدخل في السادسة فيسمى جملاً.

وأما الأحاديث، فحديث ابن عمر متفق عليه عند الشيخين<sup>(١)</sup>. أما حديث أنس بن مالك فقد رواه أحمد والبخاري بلفظ «... إن حقاً على الله أن لا يرفع شيئاً من الدنيا إلا وضعه»<sup>(٢)</sup> ولم أطلع على رواية في طرق الحديث فيه لفظ القدر والله أعلم. أما حديث سلمة بن الأكوع فقد

---

(١) أخرجه البخاري في الصلاة: باب هل يقال مسجد بني فلان (١/٥١٥) ومسلم في الإمارة: باب المسابقة بين الخيل (١٤ - ١٣/١٥) والنسائي في الخيل (٦/٢٢٦) وأبو داود في الجهاد (٣/٤).

(٢) أخرجه البخاري في الجهاد: باب ناقة النبي ﷺ (٦/٧٣) وأبو داود في الأدب (١٥١ - ٥/١٥٢) والنسائي (٦/٢٢٧).

أخرجه أحمد والبخاري<sup>(١)</sup>. وأما حديث عقبه بن عامر فقد رواه أحمد ومسلم ولفظه سمعت رسول الله ﷺ يقول: وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ألا إن القوة الرمي ألا إن القوة الرمي ألا إن القوة الرمي<sup>(٢)</sup>. وفيهما عنه رضي الله عنه عن النبي ﷺ «من علم الرمي ثم تركه فليس منا»<sup>(٣)</sup>.

وعنه أيضاً عند أحمد وأصحاب السنن مرفوعاً: «إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة نفر الجنة صانعه الذي يحتسب في صنعته الخير، والذي يجهز به في سبيل الله، والذي يرمي به في سبيل الله، وقال: ارموا واركبوا فإن ترموا خير لكم من أن تركبوا وقال: كل شيء يلهو به ابن آدم باطل إلا ثلاثاً رميه عن قوسه وتأديبه فرسه وملاعبته أهله فإنهن من الحق»<sup>(٤)</sup> وفي إسناده خالد بن زيد أو ابن يزيد فيه مقال، وقال فيه ابن حجر في التقريب: خالد بن زيد أو ابن يزيد الجهني عن عقبه في الرمي مقبول من الثالثة قلت: وبقية اسناده ثقات. وقد أخرجه الترمذي وابن ماجه من غير طريقه وأخرجه أيضاً ابن حبان. وفي رواية أبي داود زيادة «ومن ترك الرمي بعدما علمه فإنها نعمة تركها».

وقول المصنف «لما روي أن سئل عثمان رضي الله عنه...» يؤخذ على المصنف فيه أمور أحدها: أنه ساق الحديث بقوله «روي» بصيغة

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد: باب التحريض على الرمي (٦/٩١) وأحمد (٤/٥٠) بلفظ «وأنا مع بني فلان» وأما رواية «وأنا مع ابن الأدرع» فهي عند الحاكم (٢/٩٤) من حديث أبي هريرة وقال: صحيح الإسناد وقال الذهبي: صحيح. وأخرجها أيضاً ابن حبان والبخاري كما أفاده الحافظ في الفتح.

(٢) أخرجه مسلم في الإمارة: باب فضل الرمي والحث عليه (١٣/٦٤) وأبو داود في الجهاد (٢٩ - ٣/٣٠) والترمذي في التفسير (٥/٢٧٠) وابن ماجه في الجهاد (٢/٩٤٠) وأحمد (٤/١٥٧ - ١٥٦).

(٣) أخرجه مسلم (١٣/٦٥).

(٤) أخرجه أبو داود في الجهاد (٣/٢٩/٢٨) وكذا ابن ماجه (٢/٩٤٠) فيه والترمذي (٤/١٧٤) في فضائل الجهاد وقال: حسن صحيح والنسائي في الخيل (٦/٢٢٣/٢٢٢)، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٥٤٠.

التمريض والحديث رواه أحمد في مسنده والدارمي في سننه والدارقطني والبيهقي<sup>(١)</sup> ثانيها أنه قال: سئل عثمان، والسؤال كان موجهاً إلى أنس وليس إلى عثمان.

**ثالثها:** رواية بعض ألفاظ الخبر بالمعنى كقوله: «فهش لذلك» بحذف الباء والصواب «فهش لذلك» وقد تكون هذه الأخيرة من أخطاء النساخ أو الطباعين<sup>(٢)</sup>.

وأما الأحكام فإذا عرف أن السبق والرمي قد ثبتا بالسنة المستفيضة عرف أيضاً أنهما ثبتا بالإجماع.

والسبق والرمية عنصران فارهان من عناصر مكونات المرء المسلم القوي، وقد بلغ من حرص النبي ﷺ على أن يهتم أصحابه رضوان الله عليهم بهما حرصاً جعله يحضر مبارياتهم ويشترك فيها ويحث على حضورها ويقول ﷺ: «احضروا الهدف فإن الملائكة تحضره وإن بين الهدفين لروضة من رياض الجنة»<sup>(٣)</sup>.

قال الماوردي في الحاوي الكبير: فإذا ثبت جواز السبق والرمي فهو مندوب إليه إن قصد به أهبة الجهاد، ومباح إن قصد به غيره، لأنه قد

---

(١) أخرجه الدارقطني في السباق بين الخيل (٤/٣٠١) والبيهقي في السباق والرمي (١٠/٢١) والدارمي في الجهاد (٦٠٨ - ٦٠٩) وأحمد (٣/١٦٠).

وما أنكره الشارح على المصنف لا يسلم، لأن صيغة التمريض تستعمل في الحديث الضعيف أو الحديث الذي لم تعلم صحته، وإخراج أحمد والدارمي والبيهقي والدارقطني لهذا الحديث لا يستلزم صحته، والبيهقي نفسه لم يكن مستيقناً من صحته حيث قال: وهذا إن صح فإنما أراد.

(٢) قلت: ليست هي من أخطاء النساخ أو الطباعين بل وردت هكذا «فهش لذلك» كما أوردها المصنف في روايتي أحمد والبيهقي، ووردت في رواية الدارمي «فانهش لذلك» بزيادة الألف والنون، ووردت كما ذكرها الشارح «فهش لذلك» في رواية الدارقطني فقط، وكلها بمعنى فرح وسر.

(٣) لم أجده بهذا اللفظ وسيأتي تخريج حديث بنحوه في (٢٤٧٦).

يكون عدة للجهد. ويجوز أخذ العوض في المسابقة والمناضلة منهم ومن السلطان على ما سنصفه. وحكي عن أبي حنيفة أنه منع من أخذ العوض عليه بكل حال، فمن متأخري أصحابه من أنكره من مذهبه وجعله موافقاً. وقال مالك: إن أخرج السلطان من بيت المال جاز وإن أخرج المتسابقون المتناضلون لم يجر استدلالاً بأمرين أحدهما: أنه أخذ عوض على لعب فأشبهه أخذ على اللهو والصراع. والثاني: أنه أخذ مال على غير بدل فأشبهه القمار. ودليلنا أن النبي ﷺ قال: «لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل» فلما استثناه في الاباحة دل على اختصاصه بالعوض، ولولا العوض لما احتاج إلى الاستثناء لجواز جميع الاستباق بغير عوض انتهى<sup>(١)</sup>.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وتجوز المسابقة على الخيل والإبل بعوض لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر»، ولأن الخيل تقاتل عليها العرب والعجم والإبل تقاتل عليها العرب فجازت المسابقة عليها بالعوض.

واختلف قوله في البغل والحمار، فقال في أحد القولين: تجوز المسابقة عليهما بعوض لحديث أبي هريرة، ولأنه ذو حافر أهلي فجازت المسابقة عليهما بعوض كالخيل. والثاني: لا تجوز، لأنه لا يصلح للكر والفر فأشبهه البقر.

واختلف أصحابنا في المسابقة على الفيل بعوض، فمنهم من قال: لا تجوز، لأنه لا يصلح للكر والفر. ومنهم من قال: تجوز لحديث أبي هريرة، ولأنه ذو خف يقاتل عليه فأشبهه الإبل.

واختلفوا في المسابقة على الحمام، فمنهم من قال: لا تجوز المسابقة عليها بعوض، وهو المنصوص، لحديث أبي هريرة، ولأنه ليس من آلات الحرب فلم تجز المسابقة عليه بعوض. ومنهم من قال: تجوز، لأنه يستعان به على الحرب في حمل الأخبار فجازت المسابقة عليه بعوض كالخيل.

(١) الحاوي (١٨٢ - ١٥/١٨٣).

واختلفوا في سفن الحرب كالزبازب والشذوات، فمنهم من قال: تجوز، وهو قول أبي العباس، لأنها في قتال الماء كالخيل في قتال الأرض. ومنهم من قال: لا تجوز، لأن سبقتها بالملاح لا بمن يقا تل فيها.

واختلفوا في المسابقة على الأقدام بعوض، فمنهم من قال: تجوز، لأن الأقدام في قتال الرجالة كالخيل في قتال الفرسان. ومنهم من قال: لا تجوز، وهو المنصوص، لحديث أبي هريرة، ولأن المسابقة بعوض أجزت ليتعلم بها ما يستعان به في الجهاد، والمشي بالأقدام لا يحتاج إلى التعلم.

واختلفوا في الصراع، فمنهم من قال: يجوز بعوض لما روي أن النبي ﷺ صارع يزيد بن ركانة على شاء فصرعه ثم عاد فصرعه ثم عاد فصرعه فأسلم ورد عليه الغنم. ومنهم من قال: لا يجوز، وهو المنصوص، لحديث أبي هريرة، ولأنه ليس من آلات القتال، وحديث يزيد بن ركانة محمول على أنه فعل ذلك ليسلم ولأنه لما أسلم رد عليه ما أخذ منه]

**الشرح:** حديث أبي هريرة أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه، ولم يذكر فيه ابن ماجه «أو نصل» وأخرجه أيضاً الشافعي والحاكم من طرق وصححه ابن القطان وابن حبان وابن دقيق العيد وحسنه الترمذي، وأعله يحيى بن سعيد القطان بالوقف<sup>(١)</sup>. وأما حديث يزيد بن ركانة فقد رواه أبو داود والترمذي من حديث أبي الحسن العسقلاني عن أبي جعفر بن محمد بن ركانة أن ركانة صارع النبي ﷺ قال الترمذي: غريب وليس إسناده بالقائم<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد (٦٣ - ٣/٦٤) وكذا ابن ماجه (٢/٩٦٠) والترمذي (٤/٢٠٥) فيه وقال: حديث حسن والنسائي في الخيل (٦/٢٢٦) وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٢٤٤. وقد ذكر الحافظ في تخريجه لهذا الحديث في التلخيص (٤/١٧٨) نحواً مما ذكره الشارح إلا أنه لم يذكر إعلال يحيى بن سعيد القطان له بالوقف بل ذكر أن الدارقطني أعل بعض طرقه بالوقف. والله أعلم.

(٢) أخرجه أبو داود في اللباس: باب في العمائم (٤/٣٤١ - ٣٤٠) وكذا الترمذي فيه (٤/٢٤٨ - ٢٤٧) وقال: حسن غريب وإسناده ليس بالقائم ولا نعرف أبا الحسن العسقلاني ولا ابن ركانة. وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٨٨٢.

وروى أبو داود في المراسيل عن سعيد بن جبير قال: «كان رسول الله ﷺ بالبطحاء فأتى عليه يزيد بن ركانة أو ركانة بن يزيد ومعه أعنز له<sup>(١)</sup> فقال له: يا محمد هل لك أن تصارعني؟ فقال: «ما تسبقني؟» - أي ما تجعله لي من السبق - قال: شاة من غنمي، فصارعه فصرعه فأخذ الشاة، فقال ركانة: هل لك في العود؟ ففعل ذلك مراراً فقال: يا محمد ما وضع جنبي أحد إلى الأرض وما أنت بالذي تصرعني فأسلم ورد النبي ﷺ عليه غنمه<sup>(٢)</sup>. قال الحافظ ابن حجر: إسناده صحيح إلى سعيد بن جبير إلا أن سعيداً لم يدرك ركانة، قال البيهقي وروى موصولاً<sup>(٣)</sup>.

وقوله: «لا سبق» هو بفتح الباء: المال الذي يسابق عليه. والنصل هو السهم، والخف للابل، والحافر للفرس والبغل والحمار، والظلف لسائر البهائم، والمخلب للطير. وقوله كالزبازب جمع زبذب نوع من السفن منها الصغير والكبير والأول سريع خفيف، وكذلك الشذوات، وكلا اللفظين أعجمي.

وأما الأحكام فقد اختلف قول الشافعي في الأشياء الثلاثة التي نص الحديث على جواز سبق بها فقال: يحتمل معنيين أحدهما: أنها رخصة مستثناة من جملة محظورة لأنه أخرج باستثنائه ما خالف حكم أصله، فعلى هذا لا يجوز أن يقاس على هذه الثلاثة غيرها ويكون سبق مقصوراً على التي تضمنها الخبر وهي الخف، والخف الإبل وحدها، والحافر وفيه قولان أحدهما: الخيل وحدها والثاني: الخيل والبغال والحمير، والنصل وهو السهام، ويكون سبق بما عداها محظوراً. والقول الثاني في المعنيين: أن النص على الثلاثة أصل مبتدأ ورد الشرع ببيانه وليس بمستثنى وإن خرج مخرج الاستثناء لأن المراد به التوكيد دون الاستثناء، فعلى هذا يقاس على

(١) ورد في المطبوعة (غير له) فصحتها إلى (أعنز له) من البيهقي (١٠/١٨) والتلخيص (٤/١٧٩).

(٢) أخرجه البيهقي (١٠/١٨) وقال: هو مرسل جيد وقد روي بإسناد آخر موصولاً إلا أنه ضعيف. والله أعلم.

(٣) التلخيص (١٧٩ - ٤/١٨٠).

كل واحد من الثلاثة ما كان في معناها كما قيس على الستة في الربا ما وافق معناها، وعليه يكون التفريع<sup>(١)</sup>. وأما سائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وتجوز المسابقة بعوض على الرمي بالنشاب والنبل وكل ما له نصل يرمى به كالحراب والرانات لحديث أبي هريرة، ولأنه يحتاج إلى تعلمه في الحرب فجاز أخذ العوض عليه. ويجوز على رمي الأحجار عن المقلاع، لأنه سلاح يرمى به فهو كالنشاب. وأما الرمح والسيف والعمود ففيه وجهان أحدهما: تجوز المسابقة عليها بعوض، لأنه سلاح يقاتل به فأشبهه النشاب. والثاني: لا تجوز، لأن القصد بالمسابقة التحريض على تعلم ما يعد للحرب، والمسابقة بهذه الآلات محاربة لا مسابقة فلم تجز كالسبق على أن يرمى بعضهم بعضاً بالسهم.

**فصل** وأما كرة الصولجان ومداحاة الأحجار ورفعها من الأرض والمشابكة والسباحة واللعب بالخاتم والوقوف على رجل واحدة وغير ذلك من اللعب الذي لا يستعان به على الحرب فلا تجوز المسابقة عليها بعوض، لأنه لا يعد للحرب فكان أخذ العوض فيه من أكل المال بالباطل.

**فصل** وإن كانت المسابقة على مركوبين فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: لا تجوز إلا على مركوبين من جنس واحد كالفرسين والبعيرين، فإن سابق بين فرس وبعير أو فرس وبغل لم يجز، لأن تفاضل الجنسين معلوم وأنه لا يجري البغل في شوط الفرس كما قال الشاعر:

إن المذرع لا تغني خؤولته كالبغل يعجز عن شوط المحاضير

ويجوز أن يسابق بين العتيق والهجين، لأن العتيق في أول شوطه أحد وفي آخره ألين، والهجين في أول شوطه ألين وفي آخره أحد، فربما صارا عند الغاية متكافئين. ومنهم من قال وهو قول أبي إسحاق: إنه يعتبر التكافؤ

(١) ذكر هذا الكلام بنصه الماوردي في الحاوي (١٨٤ - ١٨٥/١٥).

بالتقارب في السبق، فإن تقارب جنسان كالبعل والحمار جاز، لأنه يجوز أن يكون كل واحد منهما سابقاً والآخر مسبوقاً. وإن تباعد نوعان من جنس كالهجين والعتيق والبختي والنجيب لم يجز، لأنه يعلم أن أحدهما لا يجري في شوط الآخر قال الشاعر:

إن البراذين إذا أجريتها مع العتاق ساعة أعنيها  
فلا معني للعقد عليه

فصل ولا تجوز إلا على مركوبين معينين، لأن القصد معرفة جوهرهما ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين]

الشرح: المذرع هو الذي أمه أشرف من أبيه كما يقول الفرزدق:

إذا باهلي عنده حنظليه له ولد منها فذاك المذرع

وإنما سمي البغل مذرعاً بالعلامتين المستديرتين السوداوين في ذراعيه الأماميتين ورثهما من الحمار. والمحاضير: السريعة العدو، وأحدها محضار. والعتيق: عربي الأبوين. والهجين: عربي الأب أعجمي الأم. والبختي: إبل بطيئة العدو. والنجيب: الحسن الخلق السريع وأنجبته استخلصته.

وأما الأحكام فالسلاح نوعان نوع يفارق اليد ونوع لا يفارق اليد، فكل سلاح فارق يد صاحبه كالسهم والحراب ومقاليع الأحجار وقسي البندق ورساصه فهو جائز بالاتفاق، أما ما لا يفارق يد صاحبه من السيوف والرماح والأعمدة فقد اختلف أصحابنا فيها على وجهين أحدهما: يجوز كالمفارق ليده لأن جهاد العدو بها. والثاني: لا يجوز لأنه يكون بذلك محارباً لا مسبقاً. وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

فرع: لصحة العقد على سبق بالأعواض خمسة شروط.

أحدها: التكافؤ فيما يستبقان عليه. وفيما يتكافآن به وجهان أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابه: أن التكافؤ

بالتجانس، فيسابق بين فرسين أو بغلين ليعلم بعد التجانس فضل السابق، ولا يجوز أن يسابق بين فرس وبغل، لأن تفاضل الأجناس معلوم وأنه لا يجري البغل في شوط الفرس.

والوجه الثاني وهو قول أبي إسحاق المروزي: أن التكافؤ في الاستباق غير معتبر بالتجانس وإنما هو معتبر بأن يكون كل واحد من المستبقيين يجوز أن يكون سابقاً ويجوز أن يكون مسبوقاً، فإن جَوَّز ذلك بين فرس وبغل جاز السبق بينهما وإن علم يقيناً أن أحدهما يسبق الآخر قبل الاختبار لم يجز السبق بينهما.

**والشرط الثاني:** الاستباق عليها مركوبة لتنتهي إلى غايتها بتدبير راعيها، فإن شرط إرسالها لتجري مسابقة بأنفسها لم يجز وبطل العقد عليها، لأنها تتنافر بالإرسال ولا تقف على غاية السبق، وإنما يصح ذلك في الاستباق بالطيور إذا قيل بجواز الاستباق عليها لما فيها من الهداية إلى قصد الغاية وأنها لا تتنافر في طيرانها.

**والشرط الثالث:** أن تكون الغاية معلومة لأنها مستحقة في عقد معاوضة.

**والشرط الرابع:** أن تكون الغاية التي يمتد إليها شوطهما يحتملها الفرسان.

**والشرط الخامس:** أن يكون العوض فيه معلوماً كالأجور والأثمان.

**قال المصنّف رحمه الله:** [ولا تجوز إلا على مسافة معلومة الابتداء والانتهاء لحديث ابن عمر رضي الله عنه: «أن النبي ﷺ سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع، وما لم يضم منها من ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق»، ولأنهما إذا تسابقا على إجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر إلى غير غاية لم يؤمن أن لا يسبق أحدهما الآخر إلى أن يعطبا. ولا يجوز أن يكون إجراؤه إلا بتدبير الراكب، لأنهما إذا جريا لأنفسهما تنافرا ولم يقفا على الغاية. وإن تسابقا على أن من سبق صاحبه بخمسة أقدام فأكثر كان السبق له، فقد قال أبو علي الطبري في الإفصاح:

يجوز ذلك عندي لأنهما يتحاطان ما تساويا فيه، وينفرد أحدهما بالقدر الذي شرطه، فجاز كما يجوز في الرمي أن يتناضلا على أن يتحاطا ما تساويا فيه ويفضل لأحدهما عدد. قال أبو علي الطبري: ورأيت من أصحابنا من منع ذلك وأبطله ولا أعرف له وجهاً.

**فصل** وإن كان المخرج للسبق هو السلطان أو رجل من الرعية لم يخل: إما أن يجعله للسابق منهم أو لبعضهم أو لجميعهم. فإن جعله للسابق بأن قال: من سبق منكم فله عشرة جاز، لأنه يجتهد كل واحد منهم أن يكون هو السابق ليأخذ السبق فيحصل المقصود. فإن سبق واحد منهم استحق العشرة، لأنه سبق. وإن سبق اثنان أو ثلاثة وجاؤوا مكاناً واحداً اشتركوا في العشرة لأنهم اشتركوا في السبق. فإن جاؤا كلهم مكاناً واحداً لم يستحق واحد منهم، لأنه لم يسبق منهم أحد. وإن جعله لبعضهم، بأن جعله للمجلي والمصلي ولم يجعل للباقي جاز، لأن كل واحد منهم يجتهد أن يكون هو المجلي أو المصلي ليأخذ السبق فيحصل المقصود. وإن جعله لجميعهم نظرت: فإن سوى بينهم بأن قال: من جاء منكم إلى الغاية فله عشرة، لم يصح، لأن القصد من بذل العوض هو التحريض على المسابقة وتعلم الفروسية، فإذا سوى بين الجميع علم كل واحد منهم أنه يستحق السبق تقدم أو تأخر فلا يجتهد في المسابقة فيبطل المقصود.

وإن شرط للجميع وفاضل بينهم بأن قال: للمجلي وهو الأول مائة، وللمصلي وهو الثاني خمسون، وللتالي وهو الثالث أربعون، وللبارع وهو الرابع ثلاثون، وللمرتاح وهو الخامس عشرون، وللحظي وهو السادس خمسة عشر، وللعاطف وهو السابع عشرة، وللمرمل وهو الثامن ثمانية، وللطيم وهو التاسع خمسة، وللسكيت وهو العاشر درهم، وللفسكل وهو الذي يجيء بعد الكل نصف درهم ففيه وجهان أحدهما: يجوز، لأن كل واحد منهم يجتهد ليأخذ الأكثر.

**والثاني:** لا يجوز، لأن كل واحد منهم يعلم أنه لا يخلو من شيء تقدم أو تأخر فلا يجتهد في المسابقة.

وإن جعل للأول عشرة، وللثالث خمسة، وللرابع أربعة، ولم يجعل  
للثاني شيئاً ففيه وجهان أحدهما: يصح ويقوم الثالث مقام الثاني، والرابع  
مقام الثالث، لأن الثاني بخروجه من السبق يجعل كأن لم يكن. والثاني:  
أنه يبطل، لأنه فضل الثالث والرابع على من سبقهما]

**الشرح:** حديث ابن عمر مضى تخريجه.

وجاء في الحاوي الكبير للماوردي هذه الأسماء التي ذكرها المصنف  
مع جعل المؤمل بدل المرمّل، وهو ما يوافق رواية الفراء في هذا<sup>(١)</sup>.  
وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [فإن كان المخرج للسبق هما المتسابقان  
نظرت: فإن كان معهما محلل وهو ثالث على فرس كفاء لفرسيهما صح  
العقد. وإن لم يكن معهما محلل فالعقد باطل، لما روى أبو هريرة  
رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن  
أن يسبق فلا بأس ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد آمن أن يسبق فهو  
قمار»، ولأن مع المحلل لا يكون قماراً، لأن فيهم من يأخذ إذا سبق ولا  
يعطي إذا سبق وهو المحلل، ومع عدم المحلل ليس فيهم إلا من يأخذ إذا  
سبق ويعطي إذا سبق وذلك قمار.

وإن كان المحلل اثنين أو أكثر جاز، لأن ذلك أبعد من القمار. وإن  
كانت المسابقة بين حزبين كان حكمهما في المحلل حكم الرجلين، لأن  
القصود من دخول المحلل الخروج من القمار، وذلك يحصل بالمحلل  
الواحد مع قلة العدد وكثرته.

واختلف أصحابنا في دخول المحلل، فذهب أكثرهم إلى أن دخول  
المحلل لتحليل السبق لكل من سبق منهم. وذهب أبو علي بن خيران إلى  
أن دخوله لتحليل السبق لنفسه وأن يأخذ إذا سبق ولا يأخذ إذا سبقاً، لأننا  
لو قلنا: إنهما إذا سبقا أخذاً، حصل فيهم من يأخذ مرة ويعطي مرة وهذا

(١) الحاوي (١٥/١٩٠).

قمار. والمذهب: الأول، لأننا بينا أن بدخول المحلل خرجا من القمار، لأن في القمار ليس فيهم إلا من يعطي مرة ويأخذ مرة، وبدخول المحلل قد حصل فيهم من يأخذ ولا يعطي فلم يكن قماراً.

فإن تسابقوا نظرت: فإن انتهوا إلى الغاية معاً أحرز كل واحد منهما سبقه، لأنه لم يسبقه أحد، ولم يكن للمحلل شيء لأنه لم يسبق واحداً منهما. وإن سبق المخرجان<sup>(١)</sup> أحرز كل واحد منهما سبقه، لأنهما تساويا في السبق، ولا شيء للمحلل لأنه مسبق. وإن سبقهما المحلل أخذ سبقهما، لأنه سبقهما. وإن سبق أحد المخرجين وتأخر المحلل والمخرج الآخر أحرز السابق سبق نفسه، وفي سبق المسبوق وجهان المذهب: أنه للسابق المخرج، لأنه انفرد بالسبق. وعلى مذهب ابن خيران يكون سبق المسبوق لنفسه، لأنه لا يستحقه السابق المخرج على قوله، ولا يستحقه المحلل لأنه لم يسبق. وإن سبق المحلل وأحد المخرجين أحرز السابق سبق نفسه، وفي سبق المسبوق وجهان المذهب: أنه بين المخرج السابق والمحلل. وعلى مذهب ابن خيران يكون سبقه للمحلل. وإن سبق أحد المخرجين ثم جاء المحلل ثم جاء المخرج الآخر ففيه وجهان المذهب: أن سبق المسبوق للمخرج السابق بسبقه. وعلى مذهب ابن خيران يكون للمحلل دون السابق. وإن سبق أحد المخرجين ثم جاء المخرج الثاني ثم جاء المحلل ففيه وجهان المذهب: أن سبق المسبوق للسابق. وعلى مذهب ابن خيران يكون للمسبوق، لأن المخرج السابق لا يستحقه والمحلل لم يسبق فبقي على ملك صاحبه.

**فصل** وإن كان المخرج للسبق أحدهما جاز من غير محلل، لأن فيهم من يأخذ ولا يعطي وهو الذي لم يخرج فصار كما لو كان السبق منهما وبينهما محلل. فإن تسابقا فسبق المخرج أحرز السبق، وإن سبق الآخر أخذ سبقه، وإن جاء معاً أحرز المخرج السابق لأنه لم يسبقه الآخر[

(١) أي المخرجان لمال السابق.

**الشرح:** حديث أبي هريرة رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وأخرجه أيضاً الحاكم وصححه والبيهقي ورواه ابن حبان باسناده وصححه. وقال أبو حاتم: أحسن أحواله أن يكون موقوفاً على سعيد بن المسيب فقد رواه يحيى بن سعيد عنه، وهو كذلك في الموطأ عن سعيد. وقال ابن أبي خيثمة: سألت ابن معين فقال: هذا باطل وضرب على أبي هريرة<sup>(١)</sup>.

وأما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه: والسبق الثاني يجمع وجهين وذلك مثل الرجلين يريدان أن يستبقا بفرسيهما ولا يريد كل واحد منهما أن يسبق صاحبه ويخرجان سبّقين فلا يجوز إلا بالمحلل وهو أن يجعل بينهما فرساً ولا يجوز حتى يكون فرساً كفوّاً للفرسين لا يأمنان أن يسبقهما. قلت<sup>(٢)</sup>: هذا هو السبق الثاني وهو أن يستبق الرجلان ويخرج كل واحد منهما سبقاً من ماله يأخذه السابق منهما، وهذا لا يصح حتى يوكتلا بينهما محللاً لا يخرج شيئاً ويأخذ إن سبّق ولا يعطي إن سبق لنص ومعنى. أما النص فهو حديث أبي هريرة. وأما المعنى فهو أن إباحة السبق معتبرة بما خرج عن معنى القمار وهو الذي لا يخلو الداخل فيه من أن يكون غانماً إن أخذ أو غارماً إن أعطى، فإذا لم يدخل بينهما محلل كانت هذه حالها فكان قماراً، وإذا دخل بينهما محلل غير مخرج يأخذ إن سبّق ولا يعطي إن سبق خرج عن معنى القمار فحل.

ويصح العقد به بأربعة شروط أحدها: أن يكون فرسه كفوّاً لفرسيهما أو أكفأ منهما. والثاني: أن يكون المحلل غير مخرج لشيء وإن قل، فإن أخرج شيئاً خرج من حكم المحلل وصار في حكم المستبق. والثالث: أن يأخذ إن سبّق، فإن شرط أن لا يأخذ لم يصح. والرابع: أن يكون فرسه

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد (٦٦ - ٣/٦٧) وكذا ابن ماجه فيه (٢/٩٦٠) وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٥٥٤.

(٢) كلمة قلت هذه تفيد أن ما بعدها من كلام الشارح ولعلها وقعت من الشارح سهواً إذ أن كل ما ورد بعدها إنما هو من كلام الماوردي في الحاوي بلفظه (١٥/١٩٢).

معيناً عند العقد لدخوله فيه كما يلزم تعيين فرسي المستبقيين، وإن كان غير معين بطل.

فإذا صح العقد بالمحلل على استكمال شروطه، فمذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابه أن المحلل دخل ليحلل العقد ويحلل الأخذ، فيأخذ إن سبق ويؤخذ به إن سبق. وقال أبو علي بن خيران: إن المحلل دخل لتحلل العقد ويأخذ ولا يؤخذ به، وهذا خطأ، لأن التحريض المقصود باستفراه الخيل ومعاطاة الفروسية غير موجود إذا لم يؤخذ بالسبق شيء فيصير مانعاً من السبق، وإذا أخذ به صار باعثاً عليه، وهذا يتضح في التفريعات الآتية.

**قال المصنّف رحمه الله:** [ويطلق الفرسان من مكان واحد في وقت واحد لما روى الحسن أو خلاص عن علي كرم الله وجهه: «أن النبي ﷺ قال لعلي: «يا علي قد جعلت إليك هذه السبقة بين الناس»، فخرج علي كرم الله وجهه فدعا بسراقة بن مالك فقال: يا سراقة إني قد جعلت إليك ما جعل النبي ﷺ في عنقي من هذه السبقة في عنقك، فإذا أتيت الميطان فصف الخيل ثم ناد ثلاثاً: هل مصلح للجام أو حامل لغلام أو طارح لجل، فإذا لم يجبك أحد فكبر ثلاثاً ثم خلها عند الثالثة يسعد الله بسبقه من يشاء من خلقه». فإن كان بينهما محلل وتنازعا في مكانه جعل بينهما لأنه أعدل وأقطع للتنافر.

وإن اختلف المتسابقان في اليمين واليسار أقرع بينهما، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر. ولا يجلب وراءه، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أجلب على الخيل يوم الرهان فليس منا» قال مالك: الجلب أن يجلب وراء الفرس حين يدنو أو يحرك وراء الشن ليستحث به السبق.

**فصل** وأما ما يسبق به فينظر فيه: فإن شرط في السبق أقداماً معلومة لم يستحق السبق بما دونها، لأنه شرط صحيح فتعلق الاستحقاق به. وإن أطلق نظرت: فإن تساوى المركوبان في طول العنق اعتبر السبق بالعنق أو بالكتد. فإن سبق أحدهما بالعنق أو ببعضه أو بالكتد أو ببعضه فقد سبق.

وإن اختلفا في العنق اعتبر السبق بالكتد لأنه لا يختلف. وإن سبق أطولهما عنقاً بقدر زيادة الخلقة لم يحكم له بالسبق، لأنه يسبق بزيادة الخلقة لا بجودة الجري.

**فصل** وإن عثر أحد الفرسين أو ساخت قوائمه في الأرض أو وقف لعدة أصابته فسبقه الآخر لم يحكم للسابق بالسبق، لأنه لم يسبق بجودة الجري ولا تأخر المسبوق لسوء جريه.

**فصل** وإن مات المركوب قبل الفراغ بطل العقد، لأن العقد تعلق بعينه وقد فات بالموت فبطل كالمبيع إذا هلك قبل القبض. وإن مات الراكب فإن قلنا: إنه كالجعالة، بطل العقد بموته. وإن قلنا: إنه كالإجارة، لم يبطل وقام الوارث فيه مقامه.

**فصل** وإن كان العقد على الرمي لم يجز بأقل من نفسين، لأن المقصود معرفة الحذق ولا يبين ذلك بأقل من اثنين. فإن قال رجل لآخر: ارم عشراً وناضل فيها خطأك بصوابك فإن كان صوابك أكثر فلك دينار لم يجز، لأنه بذل العوض على أن يناضل نفسه وقد بينا أن ذلك لا يجوز. وإن قال ارم عشرة فإن كان صوابك أكثر فلك دينار ففيه وجهان أحدهما: يجوز لأنه بذل له العوض على عمل معلوم لا يناضل فيه نفسه فجاز. والثاني: لا يجوز لأنه جعل العوض في مقابلة الخطأ والصواب، والخطأ لا يستحق به بدل]

**الشرح:** حديث علي رواه الدارقطني وأخرجه البيهقي بإسناد الدارقطني وقال: هذا إسناد ضعيف<sup>(١)</sup>.

وأما حديث ابن عباس فقد أخرجه أبو يعلى بإسناد صحيح<sup>(٢)</sup>.

---

(١) أخرجه البيهقي في السبق والرمي (١٠/٢٢) والدارقطني في آخر سننه (٤/٣٠٦).  
(٢) رواه أبو يعلى ورجاله ثقات كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٥/٢٦٥)، وقوله رجاله ثقات هو دون قوله إسناده صحيح، لأن صحة الإسناد تشمل ثقة الرواة مع اتصال السند.

وقوله: «هذه السبقة» هي بضم السين وإسكان الباء هو الشيء الذي يجعله المتسابقان بينهما يأخذه من سبق منهما. قال في القاموس: السبقة بالضم الخطر يوضع بين أهل السباق والجمع أسباق. وقوله: «فإذا أتيت الميطان» بكسر الميم، قال في القاموس: والميطان بالكسر الغاية. وأما الجلب في الرهان فالمراد به أن يأتي برجل يجلب على فرسه أي يصيح عليه يستحثه بالأزعاج حتى يسبق. وأما الكتد فيقال بفتح التاء وكسرهما والفتح أشهر، وفيه تأويلان أحدهما: أنه الكتف. والثاني: أنه ما بين أصل العنق والظهر وهو مجتمع الكتفين في موضع السنام من الأبل.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [ولا يجوز إخراج السبق إلا على ما ذكرناه في المسابقة من إخراج العوض منهما أو من غيرهما، وفي دخول المحلل بينهما.

**فصل** ولا يصح حتى يتعين المتراميان، لأن المقصود معرفة حذقهما ولا يعلم ذلك إلا بالتعيين. فإن كان أحدهما كثير الإصابة والآخر كثير الخطأ ففيه وجهان أحدهما: لا يجوز، لأن نضل أحدهما معلوم فيكون الناضل منهما كالآخذ للمال من غير نضال وذلك من أكل المال بالباطل. والثاني: يجوز، لأن أخذ المال منه يبعثه على معاطاة الرمي والحذق فيه.

**فصل** ولا يصح إلا على آلتين متجانستين، فإن عقد على جنسين بأن يرمي أحدهما بالشباب والآخر بالحراب لم يجز، لأنه لا يعلم فضل أحدهما على الآخر في واحد من الجنسين. وإن عقد على نوعين من جنس، بأن يرمي أحدهما بالنبيل والآخر بالنشاب، أو يرمي أحدهما على قوس عربي والآخر على قوس فارسي جاز، لأن النوعين من جنس واحد يتقاربان فيعرف به حذقهما. فإن أطلق العقد في موضع العرف فيه نوع واحد حمل العقد عليه. وإن لم يكن فيه عرف لم يصح حتى يبين، لأن الأغراض تختلف باختلاف النوعين فوجب بيانه.

وإن عقد على نوع فأراد أن ينتقل إلى نوع آخر لم تلزم الإجابة إليه،

لأن الأغراض تختلف باختلاف الأنواع، فإن من الناس من يرمي بأحد النوعين أجود من رمية بالنوع الآخر. وإن عقد على قوس بعينها فأراد أن ينتقل إلى غيرها من نوعها جاز، لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الأعيان. فإن شرط على أنه لا يبدل فهو على الأوجه الثلاثة فيمن استأجر ظهراً ليركبه على أن لا يركبه مثله، وقد بينها في كتاب الإجارة.

**فصل ولا يجوز إلا على رشق معلوم، وهو العدد الذي يرمي به، لأنه إذا لم يعرف منتهى العدد لم يبين الفضل ولم يظهر السبق.**

**فصل ولا يجوز إلا على إصابة عدد معلوم، لأنه لا يبين الفضل إلا بذلك.** فإن شرط إصابة عشرة من عشرة أو تسعة من عشرة ففيه وجهان أحدهما: يصح، لأنه قد يصيب ذلك فصح العقد كما لو شرط إصابة ثمانية من عشرة. والثاني: لا يصح، لأن إصابة ذلك تندر وتتعذر فبطل المقصود بالعقد]

**الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.**

**قال المصنف رحمه الله:** [ولا يجوز إلا أن يكون مدى الغرض معلوماً، لأن الإصابة تختلف بالقرب والبعد فوجب العلم به. فإن كان في الموضوع غرض معلوم المدى فأطلق العقد جاز وحمل عليه، كما يجوز أن يطلق الثمن في البيع في موضع فيه نقد واحد. وإن لم يكن فيه غرض معلوم المدى لم يجز العقد حتى يبين، فإن أطلق العقد بطل كما يبطل البيع بثمن مطلق في موضع لا نقد فيه. ويجوز أن يكون مدى الغرض قدراً يصيب مثلها في مثله في العادة، ولا يجوز أن يكون قدراً لا يصيب مثلها في مثله. وفيما يصيب مثلها في مثله نادراً وجهان: أحدهما: يجوز، لأنه قد يصيب مثلها في مثله فإذا عقدا عليه بعثهما العقد على الاجتهاد في الإصابة. والثاني: لا يجوز، لأن إصابتهما في مثله تندر فلا يحصل المقصود. وقد أصحابنا ما يصاب منه بمائتين وخمسين ذراعاً، وما لا يصاب بما زاد على ثلاثمائة وخمسين ذراعاً، وفيما بينهما وجهان. فإن تراميا على غير غرض على أن يكون السبق لأبعدهما رمياً ففيه وجهان

أحدهما: يجوز، لأنه يمتحن به قوة الساعد ويستعان به على قتال من بعد من العدو. والثاني: لا يجوز، لأن الذي يقصد بالرمي هو الإصابة، فأما الأبعاد فليس بمقصود فلم يجز أخذ العوض عليه.

**فصل** ويجب أن يكون الغرض معلوماً في نفسه فيعرف طوله وعرضه وقد انخفضه وارتفاعه من الأرض، لأن الإصابة تختلف باختلافه. فإن كان العقد في موضع فيه غرض معروف فأطلق العقد حمل عليه كما يحمل البيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد متعارف على نقد البلد. وإن لم يكن فيه غرض وجب بيانه. والمستحب أن يكون الرمي بين غرضين، لما روى عبدالدائم بن دينار قال: بلغني أن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة. وعن عقبة بن عامر أنه كان يرمي بين غرضين بينهما أربعمائة. وعن ابن عمر أنه كان يختفي بين الغرضين. وعن أنس أنه كان يرمي بين الهدفين. ولأن ذلك أقطع للتنافر وأقل للتعب]

**الشرح:** خبر ما بين الهدفين سبق أن سقناه في الحث على الرمي نقلاً عن المصنف وغيره من الفقهاء كابن قدامة في المغني وقد أعضله ولم يوضح، وأبناء دينار ثلاثة عبد الله ومالك وعمرو وليس فيهم من اسمه عبدالدائم بل ليس في رواية السنة من اسمه عبدالدائم فضلاً عن أن يكون ابن دينار، وذكر الماوردي في الحاوي الخبر مرفوعاً إلى النبي ﷺ من طريق ابن دينار مبهماً، والخبر ساقه صاحب الترغيب والترهيب في الترغيب في الرمي، وقد أخرجه صاحب مسند الفردوس من طريق ابن أبي الدنيا بإسناده عن مكحول عن أبي هريرة يرفعه: «تعلموا الرمي فإن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة»<sup>(١)</sup> وفي إسناده ضعف وانقطاع. أما خبر عقبة بن عامر فهو ثابت من سيرته أنه لم يثبت عن أحد غيره الرمي إلى أربعمائة ذراع<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه في الفردوس بمأثور الخطاب (٢/٤٣) قال الحافظ في التلخيص (٤/١٨٢): وإسناده ضعيف مع انقطاعه، وكذا قال الشوكاني في النيل (٨/٢٤٧).

(٢) قال الحافظ في التلخيص (٤/١٨٢): قوله «رووا أنه لم يرم إلى أربعمائة إلا عقبة بن عامر» لم أر هذا.

أما الهدف فهو تراب يجمع أو حائط يبني، وأما الغرض فهو جلد أو شيء بالٍ ينصب في الهدف ويختص بالاصابة، وربما جعل في الغرض دارة كالهلال تختص بالاصابة من جملة الغرض، وهي الغاية في المقصود من حذق الرماة<sup>(١)</sup>.

وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [ويجب أن يكون موضع الإصابة معلوماً، وأن الرمي إلى الهدف وهو التراب الذي يجمع أو الحائط الذي يبني، أو إلى الغرض وهو الذي ينصب في الهدف، أو الشن الذي في الغرض، أو الدارة التي في الشن، أو الخاتم الذي في الدارة، لأن الغرض يختلف باختلافها. فإن أطلق العقد حمل على الغرض، لأن العرف في الرمي إصابة الغرض فحمل العقد عليه. ويجب أن تكون صفة الرمي معلومة من القرع وهو إصابة الغرض، أو الخزق وهو أن يثقب الشن، أو الخسق وهو الذي يثقبه ويثبت فيه، أو المرق وهو الذي ينفذ منه، أو الخرم وهو أن يقطع طرف الشن ويكون بعض السهم في الشن وبعضه خارجاً منه، لأن الحذق لا يبين إلا بذلك. فإن أطلق العقد حمل على القرع، لأنه هو المتعارف فحمل مطلق العقد عليه. فإن شرط قرع عشرة من عشرين وأن يحسب خاسق كل واحد منهما بقارعين جاز، لأنهما يتساويان فيه. وإن أصاب أحدهما تسعة قرعاً، وأصاب الآخر قارعين وأربعة خواسق، فقد نضله، لأنه استكمل العشرة بالخواسق.

**فصل** واختلف أصحابنا في حكم الإصابة أنه مبادرة أو محاطة أو حوابي، فمنهم من قال: يجب بيانه فإن أطلق العقد لم يصح، لأن حكمها يختلف وأغراض الناس فيها لا تتفق فوجب بيانه. ومنهم من قال: يصح ويحمل على المبادرة، لأن المتعارف في الرمي هو المبادرة. واختلفوا في

---

(١) ورد في المطبوعة تحريف عند تعريف الهدف والغرض فصححته من الحواوي

بيان من يتبدى بالرمي، فمنهم من قال: يجب فإن أطلق العقد بطل، وهو المنصوص، لأن ذلك موضوع على نشاط القلب وقوة النفس ومضى قدم أحدهما انكسر قلب الآخر وساء رميه فلا يحصل مقصود العقد. ومنهم من قال: يصح، لأن ذلك من توابع العقد ويمكن تلافيه بما تزول به التهمة من العرف أو القرعة. فإذا قلنا: إنه يصح، ففي البادىء وجهان أحدهما: إن كان السبق من أحدهما قدم، لأن له مزية بالسبق، وإن كان السبق منهما أقرع بينهما، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر. والثاني: لا يبدأ أحدهما إلا بالقرعة، لأن أمر المسابقة موضوع على أن لا يفضل أحدهما على الآخر بالسبق. فإن كان الرمي بين غرضين فبدأ أحدهما من أحد الغرضين بدأ الآخر من الغرض الآخر، لأنه أعدل وأسهل. فإن كانت البداية لأحدهما فبدأ الآخر ورمى لم يحسب له إن أصاب ولا عليه إن أخطأ، لأنه رمى بغير عقد فلم يعتد به. وإن اختلفا في موضع الوقوف كان الأمر إلى من له البداية، لأنه لما ثبت له السبق ثبت له اختيار المكان. فإذا صار الثاني إلى الغرض الثاني صار الخيار في موضع الوقوف إليه ليستويا. وإن طلب أحدهما استقبال الشمس والآخر استديارها أجيب من طلب الاستديار، لأنه أوفق للرمي.]

**الشرح:** لغات الفصل فيها قوله: «الشن» وهو جلد بال ينصب في الهدف. أما الدارة فهي قطعة على شكل نصف دائرة. والقرع - باسكان الرء - من باب نفع يقال: قرع السهم القرطاس إذا أصابه، والقرع - بفتحيتين - السبق والندب الذي يستبق عليه.

أما الأحكام فيشترط في الرمي أن يكون محل الاصابة معلوماً، هل هو في الهدف أو في الغرض أو في الدارة، لأن الاصابة في الهدف أوسع وفي الغرض أوسط وفي الدارة أضيق. كما يشترط أن تكون الاصابة موصوفة بقرع أو خزق أو خسق، فالقارع ما أصاب الغرض ولم يؤثر فيه، والخازق ما ثقب الغرض ولم يثبت فيه، والخاسق ما ثبت في الغرض بعد أن ثقب. ومنهم من اشترط أن يكون حكم الاصابة معلوماً هل هو مبادرة أو محاطة، فالمبادرة أن يبادر أحدهما إلى استكمال إصابته من أقل العددين

على ما سيأتي، والمحاطة أن يحط أقل الاصابتين من أكثرهما ويكون الباقي بعدها هو العدد المشروط على ما سنشرحه<sup>(١)</sup>.

**قال المصنّف رحمه الله:** [ويجوز أن يرميا سهماً سهماً وخمساً خمساً، وأن يرمي كل واحد منهما جميع الرشق. فإن شرطاً شيئاً من ذلك حملاً عليه. وإن أطلق العقد تراسلاً سهماً سهماً، لأن العرف فيه ما ذكرناه. وإن رمى أحدهما أكثر مما له لم يحسب له إن أصاب ولا عليه إن أخطأ، لأنه رمى من غير عقد فلم يعتد به.

**فصل** ولا يجوز أن يتفاضلا في عدد الرشق ولا في عدد الإصابة ولا في صفة الإصابة ولا في محل الإصابة، ولا أن يحسب قرع أحدهما خسقاً، ولا أن يكون في يد أحدهما من السهام أكثر مما في يد الآخر في حال الرمي، ولا أن يرمي أحدهما والشمس في وجهه، لأن القصد أن يعرف حذقهما وذلك لا يعرف مع الاختلاف، لأنه إذا نضل أحدهما كان النضل بما شرط لا بجودة الرمي. فإن شرط شيئاً من ذلك بطل العقد، لأنه في أحد القولين كالإجارة، وفي الثاني كالجعلالة، والجميع يبطل بالشرط الفاسد. وهل يجب للناضل في الفاسد أجرة المثل؟ فيه وجهان أحدهما: لا تجب وهو قول أبي إسحاق، لأنه لا يحصل للمسبق منفعة بسبق السابق فلم تلزمه أجرته. **والثاني:** تجب وهو الصحيح، لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب عوض المثل في فاسده كالبيع والإجارة.

**فصل** وإن شرط على السابق أن يطعم أصحابه من السبق بطل الشرط، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد فبطل. وهل يبطل العقد؟ المنصوص: أنه يبطل، لأنه تملك مال شرط فيه شرط يمنع كمال التصرف، فإذا بطل الشرط بطل العقد كما لو باعه سلعة بألف على أن يتصدق بها. وقال أبو إسحاق: يحتمل قولاً آخر لا يبطل، كما قال فيمن أصدق امرأته ألفين على

---

(١) تفاصيل هذه الأمور لا يحتاج إليها، لأنها تختلف باختلاف العادات والعصور، ويكفي فيها تقعيد القواعد العامة التي أشارت إليها السنة. والله أعلم، وجزى الله فقهاء الاسلام خيراً على هذا الجهد الذي بذلوه من أجل تبصير الناس في دينهم.

أن تعطي أباهما ألفاً أن الشرط باطل ويصح الصداق. فإذا قلنا بالمنصوص سقط المستحق، وهل يرجع السابق بأجرة المثل؟ على الوجهين]

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإذا تناضلا لم يخل: إما أن يكون الرمي مبادرة أو محاطة أو حوابي. فإن كان مبادرة وهو أن يعقد على إصابة عدد من الرشق وأن من بدر منهما إلى ذلك مع تساويهما في الرمي كان ناضلاً. فإن كان العقد على إصابة عشرة من ثلاثين نظرت: فإن أصاب أحدهما عشرة من عشرين وأصاب الآخر تسعة من عشرين، فالأول ناضل، لأنه بادر إلى عدد الإصابة. وإن أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم ينزل واحد منهما ويسقط رمي الباقي، لأن الزيادة على عدد الإصابة غير معتد بها. وإن أصاب الأول تسعة من عشرين وأصاب الآخر خمسة من عشرين، فالنضال بحاله، لأنه لم يستوف واحد منهما عدد الإصابة فيرميان، فإن رمى الأول سهماً وأصاب فقد فلع وسقط رمي الباقي.

وإن رمى الأول خمسة فأخطأ في جميعها، ورمى الثاني فأصاب في جميعها، فإن الناضل هو الثاني ويسقط رمي ما بقي من الرشق، لأن الأول أصاب تسعة من خمسة وعشرين وأصاب الثاني عشرة من خمسة وعشرين. وإن أصاب الأول تسعة من تسعة عشر، وأصاب الآخر ثمانية من تسعة عشر، فرمى البادئ سهماً فأصاب فقد نضل، ولا يرمي الثاني ما بقي من رشقه، لأنه لا يستفيد به نضلاً ولا مساواة، لأن الباقي من رشقه سهم وعليه إصابة سهمين. فإن أصاب كل واحد منهما تسعة من عشرة ثم رمى البادئ فأصاب جاز للثاني أن يرمي، لأنه ربما يصيب فيساويه.

**فصل** وإن كان الرمي محاطة وهو أن يعقدا على إصابة عدد من الرشق وأن يتحاطا ما استويا فيه من عدد الإصابة ويفضل لأحدهما عدد الإصابة فيكون ناضلاً نظرت: فإن كان العقد على إصابة خمسة من عشرين فأصاب كل واحد منهما خمسة من عشرة لم ينزل أحدهما الآخر، لأنه لم يفضل له عدد من الإصابة، ويرميان ما تبقى من الرشق، لأنه يرجو كل واحد

منهما أن ينצל. فإن فضل لأحدهما بعد تساويهما في الرمي وإسقاط ما استويا فيه عدد الإصابة لم يخل: إما أن يكون قبل إكمال الرشق أو بعده. فإن كان بعد إكمال الرشق، بأن رمى أحدهما عشرين وأصابها، ورمى الآخر فأصاب خمسة عشر، فالأول هو الناضل، لأنه يفضل له بعد المحاطة فيما استويا فيه عدد الإصابة. وإن كان قبل كمال الرشق وطالب صاحب الأقل صاحب الأكثر برمي باقي الرشق نظرت: فإن لم يكن له فائدة مثل أن يرمي الأول خمسة عشر وأصابها، ورمى الثاني خمسة عشر فأصاب خمسة، لم يكن له مطالبته، لأن أكثر ما يمكن أن يصيب فيما بقي له وهو خمسة، ويبقى للأول خمسة فينضله بها. وإن كان له فيه فائدة بأن يرجو أن ينצל بأن يرمي أحدهما أحد عشر فيصيب ستة، ويرمي الآخر عشرة فيصيب واحداً، ثم يرمي صاحب الستة فيخطيء فيما بقي له من الرشق، ويرمي صاحب الواحد فيصيب في جميع ما بقي له فينضله بخمسة أو يساويه بأن يرمي أحدهما خمسة عشرة فيصيب منها عشرة، ويرمي الآخر خمسة عشر فيصيب منها خمسة، ثم يرمي صاحب العشرة فيخطيء في الجميع، ويرمي صاحب الخمسة فيصيب فيساويه أو يقلل إصابته، بأن يصيب أحدهما أحد عشر من خمسة عشر، ويصيب الآخر سهمين من خمسة عشر، ثم يرمي صاحب الأحد عشر ما بقي له من رشقه فيخطيء في الجميع، ويرمي صاحب السهمين فيصيب في الجميع فيصير له سبعة ويبقى لصاحبه أربعة، فهل لأقلهما إصابة مطالبة الآخر بإكمال الرشق؟ فيه وجهان أحدهما: ليس له مطالبته، لأنه بدر إلى الإصابة مع تساويهما في الرمي بعد المحاطة فحكم له بالسبق. والثاني: له مطالبته، لأن مقتضى المحاطة إسقاط ما استويا فيه من الرشق وقد بقي من الرشق بعضه.

**فصل** وإن كان العقد على حوابي وهو أن يشترط إصابة عدد من الرشق على أن يسقط ما قرب من إصابة أحدهما ما بعد من إصابة الآخر، فمن فضل له بعد ذلك مما اشترط عليه من العدد كان له السبق. فإن رمى أحدهما فأصاب من الهدف موضعاً بينه وبين الغرض قدر شبر حسب له، فإن رمى الآخر فأصاب موضعاً بينه وبين الغرض قدر أصبع حسب له

وأسقط ما رماه الأول، فإن عاد الأول ورمى فأصاب الغرض أسقط ما رماه صاحبه. وإن أصاب أحدهما الشن وأصاب الآخر العظم الذي في الشن، فقد قال الشافعي رحمه الله: من الرماة من قال: إنه تسقط الإصابة من العظم ما كان أبعد منه. قال الشافعي رحمه الله: وعندني أنهما سواء، لأن الغرض كله موضع الإصابة. فإن استوفيا الرشق ولم يفضل أحدهما صاحبه بالعدد الذي اشترطاه فقد تكافأ، وإن فضل أحدهما صاحبه بالعدد أخذ السابق. وحكي عن بعض الرماة أنهما إذا أصابا أعلى الغرض لم يتقايسا، قال: والقياس أن يتقايسا، لأن أحدهما أقرب إلى الغرض من الآخر فأسقط الأقرب الأبعد كما لو أصابا أسفل الغرض أو جنبه]

**الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.**

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن كان النضال بين حزينين جاز. وحكي عن أبي علي بن أبي هريرة أنه قال: لا يجوز، لأنه يأخذ كل واحد منهم بفعل غيره. والمذهب: الأول، لما روينا في أول الكتاب من حديث سلمة بن الأكوع. وينصب كل واحد من الحزينين زعيماً يتوكل لهم في العقد.

ولا يجوز أن يكون زعيم الحزينين واحداً، كما لا يجوز أن يكون وكيل المشتري والبائع واحداً. ولا يجوز إلا على حزينين متساويي العدد، لأن القصد معرفة الحدق. فإذا تفاضلا في العدد فضل أحدهما الآخر بكثرة العدد لا بالحدق وجودة الرمي. ويجب أن يتعين الرماة كما قلنا في نضال الاثنين. ولا يجوز أن يتعينوا إلا بالاختيار. فإن اقترع الزعيمان على أن من خرجت عليه قرعة أحدهما كان معه لم يجز، لأنه ربما أخرجت القرعة الحداق لأحد الحزينين والضعفاء للحزب الآخر. فإن عدل بين الحزينين في القوة والضعف بالاختيار، ثم اقترع الزعيمان على أن من خرجت قرعته على أحد الحزينين كان معه لم يجز، لأنه عقد معاوضة فلم يجز تعيين المعقود عليه فيه بالقرعة كالبيع. ويجب أن يكون على عدد من الرشق معلوم، فإن كان عدد كل حزب ثلاثة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ثلث صحيح

كالثلاث والستين. وإن كانوا أربعة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ربع صحيح للأربعين والثمانين، لأنه إذا لم يفعل ذلك بقي سهم ولا يمكن اشتراك جماعة في سهم واحد. فإن خرج في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي بطل العقد فيه، لأنه ليس بمحل في العقد وسقط من الحزب الآخر بإزائه واحد، كما إذا بطل البيع في أحد العبدین سقط ما في مقابلته من الثمن، وهل يبطل العقد في الباقي من الحزبين؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة.

فإن قلنا: لا يبطل في الباقي، ثبت للحزبين الخيار في فسخ العقد، لأن الصفقة تبعضت عليهم بغير اختيارهم. فإن اختاروا البقاء على العقد وتنازعا فيمن يخرج في مقابلته من الحزب الآخر فسخ العقد، لأنه تعذر إمضاؤه على مقتضاه ففسخ. ومن أصحابنا من قال: يبطل في الجميع قولاً واحداً، لأن من في مقابلته من الحزب الآخر لا يتعين، ولا سبيل إلى تعيينه بالقرعة، فبطل في الجميع. فإن نزل أحد الحزبين الآخر ففي قسمة المال بين الناضلين وجهان أحدهما: تقسم بينهم بالسوية كما يجب على المنضولين بينهم بالسوية. فعلى هذا إن خرج فيهم من لم يصب استحق. والثاني: تقسم بينهم على قدر إصابتهم، لأنهم استحقوا بالإصابة فاختلف باختلاف الإصابة. ويخالف ما لزم المنضولين، فإن ذلك وجب بالالتزام والاستحقاق بالرمي، فاعتبر بقدر الإصابة. فعلى هذا إن خرج فيهم من لم يصب لم يستحق شيئاً وبالله التوفيق].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.



قال المصنف رحمه الله:

---

---

## باب بيان الإصابة والخطأ في الرمي

---

---

[إذا عقد على إصابة الغرض فأصاب الشن أو الجريد الذي يشد فيه الشن أو العرى وهو السير الذي يشد به الشن على الجريد حسب له، لأن

ذلك كله من الغرض. وإن أصاب العلاقة ففيه قولان أحدهما: يحسب له، لأنه من جملة الغرض ألا ترى أنه إذا مد امتد معه فأشبه العرى. والثاني: لا يحسب، لأن العلاقة ما يعلق به الغرض، فأما الغرض فهو الشن وما يحيط به. وإن شرط إصابة الخاصرة وهو الجنب من اليمين واليسار فأصاب غيرهما لم يحسب له، لأنه لم يصب الخاصرة. وإن شرط إصابة الشن فأصاب العروة وهو السير أو العلاقة لم يحسب، لأن ذلك كله غير الشن. فإن أصاب سهماً في الغرض، فإن كان السهم متعلقاً بصله وباقيه خارج الغرض لم يحسب له ولا عليه، لأن بينه وبين الغرض طول السهم، ولا يدرى لو لم يكن هذا السهم هل كان يصيب الغرض أم لا يصيب.

وإن كان السهم قد غرق في الغرض إلى فوقه حُسِبَ له، لأن العقد على إصابة الغرض، ومعلوم أنه لو لم يكن هذا لكان يصيبُ الغرض. فإن خرج السهم من القوس فهبت ريح فنقلت الغرض إلى موضع آخر فأصاب السهم موضعه حسب له. وإن أصاب الغرض في الموضع الذي انتقل إليه حسب عليه في الخطأ، لأنه أخطأ في الرمي وإنما أصاب بفعل الريح لا بفعله.

وإن رمى وفي الجو ريحٌ ضعيفةً فأرسل السهم مفارقاً للغرض وأمال يده ليصيب مع الريح فأصاب الغرض، أو كانت الريح خلفه فتزع نزاعاً قريباً ليصيب مع معاونة الريح فأصاب حسب له، لأنه أصاب بفراسته وحذقه. وإن أخطأ حسب عليه، لأنه أخطأ بسوء رميه، ولأنه لو أصاب مع الريح لحسب له فإذا أخطأ معها حسب عليه.

وإن كانت الريح قوية لا حيلة له فيها لم يحسب له إذا أصاب، لأنه لم يصب بحسن رميه، ولا يحسب عليه إذا أخطأ، لأنه لم يخطئ بسوء رميه، وإنما أخطأ بالرمي في غير وقته.

وإن رمى من غير ريح فثارت ريح بعد خروج السهم من القوس فأخطأ لم يحسب عليه، لأنه لم يخطئ بسوء رميه وإنما أخطأ بعارض الريح. وإن أصاب فقد قال بعض أصحابنا: فيه وجهان بناءً على القولين في

إصابة السهم المزدلف. وعندني أنه لا يحسب له قولاً واحداً، لأن المزدلف إنما أصاب الغرض بحدة رميه ومع الريح لا يعلم أنه أصاب برميهِ. وإن رمى سهماً فأصاب الغرض بفوقه لم يحسب له، لأن ذلك من أسوأ الرمي وأردئه.

**فصل** وإن انكسر القوس أو انقطع الوتر أو أصابت يده ريح فرمى وأصاب حسب له، لأن إصابته مع اختلال الآلة أدل على حذقه. فإن أخطأ لم يحسب عليه في الخطأ، لأنه لم يخطئ بسوء رميه وإنما أخطأ بعارض. وإن أغرق السهم فخرج من الجانب الآخر نظرت: فإن أصاب حسب له، لأن إصابته مع الإغراق أدل على حذقه، وإن أخطأ لم يحسب عليه. ومن أصحابنا من قال: يحسب عليه في الخطأ، لأنه أخطأ في مد القوس. والمنصوص هو: الأول، لأن الإغراق ليس من سوء الرمي وإنما هو لمعنى قبل الرمي فهو كانقطاع الوتر وانكسار القوس. وإن انكسر السهم بعد خروجه من القوس وسقط دون الغرض لم يحسب عليه في الخطأ، لأنه إنما لم يصب لفساد الآلة لا لسوء الرمي. وإن أصاب بما فيه النصل حسب له، لأن إصابته مع فساد الآلة أدل على حذقه. وإن أصابه بالموضع الآخر لم يحسب له، لأنه لم يصب، ولم يحسب عليه، لأن خطأه لفساد الآلة لا لسوء الرمي.

**فصل** وإن عرض دون الغرض عارض من إنسان أو بهيمة نظرت: فإن رد السهم ولم يصل لم يحسب عليه، لأنه لم يصل للعارض لا لسوء الرمي. وإن نفذ السهم وأصاب حسب له، لأن إصابته مع العارض أدل على حذقه. وحكي أن الكسعي كان رامياً فخرج ذات ليلة فرأى ظلياً فرمى فأنفذه وخرج السهم فأصاب حجراً وقدر فيه ناراً فرأى ضوء النار فظن أنه أخطأ فكسر القوس وقطع إبهامه، فلما أصبح رأى الطيبي صريعاً قد نفذ فيه سهمه فندم، فضربت به العرب مثلاً وقال الشاعر:

ندمتُ ندامة الكسعي لما رأْتُ عيْنَاهُ ما صَنَعْتُ يَدَاهُ

وإن رمى فعارضه عارضٌ فعثر به السهمُ وجاوزَ الغرضَ ولم يصب، ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحاق: أنه يحسبُ عليه في الخطأ، لأنه أخطأ بسوء الرمي لا للعارض، لأنه لو كان للعارض تأثير لوقع سهمه دون الغرض فلما جاوزه ولم يصب دل على أنه أخطأ بسوء رميه فحسب عليه في الخطأ. والثاني: أنه لا يحسب عليه، لأن العارض قد يشوش الرمي فيقصر عن الغرض وقد يجاوزه. وإن رمى السهم فأصاب الأرض وازدلف فأصاب الغرض ففيه قولان:

**أحدهما:** يحسب لأنه أصاب الغرض بالنزعة التي أرسلها وما عرض دونها من الأرض لا يمنع الاحتساب، كما لو عرض دونه شيء فهتكه وأصاب الغرض.

**والثاني:** لا يحسب له، لأن السهم خرج عن الرمي إلى غير الغرض وإنما أعانته الأرض حتى ازدلف عنها إلى الغرض فلم يحسب له. وإن ازدلف ولم يصب الغرض ففيه وجهان أحدهما: يحسب عليه في الخطأ، لأنه إنما ازدلف بسوء رميه، لأن الحاذق لا يزدلف سهمه. والثاني: لا يحسب عليه، لأن الأرض تشوش السهم وتزيله عن سننه فإذا أخطأ لم يكن من سوء رميه].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن كان العقد على إصابة موصوفة نظرت: فإن كان على القرع فأصاب الغرض وخرق أو خسق أو مرق حسب له، لأن الشرط هو الإصابة وقد حصل ذلك في هذه الأنواع.

**فصل** وإن كان الشرط هو الخسق نظرت: فإن أصاب الغرض وثبت فيه ثم سقط، حسب له، لأن الخسق هو أن يثبت وقد ثبت فلم يؤثر زواله بعد ذلك، كما لو ثبت ثم نزعه إنسان. فإن ثقب الموضع بحيث يصلح لثبوت السهم لكنه لم يثبت ففيه قولان:

**أحدهما:** أنه يحسب له، لأن الخسق أن يثقب بحيث يصلح لثبوت السهم وقد فعل ذلك، ولعله لم يثبت لسعة الثقب أو لغلظ لقيه.

والثاني وهو الصحيح: أنه لا يحسب له، لأن الأصل عدم الخسق، وأنه لم يكن فيه من القوة ما يثبت فيه فلم يحسب له. وإن كان الغرض ملصقاً بالهدف فأصابه السهم ولم يثبت فيه، فقال الرامي: قد خسق إلا أنه لم يثبت فيه لغلظ لقيه من نواة أو حصاة، وقال رسيه: لم يخسق، نظرت: فإن لم يعلم موضع الإصابة من الغرض فالقول قول الراسيل، لأن الأصل عدم الخسق. وهل يحلف؟ ينظر فيه: فإن فتش الغرض فلم يكن فيه شيء يمنع من ثبوته لم يحلف، لأن ما يدعيه الرامي غير ممكن. وإن كان هناك ما يمنع من ثبوته حلف، لأن ما يدعيه الرامي غير ممكن. وإن علم موضع الإصابة ولم يكن فيه ما يمنع من ثبوته فالقول قول الراسيل من غير يمين، لأن ما يدعيه الرامي غير ممكن. وإن كان فيه ما يمنع الثبوت ففيه وجهان أحدهما: أن القول قول الرامي، لأن المانع شهد له. والثاني: أن القول قول الراسيل، لأن الأصل عدم الخسق، والمانع لا يدل على أنه لو لم يكن لكان خاسقاً، ولعله لو لم يكن مانع لكان هذا منتهى رميه فلا يحكم له بالخسق بالشك.

وإن كان في الشنّ خرق أو موضع بال فوق فيه السهم وثبت في الهدف نظرت: فإن كان الموضع الذي ثبت فيه في صلابة الشن اعتد به، لأننا نعلم أنه لو كان الشن صحيحاً لثبت فيه. وإن كان دون الشن في الصلابة كالتراب والطين الرطب لم يعتد له ولا عليه، لأننا لا نعلم أنه لو كان صحيحاً هل كان يثبت فيه أم لا؟ فيرد إليه السهم حتى يرميه.

وإن خرّمه وثبتّ ففيه قولان أحدهما: يعتد به، لأن الخسق هو أن يثبت النصل وقد ثبت. والثاني: لا يعتد به، لأن الخسق أن يثبت السهم في جميع الشن ولم يوجد ذلك. فإن مرق السهم فقد قال الشافعي رحمه الله: هو عندي خاسق، ومن الرماة من لا يحتسبه. فمن أصحابنا من قال: يحتسب له قولاً واحداً وما حكاه عن غيره ليس بقول له، لأن معنى الخسق قد وجد وزيادة، ولأنه لو مرق والشرط القرع حسب فكذلك إذا مرق والشرط الخسق. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان أحدهما: يُحسب له لما ذكرناه.

**والثاني:** لا يحسبُ له، لأن الخسقَ أن يثبت وما ثبت، ولأن في الخسقِ زيادةَ حدقٍ وصنعةٍ من نزع القوسِ بمقدار الخسقِ.

والتعليل الأول أصح، لأن هذا يبطلُ به إذا مرقَ والشرط القرع. وإن أصابَ الشن ومرق وثبت في الهدف ووجدَ على نصله قطعة من الشن والهدف دونَ الشن في الصلابة، فقال الرامي: هذا الجلد قطعهُ سهمي بقوته، وقال الرسيل: بل كان في الشن ثقبه وهذه الجلدة كانت قد انقطعت من قبلُ فحصلت في السهم، فالقولُ قولُ الرسيل، لأن الأصلَ عدمُ الخسقِ.

**فصل** إذا مات أحدُ الرّاميين أو ذهبَ يده بطلَ العقدُ، لأن المقصودَ معرفةَ حدقه وقد فاتَ ذلك فبطلَ العقدُ كما لو هلك المبيع. وإن رمدت عينه أو مرضَ لم يبطلَ العقدُ، لأنه يمكنُ استيفاءَ المعقودِ عليه بعد زوالِ العذر. وإن أرادَ أن يفسخَ، فإن قلنا إنه كالجعالة، كان حكمه حكمَ الفسخِ من غيرِ عذرٍ، وقد بيناه في أولِ الكتاب.

وإن قلنا إنه كالإجارة، جاز له أن يفسخَ، لأنه تأخر المعقودُ عليه فملك الفسخَ كما يملكُ في الإجارة. وإن أرادَ أحدهما أن يؤخر الرمي للذعة، فإن قلنا إنه كالإجارة، أُجبرَ عليه كما أُجبر في الإجارة. وإن قلنا إنه كالجعالة، لم يجبرُ كما لا يجبرُ في الجعالة].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.





قال المصنف رحمه الله:

## كتاب إحياء الموات

[يستحب إحياء الموات لما روى جابرٌ رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتةً فله فيها أجر وما أكله العوافي منها فهو له صدقة». وتملك به الأرض، لما روى سعيد بن زيد رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتةً فهي له». ويجوز ذلك من غير إذن الإمام للخبر، ولأنه تملك مباح فلم يفتقر إلى إذن الإمام كالاصطياد.

**فصل** وأما الموات الذي جرى عليه الملك وباد أهله ولم يعرف مالكة ففيه ثلاثة أوجه أحدها: أنه يملك بالإحياء، لما روى طاوس أن النبي ﷺ قال: «عادي الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم بعد». ولأنه إن كان في دار الإسلام فهو كاللقطة التي لا يعرف مالكتها، وإن كان في دار الحرب فهو كالركاز. والثاني: لا يملك، لأنه إن كان في دار الإسلام فهو لمسلم أو لذمي أو لبيت المال فلا يجوز إحياءه، وإن كان في دار الحرب جاز أن يكون لكافر لا يحل ماله أو لكافر لم تبلغه الدعوة فلا يحل ماله ولا يجوز تملكه. والثالث: أنه إن كان في دار الإسلام لم يملك، وإن كان في دار الحرب ملك، لأن ما كان في دار الإسلام فهو في الظاهر لمن له حرمة، وما كان في دار الحرب فهو في الظاهر لمن لا حرمة له، ولهذا ما يوجد في دار الحرب يخمس، وما يوجد في دار الإسلام يجب تعريفه. وإن قاتل الكفار عن أرض ولم يحيوها ثم ظهر المسلمون عليها ففيه وجهان أحدهما: لا يجوز أن تملك بالإحياء بل هي غنيمة بين الغانمين، لأنهم لما منعوا عنها صاروا فيها كالمتحجرين فلم تملك بالإحياء. والثاني: أنه يجوز أن

تملك بالإحياء، لأنهم لم يحدثوا فيها عمارة فجاز أن تملك بالإحياء كسائر الموات.

**فصل** وما يحتاج إليه لمصلحة العامر من المرافق كحريم البئر وفناء الدار والطريق ومسيل الماء لا يجوز إحياءه، لأنه تابع للعامر فلا يملك بالإحياء، ولأننا لو جازنا إحياءها أبطلنا الملك في العامر على أهله وكذلك ما بين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الأسواق لا يجوز تملكه بالإحياء، لأن الشرع قد ورد بإحياء الموات وهذا من جملة العامر، ولأننا لو جازنا ذلك ضيقنا على الناس في أملاكهم وطرقهم وهذا لا يجوز.

**فصل** ويجوز إحياء كل من يملك المال، لأنه فعل يملك به فجاز من كل من يملك المال كالاصطياد. ولا يجوز للكافر أن يملك بالإحياء في دار الإسلام ولا للإمام أن يأذن له في ذلك، لما روي أن النبي ﷺ قال: «موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني»<sup>(١)</sup> فجمع الموتان وجعلها للمسلمين فانتفى أن يكون لغيرهم. ولأن موات الدار من حقوق الدار والدار للمسلمين فكان الموات لهم كمرافق المملوك لا يجوز لغير المالك إحياءه. ولا يجوز للمسلم أن يحيي الموات في بلد صولح الكفار على المقام فيه، لأن الموات تابع للبلد فإذا لم يجز تملك البلد عليهم لم يجز تملك مواته].

**الشرح:** حديث جابر رواه أحمد والترمذي وصححه بلفظ: «من أحيا أرضاً فهي له»<sup>(٢)</sup>. وأما حديث سعيد بن زيد فقد رواه أحمد وأبو داود

(١) هذا الحديث لم يتعرض الشارح لتخريجه، وقد رواه البيهقي مرسلًا عن ابن طاوس عن النبي ﷺ بلفظ: «من أحيا ميتا من موتان الأرض فله رقبته وعادي الأرض لله ولرسوله ثم لكم من بعدي» وقال: ورواه هشام بن حجير عن طاوس فقال: «ثم هي لكم مني» ثم وصله البيهقي من طريق آخر بلفظ: «موتان الأرض لله ولرسوله فمن أحيا منها شيئاً فهي له» وقال: تفرد به معاوية بن هشام مرفوعاً موصولاً. وقال الحافظ في التلخيص (٣/٧١): تفرد به معاوية متصلًا وهو مما أنكر عليه.

(٢) حديث جابر بلفظ المصنف أخرجه البيهقي في إحياء الموات (٦/١٤٨) وأحمد (٣٠٤)، ٣١٣، ٣٢٧، (٣/٣٥٦). وأما اللفظ الذي ذكره الشارح فهو رواية أخرى لحديث جابر أخرجه الترمذي في الأحكام (٦٦٣ - ٣/٦٦٤) بلفظ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» وقال: حسن صحيح، والبيهقي (٦/١٤٨) بزيادة: «وما أكلت العافية فهو له صدقة».

والترمذي بلفظ: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق» وأخرجه أيضاً النسائي، وحسنه الترمذي وأعله بالارسال ورجح الدارقطني إرساله<sup>(١)</sup>.

وأما حديث طاوس فقد جاء في الأم وعند المصنف هنا هكذا مرسلأً، وقد رواه هكذا سعيد بن منصور في سننه وأبو عبيد في الأموال<sup>(٢)</sup>.

وأما ألفاظ الفصل، فالموات هو الأرض الخراب الدارسة تسمى ميتة ومواتاً وموتاناً بفتح الواو، والموتان بضم الميم الموت الذريع، ورجل موتان القلب - بفتح الميم وسكون الواو - لا بصيرة له ولا فهم. والعوافي جمع عاف وهو طالب الفضل<sup>(٣)</sup>. وعادي الأرض نسبة إلى عاد رجل من العرب الأولى وهم العرب البائدة وبه سميت قبيلة قوم هود، ويقال للملك القديم عادي كأنه نسبة إليه لتقدمه، وبئر عادية كذلك، وعادي الأرض ما تقادم ملكه.

وأما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه: بلاد المسلمين شيئان عامر وموات. فالعامر لأهله، وكل ما صلح به العامر من طريق وفناء ومسيل ماء وغيره فهو كالعامر في أن لا يملك على أهله إلا بإذنه. والموات شيئان: موات ما قد كان عامراً لأهله معروفاً في الإسلام ثم ذهبت عمارته فصار مواتاً فذلك كالعامر لأهله لا يملك إلا بإذنه. والموات الثاني ما لا يملكه أحد في الإسلام يعرف ولا عمارة ملك في الجاهلية إذا لم

---

(١) أخرجه أبو داود في الخراج (٤٥٣ - ٤٥٤/٣) والترمذي (٣/٦٦٢) وقال: حسن غريب وقد رواه بعضهم مرسلأً. وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٦٣٨.

(٢) أخرجه البيهقي (٦/١٤٣) عن طاوس قال: قال رسول الله ﷺ «عادي الأرض لله ولرسوله ثم لكم من بعد فمن أحيأ شيئاً من موتان الأرض فله رقبتهما».

(٣) قال الحافظ في التلخيص (٣/٧٢): العوافي جمع عافية وهم طلاب الرزق. وقال البغوي في شرح السنة (٦/١٥٠): العافية: كل طالب رزقاً من إنسان أو دابة أو طائر أو غير ذلك، وإذا أتى الرجل الرجل يطلب حاجة فقد عفاه يعفوه وهو عافٍ، وجمع العافي عفاة.

يملك فذلك الموات الذي قال رسول الله ﷺ: «من أحيا مواتاً فهو له»<sup>(١)</sup>. قال الشافعي بلاد المسلمين شيثان عامر وموات، وإنما خص الشافعي بلاد المسلمين بما ذكره من قسمة العامر والموات وإن كانت بلاد الشرك قسمين عامر وموات لما ذكره من أن عامر بلاد المسلمين لأهله لا يملك عليهم إلا باذنهم وعامر بلاد الشرك قد يملك عليهم قهراً وغلبة بغير إذنهم. وإذا كان كذلك بدأنا بذكر العامر من بلاد المسلمين ثم بمواتهم.

أما العامر فلاهله الذين قد ملكوا بأحد أسباب التمليك وهي ثمانية: الميراث والمعاضات والهبات والوصايا والوقف والصدقات والغنيمة والإحياء. فإذا ملك عامراً من بلاد الإسلام بأحد هذه الأسباب الثمانية صار مالكا له ولحريمه ومرافقه من فناء وطريق ومسيل ماء وغير ذلك من مرافق العامر التي لا يستغني العامر عنها.

وأما الموات فضربان أحدهما: ما لم يزل على قديم الدهر مواتاً لم يعمر قط، فهذا هو الموات الذي قال فيه رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» فمن أحياه من المسلمين فقد ملكه. وإن أحياه ذمي لم يملكه. وقال أبو حنيفة: يملكه الذمي بالإحياء كالمسلم استدلالاً بعموم قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له». ودليلنا قوله ﷺ: «موتان الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني» فواجه المسلمين بخطابه وأضاف ملك الموات اليهم فدل على اختصاص الحكم بهم. فأما الجواب عن قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» فهو أن هذا الخبر وارد في بيان ما يقع به الملك، وقوله: «ثم هي لكم مني» وارد في بيان من يقع له الملك، فصار المعنى في كل واحد منهما فيما قصد له قاضياً على صاحبه فصار الخبران في التقدير كقوله: من أحيا أرضاً مواتاً من المسلمين فهي له.

والضرب الثاني من الموات: ما كان عامراً ثم خرب فصار بالخراب مواتاً، فذلك ضربان أحدهما: أن يكون جاهلياً لم يعمر في الإسلام فهذا

(١) مختصر المزني (٢٢٩ - ٢٣٠/٨).

على ضربين أحدهما: أن يكون قد خرب قبل الإسلام حتى صار مواتاً مندرساً كأرض عاد وتبع فهذا كالذي لم يزل مواتاً يملكه من أحياء المسلمين. والضرب الثاني: ما كان باقي العمارة إلى وقت الإسلام ثم خرب وصار مواتاً قبل أن يصير من بلاد الإسلام فهذا على ثلاثة أقسام أحدها: أن يرفع أربابه أيديهم عنه قبل القدرة عليه فهذا يملك بالإحياء كالذي لم يزل مواتاً. والقسم الثاني: أن يتمسكوا به إلى حين القدرة عليه فهذا يكون في حكم عامرهم لا يملك بالإحياء. والقسم الثالث: أن يجهل حاله فلا يعلم هل رفعوا أيديهم عنه قبل القدرة عليه أم لا؟ ففي جواز تملكه بالإحياء وجهان كالذي جهل حاله.

والضرب الثاني: في الأصل ما كان عامراً من بلاد الإسلام ثم خرب حتى ذهبت عمارته واندرست آثاره فصار مواتاً، فقد اختلف الفقهاء في جواز تملكه بالإحياء على ثلاثة مذاهب. فمذهب الشافعي منها أنه لا يجوز أن يملك بالإحياء سواء عرف أربابه أو لم يعرفوا. وقال مالك: يصير كالموات الجاهلي يملكه من أحياء سواء عرف أربابه أو لم يعرفوا. وقال أبو حنيفة: إن عرف أربابه فهو على ملكهم لا يملك بالإحياء، وإن لم يعرفوا ملك بالإحياء<sup>(١)</sup>.

قال المصنف رحمه الله: [والإحياء الذي يملك به أن يعمر الأرض لما يريده ويرجع في ذلك إلى العرف، لأن النبي ﷺ أطلق الإحياء ولم يبين فحمل على المتعارف. فإن كان يريده للسكنى فإن يبني سور الدار من اللبن والآجر والطين والجص إن كانت عادتهم ذلك، أو القصب أو الخشب إن كانت عادتهم ذلك، ويسقف وينصب عليه الباب، لأنه لا يصلح للسكنى بما دون ذلك. فإن أراد مراحاً للغنم أو حظيرة للشوك والحطب بنى الحائط ونصب عليه الباب، لأنه لا يصير مراحاً وحظيرة بما دون ذلك. وإن أراد للزراعة فإن يعمل لها مسناة ويسوق الماء إليها من نهر أو بئر، فإن كانت الأرض من البطائح فإن يحبس عنها الماء، لأن إحياء البطائح أن يحبس

(١) هذا كله مأخوذ من شرح الماوردي لكلام الشافعي في الحاوي (٤٧٥ - ٤٧٨/٧).

عنها الماء كما أن إحياء اليابس بسوق الماء إليه، وبحرثها وهو أن يصلح ترابها. وهل يشترط غير ذلك؟ فيه ثلاثة أوجه أحدها: أنه لا يشترط غير ذلك، وهو المنصوص في الأم وهو قول أبي إسحاق، لأن الإحياء قد تم وما بقي إلا الزراعة، وذلك انتفاع بالمحيا فلم يشترط كسكنى الدار. والثاني وهو ظاهر ما نقله المزني: أنه لا يملك إلا بالزراعة، لأنها من تمام العمارة، ويخالف السكنى فإنه ليس من تمام العمارة، وإنما هو كالحصاد في الزرع. والثالث وهو قول أبي العباس: أنه لا يتم إلا بالزراعة والسقي، لأن العمارة لا تكمل إلا بذلك.

وإن أراد حفر بئر فإحياءها أن يحفر إلى أن يصل إلى الماء، لأنه لا يحصل البئر إلا بذلك. فإن كانت الأرض صلبة تم الإحياء، وإن كانت رخوة لم يتم الإحياء حتى تطوى البئر، لأنها لا تكمل إلا به.]

**الشرح:** يختلف الإحياء باختلاف المقصود منه، ولما كان الشارع قد أطلق الإحياء ولم يحده، ولما لم يكن للإحياء في اللغة حد، وجب الرجوع إلى العرف كالحرز والقبض. وضابطه تهيئة الشيء لما يقصد منه غالباً.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإذا أحيا الأرض ملك الأرض وما فيها من المعادن كالبلور والفيروز والحديد والرصاص، لأنها من أجزاء الأرض فملك بملكها. ويملك ما ينبع فيها من الماء والقار وغير ذلك. وقال أبو إسحاق: لا يملك الماء وما ينبع فيها. وقد بينا ذلك في البيوع. ويملك ما ينبت فيها من الشجر والكلأ. وقال أبو القاسم الصيمري: لا يملك الكلأ لما روي أن أبيض بن حمال سأل رسول الله ﷺ عن حمى الأراك فقال رسول الله ﷺ: «لا حمى في الأراك»، ولأنه لو فرخ في الأرض طائر لم يملك فكذلك إذا نبت فيه الكلأ. وقال أكثر أصحابنا: يملك لأنه من نماء الملك فملكه بملكه كشعر الغنم.

**فصل** ويملك بالإحياء ما يحتاج إليه من المرافق كفناء الدار والطريق ومسيل الماء وحریم البئر، وهو بقدر ما يقف فيه المستقي إن كانت البئر للشرب، وقدر ما يمر فيه الثور إن كانت للسقي، وحریم النهر وهو

ملقى الطين وما يخرج منه من التقن، ويرجع في ذلك إلى أهل العرف في الموضوع. والدليل عليه ما روى عبد الله بن مغفل أن النبي ﷺ قال: «من احتفر بئراً فله أربعون ذراعاً حولها عطن لماشيته» وروى ابن شهاب عن سعيد بن المسيب قال: من السنة أن حريم القليب العادية خمسون ذراعاً، وحريم البديء خمسة وعشرون ذراعاً، وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع. فإن أحيا أرضاً إلى جنب غيره فجعل أحدهما داره مدبغة أو مقصرة لم يكن للآخر منعه من ذلك، لأنه تصرف مباح في ملكه فلم يمنع منه. وإن ألصق حائطه بحائطه منع من ذلك. وإن طرح في أصل حائطه سرجيناً منع منه، لأنه تصرف باشر ملك الغير بما يضر به فمنع منه. فإن حفر حشاً في أصل حائطه لم يمنع منه، لأنه تصرف في ملكه. ومن أصحابنا من قال: يمنع لأنه يضر بالحاجز الذي بينهما في الأرض. وإن ملك بئراً بالإحياء فجاء رجل وتباعد عن حريمه وحفر بئراً فنقص ماء الأول لم يمنع منه، لأنه تصرف في موات لا حق لغيره فيه].

**الشرح:** حديث أبيض بن حمال رواه الترمذي وحسنه وأبو داود بلفظ: «أنه وفد إلى النبي ﷺ فاستقطعه الملح فقطع له، فلما أن ولى، قال رجل: أتدري ما أقطعت له؟ إنما أقطعت الماء العذب، فقال: «انزعه منه»، قال: وسألته عما يحمى من الأراك، فقال: «ما لم تنله خفاف الإبل» وأخرجه أيضاً ابن ماجه والنسائي وصححه ابن حبان وضعفه ابن القطان ولم يذكر وجه تضعيفه، ولعله بسبب السبئي المازني الذي في الاسناد، وقال فيه ابن عدي: أحاديثه مظلمة<sup>(١)</sup>.

(١) حديث أبيض بن حمال رضي الله عنه أخرجه أبو داود في الخراج (٤٤٧ - ٣/٤٤٨) باللفظ الذي ساقه المصنف، والعجب من الشارح أنه ترك الرواية التي ساقها المصنف فلم يخرجها وأخرج رواية أخرى. وقد أخرج أبو داود الروايتين معاً وحسنهما الألباني ببعضهما في صحيح أبي داود برقم ٢٦٣٤ و٢٦٣٥. (كما أخرج رواية الشارح الترمذي برقم ١٣٨٠) وقول الشارح «ولعله بسبب السبئي المازني» يقصد به محمد بن يحيى بن قيس السبئي المأربي انظر التهذيب (٩/٥٢١).

وأما حديث عبد الله بن مغفل رضي الله عنه فقد رواه ابن ماجه بإسناد ضعيف لأن فيه اسماعيل بن مسلم<sup>(١)</sup>.

وأما لغات الفصل، فالبلور هو جوهر وكذلك الفيروزج. والقار: نوع من القطران. والعدّ - بكسر العين - قال أبو عبيد: العد بلغة تميم الكثير، وبلغة بكر بن وائل هو القليل، والمراد هنا في الحديث: الكثير الدائم الذي لا ينقطع. وأما كلمة التقن التي جرت هنا في كلام المصنف فهي من الكلمات التي كانت شائعة عند أهل بغداد ويريدون بها سيف النهر وما اجتمع فيه من الطين وغيره.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنّف رحمه الله:** [وإن تحجّر رجل مواتاً وهو أن يشرع في إحيائه ولم يتم صار أحق به من غيره لقوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به»]. وإن نقله إلى غيره صار الثاني أحق به، لأنه آثره صاحب الحق به. وإن مات انتقل ذلك إلى وارثه، لأنه حق تملك ثبت له فانتقل إلى وارثه كالشفعة.

وإن باعه ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحاق: أنه يصح، لأنه صار أحق به فملك بيعه. والثاني: أنه لا يصح، وهو المذهب، لأنه لم يملكه بعد فلم يملك بيعه كالشفيع قبل الأخذ. وإن بادر غيره إلى إحيائه نظرت: فإن كان ذلك قبل أن تطول المدة ففيه وجهان أحدهما: لا يملك، لأن يد المتحجر أسبق. والثاني: يملك، لأن الإحياء يملك به والتحجر لا يملك به فقدم ما يملك به على ما لا يملك به. وإن طالت المدة ولم يتم قال له السلطان: إما أن تعمر وإما أن ترفع يدك، لأنه ضيق على الناس في حق مشترك فلم يمكن منه، كما لو وقف في طريق ضيق أو مشرعة ماء ومنع غيره منها. وإن سأل أن يمهل أمهل مدة قريبة، فإن انقضت المدة

(١) أخرجه أبو داود في الرهون (٢/٨٣١)، وحسنه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم

ولم يحي فبادر غيره فأحيا ملك ، لأنه لا حق له بعد انقضاء المدة .

**فصل** ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر وهو الذي يوصل إلى ما فيه من غير مؤنة كالماء والنفط والمومياء والياقوت والبرام والملح والكحل كان أحق به ، لقوله ﷺ : «من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به» . فإن أطل المقام فيه ففيه وجهان أحدهما : لا يمنع لأنه سبق إليه . والثاني : يمنع لأنه يصير كالمتحجر . فإن سبق اثنان وضاق المكان وتشاحا ، فإن كانا يأخذان للتجارة هياً الإمام بينهما ، فإن تشاحا في السبق أقرع بينهما ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة . وإن كانا يأخذان للحاجة ففيه ثلاثة أوجه أحدها : يقرع بينهما ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر . والثاني : يقسم بينهما ، لأنه يمكن لهما القسمة فلا يؤخر حقه . والثالث : يقدم الإمام أحدهما ، لأن للإمام نظراً في ذلك فقدم من رأى تقديمه . وإن كان من ذلك ما يلزم عليه مؤنة ، بأن يكون بقرب الساحل موضع إذا حصل فيه الماء حصل فيه ملح ، جاز أن يملك بالإحياء ، لأنه يوصل إليه بالعمل والمؤنة فملك بالإحياء كالموات] .

**الشرح :** حديث : «من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به» رواه أبو داود ، وصححه الضياء المقدسي عن أسمر بن مضر ، وقال البغوي : لا أعلم بهذا الإسناد غير هذا الحديث<sup>(١)</sup> .

والتحجر إحاطة الأرض بالحجارة أو بحائط صغير ، وهو شروع في إحياء الموات وليس إحياء تاماً ، ولذلك فإنه لا يملكها بذلك لأن الملك لا يكون إلا بالإحياء وليس هذا إحياء ولكن يصير أحق الناس به للحديث . وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف .

**قال المصنف رحمه الله :** [وإن سبق إلى معدن باطن وهو الذي لا يوصل إليه إلا بالعمل والمؤنة كمعدن الذهب والفضة والحديد والرصاص

(١) أخرجه أبو داود في الخراج (٤٥٢ - ٣/٤٥٣) بنحوه ، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٦٧٢ .

والياقوت والفيروزج فوصل إلى نيله ملك ما أخذه لقوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به». وهل يملك المعدن؟ فيه قولان أحدهما: يملكه، لأنه موات لا يوصل إلى ما فيه إلا بالعمل والإنفاق فملكه بالإحياء كموات الأرض. والثاني: لا يملك، وهو الصحيح، لأن النبي ﷺ علق الملك في الموات على الإحياء وهو العمارة، والعمل في المعدن حفر وتخريب فلا يملك به. ولأنه يحتاج في كل جزء يأخذه إلى عمل فلا يملك منه إلا ما أخذ. ويخالف موات الأرض، لأنه إذا عمر انتفع به على الدوام من غير عمل مستأنف فملك به.

فإن قلنا: إنه يملك بالإحياء، ملكه إلى القرار وملك مرافقه. فإن تباعد إنسان عن حريمه وحفر معدناً فوصل إلى العرق لم يمنع من أخذ ما فيه، لأنه إحياء في موات لا حق فيه لغيره. فإن حفر ولم يصل إلى النيل صار أحق به كما قلنا فيمن تحجر في موات الأرض. فإن قلنا: لا يملك، كان كالمعدن الظاهر في إزالة يده إذا طال مقامه وفي القسمة والتقديم بالقرعة وتقديم من يرى الإمام تقديمه.

**فصل** ويجوز الارتفاق بما بين العامر من الشوارع والرحاب الواسعة بالقعود للبيع والشراء، لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار، ولأنه ارتفاق بمباح من غير إضرار فلم يمنع منه كالاتياز. فإن سبق إليه كان أحق به لقوله ﷺ: «منى مناخ من سبق»<sup>(١)</sup>. وله أن يظلل بما لا ضرر به على المارة من بارية وثوب، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك.

وإن أراد أن يبني دكة منع، لأنه يضيق به الطريق ويعثر به الضرب وبالليل البصير فلم يجز. وإن قام وترك المتاع لم يجز لغيره أن يقعد فيه، لأن يد الأول لم تنزل. وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه، لأنه زالت يده.

(١) سبق تخريجه.

وإن قعد وأطال ففيه وجهان أحدهما: : يمنع، لأنه يصير كالمتملك وتملكه لا يجوز. والثاني: يجوز، لأنه قد ثبت له اليد بالسبق إليه. وإن سبق إليه اثنان ففيه وجهان أحدهما: يقرع بينهما، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر. والثاني: يقدم الإمام أحدهما، لأن للإمام النظر والاجتهاد، ولا تجيء القسمة لأنها لا تملك فلم تقسم].

الشرح: حديث «من سبق إلى ما لم يسبق إليه» سبق لنا تخريجه.  
وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.



قال المصنف رحمه الله:

## باب الإقطاع والحِمى

[يجوز للإمام أن يقطع موات الأرض لمن يملكه بالإحياء، لما روى علقمة بن وائل عن أبيه أن رسول الله ﷺ أقطعه أرضاً فأرسل معه معاوية أن أعطه إياها أو قال «أعطاها إياه»<sup>(١)</sup>. وروى ابن عمر أن النبي ﷺ أقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه فقال: «أعطوه من حيث وقع السوط». وروى أن أبا بكر أقطع الزبير<sup>(٢)</sup>، وأقطع عمر علياً<sup>(٣)</sup>، وأقطع عثمان رضي الله عنهم خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ الزبير وسعداً وابن مسعود وخباباً وأسامة بن زيد رضي الله عنهم<sup>(٤)</sup>. ومن أقطعه الإمام شيئاً من ذلك صار أحق به، ويصير كالمتحجر في جميع ما ذكرناه، لأن بإقطاع الإمام صار أحق به كالمتحجر، فكان حكمه حكم المتحجر.

(١) هذا الحديث لم يتعرض الشارح لعزوه، وقد أخرجه أبو داود (٣/٤٤٣) مختصراً والترمذي في الأحكام (٣/٦٦٥) وقال: حديث حسن، وصححه الألباني في صحيح الترمذي برقم ١١٦.

(٢) و(٣) و(٤) وهذه الآثار أخرجه البيهقي في إحياء الموات (١٤٤ - ٦/١٤٥) ولم يتعرض لها الشارح.

ولا يقطع من ذلك إلا ما يقدر على إحيائه، لأنه إذا أعطاه أكثر من ذلك دخل الضرر على المسلمين من غير فائدة.

**فصل** وأما المعادن، فإنها إن كانت من المعادن الظاهرة لم يجز إقطاعها، لما روى ثابت بن سعيد عن أبيه عن جده أبيض بن حمال أنه استقطع النبي ﷺ ملح المأرب فأقطعه إياه، ثم إن الأقرع بن حابس قال: يا رسول الله إني قد وردت الملح في الجاهلية وهو بأرض ليس بها ملح ومن ورده أخذه وهو مثل الماء العد بأرض، فاستقال أبيض بن حمال فقال أبيض: قد أقلتكَ فيه على أن تجعله مني صدقة، فقال رسول الله ﷺ: «هو منك صدقة وهو مثل الماء العد ومن ورده أخذه»<sup>(١)</sup>. وإن كانت من المعادن الباطنة، فإن قلنا: إنها تملك بالإحياء، جاز إقطاعه، لأنه موات يجوز أن يملك بالإحياء فجاز إقطاعه كموات الأرض. وإن قلنا: لا تملك بالإحياء، فهل يجوز إقطاعه؟ فيه قولان أحدهما: يجوز إقطاعه، لأنه يفتقر الانتفاع به إلى المون فجاز إقطاعه كموات الأرض. والثاني: لا يجوز، لأنه معدن لا يملك بالإحياء فلم يجز إقطاعه كالمعادن الظاهرة. فإذا قلنا: يجوز إقطاعه، لم يجز إلا ما يقوم به لما ذكرناه في إقطاع الموات.

**فصل** ويجوز إقطاع ما بين العامر من الرحاب ومقاعد الأسواق للارتفاق. فمن أقطع شيئاً من ذلك صار أحق بالموضع نقل متاعه أو لم ينقل، لأن للإمام النظر والاجتهاد فإذا أقطعه ثبتت يده عليه بالإقطاع فلم يكن لغيره أن يقعد فيه].

**الشرح:** حديث ابن عمر رواه أبو داود وفيه ضعف<sup>(٢)</sup>. وقد أخرج الشيخان عن أسماء بنت أبي بكر في حديث ذكرته قالت: كنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعه رسول الله ﷺ على رأسي وهي مني على ثلثي

(١) أخرجه ابن ماجه وحسنه الألباني في صحيح وضعيف سنن ابن ماجه برقم ٢٤٧٥.  
(٢) أخرجه أبو داود في الخراج (٣/٤٥٣)، وضعف الألباني إسناده في ضعيف أبي داود برقم ٦٧٣.

فرسخ»<sup>(١)</sup>. وقوله: «حُضِرَ فرسه» أي قدر ارتفاع الفرس في عدوه<sup>(٢)</sup>. وفي قولها: «من أرض الزبير» يحتمل أن تكون هذه الأرض هي التي وردت في حديث ابن عمر. وفي البخاري في آخر كتاب الخمس من حديث أسماء أن النبي ﷺ أقطع الزبير أرضاً من أموال بني النضير<sup>(٣)</sup>.

والأحاديث تدل على أنه يجوز للنبي ﷺ ومن بعده من الأئمة إقطاع الأراضي وتخصيص بعض دون بعض لمن يأنس فيهم القدرة على القيام عليها وإحيائها واستنباط منافعها.

ويشتمل هذا الباب على ثلاثة أحكام تختص بالموات وهي: الإحياء والإقطاع والحمى. فأما الإحياء فقد ذكرنا جوازه ومن يجوز له.

وأما الإقطاع وهو موضوع الفصل، فإنه لا يصح إلا في موات لم يستقر عليه ملك. فإذا كان إقطاع الإمام إنما يختص بالموات دون العامر، فالذي يؤثره إقطاع الإمام إنما يختص أن يكون المقطع أولى الناس بإحيائه ممن لم يسبق إلى إحيائه لمكان إذنه وفضل اجتهاده. فلو بادر فأحيها غير المقطع فهي ملك للمحيي دون المقطع. وقال أبو حنيفة: إن أحيها قبل مضي ثلاث سنوات من وقت الإقطاع فهي للمقطع وإن أحيها بعد ثلاث سنين فهي للمحيي. وقال مالك بن أنس: إن أحيها عالماً بالإقطاع فهي للمقطع وإن أحيها غير عالم بالاقطاع خير المقطع بين أن يعطي المحيي نفقة عمارته وتكون الأرض له وبين أن يترك عليه الأرض ويأخذ قيمتها قبل العمارة.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

---

(١) أخرجه البخاري في فرض الخمس: باب ما كان النبي ﷺ يعطي المؤلفه قلوبهم (٦/٢٥٢) مختصراً وفي النكاح: باب الغيرة (٣١٩ - ٩/٣٢٠) مطولاً ومسلم في السلام: باب جواز إرداف المرأة الأجنبية إذا أعيت في الطريق مطولاً (١٦٤ - ١٤/١٦٦).

(٢) حُضِرَ فرسه - بضم الحاء وسكون الضاد - أي قدر ما تعدو عدوة واحدة.

(٣) أخرجه البخاري (٦/٢٥٢) معلقاً ومرسلاً عن عروة بن الزبير، ولم يسنده عن أسماء كما قال الشارح.

فرع مضى ما سقناه من حديث أبيض بن حمال الذي وفد إلى النبي ﷺ واستقطعه الملح ثم انتزعه منه لما علم أنه كالماء العد. وفي إقطاع المعادن روى أحمد وأبو داود عن عمرو بن عوف قال: أقطع رسول الله ﷺ بلال بن الحرث المزني معادن القبيلة جليسيها وغوريها وحيث يصلح الزرع من قدس ولم يعطه حق مسلم<sup>(١)</sup>. والأحاديث واردة في جواز أن يقطع الإمام من يأنس منه صلاحاً مكاناً فيه معادن غير ظاهرة حتى يعالج أمرها بالعمل والتنقيب والبحث. ومن ثم فقد انتزع ما أقطعه من أرض مأرب للأبيض بن حمال عندما علم أن الملح فيها كالماء الجاري. ويشترط في إقطاع المعادن أن يكون في موات لا يختص به أحد، وهذا أمر متفق عليه.

## [باب حكم الحمى]

قال المصنّف رحمه الله: [ولا يجوز لأحد أن يحمي مواتاً ليمنع الإحياء ورعي ما فيه من الكلاء، لما روى الصعب بن جثامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا حمى إلا لله ولرسوله». فأما الرسول عليه السلام فإنه كان يجوز له أن يحمي لنفسه وللمسلمين، فأما لنفسه فإنه ما حمى ولكنه حمى للمسلمين. والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ حمى النقيع لخييل المسلمين». وأما غيره من الأئمة فلا يجوز أن يحمي لنفسه للخبر. وهل يجوز أن يحمي لخييل المجاهدين ونعم الجزية وإبل الصدقة وماشية من يضعف عن الإبعاد في طلب النجعة؟ فيه قولان أحدهما: لا يجوز للخبر. والثاني: يجوز، لما روى عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه قال: «أتى أعرابي من أهل نجد عمر فقال: يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الإسلام فعلام تحميها؟ فأطرق عمر رضي الله عنه وجعل ينفخ ويفتل شاربه وكان إذا كره أمراً فتل شاربه ونفخ، فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك، فقال عمر: المال مال الله والعباد عباد الله فلولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من

(١) أخرجه أبو داود في الخراج (٤٤٤ - ٣/٤٤٥)، وحسنه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٦٣٢.

الأرض شبراً في شبر»<sup>(١)</sup>، قال مالك: نبئت أنه كان يحمل في كل عام على أربعين ألفاً من الظهر، وقال مرة: من الخيل.

وروى زيد بن أسلم عن أبيه: «أن عمر رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى وقال له: يا هنيا اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مجابة، وأدخل رب الصريمة والغنيمة<sup>(٢)</sup>، وإياك ونعم ابن عوف وإياك ونعم ابن عفان، فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعا إلى نخل وزرع، وإن رب الصريمة ورب الغنيمة إن تهلك ماشيتهما فيأتياني فيقولان: يا أمير المؤمنين يا أمير المؤمنين، أفتاركهم أنا لا أبا لك، إن الماء والكلأ أيسر عندي من الذهب والورق، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً».

فإن حمى رسول الله ﷺ أرضاً لحاجة والحاجة باقية لم يجز إحيائها. وإن زالت الحاجة ففيه وجهان أحدهما: يجوز لأنه زال السبب. والثاني: لا يجوز، لأن ما حكم به رسول الله ﷺ نص فلا يجوز نقضه بالاجتهاد. وإن حماه إمام غيره وقلنا: إنه يصح حماه، فأحياه رجل ففيه قولان أحدهما: لا يملكه كما لا يملك ما حماه رسول الله ﷺ. والثاني: يملك لأن حمى الإمام اجتهاد، وملك الأرض بالإحياء نص، والنص لا ينقض بالاجتهاد].

**الشرح:** حديث الصعب بن جثامة رواه أحمد وأبو داود والبخاري والنسائي<sup>(٣)</sup>. وحديث ابن عمر رواه أحمد وابن حبان<sup>(٤)</sup>. والنقيع بالنون مكان معروف وهو على قدر عشرين فرسخاً من المدينة ومساحته ميل في

- 
- (١) عزاه الحافظ في الفتح (٦/١٧٧) لابن سعد في الطبقات وللدارقطني في غرائب مالك.
  - (٢) الصريمة - بضم الصاد - مصغر وكذا الغنيمة أي: صاحب القطعة القليلة من الابل والغنم، أفاده الحافظ في الفتح (٦/١٧٦).
  - (٣) أخرجه البخاري في المساقاة (٥/٤٤) وأبو داود في الخراج (٤٦٠ - ٣/٤٦١) وأحمد (٤/٧١).
  - (٤) أخرجه أحمد (٢/٩١) والبيهقي (٦/١٤٦)، قال الحافظ في الفتح (٥/٤٥): وفي إسناده العمري وهو ضعيف.

ثمانية أميال، أفاده ابن وهب في موطئه، وهذا النقيع غير نقيع الخضمات الذي جمّع فيه أسعد بن زرارة بالمدينة على المشهور، وقال ابن الجوزي: إن بعضهم قال: إنهما واحد، والأول أصح. واما خبر تولية هني مولى عمر فقد رواه البخاري عن أسلم مولى عمر<sup>(١)</sup>.

وأما الأحكام فإن الحمى هو المنع من إحياء الموات ليتوفر فيه الكلاً فترعاه المواشي، لأن الحمى في كلامهم هو المنع. وكان أهل الجاهلية إذا استولى أحدهم على بلد أو تي بكلب فجعله على جبل أو على نشز من الأرض واستعداه فحيث انتهى عواؤه حماه لنفسه فلا يرعى فيه غيره ويشارك الناس فيما سواه. وهكذا كان كليب بن وائل إذا أعجبته روضة ألقى فيها كلباً وحمى إلى منتهى عوائه.

وقد نهى الاسلام عن فعل الجاهلية ومنع حمى الواحد من عوام المسلمين.

وأما إمام المسلمين إذا أراد أن يحمي لنفسه أو لأهله أو للأغنياء خصوصاً لم يجز وكان ما حماه مباحاً لمن أحياه. وإن أراد أن يحمي لخيال المجاهدين ونعم الجزية والصدقة ومواشي الفقراء نظر: فإن كان الحمى يضر بكافة المسلمين فقرائهم وأغنيائهم لضيق الكلاً عليهم فحمى أكثر مواتهم لم يجز، وإن كان لا يضر بهم ففيه قولان وقد ذكرهما المصنف. وكذا سائر أحكام الفصل هي كما ذكرها المصنف.



قال المصنف رحمه الله:

---

---

## باب حكم المياه

---

---

[الماء اثنان: مباح وغير مباح. فأما غير المباح فهو ما ينبع في أرض مملوكة، فصاحب الأرض أحق به من غيره، لأنه على المنصوص: يملكه،

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد: باب إذا أسلم قوم في دار الحرب (٦/١٧٥) والبيهقي (١٤٦ - ٦/١٤٧).

وعلى قول أبي إسحاق: لا يملكه إلا أنه لا يجوز لغيره أن يدخل إلى ملكه بغير إذنه فكان أحق به. وإن فضل عن حاجته واحتاج إليه الماشية للكلاً لزمه بذله من غير عوض. وقال أبو عبيد بن حرب: لا يلزمه بذله كما لا يلزمه بذل الكلاً للماشية ولا بذل الدلو والحبل ليستقى به الماء للماشية. والمذهب: الأول، لما روى إياس بن عبد: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء»، وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلاً منع الله فضل رحمته»، ويخالف الكلاً فإنه لا يستخلف عقيب أخذه وربما احتاج إليه لماشيته قبل أن يستخلف فتهلك ماشيته، والماء يستخلف عقيب أخذه، وما ينقص من الدلو والحبل لا يستخلف فيستضر والضرر لا يزال بالضرر. ولا يلزمه بذل فضل الماء للزرع، لأن الزرع لا حرمة له في نفسه، والماشية لها حرمة في نفسها، ولهذا لو كان الزرع له لم يلزمه سقيه ولو كانت الماشية له لزمه سقيها. وإن لم يفضل الماء عن حاجته لم يلزمه بذله، لأن النبي ﷺ علق الوعيد على منع الفضل، ولأن ما لا يفضل عن حاجته يستضر ببذله، والضرر لا يزال بالضرر].

**الشرح:** حديث إياس بن عبد عند أهل السنن وصححه الترمذي<sup>(١)</sup>، وقال أبو الفتح القشيري: هو على شرط الشيخين، وقد رواه مسلم في صحيحه من حديث جابر مرفوعاً<sup>(٢)</sup>. أما حديث أبي هريرة فقد وجدته عند الشيخين بلفظ: «لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلاً»<sup>(٣)</sup>، وأما اللفظ الذي ساقه المصنف معزواً إلى أبي هريرة فإني وجدته عند أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ولفظه: «من منع فضل مائه أو فضل كلته منع الله

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (٣/٥٧١) وقال: حسن صحيح وكذا أبو داود (٣/٧٥١) والنسائي (٧/٣٠٧) فيه وابن ماجه في الرهون (٢/٨٢٨) من حديث إياس بن عبد، وورد عند المصنف والشارح إياس بن عمرو فصحتها من السنن، وصححه أيضاً الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٩٦٩.

(٢) أخرجه مسلم في المساقاة (١٠/٢٢٨) والنسائي (٧/٣٠٧) وابن ماجه (٢/٨٢٨).

(٣) أخرجه البخاري في الحرث والمزارعة (٥/٣١) ومسلم (١٠/٢٣٠).

عز وجل فضله يوم القيامة» وفي إسناده محمد بن راشد الخزاعي وهو ثقة وقد ضعفه، قال ابن حجر: صدوق يهيم ورمي بالقدر<sup>(١)</sup>.

وقوله فضل الماء المراد به ما زاد على الحاجة، ويؤيد ذلك ما أخرجه أحمد من حديث أبي هريرة بلفظ: «ولا يمنع فضل ماء بعد أن يستغني عنه»<sup>(٢)</sup>.

قال ابن حجر في فتح الباري: وهو محمول عند الجمهور على ماء البئر المحفورة في الأرض المملوكة، وكذلك في الموات إذا كان بقصد التملك، والصحيح عند الشافعية ونص عليه في القديم وحرملة: أن الحافر يملك ماءها، وأما البئر المحفورة في الموات لقصد الارتفاق لا التملك فإن الحافر لا يملك ماءها بل يكون أحق به إلى أن يرتحل، وفي الصورتين يجب عليه بذل ما يفضل عن حاجته، والمراد حاجة نفسه وعياله وزرعه وماشيته، هذا هو الصحيح عند الشافعية، وخص المالكية هذا الحكم بالموات، وقالوا في البئر التي في الملك: لا يجب عليه بذل فضلها. وأما الماء المحرز في

---

(١) حديث أبي هريرة أخرجه الشافعي في الأم تحت عنوان: تشديد أن لا يحمي أحد على أحد (٤/٥٠) ولفظه: «من منع فضول الماء ليمنع به الكلاً منعه الله فضل رحمته يوم القيامة»، وقال الحافظ في التلخيص بعد أن ساق الحديث بلفظ الشافعي (٣/٧٦): وهو متفق عليه بلفظ: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلاً»، زاد ابن حبان في صحيحه: «فيهزل المال وتجوع العيال»، قال البيهقي: هذا هو الصحيح بهذا اللفظ وكذا رواه الزعفراني عن الشافعي، وأما اللفظ المذكور أولاً فهو مما لم يقرأ على الشافعي، وحمله الربيع على الوهم، ولو قرئ على الشافعي لغيره إن شاء الله، ثم قال: وهذا اللفظ في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وروي من وجه آخر ضعيف عن أبي هريرة ومن مرسل الحسن، ويشبه أن يكون الشافعي ذكر بعض هذه الأسانيد فأدخل الكاتب حديثاً في حديث انتهى وحديث عمرو بن شعيب رواه أحمد وفي إسناده ليث بن أبي سليم، ورواه الطبراني في الصغير من حديث الأعمش عن عمرو بن شعيب وقال: لم يرو الأعمش عن عمرو بن شعيب، ورواه في الكبير من حديث وائلة بلفظ آخر وإسناده ضعيف انتهى كلام الحافظ. قلت: حديث عمرو بن شعيب المشار إليه أخرجه أحمد (٢/١٧٩) وفي سنده ليث بن أبي سليم وليس محمد بن راشد الخزاعي كما قال الشارح.

(٢) أخرجه أحمد (٢/٥٠٦).

الاناء فلا يجب بذل فضله لغير المضطر على الصحيح. قوله: «فضل الماء» فيه جواز بيع الماء، لأن المنهي عنه منع الفضل لا منع الأصل، وفيه أن محل النهي ما إذا لم يجد المأمور بالبذل له ماء غيره، والمراد تمكين أصحاب الماشية من الماء ولم يقل أحد أنه يجب على صاحب الماء مباشرة سقي ماشية غيره مع قدرة المالك. وقوله: «ليمنع به الكلاً» هو النبات رطبه ويابس، والمعنى أن يكون حول البئر كلاً ليس عنده ماء غيره ولا يمكن أصحاب المواشي رعيه إلا إذا تمكنوا من سقي بهائمهم من تلك البئر لئلا يتضرروا بالعطش بعد الرعي فيستلزم منعهم من الماء منعهم من الرعي، وإلى هذا التفسير ذهب الجمهور، وعلى هذا يختص البذل بمن له ماشية ويلتحق به الرعاة إذا احتاجوا إلى الشرب لأنهم إذا منعوا من الشرب امتنعوا من الرعي هناك. ويلتحق بذلك الزرع عند مالك، والصحيح عند الشافعية وبه قال الحنفية: الاختصاص بالماشية، وفرق الشافعي فيما حكاه المزني عنه بين المواشي والزرع بأن الماشية ذات أرواح يخشى من عطشها موتها بخلاف الزرع، وبهذا أجاب النووي وغيره<sup>(١)</sup>.

قال المصنّف رحمه الله: [وأما المباح فهو الماء الذي ينبع في الموات فهو مشترك بين الناس لقوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاثة الماء والنار والكلاً»، فمن سبق منهم إلى شيء منه كان أحق به، لقوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به». فإن أراد أن يسقي منه أرضاً، فإن كان نهراً عظيماً كالنيل والفرات وما أشبههما من الأودية العظيمة، جاز أن يسقي منه ما شاء ومتى شاء، لأنه لا ضرر فيه على أحد. وإن كان نهراً صغيراً لا يمكن سقي الأرض منه إلا أن يحبس، فإن كانت الأرض متساوية بدأ من أول النهر، فيحبس الماء حتى يسقي أرضه إلى أن يبلغ الماء إلى الكعب، ثم يرسله إلى من يليه، وعلى هذا إلى أن تنتهي الأراضي، لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن النبي ﷺ قضى في شرب نهر من سيل أن للأعلى أن يشرب قبل الأسفل ويجعل الماء فيه إلى الكعب، ثم يرسله

(١) الفتح (٥/٣٢) ومنه نقلته لتحريف ورد في المطبوعة.

إلى الأسفل الذي يليه كذلك حتى تنتهي الأرضون، وروى عبد الله بن الزبير أن الزبير ورجلاً من الأنصار تنازعا في شراج الحرة التي يسقى بها النخل، فقال الأنصاري للزبير: سرح الماء، فأبى الزبير، فاختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ للزبير: «اسق أرضك ثم أرسل الماء إلى أرض جارك»، فقال الأنصاري: أن كان ابن عمك يا رسول الله؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ فقال: «يا زبير اسق أرضك واحبس الماء إلى أن يبلغ الجدر».

وإن كانت الأرض بعضها أعلى من بعض ولا يقف الماء في الأرض العالية إلى الكعب حتى يقف في الأرض المستفلة إلى الوسط، فيسقي المستفلة حتى يبلغ الماء إلى الكعب، ثم يسدها ويسقي العالية حتى يبلغ الكعب. فإن أحيا جماعة أرضاً على هذا النهر وسقوا منه، ثم جاء رجل فأحيا أرضاً في أعلاه إذا سقى أرضه استضر أهل النهر، منع من ذلك، لأن من ملك أرضاً ملكها بمرافقتها، والنهر من مرافق أرضهم فلا يجوز مضايقتهم فيه].

**الشرح:** حديث «الناس شركاء» رواه أحمد وأبو داود عن أبي خداش عن بعض أصحاب النبي ﷺ<sup>(١)</sup>، قال ابن حجر في بلوغ المرام: ورجاله ثقات. ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه: «وئمنه حرام»<sup>(٢)</sup>، وفي إسناده عبد الله بن خراش وهو متروك، وقد صححه ابن السكن، ويشهد له رواية أبي خداش ورواية أبي هريرة عند ابن ماجه وعبد الله بن أحمد أن النبي ﷺ قال: «لا يمنع الماء والنار والكلأ»<sup>(٣)</sup>. وأما حديث «من

(١) أخرجه أبو داود في البيوع (٧٥٠ - ٣/٧٥١) وأحمد (٥/٣٦٤)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٩٦٨، وورد في المطبوعة أبو خراش بالراء فصحته إلى أبي خداش بالدال من سنن أبي داود.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الرهون (٢/٨٢٦)، وصححه الألباني دون قوله: «وئمنه حرام» في صحيح ابن ماجه برقم (٢٠٠٤).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢/٨٢٦) بلفظ: «ثلاث لا يمنعن: الماء والكلأ والنار»، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ٢٠٠٥.

سبق...» فقد مر تخريجه. وحديث عبادة بن الصامت رواه ابن ماجه وعبد الله بن أحمد والبيهقي والطبراني وفيها انقطاع بلفظ «أن النبي ﷺ قضى في شرب النخل من السيل أن الأعلى فالأعلى يشرب قبل الأسفل ويترك الماء إلى الكعبين ثم يرسل الماء إلى الأسفل الذي يليه وكذلك حتى تنقضي الحوائط أو يفنى الماء»<sup>(١)</sup>

أما حديث الزبير فقد رواه أصحاب الكتب الستة<sup>(٢)</sup>، وللبخاري في رواية قال: خاصم الزبير رجلاً - وذكر نحوه - وزاد فيه: «فاستوعى رسول الله ﷺ حينئذ للزبير حقه وكان قبل ذلك قد أشار على الزبير برأي فيه سعة له وللأنصاري فلما أحفظ الأنصاري رسول الله ﷺ استوعى للزبير حقه في صريح الحكم»<sup>(٣)</sup>. قال أبو عبيد: الشراج جمع شرح، والشرح: نهر صغير، والحرّة: أرض ملتبسة بحجارة بركانية سود. والجدرة: الجدار. وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن اشترك جماعة في استنباط عين اشتركوا في مائها، فإن دخلوا على أن يتساووا، تساووا في الإنفاق، وإن دخلوا على أن يتفاضلوا تفاضلوا في الإنفاق، ويكون الماء بينهم على قدر النفقة، لأنهم استفادوا ذلك بالإنفاق فكان حقهم على قدره. فإن أرادوا سقي أراضيهم بالمهاياة يوماً يوماً جاز. وإن أرادوا قسمة الماء نصبوا خشبة مستوية قبل الأراضي وتفتح فيها كوى على قدر حقوقهم، فتخرج حصة كل واحد منهم إلى أرضه. فإن أراد أحدهم أن يأخذ حقه من الماء قبل المقسم في ساقية

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/٨٣٠) والبيهقي (٦/١٥٤)، وصححه الألباني بما قبله في صحيح ابن ماجه برقم (٢٠١٤).

(٢) أخرجه البخاري في المساقاة: باب سكر الأنهار (٥/٣٤) ومسلم في الفضائل: باب وجوب اتباعه ﷺ (١٠٧ - ١٥/١٠٨) وأبو داود في الأقضية (٥١ - ٤/٥٢) والترمذي في الأحكام (٣/٦٤٤) والنسائي في آداب القضاة (٨/٢٤٥) وابن ماجه في المقدمة (٧ - ١/٨).

(٣) أخرجه البخاري في التفسير: باب ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ (٨/٢٥٤).

يحفرها إلى أرضه منع من ذلك، لأن حريم النهر مشترك بينهم، فلا يجوز لواحد منهم أن يحفر فيه. فإن أراد أن ينصب رحاً قبل المقسم ويديرها بالماء منع من ذلك، لأنه يتصرف في حريم مشترك. فإن أراد أن يأخذ الماء ويسقي به أرضاً أخرى ليس لها رسم بشرب من هذا النهر منع منه، لأنه يجعل لنفسه شرباً لم يكن له، كما لا يجوز لمن له داران متلاصقان في دربين أن يفتح من أحدهما باباً إلى الأخرى فيجعل لنفسه طريقاً لم يكن له. والله أعلم].

**الشرح:** قوله بالمهاياة أي بالمناوبة. وقوله كوى جمع كوة وهي: الثقب في الحائط.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.





قال المصنّف رحمه الله تعالى :

## كتاب اللقطة

[إذا وجد الحر الرشيد لقطّة يمكن حفظها وتعريفها كالذهب والفضة والجواهر والثياب، فإن كان ذلك في غير الحرم جاز التقاطه للتملك، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «ما كان منها في طريق مئتا فعرّفها حولاً، فإن جاء صاحبها وإلا فهي لك، وما كان منها في خراب ففيها وفي الرّكاز الخمس». وله أن يلتقطها للحفظ على صاحبها لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾<sup>(١)</sup>، ولما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه». وإن كانت في الحرم لم يجوز أن يأخذها إلا للحفظ على صاحبها. ومن أصحابنا من قال: يجوز التقاطها للتملك، لأنها أرض مباحة فجاز أخذ لقطتها للتملك كغير الحرم. والمذهب: الأول، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السموات والأرض فهو حرام إلى يوم القيامة لم يحل لأحد قبلي ولا يحل لأحد بعدي ولم يحل لي إلا ساعة من نهار، وهو حرام إلى يوم القيامة لا ينفر صيدها ولا يعضد شجرها ولا تلتقط لقطتها إلا لمعرّف». ويلزمه المقام للتعريف، وإن لم يمكنه المقام دفعها إلى الحاكم ليعرفها من سهم المصالح.

فصل وهل يجب أخذها؟ روى المزني أنه قال: لا أحب تركها. وقال

(١) المائدة: ٢.

في الأم: لا يجوز تركها. فمن أصحابنا من قال: فيه قولان أحدهما: لا يجب، لأنها أمانة فلم يجب أخذها كالوديعة. والثاني: يجب، لما روى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه» ولو خاف على نفسه لوجب حفظها فكذلك إذا خاف على ماله.

وقال أبو العباس وأبو إسحاق وغيرهما: إن كانت في موضع لا يخاف عليها لأمانة أهله لم يجب عليه لأن غيره يقوم مقامه في حفظها، وإن كان موضع يخاف عليها لقلة أمانة أهله وجب لأن غيره لا يقوم مقامه فتعين عليه، وحمل القولين على هذين الحالين. فإن تركها ولم يأخذها لم يضمن، لأن المال إنما يضمن باليد أو بالإتلاف ولم يوجد شيء من ذلك، ولهذا لا يضمن الوديعة إذا ترك أخذها فكذلك اللقطة.

**فصل** وإن أخذها اثنان كانت بينهما كما لو أخذنا صيداً كان بينهما. فإن أخذها واحد وضاعت منه ووجدتها غيره وجب عليه ردها إلى الأول، لأنه سبق إليها فقدم كما لو سبق إلى موات فتحجره].

**الشرح:** حديث عبد الله بن عمرو مضى للنووي تخريجه في زكاة الركاز<sup>(١)</sup>. وحديث: «من كشف عن مسلم كربة» سبق في غير موضع. وحديث ابن عباس مضى في الحج. وحديث ابن مسعود مضى في البيوع في غير موضع<sup>(٢)</sup>.

أما لغات الفصل فإن اللقطة بفتح القاف اسم للملتقط، قال الخليل بن أحمد: لأن ما جاء على فعلة فهو اسم للفاعل كقولهم همزة ولمزة، واللقطة بسكون القاف: المال الملقوط، وقال الأصمعي وابن الأعرابي والفراء: هي بفتح القاف اسم للمال الملقوط أيضاً. وتعريفها عند الفقهاء: المال الضائع من ربه يلتقطه غيره. وقوله: «مئتاء» أي مسلوك، مفعول من الاتيان.

(١) أخرجه أبو داود في اللقطة (٣٣٥ - ٢/٣٣٦)، وحسنه الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٥٠٤، وورد فيه: «... ما كان منها في طريق المئتاء...» بالياء.

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/٢٦).

أما الأحكام فإن اللقطة إذا وجدت بمضيعة وأمن نفسه عليها أخذها، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه. وقال أحمد رضي الله عنه: الأفضل ترك الالتقاط، وروى معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر. وقال الشافعي: أنه يجب أخذها لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾<sup>(١)</sup> فإن كان وليه وجب عليه حفظ ماله. وقال ابن قدامة من الحنابلة في المغني: ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما مخالفاً في الصحابة، ولأنه تعريض لنفسه لأكل الحرام وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الأمانة فيها فكان تركه أولى وأسلم كولاية مال اليتيم وتخلييل الخمر.

فإذا ثبت هذا فإن اللقطة والضوال مختلفات في الجنس والحكم، فالضوال الحيوان لأنه يضل بنفسه، واللقطة غير الحيوان سميت بذلك لالتقاط واجدها لها، ولها حالتان إحدهما: أن توجد في أرض مملوكة، فلا يجوز لواجدها التعرض لأخذها وهي في الظاهر لمالك الأرض إن ادعاها.

والحال الثانية: أن توجد في أرض غير مملوكة من مسجد أو طريق أو موات فلا يخلو ذلك من أحد أمرين: إما أن يكون بمكة أو بغير مكة. فإن كان بغير مكة من سائر البلاد فعلى ضربين: ظاهر ومدفون.

فإن كان ظاهراً فعلى ضربين أحدهما: ما لا يبقى كالطعام الرطب فله حكم نذكره فيما بعد. والثاني: أن يكون مما يبقى كالدراهم والدينانير والثياب فهذه هي اللقطة التي قال فيها رسول الله ﷺ في حديث زيد بن خالد قال: سئل رسول الله ﷺ عن اللقطة الذهب والورق فقال: «اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدأها إليه»<sup>(٢)</sup> فعليه أن يقوم بشروط تعريفها ثم له بعد الحول إن لم يأت صاحبها أن يتملكها.

(١) التوبة: ٧١.

(٢) أخرجه البخاري في اللقطة (٥/٨٣) وكذا مسلم فيه (١٢/٢٥) واللفظ لمسلم. وسيأتي تخريجه عند أهل السنن قريباً باذن الله تعالى.

وإن كان مدفوناً فضربان: جاهلي وإسلامي. فإن كان إسلامياً فلقطة أيضاً وهي على ما ذكرنا. وإن كان جاهلياً فهو ركاز يملكه واجده وعليه إخراج خمسة في مصرف الزكوات للحديث «وفي الركاز الخمس».

وإن كانت اللقطة بمكة فمذهب الشافعي رضي الله عنه أنه ليس لواجدها أن يملكها وعليه إن أخذها أن يقيم بتعريفها أبداً بخلاف سائر البلاد، لقوله ﷺ في مكة: «ولا تحل لقطتها إلا لمنشد» والمنشد هو المعرف.

فرع إذا ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير تفريط فلا ضمان عليه، لأنها أمانة في يده فأشبهت الوديعة. فإن التقطها آخر فعرف أنها ضاعت من الأول فعليه ردها إليه، لأنه قد ثبت له حق التمول وولاية التعريف والحفظ فلا يزول ذلك بالضياح. فإن لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولاً ملكها، لأن سبب الملك وجد منه من غير عدوان فثبت الملك به كالأول. ولا يملك الأول انتزاعها، لأن الملك مقدم على حق التملك. وإذا جاء صاحبها فله أخذها من الثاني وليس له مطالبة الأول لأنه لم يفرط.

قال المصنف رحمه الله: [وإذا أخذها عرف عفاصها وهو الوعاء الذي تكون فيه، ووكاءها وهو الذي تشد به، وجنسها وقدرها، لما روى زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «اعرف عفاصها ووكاءها وعرفها سنة فإن جاء من يعرفها وإلا فاخلطها بمالك» فنص على العفاص والوكاء وقسنا عليهما الجنس والقدر. ولأنه إذا عرف هذه الأشياء لم تختلط بماله وتعرف به صدق من يدعيها. وهل يلزمه أن يشهد عليها وعلى اللقيط؟ فيه ثلاثة أوجه أحدها: لا يجب، لأنه دخول في أمانة فلم يجب الإشهاد عليه كقبول الوديعة. والثاني: يجب، لما روى عياض بن حمار رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من التقط لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب»، ولأنه إذا لم يشهد لم يؤمن أن يموت فتضيع اللقطة أو يسترق اللقيط. والثالث: أنه لا يجب على اللقطة، لأنه اكتساب مال فلم يجب الإشهاد عليه كالبيع، ويجب على اللقيط لأنه يحفظ به النسب فوجب الإشهاد عليه كالنكاح.

وإن أخذها وأراد الحفظ على صاحبها لم يلزمه التعريف، لأن التعريف للتملك. فإذا لم يرد التملك، لم يجب التعريف. فإذا أراد أن يتملكها نظرت: فإن كان مالاً له قدر يرجع من ضاع منه في طلبه، لزمه أن يعرفه سنة لحديث عبد الله بن عمرو، وحديث زيد بن خالد، وهل يجوز تعريفها سنة متفرقة؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز، ومتى قطع استأنف لأنه إذا قطع لم يظهر أمرها ولم يظهر طالبها. والثاني: يجوز لأن اسم السنة يقع عليها، ولهذا لو نذر صوم سنة، جاز أن يصوم سنة متفرقة. ويجب أن يكون التعريف في أوقات اجتماع الناس، كأوقات الصلوات وغيرها، وفي المواضع التي يجتمع الناس فيها كالأسواق وأبواب المساجد، لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك. ويكثر منه في الموضع الذي وجدها فيه، لأن من ضاع منه شيء يطلبه في الموضع الذي ضاع فيه. ولا يعرفها في المساجد لما روى جابر، قال: سمع رسول الله ﷺ رجلاً ينشد ضالة في المسجد فقال له النبي ﷺ: «لا وجدت» وذلك لأنه كان يكره أن ترفع فيه الأصوات. ويقول: من ضاع منه شيء أو من ضاع منه دنائير ولا يزيد عليها حتى لا يضبطها رجل فيدعيها. فإن ذكر النوع والقدر والعفاس والوكاء ففيه وجهان: أحدهما: لا يضمن لأن بمجرد الصفة لا يجب الدفع. والثاني: يضمن لأنه لا يؤمن أن يحفظ ذلك رجل ثم يرافعه إلى من يوجب الدفع بالصفة. فإن لم يوجد من يتطوع بالنداء، كانت الأجرة على الملتقط لأنه يتملك به.

وإن كانت اللقطة مما لا يطلب كالتمر واللقمة، لم تعرف لما روى أنس قال: مر رسول الله ﷺ على تمر في الطريق مطروحة فقال: «لولا أن أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها» وإن كان مما يطلب إلا أنه قليل ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: يعرف القليل والكثير سنة، وهو ظاهر النص لعموم الأخبار. والثاني: لا يعرف الدينار لما روي: أن علياً كرم الله وجهه وجد ديناراً فعرفه ثلاثاً فقال له النبي ﷺ: «كله أو شانك به». والثالث: يعرف ما يقطع فيه السارق، ولا يعرف ما دونه لأنه تافه، ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها: «ما كانت اليد تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه».

**الشرح:** حديث زيد بن خالد الجهني رواه البخاري ومسلم وأحمد<sup>(١)</sup>. وحديث عياض بن حمار رواه أحمد وابن ماجه وأبو داود والنسائي وابن حبان وصححه ابن الجارود وابن حبان<sup>(٢)</sup>. أما حديث جابر فقد مضى تخريجه في كتاب الصلاة<sup>(٣)</sup>. وأما حديث أنس فقد أخرجه الشيخان<sup>(٤)</sup>. أما حديث علي فقد رواه أبو داود عن أبي سعيد الخدري أن علي بن أبي طالب وجد ديناراً فأتى به فاطمة فسألت عنه رسول الله ﷺ فقال: هو رزق الله فأكل منه رسول الله ﷺ وأكل علي وفاطمة فلما كان بعد ذلك أتته امرأة تشد الدينار فقال رسول الله ﷺ: «يا علي الدينار»<sup>(٥)</sup>، وروى هذا الحديث الشافعي عن الدراوردي عن شريك بن أبي نمر عن عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري وزاد أنه أمره أن يعرفه، ورواه عبدالرزاق من هذا الوجه وزاد «فجعل أجل الدينار وشبهه ثلاثة أيام» وفي إسناد هذه الزيادة أبو بكر بن أبي سبرة وهو ضعيف جداً<sup>(٦)</sup>. وقد أعل البيهقي هذه الروايات لاضطرابها ولمعارضتها لأحاديث اشتراط السنة في التعريف لأنها أصح، قال: ويحتمل أن يكون إنما أباح له الأكل قبل التعريف للاضطراب<sup>(٧)</sup>. وأما خبر عائشة فقد رواه الشيخان وأحمد وسيأتي في الحدود إن شاء الله تعالى.

وأما لغات الفصل فالعفاص بكسر العين وتخفيف الفاء وهو الوعاء الذي تكون فيه النفقة جلدًا أو غيره أخذًا من العفص وهو الثني لانتنائه على

(١) أخرجه البخاري في اللقطة (٥/٨٠) وكذا مسلم (١٢/٢٥) وأبو داود (٢/٣٣٢ - ٣٣١) وابن ماجه (٨٣٦ - ٢/٨٣٧) فيه والترمذي في الأحكام (٣/٦٥٦ - ٦٥٥) وأحمد (٤/١١٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/٣٣٥) وابن ماجه (٢/٨٣٧)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٥٠٣.

(٣) أخرجه مسلم في المساجد (٥/٥٤).

(٤) أخرجه البخاري (٥/٨٦) ومسلم في الزكاة (٧/١٧٧) وكذا أبو داود (٢/٢٣٠ - ٢٩٩) فيه.

(٥) أخرجه أبو داود (٢/٣٣٧)، وحسنه الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٥٠٨.

(٦) أخرجه عبدالرزاق برقم ١٨٦٣٧، وانظر التلخيص الحبير (٣/٨٧).

(٧) التلخيص (٣/٨٧) والبيهقي (٦/١٩٤).

ما فيه، والعفاص أيضاً الجلد الذي يكون على رأس القارورة، وأما الذي يدخل فم القارورة من جلد أو غيره فهو الصمام بكسر الصاد، فحيث ذكر العفاص مع الوعاء فالمراد الثاني، وحيث لم يذكر العفاص مع الوعاء فالمراد به الأول، أفاده في فتح الباري<sup>(١)</sup>.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

فرع رويانا عن أحمد وأبي داود عن جابر بن عبد الله قال: «رخص رسول الله ﷺ في العصا والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به»<sup>(٢)</sup> وفي إسناده المغيرة بن زياد، قال المنذري: تكلم فيه غير واحد.

قال المصنف رحمه الله: [فإن عرفها فلم يجد صاحبها ففيه وجهان أحدهما: تدخل في ملكه بالتعريف لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال: «فإن جاء صاحبها وإلا فهي لك»، ولأنه كسب مال بفعل فلم يعتبر فيه اختيار التملك كالصيد. والثاني: أنه يملكه باختيار التملك، لما روي في حديث زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ قال: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها» فجعله إلى اختياره، ولأنه تملك ببدل فاعتبر فيه اختيار التملك كالمملك بالبيع. وحكي فيه وجهان آخران أحدهما: أنه يملك بمجرد النية. والثاني: يملكه بالتصرف. ولا وجه لواحد منهما. ولا فرق في ملكها بين الغني والفقير لقوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها» ولم يفرق لأنه ملك بعوض فاستوى فيه الغني والفقير كالمملك في القرض والبيع.

فصل فإن حضر صاحبها قبل أن يملكها نظرت: فإن كانت العين باقية وجب ردها مع الزيادة المتصلة والمنفصلة، لأنها باقية على ملكه. وإن كانت تالفة لم يلزم الملتقط ضمانها، لأنه يحفظ لصاحبها فلم يلزم ضمانها من غير تفريط كالوديعة. وإن حضر بعد ما ملكها، فإن كانت باقية وجب

(١) الفتح (٥/٨١) ومنه نقلته لتحريف ورد في المطبوعة.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/٣٣٩)، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٣٧٧.

ردها، وإن كانت تالفة وجب عليه بدلها. وقال الكرابيسي: لا يلزمه ردها ولا ضمان بدلها، لأنه مال لا يعرف له مالك فإذا ملكه لم يلزمه رده ولا ضمان بدله كالركاز. والمذهب: الأول، لما روى أبو سعيد الخدري أن علياً كرم الله وجهه وجد ديناراً فجاء صاحبه فقال النبي ﷺ: «أده» قال علي: قد أكلته، فقال النبي ﷺ: «إذا جاءنا شيء أدبناه»<sup>(١)</sup>، ويخالف الركاز فإنه مال لكافر لا حرمة له وهذا مال مسلم، ولهذا لا يلزمه تعريف الركاز ويلزمه تعريف اللقطة.

فإن كانت العين باقية، فقال الملتقط: أنا أعطيك البدل، لم يجبر المالك على قبوله، لأنه يمكنه الرجوع إلى عين ماله فلا يجبر على قبول البدل. وإن حضر وقد باعها الملتقط وبينهما خيار، ففيه وجهان أحدهما: يفسخ البيع ويأخذ، لأنه يستحق العين والعين باقية. والثاني: لا يجوز له أن يفسخ، لأن الفسخ حق للعاقد فلا يجوز لغيره من غير إذنه. وإن حضر وقد زادت العين، فإن كانت زيادة متصلة رجع فيها مع الزيادة، وإن كانت زيادة منفصلة رجع فيها دون الزيادة، لأنه فسخ ملك فاختلفت فيه الزيادة المتصلة والمنفصلة كالرد بالعيب].

**الشرح:** الأحاديث المذكورة في هذا الفصل سبق استيفاء الكلام عليها في الفصل السابق.

وأما الأحكام فقد قال الشافعي رحمه الله تعالى: ويأكل اللقطة الغني والفقير ومن تحل له الصدقة وتحرم عليه، قد أمر رسول الله ﷺ أبي بن كعب رضي الله عنه وهو من أيسر أهل المدينة أو كأيسرهم وجد صرة فيها ثمانون ديناراً أن يأكلها، وأن علياً رضي الله عنه ذكر للنبي ﷺ أنه وجد ديناراً فأمره أن يعرفه فلم يعرفه فأمره النبي ﷺ بأكله فلما جاء صاحبه أمره بدفعه إليه، وعلي رضي الله عنه ممن تحرم عليه الصدقة لأنه من صلبية بني هاشم ولو كانت اللقطة تستباح بالفقر دون الغنى لحظرها عليه. وهذا كما قال يجوز

(١) أخرجه عبدالرزاق برقم ١٨٦٣٧، وقد سبق في ص: (٢٥١٦) تعليق رقم ٦.

لواجد اللقطة بعد تعريفها حولاً أن يملكها ويأكلها غنياً كان أو فقيراً. وقال أبو حنيفة: يجوز له ذلك إن كان فقيراً ولا يجوز له ذلك إن كان غنياً أن يملكها، ويكون مخيراً فيها بين أمرين: إما أن تكون في يده أمانة لصاحبها أبداً كالوديعة، وإما أن يتصدق بها فإن جاء صاحبها وأمضى صدقته فله ثوابها ولا غرم على الواجد، وإن لم يمض الصدقة فثوابها للواجد وعليه غرمها. استدلالاً بما رواه عن النبي ﷺ أنه قال: «فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها»<sup>(١)</sup>. وهو حديث في إسناده عمر بن عبد الله بن يعلى<sup>(٢)</sup>.

وقد اختلف العلماء فيما إذا تصرف الملتقط في اللقطة بعد تعريفها سنة ثم جاء صاحبها هل يضمنها أم لا؟ فذهب الجمهور إلى وجوب الرد إن كانت العين موجودة أو البديل إن كانت قد استهلكت. وخالف في ذلك الكرابيسي صاحب الشافعي ووافقه صاحبه البخاري وداود الظاهري، لكن وافق داود الجمهور إذا كانت العين قائمة.

ومن أدلة الجمهور مما تقدم من الأحاديث: «ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه»<sup>(٣)</sup>.  
وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

(١) أخرجه الدارقطني (٤/١٨٢) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ وسئل عن اللقطة فقال: «لا تحل اللقطة، من التقط شيئاً فليعرفه سنة فإن جاء صاحبها فليردها إليه وإن لم يأت صاحبها فليصدق بها، وإن جاءه فليخيره بين الأجر وبين الذي له» وقد ذكره الهيثمي في المجمع وقال (٤/١٦٨): رواه الطبراني في الصغير والأوسط وفيه يوسف بن خالد السمطي وهو كذاب. قلت: وما ساقه الشارح من كلام الشافعي وما بعده هو من كلام الماوردي في الحاوي (٨/٩).

(٢) ليس في إسناده الحديث راو بهذا الاسم.

(٣) ولم يذكر الشارح رحمه الله دليل الكرابيسي، وقد ذكره الماوردي في الحاوي فقال (٨/١٦): وقال الكرابيسي إذا تملك الواجد اللقطة فلا غرم عليه لصاحبها ولكن له الرجوع بها بعد التملك إن كانت باقية بعينها. استدلالاً بأن النبي ﷺ قال: «فإن جاء صاحبها وإلا فشتأنك بها» وروي: «وإلا فهي لك» فلم يجعل عليه بدلاً، ولأنه تملك كالركاز فلما ملك الركاز بغير بدل ملك اللقطة أيضاً بغير بدل. وهذا قول خالف فيه نص الشافعي وجمهور الفقهاء، لأن النبي ﷺ أمر عبداً عليه السلام بالغرْم فلما أعسر غرّمه عنه، ولأن مقصود اللقطة حفظها على مالكها وفي إسقاط الغرم استهلاك لها، =

**قال المصنّف رحمه الله:** [وإن جاء من يدعيها ووصفها، فإن غلب على ظنه أنها له، جاز له أن يدفع إليه، ولا يلزمه الدفع لأنه مال للغير فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة. فإن دفع إليه بالوصف ثم جاء غيره وأقام البيّنة أنها له، قضى بالبيّنة لأنها حجة توجب الدفع، فقدمت على الوصف. فإن كانت باقية، ردت على صاحب البيّنة، وإن كانت تالفة فله أن يضمن الملتقط، لأنه دفع ماله بغير حق. وله أن يضمن الآخذ لأنه أخذ ماله بغير حق، فإن ضمن الآخذ، لم يرجع على الملتقط، لأنه إن كان مستحقاً عليه فقد دفع ما وجب عليه، فلم يرجع، وإن كان مظلوماً، لم يجز أن يرجع على غير من ظلمه.

وإن ضمن الملتقط نظرت: فإن كان قد أقر للآخذ بالملك بأن قال: هي لك، لم يرجع عليه لأنه اعترف أنه أخذ ماله، وأن صاحب البيّنة ظلمه، فلا يرجع على من لم يظلمه. وإن لم يقر له ولكنه قال: يغلب على ظني أنها لك، فله الرجوع لأنه بان أنه لم يكن له، وقد تلف في يده، فاستقر الضمان عليه].

**الشرح:** إذا ادعى رجل لقطعة في يد واجدها، فإن أقام البيّنة العادلة على ملكها، بأن أتى بشاهدين أو شاهد وامرأتين أو شاهد ويمين، وجب تسليمها. وإن لم يقم بيّنة لكن وصفها، فإن أخطأ في صفتها لم يجز دفعها إليه، وإن أصاب في جميع صفاتها، فإن لم يقع في نفسه صدقه لم يدفعها إليه، وإن وقع في نفسه أنه صادق جاز دفعها إليه ولا يجب، فإن امتنع من الدفع لم يجبر عليه، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك وأحمد: يجبر على دفعها إليه بالصفة استدلالاً بقوله ﷺ: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء طالبها فادفعها إليه» فلما أخبر بمعرفة العفاص والوكاء دل على أنه كالبيّنة في الاستحقاق. وروى سويد بن غفلة أن النبي ﷺ قال: «فإن

---

= ولأن ملك المسلم لا يستباح من غير اختياره إلا ببذل كأكل مال الغير. فأما الركاز فليس المقصود به حفظه على مالكة ولذلك سقط تعريفه وصار كسباً محضاً لذلك وجب خمسه فافترقا.

جاء باغيها فعرفك عفاصها ووكاءها فادفعها إليه»<sup>(١)</sup> وهذا نص .

فإذا ثبت أن دفعها بالصفة لا يجب فدفعها بالصفة وسعه ذلك إذا لم يقع في نفسه كذبه . فإن أقام غيره البينة عليها كان أحق بها من الآخذ لها بالصفة . فإن كانت باقية في يد الواصف انتزعت منه لمقيم البينة ، وإن كان قد استهلكها فلصاحب البينة الخيار في الرجوع بغرمها على من شاء من الدافع الملتقط أو الآخذ الواصف . فإن رجع بها على الآخذ لها بالصفة فقد برىء الدافع لها من الضمان لوصول الغرم إلى مستحقه . وإن رجع مقيم البينة بغرمها على الدافع الملتقط نظر في الدافع : فإن كان قد صدق الواصف لها على ملكها وأكذب الشهود لصاحب البينة عليها فليس له الرجوع بغرمها على الآخذ لها بالصفة لأنه مقر أنه مظلوم بالآخذ منه ، وإن لم يكن صدق الواصف ولا أكذب الشهود فله الرجوع بالغرم على الآخذ لها بالصفة<sup>(٢)</sup> .

**قال المصنّف رحمه الله:** [وإن وجد ضالة لم يخل: أما أن تكون في برية، أو بلد. فإن كانت في برية نظرت: فإن كانت مما يمتنع على صغار السباع بقوته: كالإبل، والبقر، والخيول، والبغال، والحمير، أو بعد أثره لسرعته: كالطباء والأرانب، أو بجناحه: كالحمام، والدراج، لم يجز التقاطه للتملك لما روى زيد بن خالد الجهني قال: سئل رسول الله ﷺ عن ضالة الإبل فغضب واحمرت عيناه وقال: «ما لك ولها، معها الحذاء والسقاء تأكل من الشجر وترد الماء حتى يأتي ربها» وسئل عن ضالة الغنم فقال: «خذها هي لك أو لأخيك أو للذئب». وهل يجوز أخذها للحفظ؟ ينظر فيه: فإن

---

(١) أخرجه أبو داود في اللقطة (٢/٣٣٠)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٤٩٤ .

(٢) الذي يترجح عندي أن الملتقط إذا دفع اللقطة إلى من وصفها له بدقة فقد أدى ما عليه وبرئت منها عهده، فإن جاء بعد ذلك من أقام عليها البينة فله أن يرجع على الآخذ لها بالوصف، وليس له أن يرجع على الملتقط الدافع بشيء، لأن الدفع في حقه إما واجب وإما جائز، فكيف نغرمه على فعل أجزناه له أو أوجبناه عليه؟ ثم إن الملتقط أمين على ما في يده، واللقطة حكمها حكم الوديعة كما وردت تسميتها بذلك في رواية مسلم، وليس على الأمين ضمان إذا لم يفرض في حفظ الوديعة والله أعلم .

كان الواجد هو السلطان جاز، لأن للسلطان ولاية في حفظ أموال المسلمين، ولهذا روي أنه كان لعمر حظيرة يجمع فيها الضوال. فإن كان له حمى تركها في الحمى وأشهد عليها ويسمها بسمه الضوال لتمييز عن غيرها من الأموال. وإن لم يكن له حمى، فإن كان يطمع في مجيء صاحبها بأن يعرف أنها من نعم قوم يعرفهم، حفظها اليومين والثلاثة. وإن لم يعرف أو عرف ولم يجيء صاحبها، باعها وحفظ ثمنها لأنه إذا تركها احتاجت إلى نفقة، وفي ذلك إضرار. وإن كان الواجد لها من الرعية ففيه وجهان أحدهما: يجوز لأنه يأخذها للحفظ على صاحبها فجاز كالسلطان. والثاني: لا يجوز لأنه لا ولاية له على صاحبها بخلاف السلطان. فإن أخذها للتملك أو للحفظ وقلنا إنه لا يجوز، ضمنها، لأنه تعدى بأخذها فضمنها كالغاصب. وإن دفعها إلى السلطان ففيه وجهان أحدهما: لا يبرأ من الضمان لأنه لا ولاية للسلطان على رشيد. والثاني: يبرأ، وهو المذهب، لأن للسلطان ولاية على الغائب في حفظ ما يخاف عليه من ماله، ولهذا لو وجدها السلطان جاز له أخذها للحفظ على مالکها، فإذا أخذها غيره وسلمها إليه برىء من الضمان.

وإن كان مما لا يمتنع من صغار السباع كالغنم وصغار الإبل والبقر أخذها لحديث زيد بن خالد الجهني أن رسول الله ﷺ قال في ضالة الغنم: «خذها هي لك أو لأخيك أو للذئب» ولأنه إذا تركها أخذها غيره أو أكلها الذئب فكان أخذها أحوط لصاحبها. وإذا أخذها فهو بالخيار بين أن يمسكها ويتطوع بالإنفاق عليها ويعرفها حولا ثم يملكها وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويعرفها ثم يملك الثمن وبين أن يأكلها ويغرم بدلها ويعرفها، لأنه إذا لم يفعل ذلك احتاج إلى نفقة دائمة وفي ذلك إضرار بصاحبها. والإمسك أولى من البيع والأكل، لأنه يحفظ العين على صاحبها ويجري فيها على سنة الالتقاط في التعريف والتملك. والبيع أولى من الأكل، لأنه إذا أكل استباحها قبل الحول وإذا باع لم يملك الثمن إلا بعد الحول فكان البيع أشبه بأحكام اللقطة. فإن أراد البيع ولم يقدر على الحاكم باعها بنفسه، لأنه موضع ضرورة. وإن قدر على الحاكم ففيه وجهان أحدهما: لا يبيع إلا

بإذنه، لأن الحاكم له ولاية ولا ولاية للملتقط. والثاني: يبيع من غير إذنه، لأنه قد قام مقام المالك فقام مقامه في البيع. وإن أكل فهل يلزمه أن يعزل البدل مدة التعريف؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يلزمه، لأن كل حالة جاز أن يستبيح أكل اللقطة لم يلزمه عزل البدل كما بعد الحول. ولأنه إذا لم يعزل، كان البدل قرضاً في ذمته، وإذا عزله كان أمانة، والقرض أحوط من الأمانة. والثاني: يلزمه عزل البدل، لأنه أشبه بأحكام اللقطة، فإن من حكم اللقطة أن تكون أمانة قبل الحول، وقرضاً بعد الحول، فيصير البدل كاللقطة، إن شاء حفظها له، وإن شاء عرفها، ثم تملك. وإن أفلس الملتقط، كان صاحبها أحق بها من سائر الغرماء.

وإن وجد ذلك في بلد، فقد روى المزني: أن الصغار والكبار في البلد لقطة، فمن أصحابنا من قال: المذهب ما رواه المزني: «لأن النبي ﷺ إنما فرق بين الصغار والكبار في البرية» لأن الكبار لا يخاف عليها، لأنها ترد الماء وترعى الشجر وتتحفظ بنفسها، والصغار يخاف عليها لأنها لا ترد الماء والشجر فتهلك، وأما في البلد فالكبار كالصغار في الخوف عليها، فكان الجميع لقطة. ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخر: إن البلد كالبرية، فالصغار فيه لقطة، والكبار ليست بلقطة لعدم الخبر. فإن قلنا: إن البلد كالبرية، فالحكم فيه على ما ذكرناه إلا في الأكل، فله أن يأكل الصغار في البرية، وليس له أكلها في البلد، لأن في البرية إذا لم يأكل الصغار هلكت، لأنه لا يمكن بيعها؛ وفي البلد يمكن بيعها، فلم يجز الأكل.

وإن قلنا: إن الجميع في البلد لقطة، فالحكم في الكبار كالحكم في الصغار في البرية، إلا في الأكل، فإنه لا يأكل في البلد ويأكل الصغار في البرية لما ذكرناه

**فصل** وإن وجد عبداً صغيراً لا تمييز له، جاز له أن يلتقطه لأنه كالغنم يعرفه حولا ثم يملكه. وإن وجد جارية صغيرة لا تمييز لها، فإن كان لا يحل له وطؤها، جاز له أن يلتقطها للتملك، كما يجوز أن

يقترضها. وإن كانت تحل له، لم يجز أن يلتقطها للتملك كما لا يجوز أن يقترضها].

**الشرح:** حديث زيد بن خالد الجهني متفق عليه وقد مضى الكلام عليه في الفصل قبله. وقوله ﷺ فيه: «معها حداؤها» أي خفها الذي يقيها العثرات وتعتمد عليه في السعي إلى المرعى بدون أن يتجشم أحد تقديم الطعام إليها. «ومعها سقاؤها» إشارة إلى طول عنقها فتمد عنقها إلى الماء فلا تحتاج إلى من يقدمه لها.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف. ومما ذكره المصنف جواز أخذ الشاة وما لا يدفع عن نفسه وإباحة أكله ووجوب غرمه لمالكة إذا وجدته، وبهذا قال أبو حنيفة. وقال مالك وداود: هو غير مضمون عليه ويأكله أكل إباحة ولا غرم عليه في استهلاكه، استدلالاً بأن النبي ﷺ قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» ومعلوم أن ما استهلكه الذئب هدر لا يضمن، وإنما أراد بيان حكم الآخذ في سقوط الضمان.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن وجد كلب صيد، لم يجز أن ينتفع به قبل الحول، فإن عرفه حولاً ولم يجد صاحبه، جاز له أن ينتفع به، لأن الانتفاع بالكلب كالتصرف في المال، والتصرف في المال يقف على التعريف في الحول، فكذلك الانتفاع بالكلب.

**فصل** وإن وجد ما لا يبقى كالشواء والطبيخ والخيار والبطيخ، فهو بالخيار بين: أن يأكله ويغرم البدل، وبين أن يبيعه ويحفظ الثمن على ما ذكرناه في الغنم في بيعه وحفظ ثمنه وأكله وعزل بدله. وخرج المزني فيه قولاً آخر: أنه يلزمه البيع، ولا يجوز الأكل، والمذهب: الأول لأنه معرض للهلاك فخير فيه بين البيع والأكل كالغنم. وإن وجد ما لا يبقى ولكن يمكن التوصل إلى حفظه كالرطب والعنب، فإن كان الأنفع لصاحبه أن يباع يبيع، وإن كان الأنفع أن يجفف جفف. وإن احتاج إلى مؤنة في تجفيفه ولم يوجد من يتطوع، يبيع بعضه وأنفق عليه.

**فصل** وإن وجد خمراً أراقها صاحبها، لم يلزمه تعريفها، لأن إراقتها

مستحقة فلم يجز التعريف. فإن صارت عنده خلاً، ففيه وجهان: أحدهما: أنها لمن أراقها، لأنها عادت إلى الملك السابق، والملك السابق للذي أراق، فعاد إليه كما لو غصبه من رجل فصار في يده خلاً. والثاني: أنه للملتقط، لأن الأول أسقط حقه منها، فصارت في يد الثاني. ويخالف المغصوبة، لأنها أخذت بغير رضاه فوجب ردها إليه.

**فصل** فأما العبد إذا وجد لقطه ففيه قولان: أحدهما: له أن يلتقط لأنه كسب بفعل، فجاز للعبد كالاصطياد. والثاني: لا يجوز لأن الالتقاط يقتضي ولاية قبل الحول وضماناً بعد الحول، والعبد ليس من أهل الولاية ولا له ذمة يستوفى منها الحق إلى أن يعتق ويوسر. فإن قلنا: إنه يجوز أن يلتقط فالتقط فهلك في يده من غير تفريط، لم يضمن. وإن هلك بتفريط، ضمنها في رقبتة، فتباع فيها. وإن عرفها، صح تعريفه ولا يملك به، لأنه في أحد القولين: لا يملك المال، وفي الثاني: يملك إذا ملكه السيد، وههنا لم يملكه السيد. فإن قلنا: إن الملتقط يملك بالتعريف من غير اختيار التملك، دخل في ملك السيد كما يدخل في ملكه ما التقطه وعرفه. وإن قلنا: لا يملك إلا باختيار التملك، وقف على اختياره، فإن تملكها العبد وتصرف فيها ففيه وجهان: أحدهما: يضمنها في ذمته ويتبع بها إذا عتق، كما لو اقترض شيئاً. والثاني: يضمنها في رقبتة، لأنه مال لزمه بغير رضا من له الحق، فتعلق برقبتة كأرش الجنابة.

وإن علم السيد نظرت: فإن لم يكن عرفها العبد، عرفها السيد حولاً ثم تملك. وإن عرفها العبد، تملكها السيد في الحال، لأن تعريف العبد كتعريفه. فإن عرفها العبد بعض الحول، عرفها السيد ما بقي، ثم تملك. وإن أقرها في يد العبد نظرت: فإن كان العبد أميناً لم يضمن كما لا يضمن ما التقطه بنفسه وسلمه إلى عبده، وإن كان خائناً ضمنها كما لو التقطها بنفسه وسلمها إليه وهو خائن.

وإن قلنا: إنه لا يجوز أن يلتقط فالتقط، ضمنها في رقبتة، لأنه أخذ

مال غيره بغير حق فأشبهه إذا غصبه. وإن عرفها لم يصح تعريفه، لأنها ليست في يده بحكم اللقطة. فإن علم السيد نظرت: فإن أخذها صارت في يده أمانة، لأنه أخذ ما يجوز له أخذه بحكم الالتقاط، فصار كما لو وجد لقطة فالتقطها، ويبرأ العبد من الضمان لأنه دفعها إلى من يجوز الدفع إليه فبرىء من الضمان كما لو دفعها إلى الحاكم. وإن أراد أن يملك، ابتداءً التعريف ثم تملك. فإن أقرها في يد العبد ليعرفها، فإن كان أميناً لم يضمن كما لو استعان به في تعريف ما التقطه بنفسه. وإن لم يأخذها ولا أقرها في يده ولكنه أهملها، فقد روى المزني: أنه يضمنها في رقبة العبد. وروى الربيع: أنه يضمنها في ذمته ورقبة العبد.

فمن أصحابنا من قال: الصحيح ما رواه المزني: أنه يختص برقبته، لأن الذي أخذ هو العبد فاخص الضمان برقبته. فعلى هذا، إن تلف العبد سقط الضمان. وقال أبو إسحاق: الصحيح: ما رواه الربيع، وأنه يتعلق بذمة السيد ورقبة العبد، لأن العبد تعدى بالأخذ، والسيد تعدى بالترك، فاشتركا في الضمان. فعلى هذا، إن تلف العبد لم يسقط الضمان. وإن التقط العبد لقطة ولم يعلم السيد بها حتى أعتقه فعلى القولين: إن قلنا: إنه يجوز للعبد أن يلتقط، كان للسيد أن يأخذها منه، لأنه كسب له حصل له في حال الرق فكان للسيد كسائر أكسابه.

وإن قلنا: لا يجوز له أن يلتقط، لم يكن للسيد أن يأخذها منه، لأنه لم يثبت للعبد عليه يد الالتقاط. فعلى هذا، يكون العبد أحق بها لأنها في يده، وهو من أهل الالتقاط، ويحتمل أن لا يكون أحق بها، لأن يده يد ضمان، فلا تصير يد أمانة.

**فصل** وإن وجد المكاتب لقطة، فالمنصوص: أنه كالححر، واختلف أصحابنا فيه: فمنهم من قال: إنه كالححر قولاً واحداً، لأنه يملك التصرف في المال وله ذمة يستوفى منها الحق فهو كالححر. ومنهم من قال: هو كالعبد لأنه ناقص بالرق كالعبد، فيكون في التقاطه قولان: فإن قلنا: إنه كالححر، أو قلنا: إنه كالعبد وجوزنا التقاطه، صح تعريفه. فإذا عرفها،

ملكها لأنه من أهل الملك. وإذا قلنا: إنه كالعبد ولم نجوز التقاطه، صار ضامناً لأنه تعدى بالأخذ. ويجب أن يسلمها إلى السلطان لأنه لا يمكن إقرارها في يده، لأنها في يده بغير حق، ولا يمكن تسليمها إلى السيد لأنه لا حق له في أكسابه، فوجب تسليمها إلى السلطان. فإن أخذها السلطان، برىء المكاتب من الضمان، فتكون في يد السلطان أبداً إلى أن يجد صاحبها.

**فصل** وإن وجد اللقطة من نصفه حر ونصفه عبد، فالمنصوص: أنه كالحر. فمن أصحابنا من قال: هو كالحر قولاً واحداً، لأنه تملك ملكاً تاماً وله ذمة صحيحة، فهو كالحر. ومنهم من قال: هو كالعبد القن لما فيه من نقص الرق، فيكون على قولين: فإذا قلنا: إنه كالحر نظرت: فإن لم يكن بينه وبين السيد مهياًة، كانا شريكين فيها كسائر أكسابه. وإن كان بينهما مهياًة فإن قلنا: إن الكسب النادر لا يدخل في المهياًة، كانت اللقطة بينهما، لأنه بمنزلة ما لم يكن بينهما مهياًة. وإن قلنا: إن الكسب النادر يدخل في المهياًة، كانت اللقطة لمن وجدها في يومه.

**فصل** وإن وجد المحجور عليه لسفه أو جنون أو صغر لقطه، صح التقاطه لأنه كسب بفعل، فصح من المحجور عليه كالاصلطاد، وعلى الناظر في أمره أن ينتزعها منه ويعرفها، لأن اللقطة في مدة التعريف أمانة، والمحجور عليه ليس من أهل الأمانة. فإن كان ممن يجوز الاقتراض عليه تملكها له، وإن كان ممن لا يجوز الاقتراض عليه، لم يملك له، لأن التملك بالالتقاط كالتملك بالاقتراض في ضمان البدل.

**فصل** وإن وجد الفاسق لقطه، لم يأخذها لأنه لا يؤمن أن لا يؤدي الأمانة. فإن التقطها ففيه قولان: أحدهما: لا تقر في يده وهو الصحيح، لأن الملتقط قبل الحول كالولي في حق الصغير، والفاسق ليس من أهل الولاية في المال. والثاني: تقر في يده لأنه كسب بفعل، فأقر في يده كالصيد. فعلى هذا، يضم إليه من يشرف عليه، وهل يجوز أن ينفرد بالتعريف؟ فيه قولان: أحدهما: يجوز لأن التعريف لا يفتقر إلى الأمانة.

والثاني: لا يجوز حتى يكون معه من يشرف عليه، لأنه لا يؤمن أن يفرط في التعريف، فإذا عرفه ملكه، لأنه من أهل التملك.

فصل وإن التقط كافر لقطة في دار الإسلام ففيه وجهان: أحدهما: يملك بالتعريف لأنه كسب بالفعل، فاستوى فيه الكافر والمسلم كالصيد. والثاني: لا يملك، لأن تصرفه بالحفظ والتعريف بالولاية، والكافر لا ولاية له على المسلم].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.





قال المصنّف رحمه الله :

## كتاب اللقيط

[التقاط المنبوذ فرض على الكفاية، لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾<sup>(١)</sup> ولأنه تخليص آدمي له حرمة من الهلاك، فكان فرضاً كبذل الطعام للمضطر.

**فصل** وإن وجد لقيط مجهول الحال حكم بحريته، لما روى سنين أبو جميلة قال: أخذت منبوذاً على عهد عمر رضي الله عنه فذكره عريفي لعمر رضي الله عنه، فأرسل إلي فدعاني والعريف عنده، فلما رأيته قال: عسى الغوير أبوساً؟ فقال عريفي: إنه لا يتهم، فقال عمر: «ما حملك على ما صنعت؟» قلت: وجدت نفساً بمضيعة فأحببت أن يأجرني الله تعالى فيه، فقال: «هو حر وولاؤه لك وعلينا رضاعه» ولأن الأصل في الناس الحرية. فإن كان عليه ثياب، أو حلي، أو تحته فراش، أو في يده دراهم، أو عنان فرس، أو كان في دار ليس فيها غيره فهي له، لأنه حر فكان ما في يده له كالبالغ.

وإن كان على بعد منه مال مطروح أو فرس مربوط، لم يكن له، لأنه لا يد له عليه. وإن كان بالقرب منه وليس هناك غيره ففيه وجهان: أحدهما: ليس له لأنه لا يد له عليه. **والثاني:** له، لأن الإنسان قد يترك ماله بقربه. فإذا لم يكن هناك غيره، فالظاهر أنه له. وإن كان تحته مال مدفون لم يكن له، لأن البالغ لو جلس على الأرض وتحتة دفين، لم يكن له ذلك، فكذلك اللقيط.

(١) المائدة: ٢.

**فصل** وإن وجد في بلد من بلاد المسلمين وفيه مسلم، فهو مسلم لأنه اجتمع له حكم الدار وإسلام من فيها. وإن كان في بلد الكفار ولا مسلم فيه، فهو كافر لأن الظاهر أنه ولد بين كافرين. وإن كان فيه مسلم ففيه وجهان: أحدهما: أنه كافر تغليباً لحكم الدار. والثاني: أنه مسلم تغليباً لإسلام المسلم الذي فيه. وإن التقطه حر مسلم أمين مقيم موسر، أقر في يده لما ذكرناه من حديث عمر رضي الله عنه، ولأنه لا بد من أن يكون في يد من يكفله، فكان الملتقط أحق به لحق السبق].

**الشرح:** أثر عمر وسنين أبي جميلة رواه سعيد بن منصور<sup>(١)</sup>.

أما غريب الخبر فقوله «قد كره عريفي» العريف رجل يكون رئيساً على نفر يعرف أمورهم ويجمعهم عند الغزو. وقوله «عسى الغوير أبوساً» الغوير ماء لبني كلب، وهذا مثل أول من تكلم به الزبلاء ملكة تدمر حين رأت الإبل عليها الصناديق فاستنكرت شأن قصير إذ أخذ على غير الطريق أرادت: عسى أن يأتي ذلك الطريق بشر، والأبوس جمع بأس. وقوله «بمضيعة» على وزن معيشة أي مهلكة من ضاع الشيء أي هلك، هكذا أفاده ابن بطال في شرح غريب المذهب.

واللقيط فعيل بمعنى مفعول وهو الملقوط، وهو يطلق على الطفل المنبوذ.

وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [فإن كان له مال، كانت نفقته في ماله كالبالغ. ولا يجوز للملتقط أن ينفق عليه من ماله بغير إذن الحاكم، فإن أنفق عليه من غير إذنه، ضمنه لأنه لا ولاية له عليه إلا في الكفالة، فلم يملك الإنفاق بنفسه كالأم. وإن فوض إليه الحاكم أن ينفق عليه مما وجده معه فقد قال في كتاب اللقيط: يجوز. وقال في كتاب اللقطة: إذا أنفق

(١) أخرجه مالك في الأفضية (٢/٧٣٨)، ومن طريقه الشافعي في الأم (٤/٧٤)، والبيهقي في اللقطة (٢٠١ - ٦/٢٠٢).

الواحد على الضالة ليرجع به، لم يجز حتى يدفع إلى الحاكم ثم يدفع الحاكم إليه ما ينفق عليه. فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وجعلهما على قولين: أحدهما: لا يجوز لأنه لا يلي بنفسه، فلم يجز أن يكون وكيلاً لغيره في القبض له من نفسه، كما لو كان عليه دين ففوض إليه صاحب الدين قبض ماله عليه من نفسه. والثاني: يجوز لأنه جعل أميناً على الطفل فجاز أن ينفق عليه مما له في يده كالوصي. ومنهم من قال: يجوز في اللقيط ولا يجوز في الضالة، لأن اللقيط لا ولي له في الظاهر، فجاز أن يجعل الواحد ولياً له، والضالة لها مالك هو ولي عليها فلا يجوز أن يجعل الواحد ولياً عليها. وإن لم يكن حاكم فأنفق من غير إسهاد، ضمن. وإن أشهد ففيه قولان: أحدهما: يضمن لأنه لا ولاية له فضمن، كما لو كان الحاكم موجوداً. والثاني: لا يضمن لأنه موضع ضرورة.

وإن لم يكن له مال، وجب على السلطان القيام بنفقته، لأنه آدمي له حرمة يخشى هلاكه، فوجب على السلطان القيام بحفظه كالفقير الذي لا كسب له.

ومن أين تجب النفقة؟ فيه قولان: أحدهما: من بيت المال لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه استشار الصحابة في نفقة اللقيط فقالوا: من بيت المال، ولأن من لزم حفظه بالإنفاق ولم يكن له مال، وجبت نفقته من بيت المال كالفقير الذي لا كسب له. فعلى هذا، لا يرجع على أحد بما أنفق عليه. والقول الثاني: لا يجب من بيت المال، لأن مال بيت المال لا يصرف إلا فيما لا وجه له غيره، واللقيط يجوز أن يكون عبداً فنفقته على مولاه، أو حراً له مال أو فقيراً له من تلزمه نفقته، فلم يلزم من بيت المال. فعلى هذا، يجب على الإمام أن يقترض له ما ينفق عليه من بيت المال، أو من رجل من المسلمين، فإن لم يكن في بيت المال ولا وجد من يقرضه، جمع الإمام من له مكنة وعدّ نفسه فيهم وقسط عليهم نفقته. فإن بان أنه عبد، رجع على مولاه. وإن بان أن له أباً موسراً، رجع عليه بما اقترض له. فإن لم يكن له أحد وله كسب، رجع في كسبه. وإن لم يكن له

كسب، قضى من سهم من يرى من المساكين أو الغارمين.

**فصل** وأما إذا التقطه عبد، فإن كان بإذن السيد وهو من أهل الالتقاط، جاز لأن الملتقط هو السيد والعبد نائب عنه. وإن كان بغير إذنه، لم يقر في يده لأنه لا يقدر على حضائنه مع خدمة السيد. وإن علم به السيد وأقره في يده، كان ذلك التقاطاً من السيد، والعبد نائب عنه].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن التقطه كافر نظرت: فإن كان اللقيط محكوماً بإسلامه، لم يقر في يده لأن الكفالة ولاية، ولا ولاية للكافر على المسلم، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه عن دينه. وإن كان محكوماً بكفره، أقر في يده لأنه على دينه. وإن التقطه فاسق لم يقر في يده، لأنه لا يؤمن أن يسترقه وأن يسيء في تربيته، ولأن الكفالة ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية.]

**فصل** وإن التقطه ظاعن يريد أن يسافر به نظرت: فإن لم تختبر أمانته في الباطن، لم يقر في يده لأنه لا يؤمن أن يسترقه إذا غاب. وإن اختبرت أمانته في الباطن، فإن كان اللقيط في الحضر والملتقط من أهل البدو ويريد أن يخرج به إلى البدو، منع منه لأنه ينقله من العيش في الرخاء إلى العيش في الشقاء، ومن طيب المنشأ إلى موضع الجفاء، وفي الخبر: «من بدا فقد جفا»، وإن أراد أن يخرج به إلى بلد آخر ففيه وجهان: أحدهما: يجوز، وهو النص، لأن البلد كالبلد. والثاني: لا يجوز، لأن البلد الذي وجد فيه أرجى لظهور نسبه فيه. وإن كان الملتقط في بدو، فإن كان الملتقط من أهل الحضر وأراد أن يخرج به إلى الحضر، جاز لأن الحضر أرفق به وأنفع له. وإن كان من البادية، فإن كانت حلتته في مكان لا ينتقل عنه، أقر في يده لأن الحلة كالقريّة. وإن كان يطعن في طلب الماء والكلأ ففيه وجهان: أحدهما: يقر في يده، لأنه أرجى لظهور نسبه. والثاني: لا يقر في يده، لأنه يشقى بالتنقل في البدو.

**فصل** وإن التقطه فقير ففيه وجهان: أحدهما: لا يقر في يده، لأنه لا

يقدر على القيام بحضانته، وفي ذلك إضرار باللقيط. والثاني: يقر في يده لأن الله تعالى يقوم بكفاية الجميع].

**الشرح:** حديث «من بدا جفا» رواه أحمد بهذا اللفظ عن البراء بن عازب وإسناده صحيح، ورواه الطبراني في الكبير مطولاً عن عبدالله بن مسعود وفي إسناده نظر<sup>(١)</sup>.

أما اللغات فقوله: «ظاعن» فاعل ظعن أي ارتحل، ويقال للمرأة ظعينة فعيلة بمعنى مفعولة، لأن زوجها يظعن بها، ويقال الظعينة اليهودج سواء كان فيه امرأة أم لا، والجمع ظعائن وظعن بضمين، ويقال الظعينة في الأصل وصف للمرأة في هودجها سميت بهذا الاسم وإن كانت في بيتها. وقوله ﷺ: «من بدا جفا» أي من نزل البادية صار فيه جفاء الأعراب. والحلة المنزل ينزله القوم وحيث يحلون.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن تنازع في كفالته نفسان من أهل الكفالة قبل أن يأخذه السلطان وجعله في يد يرى منهما أو من غيرهما، لأنه لا حق لهما قبل الأخذ، ولا مزية لهما غيرهما، فكان الأمر فيه إلى السلطان. وإن التقطاه وتشاحا، أقرع بينهما، فمن خرجت عليه القرعة أقر في يده وقال أبو علي بن خيران: لا يقرع بينهما بل يجتهد الحاكم فيقره في يد من هو أحظ له، والمنصوص: هو الأول، لقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرِيماً﴾<sup>(٢)</sup> ولأنه لا يمكن أن يجعل في أيديهما، لأنه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة، ولا يمكن أن يجعل بينهما مهياًة، لأنه تختلف عليه الأخلاق والأغذية فيستضر، ولا يمكن أن يقدم أحدهما

(١) أخرجه أحمد (٤/٢٩٧) من حديث البراء، وذكره الهيثمي في المجمع وقال (٥/٢٥٤): رواه أبو يعلى ورجاله ثقات، وأخرجه أحمد (٤٤٠، ٢/٣٧١) مطولاً من حديث أبي هريرة، وذكره الهيثمي (٥/٢٤٦) قائلاً: رواه أحمد والبخاري وأحد إسناده أحمد رجاله رجال الصحيح خلا الحسن بن الحكم النخعي وهو ثقة.

(٢) آل عمران: ٤٤.

لأنهما متساويان في سبب الاستحقاق، ولا يمكن أن يسلم إلى غيرهما لأنه قد ثبت لهما حق الالتقاط فلا يجوز إخراجه عنهما، فأقرع بينهما كما لو أراد أن يسافر بإحدى نسائه. وإن ترك أحدهما حقه من الحضانة، ففيه وجهان: أحدهما: يدفع إلى السلطان فيقره في يد من يرى، لأن الملتقط لا يملك غير الحفظ. فأما إقرار اللقيط في يد غيره، فليس ذلك إليه، ولهذا لو انفرد بالالتقاط لم يملك أن ينقله إلى غيره. والثاني: وهو المذهب: أنه يقر في يد الآخر من غير إذن السلطان، لأن الحضانة بحكم الالتقاط لا تفتقر إلى إذن السلطان. ولهذا لو انفرد كل واحد منهما بالالتقاط، ثبت له الحضانة من غير إذن. فإذا اجتمعا وترك أحدهما حقه، ثبت للآخر كالشفعة بين شفيعين.

**فصل** فأما إذا اختلفا في الالتقاط فادعى كل واحد منهما أنه الملتقط ولم تكن بينة، فإن لم يكن لأحدهما عليه يد، أقره السلطان في يد من يرى منهما أو من غيرهما، لأنه لا حق لهما. وإن كان في يد أحدهما، فالقول قوله مع يمينه، لأن اليد تشهد له. وإن كان في يدهما تحالفاً، فإن حلفا أو نكلا صارا كالملتقطين يقرع بينهما على المذهب، وعلى قول أبي علي بن خيران: يقره الحاكم في يد من هو أحظ له. فإن كان لأحدهما بينة قضى له، لأن البينة أقوى من اليد والدعوى. وإن كان لكل واحد منهما بينة، فإن كانت بينة أحدهما أقدم تاريخاً قضى له لأنه قد ثبت له السبق إلى الالتقاط. وإن لم تكن بينة أحدهما أقدم تاريخاً، فقد تعارضت البيتان. ففي أحد القولين: تسقطان فيصيران كما لو لم تكن بينة وقد بيناه. وفي القول الثاني: تستعملان، وفي الاستعمال ثلاثة أقوال: أحدها: القسمة. والثاني: القرعة. والثالث: الوقف. ولا يجيء ههنا إلا القرعة، لأنه لا يمكن قسمة اللقيط بينهما، ولا يمكن الوقف، لأن فيه إضراراً باللقيط فوجبت القرعة.]

**الشرح** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**فصل:** قال المصنف رحمه الله: [وإن ادعى حر مسلم نسبه، لحق به وتبعه في الإسلام، لأنه يقر له بحق لا ضرر فيه على أحد فقبل كما لو أقر

له بمال، وله أن يأخذه من الملتقط لأن الوالد أحق بكفالة الولد من الملتقط. وإن كان الذي أقر بالنسب هو الملتقط، فالمستحب أن يقال له: من أين صار ابنك؟ لأنه ربما اعتقد أنه بالالتقاط صار أباً له. وإن ادعى نسبه عبد لحق به، لأن العبد كالحر في السبب الذي يلحق به النسب. ولا يدفع إليه، لأنه لا يقدر على حضائته لاشتغاله بخدمة مولاه. وإن ادعى نسبه كافر لحق به، لأن الكافر كالمسلم في سبب النسب. وهل يصير اللقيط كافراً؟ قال في اللقيط: أحببت أن أجعله مسلماً. وقال في الدعوى والبيئات: أجعله مسلماً، فمن أصحابنا من قال: إن أقام البيعة حكم بكفره قولاً واحداً، وإن لم تقم البيعة ففيه قولان: أحدهما: يحكم بكفره، لأننا لما حكمنا بثبوت نسبه، فقد حكمنا بأنه ولد على فراشه. والقول الثاني: يحكم بإسلامه، لأنه محكوم بإسلامه بالدار، فلا يحكم بكفره بقول كافر.

وقال أبو إسحاق: الذي قاله في اللقيط أراد به إذا ادعاه وأقام البيعة عليه، لأنه قد ثبت بالبيعة أنه ولد على فراش كافر. والذي قال في الدعوى والبيئات أراد إذا ادعاه من غير بيعة، لأنه محكوم بإسلامه بظاهر الدار، فلا يصير كافراً بدعوى الكافر. وهذا الطريق هو الصحيح، لأنه نص عليه في الإماء.

وإذا قلنا: إنه يتبع الأب في الكفر، فالمستحب أن يسلم إلى مسلم إلى أن يبلغ احتياطاً للإسلام، فغن بلغ ووصف الكفر أقرناه على كفره، وإن وصف الإسلام حكمنا بإسلامه من وقته.

**فصل** وإن ادعت امرأة نسبه، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: يقبل، لأنها أحد الأبوين فقبل إقرارها بالنسب كالأب. والثاني: لا يقبل وهو ظاهر النص، لأنه يمكن إقامة البيعة على ولادتها من طريق المشاهدة، فلا يحكم فيها بالدعوى، بخلاف الأب، فإنه لا يمكن إقامة البيعة على ولادته من طريق المشاهدة، فقبلت فيه دعواه، ولهذا قلنا: إنه إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، لم يقبل قولها في دخول الدار إلا بيعة، ولو قال لها: إن حضت فأنت طالق، قبل قولها في الحيض من غير بيعة لما ذكرناه

من الفرق، فكذلك ههنا. والثالث: إن كانت فراشاً لرجل، لم يقبل قولها، لأن إقرارها يتضمن إحقاق النسب بالرجل، وإن لم تكن فراشاً قبل لأنه لا يتضمن إحقاق النسب بغيرها].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن تداعى نسبه رجلان، لم يجز إحقاق بهما، لأن الولد لا ينعقد من اثنين، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى﴾<sup>(١)</sup> فإن لم يكن لواحد منهما بينة، عرض الولد على القافة، وهم: قوم من بني مدلج من كنانة، فإن ألحقته بأحدهما لحق به لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: «دخل علي رسول الله ﷺ أعرف السرور في وجهه فقال: «ألم تري إلى مجزز المدلجي نظر إلى أسامة وزيد وقد غطيا رؤسهما وقد بدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض» فلو لم يكن ذلك حقا لما سر به رسول الله ﷺ. وهل يجوز أن يكون من غير بني مدلج؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز لأن ذلك ثبت بالشرع ولم يرد الشرع إلا في بني مدلج. والثاني: أنه يجوز وهو الصحيح، لأنه علم يتعلم ويتعاطى، فلم تختص به قبيلة كالعلم بالأحكام. وهل يجوز أن يكون واحدا؟ فيه وجهان: أحدهما: أنه يجوز لأن النبي ﷺ سر بقول مجزز المدلجي وحده، ولأنه بمنزلة الحاكم لأنه يجتهد ويحكم كما يجتهد الحاكم ثم يحكم. والثاني: لا يجوز أقل من اثنين، لأنه حكم بالشبه في الخلقة فلم يقبل من واحد، كالحكم في المثل في جزاء الصيد. ولا يجوز أن يكون امرأة ولا عبداً، كما لا يجوز أن يكون الحاكم امرأة ولا عبداً. ولا يقبل إلا قول من جرّب وعرف بالقيافة حذقه. كما لا يقبل في الفتيا إلا قول من عرف في العلم حذقه.

وأن ألحقته بهما أو نفته عنهما، أو أشكل الأمر عليها، أو تكن قافة، ترك حتى يبلغ ويؤخذان بالنفقة عليه، لأن كل واحد منهما يقول: أنا الأب

(١) الحجرات: ١٣.

وعلي نفقته، فإذا بلغ أمرناه أن ينتسب إلى من يميل طبعه إليه، لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال للغلام الذي ألحقته القافة بهما: «وال أيهما شئت»، ولأن الولد يجد لوالده ما لا يجد لغيره، فإذا تعذر العمل بقول القافة، رجع إلى اختيار الولد.

وهل يصح أن ينتسب إذا صار مميزاً ولم يبلغ؟ فيه وجهان: أحدهما: يصح كما يصح أن يختار الكون مع أحد الأبوين إذا صار مميزاً. والثاني: لا يصح لأنه قول يتعين به النسب ويلزم الأحكام به، فلا يقبل من الصبي، ويخالف اختيار الكون مع أحد الأبوين، لأن ذلك غير لازم. ولهذا لو اختار أحدهما ثم انتقل إلى الآخر، جاز ولا يجوز ذلك في النسب.

وإن كان لأحدهما بينة قدمت على القافة، لأن البينة تخبر عن أو مشاهدة، والقافة تخبر عن سماع اجتهاد. فإن كان لكل واحد منهما بينة، فهما متعارضتان، لأنه لا يجوز أن يكون الولد من اثنين. ففي أحد القولين: يسقطان ويكون كما لو لم تكن بينة، وقد بيناه.

وفي الثاني: تستعملان، فعلى هذا هل يقرع بينهما؟ فيه وجهان: أحدهما: يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة قضي له، لأنه لا يمكن قسمة الولد بينهما، ولا يمكن الوقف، لأن فيه إضراراً باللقيط فوجبت القرعة. والثاني: لا يقرع، لأن معنا ما هو أقوى من القرعة وهو القافة، فعلى هذا يصير كما لو لم يكن لهما بينة، وليس في موضع تسقط الأقوال الثلاثة في استعمال البيتين إلا في هذا الموضع على هذا المذهب.

وإن تداعت امرأتان نسبه وقلنا: إنه يصح دعوى المرأة ولم تكن بينة، فهل يعرض على القافة؟ فيه وجهان: أحدهما: يعرض، لأن الولد يأخذ الشبه من الأم، كما يأخذ من الأب، فإذا جاز الرجوع إلى القافة في تمييز الأب من غيره بالشبه، جاز في تمييز الأم من غيرها. والثاني: لا يعرض، لأن الولد يمكن معرفة أمه يقيناً، فلم يرجع فيه إلى القافة، بخلاف الأب فإنه لا يمكن معرفته إلا ظناً، فجاز أن يرجع فيه إلى الشبه.

فصل وإن ادعى رجل رق اللقيط، لم يقبل إلا ببينة، لأن الأصل هو

الحرية. فإن شهدت له البيينة نظرت: فإن شهدت له بأنه ولدته أمته فقد قال في اللقيط: جعلته له. وقال في الدعوى والبيينات: إن شهدت له بأنه ولدته أمته في ملكه جعلته له.

فمن أصحابنا من قال: يجعل له قولاً واحداً، وإن لم تقل ولدته في ملكه، وما قال في الدعوى والبيينات ذكره تأكيداً لا شرطاً، لأن ما تأتي به أمته من غيره لا يكون إلا مملوكاً له.

ومنهم من قال: فيه قولان: أحدهما: يجعل له لما بيناه. والثاني: لا يجعل له، لأنه يحتمل أن تكون الأمة ولدته قبل أن يملكها ثم ملكها، فلم يملك ولدها.

وإن شهدت له البيينة بالملك ولم تذكر سبب الملك ففيه قولان: أحدهما: يحكم له، كما يحكم له إذا شهدت له بملك مال، وإن لم تذكر سببه. والثاني: لا يحكم له، لأن البيينة قد تراه في يده فتشهد بأنه عبده بثبوت يده عليه بالالتقاط أو غيره. وإن شهدت البيينة له باليد، فإن كان المدعي هو الملتقط، لم يحكم له لأنه قد عرف سبب يده وهو الالتقاط، ويد الالتقاط لا تدل على الملك، فلم يكن للشهادة تأثير. وإن كان المدعي غيره ففيه قولان: أحدهما: يحكم له مع اليمين، لأن اليد على قد ثبتت، فإذا حلف حكم له كما لو كان في يده مال فحلف عليه. والثاني: لا يحكم له، لأن ثبوت اليد على اللقيط لا تدل على الملك، لأن الظاهر الحرية].

**الشرح:** حديث عائشة رضي الله عنها متفق عليه<sup>(١)</sup>. ومجزز سمي بذلك لأنه كان في الجاهلية إذا أسر أسيراً جز ناصيته وأطلقه، وقد كان الكفار يقدحون في نسب أسامة لكونه كان أسود شديد السواد وكان زيد أبيض، كذا قاله أبو داود. والقافة جمع قائف كقادة جمع قائد، والقائف هو الذي يتتبع الأثر ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه.

---

(١) أخرجه البخاري في المناقب: باب صفة النبي ﷺ (٦/٥٦٥)، ومسلم في الرضاع (٦/١٨٥ - ١٨٤)، وأبو داود في الطلاق (٦٩٨ - ٢/٦٩٩)، وكذا النسائي (١٨٤ - ٦/١٨٥) فيه، والترمذي في الولاء والهبة (٤٤٠ - ٤/٤٤١).

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف .

**قال المصنف رحمه الله:** [ومن حكم بإسلامه أو بأحد أبويه أو بالسابي، فحكمه قبل البلوغ حكم سائر المسلمين في الغسل والصلاة والميراث والقصاص والدية، لأن السبب الذي أوجب الحكم بإسلامه لم يزل، فأشبهه من أسلم بنفسه وبقي على إسلامه. فإن بلغ ووصف الكفر فالمنصوص: أنه مرتد، فإن تاب وإلا قتل لأنه محكوم بإسلامه قطعاً، فأشبهه من أسلم بنفسه ثم ارتد. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما: ما ذكرناه. والثاني: أنه يقر على الكفر، لأنه لما بلغ زال حكم التتبع فاعتبر بنفسه. فإن بلغ ولم يصف الإسلام ولا الكفر، فقتله قاتل فالمنصوص: أنه لا قود على قاتله. ومن أصحابنا من قال: يجب القود، لأنه محكوم بإسلامه، فأشبهه ما قبل البلوغ. وهذا خطأ، لأنه يحتمل أن يكون غير راض بالإسلام والقصاص يسقط بالشبهة فسقط. ويخالف ما قبل البلوغ، فإن إسلامه قائم قطعاً وبعد البلوغ لا نعلم بقاء الإسلام.

فأما من حكم بإسلامه بالدار، فإنه قبل البلوغ كالمحكوم بإسلامه بأبويه أو بالسابي، فإن بلغ ووصف الكفر، فإنه يفرغ ويهدد على الكفر احتياطاً. فإن أقام على الكفر أقر عليه. ومن أصحابنا من قال: هو كالمحكوم بإسلامه بأبويه، لأنه محكوم بإسلامه بغيره، فصار كالمسلم بأبويه، والمنصوص: أنه يقر على الكفر لأنه محكوم بإسلامه من جهة الظاهر، ولهذا لو ادعاه ذمي وأقام البينة حكم بكفره.

**فصل** وإن بلغ اللقيط وقذفه رجل وادعى أنه عبد، وقال اللقيط: بل أنا حر ففيه قولان: أحدهما: أن القول قول اللقيط، لأن الظاهر من حاله الحرية. والثاني: أن القول قول القاذف لأنه يحتمل أن يكون عبداً، والأصل براءة ذمة القاذف من الحد.

وإن قطع حر طرفه وادعى أنه عبد، وقال اللقيط: بل أنا حر، فالمنصوص: أن القول قول اللقيط. فمن أصحابنا من قال: فيه قولان كالقذف، ومنهم من قال: إن القول قول اللقيط قولاً واحداً، وفرق بينه

وبين القذف: بأن القصاص قد وجب في الظاهر، ووجوب القيمة مشكوك فيه فإذا أسقطنا القصاص انتقلنا من الظاهر إلى الشك فلم يجز، وفي القذف قد وجب الحد في الظاهر، ووجوب التعزير يقين لأنه بعض الحد، فإذا أسقطنا الحد انتقلنا من الظاهر إلى اليقين فجاز.

**فصل إذا بلغ اللقيط ووهب وأقبض، وباع وابتاع، ونكح وأصدق، وجنى وجني عليه، ثم قامت البينة على رقه، كان حكمه في التصرفات كلها حكم العبد القن، يمضي ما يمضي من تصرفه، وينقض ما ينقض من تصرفه فيما يضره ويضر غيره، لأنه قد ثبت بالبينة أنه مملوك فكان حكمه حكم المملوك.**

فإن أقر على نفسه بالرق لرجل فصدقه نظرت: فإن كان قد تقدم منه إقرار بحريته، لم يقبل إقراره بالرق لأنه لزمه بإقراره بالحرية أحكام الأحرار في العبادات والمعاملات، فلم يقبل إقراره في إسقاطها. وإن لم يتقدم منه إقرار بالحرية، ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما: لا يقبل إقراره بالرق لأنه محكوم بحريته فلم يقبل إقراره بالرق كما لو أقر بالحرية ثم أقر بالرق. **والثاني:** يقبل لأننا حكمنا بحريته في الظاهر، وما ثبت بالظاهر يجوز إبطاله بالإقرار. ولهذا لو ثبت إسلامه بظاهر الدار، وبلغ وأقر بالكفر قبل منه فكذلك ههنا. ومنهم من قال: يقبل إقراره بالرق قولاً واحداً لما ذكرناه ويكون حكمه في المستقبل حكم الرقيق، فأما تصرفه بعد البلوغ وقبل الحكم برقه فعلى قولين. **أحدهما:** يقبل إقراره في جميعه، لأن الرق هو الأصل وقد ثبت فوجب أن تثبت أحكامه، كما لو ثبت بالبينة.

**والثاني:** يقبل فيما يضره، ولا يقبل فيما يضر غيره، لأن إقراره يتضمن ما يضره، ويضر غيره، فقبل فيما يضره، ولم يقبل فيما يضر غيره. كما لو أقر بمال عليه وعلى غيره، وهذا الطريق هو الصحيح وعليه التفرع.

فإن باع واشترى، فإن قلنا: يقبل إقراره في الجميع، وقلنا: إن عقود العبد من غير إذن المولى لا تصح، كانت عقود فاسدة. فإن كانت الأعيان

باقية، وجب ردها، وإن كانت تالفة وجب بدلها في ذمته، يتبع به إذا أعتق. وإن قلنا: يقبل فيما يضره، ولا يقبل فيما يضر غيره، لم يقبل قوله في إفساد العقود ويلزمه اعواضها. فإن كان في يده مال، استوفى منه. فإن فضل في يده شيء، كان لمولاه.

وإن كان اللقيط جارية فزوجها الحاكم ثم أقرت بالرق، فإن قلنا: يقبل إقرارها في الجميع، فالنكاح باطل لأنه عقد بغير إذن المولى. فإن كان قبل الدخول، لم يجب على الزوج شيء، وإن كان بعد الدخول وجب عليه مهر المثل، لأنه وطء في نكاح فاسد. وإن أتت بولد فهو حر لأنه دخل على أنه حر، وعليه قيمته ويجب عليها عدة أمة وهي قرءان. وإن قلنا: لا يقبل فيما يضر غيره، لم يبطل النكاح لأن فيه إضراراً بالزوج، ولكنه في حق الزوج في حكم الصحيح، وفي حقها في حكم الفاسد. فإن كان قبل الدخول، لم يجب لها مهر لأنها لا تدعيه. وإن كان بعد الدخول، وجب لها أقل الأمرين من مهر المثل أو المسمى، لأنه إن كان المهر أقل، لم يجب ما زاد لأن فيه إضراراً بالزوج. وإن أتت منه بولد، فهو حر ولا قيمة عليه لأننا لا نقبل قولها فيما يضره ونقول للزوج: قد ثبت أن زوجتك أمة، فإن اخترت إمساكها كان ما تلده مملوكاً للسيد، لأنك تطؤها على علم أنها أمة. وإن طلقها، اعتدت عدة حرة وهو ثلاثة أقراء، وله فيها الرجعة لأننا لا نقبل قولها عليه فيما يضره. وإن مات عنها لزمته عدة أمة وهي شهران وخمس ليال، لأن عدة الوفاة تجب لحق الله تعالى لا حق له فيها، ولهذا تجب من غير وطء. وقول اللقيط يقبل فيما يسقط حق الله تعالى من العبادات.

وإن كان اللقيط غلاماً فتزوج ثم أقر بالرق، فإن قلنا: يقبل إقراره في الجميع، بطل النكاح من أصله لأنه بغير إذن المولى. فإن لم يدخل بها، لم يلزمه شيء، وإن دخل بها لزمه أقل الأمرين من: المسمى أو مهر المثل. لأنه إن كان المسمى أقل، لم يجب ما زاد لأنها لا تدعيه. وإن كان مهر المثل أقل، لم يجب ما زاد، لأن قوله مقبول وإن ضر غيره. وإن قلنا: لا يقبل قوله فيما يضر غيره، لم يقبل قوله: إن النكاح باطل لأنه يضرها، ولكن يحكم بانفساخه في الحال، لأنه أقر بتحريمها فإن كان قبل

الدخول لزمه نصف المسمى، وإن دخل بها لزمه جميعه لأنه لا يقبل قوله في إسقاط المسمى].

**الشرح:** من حكم بإسلامه أو بإسلام أحد أبويه وإن علا وقت العلق، ولو أنثى غير وارثه، ولو كان حدوث الولد بعد موت أصله، فهو مسلم بالإجماع بشرط نسبه إليه نسبة تقتضي التوارث، فلا يرد آدم أبو البشر عليه السلام. ولو سبى مسلم طفلاً تبع هذا الطفل سابه في الإسلام إن لم يكن معه أحد أبويه بالإجماع ولا اعتبار بمن شذ، لأنه صار تحت ولايته كأبوين. أما إذا كان معه أحد أبويه فلا يحكم بإسلامه، لأن تبعيتهما أقوى من تبعية السابي وإن ماتا بعد لأن التبعية إنما تثبت في ابتداء السبي.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن جنى عمدا على عبد ثم أقر بالرق، وجب عليه القصاص على القولين. وإن جنى خطأ وجب الأرش في رقبته على القولين، لأن وجوب القصاص ووجوب الأرش في رقبته يضره ولا غيره، فقبل قوله فيه. وإن جنى عليه حر عمدا، لم يجب القود على الجاني، لأن ذلك مما يضره، ولا يضر غيره فقبل قوله فيه. وإن جنى عليه خطأ بأن قطع يده، فإن الجاني يقر بنصف الدية، واللقيط يدعى نصف القيمة. فإن كان نصف القيمة أكثر من نصف الدية، وجب نصف القيمة لأن ما زاد عليه لا يدعيه. وإن كان أكثر من نصف الدية فعلى القولين، إن قلنا: يقبل قوله في الجميع، وجب على الجاني نصف القيمة. وإن قلنا: لا يقبل فيما يضر غيره، وجب نصف الدية، فيما زاد إضراراً بالجاني.

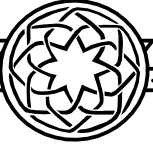
**فصل** وإن أقر اللقيط أنه عبد لرجل وكذبه الرجل، سقط إقراره، كما لو أقر له بدار فكذبه. وإن أقر اللقيط بعد التكذيب بالرق لآخر لم يقبل، وقال أبو العباس: يقبل كما لو أقر لرجل بدار فكذبه ثم أقر بها لآخر، والمذهب: الأول، لأن بإقراره الأول قد أخبر أنه لم يملكه غيره، فإذا كذبه المقر له رجع إلى الأصل وهو: أنه حر، فلم يقبل إقراره بالرق بعده.

ويخالف الدار، لأنه إذا كذبه الأول، رجع إلى الأصل وهي مملوكة فقبل الإقرار بها لغيره.

**فصل** إن بلغ اللقيط فادعى عليه رجل أنه عبده فأنكره، فالقول قوله لأن الأصل الحرية. وإن طلب المدعي يمينه فهل يحلف؟ بينى على القولين في إقراره بالرق. فإن قلنا: يقبل، حلف لأنه ربما خاف من اليمين فأقر له بالرق. وإن قلنا: لا يقبل، لم يحلف لأن اليمين إنما تعرض ليخاف فيقر، ولو أقر لم يقبل، فلم يكن في عرض اليمين فائدة وبالله التوفيق].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.





قال المصنّف رحمه الله :

## كتاب الوقف<sup>(١)</sup>

[الوقف قربة مندوب إليها، لما روى عبد الله بن عمر: أن عمر رضي الله عنه أتى النبي ﷺ وكان قد ملك مائة سهم من خيبر فقال: قد أصبت ما لا لم أصب مثله وقد أردت أن أتقرب به إلى الله تعالى فقال: «حَبَسِ الْأَصْلَ وَسَبِّلِ الثَّمْرَةَ».

فصل ويجوز وقف كل عين ينتفع بها على الدوام كالعقار والحيوان والأثاث والسلاح، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه: أنه ذكر للنبي ﷺ أنه منع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس بن عبدالمطلب يعني: الصدقة، فقال رسول الله ﷺ: «ما نقم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله ورسوله، فأما خالد فإنكم تظلمون خالداً، إن خالداً قد حبس أدرعه وأعتده معاً في سبيل الله» ولأنه لما أمر عمر رضي الله عنه بتحسيس الأصل وتسييل الثمرة، دل ذلك على جواز وقف كل ما يبقى ويتنفع به.

وأما ما لا ينتفع به على الدوام كالطعام، وما يشم من الرياح، وما تحطم وتكسر من الحيوان، فلا يجوز وقفه لأنه لا يمكن الانتفاع به على الدوام، ويجوز وقف الصغير من الرقيق والحيوان، لأنه يرجى الانتفاع به على الدوام، ولا يجوز وقف الحمل لأنه تملك منجز، فلم يصح في الحمل وحده كالبيع.

(١) الوقف لغة هو الحبس يقال: وقفت كذا أي حبسته، ولا يقال: أوقفته إلا في لغة تميمية وهي رديئة وعليها العامة. والوقف شرعاً هو حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود. انظر: مغني المحتاج (٣/٥٢٢).

**فصل** واختلف أصحابنا في الدراهم والدنانير، فمن أجاز إجارتها أجاز وقفها، ومن لم يجز إجارتها لم يجز وقفها. واختلفوا في الكلب فمنهم من قال: لا يجوز وقفه لأن الوقف تملك والكلب لا يملك. ومنهم من قال: يجوز الوقف، لأن القصد من الوقف المنفعة وفي الكلب منفعة فجاز وقفه. واختلفوا في أم الولد فمنهم من قال: يجوز وقفها لأنه ينتفع بها على الدوام فهي كالأمة القننة، ومنهم من قال: لا يجوز لأنها لا تملك.

**فصل** ولا يصح الوقف إلا في عين معينة، فإن وقف عبداً غير معين، أو فرساً غير معين، فالوقف باطل لأنه إزالة ملك على وجه القربة، فلم يصح في عين في الذمة كالعتق والصدقة].

**الشرح** حديث ابن عمر رواه البخاري ومسلم وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه بلفظ «أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر فقال: يا رسول الله أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمرني؟ فقال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، فتصدق بها عمر على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوي القربى والرقاب والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول»<sup>(١)</sup>. وأما حديث أبي هريرة فقد رواه أحمد ومسلم بلفظ «بعث رسول الله ﷺ عمر على الصدقة فقيل: منع ابن جميل وخالد بن الوليد وعباس عم النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً قد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله تعالى وأما العباس فهي علي ومثلها معها ثم قال: يا عمر أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه» وأخرجه البخاري وليس فيه ذكر عمر ولا ما قيل له في العباس<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه البخاري في آخر الشروط (٣٥٤ - ٥/٣٥٥)، ومسلم في الوصية (١١/٨٦)، والترمذي في الأحكام (٣/٦٥٩)، وأبو داود في الوصايا (٣/٢٩٨)، والنسائي في الأحباس (٦/٢٣٠)، وابن ماجه في الصدقات (٢/٨٠١).

(٢) أخرجه البخاري في الزكاة: باب قول الله تعالى: ﴿وَفِي الرِّقَابِ وَالْفَرَمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ وكذا مسلم: باب تقديم الزكاة ومنعها (٥٦ - ٧/٥٧)، والنسائي (٣٣ - ٥/٣٤)، وأبو داود (٢٧٣ - ٢/٢٧٥) فيه.

أما اللغات فالوقف مصدر وقف يقف ووقفته أنا يتعدى ويلزم، ووقفت الدار حبستها في سبيل الله والجمع أوقاف.

وأما الأحكام فقد قال بصحة الوقف أكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم، قال جابر رضي الله عنه: لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة إلا وقف. وخالف شريح فلم ير الوقف وقال: لا حبس عن فرائض الله<sup>(١)</sup>، وقال أحمد: وهذا مذهب أهل الكوفة. وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجردة وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصي به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم، وحكاه بعضهم عن علي وابن مسعود وابن عباس، وخالفه أصحابه فقولا كقول سائر أهل العلم.

واحتج بعضهم بما روي أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله ﷺ فجاء أبواه إلى النبي ﷺ فقالا: يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط فرده النبي ﷺ ثم ماتا فورثهما» رواه المحاملي في أماليه.

وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وإجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه ﷺ قال لعمر في وقفه «لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث» قال الترمذي: العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم لا نعلم بين أحد من المتقدمين منهم في ذلك اختلافاً.

وأجيب عن حديث عبد الله بن زيد بأنه إن ثبت فليس فيه ذكر للوقف، والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف استناب فيها النبي ﷺ فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما ولذلك لم يردا عليه إنما دفعها إليهما، ويحتمل أن الحائط كان لهما وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير إذنه فلم ينفذاه وأتيا النبي ﷺ فرده إليهما.

---

(١) يقصد بفرائض الله نصيب الورثة في التركة، لأن الوقف لا يورث فمن وقف فقد منع الورثة نصيبهم والله أعلم.

وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف .

**قال المصنف رحمه الله:** [وما جاز وقفه جاز وقف جزء منه مشاع، لأن عمر رضي الله عنه وقف مائة سهم من خيبر بإذن رسول الله ﷺ، لأن القصد بالوقف حبس الأصل وتسييل المنفعة، والمشاع كالمقسوم في ذلك. ويجوز وقف علو الدار دون سفليها، وسفليها دون علوها، لأنهما عينان يجوز وقفهما، فجاز وقف أحدهما دون الآخر كالعبدین .

**فصل:** ولا يصح الوقف إلا على بر ومعروف كالقناطر والمساجد والفقراء والأقارب. فإن وقف على ما لا قربة فيه كالبيع والكنائس وكتب التوراة والإنجيل، وعلى من يقطع الطريق أو يرتد عن الدين، لم يصح لأن القصد بالوقف القربة، وفيما ذكرناه إعانة على المعصية. وإن وقف على ذمي جاز، لأنه في موضع القربة، ولهذا يجوز التصدق عليه فجاز الوقف عليه. وفي الوقف على المرتد والحربي وجهان: أحدهما: يجوز لأنه يجوز تمليكك، فجاز الوقف عليه كالذمي. والثاني: لا يجوز، لأن القصد بالوقف نفع الموقوف عليه، والمرتد والحربي مأمور بقتلها، فلا معنى للوقف عليهما. وإن وقف على دابة رجل ففيه وجهان: أحدهما: لا يجوز لأن مؤنتها على صاحبها. والثاني: يجوز لأنه كالوقف على مالكها.

**فصل** ولا يجوز أن يقف على نفسه ولا أن يشرط لنفسه منه شيئاً، وقال أبو عبد الله الزبيري: يجوز لأن عثمان رضي الله عنه وقف بئر رومة وقال: دلوي فيها كدلاء المسلمين. وهذا خطأ، لأن الوقف يقتضي حبس العين وتمليك المنفعة، والعين محبوسة عليه ومنفعتها مملوكة له، فلم يكن للوقف معنى. ويخالف وقف عثمان رضي الله عنه، لأن ذلك وقف عام. ويجوز أن يدخل في العام ما لا يدخل في الخاص، والدليل عليه: «أن رسول الله ﷺ كان يصلي في المسجد وهي وقف على المسلمين» وإن كان لا يجوز أن يخص بالصدقة. ولأن في الوقف العام يدخل فيه من غير شرط، ولا يدخل في الوقف الخاص، فدل على الفرق بينهما.

**فصل ولا يجوز الوقف على من لا يملك كالعبد والحمل، لأنه تمليك منجز فلم يصح على من لا يملك كالهبة والصدقة.**

**فصل ولا يصح الوقف على مجهول كالوقف على رجل غير معين، والوقف على من يختاره فلان، لأنه تمليك منجز، فلم يصح في مجهول كالبيع والهبة].**

**الشرح** لما تكلم المصنف عن منع وقف غير المعين ناسب أن يردفه بحكم المشاع. وقد استدل المصنف بحديث ابن عمر الذي مضى تخريجه على صحة وقف المشاع، وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف ومالك وأحمد، لأن عمر وقف مائة سهم بخبير ولم تكن مقسومة. وقد عارض وقف المشاع بعض الفقهاء منهم محمد بن الحسن.

وأوضح ما احتجوا به أن كل جزء من المشترك محكوم عليه بالمملوكية للشريكين فيلزم مع وقف أحد الشريكين أن يحكم عليه بحكمين مختلفين متضادين مثل صحة البيع بالنسبة إلى كونه مملوكاً وعدم الصحة بالنسبة إلى كونه موقوفاً فيتصف كل جزء بالصحة وعدمها. وأجيب عن هذا بأنه نظير العتق المشاع كحديث الستة أعبد كما صح هنا، وإذا صح من جهة الشارع بطل هذا الاستدلال.

وخبر عمر هو أول وقف شرع في الإسلام حيث لم يكن وقف في الجاهلية. وقال الشافعي رضي الله عنه: إن هذا الوقف المعروف حقيقة شرعية لم تعرفه الجاهلية. وقيل إن أول وقف ما وقفه رسول الله ﷺ من أموال مخيريق التي أوصى بها له في السنة الثالثة.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل، لأنه عقد يبطل بالجهالة، فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع. ولا يصح بشرط الخيار، وبشرط أن يرجع فيه إذا شاء أو يبيعه إذا احتاج، أو يدخل فيه من شاء، أو يخرج منه من شاء، لأنه إخراج مال على وجه القرية فلم يصح مع هذه الشروط كالصدقة.

**فصل ولا يجوز إلى مدة، لأنه إخراج مال على وجه القرية، فلم يجز إلى مدة كالتق والصدقة].**

**الشرح** لا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فداري وقف أو إذا ولد لي ولد ونحو ذلك فلا يصح الوقف. وإن علق انتهاءه على شرط نحو قوله: داري وقف إلى سنة لم يصح، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة، لأنه ينافي مقتضى الوقف فإن مقتضاه التأييد. والوجه الآخر عندهم يصح لأنه منقطع الانتهاء. وإن شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف لا نعلم فيه خلافاً، لأنه ينافي مقتضى الوقف.

**قال المصنّف رحمه الله:** [ولا يجوز إلا على سبيل لا ينقطع، وذلك من وجهين: أحدهما: أن يقف على من لا ينقرض كالفقراء والمجاهدين وطلبة العلم وما أشبهها. والثاني: أن يقف على من ينقرض ثم من بعده على من لا ينقرض، مثل: أن يقف على رجل بعينه، ثم الفقراء، أو على رجل ثم على عقبه ثم على الفقراء. فأما إذا وقف وقفاً منقطع الابتداء والانتهاء، كالوقف على عبده أو على ولده ولا ولد له، فالوقف باطل، لأن العبد لا يملك والولد الذي لم يخلق لا يملك، فلا يفيد الوقف عليهما شيئاً. وإن وقف وقفاً متصل الابتداء منقطع الانتهاء، بأن وقف على رجل بعينه ثم على عقبه ولم يزد عليه، ففيه قولان: أحدهما: أن الوقف باطل لأن القصد بالوقف أن يتصل الثواب على الدوام وهذا لا يوجد في هذا الوقف، لأنه قد يموت الرجل وينقطع عقبه. والثاني: أنه يصح ويصرف بعد انقراض الموقوف عليه إلى أقرب الناس إلى الواقف، لأن مقتضى الوقف الثواب على التأييد، فحمل فيما سماه على ما شرطه. وفيما سكت عنه على مقتضاه، ويصير كأنه وقف مؤبد، ويقدم المسمى على غيره. فإذا انقرض المسمى، صرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، لأنه من أعظم جهات الثواب، والدليل عليه: قول النبي ﷺ أنه قال: «لا صدقة وذو رحم محتاج» وروى سليمان بن عامر عن النبي ﷺ قال: «صدقتك على المساكين صدقة، وعلى ذي الرحم اثنتان: صدقة، وصلة»

وهل يختص به فقراؤهم أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء؟ فيه قولان: أحدهما: يختص به الفقراء لأن مصرف الصدقات إلى الفقراء. والثاني: يشترك فيه الفقراء والأغنياء، لأن في الوقف الغني والفقير سواء.

وإن وقف وقفاً منقطع الابتداء متصل الانتهاء، بأن وقف على عبد ثم على الفقراء، أو على رجل غير معين ثم على الفقراء، ففيه طريقتان: ومن أصحابنا من قال: يبطل قولاً واحداً، لأن الأول باطل، والثاني فرع لأصل باطل فكان باطلاً. ومنهم من قال: فيه قولان: أحدهما: أنه باطل لما ذكرناه. والثاني: أنه يصح لأنه لما بطل الأول صار كأن لم يكن، وصار الثاني أصلاً. فإذا قلنا: إنه يصح، فإن كان الأول لا يمكن اعتبار انقراضه كرجل غير معين صرف إلى من بعده وهم الفقراء، لأنه يمكن اعتبار انقراضه فسقط حكمه. وإن كان يمكن اعتبار انقراضه كالعبد ففيه ثلاثة أوجه: أحدهما: ينقل في الحال إلى من بعده، لأن الذي وقف عليه في الابتداء لم يصح الوقف عليه، فصار كالمعدوم. والثاني: وهو المنصوص: أنه للواقف ثم لوارثه إلى أن ينقرض الموقوف عليه، ثم يجعل لمن بعده، لأنه لم يوجد شرط الانتقال إلى الفقراء فبقي على ملكه. والثالث: أنه يكون لأقرباء الواقف إلى أن ينقرض الموقوف عليه، ثم يجعل للفقراء لأنه لا يمكن تركه على الواقف، لأنه أزال الملك فيه، ولا يمكن أن يجعل للفقراء لأنه لم يوجد شرط الانتقال إليهم، فكان أقرباء الواقف أحق. وهل يختص به فقراؤهم أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء؟ على ما ذكرناه من القولين.

**فصل** وإن وقف وقفاً مطلقاً ولم يذكر سبيله ففيه قولان: أحدهما: أن الوقف باطل، لأنه تمليك فلا يصح مطلقاً، كما لو قال: بعت داري ووهبت مالي. والثاني: يصح وهو الصحيح، لأنه إزالة ملك على وجه القرية، فصح مطلقاً كالأضحية. فعلى هذا، يكون حكمه حكم الوقف المتصل الابتداء المنقطع الانتهاء وقد بيناه].

**الشرح** الحديث الأول جزء من حديث طويل عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «والذي بعثني بالحق لا يعذب الله يوم القيامة من رحم

اليتيم ولأن له في الكلام ورحم يتمه وضعفه ولم يتناول على جاره بفضل ما آناه الله وقال: يا أمة محمد والذي بعثني بالحق لا يقبل الله صدقة من رجل وله قرابة محتاجون إلى صلته ويصرفها إلى غيرهم والذي نفسي بيده لا ينظر الله إليه يوم القيامة». رواه الطبراني في الأوسط<sup>(١)</sup>، قال الهيثمي في مجمع الزوائد: وفيه عبدالله بن عامر الأسلمي وهو ضعيف، وقال أبو حاتم: ليس بالمتروك، أما بقية رجاله فنقات<sup>(٢)</sup>.

أما حديث سلمان بن عامر فرواه أحمد وابن ماجه والترمذي والنسائي وابن حبان والدارقطني والحاكم وحسنه الترمذي<sup>(٣)</sup>.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [ولا يصح الوقف إلا بالقول. فإن بنى مسجداً وصلّى فيه، أو أذن للناس بالصلاة فيه، لم يصر وقفاً، لأنه إزالة ملك على وجه القرية، فلم يصح من غير قول مع القدرة كالعتق. وألفاظه ستة: وقفت، وحبست، وسبّلت، وتصدقت، وأبدت، وحرّمت. فأما الوقف والحبس والتسبيل، فهي صريحة فيه، لأن الوقف موضوع له ومعروف به. والتحبس والتسبيل ثبت لهما عرف الشرع: فإن النبي ﷺ قال لعمر رضي الله عنه: «حبس الأصل وسبل الثمرة». وأما التصدق فهو كناية فيه، لأنه مشترك بين الوقف وصدقة التطوع، فلم يصح الوقف بمجرد، فإن اقترنت به نية الواقف أو لفظ من الألفاظ الخمسة بأن يقول: تصدقت به صدقة موقوفة، أو محبوسة، أو مسبلة، أو مؤبدة، أو محرمة، أو حكم الوقف بأن يقول: صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث، صار وقفاً، لأنه مع هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف. وأما قوله: حرمت وأبدت ففيه وجهان:

(١) المعجم الأوسط (٨/٣٤٦).

(٢) مجمع الزوائد (٣/١١٧).

(٣) أخرجه الترمذي في الزكاة (٤٦ - ٣/٤٧)، وكذا ابن ماجه في آخره (١/٥٩١)، والنسائي فيه (٥/٩٢)، وأحمد (٤/١٨)، والحاكم (٦/٤٠٧)، وحسنه الترمذي وصححه الألباني في صحيح الترمذي برقم ٥٣١.

أحدهما: أنه كناية فلا يصح به الوقف إلا بإحدى القرائن التي ذكرنا، لأنه لم يثبت له عرف الشرع ولا عرف اللغة، فلم يصح الوقف بمجرد كالتصدق. والثاني: أنه صريح لأن التأييد والتحريم في غير الإبضاع لا يكون إلا بالوقف فحمل عليه.

**فصل** وإذا صح الوقف لزم وانقطع تصرف الواقف فيه، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ قال لعمر رضي الله عنه: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها لا تباع ولا توهب ولا تورث». ويزول ملكه عن العين. ومن أصحابنا من خرج فيه قولاً آخر: أنه لا يزول ملكه عن العين، لأن الوقف حبس العين وتسبيل المنفعة، وذلك لا يوجب زوال الملك، والصحيح: هو الأول، لأنه سبب يزول ملكه عن التصرف في العين والمنفعة فأزال الملك كالعق. واختلف أصحابنا فيمن ينتقل الملك إليه. فمنهم من قال: ينتقل إلى الله تعالى قولاً واحداً، لأنه حبس عين وتسبيل منفعة على وجه القرية، فأزال الملك إلى الله تعالى، كالعق.

ومنهم من قال: فيه قولان: أحدهما: أنه ينتقل إلى الله تعالى وهو الصحيح لما ذكرنا. والثاني: أنه ينتقل إلى الموقوف عليه، لأن ما أزال الملك عن العين لم يزل المالية تنقل إلى الآدمي كالصدقة.

**فصل** ويملك الموقوف عليه غلة الوقف. فإن كان الموقوف شجرة، ملك ثمرتها وتجب عليه زكاتها، لأنه يملكها ملكاً تاماً فوجب زكاتها عليه. فإن كان حيواناً، ملك صوفه ولبنه، لأن ذلك من غلة الوقف وفوائده، فهو كالثمرة. وهل يملك ما تلده؟ فيه وجهان: أحدهما: يملكه لأنه نماء الوقف، فأشبه الثمرة وكسب العبد. والثاني: أنه موقوف كالأم، لأن كل حكم ثبت للأم يتبعها فيه الولد، كحرمة الاستيلاء في أم الولد.

وإن كان جارية، ملك مهرها لأنه بدل منفعتها، ولا يملك وطأها، لأن في أحد القولين: لا يملكها، وفي الثاني: يملكها ملكاً ضعيفاً، فلم يملك به الوطاء. فإن وطئها، لم يلزمه الحد لأنه في أحد القولين: يملكها، وفي الثاني: له شبهة ملك.

وفي تزويجها وجهان: أحدهما: لا يجوز، لأنه ينقص قيمتها وربما تلفت من الولادة فيدخل الضرر على من بعده من أهل الوقف. والثاني: يجوز لأنه عقد على منفعتها، فأشبهه الإجارة. فإن قلنا: إنها للموقوف عليه، كان تزويجها إليه. وإن قلنا: إنها تنتقل إلى الله تعالى، كان تزويجها إلى الحاكم كالحرة التي لا ولي لها. ولا يزوجه الحاكم إلا بإذن الموقوف عليه، لأن له حقاً في منافعها فلم يملك التصرف فيها بغير إذنه. فإن أتت بولد مملوك، كان الحكم فيه كالحكم فيما تلد البهيمة.

**فصل** وإن أتلّفه الواقف أو أجنبي، فقد اختلف أصحابنا فيه على طريقتين: فمنهم من قال: يبنى على القولين: فإن قلنا: إنه للموقوف عليه، وجبت القيمة له لأنه بدل ملكه. وإن قلنا: إنه لله تعالى، اشترى به مثله ليكون وقفاً مكانه. وقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني: يشتري بها مثله ليكون وقفاً مكانه قولاً واحداً، وأنا وإن قلنا: إنه ينتقل إلى الموقوف عليه إلا أنه لا يملك الانتفاع برقبته، وإنما يملك الانتفاع بمنفعته، ولأن في ذلك إبطال حق البطن الثاني من الوقف. وإن أتلّفه الموقوف عليه، فإن قلنا: إنه إذا أتلّفه غيره كانت القيمة له، لم تجب عليه لأنها تجب له. وإن قلنا: يشتري بها ما يكون وقفاً مكانه، أخذت القيمة منه، واشترى بها ما يكون مكانه.

وإن كان الوقف جارية فوطئها رجل بشبهة فأنت منه بولد، ففي قيمة الولد ما ذكرناه من الطريقتين في قيمة الوقف إذا أتلّف. وإن كان الوقف عبداً فجنى جنابة توجب المال، لم يتعلق برقبته، لأنها ليست بمحل للبيع. فإن قلنا: إنه للموقوف عليه وجب الضمان عليه. وإن قلنا: إنه لله تعالى ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: يلزم الواقف، وهو قول أبي إسحاق وهو الصحيح، لأنه منع من بيعه ولم يبلغ به حالة يتعلق الأرض بذمته، فلزمه أن يفديه كأم الولد. والثاني: أنه يجب في بيت المال، لأنه لا يمكن إيجابه على الواقف لأنه لا يملكه، ولا على الموقوف عليه لأنه لا يملكه، فلم يبق إلا بيت المال. والثالث: أنه يجب في كسبه، لأنه كان محله الرقبة، ولا يمكن تعليقه عليها فتعلق بكسبه، لأنه مستفاد من الرقبة.

ويجب أقل الأمرين من قيمته، أو أرش الجنائية، لأنه لا يمكن بيعه، كأم الولد].

### الشرح أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وتصرف الغلة على شرط الواقف من: الأثرة، والتسوية، والتفضيل، والتقديم، والتأخير، والجمع، والترتيب، وإدخال من شاء بصفة وإخراجه بصفة، لأن الصحابة رضي الله عنهم وقفوا وكتبوا شروطهم. فكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه صدقة: «للسائل، والمحروم، والضيف، ولذي القربى، وابن السبيل، وفي سبيل الله». وكتب علي كرم الله وجهه بصدقته: «ابتغاء مرضاة الله ليولجني الجنة ويصرف النار عن وجهي، ويصرفني عن النار، في سبيل الله، وذو الرحم، والقريب، والبعيد، لا يباع ولا يورث»<sup>(١)</sup>. وكتبت فاطمة رضي الله عنها بنت رسول الله ﷺ: «لنساء رسول الله ﷺ وفقراء بني هاشم وبني المطلب»<sup>(٢)</sup>.

فصل فإن قال: وقفت على أولادي، دخل فيه الذكر والأنثى والخنثى، لأن الجميع أولاده، ولا يدخل فيه ولد الولد، لأن ولده حقيقة ولده من صلبه. فإن كان له حمل لم يدخل فيه حتى ينفصل، فإذا انفصل استحق ما يحدث من الغلة بعد الانفصال دون ما أحدث قبل الانفصال، لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولدًا. وإن وقف على ولده وله ولد فنفاه باللعان، لم يدخل فيه. وقال أبو إسحاق: يدخل فيه لأن اللعان يسقط النسب في حق الزوج، ولا يتعلق به حكم سواء ولهذا تنقضي به العدة. والمذهب الأول لأن الوقف على ولده باللعان قد بان أنه ليس بولده، فلم يدخل فيه.

وإن وقف على أولاد أولاده، دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات،

(١) أخرجه البيهقي (١٦٠ - ٦/١٦١).

(٢) البيهقي (٦/١٦١) أن فاطمة تصدقت بمالها على بني هاشم وبني المطلب.

لأن الجميع أولاد أولاده. فإن قال: على نسلي أو عقبي أو ذريتي، دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات، قربوا أو بعدوا، لأن الجميع من نسله وعقبه وذريته، ولهذا قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ وَأَيُّوبَ وَيُوسُفَ وَمُوسَى وَهَارُونَ وَكَذَلِكَ نَجْزِي الْمُحْسِنِينَ﴾ (٨٤) وَزَكَرِيَّا وَيَحْيَى وَعِيسَى ﴿١﴾ فجعل هؤلاء كلهم من ذريته على البعد، وجعل عيسى من ذريته وهو ينسب إليه بالأم. فإن وقف على عترته فقد قال ابن الأعرابي وثلعب: هم ذريته، وقال القتيبي: هم عشيرته. وإن وقف على من ينسب إليه، لم يدخل فيه أولاد البنات لأنهم لا ينسبون إليه، ولهذا قال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأجانب

وإن وقف على البنين، لم يدخل فيه الخنثى المشكل لأننا لا نعلم أنه من البنين. فإن وقف على البنات، لم يدخل فيه لأننا لا نعلم أنه من البنات. فإن وقف على البنين والبنات ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا يدخل فيه، لأنه ليس من البنين ولا من البنات. والثاني: أنه يدخل لأنه لا يخلو من أن يكون ابناً أو بنتاً، وإن أشكل علينا.

فإن وقف على بني زيد، لم يدخل فيه بناته. فإن وقف على بني تميم، وقلنا: إن الوقف صحيح ففيه وجهان: أحدهما: لا يدخل فيه البنات، لأن البنين اسم للذكور حقيقة. والثاني: يدخلن فيه لأنه إذا أطلق اسم القبيلة، دخل فيه كل من ينسب إليها من الرجال والنساء.

**فصل** وإن قال: وقفت على أولادي، فإن انقرض أولادي وأولاد أولادي فعلى الفقراء، لم يدخل فيه ولد الولد، ويكون هذا وقفاً منقطع الوسط، فيكون على قولين، كالوقف المنقطع الانتهاء. ومن أصحابنا من قال: يدخل فيه أولاد الأولاد بعد انقراض ولد الصلب، لأنه لما شرط انقراضهم، دل على أنهم يستحقون كولد الصلب، والصحيح هو: الأول، لأنه لم يشرط شيئاً وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم].

(١) الأنعام: ٨٤، ٨٥.

**الشرح** قوله الأثرة وهي أن يخص قوماً دون قوم مثل أن يقف على أولاده فيخص الذكور دون والإناث أو العكس. وأما التسوية فأن يسوي بين الغني والفقير أو بين الذكور والإناث، والإطلاق يقتضي ذلك. وأما التقديم والتأخير فيتحقق بأمرين بالمفاضلة مثل أن يقول وقفت على أولادي للذكر مثل حظ الأنثيين أو على أن للأنثى الثلثين وللذكر الثلث مثلاً. والثاني أن يقول: أن البطن الأعلى يقدم على البطن الثاني<sup>(١)</sup>. وأما إخراج من شاء بصفة فمثل أن يقول: وقفت على أولادي على أن من استغنى منهم فلا حق له فيه.

وأما كتاب عمر فقد أخرجه أبو داود وجاء فيه «بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به عبدالله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمغاً وصرمة ابن الأكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم التي بخيبر ورقيقه الذي فيه والمائة التي أطعمه محمد ﷺ بالوادي تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها أن لا يباع ولا يشتري ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذي القربى ولا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشتري رقيقاً منه»<sup>(٢)</sup>.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن وقف على أقاربه، دخل فيه كل من تعرف قرابته. فإن كان للواقف أب يعرف به وينسب إليه، دخل في وقفه كل من ينسب إلى ذلك الأب، ولا يدخل فيه من ينسب إلى أخي الأب أو أبيه. فإن وقف الشافعي رحمه الله لأقاربه، دخل فيه كل من ينسب إلى شافع بن السائب، لأنهم يعرفون بقرابته، ولا يدخل فيه من ينسب إلى علي

(١) ومثاله أيضاً أن يقول: وقفت هذا العقار على المسجد والفقراء على أن يبدأ بالمسجد وما فضل للفقراء.

(٢) أخرجه أبو داود في الوصايا (٢٩٩ - ٣/٣٠٠)، والبيهقي (٦/١٦٠)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٥٠٣، وشمغ: هي أرض قرب المدينة، والصرمة: القطعة من الإبل كما في اللسان.

وعباس بن السائب، ولا من ينسب إلى السائب، لأنهم لا يعرفون بقرابته. ويستوي فيه من قرب وبعد من أقاربه، ويستوي فيه الذكر والأنثى، لتساوي الجميع في القرابة. فإن حدث قريب بعد الوقف دخل فيه. وذكر البويطي: أنه لا يدخل فيه، وهذا غلط من البويطي لأنه لا خلاف أنه إذا وقف على أولاده دخل فيه من يحدث من أولاده.

**فصل** وإن وقف على أقرب الناس إليه ولم يكن له أبوان، صرف إلى الولد ذكراً كان أو أنثى، لأنه أقرب من غيره، لأنه جزء منه. فإن لم يكن له ولد، فالإلى ولد الولد من البنين والبنات. فإن لم يكن ولد ولا ولد ولد، وله أحد الأبوين، صرف إليه لأنهما أقرب من غيرهما. فإن اجتمعا استويًا، فإن لم يكن صرف إلى أبيهما الأقرب فالأقرب، فإن كان له أب وابن ففيه وجهان: أحدهما: أنهما سواء، لأنهما في درجة واحدة في القرب. والثاني: يقدم الابن لأنه أقوى تعصيباً من الأب.

فإن قلنا: إنهما سواء، قدم الأب على ابن الابن لأنه أقرب منه. وإن قلنا: يقدم الابن، قدم ابن الابن على الأب، لأنه أقوى تعصيباً منه. فإن لم يكن أبوان ولا ولد وله إخوة، صرف إليهم، لأنهم أقرب من غيرهم. فإن اجتمع أخ من أب، وأخ من أم استويًا. وإن كان أحدهما من الأب والأم، والآخر من أحدهما، قدم الذي من الأب والأم لأنه أقرب. فإن لم يكن إخوة، صرف إلى بني الإخوة على ترتيب آبائهم. فإن كان له جد وأخ ففيه قولان: أحدهما: إنهما سواء لتساويهما في القرب، ولهذا سوينا بينهما في الإرث. والثاني: يقدم الأخ لأن تعصيبه تعصيب الأولاد. فإذا قلنا إنهما سواء قدم الجد على ابن الأخ، وإن قلنا يقدم الأخ فابن الأخ وإن سفل أولى من الجد. فإن لم يكن إخوة وله أعمام صرف إليهم ثم إلى أولادهم على ترتيب الأخوة وأولادهم. فإن كان له عم وأبو جد فعلى القولين في الجد والأخ. وإن كان له عم وخال أو عمّة وخالّة أو ولدتهما فهما سواء. فإن كان له جدتان إحداهما تدلي بقرابتين والأخرى بقاربة فالتدلي بقرابتين أولى لأنها أقرب. ومن أصحابنا من قال: إن قلنا إن السدس بينهما في الميراث استويًا في الوقف.

فصل وإن وقف على جماعة من أقرب الناس إليه صرف إلى ثلاثة من أقرب الأقارب. فإن وجد بعض الثلاثة في درجة والباقي في درجة أبعد استوفى ما أمكن من العدد من الأقرب وتمم الباقي من الدرجة الأبعد، لأنه شرط الأقرب والعدد فوجب اعتبارهما.

فصل وإن وقف على مواليه وله مولى من أعلى ومولى من أسفل ففيه ثلاثة أوجه أحدها: يصرف إليهما لأن الإسم يتناولهما. والثاني: يصرف إلى المولى من أعلى، لأن له مزية بالعتق والتعصيب. والثالث: إن الوقف باطل لأنه ليس حملة على أحدهما بأولى من حملة على الآخر ولا يجوز الحمل عليهما لأن المولى في أحدهما بمعنى وفي الآخر بمعنى آخر فلا تصح إرادتهما بلفظ واحد فبطل].

### الشرح أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله [وإن وقف على زيد وعمرو وبكر ثم على الفقراء فمات زيد صرف إلى من بقي من أهل الوقف، فإذا انقضوا صرف إلى الفقراء. وقال أبو علي الطبري: يرجع إلى الفقراء، لأنه لما جعل لهم إذا انقضوا وجب أن يكون حصة كل واحد منهم لهم إذا انقض. والمنصوص في حرملة هو الأول، لأنه لا يمكن نقله إلى الفقراء لأنه قبل انقضاهم لم يوجد شرط النقل إلى الفقراء، ولا يمكن رده إلى الواقف لأنه أزال ملكه عنه فكان أهل الوقف أحق به.

فصل وإن وقف مسجداً فخرّب المكان وانقطعت الصلاة فيه لم يعد إلى الملك ولم يجز له التصرف فيه، لأن ما زال الملك فيه لحق الله تعالى لا يعود إلى الملك بالإختلال، كما لو أعتق عبداً ثم زمن. وإن وقف نخلة فجفت أو بهيمة فزمنت أو جذوعاً على مسجد فتكسرت ففيه وجهان أحدهما: لا يجوز بيعه لما ذكرناه في المسجد. والثاني: يجوز بيعه لأنه لا يرجى منفعته فكان بيعه أولى من تركه بخلاف المسجد، فإن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه وقد يعمر الموضع فيصلى فيه. فإن قلنا تباع كان الحكم في ثمنه حكم القيمة التي توجد من متلف الوقف وقد بيناه. وإن

وقف شيئاً على ثغر فبطل الثغر كطرسوس أو على مسجد فاختل المكان حفظ الارتفاع ولا يصرف إلى غيره لجواز أن يرجع كما كان.

فصل وإن احتاج الوقف إلى نفقة أنفق عليه من حيث شرط الواقف، لأنه لما اعتبر شرطه في سبيله اعتبر شرطه في نفقته كالمالك في أمواله. وإن لم يشترط أنفق عليه من غلته، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا بالنفقة فحمل الوقف عليه. وإن لم يكن له غلة فهو على القولين إن قلنا إنه لله تعالى كانت نفقته في بيت المال كالحر المعسر الذي لا كسب له، وإن قلنا للموقوف عليه كانت نفقته عليه.

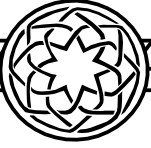
فصل والنظر في الوقف إلى من شرطه الواقف، لأن الصحابة رضي الله عنهم وقفوا وشرطوا من ينظر، فجعل عمر رضي الله عنه إلى حفصة رضي الله عنها وإذا توفيت فإنه إلى ذوي الرأي من أهلها، ولأن سبيله إلى شرطه فكان النظر إلى من شرطه.

وإن وقف ولم يشترط الناظر ففيه ثلاثة أوجه أحدها: أنه إلى الواقف لأنه كان النظر إليه فإذا لم يشترطه بقي على نظره. والثاني: أنه للموقوف عليه لأن الغلة له فكان النظر إليه. والثالث: إلى الحاكم لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه وحق من ينتقل إليه فكان الحاكم أولى. فإن جعل الواقف النظر إلى اثنين من أفاضل ولده ولم يوجد فيهم فاضل إلا واحد ضم الحاكم إليه آخر لأن الواقف لم يرض فيه بنظر واحد.

فصل إذا اختلف أرباب الوقف في شروط الوقف وسبيله ولا بينة جعل بينهم بالسوية. فإن كان الواقف حياً رجع إلى قوله، لأنه ثبت بقوله فرجع إليه.

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.





قال المصنف رحمه الله :

## كتاب الهبات

[الهبة مندوب إليها لما روت عائشة رضي الله عنها: أن النبي ﷺ قال: «تهادوا تحابوا». وللاقارب أفضل لما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «الراحمون يرحمهم الله، ارحموا من في الأرض يرحمكم من في السماء، الرحم شجنة من الرحمن فمن وصلها وصله الله ومن قطعها قطعها الله» وفي الهبة صلة الرحم. والمستحب أن لا يفضل بعض أولاده على بعض في الهبة لما روى النعمان بن بشير قال: أعطاني أبي عطية فأتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إني أعطيت ابني عطية وأن أمه قالت: لا أَرْضى حتى تشهد رسول الله ﷺ، فقال رسول ﷺ: «فهل أعطيت كل ولدك مثل ذلك؟» قال لا، قال رسول الله ﷺ: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم، أليس يسرك أن يكونوا في البر سواء؟» قال: بلى، قال: «فلا إذا» قال الشافعي رحمه الله: ولأنه يقع في نفس المفضل ما يمنعه من بره، ولأن الأقارب ينفس بعضها بعضاً ما لا ينفس العدى. فإن فضل بعضهم بعطية، صحت العطية لما روي في حديث النعمان أن النبي ﷺ قال: «أشهد على هذا غيري» فلو لم يصح لبين له ولم يأمره أن يشهد عليه غيره<sup>(١)</sup>. ولا يستنكف أن يهب القليل، ولا أن يتهب القليل لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لو دعيت إلى كراع لأجبت، ولو أهدي إلي كراع أو ذراع لقبلت».]

(١) وهذا الجواب لا يسلم، لأن قوله ﷺ: «أشهد على هذا غيري» دليل على رفضه وإنكاره له وليس إذناً له بإشهاد غيره، ويؤكد هذا المعنى قوله ﷺ في رواية أخرى: «فلا تشهدني إذا فإني لا أشهد على جور».

**الشرح الحديث الأول** أخرجه البخاري في الأدب المفرد والبيهقي وابن طاهر في مسند الشهاب من طريق محمد بن بكير عن ضمام بن إسماعيل عن موسى بن وردان عن أبي هريرة<sup>(١)</sup>، قال الحافظ ابن حجر: وإسناده حسن وقد اختلف فيه على ضمام<sup>(٢)</sup>. ورواه الطبراني في الأوسط من حديث عائشة «تهادوا تحابوا وهاجروا تورثوا أولادكم مجداً وأقبلوا الكرام عثرتهم»<sup>(٣)</sup> قال الحافظ: وفي إسناده نظر<sup>(٤)</sup>. وحديث ابن عمر رواه أحمد والطبراني بإسناد صحيح عن عبدالله بن عمرو<sup>(٥)</sup>. وحديث النعمان بن بشير رواه البخاري ومسلم وأحمد<sup>(٦)</sup>. وحديث أبي هريرة أخرجه البخاري<sup>(٧)</sup>.

والهبة بكسر الهاء وتخفيف الباء، قال في الفتح: تطلق بالمعنى الأعم على أنواع: الإبراء وهو هبة الدين ممن هو عليه، والصدقة وهي هبة ما يتمحض به طلب ثواب الآخرة، والهدية وهي ما يكرم به الموهوب له، ومن خصها بالحياة أخرج الوصية وهي تكون أيضاً بالأنواع الثلاثة، وتطلق الهبة بالمعنى الأخص على ما لا يقصد له بدل، وعليه ينطبق قول من عرف الهبة بأنها تملك بلا عوض<sup>(٨)</sup>.

- 
- (١) البيهقي في الهبات (٦/١٦٩)، والأدب المفرد (١/٢٠٨)، ومسند الشهاب (١/٣٨١)، وحسنه الألباني في صحيح الجامع الصغير برقم ٣٠٠٤.
- (٢) التلخيص الحبير (٣/٨٠).
- (٣) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (١٥٠ - ١/١٥١)، وضعفه الألباني جداً في ضعيف الجامع الصغير برقم ٢٤٩١.
- (٤) التلخيص (٣/٨١).
- (٥) أخرجه الترمذي في البر والصلة (٤/٣٢٤ - ٣٢٣) وقال: حسن صحيح وأحمد (٢/١٦٠) من حديث عبدالله بن عمرو، وصححه الألباني في صحيح الترمذي برقم ١٥٦٩، والشجعة: بكسر الشين وضمها أصلها: شعبة من غصن من غصون الشجرة، ومعناها هنا: أن الرحم مشتقة من اسم الرحمن.
- (٦) أخرجه البخاري في الهبة (٥/٢١١)، وكذا مسلم (١١/٦٥)، وابن ماجه (٢/٧٩٥) فيه، والترمذي في الأحكام (٣/٦٤٩)، وأبو داود في البيوع (٣/٨١٥)، والنسائي في النحل (٦/٢٥٨)، وأحمد (٤/٢٦٨).
- (٧) أخرجه البخاري في العتق (٥/١٩٩).
- (٨) فتح الباري (٥/١٩٧) ومنه نقلته لتحريف ورد في المطبوعة.

وأما الأحكام فحديث النعمان بن بشير تمسك به من أوجب التسوية بين الأولاد في العطية، وبه صرح البخاري، وهو قول طاوس والثوري وأحمد وإسحاق وبعض المالكية، قال في الفتح: والمشهور عن هؤلاء أنها باطلة، وعن أحمد تصح ويجب أن يرجع، وعنه يجوز التفاضل إن كان له سبب كأن يحتاج الولد لزمانته أو دينه أو نحو ذلك دون الباقيين. وقال أبو يوسف: تجب التسوية إن قصد بالفضل الإضرار. وذهب الجمهور إلى أن التسوية مستحبة فإن فضل بعضاً صح وكره، وحملوا الأمر على الندب وكذلك حملوا النهي الثابت في رواية مسلم بلفظ «أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء؟ قال: بلى قال: «فلا إذن» على التنزيه<sup>(١)</sup>.

واختلف الموجبون للتسوية في کیفیتها، فقال محمد بن الحسن وأحمد وإسحاق وبعض الشافعية والمالكية: العدل أن يعطي الذكر حظين كالميراث واحتجوا بأن ذلك حظه من المال لومات عنه الواهب. وقال غيرهم: لا فرق بين الذكر والأنثى. وظاهر الأمر بالتسوية يشهد لهم<sup>(٢)</sup>.

**قال المصنّف رحمه الله:** [وما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته، لأنه عقد يقصد به ملك العين فملك به ما يملك بالبيع. وما جاز هبته جاز هبة جزء منه مشاع لما روى عمر بن سلمة الضمري: «أن رسول الله ﷺ خرج من المدينة حتى أتى الروحاء فإذا حمار عقير فقيل: يا رسول الله هذا حمار عقير، فقال: «دعوه فإنه سيطلبه صاحبه» فجاء رجل من فهر فقال: يا رسول الله إني أصبت هذا فشأنكم به، فأمر النبي ﷺ أبا بكر بقسم لحمه بين الرفاق» ولأن القصد منه التملك، والمشاع كالمقسوم في ذلك].

**فصل** وما لا يجوز بيعه من المجهول وما لا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض، لا تجوز هبته، لأنه عقد يقصد به تملك المال في حال الحياة فلم يجز فيما ذكرناه كالبيع.

(١) الفتح (٥/٢١٤).

(٢) وهذا كله تنمة كلام الحافظ في الفتح (٥/٢١٤).

فصل ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل، لأنه عقد يبطل بالجهالة، فلم يجوز تعليقه على شرط مستقبل، كالبيع].

الشرح حديث عمر بن سلمة الضمري كذا في نسخ المذهب، وفي مواطن من فصول المذهب وصوابه عمير بن سلمة الضمري بالتصغير، قال الحافظ ابن حجر في التهذيب: له صحبة وحديث. وهذا الحديث أخرجه أحمد والنسائي ومالك في الموطأ وصححه ابن خزيمة وغيره عن عمير بن سلمة الضمري عن رجل من بهز أنه خرج مع رسول الله ﷺ يريد مكة حتى إذا كانوا في بطن واد الروحاء وجد الناس حمار وحش عقيراً فذكروه للنبي ﷺ فقال: أقروه حتى يأتي صاحبه، فأتى البهزي وكان صاحبه فقال: يا رسول الله شأنكم هذا الحمار فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر فقسمه في الرفاق وهم محرمون<sup>(١)</sup>.

وهذا الخبر صريح في صحة هبة المشاع، وبه قال مالك والشافعي وأحمد، سواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن.

وقال أصحاب الرأي: لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته، لأن القبض شرط في الهبة ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه، فإن كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه.

ولنا حديث عمير بن سلمة في الفصل. وقولهم: إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح، فإنه لم يمنع صحته في البيع فكذا ههنا.

وقول المصنف «ولا يجوز تعليقها على شرط»، وهو كذلك، لأن الهبة تملك لمعين في الحياة فلم يجوز تعليقها على شرط كالبيع، فإن علقها على شرط كقول النبي ﷺ لأم سلمة «إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك» كان وعداً.

---

(١) أخرجه النسائي في الصيد (٧/٢٠٥)، وأحمد (٣/٤١٨)، والحاكم (٣/٦٢٤) من حديث عمير بن سلمة الضمري وليس من حديث رجل من بهز، وصحح إسناده الألباني في صحيح النسائي برقم ٤٠٥٢.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [ولا تصح إلا بالإيجاب والقبول، لأنه تمليك آدمي لآدمي، فافتقر إلى الإيجاب والقبول، كالبيع والنكاح. ولا يصح القبول إلا على الفور، وقال أبو العباس: يصح على التراخي، والصحيح: هو الأول، لأنه تمليك مال في حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع.

**فصل** ولا يملك الموهوب منه الهبة من غير قبض، لما روت عائشة رضي الله عنها: «أن أباهما نحلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله، فلما حضرته الوفاة قال: يا بنية إن أحب الناس غنى بعدي لأنت، وإن أعز الناس علي فقراً بعدي لأنت، وإني كنت نحللتك جذاذ عشرين وسقاً من مالي، ووددت أنك جذذته وحزته، وإنما هو اليوم مال الوارث، وإنما هما أخواك وأختك» قالت: هذان أخواي فمن أختاي؟ قال: «ذو بطن بنت خارجة فإني أظنها جارية». فإن مات قبل القبض قام وارثه مقامه، إن شاء قبض، وإن شاء لم يقبض.

ومن أصحابنا من قال: يبطل العقد بالموت لأنه غير لازم، فبطل بالموت كالعقود الجائزة، والمنصوص: أنه لا يبطل، لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم يبطل بالموت كالبيع بشرط الخيار. فإذا قبض، ملك بالقبض. ومن أصحابنا من قال: يتبين أنه ملك بالعقد، فإن حدث منه نماء قبل القبض كان للموهوب له، لأن الشافعي رضي الله عنه قال فيمن وهب له عبد قبل أن يهل عليه هلال شوال وقبض بعد ما أهل: إن فطرة العبد على الموهوب له، والمذهب: الأول، وما قال في زكاة الفطر فرعه على قول مالك رحمه الله].

**الشرح** خبر عائشة رضي الله عنها رواه مالك في الموطأ<sup>(١)</sup>.

(١) أخرجه مالك في الأفضية: باب ما لا يجوز من النحل (٢/٧٥٢)، والبيهقي (٦/١٧٠)، والبخاري (٣٠٢ - ٨/٣٠٣)، وإسناده صحيح.

وأما لغات الفصل فإن قوله «نحل عائشة» أي أعطاها والنحلة: العطية. والوسق: ستون صاعاً. وحزته أي قبضته، ولو قال حزتيه لكان جائزاً ولكن الحذف أفصح.

وأما قوله ذو بطن بنت خارجة، فإن ذو تأتي بمعنى الإسم الموصول في لغة طيء، وقد تزوج أبو بكر ذو بطن بنت خارجة واسمها حبيبة وبنتها أم كلثوم بنت أبي بكر رضي الله عنه<sup>(١)</sup>.

وأما الأحكام فلا يملك الموهوب له الهبة إلا بقبضها لخبر عائشة. فإذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض، فإذا قلنا بأنه عقد يؤول إلى اللزوم لم يبطل بموت أحد المتعاقدين بل يقوم ورثته مقامه، وهذا قول أكثر أصحابنا. وإن قلنا بقول بعض الأصحاب بأنه من العقود الجائزة، يبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة، وهو قول الإمام أحمد، وقد روى بإسناده عن أم كلثوم بنت سلمة قالت: لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها: إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أرى هديتي إلا مردودة علي فإن ردت فهي لك. قالت: فكان ما قال رسول الله ﷺ وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة<sup>(٢)</sup>.

وفرق الحنابلة بين المكيل والموزون وغيرهما فالمكيل والموزون لا يصح التملك بغير قبض أما في غيرهما فيصح بغير القبض، لما روي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالوا: الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض، وهو قول مالك وأبي ثور. وعن أحمد رواية أخرى: لا تلزم الهبة في الجميع إلا بالقبض، وهو قول أكثر أهل العلم.

(١) هذا كلام غريب من الشارح، فإن ذو هنا بمعنى صاحب، وذو بطن بنت خارجة أي: صاحب بطن بنت خارجة، ويقصد به الحمل الذي في بطن زوجته بنت خارجة، وقوله أظنها جارية، أي: أنثى، فكان كما ظن رضي الله عنه وهذه من كراماته المعروفة.

(٢) أخرجه أحمد (٦/٤٠٤)، وابن حبان في صحيحه (٥١٥ - ١١/٥١٦).

قال المصنّف رحمه الله: [فإن وهب لغير الولد وولد الولد شيئاً وأقبضه، لم يملك الرجوع فيه لما روى ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما رفعاه إلى النبي ﷺ: «لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما أعطى ولده» وإن وهب للولد أو ولد الولد وإن سفل، جاز له أن يرجع للخبر، ولأن الأب لا يتهم في رجوعه، لأنه لا يرجع إلا لضرورة أو لإصلاح الولد. وإن تصدق عليه فالمنصوص: أن له أن يرجع كالهبة. ومن أصحابنا من قال: لا يرجع لأن القصد بالصدقة طلب الثواب وإصلاح حاله مع الله عز وجل، فلا يجوز أن يتغير رأيه في ذلك، والقصد من الهبة: إصلاح حال الولد، وربما كان الصلاح في استرجاعه فجاز له الرجوع.

وإن تداعى رجلان نسب مولود ووهبا له مالا، لم يجوز لواحد منهما أن يرجع، لأنه لم يثبت له بنوته، فإن لحق بأحدهما ففيه وجهان: أحدهما: أنه يجوز، لأنه ثبت أنه ولده.

**والثاني:** لا يجوز لأنه لم يثبت له الرجوع في حال العقد. وإن وهب لولده ووهب الولد لولده ففيه وجهان:

**أحدهما:** يجوز لأنه في ملك من يجوز له الرجوع في هبته. والثاني لا يجوز، لأنه رجوع على غير من وهب له، فلم يجوز. وإن وهب لولده شيئاً فأفلس الولد وحجر عليه ففيه وجهان:

**أحدهما:** يرجع لأن حقه سابق لحقوق الغرماء.

**والثاني:** لا يرجع لأنه تعلق به حق الغرماء فلم يجوز له الرجوع كما لو رهنه.

**فصل** وإن زاد الموهوب في ملك الولد، أو زال الملك فيه ثم عاد إليه، فالحكم فيه كالحكم في المبيع إذا زاد في يد المشتري أو زال الملك فيه ثم عاد إليه ثم أفلس في رجوع البائع، وقد بيناه في التفليس.

**الشرح** حديث ابن عمر وابن عباس رواه طاوس أن ابن عمر وابن

عباس رفعاه إلى النبي ﷺ قال: «لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الولد فيما يعطي ولده، ومثل الرجل يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم رجع في قيئه» أخرجه أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وصححه وكذلك ابن حبان والحاكم وصححاه<sup>(١)</sup>.

وقد استدل بالحديث على تحريم الرجوع في الهبة، قال في الفتح: وإلى القول بتحريم الرجوع في الهبة بعد أن تقبض ذهب جمهور العلماء إلا هبة الوالد لولده<sup>(٢)</sup>. وذهب الحنفية والزيدية إلى حل الرجوع في الهبة دون الصدقة إلا إذا حصل مانع من الرجوع كالهبة لذي رحم ونحو ذلك من الموانع<sup>(٣)</sup>. وقد استدل الجمهور بحديث الفصل على أن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه. وقال أحمد: لا يحل للواهب أن يرجع في هبته مطلقاً.

قال المصنف رحمه الله: [فإن وهب شيئاً لمن هو دونه، لم يلزمه أن يثبته بعوض، لأن القصد من هبته الصلة فلم تجب المكافأة فيه بعوض كالصدقة. وإن وهب لمن هو مثله لم يلزمه أيضاً أن يثبته، لأن القصد من هبته اكتساب المحبة وتأکید الصداقة. وإن وهب لمن هو أعلى منه، ففيه قولان: قال في القديم: [لم]<sup>(٤)</sup> يلزمه أن يثبته عليه بعوض، لأن العرف في

(١) أخرجه النسائي في الهبة (٦/٢٦٥) بلفظه، وأبو داود في البيوع (٨٠٨ - ٣/٨١٠) بنحوه، وكذا الترمذي فيه مختصراً (٣/٥٩٢)، وابن ماجه في الهبات مختصراً (٢/٧٩٥)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٠٢٣ وهذا الحديث لم يروه البخاري ولا مسلم وإنما أخرج البخاري في الهبة (٥/٢٣٥)، وكذا مسلم فيه (١١/٦٥) طرفاً منه من حديث ابن عباس: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه» وزاد البخاري في أوله: «ليس لنا مثل السوء».

(٢) الفتح (٥/٢٣٥).

(٣) واستدل الأحناف لقولهم بحديث أبي هريرة: «الواهب أحق بهبته ما لم يثب» أي: الواهب له الرجوع بهبته إلا إذا عوضه الموهوب له بهبة أخرى مقابل هبته فلا يحق له الرجوع حينها. وهذا الحديث أخرجه البيهقي (٦/١٨١)، وابن ماجه (٢/٧٩٨)، وضعفه البيهقي والألباني في ضعيف ابن ماجه برقم ٥٢١.

(٤) ما بين قوسين مثبت في المطبوعة، والتعليل يقتضي حذفه.

هبة الأدنى للأعلى أن يلتمس به العوض، فيصير ذلك كالمشروط. وقال في الجديد: لا يجب؛ لأنه تمليك بغير عوض، فلا يوجب المكافأة بعوض كهبة النظير للنظير. فإن قلنا: لا يجب فشرط فيه ثوابا معلوما ففيه قولان:

أحدهما: يصح لأنه تمليك مال بمال فجاز كالبيع، فعلى هذا يكون كبيع بلفظ الهبة في الربا والخيار وجميع أحكامه. والثاني: أنه باطل لأنه عقد لا يقتضي العوض فبطل شرط العوض كالرهن. فعلى هذا، حكمه حكم البيع الفاسد في جميع أحكامه. وإن شرط فيه ثوابا مجهولا، بطل قولاً واحداً لأنه شرط العوض، ولأنه شرط عوضا مجهولا. وإن قلنا: إنه يجب العوض ففي قدره ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يلزمه أن يعطيه إلى أن يرضى لما روى ابن عباس رضي الله عنه: أن أعرابيا وهب للنبي ﷺ هبة فأثابه عليها وقال: «أرضيت؟» قال: لا، فزاده وقال: «أرضيت؟» فقال: نعم، فقال رسول ﷺ: «لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقيفي». والثاني: يلزمه قدر قيمته لأنه عقد يوجب العوض. فإذا لم يكن مسمى، وجب عوض المثل كالنكاح. والثالث: يلزمه ما جرت العادة في ثواب مثله، لأن العوض وجب بالعرف فوجب مقداره في العرف. فإن قلنا: إنه يجب العوض فلم يعطه، ثبت له الرجوع. فإن تلفت العين رجع بقيمتها، لأن كل عين ثبت له الرجوع بها إذا تلفت، وجب الرجوع إلى بدلها كالبيع. ومن أصحابنا من قال: لا يجب لأن حق الواهب في العين، وإن نقصت العين رجع فيها، وهل يرجع بأرش ما نقص؟ فيه وجهان كالوجهين في رد القيمة إذا تلفت. وإن شرط عوضا مجهولا لم تبطل، لأنه شرط ما يقضيه العقد لأن العقد على هذا القول يقتضي عوضا مجهولا، وإن لم يدفع إليه العوض وتلف الموهوب، ضمن العوض بلا خلاف. وإن شرط عوضا معلوما ففيه قولان: أحدهما: أن العقد يبطل، لأن العقد يقتضي عوضا غير مقدر فبطل بالتقدير. والثاني: يصح لأنه إذا صح بعوض مجهول، فلاأن يصح بعوض معلوم أولى.

**فصل** وإن اختلف الواهب والموهوب له فقال الواهب: وهبتك ببدل، وقال الموهوب له: وهبتي على غير بدل ففيه وجهان:

**أحدهما:** أن القول قول الواهب، لأنه لم يقر لخروج الشيء من ملكه إلا على بدل.

**والثاني:** أن القول قول الموهوب له، لأن الواهب أقر له بالهبة وادعى بدلاً، الأصل عدمه].

**الشرح** حديث ابن عباس رواه أحمد وابن حبان<sup>(١)</sup>، وقال الهيثمي: رجال أحمد رجال الصحيح<sup>(٢)</sup>. والمراد بالثواب المجازاة وأقله ما يساوي قيمة الهدية.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.



قال المصنف رحمه الله:

---

---

## باب العُمري والرُقبي

---

---

[العُمري هو أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك، أو جعلتها لك عمرك، وفيها ثلاث مسائل: إحداها: أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك ولعقبك بعدك، فهذه عطية صحيحة تصح بالإيجاب والقبول، ويملك فيها بالقبض، والدليل عليه: ما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمْرِي لَهُ وَلَعَقْبَهُ فَإِنَّهَا لِلَّذِي أَعْطَاهَا لَا تَرْجِعْ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا لِأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ».

والثانية: أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك، ولم يشترط شيئاً، ففيه

---

(١) أخرجه أحمد (١٢٩٥).

(٢) مجمع الزوائد (٤/١٤٨).

قولان: قال في القديم: هو باطل لأنه تملك عين قدر بمدة فأشبهه إذا قال: أعمرتك سنة أو أعمرتك حياة زيد. وقال في الجديد: هو عطية صحيحة، ويكون للمعمر في حياته ولورثته بعده، وهو الصحيح لما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعمر عمري حياته فهي له ولعقبه من بعده، يرثها من يرثه من بعده»، ولأن الأملاك المستقرة كلها مقدره بحياة المالك، وتنتقل إلى الورثة، فلم يكن ما جعله له في حياته منافياً لحكم الأملاك. والثالثة أن يقول: أعمرتك حياتك، فإن مت عادت إلي إن كنت حياً وإلى ورثتي إن كنت ميتاً، فهي كالمسألة الثانية فتكون على قولين: أحدهما: تبطل. والثاني: تصح لأنه شرط أن تعود إليه بعد ما زال ملكه، أو إلى وارثه، وشرطه بعد زوال الملك لا يؤثر في حق المعمر، فيصير وجوده كعدمه.

**فصل وأما الرقبي فهو أن يقول: أرقبتك هذه الدار أو داري لك رقبى، ومعناه: وهبت لك، وكل واحد منا يرقب صاحبه، فإن مت قبلي عادت إلي، وإن مت قبلك فهي لك، فتكون كالمسألة الثالثة من العمري، وقد بينا أن الثالثة كالثانية فتكون على قولين. وقال المزني: الرقبى أن يجعلها لآخرهما موتاً، وهذا خطأ، لما روى عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من أعمر عمري أو أرقب رقبى فهي للمعمر يرثها من يرثه».**

**فصل ومن وجب له على رجل دين، جاز له أن يبرئه من غير رضاه. ومن أصحابنا من قال: لا يجوز إلا بقبول من عليه الدين، لأنه تبرع يفتقر إلى تعيين المتبرع عليه، فافتقر إلى قبوله كالوصية والهبة؛ ولأن فيه التزاماً منه، فلم يملك من غير قبوله كالهبة. والمذهب: الأول، لأنه إسقاط حق ليس فيه تملك مال، فلم يعتبر فيه القبول، كالعق والطلاق والعفو عن الشفعة، والقصاص. ولا يصح الإبراء من دين مجهول، لأنه إزالة ملك لا يجوز تعليقه على الشرط، فلم يجز مع الجهالة كالبيع والهبة.**

**الشرح** حديث جابر الأول أخرجه أحمد ومسلم وأصحاب السنن<sup>(١)</sup>. وحديثه الثاني أخرجه أحمد ومسلم<sup>(٢)</sup>. وأما حديث عبدالله بن الزبير فقد رأيت نظيره عن أبي هريرة وزيد بن ثابت وفيه النهي عن الرقبى «لا ترقبوا من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث»<sup>(٣)</sup> والعمري بضم العين وسكون الميم، قال في الفتح: وحكي ضم الميم مع ضم أوله، وحكي فتح أوله مع السكون، وهي مأخوذة من العمر وهو الحياة، سميت بذلك لأنهم كانوا في الجاهلية يعطي الرجل الرجل الدار ويقول له أعمرتك إياها أي أبحثها لك مدة عمرك وحياتك فقبل لها عمري لذلك. والرقبى بوزنها مأخوذة من المراقبة، لأن كلا منهما يراقب الآخر متى يموت لترجع إليه<sup>(٤)</sup>.

وأما الأحكام فللعمرى ثلاثة أحوال: أحدها أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك ولعقبك بعدك، فحكمها حكم الهبة عند الجمهور. والثاني أن يقول: أعمرتكها ولا يشترط شيئاً، فحكمها حكم المؤبدة لا ترجع إلى الواهب، وبذلك قالت الحنفية ومالك والشافعي في الجديد. الثالث أن يقول: هي لك ما عشت فإذا مت رجعت إلي، فهذه عارية مؤقتة ترجع إلى المعير عند موت المعمر، وبه قال أكثر العلماء منهم مالك وأحمد في رواية

(١) أخرجه مسلم في الهبات (١١/٦٩)، وأبو داود في البيوع (٣/٨١٩)، والنسائي في العمري (٢٧٥ - ٦/٢٧٦)، والترمذي في الأحكام (٣/٦٣٢)، وابن ماجه في الهبات بنحوه (٢/٧٩٦).

(٢) أخرجه مسلم بنحوه، ولفظه: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فإنه من أعمار عمرى فهي للذي أعمارها حياً وميتاً ولعقبه»، وأحمد (٣/٣١٢) بلفظ مسلم والنسائي بلفظ: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تعمروها فمن أعمار شيئاً حياته فهو له حياته وبعد موته».

(٣) أخرجه أبو داود (٣/٨٢١)، والنسائي (٦/٢٧٢) من حديث زيد بن ثابت بلفظ: «من أعمار شيئاً فهو لمعمره محياه ومماته ولا ترقبوا فمن أرقب شيئاً فهو سبيله»، وحسنه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٠٤٠، وروى أبو داود (٣/٨٢٠)، والنسائي (٦/٢٧٣) عن جابر أن النبي ﷺ قال: «لا ترقبوا ولا تعمروا فمن أرقب شيئاً أو أعمار فهو لورثته»، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٠٣٨.

(٤) الفتح: كتاب الهبة (٥/٢٣٨).

والشافعي في القديم<sup>(١)</sup>، ورجحه جماعة من أصحابنا، والأصح عند أكثرهم: لا ترجع إلى الواهب بل تكون للمعمر، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد وأحمد في الرواية الأخرى عنه وهو ظاهر مذهبه.

وأما الرقبي فقد ورد عن علي رضي الله عنه أن العمرى والرقبي سواء. وقال طاوس: من أرقب شيئاً فهو على سبيل الميراث. وقال الزهري: الرقبي وصية. وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة: الرقبي باطلة لما روي أنه ﷺ أجاز العمرى وأبطل الرقبي. وقال أحمد: هذا حديث لا نعرفه<sup>(٢)</sup>.

وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.



---

(١) قول الشافعي في القديم هنا يثبت صحة العمرى وصحة الشرط، وقوله في القديم فيما نسبه إليه المصنف يثبت بطلان العمرى في هذا الحال، وليس في هذا تعارض إذ نسب للشافعي في قوله القديم عدة أقوال في هذه المسألة ذكر المصنف منها قولاً وذكر الشارح قولاً آخر وهناك قول ثالث، وقد ذكر هذه الأقوال النووي في الروضة (٥/٣٧٠).

(٢) ذكر المصنف أن الرقبي حكمها حكم الحال الثالث من العمرى، وهكذا ذكر النووي في الروضة وزاد (٥/٣٧٠): وحاصله طريقان أحدهما: القطع بالبطلان. وأصحهما: قولان الجديد الأظهر: صحته ويلغو الشرط.



قال المصنّف رحمه الله :

## كتاب الوصايا

[من ثبتت له الخلافة على الأمة جاز له أن يوصي بها إلى من يصلح لها، لأن أبا بكر رضي الله عنه وصى إلى عمر، ووصى عمر رضي الله عنه إلى أهل الشورى رضي الله عنهم، ورضيت الصحابة رضي الله عنهم بذلك.

**فصل** ومن ثبتت له الولاية في مال ولده ولم يكن له ولي بعده، جاز له أن يوصي إلى من ينظر في ماله، لما روى سفيان بن عيينة رضي الله عنه، عن هشام بن عروة قال: أوصى إلى الزبير تسعة من أصحاب النبي ﷺ منهم: عثمان، والمقداد، وعبد الرحمن بن عوف، وابن مسعود رضي الله عنهم، فكان يحفظ عليهم أموالهم وينفق على أبنائهم من ماله. وإن كان له جد، لم يجوز أن يوصي إلى غيره لأن ولاية الجد مستحقة بالشرع، فلا يجوز نقلها عنه بالوصية].

**الشرح** الوصايا جمع وصية كعطايا وعطية، مأخوذة من قولهم: وصيت الشيء أصيه، من باب وعد، أي وصلته. والوصية في الخلافة أن يعهد لمن يصلح لها من بعده بتوليها. والوصية بالمال التبرع به بعد الموت.

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع.

قال تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ (١٨٧) قال مجاهد: الخير في القرآن كله المال.

(١) البقرة: ١٨٠.

وفي الوصية للأقربين ثلاثة تأويلات أحدها: أنهم الأولاد الذين لا يسقطون في الميراث دون غيرهم من الأقارب الذين يسقطون. والثاني: أنهم الورثة من الأقارب كلهم. والثالث: أنهم كل الأقارب من وارث وغير وارث، فدل ذلك على وجوب الوصية للوالدين والأقربين حقاً واجباً وفرضاً لازماً، فلما نزلت آية الموارث نسخ فيها الوصية للوالدين وكل وارث وبقي فرض الوصية لغير الورثة من الأقربين على حاله، وهو قول أهل الظاهر وطاوس وقتادة والحسن البصري وجابر بن زيد. فهذا قول من جعل حكم الآية ثابتاً. وذهب الفقهاء وجمهور أهل التفسير إلى نسخها بالموارث.

والوصية على ثلاثة أقسام: قسم لا يجوز وهو الوصية للوارث لحديث أبي أمامة «إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»<sup>(١)</sup>. وقسم يجوز ولا يجب وهو الوصية للأجانب وهذا مجمع عليه. وقسم مختلف في وجوبه وهو الوصية للأقارب. وقد تعلق من قال بوجوب الوصية للأقارب بظاهر آية الوصية وبما ورد عنه عليه السلام قال: «من مات من غير وصية مات ميتة جاهلية»<sup>(٢)</sup>. والدليل على عدم وجوبها ما روى ابن عباس وعائشة وابن أبي أوفى أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يوص<sup>(٣)</sup>، وقوله عليه السلام لسعد بن أبي وقاص

(١) أخرجه الترمذي في الوصايا (٤/٤٣٣)، وأبو داود في البيوع: باب في تضمين العارية (٣/٨٢٤)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٠٤٤.

(٢) لم أجده، واستدل الموجبون للوصية بحديث ابن عمر «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده». أخرجه البخاري في أول الوصايا (٥/٣٥٥)، وكذا مسلم (١١/٧٤)، وأبو داود (٣/٢٨٢)، والترمذي (٤/٤٣٢)، وابن ماجه (٢/٩٠١)، والنسائي (٥/٢٣٩) فيه.

(٣) أخرجه البخاري في الوصايا (٥/٣٥٦) من حديث ابن أبي أوفى وأخرجه مسلم (٨٧ - ١١/٩٤)، والنسائي (٥/٢٤٠)، وابن ماجه (٢/٩٠٠) من حديث ابن أبي أوفى وعائشة وأبو داود من حديث عائشة (٣/٢٨٣)، والترمذي من حديث ابن أبي أوفى (٤/٤٣٢)، وأخرجه ابن أبي شيبه (٧/٣٠٩) من حديث ابن أبي أوفى وعائشة وابن عباس، قال ابن حجر في الفتح (٥/٣٦١): «وقد صح عن ابن عباس أنه صلى الله عليه وآله وسلم لم يوص» أخرجه ابن أبي شيبه.

«إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس»<sup>(١)</sup>  
فاقتصر ﷺ في الوصية على ما جعله خارجاً مخرج الجواز لا الإيجاب ثم  
بين أن غنى الورثة بعده أولى من فقرهم إلى الصدقة<sup>(٢)</sup>.

والجواب عن الآية أن منع الوالدين من الوصية مع تقديم ذكرهما فيه  
دليل على نسخها. وأما الحديث فمحمول على أحد أمرين: إما وجوبها قبل  
النسخ، وإما على من كانت عليه ديون وحقوق لا يوصل إلى أربابها إلا  
بالوصية فتصير الوصية في حقه واجبة.

وخبر ابن عيينة الذي ساقه المصنف رواه أحمد<sup>(٣)</sup>.

وأما حكم الفصل فيجوز الوصية بتعيين الناظر في ماله بعد موته، فإن  
كان له أب أو جد لم يجز أن يوصي إلى غيره بالنظر، لأن ولاية الجد  
مستحقة بالشرع.

**قال المصنف رحمه الله:** [ومن ثبت له الولاية في تزويج ابنته، لم  
يجز أن يوصي إلى من يزوجها. وقال أبو ثور: يجوز كما يجوز أن يوصي  
إلى من ينظر في مالها. وهذا خطأ، لما روى ابن عمر قال: زوجني  
قدامة بن مظعون ابنة أخيه عثمان بن مظعون فأتى قدامة رسول الله ﷺ  
فقال: أنا عمها ووصي أبيها وقد زوجتها من عبد الله بن عمر، فقال ﷺ:

---

(١) أخرجه البخاري في الوصايا (٥/٣٦٣)، ومسلم (٧٦ - ١١/٧٨) فيه وأصحاب السنن  
وقد سبق.

(٢) ليس في هذين الحديثين دليل على عدم وجوب الوصية، أما الحديث الأول وهو: «أن  
النبي ﷺ لم يوص» أي بمال، فلا دليل فيه، لأن الأنبياء لا تورث وما تركوه فهو  
صدقة. وأما حديث سعد فقد أرشده ﷺ إلى الوصية بالثلث دون زيادة، ومن ادعى  
أن هذه الوصية خرجت مخرج الجواز لا الإيجاب فهو تحكم من غير دليل. وأقوى  
ما يستدل به على عدم وجوب الوصية أن الآية التي أوجبت الوصية قد نسخت، وأما  
حديث ابن عمر ففي دلالة على الوجوب تردد، فإن دل عليه يجاب: بأنه إن كان  
وروده قبل نسخ آية الوصية فهو منسوخ معها وإن كان بعد ذلك فيحمل على من كانت  
عليه حقوق لا يوصل إليها إلا بالوصية والله أعلم.

(٣) أخرجه البيهقي بنحوه (٦/٢٨٢)، وابن أبي شيبة بنحوه (٧/٣٠٥).

«إنها يتيمة لا تنكح إلا بإذنها»، ولأن ولاية النكاح لها من يستحقها بالشرع، فلا يجوز نقلها بالوصية، كالوصية بالنظر في المال مع وجود الجد.

فصل ومن عليه حق يدخله النيابة من دين آدمي أو حج أو زكاة أو رد وديعة جاز أن يوصي إلى من يؤدي عنه، لأنه إذا جاز أن يوصي في حق غيره فلأن يجوز في خاصة نفسه أولى].

**الشرح** حديث ابن عمر رواه أحمد والدارقطني<sup>(١)</sup>، وأورده الحافظ في التلخيص وسكت عنه<sup>(٢)</sup>، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: ورجال أحمد ثقات<sup>(٣)</sup>. ويؤخذ من الحديث الذي نسوقه كاملاً أن النبي ﷺ أبطل وصية عثمان بن مظعون لأخيه قدامة في ابنته. قال ابن عمر: توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خولة بنت حكيم وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون وهما خالاي. فخطبت إلى قدامة بن مظعون ابنة عثمان بن مظعون فزوجنيها، ودخل المغيرة بن شعبة إلى أمها فأرغبها في المال فحطت الجارية إلى هوى أمها فأبتا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله ﷺ فقال قدامة بن مظعون: يا رسول الله ابنة أخي أوصى بها إلي فزوجتها ابن عمتها فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة ولكنها امرأة وإنما حطت إلى هوى أمها قال فقال رسول الله ﷺ: هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها، قال: فانتزعت والله مني بعد أن ملكتها فزوجها المغيرة بن شعبة.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [ومن ملك التصرف في ماله بالبيع والهبة، ملك الوصية بثلثه في وجوه البر، لما روى عامر بن سعد عن أبيه قال:

(١) أخرجه الدارقطني (٢٢٩ - ٣/٢٣٠) من طرق، وقال الطيب محمد آبادي في التعليق المغني على الدارقطني: وسئل أحمد عن هذا الحديث فقال: باطل.

(٢) التلخيص: باب الأولياء وأحكامهم (٣/١٨٥).

(٣) مجمع الزوائد: باب استثمار اليتيمة (٤/٢٨٠).

مرضت مرضاً أشرفت منه على الموت فأتاني رسول الله ﷺ يعودني فقلت: يا رسول الله لي مال كثير وليس يرثني إلا ابنتي، أفأتصدق بمالي كله؟ قال: «لا»، قلت: أتصدق بثلثي مالي؟ قال: «لا»، قلت: أتصدق بالشرط؟ قال: «لا»، قلت: أتصدق بالثلث؟ قال: «الثلث والثلث كثير إن ترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس» ولا يجب ذلك لقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا﴾<sup>(١)</sup> وفسر بالوصية، فجعل ذلك إليهم، فدل على أنها لا تجب. ولأنه عطية لا تلزم في حياته، فلم تلزم الوصية به، قياساً على ما زاد على الثلث.

فصل وإن كانت ورثته فقراء، فالمستحب أن لا يستوفي الثلث لقوله ﷺ: «الثلث والثلث كثير إنك إن ترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس» فاستكثر الثلث وكره أن يترك ورثته فقراء، فدل على أن المستحب أن لا يستوفي الثلث. وعن علي رضي الله عنه أنه قال: لئن أوصي بالخمس أحب إلي من أن أوصي بالثلث. وإن كان الورثة أغنياء فالمستحب أن يستوفي الثلث، لأنه لما كره الثلث إذا كانوا فقراء، دل على أنه يستحب إذا كانوا أغنياء أن يستوفيه.

**الشرح** حديث عامر بن سعد بن أبي وقاص رواه الستة وأحمد في مسنده<sup>(٢)</sup> وأما أثر علي كرم الله وجهه<sup>(٣)</sup> فإنه يفيد استحباب النقص عن الثلث، وبه أخذ الشافعي. وروى البخاري ومسلم وأحمد عن ابن عباس قال: لو أن الناس غضوا من الثلث إلى الربع فإن رسول الله ﷺ قال: «الثلث والثلث كثير»<sup>(٤)</sup>.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

(١) الأحزاب: ٦.

(٢) سبق تخريجه قريباً.

(٣) البيهقي (٦/٢٧٠) وفي سننه الحارث الأعور وهو ضعيف.

(٤) أخرجه البخاري في الوصايا (٥/٣٦٩)، وكذا مسلم فيه (١١/٨٢).

قال المصنّف رحمه الله: [وينبغي لمن رأى المريض يجنّف في الوصية أن ينهأ لقوله تعالى: ﴿وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَةً ضِعَفًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾<sup>(١)</sup> قال أهل التفسير: إذا رأى المريض يجنّف على ولده أن يقول: اتق الله ولا توص بمالك كله، ولأن النبي ﷺ نهى سعداً عن الزيادة على الثلث.

فصل والأفضل أن يقدم ما يوصي به من البرّ في حياته، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه: سئل رسول الله ﷺ أي الصدقة أفضل؟ قال: «أن تتصدق وأنت صحيحٌ صحيحٌ تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا»، ولأنه لا يأمن إذا وصى به أن يفرط به بعد موته. فإن اختار أن يوصي، فالمستحب أن لا يؤخر الوصية لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ما حقّ امرئ مسلم عنده شيء، يوصي يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»، ولأنه إذا أخر لم يأمن أن يموت فجأة فتفوته.

فصل وأما مَنْ لا يجوز تصرّفه في المال، فإن كان ممّن لا يميّز كالمعتوه والمبرسم<sup>(٢)</sup> ومن عاين الموت، لم تصحّ وصيته، لأن الوصية تتعلق صحّتها بالقول، ولا قول لمن لا يميّز، ولهذا لا يصح إسلامه ولا توبته، فلم تصحّ وصيته. فإن كان صبيّاً مميّزاً أو بالغاً مبدراً ففيه قولان: أحدهما: لا تصحّ وصيته، لأنه تصرّف في المال فلم يصحّ من الصبي والمبذر كالهبة. والثاني: تصحّ لأنه إنما مُنِع من التصرف خوفاً من إضاعة المال، وليس في الوصية إضاعة المال، لأنه إن عاش فهو على ملكه، وإن مات لم يحتج إلى غير الثواب، وقد حصل له ذلك بالوصية].

الشرح قوله «يجنّف» من جنف يجنّف كسمع يسمع إذا جار.

(١) النساء: ٩.

(٢) المبرسم هو من أصابته علة البرسام، وهي ورم يصيب الدماغ ويؤثر على العقل.

وحديث أبي هريرة أخرجه الشيخان وأصحاب السنن إلا الترمذي ورواه أحمد<sup>(١)</sup>. وأما حديث ابن عمر فقد أخرجه أصحاب الكتب الستة وأحمد<sup>(٢)</sup>.

**قال المصنّف رحمه الله:** [وأما إذا أوصى بما زاد على الثلث، فإن لم يكن له وارث بطلت الوصية فيما زاد على الثلث لأن ماله ميراث للمسلمين، ولا مجيز له منهم، فبطلت. فإن كان له وارث ففيه قولان: أحدهما: أن الوصية تبطل بما زاد على الثلث لأن النبي ﷺ نهى سعداً عن الوصية بما زاد على الثلث، والنهي يقتضي الفساد، وليست الزيادة مالاً للوارث، فلم تصح وصيته به، كما لو أوصى بمالٍ للوارث من غير الميراث. والثاني: أنها تصح وتقف على إجازة الوارث، فإن أجاز نفذت، وإن ردها بطلت، لأن الوصية صادفت ملكه، وإنما يتعلق بها حق الوارث في الثاني فصحت ووقفت الإجازة كما لو باع ما فيه شفعة.

فإن قلنا: على أنها باطلة، كانت الإجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها الإيجاب والقبول باللفظ الذي تنعقد به الهبة، ويعتبر في لزومها القبض. وإن كانت الوصية عتقاً، لم يصح إلا بلفظ العتق، ويكون الولاء فيه للوارث.

وإن قلنا: إنها تصح، كانت الإجازة إمضاء لما وصى به الموصي وتصح بلفظ الإجازة، كما يصح العفو عن الشفعة بلفظ العفو. فإن كانت الوصية عتقاً، كان الولاء للموصي، ولا يصح الرد والإجازة إلا بعد الموت لأنه لا حق له قبل الموت، فلم يصح إسقاطه كالعفو عن الشفعة قبل البيع.

فصل فإن أجاز الوارث ما زاد على الثلث ثم قال: أجزت لأنني ظننت

(١) أخرجه البخاري في الوصايا (٥/٣٧٣)، وكذا أبو داود (٢٧٨٧ - ٣/٢٨٨)، والنسائي (٦/٢٣٧)، وابن ماجه (٢/٩٠٣) فيه، ومسلم في الزكاة (٧/١٢٣)، وأحمد (٢٣١)، (٢/٢٥٠).

(٢) تقدم تخريجه في (٢٥٧٤).

أن المال قليل وأن ثلثه قليل وقد بان أنه كثير، لزمته الإجازة فيما علم، والقول قوله فيما لم يعلم مع يمينه. فإذا حلف لم يلزمه، لأن الإجازة في أحد القولين: هبة، وفي الثاني: إسقاط، والجميع لا يصح مع الجهل به. وإن وصى بعبد فأجازته الوارث، ثم قال: أجزت لأني ظننت أن المال كثير وقد بان أنه قليل ففيه قولان: أحدهما: أن القول قوله كالمسألة قبلها. والثاني: أنه يلزمه الوصية، لأنه عرف ما أجازته، ويخالف المسألة قبلها فإن هناك لم يعلم ما أجازته].

### الشرح أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [واختلف أصحابنا في الوقت الذي يعتبر فيه قدر المال لإخراج الثلث، فمنهم من قال: الاعتبار بقدر المال في حال الوصية، لأنه عقد يقتضي اعتبار قدر المال، فكان الاعتبار فيه بحال العقد؛ كما لو نذر أن يتصدق بثلث ماله. فعلى هذا، لو أوصى وثلث ماله ألف، فصار عند الوفاة ألفين، لم تلزم الوصية في الزيادة. فإن وصى بألف ولا مال له، ثم استفاد مالاً، لم تتعلق به الوصية. وإن وصى وله مال فهلك ماله، بطلت الوصية، ومنهم من قال: الاعتبار بقدر المال عند الموت، وهو المذهب، لأنه وقت لزوم الوصية واستحقاقها. ولأنه لو وصى بثلث ماله، ثم باع جميعه، تعلقت الوصية بالثمن. فلو كان الاعتبار بحال الوصية لم تتعلق بالثمن، لأنه لم يكن حال الوصية. فعلى هذا، لو وصى بثلث ماله، وماله ألف فصار ألفين، لزمته الوصية في ثلث الألفين. فإن وصى بمال ولا مال له، ثم استفاد مالاً، تعلقت به الوصية. فإن وصى بثلثه وله مال، ثم تلف ماله، لم تبطل الوصية].

### الشرح أحكام الفصل كما ذكرها المصنف. وقوله في آخر الفصل

«فإن وصى بثلثه وله مال ثم تلف ماله لم تبطل الوصية» يريد: لو وصى بثلث ماله وله مال فهلك ماله ثم أفاد غيره، صحت الوصية في المال المستفاد إن اعتبر بها حال الموت، وبطلت إن اعتبر بها حال الوصية.

قال المصنّف رحمه الله: [وأما الوصية بما لا قرينة فيه، كالوصية للكنيسة والوصية بالسلاح لأهل الحرب فهي باطلة، لأن الوصية إنما جعلت له ليدرك بها ما فات ويزيد بها الحسنات، ولهذا روي أن النبي ﷺ قال: «إن الله تعالى أعطاكم ثلث أموالكم في آخر آجالكم زيادة في حسناتكم» وما ذكرناه ليس من الحسنات، فلم تصح فيه الوصية. فإن وصى ببيع ماله من رجل من غير محاباة، ففيه وجهان: أحدهما: يصح لأنه قصد تخصيصه بالتملك. والثاني: لا يصح لأن البيع من غير محاباة ليس بقربة، فلم تصح الوصية به. وإن وصى للذمي جاز لما روي: أن صفية وصّت لأخيها بثلاثها ثلاثين ألفاً وكان يهودياً. ولأن الذمي موضع للقربة ولهذا يجوز التصدق عليه بصدقة التطوع، فجازت له الوصية. فإن وصى لحربي ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا تصح الوصية وهو قول أبي العباس بن القاص، لأن القصد بالوصية نفع الموصى له، وقد أمرنا بقتل الحربي وأخذ ماله، فلا معنى للوصية له. والثاني: يصح وهو المذهب، لأنه تمليك يصح للذمي فصحّ للحربي كالبيع.

فصل واختلف قول الشافعي رحمه الله تعالى فيمن وصى لقاتله، فقال في أحد القولين: لا يجوز، لأنه مالٌ يستحق بالموت، فمنع القتل منه كالميراث. وقال في الثاني: يجوز، لأنه تمليك يفتقر إلى القبول فلم يمنع القتل منه كالبيع، فإن قتلت أم الولد مولها عتقت، لأن عتقها ليس بوصية، بدليل أنه لا يعتبر من الثلث فلم يمنع القتل منه. فإن قتل المدبر مولاه، فإن قلنا: إن التدبير عتق بالصفة، عتق لأنه ليس بوصية، وإنما هو عتق بصفة وقد وجدت الصفة فعتق. وإن قلنا: إنه وصية وقلنا: إن الوصية للقاتل لا تجوز، لم يعتق، وإن قلنا: إنها تجوز، عتق من الثلث، فإن كان على رجل دين مؤجل، فقتله صاحب الدين حلّ الدين لأن الأجل حق للمقتول لا حظ له في بقائه، بل الحظ في إسقاطه ليحل الدين ويقضى، فيتخلص منه].

الشرح حديث إن الله أعطاكم . . رواه الدارقطني عن أبي الدرداء ولم يتكلم عليه الحافظ ابن حجر ورواه أحمد والبيهقي وابن ماجه والبخاري من

حديث أبي هريرة، قال الحافظ ابن حجر: وإسناده ضعيف، وروي من طرق أخرى لا تخلو من ضعف<sup>(١)</sup>. وأما وصية أم المؤمنين صفية رضي الله عنه فقد مضى تخريجه<sup>(٢)</sup>.

أما الأحكام فإن الوصية للبيع والكنائس باطلة، لأنها مجمع معاصيهم ومنتدى تأليهم للبشر، وسواء كان الموصي مسلماً أو كافراً، وأجازها أبو حنيفة من الكافر دون المسلم، وهكذا أجاز وصيته بالخمر والخنزير يتصدق بها على أهل الذمة. فأما الوصية للكافر فجائزة للذمي باتفاق أهل العلم. وأما الحربي ففيه وجهان لأصحابنا أحدهما وهو المذهب وبه قال أحمد في المنصوص عنه وهو قول مالك: أن الوصية للحربي تصح في دار الحرب. والثاني: لا تصح، وهو قول أبي حنيفة لقوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِينِكُمْ أَنَّ تَبَرُّوهُمْ وَنُقِسْتُوا لِيَهُم إِنْ اللَّهُ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (٨) إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِينِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوهُمْ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَٰئِكَ هُم الظَّالِمُونَ ﴿٩﴾ (٣) فدللت الآية على أن من قاتلنا لا يحل بره. دليلنا ما روي أن النبي ﷺ أعطى عمر حلة من حرير فقال: يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطارد ما قلت فقال: إني لم أعطكها لتلبسها، فكساها عمر أخاً مشركاً له بمكة<sup>(٤)</sup>. وعن أسماء بنت أبي بكر قالت: أتتني أمي وهي راغبة - تعني عن الإسلام - فسألت رسول الله ﷺ: «أتتني أمي وهي راغبة أفأصلها؟ قال: نعم»<sup>(٥)</sup>.

وهذا الخبران فيهما صلة أهل الحرب وبرهم، والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل، فأما المقاتل فقد نهى عن توليه لا عن بره والوصية له. فإن احتج

(١) أخرجه ابن ماجه في الوصايا (٢/٩٠٤)، وكذا البيهقي فيه (٦/٢٦٩) من حديث أبي هريرة، وحسنه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ٢١٩٠.

(٢) أخرجه البيهقي (٦/٢٨١).

(٣) الممتحنة: ٨، ٩.

(٤) أخرجه البخاري في الجمعة: باب يلبس أحسن ما يجد (٢/٣٧٣)، ومسلم في اللباس (١٤/٣٨).

(٥) أخرجه البخاري في الهبة (٥/٢٣٣)، ومسلم في الزكاة (٧/٨٩).

بالمفهوم فإنه لا يراه حجة، ثم قد حصل الإجماع على جواز الهبة والوصية في معناها.

وقد رأينا كيف أن صلاح الدين الأيوبي كان يبر المقاتلة من الصليبيين حتى كان مضرب المثل في المروءة وعلو الهمة، فكان يداوي مرضاهم ويأسو جراحهم بيد أنه لم يعف عن طغي وتجبر وقطع طريق الحاج فأقسم لئن أظفره الله به ليضربن عنقه بيده، وعندما وقع في الأسر مع غيره من ملوك أوروبا عفا عنهم جميعاً إلا ذلك فقتله بيده براً بقسمه رغم ما عرضه الفرنجة عليه من فداء سخى بالمال بالغاً ما بلغ قدره، فهذا هو طريق الشرع.

وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [واختلف قوله في الوصية للوارث، فقال في أحد القولين: لا تصح، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا وصية لوارث»، ولأنها وصية لا تُلزم لحق الوارث فلم تصح، كما لو أوصى بمال لهم من غير الميراث، فعلى هذا الإجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها ما يعتبر في الهبة. والثاني: تصح لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تجوز لوارث وصية إلا إن شاء الورثة» فدل على أنهم إذا شاؤوا كانت وصية، وليست الوصية في ملكه، وإنما يتعلق بها حق الورثة في الثاني، فلم يمنع صحتها كبيع ما فيه شفعة. فعلى هذا، إذا أجاز الورثة نفذت الوصية.

**فصل ولا تصح الوصية لمن لا يملك، فإن وصى لميت لم تصح الوصية لأنه تمليك، فلم يصح للميت كالهبة. وإن وصى لحمل تيقن وجوده حال الوصية بأن وضعته لدون ستة أشهر من حين الوصية أو لستة أشهر وليست بفراش، صحت الوصية لأنه يملك بالإرث فملك بالوصية. وإن وضعته لستة أشهر وهي فراش، لم تصح الوصية لأنه يجوز أن يكون حدث بعد الوصية فلم تصح الوصية بالشك. فإن ألقته ميتاً، لم تصح الوصية لأنه لا يتيقن حياته حال الوصية، ولهذا لا يُحكم له بالإرث، فلم يحكم له**

بالمملك بالوصية. فإن وصى لما تحمل هذه المرأة، فلم تصح الوصية، وقال أبو إسحاق: تصح، والمذهب: الأول لأنه تملك لمن لا يملك، فلم يصح.

فصل فإن قال: وصيت بهذا العبد لأحد هذين الرجلين، لم يصح لأنه تملك لغير معين. فإن قال: أعطوا هذا العبد أحد هذين الرجلين جاز، لأنه لأنه ليس بتمليك وإنما هو وصية بالتمليك. ولهذا لو قال: بعث هذا العبد من أحد هذين الرجلين، لم يصح. ولو قال لوكيله: بع هذا العبد من أحد هذين الرجلين، جاز.

فصل فإن أوصى لعبد، كانت الوصية لوارثه، لأن العبد لا يملك فكانت الوصية للوارث وقد بيناه. فإن وصى لمكاتبه صحت الوصية، لأن المكاتب يملك المال بالعقد فصحت له الوصية. فإن وصى لأم ولده صحت، لأنها حرة عند الاستحقاق. فإن وصى لمدبره وعتق من الثلث صحت له الوصية، لأنه حر عند الموت فهو كأم الولد، فإن لم يُعتق كانت الوصية للوارث وقد بيناه. فإن وصى لعبد غيره، كانت الوصية لمولاه، وهل يصح قبوله من غير إذن الولي؟ فيه وجهان: أحدهما: وهو الصحيح، أنه يصح ويملك به المولى كما يملك ما يصطاد بغير إذنه. والثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري: أنه لا يصح لأنه تملك للسيد بعقد، فلم يصح القبول فيه من غير إذنه. وهل يصح قبول السيد؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يصح لأن الإيجاب للعبد فلم يصح قبول السيد، كالإيجاب في البيع. والثاني: يصح لأن القبول في الوصية يصح لغير من أوجب له وهو الوارث، بخلاف البيع].

الشرح حديث جابر أخرجه الدارقطني وصوّب إرساله<sup>(١)</sup>، ويبدو أن المصنف ساقه لاحتجاج الشافعي به في أحد قوليه وإلا فهذا الحديث رواه البخاري ومسلم وأحمد والنسائي والترمذي من حديث عمرو بن

(١) أخرجه الدارقطني في الفرائض والسير (٤/٩٧) وقال: الصواب مرسل.

خارجة<sup>(١)</sup> ورووه أيضاً مع أبي داود باستثناء النسائي من حديث أبي أمامة «إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»<sup>(٢)</sup> وروي من طرق أخرى حتى قال الشافعي: إن هذا المتن متواتر. وأما حديث ابن عباس فقد رواه الدارقطني<sup>(٣)</sup>.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وتجوز الوصية بالمشاع والمقسوم، لأنه تمليك جزء من ماله، فجاز في المشاع والمقسوم كالبيع. ويجوز بالمجهول كالحمل في البطن، واللبن في الضرع، وعبد من عبيد، وبما لا يقدر على تسليمه: كالطير الطائر، والعبد الآبق، لأن الموصى له يخلف الميت في ثلثه كما يخلفه الوارث في ثلثه، فلما جاز أن يخلف الوارث الميت في هذه الأشياء، جاز أن يخلفه الموصى له. فإن وصى بمال الكتابة، جاز لما ذكرناه، فإن وصى برقبته فهو على القولين في بيعه.

**فصل** فإن وصى بما تحمله الجارية أو الشجرة، صحت الوصية لأن المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة، فجاز أن يملك بالوصية. ومن أصحابنا من قال: إذا قلنا: إن الاعتبار بحال الوصية لم تصح، لأنه لا يملك في الحال ما وصى به.

**فصل** وتجوز الوصية بالمنافع لأنها كالأعيان في الملك بالعقد والإرث، فكانت كالأعيان في الوصية. ويجوز بالعين دون المنفعة، وبالعين لواحد وبالمنفعة لآخر، لأن المنفعة والعين كالعين، فجاز فيهما ما جاز في العينين. ويجوز بمنفعة مقدرة بالمدة، وبمنفعة مؤبدة، لأن المقدرة كالعين

---

(١) أخرجه الترمذي في الوصايا (٤/٤٣٤) وقال: حسن صحيح وكذا النسائي (٦/٢٤٦)، وابن ماجه (٢/٩٠٥) فيه، ولم يخرج البخاري ولا مسلم، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ٢١٩٢.

(٢) أخرجه الترمذي (٤/٤٣٣)، وأبو داود (٣/٨٢٤)، وابن ماجه (٢/٩٠٥)، ولم يخرج البخاري ولا مسلم، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ٢١٩٤.

(٣) أخرجه الدارقطني في الوصايا (٤/١٥٢)، وكذا البيهقي فيه (٦/٢٦٣).

المعلومة، والمؤيدة كالعين المجهولة، فصحت الوصية بالجميع.

**فصل** وتجاوز الوصية بما يجوز الانتفاع به من النجاسات: كالسماد، والزيت النجس، والكلب، وجلد الميتة، لأنه يحل اقتناؤها للانتفاع بها، فجاز نقل اليد فيها بالوصية. ولا يجوز بما لا يحل الانتفاع به: كالخمر، والخنزير، والكلب العقور، لأنه لا يحل الانتفاع بها ولا تقرر اليد عليها، فلم تجز الوصية بها].

الشرح أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [ويجوز تعليق الوصية على شرط في الحياة، لأنها تجوز في المجهول فجاز تعليقها بالشرط كالطلاق والعتاق. ويجوز تعليقها على شرط بعد الموت، لأن ما بعد الموت في الوصية كحال الحياة، فإذا جاز تعليقها على شرط في الحياة، جاز بعد الموت.

**فصل** وإن كانت الوصية لغير معين كالفقراء، لزمتم بالموت لأنه لا يمكن اعتبار القبول، فلم يعتبر. وإن كانت لمعين لم تلزم إلا بالقبول، لأنه تمليك لمعين فلم يلزم من غير قبول كالبيع. ولا يصح القبول إلا بعد الموت لأن الإيجاب بعد الموت، فكان القبول بعده. فإن قبل، حكم له بالملك، وفي وقت الملك قولان منصوصان: أحدهما: تملك بالموت والقبول، لأنه تمليك يفتقر إلى القبول فلم يقع الملك قبله كالهبة. **والثاني:** أنه موقوف، فإن قبل حكمنا بأنه ملك من حين الموت لأنه لا يجوز أن يكون للموصي، لأن الميت لا يملك، ولا يجوز أن يكون للوارث لأن الوارث لا يملك إلا بعد الدين والوصية. ولا يجوز أن يكون للموصى له، لأنه لو انتقل إليه لم يملك رده كالميراث، فثبت أنه موقوف. وروى ابن عبدالحكم قولاً ثالثاً: أنه يملك بالموت، ووجهه أنه مال مستحق بالموت، فانقل به كالميراث.

**فصل** وإن رد نظرت: فإن كان في حياة الموصي، لم يصح الرد لأنه لا حق له في حياته فلم يملك إسقاطه، كالشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع. وإن رد بعد الموت وقبل القبول، صح الرد لأنه يثبت له الحق فملك

إسقاطه، كالشفيع إذا عفا عن الشفعة بعد البيع. وإن رد بعد القبول وقبل القبض ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح الرد لأنه ملكه ملكاً تاماً فلم يصح رده، كما لو قبضه. والثاني: أنه يصح الرد وهو المنصوص، لأنه تملك من جهة الآدمي من غير بدل، فصح رده قبل القبض كالوقف. وإن لم يقبل ولم يرد، كان للورثة المطالبة بالقبول أو الرد، فإن امتنع من القبول والرد حكم عليه بالرد، لأن الملك متردد بينه وبين الورثة، كما لو تحجر أرضاً فامتنع من إحيائها أو وقف في مشرعة ماء فلم يأخذ ولم ينصرف.

**فصل** وإن مات الموصى له قبل موت الموصي، بطلت الوصية ولا يقوم وارثه مقامه لأنه مات قبل استحقاق الوصية. وإن مات بعد موته وقبل القبول، قام وارثه مقامه في القبول والرد لأنه خيار ثابت في تملك المال، فقام الوارث مقامه كخيار الشفعة].

الشرح أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.



قال المصنف رحمه الله:

---

---

### باب ما يُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلْثِ

---

---

[ما وصى به من التبرعات كالعتق والهبة والصدقة والمحابة في البيع، يعتبر من الثلث سواء كانت في حال الصحة أو في حال المرض، أو بعضها في الصحة وبعضها في المرض، لأن لزوم الجميع عند الموت. فأما الواجبات من ديون الأميين وحقوق الله تعالى كالحج والزكاة، فإنه إن لم يوص بها وجب قضاؤها من رأس المال دون الثلث؛ لأنه إنما منع من الزيادة على الثلث لحق الورثة، ولا حق للورثة مع الديون، فلم تعتبر من الثلث. وإن وصى أن يؤدي ذلك من الثلث، اعتبر من الثلث لأنها في الأصل من رأس المال، فلما جعلها من الثلث علم أنه قصد التوفير إلى الورثة، فاعتبرت من الثلث. وإن وصى بها ولم يقل أنها من الثلث، ففيه ثلاثة

أوجه: أحدها: أنه تعتبر من الثلث، وهو ظاهر النص لأنها من رأس المال، فلما وصى بها علم أنه قصد أن يجعلها من جملة الوصايا فجعل سبيلها سبيل الوصايا.

**والثاني:** وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنه إن لم يقرن بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من رأس المال، وإن قرن بها ما يعتبر من الثلث، اعتبر من الثلث لأنها في الأصل من رأس المال، فإذا عريت عن القرينة بقيت على أصلها. وإن قرن بها ما يعتبر من الثلث، علم أنه قصد أن يكون مصرفهما واحداً.

**والثالث:** أنه تعتبر من رأس المال وهو الصحيح، لأنها في الأصل من رأس المال، والوصية بها تقتضي التأكيد والتذكير بها، والقرينة تقتضي التسوية بينهما في الفعل، لا في السبيل، فبقيت على أصلها.

**فصل** وأما ما تبرع به في حياته، فينظر فيه: فيه فإن كان في حال الصحة، لم يعتبر من الثلث لأنه مطلق التصرف في ماله لا حق لأحد في ماله، فاعتبر من رأس المال. وإن كان ذلك في مرض غير مخوف، لم يعتبر من الثلث لأن الإنسان لا يخلو من عوارض، فكان حكمه حكم الصحيح. وإن كان ذلك في مرض مخوف واتصل به الموت، اعتبر من الثلث لما روى عمران بن الحصين: «أن رجلاً أعتق ستة أعبد له عند موته لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال للرجل قولاً شديداً ثم دعاهم فجزأهم فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة» ولأنه في هذه الحالة لا يأمن الموت فجعل كحال الموت. وإن برىء من المرض، لم يعتبر من الثلث، لأنه قد بان أنه لم يكن في ماله حق أحد. وإن وهب في الصحة وأقبض في المرض، اعتبر من الثلث، لأنه لم يلزم إلا بالقبض وقد وجد ذلك منه في المرض.

**فصل:** وإن باع في المرض بثمن المثل، أو تزوج امرأة بمهر المثل، صح العقد، ولم يعتبر العوض من الثلث لأنه ليس بوصية. لأن الوصية أن يخرج مالا من غير عوض ولم يخرج ههنا شيئاً من غير عوض. وإن كاتب عبداً اعتبر من الثلث، لأن ما يأخذ من العوض من كسب عبده وهو مال له فيصير كالعقود بغير عوض. وإن وهب له من يعتق عليه في المرض المخوف

فقبله اعتبر عتقه من الثلث فإذا مات لم يرثه. وقال أبو العباس: يعتبر عتقه من رأس المال ويرثه، لأنه ليس بوصية لأنه لم يخرج من ملكه شيئاً بغير عوض. والمذهب: الأول، لأنه ملكه بالقبول وعتق عليه، والعتق في المرض وصية، والميراث والوصية لا يجتمعان، فلو ورثناه بطل عتقه وإذا بطل العتق بطل الإرث، فأثبتنا العتق وأبطلنا الإرث.

**فصل:** والمرض المخوف كالطاعون والقولنج وذات الجنب والرعاف الدائم والإسهال المتواتر وقيام الدم والسل في انتهائه والفالج الحاد في ابتدائه والحمى المطبقة، لأن هذه الأمراض لا يؤمن معها معالجة الموت فجعل كحال الموت. فأما غير المخوف فهو كالجرب ووجع الضرس والصداع اليسير وحمى يوم أو يومين وإسهال يوم أو يومين من غير دم والسل قبل انتهائه والفالج إذا طال، لأن هذه الأمراض يؤمن معها معالجة الموت فإذا اتصل بها الموت علم أنه لم يكن موته من هذه الأمراض. وإن أشكل شيء من هذه الأمراض رجع فيه إلى نفسين من أطباء المسلمين ولا يقبل فيه قول الكافر. وإن ضرب الحامل الطلق فهو مخوف، لأنه يخاف منه الموت، وفيه قول آخر أنه غير مخوف، لأن السلامة منه أكثر.

**الشرح:** حديث عمران بن حصين رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الأربعة<sup>(١)</sup>. وفي رواية لأحمد: «أن رجلاً أعتق عند موته ستة رجلة له فجاء ورثته من الأعراب فأخبروا رسول الله ﷺ بما صنع قال: أو فعل ذلك لو علمنا إن شاء الله ما صلينا عليه فأقرع بينهم فاعتق منهم اثنين وأرق أربعة»<sup>(٢)</sup>، وفي رواية لأبي داود: «لو شهدته قبل أن يدفن لم يدفن في مقابر المسلمين»<sup>(٣)</sup>.

(١) أخرجه مسلم في الأيمان (١٣٩ - ١١/١٤٠)، والترمذي في الأحكام (٣/٦٤٥)، وكذا ابن ماجه (٢/٧٨٦) فيه، وأبو داود في العتق (٢٦٦ - ٤/٢٦٩)، والنسائي في الجنائز (٤/٦٤)، وأحمد (٤/٤٢٨).

(٢) أخرجهما بنحوها أحمد (٤٣٠ - ٤/٤٣١)، والنسائي (٤/٦٤)، وصححها الألباني في صحيح النسائي برقم ١٨٥٠.

(٣) أخرجهما أبو داود (٢٦٩ - ٤/٢٧٠) من حديث أبي زيد الأنصاري، وصحح إسنادهما الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٣٥١.

وهذا النص تفسير للقول الشديد الذي أبهم في رواية عمران، وفيه تغليظ وذم بالغان لأن الله تعالى لم يأذن للمريض بالتصرف إلا بالثلث، فإذا تصرف في أكثر منه كان مخالفاً لحكمه تعالى ومشابهاً لمن وهب غير ماله.

والحديث يدل على أن تصرفات المريض إنما تنفذ من الثلث ولو كانت منجزة في الحال ولم تضاف إلى ما بعد الموت، وقد أسلفنا القول بالإجماع على عدم جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن كان له وارث، على أن التنجيز حال المرض المخوف حكمه حكم الوصية، وبه قال جمهور العلماء.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن كان في الحرب وقد التحمت طائفتان متكافئتان أو كان في البحر وتموج أو في أسر كفار يرون قتل الأسارى أو قدم للقتل في المحاربة أو الرجم في الزنا، ففيه قولان أحدهما: أنه كالمرض المخوف يعتبر تبرعاته فيه من الثلث، لأنه لا يأمن الموت كما لا يأمن في المرض المخوف. والثاني: أنه كالصحيح، لأنه لم يحدث في جسمه ما يخاف منه الموت. فإن قدم لقتل القصاص فالمنصوص: أنه لا تعتبر عطيته من الثلث ما لم يجرح.

واختلف أصحابنا فيه على طريقتين، فقال أبو إسحاق: هي على قولين قياساً على الأسير في يد كفار يرون قتل الأسارى. ومن أصحابنا من قال: لا تعتبر عطيته من الثلث لأنه غير مخوف، لأن الغالب من حال المسلم أنه إذا قدر رحم وعفا فصار كالأسير في يد من لا يرى قتل الأسارى].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن عجز الثلث عن التبرعات لم يخل إما أن يكون في التبرعات المنجزة في المرض، فإن كانت في وقت واحد نظرت: فإن كانت التبرعات المنجزة في المرض، فإن كانت بين الجميع لتساويهما في اللزوم. فإن كانت متفاضلة المقدار قسم الثلث عليها على التفاضل. وإن كانت متساوية قسم

بينها على التساوي كما يفعل في الديون. وإن كان عتقاً في عبيد أقرع بينهم لما ذكرناه من حديث عمران بن الحصين، ولأن القصد من العتق تكميل الأحكام ولا يحصل ذلك إلا بما ذكرناه. فإن وقعت متفرقة قدم الأول فالأول عتقاً كان أو غيره، لأن الأول سبق فاستحق به الثلث فلم يجز إسقاطه بما بعده. فإن كان له عبدان سالم وغانم فقال لسالم: إن أعتقت غانماً فأنت حر، ثم أعتق غانماً قدم عتق غانم لأن عتقه سابق. فإن قال: إن أعتقت غانماً فأنت حر حال عتق غانم، ثم أعتق غانماً، فقد قال بعض أصحابنا: يعتق غانم، لأن عتقه غير متعلق بعتق غيره وعتق سالم متعلق بعتق غيره، فإذا أعتقناهما في وقت واحد احتجنا أن نقرع بينهما فربما خرجت القرعة على سالم فيبطل عتق غانم، وإذا بطل عتقه بطل عتق سالم فيؤدي إثباته إلى نفيه فسقط، ويبقى عتق غانم لأنه أصل. ويحتمل عندي أنه لا يعتق واحد منهما، لأنه جعل عتقهما في وقت واحد ولا يمكن أن نقرع بينهما لما ذكرناه، ولا يمكن تقديم عتق أحدهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر بالسبق، فوجب أن يسقط.

وإن كانت التبرعات وصايا وعجز الثلث عنها لم يقدم بعضها على بعض بالسبق، لأن ما تقدم وما تأخر يلزم في وقت واحد وهو بعد الموت. فإن كانت كلها هبات أو كلها محاباة أو بعضها هبات وبعضها محاباة قسم الثلث بين الجميع على التفاضل إن تفاضلت وعلى التساوي إن تساوت. وإن كان الجميع عتقاً أقرع بين العبيد لما ذكرناه في القسم قبله. وإن كان بعضها عتقاً وبعضها محاباة أو هبات ففيه قولان أحدهما: أن الثلث يقسم بين الجميع، لأن الجميع يعتبر من الثلث ويلزم في وقت واحد. والثاني: يقدم العتق بما له من القوة. وإن كان بعضها كتابة وبعضها هبات ففيه طريقتان أحدهما: أنه لا تقدم الكتابة، لأنه ليس له قوة وسراية فلم تقدم كالهبات. والثاني: أنها على قولين لأنها تتضمن العتق فكانت كالعتق.

**فصل:** وإن وصى أن يحج عنه حجة الإسلام من الثلث أو يقضي دينه من الثلث ووصى معها بتبرعات ففيه وجهان أحدهما: يقسط الثلث على الجميع، لأن الجميع يعتبر من الثلث، فإن كان ما يخص الحج أو الدين

من الثلث لا يكفي تمام من رأس المال، لأنه في الأصل من رأس المال وإنما اعتبر من الثلث بالوصية فإذا عجز عنه وجب أن يتمم من أصل المال. والثاني: يقدم الحج والدين، لأنه واجب ثم يصرف ما فضل في الوصايا.

**فصل:** وإن وصى لرجل بمال وله مال حاضر ومال غائب أو له عين ودين دفع إلى الموصى له ثلث الحاضر وثلث العين وإلى الورثة الثلثان، وكل ما حضر من الغائب أو نض من الدين شيء<sup>(١)</sup> قسم بين الورثة والموصى له، لأن الموصى له شريك الورثة بالثلث فصار كالشريك في المال.

وإن وصى لرجل بمائة دينار وله مائة حاضرة وله ألف غائبة فللموصى له ثلث الحاضرة ويوقف الثلثان، لأن الموصى له شريك الوارث في المال فصار كالشريك في المال. وإن أراد الموصى له التصرف في ثلث المائة الحاضرة ففيه وجهان أحدهما: يجوز، لأن الوصية في ثلث الحاضرة ماضية فممكن من التصرف فيه. والثاني: لا يجوز، لأننا منعنا الورثة من التصرف في الثلثين الموقوفين فوجب أن يمنع الموصى له من التصرف في الثلث.

وإن دبر عبداً قيمته مائة وله مائتان غائبة ففيه وجهان أحدهما: يعتق ثلث العبد، لأن عتق ثلثه مستحق بكل حال. والثاني وهو ظاهر المذهب: أنه لا يعتق، لأننا لو أعتقنا الثلث حصل للموصى له الثلث ولم يحصل للورثة مثله وهذا لا يجوز].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله تعالى:** [وإن وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه، وثلث ماله يحتمل الثلث الباقي من العبد نفذت الوصية فيه على المنصوص. وقال أبو ثور وأبو العباس: لا تنفذ الوصية إلا في ثلث الباقي كما لو وصى بثلث ماله ثم استحق من ماله الثلثان. والمذهب: الأول، لأن ثلث العبد ملكه وثلث ماله يحتمله فنفذت الوصية فيه كما لو أوصى له بعبد

(١) نض من الدين شيء أي تيسر دفعه وانظر لسان العرب.

يحتمله الثلث، ويخالف هذا إذا أوصى بثلث ماله ثم استحق ثلثاه، لأن الوصية هناك بثلث ماله، وماله هو الباقي بعد الاستحقاق، وليس كذلك ههنا لأنه يملك الباقي وله مال غيره يخرج الباقي من ثلثه.

**فصل:** وإن وصى له بمنفعة عبد سنة، ففي اعتبارها من الثلث وجهان أحدهما: يقوم العبد كامل المنفعة ويقوم مسلوب المنفعة في مدة سنة ويعتبر ما بينهما من الثلث. والثاني: تقوم المنفعة سنة فيعتبر قدرها من الثلث، ولا تقوم الرقبة لأن الموصى به هو المنفعة فلا يقوم غيرها.

وإن وصى له بمنفعة عبد على التأييد ففي اعتبار منفعته من الثلث ثلاثة أوجه أحدها: تقوم المنفعة في حق الموصى له والرقبة مسلوبة المنفعة في حق الوارث، لأن الموصى له ملك المنفعة والوارث ملك الرقبة وينظر كم قدر التركة مع قيمة الرقبة مسلوبة المنفعة، وينظر قيمة المنفعة فتعتبر من الثلث. والثاني: تقوم المنفعة في حق الموصى له لأنه ملكها بالوصية، ولا تقوم الرقبة في حق الموصى له لأنه لم يملكها، ولا في حق الوارث لأنها مسلوبة المنفعة في حقه لا فائدة له فيها، فعلى هذا ينظر كم قدر التركة وقيمة المنفعة فتعتبر من الثلث. والثالث وهو المنصوص: تقوم الرقبة بمنافعها في حق الموصى له، لأن المقصود من الرقبة منفعتها فصار كما لو كانت الرقبة له فقومت في حقه، وينظر قدر التركة فتعتبر قيمة الرقبة من ثلثها.

وإن وصى بالرقبة لواحد وبالمنفعة لواحد قومت الرقبة في حق من وصى له بها، والمنفعة في حق من وصى له بها، لأن كل واحد منهما يملك ما وصى له به فاعتبر قيمتها من الثلث].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله تعالى:** [وإن وصى له بثمره بستانه، فإن كانت موجودة اعتبرت قيمتها من الثلث. وإن لم تخلق، فإن كانت على التأييد ففي التقويم وجهان أحدهما: يقوم جميع البستان. والثاني: يقوم كامل المنفعة ثم يقوم مسلوب المنفعة ويعتبر ما بينهما من الثلث، فإن احتمله

الثلث نفذت الوصية فيما بقي من البستان، وإن احتمل بعضها كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث يشاركه فيه الورثة، فإن كان الذي يحتمله النصف كان للموصى له من ثمرة كل عام النصف وللورثة النصف والله أعلم].

**الشرح:** إذا أوصى بثمرة لم تخلق فهذا على ضربين أحدهما: أن يوصي بثمرته إلى الأبد، وقد بينه المصنف. والضرب الثاني: أن يوصي بثمرته مدة مقدرة، فمن أصحابنا من ذهب إلى بطلان الوصية مع التقدير بالمدة بخلاف المنفعة، لأن تقويم المنفعة المقدرة ممكن، وتقويم الثمار المقدرة بالمدة غير ممكن. وذهب سائر أصحابنا إلى جوازها كالمنفعة، وفيما يقوم في الثلث وجهان أحدهما: أنه يقوم البستان كامل المنفعة ويقوم مسلوب المنفعة ثم يعتبر ما بين القيمتين في الثلث. والوجه الثاني: أن ينظر أوسط ما يثمره النخل غالباً في كل عام، ثم يعتبر قيمة الغالب من قيمة الثمرة في أول عام، ولا اعتبار بما حدث بعده من زيادة ونقص، فإن خرج جميعه من الثلث فقد استحق جميع الثمرة في تلك المدة، وإن خرج نصفه فله النصف من ثمرة كل عام إلى انقضاء تلك المدة، وليس له أن يستكمل هذه كل عام في نصف تلك المدة، لأنه قد تختلف ثمرة كل عام في المقادير والأثمان فخالف منافع العبد والدار<sup>(١)</sup>.



قال المصنف رحمه الله تعالى:

### باب جامع الوصايا:

[إذا وصى لجيرانه صرف إلى أربعين داراً من كل جانب، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «حق الجوار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا يميناً وشمالاً وقداماً وخلفاً».

(١) الضرب الثاني أخذه الشارح من الحاوي للماوردى (٨/٢٢٨)، ومنه نقلته لتحريف ورد في المطبوعة.

**فصل:** وإن وصى لقراء القرآن صرف إلى من يقرأ جميع القرآن. وهل يدخل فيه من لا يحفظ جميعه؟ فيه وجهان أحدهما: يدخل فيه لعموم اللفظ. والثاني: لا يدخل فيه، لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف إلا على من يحفظه. وإن وصى للعلماء صرف إلى علماء الشرع، لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف إلا عليهم، ولا يدخل فيه من يسمع الحديث ولا يعرف طرقة، لأن سماع الحديث من غير علم بطرقه ليس بعلم.

**الشرح:** حديث أبي هريرة أخرجه أبو يعلى عن شيخه محمد بن جامع العطار وهو ضعيف، هكذا أفاده الهيثمي في مجمع الزوائد<sup>(١)</sup>. على أن القول بهذا الحديث وإن لم ينهض الحديث حجة له يجوز على قول من يقول بتقديم الحديث الضعيف على الاجتهاد، وبه قال أحمد وغيره من الفقهاء. على أن المعروف من مذهب الشافعي وبناءً على أصله «إذا صح الحديث فهو مذهبي» أنه لا عبرة بحديث لم يصح سنده في الأصول ولا في الفروع، والعبرة في هذا بالعرف فهو يقوم مقام النص عند عدمه. وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [فإن وصى للأيتام لم يدخل فيه من له أب، لأن اليتيم في بني آدم فقد الأب. ولا يدخل فيه بالغ لقوله ﷺ: «لا يتم بعد الحلم». وهل يدخل فيه الغني؟ فيه وجهان أحدهما: يدخل فيه، لأنه يتم بفقد الأب. والثاني: لا يدخل فيه، لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف على غني. فإن وصى للأرامل دخل فيه من لا زوج لها من النساء. وهل يدخل فيه من لا زوجة له من الرجال؟ فيه وجهان أحدهما: لا يدخل فيه، لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف على الرجال. والثاني: يدخل فيه، لأنه قد يسمى الرجل أرملاً كما قال الشاعر:

كل الأرامل قد قضيت حاجتهم فمن لحاجة هذا الأرملة الذكر

وهل يدخل فيه من لها مال؟ على وجهين كما قلنا في الأيتام.

(١) المجمع (٨/١٦٨).

**فصل:** وإن وصى للشيوخ أعطي من جاوز الأربعين، وإن وصى للفتيان والشباب أعطى من جاوز البلوغ إلى الثلاثين، وإن وصى للغلمان والصبيان أعطى من لم يبلغ، لأن هذه الأسماء لا تطلق في العرف إلا على ما ذكرناه].

**الشرح:** حديث «لا يتم بعد الحلم» رواه أبو داود عن علي كرم الله وجهه، وفي إسناده يحيى بن محمد المدني وقد ضعف. قال المنذري: وقد روي هذا الحديث من رواية جابر وأنس وليس فيها شيء يثبت. وقد أعل هذا الحديث أيضاً عبدالحق وابن القطان وغيرهما، وحسنه النووي فيما سلف من أجزاء المجموع متمسكاً بسكوت أبي داود عليه، وقد روي هذا الحديث من طرق أخرى يقوي بعضها بعضاً وترقى بالحديث إلى درجة الحسن<sup>(١)</sup>.

وأما أسماء مراحل العمر، فالإنسان إلى السابعة طفل ثم إلى العاشرة صبي ثم إلى الخامسة عشرة يافع ثم إلى الثلاثين شاب أو فتى ثم إلى الأربعين كهل ثم بعد الأربعين شيخ ثم بعد الستين هرم. وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن وصى للفقراء جاز أن يدفع إلى الفقراء والمساكين. وإن وصى للمساكين جاز أن يدفع إلى المساكين والفقراء، لأن كل واحد من الاسمين يطلق على الفريقين. وإن وصى للفقراء والمساكين جمع بين الفريقين في العطفية، لأن الجمع بينهما يقتضي الجمع في العطفية كما قلنا في آية الصدقات. وإن وصى لسبيل الله تعالى دفع إلى الغزاة من أهل الصدقات، لأنه قد ثبت لهم هذا الاسم في عرف الشرع. فإن وصى للرقاب دفع إلى المكاتبين، لأن الرقاب في عرف الشرع اسم للمكاتبين. وإن وصى لأحد هذه الأصناف دفع إلى ثلاثة منهم، لأنه قد ثبت لهذه

(١) أخرجه أبو داود في الوصايا (٢٩٣ - ٣/٢٩٤)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود

الألفاظ عرف الشرع في ثلاثة، وهو في الزكاة، فحملت الوصية عليها. فإن وصى لزيد والفقراء، فقد قال الشافعي رحمه الله: هو كأحدهم. فمن أصحابنا من قال: هو بظاهره أنه يكون كأحدهم يدفع إليه ما يدفع إلى أحدهم، لأنه أضاف إليه وإليهم فوجب أن يكون كأحدهم. ومنهم من قال: يصرف إلى زيد نصف الثلث ويصرف النصف إلى الفقراء، لأنه أضاف إليه وإليهم فوجب أن يساويهم. ومنهم من قال: يصرف إليه الربع ويصرف ثلاثة أرباعه إلى الفقراء، لأن أقل الفقراء ثلاثة فكأنه وصى لأربعة فكان حق كل واحد منهم الربع. وإن وصى لزيد ودينار وثلثه للفقراء، وزيد فقير لم يعط غير الدينار، لأنه قطع الاجتهاد في الدفع بتقدير حقه في الدينار.

**فصل:** وإن وصى لقبيلة عظيمة كالعلويين والهاشميين وطيء وتميم ففيه قولان أحدهما: أن الوصية تصح وتصرف إلى ثلاثة منهم كما قلنا في الوصية للفقراء. والثاني: أن الوصية باطلة، لأنه لا يمكن أن يعطى الجميع ولا عرف لهذا اللفظ في بعضهم فبطل، بخلاف الفقراء فإنه قد ثبت لهذا اللفظ عرف وهو في ثلاثة في الزكاة].

**الشرح:** الفقير هو الذي لا مال له ولا كسب يقع منه موقعاً. والمسكين هو من له مال أو كسب يقع منه موقعاً ولكن لا يغنيه. وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن أوصى أن يضع ثلثه حيث يرى لم يجز أن يضعه في نفسه، لأنه تمليك ملكه بالإذن فلم يملك من نفسه كما لو وكله في البيع. والمستحب أن يصرفه إلى من لا يرث الموصي من أقاربه، فإن لم يكن له أقارب صرف إلى أقاربه من الرضاع، فإن لم يكونوا صرف إلى جيرانه، لأنه قائم مقام الموصي والمستحب للموصي أن يضع فيما ذكرناه فكذاك الوصي.

**فصل:** وإن وصى بالثلث لزيد ولجبريل، كان لزيد نصف الثلث وتبطل في الباقي. فإن وصى لزيد وللرياح ففيه وجهان أحدهما: أن الجميع لزيد لأن ذكر الرياح لغو. والثاني: أن لزيد النصف وتبطل الوصية في الباقي

كالمسألة قبلها. فإن قال: ثلثي لله ولزيد ففيه وجهان أحدهما: أن الجميع لزيد وذكر الله تعالى للتبرك كقوله تعالى فإن الله خمسه وللرسول. والثاني: أنه يدفع إلى زيد نصفه والباقي للفقراء، لأن عامة ما يجب لله تعالى يصرف إلى الفقراء.

**فصل:** وإن وصى لحمل امرأة فولدت ذكراً وأنثى صرف إليهما وسوي بينهما، لأن ذلك عطية فاستوى فيه الذكر والأنثى. وإن وصى إن ولدت ذكراً فله ألف وإن ولدت أنثى فلها مائة فولدت ذكراً وأنثى استحق الذكر الألف والأنثى المائة. فإن ولدت خنثى دفع إليه المائة، لأنه يقين ويترك الباقي إلى أن يتبين. فإن ولدت ذكراً أو أنثيين ففيه ثلاثة أوجه أحدها: أن الوارث يدفع الألف إلى من يشاء من الذكركين والمائة إلى من يشاء من الأنثيين، لأن الوصية لأحدهما فلا تدفع إليهما والاجتهاد في ذلك إلى الوارث، كما لو أوصى لرجل بأحد عبديه. والثاني: أنه يشترك الذكران في الألف والأنثيان في المائة، لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فسوى بينهما، ويخالف العبد فإنه جعله إلى الوارث وههنا لم يجعله إلى الوارث. والثالث: أنه يوقف الألف بين الذكركين والمائة بين الأنثيين إلى أن يبلغا ويصطلحا، لأن الوصية لأحدهما فلا يجوز أن تجعل لهما ولا خيار للوارث فوجب التوقف. فإن قال: إن كان ما في بطنك ذكراً فله ألف وإن كان أنثى فله مائة، فولدت ذكراً وأنثى لم يستحق واحد منهما شيئاً، لأنه شرط أن يكون جميع ما في البطن ذكراً أو جميعه أنثى ولم يوجد واحد منهما].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [فإن أوصى لرجل بسهم أو بقسط أو بنصيب أو بجزء من ماله فالخيار إلى الوارث في القليل والكثير، لأن هذه الألفاظ تستعمل في القليل والكثير.

**فصل:** فإن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته أعطي مثل نصيب أقلهم نصيباً، لأنه نصيب أحدهم. فإن وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كان ذلك وصية بنصف المال، لأنه يحتمل أن يكون قد جعل له الكل ويحتمل

أنه جعله مع ابنه فلا يلزمه إلا اليقين، ولأنه قصد التسوية بينه وبين ابنه ولا توجد التسوية إلا فيما ذكرناه. فإن كان له ابنان فوصى له بمثل نصيب أحد ابنيه جعل له الثلث. وإن وصى له بنصيب ابنه بطلت الوصية، لأن نصيب الابن للابن فلا تصح الوصية به كما لو أوصى له بمال ابنه من غير الميراث. ومن أصحابنا من قال: يصح ويجعل المال بينهما كما لو أوصى له بمثل نصيب ابنه فإن وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كافر أو قاتل فالوصية باطلة، لأنه وصى بمثل نصيب من لا نصيب له فأشبهه إذا وصى بمثل نصيب أخيه وله ابن].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [فإن وصى بضعف نصيب أحد أولاده دفع إليه مثلاً نصيب أحدهم، لأن الضعف عبارة عن الشيء ومثله، ولهذا يروى أن عمر رضي الله عنه أضعف الصدقة على نصارى بني تغلب أي أخذ مثلي ما يؤخذ من المسلمين. فإن وصى له بضعفي نصيب أحدهم أعطي ثلاثة أمثال نصيب أحدهم. وقال أبو ثور: يعطى أربعة أمثاله. وهذا غلط، لأن الضعف عبارة عن الشيء ومثله فوجب أن يكون الضعفان عبارة عن الشيء ومثليه.

**فصل:** فإن وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه وأجاز الورثة قسم المال بينهما على خمسة، للموصى له بالثلث سهمان وللموصى له بالنصف ثلاثة أسهم. فإن لم يجيزوا قسم الثلث بينهما على خمسة على ما ذكرناه، لأن ما قسم على التفاضل عند اتساع المال قسم على التفاضل عند ضيق المال كالموارث والمال بين الغرماء. فإن أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلث وأجاز الورثة قسم المال بينهما على أربعة، للموصى له بجميع ثلاثة أسهم وللموصى له بالثلث سهم، لأن السهام في الوصايا كالسهم في الموارث، ثم السهام في الموارث إذا زادت على قدر المال أعلت الفريضة بالسهم الزائد، فكذا في الوصية. فإن لم يجيزوا قسم الثلث بينهما على ما قسم الجميع].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [فإن قال أعطوه رأساً من رقيقتي ولا رقيق له أو قال أعطوه عبدي الحبشي وله عبد سندي أو عبدي الحبشي وسماه باسمه ووصفه بصفة من بياض أو سواد وعنده حبشي يسمى بذلك الاسم ومخالف له في الصفة فالوصية باطلة، لأنه وصى له بما لا يملكه.

فإن كان له رقيق أعطي منه واحداً سليماً كان أو معيباً، لأنه لا عرف في هبة الرقيق فحمل على ما يقع عليه الاسم. فإن مات ما له من الرقيق بطلت الوصية، لأنه فات ما تعلقت به الوصية من غير تفريط. فإن قتلوا فإن كان قبل موت الموصي بطلت الوصية، لأنه جاء وقت الوجوب ولا رقيق له. فإن قتلوا بعد موته وجبت له قيمة واحد منهم، لأنه بدل ما وجب له.

**فصل:** فإن وصى بعق عبد أعتق عنه ما يقع عليه الاسم لعموم اللفظ. ومن أصحابنا من قال: لا يجزىء إلا ما يجزىء في الكفارة، لأن العتق في الشرع له عرف وهو ما يجزىء في الكفارة فحملت الوصية عليه.

فإن وصى أن يعتق عنه رقبة فعجز الثلث عنها ولم تجز الورثة أعتق قدر الثلث من الرقبة، لأن الوصية تعلقت بجميعها فإذا تعذر الجميع بقي في قدر الثلث. فإن وصى أن يعتق عنه رقاب أعتق ثلاثة، لأن الرقاب جمع وأقله ثلاثة، فإن عجز الثلث عن الثلاثة أعتق عنه ما أمكن. فإن اتسع الثلث لرقبتين وتفضل شيء، فإن لم يمكن أن يشتري بالفضل بعض الثالثة زيد في ثمن الرقبتين، وإن أمكن أن يشتري به بعض الثالثة ففيه وجهان أحدهما: يزداد في ثمن الرقبتين، لما روي أن النبي ﷺ سئل عن أفضل الرقاب فقال: «أكثرها ثمناً وأنفسها عند أهلها». والثاني: أنه يشتري به بعض الثالثة لقوله ﷺ: «من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار» ولأن ذلك أقرب إلى العدد الموصى به.

**فصل:** فإن قال: أعتقوا عبداً من عبيدي، وله خنثى حكم له بأنه رجل، ففيه وجهان أحدهما: أنه يجوز، لأنه محكوم بأنه عبد. والثاني: لا

يجوز، لأن اسم العبد لا ينصرف إليه. فإن قال: أعتقوا أحد رقيقي وفيهم خنثى مشكل، فقد روى الربيع فيمن وصى بكتابة أحد رقيقه: أنه لا يجوز الخنثى المشكل. وروى المزني: أنه يجوز. فمن أصحابنا من قال: يجوز كما نقله المزني، لأنه من الرقيق. ومنهم من قال: لا يجوز كما نقله الربيع، لأن إطلاق اسم الرقيق لا ينصرف إلى الخنثى المشكل.

**فصل:** فإن قال: أعطوه شاة، جاز أن يدفع إليه الصغير والكبير والضأن والمعز، لأن اسم الشاة يقع عليه، ولا يدفع إليه تيس ولا كبش على المنصوص. ومن أصحابنا من قال: يجوز الذكر والأنثى، لأن الشاة اسم للجنس يقع على الذكر والأنثى كالإنسان يقع على الرجل والمرأة. فإن قال: أعطوه شاة من غنمي، والغنم إناث، لم يدفع إليه ذكر، فإن كانت ذكوراً لم يدفع إليه أنثى، لأنه أضاف إلى المال وليس في المال غيره. فإن كانت غنمه ذكوراً وإناثاً فعلى ما ذكرنا من الخلاف فيه إذا أوصى بشاة ولم يصف إلى المال. فإن قال: أعطوه ثوراً، لم يعط بقرة. فإن قال: أعطوه جملًا، لم يعط ناقة. فإن قال: أعطوه بعيراً، فالمنصوص أنه لا يعطى ناقة. ومن أصحابنا من قال: يعطى لأن البعير كالإنسان يقع على الذكر الأنثى. فإن قال: أعطوه رأساً من الإبل أو رأساً من البقر أو رأساً من الغنم، جاز الذكر والأنثى، لأن ذلك اسم للجنس.

**فصل:** فإن قال: أعطوه دابة، فالمنصوص: أنه يعطى فرساً أو بغلاً أو حماراً. واختلف أصحابنا فيه، فقال أبو العباس: هذا قاله على عادة أهل مصر، فإن الدواب في عرفهم الأجناس الثلاثة، فإن كان الموصي بمصر أعطي واحداً من الثلاثة، وإن كان في غيرها لم يعط إلا الفرس لأنه لا تطلق الدابة في سائر البلاد إلا على الفرس. وقال أبو إسحاق وأبو علي ابن أبي هريرة: يعطى واحداً من الثلاثة في جميع البلاد، لأن اسم الدواب يطلق على الجميع. فإن قال: أعطوه دابة من دوابي، وليس عنده إلا واحد من الثلاثة أعطي منه، لأنه أضاف إلى ماله وليس له غيره.

فإن قال: أعطوه دابة ليقاتل عليه العدو، لم يعط إلا فرساً. فإن قال:

ليحمل عليه، لم يعط إلا بغلاً أو حماراً. فإن قال: لينتفع بنسله، لم يعط إلا فرساً أو حماراً، لأن القرينة دلت على ما ذكرناه].

**الشرح:** حديث: «سئل عن أفضل الرقاب» رواه أحمد والبخاري ومسلم من حديث أبي ذر رضي الله عنه<sup>(١)</sup>. وحديث: «من أعتق رقبة» رواه ثلاثهم أيضاً عن أبي هريرة رضي الله عنه<sup>(٢)</sup>.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [فإن وصى بكلب ولا كلب له فالوصية باطلة، لأنه ليس عنده كلب ولا يمكن أن يشتري فبطلت الوصية. فإن قال: أعطوه كلباً من كلابي، وعنده كلاب لا ينتفع بها بطلت الوصية، لأن ما لا منفعة فيه من الكلاب لا يحل اقتناؤه. فإن كان ينتفع بها أعطي واحداً منها إلا أن يقرن به قرينة من صيد أو حفظ زرع فيدفع إليه ما دلت عليه القرينة. فإن كان له ثلاثة كلاب ولا مال له فأوصى بجميعها ولم تجز الورثة ردت إلى الثلث. وفي كيفية الرد وجهان أحدهما: يدفع إليه من كل كلب ثلثه كسائر الأعيان. والثاني: يدفع إليه أحدها وتخالف سائر الأعيان، لأن الأعيان تقوّم وتختلف أثمانها والكلاب لا تقوّم فاستوى جميعها. وفيما يأخذ وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحاق: أنه يأخذ واحداً منها بالقرعة. والثاني: يعطيه الوارث ما شاء منها. فإن كان له كلب واحد فوصى به ولم تجز الورثة ولم يكن له مال أعطي ثلثه. فإن كان له مال ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه يدفع الجميع إلى الموصى له، لأن أقل المال خير من الكلب فأمضيت الوصية فيه، كما لو أوصى له بشاة وله مال تخرج الشاة من ثلثه.

والثاني وهو قول أبي سعيد الإصطخري: أنه يدفع إليه ثلث الكلب،

(١) أخرجه البخاري في العتق (٥/١٤٨)، وكذا مسلم (١٠/١٥١) فيه، والترمذي في النذور والأيمان (٤/١١٤)، وأحمد (٢/٤٢٠).

(٢) أخرجه البخاري (٥/١٤٦)، ومسلم في الإيمان (٢/٧٣)، وأحمد (٥/١٥٠).

لأنه لا يجوز أن يحصل للموصى له شيء إلا ويحصل للورثة مثله ولا يمكن اعتبار الكلب من ثلث المال، لأنه لا قيمة له فاعتبر بنفسه.

**فصل:** وإن وصى له بطبل من طبوله وليس له إلا طبول الحرب أعطي واحداً منها. وإن لم يكن له إلا طبول اللهو نظرت: فإن لم يصلح وهو طبل لغير اللهو، وإن فصل لمباح لم يقع عليه اسم الطبل فالوصية باطلة، لأنه وصية بمحرم. وإن كان يصلح لمنفعة مباحة مع بقاء الاسم جازت الوصية، لأنه يمكن الانتفاع به في مباح. وإن كان له طبل حرب وطبل لهو ولم يصلح طبل اللهو لغير اللهو أعطي طبل الحرب، لأن طبل اللهو لا تصح الوصية به فيصير كالمعدوم. وإن كان يصلح لمنفعة مباحة أعطاه الوارث ما شاء منهما.

**فصل:** فإن وصى بعود من عيدانه وعنده عود اللهو وعود القوس وعود البناء كانت الوصية بعود اللهو، لأن إطلاق الاسم ينصرف إليه. فإن كان عود اللهو يصلح لمنفعة مباحة دفع إليه ولا يدفع معه الوتر والمضراب، لأن اسم العود يقع من غير وتر ولا مضراب. وإن كان لا يصلح لغير اللهو فالوصية باطلة، لأنه وصية بمحرم. ومن أصحابنا من قال: يعطى من عود القوس والبناء، لأن المحرم كالمعدوم كما قلنا فيمن وصى بطبل من طبوله وعنده طبل حرب وطبل لهو أنه تجعل الوصية في طبل الحرب ويجعل طبل اللهو كالمعدوم. والمذهب أنه لا يعطى شيئاً، لأن العود لا يطلق إلا على عود اللهو، والطبل يطلق على طبل اللهو وطبل الحرب فإذا بطل في طبل اللهو حمل على طبل الحرب. فإن قال: أعطوه عوداً من عيداني وليس عنده إلا عود القوس أو عود البناء أعطي منها، لأنه أضاف إلى ما عنده وليس عنده سواه.

**فصل:** فإن وصى له بقوس كانت الوصية بالقوس الذي يرمى عنه النبل والنشاب دون قوس الندف والجلاهق وهو قوس البندق، لأن إطلاق الاسم ينصرف إلى ما يرمى عنه ولا يعطى معه الوتر. ومن أصحابنا من قال: يعطى معه الوتر، لأنه لا ينتفع به إلا مع الوتر. والصحيح أنه لا

يعطى، لأن الاسم يقع عليه من غير وتر. فإن قال: أعطوه قوساً من قسيي وليس عنده إلا قوس الندف أو قوس البندق أعطي مما عنده، لأنه أضاف إلى ما عنده وليس عنده سواه. وإن كان عنده قوس البندق وقوس الندف أعطي قوس البندق، لأن الاسم إليه أسبق.

**فصل:** فإن وصى بعقق مكاتبه أو بالإبراء مما عليه اعتبر من الثلث أقل الأمرين من قيمته أو مال الكتابة، لأن الإبراء عتق والعتق إبراء فاعتبر أقلهما وألغى الآخر. فإن احتملها الثلث عتق وبريء من المال، وإن لم يحتمل شيئاً منه لديون عليه بطلت الوصية وأخذ المكاتب بأداء جميع ما عليه فإن أدى عتق وإن عجز رق وتعلق به حق الغرماء والورثة. فإن احتمل الثلث بعض ذلك مثل أن يحتمل النصف من أقل الأمرين عتق ونصفه وبقي نصفه على الكتابة فإن أدى عتق وإن عجز رق. وإن احتمل الثلث أحدهما دون الآخر اعتبر الأقل فعتق به. فإن لم يكن له مال غير العبد نظر: فإن كان قد حل عليه مال الكتابة عتق ثلثه في الحال وبقي الباقي على الكتابة إن أدى عتق وإن عجز رق. وإن لم يحل عليه مال الكتابة ففيه وجهان أحدهما: لا يتعجل عتق شيء منه، لأنه يحصل للموصى له الثلث ولم يحصل للورثة مثلاه وهذا لا يجوز كما لو أوصى بالثلث وله مال حاضر ومال غائب فإنه لا تمضي الوصية في شيء حتى يحصل للورثة مثلاه. والثاني وهو ظاهر المذهب: أنه يتعجل عتق ثلث ويقف الثلثان على العتق بالأداء أو الرق بالعجز، لأن الورثة على يقين من الثلثين إما بالأداء وإما بالعجز بخلاف ما لو كان له مال حاضر ومال غائب، لأنه ليس على يقين من سلامة الغائب.

**فصل:** فإن قال: ضعوا عن مكاتبتي أكثر ما عليه وضع عنه النصف وشيء، لأنه هو الأكثر. فإن قال: ضعوا عنه ما شاء من كتابته فشاء الجميع، فقد روى الربيع رحمه الله أنه يوضع عنه الجميع إلا شيئاً. وروى المزني أنه إذا قال ضعوا عنه ما شاء فشاءها كلها وضع الجميع إلا شيئاً. فمن أصحابنا من قال: الصحيح ما رواه الربيع، لأن قوله من كتابته يقتضي التبعض، وما رواه المزني خطأ في النقل والذي يقتضيه أن يوضع عنه الكل إذا شاء، لأن قوله ما شاء عام في الكل والبعض. وقال أبو إسحاق: ما

نقله الربيع صحيح على ما ذكرناه وما نقله المزني أيضاً صحيح فإنه يقتضي أن يبقى من الكل شيء، لأنه لو أراد وضع الجميع لقال ضعوا عنه مال الكتابة فلما علقه على ما شاء دل على أنه لم يرد الكل.

فإن قال: ضعوا عنه ما قل وما كثر، وضع الوارث عنه ما شاء من قليل وكثير، لأنه ما من قدر إلا وهو قليل بالإضافة إلى ما هو أكثر وكثير بالإضافة إلى ما هو أقل منه. فإن قال: ضعوا عنه أكثر نجومه وضع عنه أكثرها مالاً، لأن إطلاق الأكثر ينصرف إلى كثرة المال دون طول المدة.

فإن قال: ضعوا عنه أوسط النجوم واجتمع في نجومه أوسط في القدر وأوسط في المدة وأوسط في العدد كان للوارث أن يضع أي الثلاثة شاء، لأن الوسط يقع على الثلاثة. فإن استوى الجميع في المدة والقدر وضع عنه الأوسط في العدد، فإن كانت النجوم ثلاثة وضع عنه الاثني، فإن كانت أربعة وضع عنه الثاني والثالث، فإن كانت خمسة وضع عنه الثالث وعلى هذا القياس.

**فصل:** وإن كاتب عبده كتابة فاسدة ثم أوصى لرجل بما في ذمته لم تصح الوصية، لأنه لا شيء له في ذمته فصار كما لو وصى بماله في ذمة حر ولا شيء له في ذمته. وإن وصى له بما يقبضه منه صحت الوصية، لأنه أضاف إلى حال يملكه فصار كما لو وصى له برقبة مكاتب إذا عجزه، وفي هذا عندي نظر، لأنه لا يملكه بالقبض وإنما يعتق بحكم الصفة كما يعتق بقبض الخمر إذا كاتبه عليه ثم لا يملكه. وإن وصى برقبته والكتابة فاسدة نظرت: فإن لم يعلم بفساد الكتابة ففيه قولان أحدهما: أن الوصية جائزة، لأنها صادفت ملكه. والثاني: أنها باطلة، لأنه وصى وهو يعتقد أنه يملك الوصية. وإن وصى بها وهو يعلم أن الكتابة فاسدة صحت الوصية قولاً واحداً كما لو باع من رجل شيئاً بيعاً فاسداً ثم باعه من غيره وهو يعلم فساد البيع الأول. ومن أصحابنا من قال: القولان في الجميع ويخالف البيع فإن فاسده لا يجري مجرى الصحيح في الملك وفي الكتابة الفاسدة كالصحيح في العتق. والصحيح هو الطريقة الأولى.

**فصل:** وإن وصى بحج فرض من رأس المال حج عنه من الميقات، لأن الحج من الميقات وما قبله تسبب إليه. فإن وصى به من الثلث ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحاق: أنه يحج عنه من بلده فإن عجز الثلث عنه تمم من رأس المال، لأنه يجب عليه الحج من بلده. والثاني وهو قول أكثر أصحابنا: أنه من الميقات، لأن الحج يجب بالشرع من الميقات فحملت الوصية عليه. وإن أوصى أن يجعل جميع الثلث في حج الفرض حج عنه من بلده، وإن عجز الثلث عن ذلك حج عنه من حيث أمكن من طريقه، وإن عجز عن الحج من الميقات تمم من رأس المال ما يحج به من الميقات، لأن الحج من الميقات مستحق من رأس المال وإنما جعله من الثلث توفيراً على الورثة فإذا لم يف الثلث بالجميع بقي فيما لم يف من رأس المال.

**فصل:** وإن أوصى بحج التطوع، وقلنا إنه تدخله النيابة نظرت: فإن قال أحجوا بمائة من ثلثي حج عنه من حيث أمكن، وإن لم يوجد من يحج بهذا القدر بطلت الوصية وعاد المال إلى الورثة، لأنها تعذرت فبطلت كما لو أوصى لرجل بمال فردّه. وإن قال: أحجوا عني بثلثي صرف الثلث فيما أمكن من عدد الحجج فإن اتسع المال لحجة أو حجتين وفضل ما لا يكفي لحجة أخرى من بلده حج من حيث أمكن من دون بلده إلى الميقات، فإن عجز الفضل عن حجة من الميقات رد الفضل إلى الورثة، وإن أمكن أن يعتمر به لم يفعل، لأن الموصى له هو الحج دون العمرة. فإن قال أحجوا عني، حج عنه بأجرة المثل من حيث أمكن من بلده إلى الميقات. فإن عجز الثلث عن حجة من الميقات بطلت الوصية لما ذكرناه.

**فصل:** وإن وصى أن يحج عنه رجل بمائة ويدفع ما يبقى من الثلث إلى آخر وأوصى بالثلث لثالث فقد وصى بثلثي ماله، فإن كان الثلث مائة سقطت وصيته للموصى له بالباقي، لأن وصيته فيما يبقى بعد المائة ولم يبق شيء. فإن أجاز الورثة دفع إلى الموصى له بالثلث ثلثه وهو مائة وإلى الموصى له بالمائة مائة، وإن لم يجيزوا قسم الثلث بين الموصى له بالثلث وبين الموصى له بالمائة نصفين، لأنهما اتفقا في قدر ما يستحقان وهو

المائة. فإن كان الثلث أكثر من مائة وأجاز الورثة دفع الثلث إلى الموصى له بالثلث ودفع مائة إلى الموصى له بالمائة ودفع ما بقي إلى الموصى له بالباقي، وإن لم يجيزوا ما زاد على الثلث ردت الوصية إلى نصفها وهو الثلث، فيدفع إلى الموصى له بالثلث نصف الثلث، وفي النصف الآخر وجهان أحدهما: يقدم فيه الموصى له بالمائة ولا يدفع إلى الموصى له بالباقي شيء حتى يأخذ الموصى له بالمائة حقه، لأنه وإن كان قد اعتقد به مع الموصى له بالمائة في إحراز الثلث إلا أن حقه فيما يبقى بعد المائة فلا يأخذ شيئاً قبل أن يستوفي الموصى له بالمائة حقه، كما اعتد بالأخ من الأب مع الأخ من الأب والأم على الجد في إحراز ثلثي المال ثم لا يأخذ شيئاً مع الأخ من الأب والأم، فإن كان النصف مائة أو أقل أخذه الموصى له بالمائة، وإن كان أكثر أخذ الموصى له بالمائة مائة وأخذ الموصى له بالباقي ما يبقى. والوجه الثاني: أن الموصى له بالمائة والموصى له بالباقي يقسمان النصف على قدر وصيتهما من الثلث، فإن كان الثلث مائتين اقتسما المائة نصفين لكل واحد منها خمسون، وإن كان مائة وخمسين اقتسما الخمسة والسبعين أثلاثاً، للموصى له بالمائة خمسون، وللموصى له بالباقي خمسة وعشرون، وعلى هذا القياس، لأنه إنما أوصى له بالمائة من كل الثلث لا من بعضه فلم يجز أن يأخذ من نصف الثلث ما كان يأخذ من جميعه كأصحاب المواريث إذا زاحمهم من له فرض أو وصية.

**فصل:** وإن بدأ فوصى بثلث ماله لرجل ثم وصى لمن يحج عنه بمائة ووصى لآخر بما يبقى من الثلث ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحاق: أن الوصية بالباقي بعد المائة باطلة، لأن الوصية بالثلث تمنع من أن يبقى شيء من الثلث، فعلى هذا إن أجاز الورثة نفدت الوصيتان وإن لم يجيزوا ردت الوصية إلى الثلث، فإن كان الثلث مائة استوت وصيتهما فيقتسمان الثلث بينهما نصفين، وإن كان الثلث خمسمائة قسم الثلث بينهما على ستة أسهم للموصى له بالثلث خمسة أسهم وللموصى له بالمائة سهم، فإن كان الثلث ألفاً قسم على أحد عشر سهماً للموصى له بالثلث عشرة أسهم وللموصى له بالمائة سهم. والوجه الثاني وهو قول أبي علي بن أبي

هريرة: أن الحكم في هذه المسألة كالحكم في المسألة قبلها، لأنه إذا أوصى بالمائة بعد الثلث علم أنه لم يرد ذلك الثلث، لأن الوصية الأولى قد استوعبته وإنما أراد ثلثاً ثانياً، فإذا أوصى بعد المائة بما يبقى من الثلث دل على أنه أراد ما يبقى من الثلث الثاني فصار موصياً بثلاثي ماله كالمسألة قبلها.

**فصل:** وإن وصى لرجل بعبد ولآخر بما بقي من الثلث قوّم العبد مع التركة بعد موت الموصي، فإن خرج من الثلث دفع إلى الموصى له فإن بقي من الثلث شيء دفع إلى الآخر وإن لم يبق شيء بطلت الوصية بالباقي، لأن وصيته فيما بقي. وإن أصاب العبد عيب بعد موت الموصي قوّم سليماً ودفع إلى الموصى له الباقي، لأنه وصى له بالباقي من قيمته وهو سليم. وإن مات العبد بعد موت الموصي بطلت الوصية فيه وقوّم وقت الموت مع التركة ودفع إلى الموصى له الباقي من الثلث، لأنهما وصيتان فلا تبطل إحداهما ببطلان الأخرى كما لو وصى لرجلين فرد أحدهما.

**فصل:** فإن وصى له بمنفعة عبد ملك الموصى له منافعه واكتسابه، فإن كان جارية ملك مهرها لأنه بدل منفعتها، ولا يجوز للمالك وطؤها لأنه تملك الرقبة من غير منفعة، ولا للموصى له وطؤها لأنه تملك المنفعة من غير الرقبة والوطء لا يجوز إلا في ملك تام، ويجوز تزويجها لاكتساب المهر. وفيمن يملك العقد ثلاثة أوجه أحدها: يملكه الموصى له بالمنفعة، لأن المهر له. والثاني: يملكه المالك، لأنه يملك رقبته. والثالث: لا يصح العقد إلا باتفاقهما، لأن لكل واحد منهما حقاً فلا ينفرد به أحدهما دون الآخر. فإن أتت بولد مملوك ففيه وجهان أحدهما: أنه للموصى له، لأنه من جملة فوائدها فصار كالكسب. والثاني: أنه كالأم رقبته للمالك ومنفعته للموصى له، لأنه جزء من الأم فكان حكمه حكم الأم. فإن قتل ففي قيمته وجهان أحدهما: أنها للمالك، لأنها بدله فكانت له. والثاني وهو الصحيح: أنه يشتري به مثله للمالك رقبته وللموصى له منفعة، لأنه قائم مقام الأصل فكان حكمه حكم الأصل. فإن جنى على طرفه ففي أرشه وجهان أحدهما: أنه للمالك لأنه بدل ملكه. والثاني وهو الصحيح: أن ما قابل منه ما نقص من

قيمة الرقبة للمالك وما قابل منه ما نقص من المنفعة للموصى له، لأنه دخل النقص عليهما فقسط الأرش عليهما. فإن احتاج العبد إلى نفقة ففيه ثلاثة أوجه أحدها وهو قول أبي سعيد الإصطخري: أن النفقة على الموصى له بالمنفعة، لأن الكسب له. والثاني: أنها على المالك وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة، لأن النفقة على الرقبة فكانت على مالکها. والثالث: أنها في كسبه فإن لم يف الكسب ففي بيت المال، لأنه لا يمكن إيجابها على المالك لأنه لا يملك الانتفاع ولا على الموصى له لأنه لا يملك الرقبة فلم يبق إلا ما قلناه. فإن احتاج البستان الموصى بثمرته إلى سقي أو الدار الموصى بمنفعتها إلى عمارة لم يجب على واحد منهما، لأنه لو انفرد كل واحد منهما بملك الجميع لم يجبر على الإنفاق فإذا اشتركا لم يجب.

**فصل:** فإن أراد المالك بيع الرقبة ففيه ثلاثة أوجه أحدها: أنه يجوز لأنه يملكها ملكاً تاماً. والثاني: أنه لا يجوز، لأنها عين مسلوقة المنفعة فلم يجز بيعها كالأعيان التي لا منفعة فيها. والثالث: يجوز بيعها من الموصى له لأنه يمكن الانتفاع بها، ولا يجوز من غيره، لأنه لا يمكن الانتفاع بها. فإن أراد أن يعتقه جاز، لأنه يملكه ملكاً تاماً وللموصى له أن يستوفي المنفعة بعد العتق، لأنه تصرف في الرقبة فلم يبطل به حق الموصى له من المنفعة. ولا يرجع العبد على المالك بأجرته كما يرجع العبد المستأجر على مولاه بعد العتق في أحد القولين، لأن هناك ملك المولى بدل منفعته ولم يملك المولى ههنا بدل المنفعة].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.



قال المصنف رحمه الله تعالى:

## باب الرجوع في الوصية

[يجوز الرجوع في الوصية، لأنها عطية لم تزل الملك فجاز الرجوع

فيها كالهبة قبل القبض. ويجوز الرجوع بالقول والتصرف، لأنه فسخ عقداً قبل تمامه فجاز بالقول والتصرف كفسخ البيع في مدة الخيار وفسخ الهبة قبل القبض. وإن قال هو حرام عليه فهو رجوع، لأنه لا يجوز أن يكون وصية له وهو محرم عليه. فإن قال لوارثي فهو رجوع، لأنه لا يجوز أن يكون للوارث وللموصى له. وإن قال: هو تركتي، ففيه وجهان أحدهما: أنه رجوع، لأن التركة للورثة. الثاني: أنه ليس برجوع، لأن الوصية من جملة التركة.

**فصل:** وإن وصى لرجل بعبد ثم وصى به لآخر لم يكن ذلك رجوعاً، لإمكان أن يكون نسي الأول أو قصد الجمع بينهما. فإن قال: ما وصيت به لفلان فقد وصيت به لآخر، فهو رجوع. ومن أصحابنا من قال: ليس برجوع كالمسألة قبلها. والمذهب: الأول، لأنه صرح بالرجوع.

**فصل:** وإن باعه أو وهبه وأقبض أو أعتقه أو كاتبه أو أوصى أن يباع أو يوهب ويقبض أو يعتق أو يكاتب فهو رجوع، لأنه صرفه عن الموصى له. وإن عرضه للبيع أو رهنه في دين أو وهبه ولم يقبضه فهو رجوع، لأن تعريضه لزوال الملك صرف عن الموصى له. ومن أصحابنا من قال: إنه ليس برجوع، لأنه لم يزل الملك. وليس بشيء. وإن وصى بثلث ماله ثم باع ماله لم يكن ذلك رجوعاً، لأن الوصية بثلث المال عند الموت لا بثلث ما باعه. فإن وصى بعبد ثم دبره، فإن قلنا إن التدبير عتق بصفة، كان ذلك رجوعاً، لأنه عرضه لزوال الملك. وإن قلنا: إنه وصية وقلنا في أحد القولين أن العتق يقدم على سائر الوصايا، كان ذلك رجوعاً، لأنه أقوى من الوصية فأبطلها. وإن قلنا: إن العتق كسائر الوصايا، ففيه وجهان أحدهما: أنه ليس برجوع فيكون نصفه مدبراً ونصفه موصى به، كما لو أوصى به لرجل ثم وصى به لآخر. والثاني: أنه رجوع، لأن التدبير أقوى لأنه ينتجز من غير قبول والوصية لا تتم إلا بالقبول فقدم التدبير، كما يقدم ما تنجز في حياته من التبرعات على الوصية.

**فصل:** وإن وصى له بعبد ثم زوجه أو أجره أو علمه صنعة أو ختنة لم يكن ذلك رجوعاً، لأن هذه التصرفات لا تنافي الوصية. فإن كانت

جارية فوطئها لم يكن ذلك رجوعاً، لأنه استيفاء منفعة فلم يكن رجوعاً كالاستخدام. وقال أبو بكر بن الحداد المصري: إن عزل عنها لم يكن رجوعاً وإن لم يعزل عنها كان رجوعاً، لأنه قصد التسري بها.

**فصل:** وإن وصى بطعام معين فخلطه بغيره كان ذلك رجوعاً، لأنه جعله على صفة لا يمكن تسليمه. فإن وصى بقفيز من صبرة ثم خلط الصبرة بمثلها لم يكن ذلك رجوعاً، لأن الوصية مختلطة بمثلها والذي خلطه به مثله فلم يكن رجوعاً، فإن خلطه بأجود منه كان رجوعاً لأنه أحدث فيه بالخلط زيادة لم يرض بتمليكها. فإن خلطه بما دونه ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه ليس برجوع، لأنه نقص أحدثه فيه فلم يكن رجوعاً كما لو أتلّف بعضه. والثاني: أنه رجوع، لأنه يتغير بما دونه كما يتغير بما هو أجود منه.

فإن نقله إلى بلد أبعد من بلد الموصى له ففيه وجهان أحدهما: أنه رجوع، لأنه لو لم يرد الرجوع لما أبعد عنه. والثاني: أنه ليس برجوع، لأنه باق على صفته.

**فصل:** فإن وصى بحنطة فقلاها أو بذرها كان ذلك رجوعاً، لأنه جعله كالمستهلك. وإن وصى بحنطة فطحنها أو بدقيق فعجنه أو بعجين فخبزه كان ذلك رجوعاً، لأنه أزال عنه الاسم ولأنه جعله للاستهلاك. وإن وصى له بخبز فجعله فتيتاً ففيه وجهان أحدهما: أنه رجوع، لأنه أزال عنه إطلاق اسم الخبز فأشبهه إذا ثرده. والثاني: ليس برجوع، لأن الاسم باق عليه لأنه يقال خبز مدقوق. وإن وصى برطب فجعله تمرأ ففيه وجهان أحدهما: أنه رجوع، لأنه أزال عنه اسم الرطب. والثاني: ليس برجوع، لأنه أبقى له وأحفظ على الموصى له.]

**الشرح:** أجمع أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في جميع ما وصى به وفي بعضه إلا الوصية بالإعتاق، وبعضهم على جواز الرجوع في الوصية به أيضاً. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنّف رحمه الله:** [وإن وصى بقطن فغزله أو بغزل فنسجه كان

ذلك رجوعاً، لأنه أزال عنه الاسم. وإن أوصى له بقطن فحشى به فراشاً ففيه وجهان أحدهما: أنه رجوع، لأنه جعله للاستهلاك. والثاني: ليس برجوع، لأن الاسم باق عليه.

**فصل:** وإن أوصى له بثوب فقطعه أو بشاة فذبحها كان رجوعاً، لأنه أزال عنه الاسم ولأنه جعله للاستهلاك. وإن وصى له بلحم فطبخه أو شواه كان ذلك رجوعاً، لأنه جعله للأكل. وإن قدّده ففيه وجهان كما قلنا في الرطب إذا جعله تمرّاً.

**فصل:** وإن وصى له بثوب فقطعه قميصاً أو بساج فجعله باباً ففيه وجهان أحدهما: أنه رجوع، لأنه أزال عنه إطلاق اسم الثوب والساج ولأنه جعله للاستعمال. والثاني: أنه ليس برجوع، لأن اسم الثوب والساج باق عليه.

**فصل:** وإن وصى بدار فهدهما كان رجوعاً، لأنه تصرف أزال به الاسم فكان رجوعاً كما لو وصى بحنطة فطحنها. وإن تهدمت نظرت: فإن لم يزل عنها اسم الدار فالوصية باقية فيما بقي، وأما ما انفصل عنها فالمنصوص: أنه خارج من الوصية، لأنه انفصل عن الموصى به في حياة الموصي. وحكى القاضي أبو القاسم ابن كج رحمه الله وجهاً آخر: أنه للموصى له، لأنه تناولته الوصية فلم يخرج منها بالانفصال. وإن زال عنها اسم الدار ففي الباقي من العرصه وجهان أحدهما: أنه تبطل فيه الوصية، لأنه أزال عنها اسم الدار. والثاني: لا تبطل، لأنه لم يوجد من جهته ما يدل على الرجوع.

**فصل:** وإن وصى له بأرض فزرعها لم يكن ذلك رجوعاً، لأنه لا يراد للبقاء وقد يحصد قبل الموت فلم يكن رجوعاً. وإن غرسها أو بنى فيها ففيه وجهان أحدهما: أنه رجوع، لأنه جعلها لمنفعة مؤبدة فدل على الرجوع. والثاني: ليس برجوع، لأنه استيفاء منفعة فهو كالزراعة. فعلى هذا في موضع الأساس وقرار الغراس وجهان أحدهما: أنه لا تبطل فيه الوصية كالبياض الذي بينهما فإذا مات الغراس أو زال البناء عاد إلى الموصى له. والثاني: أنه تبطل الوصية فيه، لأنه جعله تابعاً لما عليه.

**فصل:** وإن أوصى له بسكنى دار سنة فأجرها دون السنة لم يكن ذلك رجوعاً، لأنه قد تنقضي الإجارة قبل الموت. فإن مات قبل انقضاء الإجارة ففيه وجهان أحدهما: يسكن مدة الوصية بعد انقضاء الإجارة. والثاني: أنه تبطل الوصية بقدر ما بقي من مدة الإجارة وتبقى في مدة الباقي].  
**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.



**قال المصنف رحمه الله تعالى:**

### باب الأوصياء (١)

[لا تجوز الوصية<sup>(٢)</sup> إلا إلى بالغ عاقل حر عدل. فأما الصبي والمجنون والعبد والفاسق فلا تجوز الوصية إليهم، لأنه لا حظ للميت ولا للطفل في نظر هؤلاء ولهذا لم تثبت لهم الولاية. وأما الكافر فلا تجوز الوصية إليه في حق المسلم لقوله عز وجل: ﴿لَا تَتَّخِذُوا بَطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وُدُّوْا مَا عَنِتُّمْ﴾<sup>(٣)</sup>، ولأنه غير مأمون على المسلم ولهذا قال الله تعالى: ﴿لَا يَرْفُقُونَ فِي مَوْمِنٍ إِلَّا وَا لَّا ذِمَّةٌ﴾<sup>(٤)</sup>. وفي جواز الوصية إليه في حق الكافر وجهان أحدهما: أنه يجوز، لأنه يجوز أن يكون ولياً له فجاز أن يكون وصياً له كالمسلم. والثاني: لا يجوز كما لا تقبل شهادته للكافر وللمسلم.

(١) الأوصياء جمع وصي وهو من يعهد إليه بقضاء الدين وتنفيذ الوصية والنظر في أمر الأطفال. والوصاية سنة كما قال النووي في المنهاج (٤/١١٦). وقال في الروضة (٦/٣١١): الوصاية مستحبة في رد المظالم وقضاء الديون وتنفيذ الوصايا وأمور الأطفال قلت: هي في رد المظالم وقضاء الديون التي يعجز عنها في الحال واجبة، فإن لم يوص إلى أحد نصب القاضي من يقوم بها.

(٢) لو قال المصنف الوصاية لكان أولى، لأن الفقهاء قد اصطلحوا على تخصيص الوصية بالتبرع المضاف إلى ما بعد الموت والوصاية بالعهد إلى من يقوم على من بعده. وانظر: مغني المحتاج (٤/٦٦).

(٣) آل عمران: ١١٨.

(٤) التوبة: ١٠.

**فصل:** «وتجوز الوصية إلى المرأة، لما روي أن عمر رضي الله عنه وصى إلى ابنته حفصة في صدقته ما عاشت فإذا ماتت فهو إلى ذوي الرأي من أهلها»<sup>(١)</sup>، لأنها من أهل الشهادة فجازت الوصية إليها كالرجل. واختلف أصحابنا في الأعمى، فمنهم من قال: تجوز الوصية إليه لأنه من أهل الشهادة فجازت الوصية إليه كالبصير. ومنهم من قال: لا تجوز الوصية، لأنه تفتقر الوصية إلى عقود لا تصح من الأعمى وفضل نظر لا يدرك إلا بالعين].

**الشرح:** تصح الوصية إلى الرجل العاقل المسلم الحر العدل إجماعاً، ولا تصح إلى مجنون ولا طفل ولا وصية مسلم إلى كافر بغير خلاف نعلمه. ووقع الخلاف في الوصية إلى الكافر في حق الكافر، وفي الوصية إلى المرأة، وهي جائزة في قول أكثر أهل العلم ومنعها عطاء، وفي الوصية إلى الصبي العاقل، وفي الوصية إلى الأعمى، وفي الوصية إلى الفاسق، ومنعها مالك والشافعي وأحمد في رواية عنه، وأجازها في رواية ابن منصور عنه، وقال أبو حنيفة: تصح الوصية إليه وينفذ تصرفه وعلى الحاكم عزله. والله أعلم.

**قال المصنف رحمه الله:** [واختلف أصحابنا في الوقت الذي تعتبر فيه الشروط التي تصح بها الوصية إليه، فمنهم من قال: يعتبر ذلك عند الوفاة فإن وصى إلى صبي فبلغ أو كافر فأسلم أو فاسق فصار عدلاً قبل الوفاة صحت الوصية، لأن التصرف بعد الموت فاعتبرت الشروط عنده، كما تعتبر عدالة الشهود عند الأداء أو الحكم دون التحمل. ومنهم من قال: تعتبر عند العقد وعند الموت ولا تعتبر فيما بينهما، لأن حال العقد حال الإيجاب وحال الموت حال التصرف فاعتبر فيهما. ومنهم من قال: تعتبر في حال الوصية وفيما بعدها، لأن كل وقت من ذلك يجوز أن يستحق فيه التصرف بأن يموت فاعتبرت الشروط في الجميع.

**فصل:** وإن وصى إلى رجل فتغير حاله بعد موت الموصي، فإن كان

(١) تقدم تخريجه في (٢٥٥٦).

لضعف ضم إليه معين أمين، وإن تغير بفسق أو جنون بطلت الوصية إليه  
ويقيم الحاكم من يقوم مقامه.

**فصل:** ويجوز أن يوصي إلى نفسين، لما روي أن فاطمة بنت  
رسول الله ﷺ جعلت النظر في وقفها إلى علي كرم الله وجهه فإن حدث به  
حدث رفعه إلى ابنيها فيليانها. ويجوز أن يجعل إليهما وإلى كل واحد  
منهما، لأنه تصرف مستفاد بالإذن فكان على حسب الإذن. فإن جعل إلى  
كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف. فإن ضعف  
أحدهما أو فسق أو مات جاز للآخر أن يتصرف ولا يقام مقام الآخر غيره،  
لأن الموصي رضي بنظر كل واحد منهما وحده. فإن وصى إليهما لم يجز  
لأحدهما أن ينفرد بالتصرف، لأنه لم يرض بأحدهما. فإن ضعف أحدهما  
ضم إليه من يعينه. فإن فسق أحدهما أو مات أقام الحاكم من يقوم مقامه،  
لأن الموصي لم يرض بنظره وحده. فإن أراد الحاكم أن يفوض الجميع إلى  
الثاني لم يجز، لأنه لم يرض الموصي باجتهاده وحده. فإن مات أو فسقا  
فهل للحاكم أن يفوض إلى واحد؟ فيه وجهان أحدهما: يجوز، لأنه سقط  
حكم الوصية بموتها وفسقها فكان الأمر فيه إلى الحاكم. والثاني: لا  
يجوز، لأنه لم يرض بنظر واحد. وإن اختلف الوصيان في حفظ المال  
جعل بينهما نصفين، فإذا بلغا إلى التصرف، فإن كان التصرف إلى كل واحد  
منهما تصرف كل واحد منهما في الجميع، وإن كان إليهما لم يجز لأحدهما  
أن ينفرد بالتصرف دون الآخر.

**فصل:** ومن وصى إليه في شيء لم يصر وصياً في غيره. ومن وصى  
إليه إلى مدة لم يصر وصياً بعد المدة، لأنه تصرف بالإذن فكان على حسب  
الإذن.

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وللوصي أن يوكل فيما لم تجر به العادة أن  
يتولاه بنفسه كما قلنا في الوكيل. ولا يجوز أن يوصي إلى غيره، لأنه  
يتصرف بالإذن فلم يملك الوصية كالوكيل. فإن قال: أوصيت إليك فإن مت

فقد أوصيت إلى فلان، صح لأن عمر رضي الله تعالى عنه وصى إلى حفصة فإذا ماتت فيألى ذوي الرأي من أهلها، ووصت فاطمة رضي الله عنها إلى علي كرم الله وجهه فإذا مات فيألى ابنيها، ولأنه علق وصية التالي على شرط فصار كما لو قال وصيت إليك شهراً ثم قال إلى فلان. فإن أوصى إليه وأذن له أن يوصى إلى من يرى، فقد قال في الوصايا: لا يجوز. وقال في اختلاف العراقيين: يجوز. فمن أصحابنا من قال: يجوز قولاً واحداً، لأنه ملك الوصية والتصرف في المال فإذا جاز أن ينقل التصرف في المال إلى الوصي جاز أن ينقل الوصية إليه، وما قال في الوصايا أراد إذا أطلق الوصية. ومنهم من قال: فيه قولان أحدهما: يجوز لما ذكرناه. والثاني: لا يجوز، لأنه يعقد الوصية عن الموصي في حال لا ولاية له فيه. وإن وصى إليه وأذن له أن يوصي بعد موته إلى رجل بعينه ففيه وجهان أحدهما: يجوز، لأنه قطع اجتهاده فيه بالتعيين. والثاني: أنه كالمسألة الأولى، لأن علة المسألتين واحدة.

**فصل:** ولا تتم الوصية إليه إلا بالقبول، لأنه وصية فلا تتم إلا بالقبول كالوصية له. وفي وقت القبول وجهان أحدهما: يصح القبول في الحال، لأنه أذن له في التصرف فصح القبول في الحال كالوكالة. والثاني: لا يصح إلا بعد الموت كالقبول في الوصية له.

**فصل:** وللموصي أن يعزل الوصي إذا شاء. وللموصي أن يعزل نفسه متى شاء، لأنه تصرف بالإذن فجاز لكل واحد منهما فسخه كالوكالة.

**فصل:** إذا بلغ الصبي واختلف هو والوصي في النفقة، فقال الوصي: أنفقت عليك، وقال الصبي: لم تنفق عليّ، فالقول قول الوصي لأنه أمين وتتعذر عليه إقامة البينة على النفقة. فإن اختلفا في قدر النفقة، فقال: أنفقت عليك في كل سنة مائة دينار. وقال الصبي: بل أنفقت عليّ خمسين ديناراً، فإن كان ما يدعيه الوصي النفقة بالمعروف فالقول قوله لأنه أمين، وإن كان أكثر من النفقة بالمعروف فعليه الضمان لأنه فرط في الزيادة. وإن اختلفا في المدة، فقال الوصي: أنفقت عشر سنين، وقال الصبي: خمس سنين، ففيه

وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الإصطخري: أن القول قول الوصي كما لو اختلفا في قدر النفقة. والثاني وهو قول أكثر أصحابنا: أن القول قول الصبي، لأنه اختلاف في مدة والأصل عدمها.

**فصل:** وإن اختلفا في دفع المال إليه، فادعى الوصي أنه دفعه إليه وأنكر الصبي ففيه وجهان أحدهما وهو المنصوص: أن القول قول الصبي، لأنه لم يأت منه على حفظ المال فلم يقبل قوله عليه، كالمودع إذا ادعى دفع الوديعة إلى وارث المودع، والمملتقط إذا ادعى دفع اللقطة إلى مالكتها. والثاني: أن القول قول الوصي كما قلنا في النفقة].

**الشرح:** لا يجوز للوصي أن يوصي إلى غيره، وهو قول الشافعي وإسحاق وأحد قولي أحمد. وقال مالك وأبو حنيفة والثوري وأبو يوسف وأحمد في قوله الآخر: له أن يوصي إلى غيره. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

## [باب ما ينفع الميت]

**قال المصنف رحمه الله:** [ولا يلحق الميت مما يفعل عنه بعد موته بغير إذنه إلا دين يقضى عنه أو صدقة يتصدق بها عنه أو دعاء يدعى له. فأما الدين فالدليل عليه ما روي أن امرأة من خثعم سألت رسول الله ﷺ عن الحج عن أبيها فأذن لها، فقالت: أينفعه ذلك؟ قال: نعم كما لو كان على أبيك دين فقضيته نفعه. وأما الصدقة فالدليل عليها ما روى ابن عباس أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: إن أمه توفيت أفينفعها أن أتصدق عنها؟ فقال: «نعم»، قال: فإن لي مخرفاً فأشهدك أنني قد تصدقت به عنها. وأما الدعاء فالدليل عليه قوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًّا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ﴾ (١)

فأثنى الله عز وجل عليهم بالدعاء لإخوانهم من الموتى.

وأما ما سوى ذلك من القرب كقراءة القرآن وغيرها فلا يلحق الميت

(١) الحشر: ١٠.

ثوابها، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له».

واختلف أصحابنا فيمن مات وعليه كفارة يمين فأعتق عنه، فمنهم من قال: لا يقع العتق عن الميت بل يكون للمعتق، لأن العتق غير محتتم على الميت لأنه كان يجوز له تركه إلى غيره فلم يقع عنه، كما لو تطوع بالعتق عنه في غير الكفارة. ومنهم من قال: يقع عنه، لأنه لو أعتق في حياته سقط به الفرض، وبالله التوفيق].

**الشرح:** حديث المرأة الخثعمية رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد في مسنده عن ابن عباس<sup>(١)</sup>. وأما حديث ابن عباس فقد رواه البخاري والترمذي وأبو داود والنسائي<sup>(٢)</sup>، وقد ورد اسم الرجل الذي سأل النبي ﷺ في رواية البخاري أنه سعد بن عبادة. وأما حديث أبي هريرة فقد رواه مسلم وأصحاب السنن<sup>(٣)</sup>.

أما اللغات فقوله: «فإن لي مخرفاً» وفي رواية: «مخراف»، والمخرف والمخراف: الحديقة من النخل أو العنب.

---

(١) أخرجه البخاري في الحج (٣/٣٧٨)، وكذا مسلم (٩/٩٨) فيه، وأبو داود في المناسك (٤٠٠ - ٢/٤٠١)، وكذا النسائي (١١٨ - ٥/١١٩) فيه، وأحمد (٣٤٦، ١/٣٥٩) من حديث ابن عباس، وأخرجه الترمذي في الحج (٣/٢٦٧)، وابن ماجه في المناسك (٢/٩٧١) من رواية ابن عباس عن أخيه الفضل، وقولها في الحديث: «أينفعه ذلك؟ قال: نعم كما لو كان على أبيك دين فقضيته نفعه» لم يرد إلا في رواية ابن ماجه بنحوه، وهو الشاهد الذي من أجله ساق المصنف هذا الحديث، وقد صحح الألباني رواية ابن ماجه هذه في صحيح ابن ماجه برقم ٢٣٥١.

(٢) أخرجه البخاري في الوصايا (٥/٣٨٥)، وكذا أبو داود (٣/٣٠٢ - ٣٠١) فيه، والترمذي في الزكاة (٣/٥٧) من حديث ابن عباس، وأخرجه النسائي (٢٥٠ - ٦/٢٥١) من حديث سعد بن عبادة رضي الله عنه.

(٣) أخرجه مسلم في الوصايا (١١/٨٥)، وكذا أبو داود (٣/٣٠٠)، والنسائي (٦/٢٥١) فيه، والترمذي في الأحكام (٣/٦٦٠).

وأما الأحكام فقد قال الشافعي رحمه الله: يلحق الميت من فعل غيره وعمله ثلاث: حج يؤدي عنه ومال يتصدق به عنه أو يقضى ودعاء، فأما ما سوى ذلك من صلاة أو صيام<sup>(١)</sup> فهو لفاعله دون الميت. وإنما قلنا بهذا دون ما سواه استدلالاً بالسنة في الحج خاصة والعمرة مثله قياساً<sup>(٢)</sup>، وذلك الواجب دون التطوع ولا يحج أحد عن أحد تطوعاً لأنه عمل على البدن. فأما المال فإن الرجل يجب عليه فيما له الحق من الزكاة وغيرها فيجزيه أن يؤدي عنه بأمره، لأنه إنما أريد بالفرض فيه تأديته إلى أهله لا عمل على البدن، فإذا عمل امرؤ عني ما فرض في مالي فقد أدى الفرض عني. وأما الدعاء فإن الله عزَّ وجلَّ ندب العباد إليه وأمر رسول الله ﷺ به فإذا جاز أن يدعى للأخ حياً جاز أن يدعى له ميتاً ولحقه إن شاء الله تعالى بركة ذلك، مع أن الله عزَّ ذكره واسع لأن يوفي الحي أجره ويدخل على الميت منفعتة. وكذلك كلما تطوع رجل عن رجل صدقة تطوع انتهى<sup>(٣)</sup>.

وقال شيخنا النووي في كتاب الأذكار في باب ما ينفع الميت من قول وغيره: أجمع العلماء على أن الدعاء للأموات ينفعهم ويصلهم ثوابه. ثم قال: واختلف العلماء في ثواب قراءة القرآن، فالمشهور من مذهب الشافعي وجماعة أنه لا يصل. وذهب أحمد بن حنبل وجماعة من العلماء وجماعة من أصحاب الشافعي إلى أنه يصل. فالاختيار أن يقول القارئ بعد فراغه: اللهم أوصل ثواب ما قرأته إلى فلان والله أعلم<sup>(٤)</sup>.

(١) ورد في السنة جواز الصوم عن القريب إذا مات وعليه صوم، وذلك فيما روته عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: «من مات وعليه صيام صام عنه وليه» وهو حديث صحيح مخرج في الصحيحين ولا معارض له فينبغي العمل به وإلحاقه بالحج ونحوه.

(٢) ورد في السنة جواز العمرة عن العاجز، وذلك في حديث أبي رزين العقيلي رضي الله عنه أنه قال: يا رسول الله إن أبي لا يستطيع الحج ولا العمرة ولا الظعن قال: «حج عن أبيك واعتمر» وهو حديث صحيح سبق بيانه في (١٤٤٧)، وإذا جازت العمرة عن الحي جازت عن الميت، فالعمرة عن الغير ثبتت بالسنة لا بالقياس إذ لا قياس في العبادات والله أعلم.

(٣) الأم في كتاب الوصايا: صدقة الحي عن الميت (٤/١٢٦)، ومنه نقلته لتحريف ورد في المطبوعة.

(٤) الأذكار (١٧٦)، ومنه نقلته لتحريف ورد في المطبوعة.

مختصر  
المجموع شرح المذهب

الجزء السادس عشر





قال المصنّف رحمه الله :

## كتاب العتق

**الشرح :** الرق ظاهرة اجتماعية سادت في الأرض قبل الاسلام وتوغلت في حياة المجتمعات البشرية حتى صارت لا يقوم للمجتمع قائمة إلا بوجوده، لأن القوى العاملة في المجتمع التي تمثل عصب الانتاج وتحقيق المنجزات الاقتصادية من زراعية وعمرانية وصناعية كانت تقوم على أيدي الأرقاء. وقد أدركت الدولة الرومانية أهمية هذه الفئة في حفظ كيان الدولة فحرمت على الأفراد في القانون الروماني أن يعتقوا عبيدهم، وكانت تحكم بالسجن أو التعذيب أو فرض الرق على من يضبط متلبسا بجريمة عتق عبد له. وكانت مصادر الرق متنوعة، فشعوب الأمم المغلوبة عسكرياً تسترق للغالب من القواد والملوك الجبابرة، والجنود توزع عليهم الأسلاب ومنها رجال ونساء هذه الأمم المقهورة. وكل إنسان يخطف من بلده ويفر به خاطفوه إلى أحيائهم ومضاربهم ونجوعهم يصير عبداً مسترقاً لخاطفيه لهم بيعه وهبته وتوارثه ويملكون حياته وموته وليس له حرمة في تلك المجتمعات الجاهلية فارسية ورومانية وعربية وشرقية وغربية. فلما جاء الاسلام وهو في منهجه الرصين سماوي الهداية، وفي تغييره الجذري ثوري الوسيلة، وفي تدرجه الرزين تربوي التعليم، وفي نظرتة لهذه الفئة رحيم السلوك راقى الاحساس رفيع الغاية، جفّف منابع الرق وبيّس مصافيه وضيق مصادره ووسع موارده وقصره على الحروب وحدها وجعله بين المحاربين فقط لا يتجاوزه إلى الآمنين ممن لم يرفعوا سلاحاً. ثم نظم العلاقة بين السيد ومولاه حتى ليتمنى الحر منا أن يكون مولى لأحد هؤلاء النبلاء من

حواريي النبوة وجنود الرسالة. بل إن الاسلام حين جعل المرء لا يحط عنه وزر القسم الحانث إلا بعتق رقبة، ولا تنداح عنه معرة الظهر حين يجعل امرأته كظهر أمه إلا بعتق رقبة من قبل أن يتماسا، وجعل في تعمد الطعام في الصوم إعتاق رقبة، وجعل المؤمن الحق الذي اقتحم العقبة هو الذي يفك الرقاب العانية ويطعم في المسغبة المساكين الكادحة، بل لقد جعل اللطمة على وجه العبد فكاكا له من الرق وجعل جزاء اللطمة عتقه فمن لم يفعل مسته النار.

ثم إن الاسلام جعل من عوامل تصفية الرق المكاتبه لقوله تعالى: ﴿فَكَابُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَءَاتُوهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَكُمْ﴾ فجعل للعبد الحق في أن يطلب من سيده شراء نفسه مكاتبه بنجوم وأقساط يؤديها من صنعته أو عمله، وعلى سيده أن يمنحه كل أسباب اليسر وإعطاؤه بعض المال ليكون بمثابة رأس مال له في الحياة يواجه به أعباء الاستقلال عن سيده. ومن عوامل تصفيته التدبير وهو أن يجعل رقه في حياته ثم يكون حراً بعد موته. ومن أسباب تصفيته أيضاً تحريم ميراث أم الولد، وهو تحرير لها ولا ريب.

لذلك نزجي اليك فصول العتق والمكاتب والمدير شاهدة على صدق هذه القضية التي بسطناها لك في هذه الكليمة مجتزئين بها عن الشرح والتعليق لنوفر مكانا على الورق نبذله فيما لم تتعطل أحكامه.

وسبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين.

قال المصنف رحمه الله: [العتق قربة مندوب إليه، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار حتى فرجه بفرجه». ولا يصح إلا من مطلق التصرف في المال، لأنه تصرف في المال كالبيع والهبة. فإن أعتق الموقوف عليه العبد الموقوف لم يصح عتقه، لأنه لا يملكه في أحد القولين ويملكه في الثاني إلا أنه يبطل به حق البطن الثاني فلم يصح. وإن أعتق المريض عبداً وعليه

دين يستغرقه لم يصح، لأن العتق في المرض وصية فلم يصح مع الدين.  
وإن أعتق العبد الجاني فعلى ما ذكرناه في العبد المرهون.

**فصل** ويصح بالصريح والكناية. وصريحه العتق والحرية، لأنه ثبت لهما عرف الشرع وعرف اللغة. والكناية كقوله: سيبتك وخليتك وحبلك على غاربك ولا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك وأنت لله وأنت طالق وما أشبهها، لأنها تحتمل العتق فوقع بها العتق مع النية. وفي قوله فككت رقبته وجهان أحدهما: أنه صريح، لأنه ورد به القرآن قال الله سبحانه ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ (١٣). والثاني: أنه كناية، لأنه يستعمل في العتق وغيره. وإن قال لأتمته: أنت علي كظهر أمي ونوى العتق ففيه وجهان أحدهما: تعتق، لأنه لفظ يوجب تحريم الزوجة فكان كناية في العتق كسائر الطلاق. والثاني: لا تعتق، لأنه لا يزيل الملك فلم يكن كناية في العتق بخلاف الطلاق.

**فصل** وإن كان بين نفسين عبد فأعتق أحدهما نصيبه، فإن كان موسراً قَوْم عليه نصيب شريكه وعتق، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد فإن كان معه ما يبلغ ثمن العبد قَوْم عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه ما رِق». وإن كان بين مسلم وكافر عبد مسلم فأعتق الكافر حصته وهو موسر فالمنصوص: أنه يقوم عليه، فمن أصحابنا من قال: إذا قلنا إن الكافر لا يملك العبد المسلم، لم يقوم عليه، لأن التقويم يوجب التملك. ومنهم من قال: يقوم عليه قولاً واحداً، لأنه تقويم متلف فاستوى فيه المسلم والكافر كتقويم المتلفات، ويخالف البيع لأن القصد منه التملك وفي ذلك صغار على الإسلام، والقصد من التقويم العتق ولا صغار فيه. فإن كان نصف العبد وقفا ونصفه طلقاً فأعتق صاحب الطلق نصيبه لم يقوم عليه الوقف، لأن التقويم يقتضي التملك والوقف لا يملك، ولأن الوقف لا يعتق بالمباشرة فلأن لا يعتق بالتقويم أولى.

**فصل** وتجب قيمة النصيب عند العتق، لأنه وقت الإتلاف. ومتى يعتق؟ فيه ثلاثة أقوال أحدها: يعتق في الحال، فإن كانت جارية فولدت كان

الولد حراً، لما روى أبو المليح عن أبيه أن رجلاً أعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «ليس لله شريك» وفي بعضها: «فأجاز عتقه». والثاني: أنه يقع بدفع القيمة، فإن كان جارية فولدت كان نصف الولد حراً ونصفه مملوكا، لما روى سالم عن أبيه يبلغ به النبي ﷺ: «إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه فإن كان موسراً يقوم عليه ولا وكس ولا شطط ثم يعتق»، ولأنه عتق بعوض فلا يتقدم على العوض كعتق المكاتب. والثالث: أنه مراعى فإن دفع العوض حكمنا بأنه عتق في الحال وإن لم يدفع حكمنا بأنه لم يعتق، لأننا إذا أعتقناه في الحال أضررنا بالشريك في إتلاف ماله قبل أن يسلم له العوض، وإن لم نعتقه أضررنا بالعبد في إبقاء أحكام الرق عليه، فإذا قلنا إنه مراعى لم يكن على كل واحد منهما ضرر. فإن دفع القيمة كان حكمه حكم القول الأول، وإن لم يدفع كان حكمه حكم القول الثاني، فإن بذل المعتق القيمة أجبرنا الشريك على قبضها، وإن طلب الشريك أجبرنا المعتق على دفعها، فإن أمسك الشريك عن الطلب والمعتق عن الدفع وقلنا إن العتق يقف على الدفع، فللعبد أن يطالب المعتق بالدفع والشريك بالقبض ليصل إلى حقه، فإن أمسك الجميع فللحاكم أن يطالب بالدفع والقبض لما في العتق من حق الله تعالى. فإن أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه يعتق، لأنه عتق صادف ملكه. والثاني وهو المذهب: أنه لا يعتق، لأن العتق مستحق من جهة المعتق والولاء مستحق له فلا يجوز إبطاله عليه.

**فصل** وإن كان بين اثنين جارية فأحبلها أحدهما ثبت حرمة الاستيلاء في نصيبه، وفي نصيب الشريك الأقوال التي ذكرناها في العتق، لأن الاستيلاء كالعتق في إيجاب الحرية فكان كالاتفاق في التقويم والسراية.

**فصل** وإن اختلف المعتق والشريك في قيمة العبد والبينة متعذرة، فإن قلنا: إنه يسري في الحال، فالقول قول المعتق، لأنه غارم لما استهلك فكان القول قوله كما لو اختلفا في قيمة ما أتلفه بالجناية. وإن قلنا لا يعتق إلا بدفع القيمة، فالقول قول الشريك، لأن نصيبه باق على ملكه فلا ينزع منه إلا بما

يقر به كالمشتري في الشفعة. وإن ادعى الشريك أنه كان يحسن صنعة تزيد بها القيمة فأنكر المعتقد ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: هو كالإختلاف في القيمة وفيه قولان. ومنهم من قال: القول قول المعتقد قولاً واحداً، لأن الظاهر معه والشريك يدعي صنعة الأصل عدمها. وإن ادعى المعتقد عيباً في العبد ينقص به القيمة وأنكر الشريك ففيه طريقان أيضاً، من أصحابنا من قال: هو كالإختلاف في القيمة فيكون على قولين. ومنهم من قال: القول قول الشريك قولاً واحداً، لأن الظاهر معه والمعتقد يدعي عيباً الأصل عدمه.

**فصل** وإن كان المعتقد معسراً عتق نصيبه وبقي نصيب الشريك على الرق، والدليل عليه حديث ابن عمر رضي الله عنه: «وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه ما رق»، ولأن تنفيذ العتق لدفع الضرر عن العبد فلو أعتقنا نصيب الشريك لأضررنا به لأننا نتلف ماله ولا يحصل له عوض، والضرر لا يزال بالضرر، ولهذا لو حضر الشفيع وهو معسر لم يأخذ بالشفعة، لأنه يزيل الضرر بالضرر. وإن كان موسراً بقيمة البعض عتق منه بقدره، لأن ما وجب بالاستهلاك إذا عجز عن بعضه وجب ما قدر عليه كبذل المتلف. وإن كان معه قيمة الحصاة وعليه دين يستغرق ما معه ففيه قولان، بناء على القولين في الدين هل يمنع وجوب الزكاة، فإن قلنا لا يمنع وجب عليه العتق، وإن قلنا يمنع لم يجب العتق.

**فصل** وإن ملك عبداً فأعتق بعضه سرى إلى الباقي، لأنه موسر بالقدر الذي يسري إليه فسرى إليه، كما لو أعتق شركاً له في عبد وهو موسر.

**فصل** وإن أوصى بعتق شرك له في عبد فأعتق عنه لم يقوم عليه نصيب شريكه وإن احتمله الثلث، لأنه بالموت زال ملكه فلا ينفذ إلا فيما استثناه بالوصية. وإن وصى بعتق نصيبه وبأن يعتق عنه نصيب شريكه والثلث يحتمله قوم عليه وأعتق عنه الجميع، لأنه في الوصية بالثلث كالحق فإذا قوم على الحي قوم على الميت بالوصية.

**فصل** وإن كان عبد بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس فأعتق صاحب الثلث والسدس نصيبهما في وقت واحد وكانا موسرين قوم نصيب الشريك عليهما بالسوية، لأن التقويم استحق بالسراية

فقسّط على عدد الرؤوس كما لو اشترك اثنان في جراحة رجل فجرحه أحدهما جراحة والآخر جراحات .

**فصل** وإن كان له عبدان فأعتق أحدهما بعينه ثم أشكل أمر بأن يتذكر فإن قال: أعتقت هذا قبل قوله، لأنه أعرف بما قال، فإن اتهمه الآخر حلف لجواز أن يكون كاذبا، فإن نكل حلف الآخر وعتق العبدان أحدهما بإقراره والآخر بالنكول واليمين. وإن قال: هذا بل هذا، عتقا جميعا، لأنه صار راجعا عن الأول مقرا بالثاني. فإن مات قبل أن يبين رجوع إلى قول الوارث، لأن له طريقا إلى معرفته. فإن قال الوارث: لا أعلم، فالمنصوص: أنه يقرع، لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فرجع إلى القرعة. ومن أصحابنا من خرج فيه قولاً آخر: أنه يوقف إلى أن ينكشف، لأن القرعة تفضي إلى أن يرق من أعتقه ويعتق من أرق فوجب أن يوقف إلى أن يتبين. والأول هو الصحيح، لأن البيان قد فات والوقوف يضر بالوارث في رقيقه وبالحر في حق نفسه. فصل وإن أعتق عبداً من أعبد أخذ بتعيينه وله أن يعين من شاء، فإن قال: هو سالم بل غانم عتق سالم ولم يعتق غانم، لأنه تخير لتعيين عتق فإذا عينه في واحد سقط خياره في الثاني، ويخالف القسم قبله لأن ذلك إخبار لا خيار له فيه فلم يسقط حكم خبره. فإن مات قبل أن يعين ففيه وجهان أحدهما: لا يقوم الوارث مقامه في التعيين كما لا يقوم مقامه في تعيين الطلاق في إحدى المرأتين فعلى هذا يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق. والثاني: يقوم مقامه، وهو الصحيح، لأنه خيار ثابت يتعلق بالمال فقام الوارث فيه مقامه كخيار الشفعة والرد بالعيب.

**فصل** ومن ملك أحد الوالدين وإن علوا أو أحد المولودين وإن سفلوا عتقوا عليه لقوله تعالى: ﴿تَكَادُ السَّمَوَاتُ يَنْفَطَرْنَ مِنْهُ وَتَنْشَقُّ الْأَرْضُ وَخَرَّتْ الْجِبَالُ هَذَا (٩٠) أَنْ دَعَوْا لِلرَّحْمَنِ وَلَدًا (٩١) وَمَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا (٩٢) إِنْ كُنْتُمْ فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ إِلَّا آتَى الرَّحْمَنِ عَبْدًا (٩٣)﴾ [مریم: ٩٠ - ٩٣] فنفي الولادة مع العبودية فدل على أنهما لا يجتمعان، ولأن الولد بعض منه فيصير كما لو ملك بعضه. وإن ملك بعضه، فإن كان بسبب من جهته كالبيع والهبة وهو موسر قوم عليه الباقي، لأنه عتق بسبب من جهته فصار كما لو أعتق

بعض عبد، وإن كان بغير سبب من جهته كالإرث لم يقوّم عليه، لأنه عتق من غير سبب من جهته. ومن ملك من سوى الوالدين والمولودين من الأقارب لم يعتق عليه، لأنه لا بعضية بينهما فكانوا كالأجانب. وإن وجد من يعتق عليه مملوكاً فالمستحب أن يشتريه ليعتق عليه، لقوله ﷺ: «لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه». ولا يجب عليه ذلك، لأنه استجلاب مال لقربة لم يتقدم وجوبها فلم يجب كسراء المال للزكاة. وإن وصى للمولى عليه بأبيه، فإن كان لا تلزمه نفقته وجب على الولي قبوله، لأنه يعتق عليه فيحصل له جمال عاجل وثواب آجل من غير إضرار. وإن كان تلزمه نفقته لم يجب قبوله، لأنه يعتق عليه ويطلب بنفقته وفي ذلك إضرار فلم يجز. وإن وصى له ببعضه، فإن كان معسراً لزمه قبوله، لأنه لا ضرر عليه من جهة التقويم ولا من جهة النفقة. وإن كان موسراً والأب ممن تلزمه نفقته لم يجب قبوله، لأنه تلزمه نفقته وفي ذلك إضرار. وإن كان لا تلزمه نفقته ففيه قولان أحدهما: لا يجوز قبوله، لأن ملكه يقتضي التقويم وفي ذلك إضرار. والثاني: يلزم قبوله ولا يقوّم عليه، لأنه يعتق عليه بغير اختياره فلم يقوّم عليه كما لو ملكه بالإرث<sup>(١)</sup>.



قال المصنّف رحمه الله:

### باب القرعة

والقرعة أن تقطع رفاع متساوية ويكتب في كل رقعة ما يراد إخراجه وتجعل في بندق من طين متساوية الوزن والصفة وتجفف وتغطى بشيء ثم يقال لرجل لم يحضر الكتابة والبندق: أخرج بندقاً ويعمل بما فيها. فإن كان القصد عتق الثلث جزئوا ثلاثة أجزاء، وإن كان القصد عتق الربع جزئوا أربعة أجزاء، وإن كان القصد عتق النصف جزئوا جزئين وتعدل السهام. فإن كان القصد عتق الثلث، فإن كان عددهم وقيمتهم متساوية، فإن كانوا ستة أعبد قيمة كل واحد منهم مائة جعل كل اثنين جزءاً، ثم

(١) هذا الكتاب لم يتعرض الشارح لشرحه لأن الرق لم يعد موجوداً.

الحاكم بالخيار بين أن يكتب في الرقاع الأسماء ويخرج الأسماء على الحرية والرق، وبين أن يكتب الرق والحرية ويخرج على الأسماء. فإن اختار كتب الأسماء كتب كل اسمين في رقعة، فإن شاء على الحرية فإذا خرجت القرعة باسم اثنين عتقا ينوي الباقون. وإن شاء أخرج على الرق فإذا خرجت رق من فيها ويعتق الباقيان. والإخراج على الحرية أولى، لأنه أقرب إلى فصل الحكم. فإن اتفق العدد واختلفت القيم وأمكن تعديل العدد بالقيمة بأن يكونوا ستة قيمة اثنين أربعمئة وقيمة اثنين ستمئة وقيمة اثنين مائتان، جعل اللذان قيمتهما أربعمئة جزءاً وضمّ أحد العبدین المقومين بستمئة إلى أحد العبدین المقومين بمائتين ويجعل العبدان الآخران جزءاً ويخرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين. وإن اختلفت قيمتهم ولم يتفق عددهم بأن كانوا ثمانية قيمة واحد مائة وقيمة ثلاثة مائة وقيمة أربعة مائة عدّلوا بالقيمة، فيجعل العبد جزءاً والثلاثة جزءاً والأربعة جزءاً، فإن خرجت قرعة العتق على العبد عتق ورق السبعة، وإن خرجت على الثلاثة عتقوا ورق الخمسة، وإن خرجت على الأربعة عتقوا ورق الأربعة، لأنه لا يمكن تعديلهم بغير القيمة فعدّلوا بالقيمة. وعلى هذا لو كانوا اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان جعلنا جزءين وأقرع بينهما، فإن خرجت قرعة العتق على المقوم بمائة عتق جميعه ورق الآخر، وإن خرجت على المقوم بمائتين عتق نصفه ورق نصفه وجميع الآخر. فإن اتفق العدد واختلفت القيم، فإن عدّل بالعدد اختلفت القيم وإن عدّل بالقيمة اختلف العدد بأن كانوا ستة قيمة واحد مائة وقيمة اثنين مائة وقيمة ثلاثة مائة، فالمنصوص: أنهم يعدّلون بالقيمة فيجعل العبد جزءاً والعبدان جزءاً والثلاثة جزءاً وتخرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين. ومن أصحابنا من قال: يعدّلون بالعدد فيجعل اللذان قيمتهما مائة جزءاً ويضمّ أحد الثلاثة إلى المقوم بمائة فيجعلان جزءاً وقيمتهما مائة وثلاث ويجعل الآخران جزءاً وقيمتهما ثلثمائة وأقرع بينهم فإن خرجت القرعة على المقومين بالمائة وقد استكملا الثلث عتقا ورق الباقون، وإن خرجت على العبدین المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلاث المائة عتقا ورق الأربعة الباقون ويقرّع بين

العبدین اللذین خرجت القرعة عليهما لأنهما أكثر من الثلث فلم ينفذ العتق فيهما، فإن أقرع فخرجت القرعة على المقوم بمائة عتق ورق الآخر، وإن خرجت على المقوم بثلاث المائة عتق وعتق من الآخر الثلثان لاستكمال الثلث ورق الباقي. والصحيح هو المنصوص عليه، لأن فيما قال هذا القائل يحتاج إلى إعادة القرعة وتبعيض الرق والحرية في شخص واحد.

فإن اختلف العدد والقيم ولم يمكن التعديل بالعدد ولا بالقيمة، بأن كانوا خمسة وقيمة أحدهم مائة وقيمة الثاني مائتان وقيمة الثالث ثلثمائة وقيمة الرابع أربعمائة وقيمة الخامس خمسمائة ففيه قولان أحدهما: أنه يكتب أسماؤهم في رقاع بعددهم ثم يخرج على العتق، فإن خرج المقوم بخمسمائة وهو الثلث عتق ورق الأربعة، وإن خرج المقوم بأربعمائة عتق وقد بقي من الثلث مائة فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بثلثمائة عتق منه ثلثه ورق باقيه والثلثة الباقون، وعلى هذا القياس يعمل في كل ما يخرج. والقول الثاني: أنهم يجزؤون ثلاثة أجزاء على القيمة دون العدد فيجعل المقوم بخمسمائة جزءاً، ويجعل المقوم بثلثمائة والمقوم بالمائتين جزءاً، ويجعل المقوم بأربعمائة والمقوم بمائة جزءاً، ثم يخرج القرعة ويعتق من فيها وهو الثلث ويرق الباقون، لأن النبي ﷺ جزأهم ثلاثة أجزاء.

**فصل قال الشافعي:** وإن أعتق ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فمات واحد ثم مات السيد أقرع بين الحيين والميت، فإن خرج سهم الحرية على الميت رق الاثنان وحكم من خرج عليه سهم الحرية حكم الأحرار منذ خوطب بالعتق إلى أن مات وكان له ما اكتسب واستفاد بارث وغيره. وإن خرج سهم الحرية على أحد الحيين لم يعتق منه إلا ثلثاه، لأن الميت قبل موت سيده مات عبداً فلم يكن له حكم ما خلف السيد. وإن مات المعتق ولم يقرع بينهم حتى مات اثنان أقرع بين الحي والميتين فإن خرج بينهم العتق على الحي عتق كله وأعطى كل ما استفاد من يوم خوطب بالعتق ورق الميتان.

**فصل إذا أعتق في مرضه ستة أعبد لا مال له غيرهم فأعتق اثنان**

بالقرعة ثم ظهر مال يحتمل أن يعتق آخران جعل الأربعة جزءين وأقرع بينهم وأعتق منهم اثنان .

**فصل** وإن أعتق في مرضه أعبدا له ومات وعليه دين يستغرق التركة لم ينفذ العتق، لأن العتق في المرض وصية فلا ينفذ إلا في ثلث ما يفضل بعد قضاء الدين . وإن استغرق نصفها جعل التركة جزءين ويكتب في رقعة دين وفي رقعة تركة . وإن استغرق الثلث جعلوا ثلاثة أجزاء في رقعة دين وفي رقتين تركة ويقرع بينهم فمن خرجت عليه قرعة الدين بيع في الدين وما سواه يجعل ثلاثة أجزاء ويعتق منه الثلث، لأنه اجتمع حق الدين وحق التركة وحق العتق وليس بعضها بالبيع والإرث والعتق بأولى من البعض وللقرعة مدخل في تمييز العتق من غيره فأقرع بينهم .

**فصل** وإن أعتقهم ومات أقرع بينهم وأعتق الثلث ثم ظهر دين مستغرق لم ينفذ العتق لما ذكرناه . فإن قال الورثة: نحن نقضي الدين وننفذ العتق، ففيه وجهان أحدهما: أن لهم ذلك، لأن المنع من نفوذ العتق لأجل الدين فإذا قضى الدين زال المنع . والثاني: أنه ليس لهم ذلك، لأنهم تقاسموا العبيد بالقرعة وقد تعلق بهم حق الغرماء فلم يصح كما لو تقاسم شريكان ثم ظهر شريك ثالث، فعلى هذا يقضي الدين ثم يستأنف العتق .

وإن كان الدين يستغرق نصف التركة فهل يبطل العتق بالجميع؟ فيه وجهان أحدهما: يبطل كما قلنا في قسمة الشريكين . والثاني: يبطل بقدر الدين، لأن بطلانه بسببه فيقدر بقدره . فإن كان الذي أعتق عبيد عتق من كل واحد منهما نصفه ورق النصف ثم يقرع بينهما لجمع الحرية، فإن خرجت القرعة لأحدهما وكانت قيمتهما سواء عتق وبيع الآخر في الدين، وإن كانت قيمة أحدهما أكثر فخرجت القرعة على أكثرهما قيمة عتق منه نصف قيمة العبيد ورق باقيه والعبد الآخر، وإن خرجت على أقلهما قيمة عتق وعتق من الثاني تمام النصف وبيع الباقي في الدين].



## باب المدبر

[التدبير قرينة، لأنه يقصد به العتق. ويعتبر من الثلث في الصحة والمرض، لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «المدبر من الثلث» ولأنه تبرع يتنجز بالموت فاعتبر من الثلث كالوصية. فإن دبّر عبداً وأوصى بعتق آخر وعجز الثلث عنهما أقرع بينهما. ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخر أنه يقدم المدبر لأنه يعتق بالموت والموصى بعتقه لا يعتق بالموت. والصحيح هو الأول، لأن لزومهما بالموت فاستويا.

**فصل ويصح من السفية، لأنه إنما منع من التصرف حتى لا يضيع ماله فيفتقر، وبالتدبير لا يضيع ماله لأنه باق على ملكه، وإن مات استغنى عن المال وحصل له الثواب. وهل يصح من الصبي المميز؟ فيه قولان أحدهما:** أنه يصح لما ذكرناه في السفية. والثاني لا يصح، وهو الصحيح، لأنه ليس من أهل العقود فلم يصح تدبيره كالمجنون.

**فصل والتدبير هو أن يقول: إن مت فأنت حر. فإن قال: دبّرتك أو أنت مدبر ونوى العتق صح، وإن لم ينو فالمنصوص في المدبر أنه يصح.** وقال في المكاتب: إذا قال كاتبك على كذا وكذا لم يصح حتى يقول فإذا أدبت فأنت حر. فمن أصحابنا من نقل جوابه في المدبر إلى المكاتب وجوابه في المكاتب إلى المدبر وجعلهما على قولين، أحدهما: أنهما صريحان، لأنهما موضوعان للعتق في عرف الشرع. والثاني: أنهما كنيان فلا يقع العتق بهما إلا بقريئة أو نية، لأنهما يستعملان في العتق وغيره. ومنهم من قال في المدبر صريح وفي المكاتب كناية، ولم يذكر فرقا يعتمد عليه.

**فصل ويجوز مطلقاً، وهو أن يقول: إن مت فأنت حر. ويجوز مقيداً، وهو أن يقول: إن مت من هذا المرض أو في هذا البلد فأنت حر، لأنه عتق معلق على صفة فجاز مطلقاً ومقيداً كالعتق المعلق على دخول الدار. ويجوز تعليقه على شرط بأن يقول: إن دخلت الدار فأنت حر بعد**

موتي. كما يجوز أن يعلق العتق المعلق على دخول الدار بشرط قبله، فإن وجد الشرط صار مدبراً وإن لم يوجد الشرط حتى مات السيد لم يصير مدبراً، لأنه علق التدبير على صفة وقد بطلت الصفة بالموت فسقط ما علق عليه.

**فصل** ويجوز تدبير المعتق بصفة كما يجوز أن يعلق عتقه على صفة أخرى فإن وجدت الصفة قبل الموت عتق بالصفة وبطل التدبير به، وإن مات قبل وجود الصفة عتق بالتدبير وبطل العتق بالصفة. ويجوز تدبير المكاتب كما يجوز أن يعلق عتقه على صفة، فإذا دبره صار مكاتباً مدبراً ويستحق العتق بالكتابة والتدبير، فإن أدى المال قبل الموت عتق بالكتابة وبطل التدبير، وإن مات قبل الأداء فإن كان يخرج من الثلث عتق بالتدبير وبطلت الكتابة، وإن لم يخرج جميعه عتق منه بقدر الثلث ويسقط من مال الكتابة بقدره وبقي الباقي على الكتابة. ولا يجوز تدبير أم الولد، لأن الذي يقتضيه التدبير هو العتق بالموت وقد استحقت ذلك بالاستيلاء فلم يفد التدبير شيئاً. فإذا دبرها ومات عتقت بالاستيلاء من رأس المال.

**فصل** ويجوز تدبير الحمل كما يجوز في بعض عبد كما يجوز عتقه، ويجوز في العتق، فإن كان بين رجلين عبد فدبر أحدهما نصيبه وهو موسر، فهل يقوم عليه نصيب شريكه ليصير الجميع مدبراً؟ فيه قولان أحدهما: يقوم عليه، لأنه أثبت له شيئاً يفضي إلى العتق لا محالة فأوجب التقويم كما لو استولد جارية بينه وبين غيره. والثاني وهو المنصوص: أنه لا يقوم عليه، لأن التقويم إنما يجب بالإتلاف كالعتق أو بسبب يوجب الإتلاف كالاستيلاء، والتدبير ليس بإتلاف ولا سبب يوجب الإتلاف لأنه يمكن نقضه بالتصرف فلم يوجب التقويم. فإن كان له عبد فدبر بعضه فالمنصوص: أنه لا يسري إلى الباقي. ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخر: أنه يسري فيصير الجميع مدبراً. ووجهها ما ذكرناه في المسألة قبلها. فإن كان عبد بين اثنين فدبراه بأن قال كل واحد منهما: إذا مت فأنت حر جاز، كما لو أعتقاه. فإن أعتق أحدهما نصيبه بعد التدبير وهو موسر، فهل يقوم عليه نصيب شريكه ليعتق؟ فيه قولان منصوصان أحدهما: لا يقوم عليه، لأن

لنصيب شريكه جهة يعتق بها فاستغنى عن التقويم، ولأننا إذا قومناه على المعتق أبطلنا على شريكه ما ثبت له من العتق والولاء بحكم التدبير. والثاني: يقوم عليه ليصير الكل حراً، لأن المدبر كالقن في الملك والتصرف فكان كالقن في التقويم والسراية. فإن كان بين نفسين عبد فقلا: إذا متنا فأنت حر لم يعتق حصة واحد منهما إلا بموته وموت شريكه، فإن ماتا معا عتق عليهما بوجود الصفة، فإن مات أحدهما قبل الآخر انتقل نصيب الميت إلى وارثه ووقف عتقه على موت الآخر فإذا مات الآخر عتق. فإن قالوا: أنت حبيس على آخرنا موتا فالحكم فيها كالحكم في المسألة قبلها إلا في فصل واحد وهو أن في المسألة الأولى إذا مات أحدهما انتقل نصيب الميت إلى وارثه إلى أن يموت الآخر وفي هذه إذا مات أحدهما كان منفعة نصيبه موصى بها للآخر إلى أن يموت لقوله أنت حبيس على آخرنا موتا فإذا مات الآخر عتق.

**فصل ويملك المولى بيع المدبر، لما روى جابر رضي الله عنه أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر منه ولم يكن له مال غيره فأمر به النبي ﷺ ببيع بسبعمائة أو بتسعمائة. ويملك هبته ووقفه وكتابته قياساً على البيع. ويملك أكسابه ومنافعه وأرش ما يجنى عليه، لأنه لما كان كالعبد القن في التصرف في الرقبة كان كالقن فيما ذكرناه. وإن جنى خطأ تعلق الأرش برقبته وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع وبين أن يفديه كما يفدى العبد القن، لأنه كالقن في جواز بيعه فكان كالقن في جواز التسليم للبيع والفداء. وإن مات السيد قبل أن يفديه، فإن قلنا: لا يجوز عتق الجاني لم يعتق وللوارث الخيار بين التسليم للبيع وبين الفداء كالسيد في حياته. وإن قلنا: يجوز عتق الجاني، عتق من الثلث ووجب أرش الجناية من التركة، لأنه عتق بسبب من جهته فتعلق الأرش بتركته، ولا يجب إلا أقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية لأنه لا يمكن تسليمه للبيع بعد العتق.**

**فصل وإن كان المدبر جارية فأنت بولد من النكاح أو الزنا، فهل يتبعها في التدبير؟ فيه قولان أحدهما: يتبعها، لأنها تستحق الحرية فتبعها الولد كأم الولد، فعلى هذا إن ماتت الأم في حياة المولى لم يبطل التدبير**

في الولد. والثاني: لا يتبعها، لأنه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر إلى الولد كالرهن والوصية. وإن دبرها وهي حامل تبعها الولد قولاً واحداً كما يتبعها في العتق. وإن دبر عبداً ثم ملكه جارية فأنت منه بولد لحقه نسبه، لأنه يملكها في أحد القولين وله فيها شبهة في القول الثاني لاختلاف الناس في ملكه. فإن قلنا: لا يملك الجارية، فالولد مملوك للمولى لأنه ولد أمته، وإن قلنا: يملكها فالولد ابن المدبر ومملوكه، لأنه من أمته. وهل يكون مدبراً؟ فيه وجهان أحدهما: أنه ليس بمدبر، لأن الولد إنما يتبع الأم دون الأب والأم غير مدبرة. والثاني: أنه مدبر لأنها علقت به في ملكه فكان كالأب كولد الحر من أمته.

**فصل** ويجوز الرجوع في التدبير بما يزيل الملك كالبيع والهبة المقبوضة، لما روينا من حديث جابر رضي الله عنه. وهل يجوز بلفظ الفسخ كقوله: فسخت ونقضت ورجعت؟ فيه قولان أحدهما: أنه يجري مجرى الوصية فيجوز له فسخه بلفظ الفسخ، وهو اختيار المزني، لأنه تصرف يتنجز بالموت يعتبره من الثلث فهو كالوصية. والثاني: أنه يجري مجرى العتق بالصفة فلا يجوز فسخه بلفظ الفسخ، وهو الصحيح، لأنه عتق علقه على صفة فهو كالعتق بالصفات. وإن وهبه ولم يقبضه فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: إن قلنا إنه كالوصية فهو رجوع، وإن قلنا إنه كالعتق بالصفة فليس برجوع، لأنه لم يزل الملك. ومنهم من قال: هو رجوع على القولين، لأنه تصرف يفضي إلى زوال الملك. وإن كاتبه، فإن قلنا إن التدبير كالوصية كان رجوعاً كما لو أوصى بعبد ثم كاتبه. وإن قلنا إنه كالعتق بالصفة لم يكن رجوعاً بل يصير مدبراً مكاتباً وحكمه ما ذكرناه فيمن دبر مكاتباً.

وإن دبره ثم قال: إن أديت إلى وارثي ألفاً فأنت حر: فإن قلنا إنه كالوصية كان ذلك رجوعاً في التدبير، لأنه عدل عن العتق بالموت إلى العتق بأداء المال فبطل التدبير ويتعلق العتق بالأداء. وإن قلنا إنه كالعتق بالصفة وخرج من الثلث عتق بالتدبير وسقط حكم الأداء بعده، لأنه علق عتقه بصفة متقدمة ثم علقه بصفة متأخرة فعتق بأسبقهما وأسبقهما الموت

فعتق به. وإن دبر جارية ثم أولدها بطل التدبير، لأن العتق بالتدبير والاستيلاء في وقت واحد والاستيلاء أقوى فأسقط التدبير.

**فصل ويجوز الرجوع في تدبير البعض كما يجوز التدبير في الابتداء في البعض.** وإن دبر جارية فأتت بولد من نكاح أو زنا وقلنا إنه يتبعها في التدبير ورجع في تدبير الأم لم يتبعها الولد في الرجوع وإن تبعها في التدبير، كما أن ولد أم الولد يتبعها في حق الحرية ثم لا يتبعها في بطلان حقها من الحرية بموتها. وإن دبرها الصبي وقلنا إنه يصح تدبيره، فإن قلنا يجوز الرجوع بلفظ الفسخ جاز رجوعه، لأنه لا حرج عليه في التدبير فجاز رجوعه فيه كالبالغ. وإن قلنا: لا يجوز الرجوع إلا بتصرف يزيل الملك لم يصح الرجوع في تدبيره إلا بتصرف يزيل الملك من جهة الولي.

**فصل وإن دبر عبده ثم ارتد، فقد قال أبو إسحق:** لا يبطل التدبير فإن مات عتق العبد، لأنه تصرف نفذ قبل الرد فلم تؤثر الردة فيه كما لو باع ماله ثم ارتد. ومن أصحابنا من قال: يبطل التدبير، لأن المدبر إنما يعتق إذا حصل للورثة شيء مثلاه وهاهنا لم يحصل للورثة شيء فلم يعتق. ومنهم من قال: يبنى على الأقوال في ملكه، فإن قلنا: يزول ملكه بالردة بطل لأنه زال ملكه فيه فأشبهه إذا باعه. وإن قلنا: لا يزول لم يبطل كما لو لم يدبر.

وإن قلنا: موقوف فالتدبير موقوف. وما قال أبو إسحاق غير صحيح، لأنه ارتد والمدبر على ملكه فزال بالردة بخلاف ما لو باعه قبل الردة. وما قال الآخر لا يصح، لأن ماله بالموت صار للمسلمين وقد حصل لهم مثلاه.

**فصل وإن دبر الكافر عبداً كافراً ثم أسلم العبد ولم يرجع السيد في التدبير ففيه قولان أحدهما:** يباع عليه، وهو اختيار المزني، لأنه يجوز بيعه فبيع عليه كالعبد القن. والثاني: لا يباع عليه، وهو الصحيح، لأنه لا حظ للعبد في بيعه لأنه يبطل به حقه من الحرية، فعلى هذا هو الخيار بين أن يسلمه إلى مسلم وينفق عليه إلى أن يرجع في التدبير فيباع عليه أو يموت

فيعتق عليه وبين أن يخارجه على شيء لأنه لا سبيل إلى إقراره في يده فلم يجز إلا ما ذكرناه. فإن مات السيد وخرج من الثلث عتق وإن لم يخرج عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة لأنه صار قنا.

**فصل** وإن اختلف السيد والعبد فادعى العبد أنه دبره وأنكر السيد، فإن قلنا إن التدبير كالعتق بالصفة صح الاختلاف، لأنه لا يمكن الرجوع فيه، والقول قول السيد لأن الأصل أنه لم يدبر. وإن قلنا إنه كالوصية، ففيه وجهان أحدهما: أن القول قول السيد لأن جحوده رجوع وهو يملك الرجوع. والثاني: أنه ليس برجوع، وهو المذهب، لأنه قال في الدعوى والبينات: إذا أنكر السيد قلنا له قل رجعت ولا يحتاج إلى اليمين فدل على أن جحوده ليس برجوع، والدليل عليه أن جحود الشيء ليس برجوع كما أن جحود النكاح ليس بطلاق، فعلى هذا يصح الاختلاف والحكم فيه كالحكم فيه إذا قلنا إنه عتق بالصفة. وإن مات السيد واختلف العبد والوارث صح الاختلاف على القولين والقول قول الوارث. وإن كان في يده مال فقل كسبته بعد العتق، وقال الوارث بل كسبته قبل العتق، فالقول قول المدبر، لأن الأصل عدم الكسب إلا في الوقت الذي وجد فيه وقد وجد وهو في يد المدبر فكان له. وإن كان أمة ومعها ولد فادعت أنها ولدته بعد التدبير، وقال الوارث بل ولدته قبل التدبير، فالقول قول الوارث، لأن الأصل في الولد الرق.

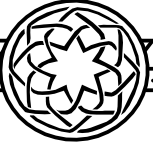
**فصل** ويجوز تعليق العتق على صفة مثل أن يقول: إن دخلت الدار فأنت حر وإن أعطيتني ألفا فأنت حر، لأنه عتق على صفة فجاز كالتدبير. فإن قال ذلك في المرض اعتبر من الثلث، لأنه لو أعتقه اعتبر من الثلث فإذا عقده اعتبر من الثلث. وإن قال ذلك وهو صحيح اعتبر من رأس المال سواء وجدت الصفة وهو صحيح أو وجدت وهو مريض، لأن العتق إنما يعتبر من الثلث في حال المرض لأنه قصد إلى الإضرار بالورثة في حال يتعلق حقهم بالمال وههنا لم يقصد إلى ذلك. فإن علق العتق على صفة مطلقة ثم مات بطل، لأن تصرف الإنسان مقصور على حال الحياة فحمل إطلاق الصفة عليه. وإن علق عتقه على صفة بعد الموت لم يبطل بالموت،

لأنه يملك العتق بعد الموت في الثلث فملك عقده على صفة بعد الموت.

**فصل** وإن علق عتق أمة على صفة ثم أتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها الولد؟ فيه قولان كما قلنا في المدبرة. فإن بطلت الصفة في الأم بموتها أو بموته بطلت في الولد، لأن الولد يتبعها في العتق لا في الصفة بخلاف ولد المدبرة فإنه يتبعها في التدبير، فإذا بطل فيها بقي فيه. وإن قال لأتمته أنت حرة بعد موتي بسنة فمات السيد وهي تخرج من الثلث فللوارث أن يتصرف في كسبها ومنفعتيها ولا يتصرف في رقبته، لأنها موقوفة على العتق. فإن أتت بولد بعد موت السيد فقد قال الشافعي رحمه الله: يتبعها الولد قولاً واحداً، فمن أصحابنا من قال: فيه قولان كالولد الذي تأتي به قبل الموت والذي قاله الشافعي رحمه الله أحد القولين. ومنهم من قال: يتبعها الولد قولاً واحداً، لأنها أتت به وقد استقر عتقها بالموت فيتبعها الولد كأما الولد بخلاف ما قبل الموت فإن عتقها غير مستقر لأنه يلحقه الفسخ.

**فصل** وإن علق عتق عبده على صفة لم يملك الرجوع فيها بالقول، لأنه كاليمين أو كالنذر والرجوع في الجميع لا يجوز. ويجوز الرجوع فيه بما يزيل الملك كالبيع وغيره. فإن علق عتقه على صفة ثم باعه ثم رجع إليه فهل يعود حكم الصفة؟ فيه قولان بناء على القولين فيمن علق طلاق امرأته على صفة وبانت منه ثم تزوجها. وإن دبر عبده ثم باعه ثم رجع إليه، فإن قلنا إن التدبير كالوصية لم يرجع، لأن الوصية إذا بطلت لم تعد. وإن قلنا إنه كالعتق بصفة فهل يعود أم لا؟ على ما ذكرناه من القولين].





قال المصنف رحمه الله :

## كتاب المكاتب

[الكتابة جائزة لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبِغُونَ الْكِنَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾. ولا تجوز الكتابة إلا من جائز التصرف في المال، لأنه عقد على المال فلم يجز إلا من جائز التصرف في المال كالبيع. ولا يجوز أن ي كاتب عبداً أجيراً، لأن الكتابة تقتضي التمكين من التصرف والإجارة تمنع من ذلك. ولا يجوز أن ي كاتب عبداً مرهوناً، لأن الرهن يقتضي البيع والكتابة تمنع البيع. وتجاوز كتابة المدبر وأم الولد، لأنه عتق بصفة يجوز أن تتقدم على الموت فجاز في المدبر وأم الولد كالعتق المعلق على دخول الدار. فإن كاتب مدبراً صار مكاتباً ومدبراً، وقد بينا حكمه في المدبر. وإن كاتب أم ولد صارت مكاتبه وأم ولد فإن أدت المال قبل موت السيد عتقت بالكتابة، وإن مات السيد قبل الأداء عتقت بالاستيلاء وبطلت الكتابة.

**فصل** وتجاوز كتابة بعض العبد إذا كان باقيه حراً، لأنه كتابة على جميع ما فيه من الرق فأشبهه كتابة العبد في جميعه. وإن كان عبد بين اثنين فكاتبه أحدهما في نصيبه بغير إذن شريكه لم يصح، لأنه لا يعطى من الصدقات ولا يمكنه الشريك من الاكتساب بالأسفار. وإن كاتبه بإذن شريكه ففيه قولان أحدهما: لا يصح لما ذكرناه من نقصان كسبه. والثاني: يصح، لأن المنع لحق الشريك فزال بالإذن. وإن كان لرجل عبد فكاتبه في بعضه فالمنصوص: أنه لا يصح، واختلف أصحابنا فيه، فذهب أكثرهم إلى أنه لا يصح قولاً واحداً كما لا يصح أن يبعث العتق فيه. ومنهم من قال: إذا

قلنا إنه يصح أن ي كاتب نصيبه في العبد المشترك بإذن الشريك صح ههنا، لأن اتفاقهما على كتابة البعض كاتفاق الشريكين. فإن وصى رجل بكتابة عبد وعجز الثلث عن جميعه فالمنصوص: أنه ي كاتب القدر الذي يحتمله الثلث، فمن أصحابنا من جعل في الجميع قولين. ومنهم من قال: يصح في الوصية، وقد فرق بينه وبين العبد المشترك بأن الكتابة في العبد المشترك غير مستحقة في جميعه والكتابة في الوصية استحقت في جميعه فإذا تعذرت في البعض لم تسقط في الباقي.

**فصل** وإن طلب العبد الكتابة نظرت: فإن كان له كسب وأمانة استحب أن ي كاتب لقوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يَبْنُونَ الْكُتُبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ وقد فسر الخير بالكسب والأمانة، ولأن المقصود بالكتابة العتق على مال وبالكسب والأمانة يتوصل إليه. ولا يجب ذلك، لأنه عتق فلا يجب بطلب العبد كالعتق في غير الكتابة. وإن لم يكن له كسب ولا أمانة أو له كسب بلا أمانة لم تستحب، لأنه لا يحصل المقصود بكتابتته، ولا تكره لأنه سبب للعتق من غير إضرار فلم تكره. وإن كان له أمانة بلا كسب ففيه وجهان أحدهما: أنه لا تستحب، لأن مع عدم الكسب يتعذر الأداء فلا يحصل المقصود. والثاني: تستحب، لأن الأمين يعان ويعطى من الصدقات. وإن طلب السيد الكتابة فكره العبد لم يجبر عليه، لأنه عتق على مال فلا يجبر العبد عليه كالعتق على مال في غير الكتابة.

**فصل** ولا يجوز إلا بعوض مؤجل، لأنه إذا كاتبه على عوض حال لم يقدر على أدائه فينفسخ العقد ويبطل المقصود. ولا يجوز على أقل من نجمين، لما روي عن أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه أنه غضب على عبد له وقال: لأعاقبك ولأكاتبنك على نجمين، فدل على أنه لا يجوز على أقل من ذلك، وعن علي كرم الله وجهه أنه قال: الكتابة على نجمين والإيتاء من الثاني. ولا يجوز إلا على نجمين معلومين، وأن يكون ما يؤدي في كل نجم معلوما، لأنه عوض منجم في عقد فوجب العلم بمقدار النجم ومقدار ما يؤديه فيه كالسلم إلى أجلين.

**فصل ولا يجوز إلا على عوض معلوم الصفة، لأنه عوض في الذمة فوجب العلم بصفته كالمسلم فيه .**

**فصل وتجاوز الكتابة على المنافع، لأنه يجوز أن تثبت في الذمة بالعقد فجاز الكتابة عليها كالمال .** فإن كاتبه على عمليين في الذمة في نجمين جاز كما يجوز على مالين في نجمين . وإن كاتبه على خدمة شهرين لم يجز، لأن ذلك نجم واحد . وإن كاتبه على خدمة شهر ثم على خدمة شهر بعده لم يجز، لأن العقد في الشهر الثاني على منفعة معينة في زمان مستقبل فلم يجز كما لو استأجره للخدمة في شهر مستقبل . وإن كاتبه على دينار وخدمة شهر بعده لم يجز، لأنه لا يقدر على تسليم الدينار في الحال . وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار في نجم بعده جاز، لأنه يقدر على تسليم الخدمة فهو مع الدينار كالمالين في نجمين . وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد انقضاء الشهر فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق: لا يجوز، لأنه إذا لم يفصل بينهما صاروا نجماً واحداً . ومنهم من قال: يجوز، لأنه يستحق الدينار في غير الوقت الذي يستحق فيه الخدمة وإنما يتصل استيفاؤهما، فعلى هذا لو كاتبه على خدمة شهر ودينار في نصف الشهر جاز، لأنه يستحق الدينار في غير الوقت الذي يستحق فيه الخدمة .

**فصل وإن كاتب رجلان عبداً بينهما على مال بينهما على قدر الملكين وعلى نجوم واحدة جاز .** وإن تفاضلا في المال مع تساوي الملكين أو تساويا في المال مع تفاضل الملكين أو على أن نجوم أحدهما أكثر من نجوم الآخر أو على أن نجم أحدهما أطول من نجم الآخر ففيه طريقتان، من أصحابنا من قال: يبني على القولين فيمن كاتب نصيبه من العبد بإذن شريكه فإن قلنا يجوز جاز وإن قلنا لا يجوز لم يجز، لأن اتفاقهما على الكتابة ككتابة أحدهما في نصيبه بإذن الآخر، وعلى هذا يدل قول الشافعي رحمه الله تعالى فإنه قال في الأم: ولو أجزت لأجزت أن ينفرد أحدهما بكتابة نصيبه، فدل على أنه إذا جاز ذلك جاز هذا وإن لم يجز ذلك لم يجز هذا . ومنهم من قال: لا يصح قولاً واحداً، لأنه يؤدي إلى أن ينتفع

أحدهما بحق شريكه من الكسب لأنه يأخذ أكثر مما يستحق وربما عجز المكاتب فيرجع على شريكه بالفاضل بعدما انتفع به .

**فصل ولا يصح على شرط فاسد، لأنه معاوضة يلحقها الفسخ فبطلت بالشرط الفاسد كالبيع . ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل، لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع .**

**فصل وإذا انعقد العقد لم يملك المولى فسخه قبل العجز، لأنه أسقط حقه منه بالعوض فلم يملك فسخه قبل العجز عن العوض كالبيع . ويجوز للعبد أن يمتنع من أداء المال، لأن ما لا يلزمه إذا لم يجعل شرطاً في عتقه لم يلزمه إذا جعل شرطاً في عتقه كالنوافل . وهل يملك أن يفسخ؟ فيه وجهان من أصحابنا من قال: لا يملك لأنه لا ضرر عليه في البقاء على العقد ولا فائدة له في الفسخ فلم يملكه . ومنهم من قال: له أن يفسخ لأنه عقد لحظه فملك أن ينفرد بالفسخ كالمرتهن . فإن مات المولى لم يبطل العقد، لأنه لازم من جهته فلم يبطل بالموت كالبيع . وينتقل المكاتب إلى الوارث، لأنه مملوك لا يبطل رقه بموت المولى فانتقل إلى وارثه كالعبد القن . وإن مات العبد بطل العقد، لأنه فات المعقود عليه قبل التسليم فبطل العقد كالبيع إذا تلف قبل القبض . ولا يجوز شرط الخيار فيه، لأن الخيار لدفع الغبن عن المال والسيد يعلم أنه مغبون من جهة المملوك لأنه يبيع ماله بماله والعبد مخير بين أن يدفع المال وبين أن لا يدفع فلا معنى لشرط الخيار . فإن اتفقا على الفسخ جاز، لأنه عقد يلحقه الفسخ بالعجز عن المال فجاز فسخه بالتراضي كالبيع .**



قال المصنف رحمه الله :

---

---

### باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه

---

---

[ويملك المكاتب بالعقد اكتساب المال بالبيع والإجارة والصدقة والهبة والأخذ بالشفعة والاحتشاش والاصطياد وأخذ المباحات، وهو مع المولى

كالأجنبي مع الأجنبي في ضمان المال وبذل المنافع وأرش الأطراف، لأنه صار بما بذله له من العوض عن رقبته كالخارج عن ملكه. ويملك التصرف في المال بما يعود إلى مصلحته ومصلحة ماله، فيجوز أن ينفق على نفسه لأن ذلك من أهم المصالح، وله أن يفدي في حياته نفسه أو رقيقه لأن له فيه مصلحة، وله أن يختن غلامه ويؤدبه لأنه إصلاح للمال، وأما الحد فالمنصوص أنه لا يملك إقامته لأن طريقه الولاية والمكاتب ليس من أهل الولاية. ومن أصحابنا من قال: له أن يقيم الحد كما يملك الحر في عبده، وله أن يقتص في الجناية عليه وعلى رقيقه. وذكر الربيع قولاً آخر: أنه لا يقتص من غير إذن المولى، ووجهه أنه ربما عجز فيصير ذلك للسيد فيكون قد أتلف الأرش الذي كان للسيد أن يأخذه لو لم يقتص منه. قال أصحابنا: هذا القول من تخريج الربيع، والمذهب: أنه يجوز أن يقتص لأن فيه مصلحة له.

**فصل** وإن كان المكاتب جارية فوطئها المولى وجب عليه المهر ولها أن تطالب به لتستعين به على الكتابة، لأنه يجري مجرى الكسب. وإن أذهب بكارتها لزمه الأرش، لأنه إتلاف جزء لا يستحقه فضمن بدله كقطع الطرف. وإن أتت منه بولد صارت مكاتبة وأم ولد، وقد بينا حكمهما في أول الباب. وإن كانت مكاتبة بين اثنين فأولدها أحدهما نظرت: فإن كان معسراً صار نصيبه أم ولد، وفي الولد وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن الولد ينعقد جميعه حراً ويثبت للشريك في ذمة الواطيء نصف قيمته، لأنه يستحيل أن ينعقد نصف الولد حراً ونصفه عبداً. والثاني وهو قول أبي إسحق: أن نصفه حر ونصفه مملوك، وهو الصحيح، اعتباراً بقدر ما يملك منها، ولا يمتنع أن ينعقد نصفه حراً ونصفه عبداً كالمرأة إذا كان نصفها حراً ونصفها مملوكاً فأتت بولد فإن نصفه حر ونصفه عبد. وإن كان موسراً فالولد حر وصار نصيبه من الجارية أم ولد، ويقوم على الواطيء نصيب شريكه. وهل يقوم في الحال؟ فيه طريقان من أصحابنا من قال: فيه قولان أحدهما: يقوم في الحال، فإذا قوم انفسخت الكتابة وصار جميعها أم ولد للواطيء ونصفها مكاتباً له فإن أدت المال عتق نصفها

وسرى إلى باقيها. والقول الثاني: أنه يؤخر التقويم إلى العجز فإن أدت ما عليها عتقت عليها بالكتابة وإن عجزت قوم على الواطىء نصيب شريكه وصار الجميع أم ولد. وقال أبو علي بن أبي هريرة: لا يقوم في الاستيلاء نصيب الشريك في الحال قولاً واحداً بل يؤخر إلى أن تعجز، لأن العتق فيه حظ للعبد لأنه يتعجل له الحرية في الباقي ولا حظ لها في التقويم في الاستيلاء بل الحظ في التأخير لأنه إذا أخر ربما أدت المال فعتقت وإذا قوم في الحال صارت أم الولد ولا تعتق إلا بالموت. والصحيح هو الأول وأنه على قولين كالتعتق، لأن الاستيلاء كالتعتق بل هو أقوى لأنه يصح من المجنون والعتق لا يصح منه، فإذا كان في التقويم في العتق قولان وجب أن يكون في الاستيلاء مثلاًه.

**فصل** وإن أتت المكاتبه بولد من نكاح أو زنا ففيه قولان أحدهما: أنه موقوف فإن رقت الأم رق وإن عتقت عتق، لأن الكتابة سبب يستحق به العتق فيتبع الولد الأم فيه كالاستيلاء. والثاني: أنه مملوك يتصرف فيه، لأنه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر إلى الولد كالرهن. فإن قلنا إنه للمولى كان حكمه حكم العبد القرن في الجناية والكسب والنفقة والوطء. وإن قلنا إنه موقوف فقتل ففي قيمته قولان أحدهما: أنها لأمه تستعين بها في الكتابة لأن القصد بالكتابة طلب حفظها، والثاني أنها للمولى لأنه تابع للأم وقيمة الأم للمولى فكذلك قيمة ولدها. فإن كسب الولد مالا ففيه قولان أحدهما: أنه للأم لأنه تابع لها في حكمها فكسبها لها فكذلك كسب ولدها. والثاني: أنه موقوف لأن الكسب نماء الذات وذاته موقوفة فكذلك كسبه فعلى هذا يجمع الكسب. فإن عتق ملك الكسب كما تملك الأم كسبها إذا عتقت وإن رق بعجز الأم صار الكسب للمولى، فمن أصحابنا من خرج فيه قولاً ثالثاً أنه للمولى كما قلنا في قيمته في أحد القولين. وإن أشرفت الأم على العجز وكان في كسب الولد وفاء بمال الكتابة ففيه قولان أحدهما: أنه ليس للأم أن تستعين به على الأداء لأنه موقوف على السيد أو الولد فلم يكن للأم فيه حق. والثاني: أن لها أن تأخذه وتؤديه لأنها إذا أدت عتقت وعتق الولد فكان ذلك أحظ للولد من أن ترق ويأخذه المولى. فإن احتاج الولد إلى

النفقة ولم يكن في كسبه ما يفي، فإن قلنا إن الكسب للمولى فالنفقة عليه، وإن قلنا إنه للأم فالنفقة عليها، وإن قلنا إنه موقوف ففي النفقة وجهان أحدهما: أنها على المولى لأنه مرصد لملكه. والثاني: أنها في بيت المال لأن المولى لا يملكه فلم يبق إلا بيت المال. وإن كان الولد جارية فوطئها المولى، فإن قلنا إن كسبه له لم يجب عليه المهر لأنه لو وجب لكان له، وإن قلنا إنه للأم فالمهر لها، وإن قلنا إنه موقوف وقف المهر. وإن أحبلها صارت أم ولد له بشبهة الملك ولا تلزمه قيمتها، لأن القيمة تجب لمن يملكها والأم لا تملك رقبته وإنما هي موقوفة عليها.

**فصل** وإن حبس السيد المكاتب مدة ففيه قولان أحدهما: يلزمه تخليته في مثل تلك المدة، لأنه دخل في العقد على التمكين من التصرف في المدة فلزمه الوفاء به. والثاني: تلزمه أجرة المثل للمدة التي حبسه فيها وهو الصحيح، لأن المنافع لا تضمن بالمثل وإنما تضمن بالأجرة. وإن قهر أهل الحرب المكاتب على نفسه مدة ثم أفلت من أيديهم ففيه قولان أحدهما: لا تجب تخليته في مثل المدة، لأنه لم يكن الحبس من جهته. والثاني: تجب، لأنه فات ما استحقه بالعقد، ولا فرق بين أن يكون بتفريط أو غير تفريط كالمبيع إذا هلك في يد البائع، ولا يجيء ههنا إيجاب الأجرة على المولى لأنه لم يكن الحبس من جهته فلا تلزمه أجرته.

**فصل** ولا يملك المكاتب التصرف إلا على وجه النظر والاحتياط، لأن حق المولى يتعلق باكتسابه. فإن أراد أن يسافر فقد قال في الأم: يجوز. وقال في الأمالي: لا يجوز بغير إذن المولى. فمن أصحابنا من قال: فيه قولان أحدهما: لا يجوز لأن فيه تغريرا. والثاني: يجوز لانه من أسباب الكسب. ومنهم من قال: إن كان السفر طويلا لم يجز وإن كان قصيرا جاز، وحمل القولين على هذين الحالين. والصحيح هو الطريق الأول.

**فصل** ولا يجوز أن يبيع نسيئة وإن كان بأضعاف الثمن ولا على أن يأخذ بالثمن رهنا أو ضمينا، لأنه يخرج المال من يده من غير عوض

والرهن قد يتلف والضمين قد يفلس . وإن باع ما يساوي مائة بمائة نقدا وعشرين نسيئة جاز، لأنه لا ضرر فيه . ولا يجوز أن يقرض ولا يضارب ولا يرهن لأنه إخراج مال بغير عوض .

**فصل** ولا يجوز أن يشتري من يعتق عليه، لأنه يخرج مالا يملك التصرف فيه بمال لا يملك التصرف فيه وفي ذلك إضرار . وإن وصى له بمن يعتق عليه، فإن لم يكن له كسب لم يجز قبوله، لأنه يحتاج أن ينفق عليه وفي ذلك إضرار . وإن كان له كسب جاز قبوله، لأنه لا ضرر فيه، فإن قبله ثم صار زمنا لا كسب له فله أن ينفق عليه لأن فيه إصلاحا لماله .

**فصل** ولا يعتق ولا يكتب ولا يهب ولا يحابي ولا يبرىء من الدين ولا يكفر بالمال ولا ينفق على أقاربه الأحرار ولا يسرف في نفقة نفسه . وإن كان له أمة مزوجة لم تبذل العوض في الخلع، لأن ذلك كله استهلاك للمال . وإن كان عليه دين مؤجل لم يملك تعجيله، لأنه يقطع التصرف فيما يعجله من المال من غير حاجة . وإن كان مكاتباً بين نفسين لم يجز أن يقدم حق أحدهما، لأن ما يقدمه من ذلك يتعلق به حقهما فلا يجوز أن يخص به أحدهما . وإن أقر بجنائية خطأ ففيه قولان أحدهما: يقبل، لأنه إقرار بالمال فقبل كما لو أقر بدين معاملة . والثاني: لا يقبل، لأنه يخرج به الكسب من غير عوض فبطل كالهبة . وإن جنى هو أو عبد له يملك بيعه على أجنبي لم يجز أن يفديه بأكثر من قيمته، لأن الفداء كالاتباع فلا يجوز بأكثر من القيمة . وإن كان عبداً لا يملك بيعه كالأب والابن لم يجز أن يفديه بشيء قل أو كثر، لأنه يخرج ما يملك التصرف فيه لاستبقاء ما لا يملك التصرف فيه .

**فصل** وإن فعل ذلك كله بإذن المولى ففيه قولان أحدهما: لا يصح، لأن المولى لا يملك ما في يده والمكاتب لا يملك ذلك بنفسه فلا يصح باجتماعهما كالأخ إذا زوج أخته الصغيرة بإذنها . والثاني: أنه يصح، وهو الصحيح، لأن المال موقوف عليهما ولا يخرج منهما فصح باجتماعهما كالشريكين في المال المشترك والراهن والمرتهن في الرهن . وإن وهب

للمولى أو حابه أو أقرضه أو ضاربه أو عجل له ما تأجل من ديونه أو فدى جانيته عليه بأكثر من قيمته، فإن قلنا يصح للأجنبي بإذن المولى صح، وإن قلنا لا يصح في حق الأجنبي بإذنه لم يصح، لأن قبوله كالإذن. فإن وهب أو أقرض وقلنا إنه لا يصح فله أن يسترجع فإن لم يسترجع حتى عتق لم يسترجع على ظاهر النص، لأنه إنما لم يصح لنقصانه وقد زال ذلك. ومن أصحابنا من قال: له أن يسترجع، لأنه قد وقع فاسداً فثبت له الاسترجاع.

**فصل ولا يتزوج المكاتب إلا بإذن المولى،** لما روي أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ»، ولأنه يلزمه المهر والنفقة في كسبه وفي ذلك إضرار بالمولى فلم يجز بغير إذنه. فإن أذن له المولى جاز قولاً واحداً للخبر ولأن الحاجة تدعو إليه بخلاف الهبة.

**فصل ولا يتسرى بجارية من غير إذن المولى،** لأنه ربما أحبلها فتلفت بالولادة. فإن أذن له المولى وقلنا إن العبد يملك ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: على قولين كالهبة. ومنهم من قال: يجوز قولاً واحداً، لأنه ربما دعت الحاجة إليه فجاز كالنكاح. فإن أولدها فالولد ابنه ومملوكه، لأنه ولد جاريته وتلزمه نفقته لأنه مملوكه بخلاف ولد الحرة ولا يعتق عليه لنقصان ملكه، فإن أدى المال عتق معه لأنه كمل ملكه وإن رق رق معه.

**فصل ويجب على المولى الإيتاء،** وهو أن يضع عنه جزءاً من المال أو يدفع إليه جزءاً من المال لقوله عز وجل: ﴿وَأَتَوْهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ وعن علي كرم الله وجهه أن النبي ﷺ قال في هذه الآية «يُحِطُّ عَنْهُ رُبْعُ الْكِتَابَةِ». والوضع أولى من الدفع، لأنه يتحقق الانتفاع به في الكتابة. واختلف أصحابنا في القدر الواجب، فمنهم من قال: ما يقع عليه الاسم من قليل وكثير، وهو المذهب، لأن اسم الإيتاء يقع عليه. وقال أبو إسحاق: يختلف باختلاف قلة المال وكثرته، فإن اختلفا قدره الحاكم باجتهاده كما قلنا في المتعة. فإن اختار الدفع جاز بعد العقد للآية، وفي وقت الوجوب وجهان أحدهما: يجب بعد العتق كما تجب المتعة بعد الطلاق. والثاني: أنه يجب قبل العتق، لأنه إيتاء وجب للمكاتب فوجب قبل العتق كالإيتاء في الزكاة. ولا يجوز الدفع من غير جنس مال الكتابة

لقوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ فإن دفع إليه من جنسه من غير ما أداه إليه ففيه وجهان أحدهما: يجوز كما يجوز في الزكاة أن يدفع من غير المال الذي وجب فيه الزكاة. والثاني: لا يجوز، وهو الصحيح، للآية. وإن سبق المكاتب وأدى المال لزم المولى أن يدفع إليه، لأنه مال وجب للآدمي فلم يسقط من غير أداء ولا إبراء كسائر الديون. وإن مات المولى وعليه دين حاص المكاتب أصحاب الديون. ومن أصحابنا من قال: يحاص أصحاب الوصايا لأنه دين ضعيف غير مقدر فسوى بينه وبين الوصايا. والصحيح هو الأول، لأنه دين واجب فحاص به الغرماء كسائر الديون وبالله التوفيق].



قال المصنف رحمه الله:

## باب الأداء والعجز

ولا يعتق المكاتب ولا شيء منه وقد بقي عليه شيء من المال، لما روى عمرو بن شعيب رضي الله عنه عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم»، ولأنه علق عتقه على دفع مال فلا يعتق شيء منه مع بقاء جزء منه، كما لو قال لعبيده: إن دفعت إلي ألفاً فأنت حر. فإن كاتب رجلان عبداً بينهما ثم أعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه مما عليه من مال الكتابة عتق نصيبه، لأنه برىء من جميع ماله عليه فعتق، كما لو كاتب عبداً فأبرأه. فإن كان المعتق موسراً فقد قال أصحابنا: يقوم عليه نصيب شريكه كما لو أعتق شركا له في عبد. وعندنا أنه يجب أن يكون على قولين أحدهما: يقوم عليه. والثاني: لا يقوم كما قلنا في شريكين دبرا عبداً ثم أعتق أحدهما نصيبه أنه على قولين أحدهما: يقوم والثاني: لا يقوم. فإذا قلنا: إنه يقوم عليه، ففي وقت التقويم قولان أحدهما: يقوم في الحال، كما نقول فيمن أعتق شركا له في عبد. والثاني: يؤخر التقويم إلى أن يعجز، لأنه قد ثبت للشريك حق العتق والولاء في

نصيبه فلا يجوز إبطاله عليه. وإن كاتب عبده ومات وخلف اثنين فأبرأه أحدهما عن حصته عتق نصيبه، لأنه أبرأه من جميع ماله عليه. فإن كان الذي أبرأه موسراً فهل يقوم عليه نصيب شريكه؟ فيه قولان أحدهما: لا يقوم، لأن سبب العتق وجد من الأب ولهذا يثبت الولاء له. والثاني: يقوم عليه، وهو الصحيح، لأن العتق تعجل بفعله. فعلى هذا هل يتعجل التقويم والسراية؟ فيه قولان أحدهما: يتعجل، لأنه عتق يوجب السراية فتعجلت به كما لو أعتق شركا له في عبد. والثاني: يؤخر إلى أن يعجز، لأن حق الأب في عتقه وولائه أسبق فلم يجز إبطاله. وإن كاتب رجلان عبداً بما يجوز وأذن أحدهما للآخر في تعجيل حق شريكه من المال وقلنا إنه يصح الإذن عتق نصيبه، وهل يقوم عليه نصيب شريكه؟ فيه قولان أحدهما: لا يقوم لتقدم سببه الذي اشتركا فيه. والثاني: يقوم، لأنه عتق نصيبه بسبب منه. ومتى يقوم؟ فيه قولان أحدهما: يقوم في الحال، لأنه تعجل عتقه. والثاني: يؤخر إلى أن يعجز، لأنه قد ثبت لشريكه عقد يستحق به العتق والولاء فلم يجز أن يقوم عليه ذلك. فعلى هذا إن أدى عتق باقيه وإن عجز قوم على المعتق. وإن مات قبل الأداء والعجز مات ونصفه حر ونصفه مكاتب.

**فصل** وإن حل عليه نجم وعجز عن أداء المال جاز للمولى أن يفسخ العقد، لأنه أسقط حقه بعوض فإذا تعذر العوض ووجد عين ماله جاز له أن يفسخ ويرجع إلى عين ماله، كما لو باع سلعة فأفلس المشتري بالثمن ووجد البائع عين ماله. وإن كان معه ما يؤديه فامتنع من أدائه جاز له الفسخ، لأن تعذر العوض بالامتناع كتعذره بالعجز، لأنه لا يمكن إجباره على أدائه. وإن عجز عن بعضه أو امتنع من أداء بعضه جاز له أن يفسخ، لأننا بينا أن العتق في الكتابة لا يتبعض فكان تعذر البعض كتعذر الجميع. ويجوز الفسخ من غير حاكم، لأنه مجمع عليه فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ البيع بالعيب.

**فصل** وإن حل عليه نجم ومعه متاع فاستنظر لبيع المتاع وجب إنظاره، لأنه قادر على أخذ المال من غير إضرار. ولا يلزمه أن ينظر أكثر من ثلاثة أيام، لأن الثلاثة قليل فلا ضرر عليه في الانتظار، وما زاد كثير وفي

الانتظار إضرار. وإن طلب الإنظار لمال غائب، فإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة وجب إنظاره، لأنه قريب لا ضرر في إنظاره، وإن كان على مسافة تقصر فيها الصلاة لم يجب لأنه طويل وفي الانتظار إضرار. وإن طلب الإنظار لاقتضاء دين فإن كان حالاً على مليء وجب إنظاره، لأنه كالعين في يد المودع ولهذا تجب فيه الزكاة.

وإن كان مؤجلاً أو على معسر لم يجب الإنظار، لأن عليه إضرارا في الإنظار. فإن حل عليه المال وهو غائب ففيه وجهان أحدهما: له أن يفسخ، لأنه تعذر المال فجاز له الفسخ. والثاني: ليس له أن يفسخ بل يرجع إلى الحاكم ليكتب إلى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليطلبه فإن عجز أو امتنع فسخ، لأنه لا يتعذر الأداء إلا بذلك فلا يفسخ قبله. وإن حل عليه النجم وهو مجنون، فإن كان معه مال يسلم إلى المولى عتق، لأنه قبض ما يستحقه فبرئت به ذمته. وإن لم يكن معه شيء فعجزه المولى وفسخ ثم ظهر له مال نقض الحكم بالفسخ، لأننا حكمنا بالعجز في الظاهر وقد بان خلافه فنقض كما لو حكم الحاكم ثم وجد النص بخلافه. وإن كان قد أنفق عليه بعد الفسخ رجع بما أنفق، لأنه لم يتبرع بل أنفق على أنه عبده. فإن أفاق بعد الفسخ وأقام البينة أنه كان قد أدى المال نقض الحكم بالفسخ ولا يرجع المولى بما أنفق عليه بعد الفسخ، لأنه تبرع لأنه أنفق وهو يعلم أنه حر. وإن حل النجم فأحضر المال وادعى السيد أنه حرام ولم تكن له بيينة فالقول قول المكاتب مع يمينه، لأنه في يده والظاهر أنه له. فإن حلف خير المولى بين أن يأخذه وبين أن يبرئه منه فإن لم يفعل قبض عنه السلطان لأنه حق يدخله النيابة فإذا امتنع منه قام السلطان مقامه.

**فصل** وإن قبض المال وعتق ثم وجد به عيباً فله أن يرد ويطالب بالبدل. فإن رضي به استقر العتق، لأنه برئت ذمة العبد. وإن رده ارتفع العتق، لأنه يستقر باستقرار الأداء وقد ارتفع الأداء بالرد فارتفع العتق. وإن وجد به العيب وقد حدث به عنده عيب ثبت له الأرش، فإن دفع الأرش استقر العتق وإن لم يدفع ارتفع العتق لأنه لم يتم براءة الذمة من المال. وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار ثم مرض بطلت الكتابة في قدر الخدمة.

وفي الباقي طريقان أحدهما: أنه على قولين. والثاني: أنه لا يبطل قولاً واحداً بناء على الطريقين فيمن ابتاع عينين ثم تلفت إحداهما قبل القبض.

**فصل** فإن أدى المال وعتق ثم خرج المال مستحقاً بطل الحكم بعتقه، لأن العتق يقع بالأداء وقد بان أنه لم يؤد. وإن كان الاستحقاق بعد موت المكاتب كان ما ترك للمولى دون الورثة، لأننا قد حكمنا بأنه مات رقيقاً.

**فصل** فإن باع المولى ما في ذمة المكاتب وقلنا إنه لا يصح فقبضه المشتري، فقد قال في موضع: يعتق، وقال في موضع: لا يعتق، واختلف أصحابنا فيه، فقال أبو العباس: فيه قولان أحدهما: يعتق، لأنه قبضه بإذنه فأشبهه إذا دفعه إلى وكيله. والثاني وهو الصحيح: أنه لا يعتق لأنه لم يقبضه للمولى وإنما قبضه لنفسه ولم يصح قبضه لنفسه لأنه لم يستحقه فصار كما لو لم يؤخذ. وقال أبو إسحاق: هي على اختلاف حالين فالذي قال يعتق إذا أمره المكاتب بالدفع إليه لأنه قبضه بإذنه، والذي قال لا يعتق إذا لم يأمره بالدفع إليه لأنه لم يأخذه بإذنه وإنما أخذه بما تضمنه البيع من الإذن والبيع باطل فبطل ما تضمنه.

**فصل** إذا اجتمع على المكاتب دين الكتابة ودين المعاملة وأرش الجناية وضاق ما في يده عن الجميع قدم دين المعاملة، لأنه يختص بما في يده والسيد والمجني عليه يرجعان إلى الرقبة. فإن فضل عن الدين شيء قدم حق المجني عليه، لأن حقه يقدم على حق المالك في العبد القن فكذلك في المكاتب. وإن لم يكن له شيء فأراد صاحب الدين تعجيزه لم يكن له ذلك، لأن حقه في الذمة فلا فائدة في تعجيزه بل تركه على الكتابة أنفع له لأنه ربما كسب ما يعطيه، وإذا عجزه بقي حقه في الذمة إلى أن يعتق. فإن أراد المولى أو المجني عليه تعجيزه كان له ذلك، لأن المولى يرجع بالتعجيز إلى رقبته والمجني عليه يبيعه في الجناية. فإن عجزه المولى انفسخت الكتابة وسقط دينه وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع في الجناية وبين أن يفديه. فإن عجزه المجني عليه نظرت: فإن كان الأرش يحيط بالثمن بيع وقضي حقه. وإن كان دون الثمن بيع منه ما يقضى منه الأرش

وبقي الباقي على الكتابة وإن أدى كتابة باقية عتق. وهل يقوم الباقي عليه إن كان موسراً؟ فيه وجهان أحدهما: لا يقوم لأنه وجد سبب العتق قبل التبعض. والثاني: يقوم عليه، لأن اختياره للإنتظار كابتداء العتق].



قال المصنف رحمه الله :

### باب الكتابة الفاسدة

إذا كاتب على عوض محرم أو شرط باطل فللسيد أن يرجع فيها، لأنه دخل على أن يسلم له ما شرط ولم يسلم فثبت له الرجوع وله أن يفسخ بنفسه لأنه مجمع عليه. وإن مات المولى أو جن أو حجر عليه بطل العقد لأنه غير لازم من جهته فبطل بهذه الأشياء كالعقود الجائزة. فإن مات العبد بطل لأنه لا يلحقه العتق بعد الموت، وإن جن لم تبطل لأنه لازم من جهة العبد فلم تبطل بجنونه كالعتق المعلق على دخول الدار.

**فصل** وإن أدى ما كاتبه عليه قبل الفسخ عتق، لأن الكتابة تشتمل على معاوضة وهو قوله كاتبك على كذا، وعلى صفة وهو قوله فإذا أدت فأنت حر، فإذا بطلت المعاوضة بقيت الصفة فعتق بها. وإن أداه إلى غير من كاتبه لم يعتق، لأنه لم توجد الصفة، فإذا عتق تبعه ما فضل في يده من الكسب. وإن كانت جارية تبعها الولد، لأنه جعل كالكتابة الصحيحة في العتق فكانت كالصحيحة في الكسب والولد.

**فصل** ويرجع السيد عليه بقيمته، لأنه أزال ملكه عنه بشرط ولم يسلم له الشرط وتعذر الرجوع إليه فرجع ببذله، كما لو باع سلعة بشرط فاسد فتلفت في يد المشتري. ويرجع العبد على المولى بما أداه إليه، لأنه دفعه عما عليه فإذا لم يقع عما عليه ثبت له الرجوع. فإن كان ما دفع من جنس القيمة وعلى صفتها كالأثمان وغيرها من ذوات الأمثال ففيه أربعة أقوال أحدها: أنهما يتقاصان فسقط أحدهما بالآخر، لأنه لا فائدة في أخذه ورده. والثاني: أنه إن رضي أحدهما تقاصا وإن لم يرض واحد منهما لم يتقاصا،

لأنه إذا رضي أحدهما فقد اختار الراضي منهما قضاء ما عليه بالذي له على الآخر، ومن عليه حق يجوز أن يقضيه من أي جهة شاء. والثالث: أنهما إن تراضيا تقاصا وإن لم يتراضيا لم يتقاصا، لأنه إسقاط حق بحق فلم يجز إلا بالتراضي كالحوالة. والرابع: أنهما لا يتقاصان بحال لأنه بيع دين بدين.

وإن أخذ من سهم الرقاب في الزكاة، فإن لم يكن فيه وفاء استرجع منه، وإن كان فيه وفاء فقد قال في الأم: يسترجع ولا يعتق لأنه بالفساد خرج عن أن يكون من الرقاب. ومن أصحابنا من قال: لا يسترجع لأنه كالكتابة الصحيحة في العتق والكسب.

**فصل** فإن كاتب عبداً صغيراً أو مجنوناً فأدى ما كاتبه عليه عتق بوجود الصفة. وهل يكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة مع البالغ في ملك ما فضل في يده من الكسب وفي التراجع؟ فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحق: أنه لا يملك ما فضل في يده من الكسب ولا يثبت التراجع وهو رواية المزني في المجنون، لأن العقد مع الصبي ليس بعقد ولهذا لو ابتاع شيئاً وقبضه وتلف في يده لم يلزمه الضمان بخلاف البالغ فإن عقده عقد يقتضي الضمان، ولهذا لو اشترى شيئاً ببيع فاسد وتلف عنده لزمه الضمان. والثاني وهو قول أبي العباس: أنه يملك ما فضل من الكسب ويثبت بينهما التراجع وهو رواية الربيع في المجنون، لأنه كتابة فاسدة فأشبهت كتابة البالغ بشرط فاسد.

**فصل** وإن كاتب بعض عبده وقلنا إنه لا يصح فلم يفسخ حتى أدى المال عتق لوجود الصفة وتراجعا وسرى العتق إلى باقيه، لأنه عتق بسبب منه. فإن كاتب شركا له في عبد من غير إذن شريكه نظرت: فإن جمع كسبه ودفع نصفه إلى الشريك ونصفه إلى الذي كاتبه عتق لوجود الصفة فإن جمع الكسب كله وأداه ففيه وجهان أحدهما: لا يعتق لأن الأداء يقتضي أداء ما يملك التصرف فيه وما أداه من مال الشريك لا يملك التصرف فيه. والثاني: يعتق لأن الصفة قد وجدت. فإن كاتبه بإذن شريكه، فإن قلنا إنه باطل فالحكم فيه كالحكم فيه إذا كاتبه بغير إذنه. وإن قلنا إنه صحيح ودفع نصف الكسب إلى الشريك ونصفه إلى الذي كاتبه عتق. فإن جمع الكسب

كله ودفعه إلى الذي كاتبه فقد قال بعض أصحابنا: فيه وجهان كالقسم قبله. والمذهب أنه لا يعتق لأن الكتابة صحيحة والمغلب فيها حكم المعاوضة، فإذا دفع فيها ما لا يملكه صار كما لو لم يؤد بخلاف القسم قبله فإنها كتابة فاسدة والمغلب فيها الصفة. وإذا حكمنا بالعتق في هذه المسائل في نصيبه، فإن كان المعتق موسراً سرى إلى نصيب الشريك وقوم عليه لأنه عتق بسبب منه، ولا يلزم العبد ضمان السراية لأنه لم يلتزم ضمان ما سرى إليه.

**فصل** وإن كاتب عبداً على مال واحد وقلنا إن الكتابة صحيحة فأدى بعضهم عتق، لأنه برىء مما عليه. وإن قلنا: إن الكتابة فاسدة فأدى بعضهم، فالمنصوص: أنه يعتق، لأن الكتابة الفاسدة محمولة على الكتابة الصحيحة في الأحكام فكذلك في العتق بالأداء. ومن أصحابنا من قال: لا يعتق وهو الأظهر، لأن العتق في الكتابة الفاسدة بالصفة وذلك لم يوجد بأداء بعضهم].



قال المصنف رحمه الله:

---

---

### باب اختلاف المولى والمكاتب

---

---

[إذا اختلفا فقال السيد: كاتبتك وأنا مغلوب على عقلي أو محجور علي فأنكر العبد، فإن كان قد عرف له جنون أو حجر فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل بقاءه على الجنون أو الحجر، وإن لم يعرف له ذلك فالقول قول العبد، لأن الظاهر عدم الجنون والحجر. وإن اختلفا في قدر المال أو في نجومه تحالفاً قياساً على المتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن أو في الأجل. فإن كان ذلك قبل العتق فهل تنفسخ بنفس التحالف أو يفتقر إلى الفسخ؟ فيه وجهان كما ذكرناه في المتبايعين. وإن كان التحالف بعد العتق لم يرتفع العتق ويرجع المولى بقيمته ويرجع المكاتب بالفضل كما نقول في البيع الفاسد.

**فصل** وإن وضع شيئاً عنه من مال الكتابة ثم اختلفا فقال السيد:

وضعت النجم الأخير، وقال المكاتب: بل الأول فالقول قول السيد. وإن كاتبه على ألف درهم فوضع عنه خمسين ديناراً لم يصح، لأنه أبرأه مما لا يملكه، فإن قال: أردت ألف درهم بقيمة خمسين ديناراً صح. وإن اختلفا فيما عنى فادعى المكاتب أنه عنى ألف درهم بقيمة خمسين ديناراً وأنكر السيد ذلك فالقول قول السيد، لأن الظاهر معه ولأنه أعرف بما عنى. وإن أدى المكاتب ما عليه فقال له المولى: أنت حر، وخرج المال مستحقاً فادعى العبد أن عتقه بقوله أنت حر، وقال المولى: أردت أنك حر بما أدت، وقد بان أنه مستحق فالقول قول السيد، لأنه يحتمل الوجهين وهو أعرف بقصده. وإن قال السيد: استوفيت أو قال العبد: أليس أوفيتك فقال: بلى، فادعى المكاتب أنه وفاه الجميع، وقال المولى: بل وفاني البعض، فالقول قول السيد لأن الاستيفاء لا يقتضي الجميع.

**فصل** وإن كان المكاتب جارية وأتت بولد فاختلفا في ولدها وقلنا إن الولد يتبعها فقالت الجارية: ولدته بعد الكتابة فهو موقوف معي، وقال المولى: بل ولدته قبل الكتابة فهو لي، فالقول قول السيد، لأن هذا اختلاف في وقت العقد والسيد يقول العقد بعد الولادة والمكاتب يقول قبل الولادة، والأصل عدم العقد. وإن كاتب عبداً ثم زوجه أمة له ثم اشترى المكاتب زوجته وأتت بولد فقال السيد: أتت به قبل الشراء فهو لي وقال العبد: بل أتت به بعدما اشتريتها فهو لي، فالقول قول العبد، لأن هذا الاختلاف في الملك والظاهر مع العبد لأنه في يده بخلاف المسألة قبلها فإن هناك لم يختلف في الملك وإنما اختلفا في وقت العقد.

**فصل** وإن كاتب عبدين فأقر أنه استوفى ما على أحدهما أو أبرأ أحدهما واختلف العبدان فادعى كل واحد منهما أنه هو الذي استوفى منه أو أبرأه رجع إلى المولى، فإن أخبر أنه أحدهما قبل منه لأنه أعرف بمن استوفى منه أو أبرأه، فإن طلب الآخر يمينه حلف له، وإن ادعى المولى أنه أشكل عليه لم يقرع بينهما لأنه قد يتذكر. فإن ادعى أنه يعلم حلف لكل واحد منهما ببقيا على الكتابة. ومن أصحابنا من قال: ترد الدعوى عليهما فإن حلفا أو نكلا ببقيا على الكتابة. وإن حلف أحدهما ونكل الآخر عتق

الحالف وبقي الآخر على الكتابة. وإن مات المولى قبل أن يعين ففيه قولان أحدهما: يقرع بينهما، لأن الحرية تعينت لأحدهما ولا يمكن التعيين بغير القرعة فوجب تمييزها بالقرعة كما لو قال لعبدین أحدكما حر. والثاني: أنه لا يقرع لأن الحرية تعينت في أحدهما فإذا أقرع لم يؤمن أن تخرج القرعة على غيره. فعلى هذا يرجع إلى الوارث، فإن قال: لا أعلم حلف لكل واحد منهما وبقياً على الكتابة على ما ذكرناه في المولى.

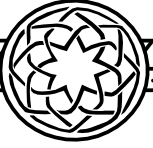
**فصل** وإن كاتب ثلاثة أعبد في عقود أو في عقد على مائة وقلنا إنه يصح وقيمة أحدهم مائة وقيمة كل واحد من الآخرين خمسون فأدوا مالاً من أيديهم ثم اختلفوا، فقال من كثرت قيمته: النصف لي ولكل واحد منكما الربع. وقال الآخرون: بل المال بيننا أثلاثاً ويبقى عليك تمام النصف ويفضل لكل واحد منا ما زاد على الربع، فقد قال في موضع: القول قول من كثرت قيمته. وقال في موضع: القول قول من قلت قيمته. فمن أصحابنا من قال: هي على قولين أحدهما: أن القول قول من قلت قيمته وأن المؤدى بينهم أثلاثاً لأن يد كل واحد منهم على ثلث المال. والثاني: أن القول قول من كثرت قيمته لأن الظاهر معه فإن العادة أن الإنسان لا يؤدي أكثر مما عليه. ومنهم من قال: هي على اختلاف حالين فالذي قال القول قول من كثرت قيمته إذا وقع العتق بالأداء، لأن الظاهر أنه لا يؤدي أكثر مما عليه، والذي قال إن القول قول من قلت قيمته إذا لم يقع العتق بالأداء فيؤدي من قلت قيمته أكثر مما عليه ليكون الفاضل له من النجم الثاني، والدليل عليه أنه قال في الأم: إذا كاتبهم على مائة فأدوا ستين فإذا قلنا إنه بينهم على العدد أثلاثاً فأراد العبدان أن يرجعا بما فضل لهما لم يجز، لأن الظاهر أنهما تطوعا بالتعجيل فلا يرجعان به ويحتسب لهما من النجم الثاني.

**فصل** وإن كاتب رجلان عبداً بينهما فادعى المكاتب أنه أدى إليهما مال الكتابة فأقر أحدهما وأنكر الآخر عتق حصة المقر والقول قول المنكر مع يمينه، فإذا حلف بقيت حصته على الكتابة فله أن يطالب المقر بنصف ما أقر بقبضه وهو الربع لحصول حقه في يده ويطلب المكاتب بالباقي، وله

أن يطالب المكاتب بالجميع وهو النصف. فإن قبض حقه منهما أو من أحدهما عتق المكاتب، وليس لأحد من المقر والمكاتب أن يرجع على صاحبه بما أخذه منه لأن كل واحد منهما يدعي أن الذي ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره. وإن وجد المكاتب عاجزا فعجزه أحدهما رق نصفه، قال الشافعي رحمه الله: ولا يقوم على المقر، لأن التقويم لحق العبد وهو يقول أنا حر مسترق ظلما فلا يقوم ولا تقبل شهادة المصدق على المكذب لأنه يدفع بها ضررا من استرجاع نصف ما في يده. فإن ادعى المكاتب أنه دفع جميع المال إلى أحدهما ليأخذ منه النصف ويدفع إلى شريكه النصف نظرت: فإن قال المدعى عليه دفعت إلى كل واحد منا النصف وأنكره الآخر عتق حصة المدعى عليه بإقراره وبقيت حصة المنكر على الكتابة من غير يمين لأنه لا يدعي عليه واحد منهما تسليم المال إليه، وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه وله أن يطالب المقر بنصفه والمكاتب بنصفه ولا يرجع واحد منهما بما يؤخذ منه على الآخر، لأن كل واحد منهما يدعي أن الذي ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره. فإن استوفى المنكر حقه منهما أو من المكاتب عتقت حصته وصار المكاتب حرا. وإن عجز المكاتب فاسترقه فقد قال الشافعي رحمه الله: إنه يقوم على المقر، ووجهه أنه عتق نصيبه بسبب من جهته. وقال في المسألة قبلها: لا يقوم. فمن أصحابنا من نقل جوابه في كل واحدة منهما إلى الأخرى فجعلهما على قولين، ومنهم من قال يقوم ههنا ولا يقوم في المسألة قبلها على ما نص عليه، لأن في المسألة قبلها يقول المكاتب أنا حر فلا أستحق التقويم على أحد، وههنا يقول نصفي مملوك فأستحق التقويم. وإن قال المدعى عليه: قبضت المال وسلمت نصفه إلى شريكي وأمسكت النصف لنفسي وأنكر الشريك القبض عتق حصة المدعى عليه والقول قول المنكر مع يمينه، لأن المقر يدعي التسليم إليه. فإذا حلف بقيت حصته على الكتابة وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه بالعقد، وله أن يطالب المقر بإقراره بالقبض، فإن رجع على المقر لم يرجع المقر على المكاتب لأنه يقول إن شريكي ظلمني. وإن رجع على المكاتب رجع المكاتب على المقر صدقه على الدفع أو كذبه لأنه فرط في ترك

الإشهاد. فإن حصل للمنكر ماله من أحدهما عتق المكاتب، وإن عجز المكاتب عن أداء حصة المنكر كان للمنكر أن يسترق نصيبه، فإذا رُق قوم على المقر لأنه عتق بسبب كان منه وهو الكتابة ويرجع المنكر على المقر بنصف ما أقر بقبضه، لأنه بالتعجيز استحق نصف كسبه. وإن حصل المال من جهة المكاتب عتق باقيه ورجع المكاتب على المقر بنصف ما أقر بقبضه لأنه كسبه].





قال المصنّف رحمه الله :

## كتاب عتق أمهات الأولاد

[إذا علقت الأمة بولد حر في ملك الواطىء صارت أم ولد له فلا يملك بيعها ولا هبتها ولا الوصية بها لما ذكرناه في البيوع. فإن مات السيد عتقت، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من ولدت منه أمته فهي حرة من بعد موته». وتعتق من رأس المال، لأنه إتلاف حصل بالاستمتاع فاعتبر من رأس المال كالإتلاف بأكل الطيب ولبس الناعم. وإن علقت بولد مملوك في غير ملك من زوج أو زنا لم تصر أم ولد له، لأن حرمة الاستيلاء إنما تثبت للأم بحرية الولد. والدليل عليه أن رسول الله ﷺ ذكرت له مارية القبطية فقال: «أعتقها ولدها»، والولد ههنا مملوك فلا يجوز أن تعتق الأم بسببه. وإن علقت بولد حر بشبهة من غير ملك لم تصر أم ولد في الحال، فإذا ملكها ففيه قولان أحدهما: لا تصير أم ولد، لأنها علقت منه في غير ملكه فأشبهه إذا علقت منه في نكاح فاسد أو زنا. والثاني: أنها تصير أم ولد، لأنها علقت منه بحر فأشبهه إذا علقت منه في ملكه. وإن علقت بولد مملوك في ملك ناقص وهي جارية المكاتب إذا علقت من مولاهما ففيه قولان أحدهما: أنها لا تصير أم ولد لأنها علقت منه بمملوك. والثاني: أنها تصير أم ولد لأنه قد ثبت لهذا الولد حق الحرية ولهذا لا يجوز بيعه فثبت هذا الحق لأمه.

**فصل** وإن وطىء أمته فأسقطت جنيها ميتا كان حكمه حكم الولد الحي في الاستيلاء لأنه ولد. وإن أسقطت جزءا من الأدمي كالعين والظفر أو مضغة فشهد أربع نسوة من أهل المعرفة والعدالة أنه تخطط وتصوّر ثبت له

حكم الولد، لأنه قد علم أنه ولد. وإن ألفت مضغة لم تتصور ولم تتخطط وشهد أربع نسوة من أهل العدالة والمعرفة أنه مبتدأ خلق الآدمي ولو بقي لكان آدمياً، فقد قال ههنا ما يدل على أنها لا تصير أم ولد، وقال في العدد: تنقضي به العدة. فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلها على قولين أحدهما: لا يثبت له حكم الولد في الاستيلاء ولا في انقضاء العدة، لأنه ليس بولد. والثاني: يثبت له حكم الولد في الجميع، لأنه خلق بشر فأشبهه إذا تخطط. ومنهم من قال: لا يثبت له حكم الولد في الاستيلاء وتنقضي به العدة، لأن حرمة الاستيلاء تتعلق بوجود الولد ولم يوجد الولد والعدة تراد لبراءة الرحم وبراءة الرحم تحصل بذلك.

**فصل ويملك استخدام أم الولد وإجارتها ويملك وطأها لأنها باقية على ملكه، وإنما ثبت لها حق الحرية بعد الموت، وهذه التصرفات لا تمنع العتق فبقيت على ملكه. وهل يملك تزويجها؟ فيه ثلاثة أقوال أحدها: يملك لأنه يملك رقبته ومنفعتها فملك تزويجها كالأمة القنة. والثاني: يملك تزويجها برضاها ولا يملك من غير رضاها، لأنها تستحق الحرية بسبب لا يملك المولى إبطاله فملك تزويجها برضاها ولا يملك بغير رضاها كالمكاتبة. والثالث: لا يملك تزويجها بحال، لأنها ناقصة في نفسها وولاية المولى عليها ناقصة فلم يملك تزويجها كالأخ في تزويج أخته الصغيرة. فعلى هذا هل يجوز للحاكم تزويجها بإذنها؟ فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه لا يملك لأنه قائم مقامهما ويعقد بإذنها فإذا لم يملك العقد باجتماعهما لم يملك مع من يقوم مقامهما. والثاني وهو قول أبي سعيد الإصطخري: أنه يملك تزويجها، لأنه يملك بالحكم ما لا يملك بالولاية وهو تزويج الكافرة.**

**فصل وإن أتت أم الولد بولد من نكاح أو زنا تبعها في حقها من العتق بموت السيد، لأن الاستيلاء كالعتق المنجز ثم الولد يتبع الأم في العتق فكذلك في الاستيلاء. فإن ماتت الأم قبل موت السيد لم يبطل الحكم في ولدها، لأنه حق استقر له في حياة الأم فلم يسقط بموتها.**

**فصل وإن جنت أم الولد لزم المولى أن يفديها، لأنه منع من بيعها**

بالإحبال ولم يبلغ بها إلى حال يتعلق الأرش بذمتها فلزمه ضمان جنايتها كالعبد القن إذا جنى وامتنع المولى من بيعه. ويفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو أرش الجناية قولاً واحداً، لأن في العبد القن إنما فداه بأرش الجناية بالغاً ما بلغ في أحد القولين، لأنه يمكن بيعه فربما رغب فيه من يشتريه بأكثر من قيمته وأم الولد لا يمكن بيعها فلا يلزمه أن يفديها بأكثر من قيمتها. وإن جنت ففداها بجميع القيمة ثم جنت ففيه قولان أحدهما: يلزمه أن يفديها لأنه إنما لزمه أن يفديها في الجناية الأولى لأنه منع من بيعها ولم يبلغ بها حالة يتعلق الأرش بذمتها وهذا موجود في الجناية الثانية فوجب أن تفدى كالعبد القن إذا جنى وامتنع من بيعه ثم جنى وامتنع من بيعه. والقول الثاني وهو الصحيح: أنه لا يلزمه أن يفديها بل يقسم القيمة التي فدى بها الجناية الأولى بين الجنايتين على قدر أرشهما، لأنه بالإحبال صار كالمتلف لرقبتها فلم يضمن أكثر من قيمتها، وتخالف العبد القن فإنه فداه لأنه امتنع من بيعه والامتناع يتكرر فتكرر الفداء، وههنا لزمه الفداء للإتلاف بالإحبال وذلك لا يتكرر فلم يتكرر الفداء. وإن جنت ففداها ببعض قيمتها ثم جنت، فإن بقي من قدر قيمتها ما يفدي به الجناية الثانية لزمه أن يفديها، وإن بقي ما يفدي به بعض الجناية الثانية فعلى القولين، إن قلنا يلزمه أن يفدي الجناية الثانية لزمه أن يفديها، وإن قلنا يشارك الثاني الأول في القيمة ضم ما بقي من قيمتها إلى ما فدى به الجناية الأولى ثم يقسم الجميع بين الجنايتين على قدر أرشهما.

**فصل** وإن أسلمت أم ولد نصراني تركت على يد امرأة ثقة وأخذ المولى بنفقتها إلى أن تموت فتعتق، لأنه لا يمكن بيعها لما فيه من إبطال حقها من العتق المستحق بالاستيلاد، ولا يمكن إعتاقها لما فيه من إبطال حق المولى، ولا يمكن إقرارها في يده لما فيه من الصغار على الإسلام، فلم يبق إلا ما ذكرناه. وإن كاتب كافر عبداً كافراً ثم أسلم العبد بقي على الكتابة، لأنه أسلم في حال لا يمكن مطالبة المالك ببيعه أو إعتاقه وهو خارج عن يده وتصرفه فبقي على حاله، فإن عجز ورق أمر ببيعه].



## باب الولاء

[إذا أعتق الحر مملوكاً ثبت له عليه الولاء، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: اشتريت بريرة واشترط أهلها ولاءها فقال رسول الله ﷺ: «أعتقي فإنما الولاء لمن أعتق». وإن عتق عليه بتدبير أو كتابة أو استيلاء أو قرابة أو أعتق عنه غيره ثبت له عليه الولاء، لأنه عتق عليه فثبت له الولاء كما لو باشر عتقه. وإن باع الرجل عبده من نفسه ففيه وجهان أحدهما: أنه يثبت له عليه الولاء، لأنه لم يثبت عليه رق غيره. والثاني: لا ولاء عليه لأحد، لأنه لم يعتق عليه في ملكه ولا يملك العبد الولاء على نفسه فلم يكن عليه ولاء.

**فصل** وإن أعتق المكاتب عبداً بإذن المولى وصححنا عتقه ففي ولاءه قولان أحدهما: أنه للسيد، لأن العتق لا ينفك من الولاء والمكاتب ليس من أهله فوجب أن يكون للسيد. والثاني: أنه موقوف فإن عتق فهو له فإن عجز فهو للسيد، لأن المعتق هو المكاتب فوقف الولاء عليه. فإن مات العبد المعتق قبل عجز المكاتب أو عتقه ففي ماله قولان أحدهما: أنه موقوف على ما يكون من أمر المكاتب كالولاء. والثاني: أنه للسيد، لأن الولاء يجوز أن ينتقل فجاز أن يقف والإرث لا يجوز أن ينتقل فلم يجز أن يقف.

**فصل** وإن أعتق مسلم نصرانياً أو أعتق نصراني مسلماً ثبت له الولاء، لأن الولاء كالنسب والنسب يثبت مع اختلاف الدين فكذلك الولاء. وإن أعتق المسلم نصرانياً فلحق بدار الحرب فسبي لم يجز استرقاقه، لأن عليه ولاء المسلم فلا يجوز إبطاله. وإن أعتق ذمي عبده فلحق بدار الحرب وسبي ففيه وجهان أحدهما: لا يجوز أن يسترق، لأنه لا يلزمنا حفظ ماله فلم يجز إبطال ولاءه بالاسترقاق كالمسلم.

واسترق بطل ولاؤه، لأنه لا حرمة له في نفسه ولا ماله. وإن أعتق ذمي عبداً ثم لحق بدار الحرب فملكه عبده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى للآخر، لأن كل واحد منهما أعتق الآخر.

**فصل** وإن اشترك اثنان في عتق عبد اشتركا في الولاة لاشتراكهما في العتق. وإن كاتب رجل عبداً ومات وخلف اثنين فأعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه مما له عليه، فإن قلنا لا يقوم عليه فأدى ما عليه للآخر كان ولاؤه للثنتين، لأنه عتق بالكتابة على الأب وقد ثبت له الولاة فانتقل إليهما. وإن عجز عما عليه للآخر فرق نصيبه ففي ولاء النصف المعتق وجهان أحدهما: أنه بينهما، لأنه عتق بحكم الكتابة فثبت الولاة للأب وانتقل إليهما. والثاني: أنه للمعتق خاصة، لأنه هو الذي أعتقه ووقف الآخر عن العتق. وإن قلنا إنه يقوم في الحال فقوم عليه ثبت الولاة للمقوم عليه في المقوم، لأن بالتقويم انفسخت الكتابة فيه وعتق عليه، وأما النصف الآخر فإنه عتق بالكتابة وفي ولائه وجهان أحدهما: أنه بينهما. والثاني: أنه للمعتق خاصة. وإن قلنا يؤخر التقويم، فإن أدى عتق بالكتابة وكان الولاة لهما وإن عجز ورق قوم على المعتق وثبت له الولاة على النصف المقوم لأنه عتق عليه، والنصف الآخر عتق بالكتابة وفي ولائه وجهان.

**فصل** ولا يثبت الولاة لغير المعتق، فإن أسلم رجل على يد رجل أو التقط لقيطاً لم يثبت له عليه الولاة لحديث عائشة رضي الله عنها فإنما الولاة لمن أعتق، وإنما في اللغة موضوع لإثبات المذكور ونفي ما عداه فدل على إثبات الولاة للمعتق ونفيه عن عداه، ولأن الولاة ثبت بالشرع ولم يرد الشرع في الولاة إلا لمن أعتق وهذا المعنى لا يوجد في غيره فلا يلحق به.

**فصل** ولا يجوز بيع الولاة ولا هبته، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الولاة وعن هبته ولأن الولاة كالنسب.

والدليل عليه قوله ﷺ: «الولاة لحمة كلحمة النسب» والنسب لا يصح بيعه ولا هبته فكذلك الولاة. وإن أعتق عبداً سائبة على أن لا ولاء عليه عتق وثبت له الولاة لقوله عز وجل: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ﴾ ولأن هذا في معنى الهبة وقد بينا أنه لا يصح هبته.

**فصل** وإن مات العبد المعتق وله مال ولا وارث له ورثه المولى، لما روى يونس عن الحسن أن رجلاً أتى النبي ﷺ برجل وقال: اشتريته

وأعتقته فقال: هو مولاك إن شكرك فهو خير له وإن كفرك فهو شر له وخير لك فقال: فما أمر ميراثه؟ فقال: إن ترك عصابة فالعصابة أحق وإلا فالولاء». وإن كان له عصابة لم يرث للخبر، ولأن الولاء فرع للنسب فلا يورث به مع وجوده. وإن كان له من يرث الفرض، فإن كان ممن يستغرق المال بالفرض لم يرثه، لأنه إذا لم ترث العصابات مع من يستغرق المال بالفرض فلا ينال يرث المولى أولى. وإن كان ممن لا يستغرق المال ورث ما فضل عن أهل الفرض، لما روى عبد الله بن شداد قال: أعتقت ابنة حمزة مولى لها فمات وترك ابنته وابنة حمزة فأعطى النبي ﷺ ابنة حمزة النصف وابنته النصف.

**فصل** وإن مات العبد والمولى ميت كان الولاء لعصابات المولى دون سائر الورثة، لأن الولاء كالنسب لما ذكرناه من الخبر والنسب إلى العصابات دون غيرهم. ويقدم الأقرب فالأقرب، لما روى سعيد بن المسيب رحمة الله عليه أن النبي ﷺ قال: «المولى أخ في الدين ونعمة يرثه أولى الناس بالمعتق»، ولأن في عصابات الميت يقدم الأقرب فالأقرب وكذلك في عصابات المولى. فإن كان للمولى ابن وابنة كان الميراث للابن دون البنت، لأننا بينا أنه لا يرث الولاء غير العصابات والبنت ليست من العصابات، ولأن الولاء كالنسب ثم المرأة لا ترث بالقربة من الميت إذا تباعد نسبها منه وهي بنت الأخ والعمة فلأن لا ترث بنت المولى وهو مؤخر عن النسب أولى. وإن كان له أب وابن أو أب وابن ابن فالميراث للابن، لأن تعصيب الابن أقوى لأنه يسقط تعصيب الأب. فإن لم يكن بنون فالولاء للأب دون الجد والأخ لأنه أقرب منهما. وإن ترك جدا وأخا ففيه قولان أحدهما: أنهما يشتركان كما يشتركان في إرث النسب. والثاني: يقدم الأخ، لأن تعصبيه كتعصيب الابن وتعصيب الجد كتعصيب الأب، وإنما لم يقدم في إرث النسب للإجماع وليس في الولاء إجماع فوجب أن يقدم. فإن ترك جدا وابن أخ فهو على القولين، إن قلنا إن الجد والأخ يشتركان قدم الجد، وإن قلنا إن الأخ يقدم قدم ابنه. وإن ترك أبا الجد والعم فعلى القولين، إن قلنا إن الجد والأخ يشتركان قدم أبو الجد، وإن قلنا إن الأخ يقدم قدم العم وإن اجتمع الأخ من الأب والأم والأخ من الأب قدم الأخ من الأب والأم كما

يقدم في الإرث بالنسب. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان أحدهما: يقدم لما قلناه. والثاني: إنهما سواء، لأن الأم لا ترث بالولاء فلا يرجح بها من يدلي بها فإن لم يكن للمولى عصابة وله مولى فالولاء لمولاه لأن المولى كالعصابة. فإن لم يكن له مولى فلعصابة مولاه. فإن لم يكن له مولى ولا عصابة مولى وهناك مولى لعصابة المولى نظرت: فإن كان مولى أخيه أو مولى ولده لم يرث، لأن إنعامه على أخيه لا يتعدى إليه، وإن كان مولى أبيه أو جده ورث لأن إنعامه عليه إنعامه على نسله.

**فصل** فإن أعتق عبداً ثم مات وخلف اثنين ثم مات أحدهما وترك ابناً ثم مات العبد وله مال ورثه الكبير من عصابة المولى وهو الابن دون ابن الابن، لما روى الشعبي قال: «قضى عمر وعلي وزيد رضي الله عنهم أن الولاء للكبير» ولأن الولاء يورث به ولا يورث. والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الولاء لحمة كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث» فإذا ثبت أنه لا يورث ثبت أنه إنما يورث بما ثبت للمولى من الولاء فوجب أن يكون للكبير لأنه أقرب إلى المولى.

وإن مات المولى وخلف ثلاثة بنين ثم مات أحدهم وخلف ابناً ومات الثاني وخلف أربعة ومات الثالث وخلف خمسة ثم مات العبد المعتقد كان ماله بين العشرة بالسوية لتساويهم في القرب. ولو ظهر للمولى مال كان بينهم أثلاثاً لابن الابن الثلث وللأربعة الثلث وللخمس الثلث، لأن المال انتقل إلى أولاده أثلاثاً ثم انتقل ما ورث كل واحد منهم إلى أولاده والولاء لم ينتقل إلى أولاده، وإنما ورثوا مال العبد لقربهم من المولى الذي ثبت له الولاء وهم منه سواء فتساووا في الميراث.

**فصل** إذا تزوج عبد لرجل بمعتقة لرجل فأنت منه بولد ثبت للمولى الأم الولاء على الولد، لأنه عتق بإعتاق الأم فكان ولاؤه لمولاهما. فإن أعتق بعد ذلك مولى العبد عبده انجر ولاء الولد من موالى الأم إلى موالى العبد. والدليل عليه ما روى هشام بن عروة عن أبيه قال: مر الزبير بموال لرافع بن خديج فأعجبه فقال لمن هؤلاء فقالوا: هؤلاء موال لرافع بن خديج أمهم لرافع بن خديج وأبوهم عبد لفلان فاشترى الزبير أباهم فأعتقه ثم قال: أنتم

موالي، فاختصم الزبير ورافع إلى عثمان رضي الله عنه فقضى عثمان للزبير، قال هشام: فلما كان معاوية خاصمونا فيهم أيضاً فقضى لنا معاوية. ولأن الولاء فرع للنسب والنسب معتبر بالإرث، وإنما ثبت لمولى الأم لعدم الولاء من جهة الأب كولد الملائنة نسب إلى الأم لعدم النسب من جهة الأب. فإذا ثبت الولاء على الأب عاد الولاء إلى موضعه كولد الملائنة إذا اعترف به الزوج. وإن أعتق جد الولد دون الأب ففي ولائه ثلاثة أوجه أحدها: ينجر الولاء إلى معتقه، لأنه كالأب في الانتساب إليه والولاية فكان كالأب في جر الولاء إلى معتقه. والثاني: لا ينجر، لأن بينه وبين الولد الأب فلا ينجر الولاء إلى معتقه كالأخ. والثالث: إن كان الأب حياً لم ينجر الولاء إلى معتقه، وإن كان ميتاً انجر لأن مع موته ليس غيره أحق ومع حياته من هو أحق، فإن قلنا إنه ينجر الولاء إلى معتقه فانجر ثم أعتق الأب انجر من مولى الجد إلى مولى الأب لأنه أقوى من الجد في النسب وأحكامه.

**فصل** وإن تزوج عبد رجل بأمة آخر فأتت منه بولد ثم أعتق السيد الأمة وولدها ثبت له عليها الولاء، فإن أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر ولاء الولد إلى مولى العبد والفرضيون يعبرون عن علة ذلك أنه ولد مسه الرق ثم ناله العتق والعلة في ذلك أن المعتق أنعم على الولد بالعتق فكان أحق بولائه ممن أنعم على أبيه وتخالف ما قبلها، فإن أحدهما أنعم على الأم والآخر أنعم على الأب فقدم المنعم على الأب لأن النسب إليه والولاء فرع للنسب، وههنا أحدهما أنعم على الولد نفسه والآخر أنعم على أبيه فقدم المنعم عليه على المنعم على أبيه. وإن تزوج عبد لرجل بجارية آخر فحبلت منه ثم أعتقت الجارية وهي حامل ثبت الولاء على الجارية وحملها، فإن أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر الولاء إلى مولاه لما ذكرناه من العلة. وإن تزوج حر لا ولاء عليه بمعتقة رجل فأتت منه بولد لم يثبت عليه الولاء لمولى الأم، لأن الاستدامة في الأصول أقوى من الابتداء ثم ابتداء الحرية في الأب تسقط استدامة الولاء لمولى الأم فلأن تمنع استدامة الحرية في الأب ابتداء الولاء لمولى الأم أولى. وإن تزوج عبد لرجل بمعتقة لآخر وأولدها ولداً ثبت الولاء على الولد لموالي الأم، فإن اشترى الولد أباه عتق

عليه وثبت له الولاء عليه. وهل ينجر ولاء نفسه بعثق الأب؟ فيه وجهان أحدهما: لا ينجر لأنه لا يملك ولاء نفسه، فعلى هذا يكون ولاءه باقيا لموالي الأم. والثاني: أنه ينجر ولاء نفسه بعثق أبيه ولا يملكه على نفسه ولكن يزِيل به الولاء عن نفسه الرجعة حراً لا ولاء عليه لان عتق الأب يزِيل الولاء عن معتق الأم.

**فصل إذا مات رجل وخلف اثنين وعبدا فادعى العبد أن المولى كاتبه فصدقه أحدهما وكذبه الآخر، فأدى إلى المصدق كتابته عتق نصفه. وفي ولاءه وجهان أحدهما: أن الولاء بينهما، لأنه عتق بسبب كان من أبيهما فكان الولاء بينهما. والثاني: أن الولاء للمصدق لأن المكذب أسقط حقه بالتكذيب فصار كما لو حلف أحد الأخوين على دين لأبيهما فأخذ نصفه فإن الآخر لا يشارك في نصفه. وإن تزوج المكاتب بحرة فأولدها، فإن كان على الحرة ولاء لمعتق كان له ولاء الولد، فإن عتق الأب بالأداء جر ولاء ولده من معتق الأم إلى معتقه. فإن اختلف مولاه ومولى الأم فقال مولى المكاتب: قد عتق المكاتب بالأداء وجر إلي ولاء الولد، وقال مولى الأم: لم يعتق وولاء الولد لي، نظرت: فإن كان المكاتب حيا عتق بإقرار سيده وانجر الولاء إلى معتقه ولا يمين عليه ولا على السيد، وإن كان قد مات واختلف السيد ومولى الأم، فإن كان للسيد المكاتب بيعة شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين قضي له لأنها بيعة على المال، وإن لم تكن له بيعة فالقول قول مولى الأم مع يمينه لأننا تيقنا رِق المكاتب وثبوت الولاء لمعتق الأم فلا ينتقل عنه من غير بيعة وبالله التوفيق].**





قال المصنّف رحمه الله تعالى :

## كتاب الفرائض

[الفرائض باب من أبواب العلم وتعلمها فرض من فروض الدين، والدليل عليه ما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإني امرؤ مقبوض وإن العلم سيقبض وتظهر الفتن حتى يختلف الاثنان في الفريضة فلا يجدا من يفصل بينهما».

**فصل** وإذا مات الميت بديء من ماله بكفنه ومؤنة تجهيزه، لما روى خباب بن الأرت قال: قتل مصعب بن عمير رضي الله عنه يوم أحد وليس له إلا نمرة كنا إذا غطينا بها رأسه خرجت رجله وإذا غطينا رجله خرج رأسه، فقال النبي ﷺ: «غطوا بها رأسه واجعلوا على رجله من الإذخر»، ولأن الميراث إنما انتقل إلى الورثة لأنه استغنى عنه الميت وفضل عن حاجته، والكفن ومؤنة التجهيز لا يستغني عنه فقدم على الإرث. ويعتبر ذلك من رأس المال، لأنه حق واجب فاعتبر من رأس المال كالدين.

**فصل** ثم يقضى دينه لقوله عز وجل: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ﴾<sup>(١)</sup>، ولأن الدين تستغرقه حاجته فقدم على الإرث. وهل ينتقل ماله إلى الورثة قبل قضاء الدين؟ اختلف أصحابنا فيه، فذهب أبو سعيد الإصطخري رحمه الله إلى أنه لا ينتقل بل هو باق على ملكه إلى أن يقضى

(١) النساء: ١١.

دينه، فإن حدثت منه فوائد ككسب العبد وولد الأمة ونتاج البهيمة تعلق بها حق الغرماء، لأنه لو بيع كانت العهدة على الميت دون الورثة فدل على أنه باق على ملكه.

وذهب سائر أصحابنا إلى أنه ينتقل إلى الورثة، فإن حدثت منها فوائد لم يتعلق بها حق الغرماء، وهو المذهب، لأنه لو كان باقيا على ملك الميت لوجب أن يرثه من أسلم أو أعتق من أقاربه قبل قضاء الدين ولوجب أن لا يرثه من مات من الورثة قبل قضاء الدين.

وإن كان الدين أكثر من قيمة التركة، فقال الوارث: أنا أفكها بقيمتها وطالب الغرماء ببيعها، ففيه وجهان بناء على القولين فيما يفدي به المولى جناية العبد أحدهما: لا يجب بيعها، لأن الظاهر أنها لا تشتري بأكثر من قيمتها وقد بذل الوارث قيمتها فوجب أن تقبل. والثاني: يجب بيعها، لأنه قد يرغب فيها من يزيد على القيمة فوجب بيعها.

**فصل** ثم تنفذ وصاياه لقوله عز وجل: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ﴾، ولأن الثلث بقي على حكم ملكه ليصرفه في حاجاته فقدم على الميراث كالدين].

**الشرح:** حديث عبد الله بن مسعود ذكره أحمد في رواية ابنه عبد الله بسنده إلى الأحوص عن عبد الله وأخرجه أيضاً النسائي والحاكم والدارمي والدارقطني من رواية عوف عن سليمان بن جابر عنه، وفيه انقطاع بين عوف وسليمان، ورواه النضر بن شميل وشريك وغيرهما متصلا، كما روي من طرق أخرى لا تخلو من ضعف<sup>(١)</sup>.

وحديث خباب رواه الشيخان وأحمد وأصحاب السنن إلا ابن ماجه<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه الترمذي في أول الفرائض (٤/٤١٤) من حديث ابن مسعود ومن حديث أبي هريرة وقال: هذا حديث فيه اضطراب، وضعفه الألباني في ضعيف الترمذي برقم ٣٦٨.

(٢) سبق تخريجه في ص: (١٠٦٠).

والفرائض<sup>(١)</sup> جمع فريضة كحدايق جمع حديقة، وهي فعيلة بمعنى مفعولة مأخوذة من الفرض وهو القطع، يقال: فرضت لفلان كذا أي قطعت له شيئاً من المال.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [ثم تقسم التركة بين الورثة. والأسباب التي يتوارث بها الورثة المعينون ثلاثة: رحم وولاء ونكاح، لأن الشرع ورد بالإرث بها. وأما المؤاخاة في الدين والموالاتة في النصرة والإرث فلا يورث بها، لأن هذا كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ بقوله عز وجل: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾<sup>(٢)</sup>

**فصل** والوارثون من الرجال عشرة: الابن وابن الابن وإن سفل، والأب والجد أبو الأب وإن علا، والأخ وابن الأخ والعم وابن العم والزوج ومولى النعمة. والوارثات من النساء سبع: البنت وبنت الابن والأم والجدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة، لأن الشرع ورد بتوريثهم على ما نذكره إن شاء الله تعالى.

فأما ذوو الأرحام وهم الذين لا فرض لهم ولا تعصيب فإنهم لا يرثون، وهم عشرة: ولد البنات وولد الأخوات وبنات الإخوة وبنات الأعمام وولد الإخوة من الأم والعم من الأم والعمة والخال والخالة والجد أبو الأم ومن يدلي بهم.

والدليل عليه ما روى أبو أمامة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ولا وصية لوارث» فأخبر أنه أعطى كل ذي حق حقه، فدل على أن كل من لم يعطه شيئاً فلا حق له، ولأن بنت الأخ لا ترث مع أخيها فلم ترث كبنت المولى. ولا يرث العبد المعتق

(١) الفرائض هي قسمة الموارث.

(٢) الأنفال: ٧٥.

من مولاه لما ذكرناه من حديث أبي أمامة ولقوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»[1].

**الشرح:** حديث أبي أمامة مضى تخريجه والكلام عليه في كتاب الوصايا. وأما الحديث الثاني «الولاء لمن أعتق» فهو من حديث عائشة عند أحمد والبخاري ومسلم<sup>(١)</sup>.

وأما الأحكام فالإرث ضربان: عام وخاص. فأما العام فهو أن يموت رجل من المسلمين ولا وارث له خاص فإن ماله ينتقل إلى المسلمين إرثاً بالتعصيب يستوي فيه الذكر والأنثى. وأما الإرث الخاص فيكون بأحد أمرين بسبب أو نسب. فأما السبب فينقسم قسمين ولاء ونكاح. فأما الولاء فقد مضى بيانه. وأما النكاح فهو إرث أحد الزوجين من الآخر على ما يأتي بيانه. وأما النسب فهم الوارثون من القرابة من الرجال والنساء: وقد بينهم المصنف.

وأما ذوو الأرحام فقد اختلف أهل العلم في توريثهم على ثلاثة مذاهب.

فذهب الشافعي إلى أنهم لا يرثون بحال<sup>(٢)</sup>، وبه قال من الصحابة زيد بن ثابت وابن عمر وعمر في رواية عنه، ومن الفقهاء الزهري ومالك والأوزاعي وأبو ثور.

---

(١) أخرجه البخاري في الشروط: باب الشروط في الولاء (٥/٣٢٦) ومسلم في العتق: باب بيان أن الولاء لمن أعتق (١٤٠ - ١٤٤/١٠).

(٢) قال الشافعي في الأم: باب رد الموارث (٤/٨٠): فهذه الآي في الموارث كلها تدل على أن الله عز وجل انتهى بمن سمى له فريضة إلى شيء، فلا ينبغي لأحد أن يزيد من انتهى الله به إلى شيء غير ما انتهى به ولا ينقصه فبذلك قلنا لا يجوز رد الموارث، وإذا ترك الرجل أخته أعطيتها نصف ما ترك وكان ما بقي للعصبة، فإن لم تكن عصبة فلمواليه الذين أعتقوه، فإن لم يكن له موال أعتقوه كان النصف مردوداً على جماعة المسلمين من أهل بلده ولا تزداد أخته على النصف، وكذلك لا يرد على وارث ذي قرابة ولا زوج ولا زوجة له فريضة ولا تجاوز بذي فريضة فريضته، والقرآن إن شاء الله يدل على هذا، وهو قول زيد بن ثابت وقول الأكثر ممن لقيت من أصحابنا.

وذهبت طائفة إلى أنهم يرثون ويقدمون على الموالى والرد، ذهب إليه من الصحابة علي وابن مسعود ومعاذ وأبو الدرداء وهو الصحيح عن عمر. وذهب أبو حنيفة إلى أن ذوي الأرحام يرثون ولكن يقدم عليهم المولى والرد، فإن كان له مولى منعم ورث، وإن لم يكن له منعم وهناك من له فرض كالابنة والأخت كان الباقي لصاحب الفرض بالرد، وإن لم يكن هناك أحد من أهل الفروض ورث ذوو الأرحام<sup>(١)</sup>.

## [حكم التوريث مع اختلاف الدين]

قال المصنف رحمه الله: [ولا يرث المسلم من الكافر ولا الكافر من المسلم أصليا كان أو مرتدا، لما روى أسامة بن زيد رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم». ويرث الذمي من الذمي وإن اختلفت أديانهم كاليهودي من النصراني والنصراني من المجوسي، لأنه حقن دمهم بسبب واحد فورث بعضهم من بعض كالمسلمين. ولا يرث الحربي من الذمي ولا الذمي من الحربي، لأن الموالاة انقطعت بينهما فلم يرث أحدهما من الآخر كالمسلم والكافر.

فصل ولا يرث الحر من العبد، لأن ما معه من المال لا يملكه في أحد القولين، وفي الثاني يملكه ملكا ضعيفا ولهذا لو باعه رجع إلى مالكة، فكذلك إذا مات. ولا يرث العبد من الحر، لأنه لا يورث بحال فلم يرث كالمترد. ومن نصفه حر ونصفه عبد لا يرث. وقال المزني: يرث بقدر ما فيه من الحرية ويحجب بقدر ما فيه من الرق. والدليل على أنه لا يرث أنه ناقص بالرق في النكاح والطلاق والولاية فلم يرث كالعبد. وهل يورث منه ما جمعه بالحرية؟ فيه قولان قال في الجديد: يرثه ورثته، لأنه مال ملكه

(١) استدل من ورث ذوي الأرحام بحديث أبي أمامة بن سهل بن حنيف قال: كتب عمر بن الخطاب إلى أبي عبيدة أن رسول الله ﷺ قال: «الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له» أخرجه الترمذي في الفرائض (٤/٤٢١) وكذا ابن ماجه فيه (٢/٩١٤) قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصححه الألباني في صحيح الترمذي برقم ١٧٠٨، قال الترمذي: والى هذا الحديث ذهب أكثر أهل العلم في توريث ذوي الأرحام، وأما زيد بن ثابت فلم يورثهم وجعل الميراث في بيت المال.

بالحرية فورث عنه كمال الحر. وقال في القديم: لا يورث، لأنه إذا لم يرث بحريته لم يورث بها. وما الذي يصنع بماله؟ قال الشافعي رضي الله عنه: يكون لسيده. وقال أبو سعيد الإصطخري: يكون لبيت المال، لأنه لا يجوز أن يكون لسيده لأنه جمعه بالحرية فلا يجوز أن يورث لرقه، فجعل لبيت المال ليصرف في المصالح كمال لا مالك له.

**فصل** ومن أسلم أو أعتق على ميراث لم يقسم لم يرث، لأنه لم يكن وارثاً عند الموت فلم يرث كما لو أسلم أو أعتق بعد القسمة. وإن دبر رجل أخاه فعتق بموته لم يرثه، لأنه صار حراً بعد الموت. وإن قال له: أنت حر في آخر جزء من أجزاء حياتي المتصل بالموت، ثم مات عتق من ثلثه، وهل يرثه؟ فيه وجهان أحدهما: لا يرثه، لأن العتق في المرض وصية، والإرث والوصية لا يجتمعان. والثاني: يرثه ولا يكون عتقه وصية، لأن الوصية ملك بموت الموصي وهذا لم يملك نفسه بموته. وإن قال في مرضه: إن مت بعد شهر فأت اليوم حر، فمات بعد شهر عتق يوم تلفظ، وهل يرثه؟ على الوجهين].

**الشرح:** حديث أسامة رواه أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي وابن ماجه<sup>(١)</sup>. وأما الأحكام فلا يرث الكافر من المسلم بلا خلاف. وأما المسلم فلا يرث الكافر عندنا، وبه قال علي وزيد بن ثابت وهو قول الفقهاء كافة. وقال معاذ ومعاوية: يرث المسلم من الكافر<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه البخاري في الفرائض (١٢/٥٠) وكذا مسلم (١١/٥٢) والترمذي (٤/٤٢٣) وأبو داود (٣/٣٢٧) وابن ماجه (٢/٩١١) فيه.

(٢) أخرج ابن أبي شيبة (٧/٣٨٤) عن أبي الأسود الدؤلي قال: كان معاذ باليمن فارتفعوا إليه في يهودي مات وترك أخاه مسلماً فقال معاذ: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الإسلام يزيد ولا ينقص» فورثه، وهذا الحديث أخرجه أيضاً أبو داود في الفرائض (٣/٣٢٩)، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٦٢٥، وقال الحافظ في الفتح عن هذا الحديث (١٢/٥٠): قال الحاكم: صحيح الإسناد، وتعقب بالانقطاع بين أبي الأسود ومعاذ ولكن سماعه منه ممكن، وقد زعم الجوزقاني أنه باطل وهي مجازفة، ثم قال: وأخرج أحمد بن منيع بسند قوي عن معاذ أنه كان يورث المسلم من الكافر بغير عكس، وأخرج مسدد عنه أن أخوين اختصما إليه مسلم ويهودي مات أبوهما =

دليلنا حديث أسامة بن زيد، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا يتوارث أهل ملتين شتى»<sup>(١)</sup> والاسلام والكفر ملتان شتى فوجب أن لا يتوارثا.

ويرث الكافر من الكافر إذا اجتمعا في الذمة أو في الحرب فيرث اليهودي من النصراني والعكس وكذا المجوسي إذا جمعتهم الذمة أو كانوا حرباً لنا. فأما أهل الحرب وأهل الذمة فإنهم لا يتوارثون وإن كانوا من اليهود أو النصارى، هذا نقل أصحابنا البغداديين. وقال بهذا القول من الصحابة عمر وعلي وزيد بن ثابت، ومن الفقهاء مالك والثوري وأبو حنيفة. وذهب الزهري والأوزاعي وابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق إلى أن اليهودي لا يرث من النصراني وكذلك العكس وإن جمعتهم الملة، وإنما يرث النصراني من النصراني واليهودي من اليهودي<sup>(٢)</sup>، كما يرث أهل الحرب بعضهم بعضاً

= يهودياً فحاز ابنه اليهودي ماله فنازعه المسلم فورث معاذ المسلم، وأخرج ابن أبي شيبة من طريق عبد الله بن معقل قال: ما رأيت قضاء أحسن من قضاء قضى به معاوية: نرث أهل الكتاب ولا يرثونا كما يحل النكاح فيهم ولا يحل لهم، وبه قال مسروق وسعيد بن المسيب وإبراهيم النخعي وإسحاق، وحجة الجمهور أنه قياس في معارضة النص وهو صريح في المراد ولا قياس مع وجوده، وأما الحديث فليس نصاً في المراد بل هو محمول على أنه يفضل غيره من الأديان ولا تعلق له بالارث، وقد عارضه قياس آخر وهو أن التوارث يتعلق بالولاية ولا ولاية بين المسلم والكافر لقوله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَةَ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٌ﴾ وبأن الذمي يتزوج الحربية ولا يرثها.

(١) أخرجه أبو داود في الفرائض (٣٢٨ - ٣/٣٢٩) وكذا ابن ماجه (٢/٩١٢) فيه قال الحافظ في الفتح (١٢/٥١): وسند أبي داود فيه إلى عمرو صحيح، وقال الألباني عن هذا الحديث في صحيح أبي داود برقم ٢٥٢٧: حسن صحيح.

(٢) واستدلوا لقولهم هذا بحديث «لا يتوارث أهل ملتين شتى» قال الخطابي في معالم السنن (٤/١٠١): عموم هذا الكلام يوجب أن لا يرث اليهودي النصراني ولا المجوسي اليهودي، وكذلك قال الزهري وابن أبي ليلى وأحمد بن حنبل، وقال أكثر أهل العلم: الكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضاً واحتجوا بقول الله سبحانه ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٌ﴾، وقد علق الشافعي القول في ذلك وغالب مذهبه أن ذلك كله سواء. وقال الحافظ في الفتح (١٢/٥١): وتمسك به (أي بحديث عمرو بن شعيب) من قال لا يرث أهل ملة كافرة من أهل ملة أخرى كافرة، وحمله =

إذا تحاكموا إلينا وإن اختلفت دارهما وكان بعضهم يرى قتل بعض .

فرع قال الشافعي: وميراث المرتد لبيت المال. قال العمراني: وجملة ذلك أن العلماء اختلفوا في الإرث بعد موته على أربعة مذاهب<sup>(١)</sup>، فذهب الشافعي رحمه الله إلى أن ماله لا يورث بل يكون فيئا لبيت المال، سواء في ذلك ما اكتسبه في حال إسلامه أو في حال رده، وسواء قلنا إن ملكه يزول أو لا يزول أو موقوف، وبهذا قال ابن عباس وهي إحدى الروايتين عن علي وبه قال الأوزاعي وأبو يوسف ومحمد. وذهب قتادة وعمر بن عبدالعزيز إلى أن ماله يكون لأهل الذمة التي انتقل إليها، فإن انتقل إلى اليهود كان ماله لهم وإن انتقل إلى النصارى كان ماله لهم. وقال أبو حنيفة والثوري: ما اكتسبه قبل الردة ورث عنه وما اكتسبه بعد الردة يكون فيئا<sup>(٢)</sup>.

= الجمهور على أن المراد بإحدى الملتين الاسلام وبالأخرى الكفر فيكون مساويا لحديث أسامة بن زيد، وهو أولى من حملة على ظاهر عمومته حتى يمتنع على اليهودي مثلا أن يرث من النصراني. انتهى بلفظه مع بعض التصرف.

(١) اختلف العلماء هل يورث المرتد أم لا يورث إلا أنه لا اختلاف بينهم أن المرتد لا يرث، أفاده الماوردي في الحاوي (٨/١٤٥).

(٢) لم يذكر الشارح القول الرابع، ولم أجد كلام العمراني هذا للتحقق من القول الرابع. إلا أن الماوردي رحمه الله ذكر في الحاوي (٨/١٤٥) ستة مذاهب في هذه المسألة يمكننا إجمالها في أربعة وهي الثلاثة التي ذكرها الشارح يضاف إليها مذهب أبي يوسف ومحمد أن جميع ماله الذي كسبه في إسلامه وبعد رده يكون موروثا لورثته المسلمين، وهو قول علي وابن مسعود وابن المسيب وعمر بن عبدالعزيز والحسن وعطاء كما قال الماوردي. وقد استدل من جعل ماله موروثا لورثته المسلمين بما روي أن علي بن أبي طالب أتى بالمستورد العجلي وقد ارتد فعرض عليه الاسلام فأبى أن يسلم فضرب عنقه وجعل ميراثه لورثته من المسلمين، وبما روي عن زيد بن ثابت قال: بعثني أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين. واستدل من جعل ماله لأهل الدين الذي ارتد إليه بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَّخِذْ مِيثَاقًا مَّعَكُمْ فَإِنَّهُ مِنكُمْ﴾. واستدل من قال بأن المرتد لا يورث ويكون ماله فيئا باطلاق اسم الكفر على المرتد وقد ثبت في حديث أسامة أن المسلم لا يرث الكافر، وبما روي معاوية بن قرة عن أبيه أن النبي ﷺ بعث أباه جد معاوية إلى رجل عرس بامرأة أبيه فأمرني بضرب عنقه وخمس ماله، فجعله النبي ﷺ باستحلال ما نص الله على تحريمه مرتدا وجعل ماله بتخميسه إياه فيئا. أفاده الماوردي.

## [حكم توريث القاتل]

قال المصنّف رحمه الله: [واختلف أصحابنا فيمن قتل مورثه، فمنهم من قال: إن كان القتل مضمونا لم يرثه لأنه قتل بغير حق، وإن لم يكن مضمونا ورثه لأنه قتل بحق فلا يحرم به الإرث. ومنهم من قال: إن كان متهما كالمخطيء أو كان حاكما فقتله في الزنا بالبينة لم يرثه لأنه متهم في قتله لاستعجال الميراث، وإن كان غير متهم بأن قتله بإقراره بالزنا ورثه لأنه غير متهم لاستعجال الميراث. ومنهم من قال: لا يرث القاتل بحال، وهو الصحيح، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يرث القاتل شيئا»، ولأن القاتل حرم الإرث حتى لا يجعل ذريعة إلى استعجال الميراث فوجب أن يحرم بكل حال لحسم الباب].

الشرح: حديث ابن عباس رواه الدارقطني، وفي إسناده كثير بن مسلم وهو ضعيف<sup>(١)</sup>. وعند البيهقي حديث آخر بلفظ: «من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره» وفي إسناده عمرو بن برق وهو ضعيف<sup>(٢)</sup>. وعن أبي هريرة عند الترمذي وابن ماجه «القاتل لا يرث»<sup>(٣)</sup> وفي إسناده اسحاق بن عبد الله بن أبي فروة تركه أحمد وغيره. وللحديث شاهد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ومن حديث عمر.

وأما الأحكام فقد قال الشافعي: والقاتلون عمداً أو خطأ لا يرثون.

وقد اختلف العلماء في ميراث القاتل من المقتول، فذهب الشافعي

(١) حديث ابن عباس عزاه الحافظ في التلخيص (٣/٩٨) للدارقطني وذكر أن في إسناده كثير بن سليم وأنه ضعيف.

(٢) أخرجه البيهقي (٦/٢٢٠) من طريق عمرو بن برق عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً، وعمرو بن برق ضعيف عندهم كما قال الحافظ في التلخيص (٣/٩٨).

(٣) أخرجه الترمذي في الفرائض (٤/٤٢٥) وكذا ابن ماجه (٢/٩١٣) والبيهقي (٦/٢٢٠) فيه، قال الترمذي: هذا حديث لا يصح لا يعرف إلا من هذا الوجه، وإسحاق بن عبد الله بن أبي فروة قد تركه بعض أهل الحديث منهم أحمد بن حنبل، وقال البيهقي: إسحاق بن عبد الله لا يحتج به إلا أن شواهدة تقويه، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ٢١٤٠.

إلى أن القاتل لا يرث المقتول لا من ماله ولا من ديته، سواء قتله عمداً أو خطأ أو مباشرة أو بسبب مصلحة، كسقي الدواء أو ربط الجرح أو لغير مصلحة، متهماً كان أو غير متهم، وسواء كان القاتل صغيراً أو كبيراً عاقلاً أو مجنوناً، وبه قال عمر وابن عباس وعمر بن عبدالعزيز وأحمد بن حنبل.

وقال عطاء وابن المسيب ومالك والأوزاعي: إن كان القتل عمداً لم يرث القاتل لا من ماله ولا من ديته، وإن كان القتل خطأ ورث ماله ولم يرث من ديته.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: إن قتله بمباشرة فلا يرثه سواء قتله عمداً أو خطأ إلا إن كان القاتل صبياً أو مجنوناً أو عادلاً فقتل الباغي فإنهم يرثون، وإن قتله بسبب مثل أن حفر بئراً أو نصب سكيناً فوق عليها مورثه فإنه يرثه. وفي المسألة أقوال أخرى لبعض أصحابنا ذكرها المصنف فلا داعي لتكرارها.

## [حكم توريث المطلقة في مرض الموت]

قال المصنف رحمه الله: [واختلف قول الشافعي رحمه الله فيمن بتّ طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت، فقال في أحد القولين: إنها ترثه، لأنه متهم في قطع إرثها فورثت كالقاتل لما كان متهماً في استعجال الميراث لم يرث. والثاني: أنها لا ترث، وهو الصحيح، لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الإرث كالطلاق في الصحة. فإذا قلنا إنها ترث، فالى أي وقت ترث؟ فيه ثلاثة أقوال أحدها: إن مات وهي في العدة ورثت لأن حكم الزوجية باق، وإن مات وقد انقضت العدة لم ترث لأنه لم يبق حكم الزوجية. والثاني: أنها ترث ما لم تتزوج، لأنها إذا تزوجت علمنا أنها اختارت ذلك. والثالث: أنها ترث أبداً، لأن توريثها للفرار وذلك لا يزول بالتزويج فلم يبطل حقها.

وأما إذا طلقها في المرض ومات بسبب آخر لم ترث، لأنه بطل حكم المرض. وإن سألته الطلاق لم ترث لأنه غير متهم. وقال أبو علي بن أبي هريرة: ترث لأن عثمان بن عفان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصبغ

من عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه وكانت سألته الطلاق<sup>(١)</sup>. وهذا غير صحيح، فإن ابن الزبير خالف عثمان في ذلك. وإن علق طلاقها في الصحة على صفة تجوز أن توجد قبل المرض فوجدت الصفة في حال المرض لم ترث، لأنه غير متهم في عقد الصفة. وإن علق طلاقها في المرض على فعل من جهتها، فإن كان فعلاً يمكنها تركه ففعلت لم ترث لأنه غير متهم في ميراثها، وإن كان فعلاً لا يمكنها تركه كالصلاة وغيرها فهو على القولين. وإن قذفها في الصحة ثم لاعنها في المرض لم ترث، لأنه مضطر إلى اللعان لدرء الحد فلا تلحقه التهمة. وإن فسخ نكاحها في مرضه بأحد العيوب ففيه وجهان أحدهما: أنه كالطلاق في المرض. والثاني: أنها لا ترث، لأنه يستند إلى معنى من جهتها ولأنه محتاج إلى الفسخ لما عليه من الضرر في المقام معها على العيب.

فصل وإن طلقها في المرض ثم صح ثم مرض ومات أو طلقها في المرض ثم ارتدت ثم عادت إلى الإسلام ثم مات لم ترثه قولاً واحداً، لأنه أتت عليها حالة لو مات سقط إرثها فلم يعد.

**الشرح:** إذا طلق الرجل إمرأته في مرض موته ووقع الطلاق رجعيًا فمات وهي في العدة أو ماتت قبله في العدة ورث أحدهما صاحبه بلا خلاف، لأن الرجعية حكمها حكم الزوجة إلا في إباحة وطئها وهي كالحائض. وإن كان الطلاق بائناً، فإن ماتت قبل الزوج لم يرثها الزوج وهو إجماع أيضاً.

فإن مات الزوج قبلها فهل ترثه؟ فيه قولان قال في القديم: ترثه، وبه قال عمر وعثمان وعلي، ومن الفقهاء شعبة ومالك والأوزاعي والليث والسفيانان وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد. وقال في الجديد: لا ترثه، وبه قال عبدالرحمن بن عوف وابن الزبير وأبو ثور، وهو الصحيح. وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

(١) أخرجه البيهقي (٧/٣٦٣).

قال المصنّف رحمه الله: [وإن مات متوارثان بالغرق أو الهدم، فإن عرف موت أحدهما قبل الآخر ونسي وقف الميراث إلى أن يتذكر، لأنه يرجى أن يتذكر. وإن علم أنهما ماتا معا أو لم يعلم موت أحدهما قبل الآخر أو علم موت أحدهما قبل موت الآخر ولم يعرف بعينه جعل ميراث كل واحد منهما لمن بقي من ورثته ولم يورث أحدهما من الآخر، لأنه لا تعلم حياته عند موت صاحبه فلم يرثه كالجنين إذا خرج ميتا.

فصل وإن أسر رجل أو فقد ولم يعلم موته لم يقسم ماله حتى يمضي زمان لا يجوز أن يعيش فيه مثله. وإن مات له من يرثه دفع إلى كل وارث أقل ما يصيبه ووقف الباقي إلى أن يتبين أمره].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنّف.



قال المصنّف رحمه الله:

---

---

## باب ميراث أهل الفرائض

---

---

[وأهل الفرائض هم الذين يرثون الفروض المذكورة في كتاب الله عز وجل وهي: النصف والربع والثلثان والثلث والسدس، وهم عشرة: الزوج، والزوجة، والأم، والجدة، والبنت، وبنت الابن، والأخت، وولد الأم، والأب مع الابن وابن الابن، والجد مع الابن وابن الابن.

فأما الزوج فله فرضان: النصف وهو إذا لم يكن معه ولد ولا ولد ابن، والربع وهو إذا كان معه ولد أو ولد ابن<sup>(١)</sup>. والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ

---

(١) كلام المصنّف يوهم أن الزوج يأخذ نصف ما تركت زوجته الميئة إذا لم يكن له ولد، والصواب أنه يأخذ النصف إذا لم يكن لزوجته الميئة ولد لا منه ولا من زوج سابق ولو كان له ولد من زوجة أخرى غير الميئة.

لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِي يَوْصِيكَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ<sup>(١)</sup>.

فأما الزوجة فلها أيضاً فرضان: الربع إذا لم يكن معها ولد ولا ولد ابن، والثلث إذا كان معها ولد أو ولد ابن<sup>(٢)</sup>. والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَلَهُرَبِّ الرَّبْعِ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِي تَوْصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾<sup>(٣)</sup> فنص على فرضها مع وجود الولد وعدم الولد، وقسنا ولد الابن في ذلك على ولد الصلب لإجماعهم على أنه كولد الصلب في الإرث والتعصيب فكذلك في حجب الزوجين. وللزوجتين والثلاث والأربع ما للواحدة من الربع والثلث لعموم الآية].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وأما الأم فلها ثلاثة فروض أحدها: الثلث وهو إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ولا اثنان فصاعداً من الإخوة والأخوات لقوله عز وجل: ﴿وَوَرَثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾<sup>(٤)</sup>.

والفرض الثاني: السدس، وذلك في حالين أحدهما: أن يكون للميت ولد أو ولد ابن، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِمَّامَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ ففرض لها السدس مع الولد وقسنا عليه ولد الابن. والثاني: أن يكون له اثنان فصاعداً من الإخوة والأخوات، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ ففرض لها السدس مع الإخوة وأقلهم ثلاثة، وقسنا عليهم الأخوين لأن كل فرض تغير بعدد كان الاثنان فيه كالثلاثة كفرض البنات.

والفرض الثالث: ثلث ما يبقى بعد فرض الزوجين، وذلك في مسألتين: في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين، للأم ثلث ما يبقى بعد فرض

(١) النساء: ١٢.

(٢) الزوجة تأخذ الربع إذا لم يكن لزوجها ولد لا منها ولا من غيرها وتأخذ الثلث إذا كان لزوجها ولد منها أو من غيرها، هذا فرضها سواء كان لها ولد من غيره أو لم يكن.

(٣) النساء: ١٢.

(٤) النساء: ١١.

الزوجين والباقي للأب. والدليل عليه أن الأب والأم إذا اجتمعا كان للأب الثلثان وللأم الثلث، فإذا زاحمهما ذو فرض قسم الباقي بعد الفرض بينهما على الثلث والثلثين، كما لو اجتمعا مع بنت].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف، إلا أنه وقع اختلاف بين العلماء في مسألتين مما ذكرهما المصنف.

**الأولى:** إذا كان مع الأم اثنان من الأخوة والأخوات أو منهما فللأم السدس، وبه قال الصحابة والفقهاء عامة إلا ابن عباس فإنه قال: لها الثلث، وله خمس مسائل في الفرائض انفرد بهن هذه إحداهن.

**الثانية:** إذا كان هناك زوج وأبوان فللزوجة النصف وللأم ثلث ما بقي، وبه قال عامة الصحابة وأكثر الفقهاء. وقال ابن عباس للزوج النصف وللأم ثلث جميع المال وللأب ما بقي. والحكم ذاته إذا كان زوجة وأبوان، فللزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي. وقال ابن عباس: للزوجة الربع وللأم ثلث جميع المال. وهاتان المسألتان من المسائل التي انفرد بها ابن عباس عن الصحابة، وتابعه عليها شريح وابن سيرين.

**قال المصنف رحمه الله:** [وأما الجدة فإن كانت أم الأم أو أم الأب فلها السدس، لما روى قبيصة بن ذؤيب قال: جاءت الجدة إلى أبي بكر رضي الله عنه فسألته عن ميراثها فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه: ليس لك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً فارجعي حتى أسأل الناس، فسأل عنها فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله ﷺ فأعطاها السدس، فقال أبو بكر رضي الله عنه: هل معك غيرك؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصاري رضي الله عنه فقال مثل ما قال، فأنفذه لها أبو بكر رضي الله عنه ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر رضي الله عنه فسألته ميراثها فقال لها: مالك في كتاب الله عز وجل شيء، وما كان القضاء الذي قضى به إلا لغيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً ولكن هو ذلك السدس، فإن اجتمعتما فيه فهو بينكما فأيكما خلت به فهو لها. وإن كانت أم أبي الأم لم ترث، لأنها تدلي بغير وارث. وإن كانت أم أبي الأب ففيه قولان أحدهما: أنها ترث، وهو الصحيح، لأنها جدة

تدلي بوارث فورثت كأم الأم وأم الأب. والثاني: أنها لا ترث، لأنها جدة تدلي بجدة فلم ترث كأم أبي الأم. فإن اجتمعت جدتان متحاذيتان كأم الأم وأم الأب فالسدس بينهما لما ذكرناه. فإن كانت إحداهما أقرب نظرت: فإن كانتا من جهة واحدة ورثت القربى دون البعدى، لأن البعدى تدلي بالقربى فلم ترث معها كالجد مع الأب وأم الأم مع الأم. وإن كانت القربى من جهة الأب والبعدى من جهة الأم ففيه قولان أحدهما: أن القربى تحجب البعدى، لأنهما جدتان ترث كل واحدة منهما إذا انفردت فحجبت القربى منهما البعدى كما لو كانت القربى من جهة الأم. والثاني: لا تحجبها، وهو الصحيح، لأن الأب لا يحجب الجدة من جهة الأم فلأن لا تحجبها الجدة التي تدلي به أولى، وتخالف القربى من جهة الأم، فإن الأم تحجب الجدة من قبل الأب فحجبتها أمها، والأب لا يحجب الجدة من قبل الأم فلم تحجبها أمه. فإن اجتمعت جدتان إحداهما تدلي بولادتين بأن كانت أم أم أب أو أم أم أم والأخرى تدلي بولادة واحدة كأم أبي أب ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس: أن السدس يقسم بين الجدتين على ثلاثة فتأخذ التي تدلي بولادة سهمًا وتأخذ التي تدلي بولادتين سهمين. والثاني وهو الصحيح: أنهما سواء، لأنه شخص واحد فلا يأخذ فرضين].

**الشرح:** حديث قبيصة بن ذؤيب رواه أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وصححه ابن حبان والحاكم<sup>(١)</sup>، قال الحافظ ابن حجر: وإسناده صحيح لثقة رجاله إلا أن صورته مرسل، فإن قبيصة لا يصح سماعه من الصديق ولا يمكن شهوده القصة، أفاده ابن عبد البر، وقد اختلف في مولده والصحيح أنه ولد عام الفتح فيبعد شهوده القصة، وقد أعله عبدالحق تبعاً لابن حزم بالانقطاع<sup>(٢)</sup>.

وقد وردت أحاديث متصلة صحيحة تؤيد قصة قبيصة عند الطبراني

(١) هذا الحديث لم يخرج به البخاري ولا مسلم بل أخرجه مالك في الفرائض (٢/٥١٣) وكذا أبو داود (٣١٦ - ٣/٣١٧) والترمذي (٤/٤٢٠) وابن ماجه (٢/٩١٠) فيه، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٦١٧.

(٢) التلخيص الحبير (٣/٩٥).

والبيهقي والدارقطني وابن ماجه وأبي القاسم ابن منده، وقد نقل محمد بن نصر من أصحاب الشافعي اتفاق الصحابة عليه.

وأما الأحكام فقد أجمعت الأمة على توريث الجدة. وفرضها السدس سواء كانت أم أم أو أم أب، وبه قال الصحابة كافة والفقهاء أجمع، وروي عن ابن عباس رواية شاذة أنه قال: أم الأم ترث الثلث لأنها تدلي بالأم فورثت ميراثها كالجد يرث ميراث الأب.

وإذا ارتفع الجدات إلى المنزلة الثانية اجتمع أربع جدات: اثنتان من جهة الأم وهما: أم أم الأم وأم أب الأم، واثنتان من جهة الأب وهما: أم أم الأب وأم أم الأب. فأما أم أم الأم وأم أم الأب فهما وارثتان بلا خلاف. وأما أم أب الأم فإنها غير وارثة، وهو قول الفقهاء كافة إلا ما روي عن ابن سيرين أنه ورثها. وأما أم أب الأب ففي توريثها قولان أحدهما: لا ترث، وبه قال أهل الحجاز الزهري وربيعه ومالك. والثاني: أنها ترث، وبه قال علي وابن مسعود وابن عباس وهي إحدى الروائتين عن زيد بن ثابت، و قال به أيضاً الحسن البصري وابن سيرين وأهل الكوفة والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وهو الصحيح. وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وأما البنت فلها النصف إذا انفردت لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾<sup>(١)</sup>. وللاثنتين فصاعدا الثلثان، لما روى جابر بن عبد الله قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد قتل أبوهما معك يوم أحد ولم يدع عمهما لهما مالا إلا أخذه، فما ترى يا رسول الله والله لا تنكحان إلا ولهما مال، فقال رسول الله ﷺ: **يقضي الله في ذلك، فنزلت إليه سورة النساء:** ﴿يُؤْتِيكُمُ اللَّهُ فِي ذُرِّيَّتِكُمْ﴾<sup>(٢)</sup> فقال رسول الله ﷺ: **ادعوا لي المرأة وصاحبها، فقال لعمهما: أعطهما الثلثين وأعط أمهما الثمن وما بقي فلك،** فدللت الآية وهو قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾<sup>(٣)</sup> على فرض ما زاد على الاثنتين، ودلت السنة على فرض الثلثين.

(١) و(٢) و(٣) النساء: ١١.

**فصل** وأما بنت الابن فلها النصف إذا انفردت . وللإثنتين فصاعدا الثلثان لإجماع الأمة على ذلك . ولبنت الابن مع بنت الصلب السدس تكملة الثلثين ، لما روى الهزيل بن شرحبيل قال : جاء رجل إلى أبي موسى وسلمان بن ربيعة رضي الله عنهما فسألهما عن بنت وبنت ابن وأخت فقالا : لبنت النصف وللأخت النصف ، وأت عبد الله فإنه سيتابعنا ، فأتى عبد الله فقال : إني قد ضللت إذاً وما أنا من المهتدين لأقضين بينهما بما قضى به رسول الله ﷺ : « **لبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللأخت** » . ولأن بنت الابن ترث فرض البنات ولم يبق من فرض البنات إلا السدس . وهكذا لو ترك بنتا وعشر بنات ابن كان لبنت النصف ولبنات الابن السدس تكملة الثلثين لما ذكرناه من المعنى . وإن ترك بنتا وبنت ابن أو بنات ابن ابن أسفل من البنت بدرج كان لهن السدس ، لأنه بقية فرض البنات . ولبنت ابن الابن أو بنات ابن الابن مع بنت الابن من السدس تكملة الثلثين ما لبنت الابن وبنات الابن مع بنت الصلب وعلى هذا أبداً[ .

**الشرح** : حديث جابر مضى تخريجه<sup>(١)</sup> . وأما حديث هزيل بن شرحبيل فقد رواه أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي وابن ماجه<sup>(٢)</sup> . وهذه الواقعة كانت في عهد عثمان لأن أبا موسى كان وقت السؤال أميراً على الكوفة وسلمان قاضياً بها ، وقد اختلف في صحبته .

أما الأحكام فإن البنت لها النصف ، والبنتان لهما الثلثان ، وبه قال الصحابة والفقهاء كافة . وروي عن ابن عباس رواية شاذة أنه قال : للبنتين النصف ، لقوله تعالى : ﴿ **فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثًا مِمَّا تَرَكَ** ﴾ . دليلنا

(١) أخرجه الترمذي في الفرائض (٤/٤١٤) وكذا أبو داود (٣١٤ - ٣/٣١٥) وابن ماجه (٩٠٨ - ٢/٩٠٩) فيه ، قال الترمذي : هذا حديث صحيح ، وحسنه الألباني في صحيح الترمذي برقم ١٧٠١ .

(٢) أخرجه البخاري في الفرائض (١٢/١٧) وكذا الترمذي (٤/٤١٥) وأبو داود (٣١٢ - ٣/٣١٤) وابن ماجه (٢/٩٠٩) فيه .

حديث جابر حيث دل على أن للبتين الثلثين، ولأن الآية وردت على سبب وهو ابنتا سعد بن الربيع فلا يجوز إخراج السبب عن حكم الآية. وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وَأَمَّا الْأَخْتُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ فَلَهَا النِّصْفُ إِذَا انْفَرَدَتْ، وَلِلْإِثْنَيْنِ فِصَاعِدَا الثَّلَاثَانِ لِقَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنَّ أَمْرًا هَكَذَا لَيْسَ لَهُ وُلْدٌ وَلَا هِيَ وَالْأَخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وُلْدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثَّلَاثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾<sup>(١)</sup>.  
وللثلاث فصاعدا ما للإثنتين، لأن كل فرض يغير بالعدد كان الثلاث فيه كالإثنتين كالبنات. وللأخت من الأب عند عدم الأخت من الأب والأم النصف إذا انفردت، وللإثنتين فصاعدا الثلثان، لأن ولد الأب مع ولد الأب والأم كولد الابن مع ولد الصلب فكان ميراثه كميراثهم.

**فصل والأخوات من الأب والأم مع البنات عصبه<sup>(٢)</sup>** ومع بنات الإبن، والدليل عليه ما ذكرناه من حديث الهزيل بن شرحبيل. وروى إبراهيم عن الأسود قال: قضى فينا معاذ بن جبل رضي الله عنه على عهد رسول الله ﷺ في امرأة تركت بنتها وأختها للنصف وللأخت النصف. وعن الأسود قال: كان ابن الزبير لا يعطي الأخت مع البنت شيئا فقلت: إن معاذا قضى فينا باليمن فأعطى البنت النصف والأخت النصف، قال: فأنت رسولي بذلك<sup>(٣)</sup>. فإن لم تكن أخوات من الأب والأم فالأخوات من الأب لأنهن يرثن ما يرث الأخوات من الأب والأم عند عدمهن.

**فصل وأما ولد الأم فللواحد السدس وللإثنين فصاعدا الثلث، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُوْرَثُ كَلَالَةً أَوْ أَمْرًا وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ﴾<sup>(٤)</sup> والمراد به ولد الأم، والدليل عليه ما روي أن عبد الله وسعدا**

(١) النساء: ١٧٦.

(٢) الأخوات عصبه مع البنات، أي: يرثن ما فضل عن البنات.

(٣) أخرجه الدارمي في الفرائض: باب في بنت وأخت (٧٤٣).

(٤) النساء: ١٢.

كانا يقرآن ﴿وله أخ أو أخت من أم﴾<sup>(١)</sup>. وسوى بين الذكور والإناث للآية، ولأنه إرث بالرحم المحض فاستوى فيه الذكر والأنثى كميراث الأبوين مع الإبن.

**فصل** وأما الأب فله السدس مع الابن وابن الابن لقوله عز وجل: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُّ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾<sup>(٢)</sup> ففرض له السدس مع الإبن، وقيس عليه إذا كان مع ابن الإبن، لأن ابن الابن كالإبن في الحجب والتعصيب. وأما الجد فله السدس مع الابن وابن الابن لإجماع الأمة.

**فصل** ولا ترث بنت الابن مع الإبن، ولا الجدة أم الأب مع الأب، لأنها تدلي به ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الابن مع الابن والجد مع الأب.

ولا ترث الجدة من الأم مع الأم، لأنها تدلي بها، ولا الجدة من الأب، لأن الأم في درجة الأب والجدة في درجة الجد فلم ترث معها، كما لا يرث الجد مع الأب].

**الشرح:** حديث ابراهيم عن الأسود رواه أبو داود وكذا البخاري بمعناه<sup>(٣)</sup>.

أما مسألة الأخوات للأب والأم فترتيبهن كترتيب البنات، فإن خلف أختا واحدة فلها النصف، وإن خلف أختين فصاعدا فلهن الثلثان للآية. وليس في الآية ذكر ثلاث أخوات فما زاد، ولكن قد ذكر في البنات إذا كن فوق اثنتين أن لهن الثلثين ولم يذكر الثلاث في الأخوات اكتفاء بما ذكره في البنات، كما أنه لم يذكر ما للإبنتين اكتفاء بما ذكره للأختين، لأن حكم البنات والأخوات واحد. وسائر الأحكام كما ذكرها المصنف.

(١) أخرجه الطبري في جامع البيان (٣/٢٨٧).

(٢) النساء: ١١.

(٣) أخرجه البخاري في الفرائض: باب ميراث البنات (١٢/١٥) بنحوه وكذا أبو داود فيه: باب ما جاء في ميراث الصلب (٣/٣١٦).

قال المصنف رحمه الله: [ولا يرث ولد الأم مع أربعة: مع الولد، وولد الإبن، والأب، والجد، لقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُوْرَثُ كَلَّةً أَوْ امْرَأَةً وَكَهْ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا أُلْسُدُسٌ﴾ فورثهم في الكلالة، والكاللة من سوى الوالد والولد. والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه قال: جاءني النبي ﷺ يعودني وأنا مريض لا أعقل فتوضأ وصب من وضوئه عليّ فعقلت، فقلت: يا رسول الله لمن الميراث وإنما يرثني كاللة؟ قال: فنزلت آية الفرض وروي أنه قال: كيف أصنع في مالي ولي أخوات؟ فنزلت آية المواريث ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَّةِ﴾ والكاللة هو من ليس له ولد ولا والد وله إخوة، ولأن الكلالة مشتق من الإكليل وهو الذي يحتاط بالرأس من الجوانب، والذين يحيطون بالميت من الجوانب الأخوة، فأما الوالد والولد فليسا من الجوانب بل أحدهما من أعلاه والآخر من أسفله، ولهذا قال الشاعر يمدح بني أمية:

ورثتم قناة الملك لا عن كاللة      عن ابني مناف عبدشمس وهاشم

**فصل** ولا يرث ولد الأب والأم مع ثلاثة: مع الإبن، وابن الإبن، والأب. والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَّةِ﴾ **إِنْ امْرَأُ هَلِكَ لَيْسَ لَهَا وَلَدٌ وَكَهْ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفٌ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ** فورثهم في الكلالة، وقد بينا أن الكلالة أن لا تكون والدا ولا ولدا.

**فصل** وإذا استكمل البنات الثلثين ولم يكن مع من دونهن من بنات الابن ذكر لم يرثن، لما روى الأعمش عن إبراهيم قال: قال زيد رضي الله عنه: إذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شيء إلا أن يلحق بهن ذكر فيرد عليهن بقية المال، إذا كان أسفل منهن رد على من فوقه للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كن أسفل منه فليس لهن شيء وبقية المال له دونهن، ولأننا لو ورثنا من دونهن من بنات الابن فرضا مستأنفا لم يجز لأنه ليس للبنات بالبنوة أكثر من الثلثين، وإن شركنا بينهن وبين بنات الابن لم يجز لأنهن أنزل منهن بدرجة فلا يجوز أن يشاركنهن. وإن استكمل

الأخوات للأب والأم الثلثين ولم يكن مع الأخوات للأب ذكر يعصبهن لم يرثن، لما ذكرناه من المعنى في البنات وبنات الإبن.

**فصل** ومن لا يرث ممن ذكرناه من ذوي الأرحام أو كان عبداً أو قاتلاً أو كافراً لم يحجب غيره من الميراث، لأنه ليس بوارث فلم يحجب كالأجنبي].

**الشرح:** حديث جابر أخرجه أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود<sup>(١)</sup>.

وأما الأحكام فالكلالة هو من لا ولد له ولا والد، والدليل عليه الكتاب والسنة والاجماع واللغة. فالكتاب قوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنَّ أَمْرًا هَلَكَ لَيْسَ لَكُمْ وَكْدٌ﴾ فنص على أن الكلالة من لا ولد له، والاستدلال من الآية أن الكلالة أيضاً من لا والد له لقوله تعالى: ﴿وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَكْدٌ﴾ فورث الأخت نصف مال الأخ وورث الأخ جميع مال الأخت إذا لم يكن لها ولد ولا والد. وأما السنة فرواية جابر «كيف أصنع بمالي إنما ترثني كلالة؟»، ولم يكن له ولد ولا والد، فأقره النبي ﷺ على ذلك. وأما الإجماع فروي عن أبي بكر وعلي وابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم أنهم قالوا: الكلالة من لا ولد له ولا والد، ولا مخالف لهم. وأما اللغة فقد فصلها المصنف.

وأما مسألة الحجب فإنه حجبان: حجب إسقاط وحجب نقصان.

فأما حجب الإسقاط فمثل حجب الابن للإخوة والأخوات وبنيتهم والأعمام وبنيتهم، ومثل حجب الإخوة لبني الإخوة والأعمام وبنيتهم، ومثل حجب الأب للإخوة.

وأما حجب النقصان فمثل حجب الولد للزوج من النصف إلى الربع وحجب الزوجة من الربع إلى الثمن، ومثل حجب الأم من الثلث إلى السدس.

(١) أخرجه البخاري في أول الفرائض (١٢/٣) وكذا مسلم (١١/٥٥) وأبو داود (٣/٣٠٨) والترمذي (٤/٤١٧) فيه.

إذا ثبت هذا فإن جميع من ذكرنا ممن لا يرث من ذوي الأرحام والكفار والمملوكين والقاتلين فإنه لا يحجب غيره، وبه قال الصحابة والفقهاء كافة إلا ابن مسعود فإنه قال: يحجبون حجب النقصان ووافق أنهم لا يحجبون حجب الإسقاط.

وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن اجتمع أصحاب فروض ولم يحجب بعضهم بعضا فرض لكل واحد منهم فرضه فإن زادت سهامهم على سهام المال أعلت بالسهم الزائد ودخل النقص على كل واحد منهم بقدر فرضه. فإن ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وأختين من الأم وأختين من الأب والأم، فللزوج النصف وللأم السدس وللأختين من الأم الثلث وللأختين من الأب والأم الثلثان، وأصل الفريضة من ستة وتعول إلى عشرة، وهو أكثر ما تعول إليه الفرائض لأنها عالت بثلاثيها وتسمى أم الفروع لكثرة السهام العائلة، وتسمى الشريحية لأنها حدثت في أيام شريح وقضى فيها.

وإن مات رجل وخلف ثلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات من الأم وثمانية أخوات من الأب والأم، فللزوجة الربع وللجدتين السدس وللأخوات من الأم الثلث وللأخوات من الأب والأم الثلثان، وأصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر وهو أكثر ما يعول إليه هذا الأصل وتسمى أم الأرامل.

وإن مات رجل وخلف زوجة وأبوين وابنتين، فللزوجة الثمن وللأبوين السدسان وللإبنتين الثلثان، وأصلها من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين وتسمى المنبرية، لأنه روي أن عليا كرم الله وجهه سئل عن ذلك وهو على المنبر فقال: صار ثمنها تسعا.

وإن ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وأختا من أب وأم، فللزوجة النصف وللأخت النصف وللأم الثلث، وأصلها من ستة وتعول إلى ثمانية وهي أول مسألة أعلت في خلافة عمر رضي الله عنه وتعرف بالمباهلة، فإن ابن عباس رضي الله عنه أنكر العول وقال: هذان النصفان ذهباً بالمال فأين

موضع الثلث؟ فقيل له: والله لئن مت أومتنا فيقسم ميراثنا إلا على ما عليه القوم، قال: فلندع أبناءنا وأبناءهم ونساءنا ونساءهم وأنفسنا وأنفسهم ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين<sup>(١)</sup>. والدليل على إثبات العول أنها حقوق مقدرة متفقة في الوجوب ضاقت التركة عن جميعها فقسمت التركة على قدرها كالديون].

**الشرح:** العول هو الرفع، قال الفيومي في المصباح: عالت الفريضة عولا ارتفع حسابها وزادت سهامها فنقصت الأنصباء، فالعول نقيض الرد، ويتعدى بالألف في الأكثر، وبنفسه في لغة، فيقال: أعال زيد الفريضة وعالها.

وأما الأحكام فقد قال بالعول الصحابة كافة، وذلك أنه حدث في أيام عمر رضي الله عنه أن امرأة ماتت وخلفت زوجا وأختا لأب وأم وأما، فاستشار الصحابة فيها فأشار العباس عليه بالعول، فقالوا: صدقت، وكان ابن عباس يومئذ صبيا فلما بلغ أنكر العول وقال: من شاء باهلته. وروي عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود قال: دخلت أنا وزفر بن أوس بن الحدثان على ابن عباس بعد ما ذهب بصره فتذاكرنا فرائض الميراث فقال: ترون الذي أحصى رمل عالج عددا لم يحص في مال نصفا ونصفا وثلثا إذا ذهب نصف ونصف فأين موضع الثلث؟ فقال له زفر: يا أبا عباس من أول من أعال الفرائض؟ قال: عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال: ولم؟ قال: لما تدافعت عليه وركب بعضها بعضا قال: والله ما أدري كيف أصنع بكم والله ما أدري أيكم قدم الله ولا أيكم أخر قال: وما أجد في هذا المال شيئا أحسن من أن أقسمه عليكم بالحصص. ثم قال ابن عباس: وأيم الله لو قدم من قدم الله وأخر من أخر الله ما عالت فريضة، فقال له زفر: وأيهم قدم وأيهم أخر؟ فقال: كل فريضة لا تزول إلا إلى فريضة فتلك التي قدم الله وتلك فريضة الزوج له النصف فإن زالت فإلى الربع لا ينقص منه والمرأة لها الربع فإن زالت عنه صارت إلى الثمن لا

(١) أخرجه سعيد بن منصور مختصراً (١/٦١).

تنقص منه، والأخوات لهن الثلثان والواحدة لها النصف فإن دخل عليهن البنات كان لهن ما بقي فهؤلاء الذين أقر الله، فلو أعطى من قدم الله فريضة كاملة ثم قسم ما يبقى بين من أقر الله بالحصص ما عالت فريضة، فقال له زفر: فما منعك أن تشير بهذا الرأي على عمر؟ فقال: هبته والله<sup>(١)</sup>.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن اجتمع في شخص جهتا فرض كالمجوسي إذا تزوج ابنته فأنت منه بنت، فإن الزوجة صارت أم البنت وأختها من الأب، والبنت بنت الزوجة وأختها، فإن ماتت البنت ورثتها الزوجة بأقوى القربتين وهي بكونها أما ولا ترث بكونها أختا، لأنها شخص واحد اجتمع فيه شيان يورث بكل واحد منهما الفرض فورث بأقواهما، ولم ترث بهما، كالأخت من الأب والأم. وإن ماتت الزوجة ورثتها البنت النصف بكونها بنتا، وهل ترث الباقي بكونها أختا؟ فيه وجهان أحدهما: لا ترث لما ذكرناه من العلة. والثاني: ترث، لأن إرثها بكونها بنتا بالفرض وإرثها بكونها أختا بالتعصيب لأن الأخت مع البنت عصبة فجاز أن ترث بهما كأخ من أم وهو ابن عم].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.



**قال المصنف رحمه الله:**

---

---

## باب ميراث العصبة

---

---

[العصبة كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى وهم: الأب والإبن ومن يدلي بهما. وأولى العصبات الابن والأب، لأنهما يدلان بأنفسهما وغيرهما

---

(١) أخرجه البيهقي (٦/٢٥٣) بلفظه والحاكم (٤/٣٤٠) بنحوه وقال: صحيح على شرط مسلم، وقد ذكر الشارح هذا الأثر من رواية عبد الله بن مسعود فصحته من سنن البيهقي ومنه سقت هذا الأثر لأنه أتم من سياق الشارح.

يدلي بهما. فإن اجتمعا قدم الإبن، لأن الله عز وجل بدأ به فقال: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ والعرب تبدأ بالأهم فالأهم، ولأن الأب إذا اجتمع مع الابن فرض له السدس وجعل الباقي للإبن، ولأن الابن يعصب أخته والأب لا يعصب أخته.

ثم ابن الابن وإن سفل لأنه يقوم مقام الابن في الإرث والتعصيب، ثم الأب لأن سائر العصابات يدلون به، ثم الجد إن لم يكن أخ لأنه أب الأب، ثم أبو الجد وإن علا. وإن لم يكن جد فالأخ لأنه ابن الأب، ثم ابن الأخ وإن سفل، ثم العم لأنه ابن الجد، ثم ابن العم وإن سفل، ثم عم الأب لأنه ابن أبي الجد، ثم ابنه وإن سفل وعلى هذا أبدا.

**فصل** وإن انفرد الواحد منهم أخذ جميع المال، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿إِن أُمْرًا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ﴾ فورث الأخ جميع مال الأخت إذا لم يكن لها ولد. وإن اجتمع مع ذي فرض أخذ ما بقي، لما روينا من حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ ورث أبا سعد بن الربيع ما بقي من فرض البنات والزوجة، فدل على أن هذا حكم العصة.

**فصل** وإن اجتمع اثنان قدم أقربهما في الدرجة، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى عصة ذكر». وإن اجتمع إثنان في الدرجة وأحدهما يدلي بالأب والأم والآخر يدلي بالأب قدم من يدلي بالأب والأم، لأنه أقرب. وإن استويا في الدرجة والإدلاء استويا في الميراث لتساويهما.

**فصل** ولا يعصب أحد منهم أنثى إلا الابن وابن الابن والأخ، فإنهم يعصبون أخواتهم. فأما الابن فإنه يعصب أخواته للذكر مثل حظ الأنثيين، لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾. وأما ابن الابن فإنه يعصب من يحاذيه من أخواته وبنات عمه، سواء كان لهن شيء من فرائض البنات أو لم يكن. وقال أبو ثور: إذا استكمل البنات الثلثين فالباقي لابن الابن ولا شيء لبنات الإبن، لأن البنات لا يرثن بالبنوة أكثر

من الثلثين، فلو عصبت بنت الابن بابن الابن بعد استكمال البنات الثلثين صار ما تأخذه بالتعصيب زيادة على الثلثين. وهذا خطأ، لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ﴾ والولد يطلق على الأولاد وأولاد الأولاد، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿يَبْنِيْٓ أَدَمَ﴾ وقوله ﷺ لقوم من أصحابه: «يا بني إسماعيل ارموا فإن أباكم كان رامياً» ولأنه يقال لمن ينتسب إلى تميم وطيء بنو تميم وبنو طيء. وقوله: إنهن لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلثين، فإنما يمتنع ذلك من جهة الفرض فأما في التعصيب فلا يمتنع، كما لو ترك ابنا وعشر بنات فإن للإبن السدس وللبنات خمسة أسداس وهو أكثر من الثلثين.

وأما ابن ابن الابن وإن سفل فإنه يعصب من يحاذيه من أخواته وبنات عمه، سواء بقي لهن من فرض البنات شيء أو لم يبق كما يعصب ابن الابن من يحاذيه. وأما من فوقه من العمات فينظر فيه: فإن كان لهن من فرض البنات من الثلثين أو السدس شيء أخذ الباقي ولم يعصبهن، لأنهن يرثن بالفرض ومن ورت بالفرض بقراءة لم يرث بالتعصيب بتلك القراءة. وإن لم يكن لهن من فرض البنات شيء عصبهن، لما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه قال: «إذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شيء إلا أن يلحق بهن ذكر فيرد عليهن بقية المال، إذا كان أسفل منهن رد على من فوقه للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كن أسفل منه فليس لهن شيء وبقية المال له دونهن»، ولأنه لا يجوز أن يرث بالبنوة مع البعد ولا يرث عماته مع القرب. ولا يعصب من هو أنزل منه من بنات أخيه بل يكون الباقي له، لما ذكرناه من قول زيد بن ثابت، فإن كن أسفل منه فليس لهن شيء وبقية المال له دونهن، ولأنه عصبة فلا يرث معه من هو دونه كالإبن مع بنت الإبن.

وأما الأخ فإنه يعصب أخواته، لقوله تعالى: ﴿وَلِإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ﴾.

فصل ولا يشارك أحد من العصبات أهل الفروض في فروضهم إلا

ولد الأب والأم فإنهم يشاركون ولد الأم في ثلثهم في المشتركة وهي: زوج، وأم أو جدة، واثنان من ولد الأم، وولد الأب والأم واحداً كان أو أكثر، فيفرض للزوج النصف، وللأم أو الجدة السدس، ولولد الأم الثلث يشاركونهم ولد الأب والأم في الثلث لأنهم يشاركونهم في الرحم الذي ورثوا بها الفرض، فلا يجوز أن يرث ولد الأم ويسقط ولد الأب والأم، كالأب لما شارك الأم في الرحم بالولادة لم يجز أن ترث الأم ويسقط الأب. وتعرف هذه المسألة بالمشركة لما فيها من التشريك بين ولد الأب والأم وولد الأم في الفرض، وتعرف بالحمازية فإنه يحكى فيها عن ولد الأب والأم أنهم قالوا: احسب أن أبانا كان حماراً أليس أمنا وأمهم واحدة].

**الشرح:** حديث جابر مضى تخريجه. وحديث ابن عباس رواه الشيخان وأحمد في مسنده<sup>(١)</sup>. وحديث «يا بني إسماعيل ارموا» مضى تخريجه في كتاب السبق والرمي.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن اجتمع في شخص واحد جهة فرض وجهة تعصيب كابن عم هو زوج أو ابن عم هو أخ من أم ورث بالفرض والتعصيب، لأنهما إرثان مختلفان بسببين مختلفين. فإن اجتمع ابنا عم أحدهما أخ من الأم ورث الأخ من الأم السدس والباقي بينه وبين الآخر. وقال أبو ثور: المال كله للذي هو أخ من الأم، لأنهما عصبتان يدلي أحدهما بالأبوين والآخر بأحدهما فقدم من يدلي بهما كالأخوين أحدهما من الأب والآخر من الأب والأم. وهذا خطأ، لأنه استحق الفرض بقراءة الأم فلا يقدم بها في التعصيب كابني عم أحدهما زوج.

**فصل** وإن لاعتن الزوج ونفى نسب الولد انقطع التوارث بينهما لإنتفاء النسب بينهما، ويبقى التوارث بين الأم والولد لبقاء النسب بينهما. وإن مات

(١) أخرجه البخاري في الفرائض: باب ميراث الولد من أبيه وأمّه (١٢/١١) وكذا مسلم (١١/٥٢) وأبو داود (٣/٣١٩) والترمذي (٤/٤١٨) وابن ماجه (٢/٩١٥) فيه وأحمد (١/٢٩٢).

الولد ولا وارث له غير الأم كان لها الثلث. وإن أتت بولدين توأمين فنفاهما الزوج باللعان ثم مات أحدهما وخلف أخاه ففيه وجهان أحدهما: أنه يرثه ميراث الأخ من الأم، لأنه لا نسب بينهما من جهة الأب فلم يرث بقربته كالتوأمين من الرنا إذا مات أحدهما وخلف أخاه. والثاني: أنه يرثه ميراث الأخ من الأب والأم، لأن اللعان ثبت في حق الزوجين دون غيرهما ولهذا لو قذفها الزوج لم يحد ولو قذفها غيره حد. والصحيح هو الأول، لأن النسب قد انتفى بينهما في حق كل واحد كما انقطع الفراش بينهما في حق كل أحد كما يجوز لكل أحد أن يتزوجها.

### [حكم توريث الخنثى]

**فصل** وإن كان الوارث خنثى وهو الذي له فرج الرجال وفرج النساء، فإن عرف أنه ذكر ورث ميراث ذكر، وإن عرف أنه أنثى ورث ميراث أنثى، وإن لم يعرف فهو الخنثى المشكل وورث ميراث أنثى. فإن كان أنثى وحده ورث النصف، فإن كان معه ابن ورث الثلث وورث الابن النصف لأنه يقين، ووقف السدس لأنه مشكوك فيه. وإن كانا خنثيين ورثا الثلثين، لأنه يقين ووقف الباقي لأنه مشكوك فيه.

ويعرف أنه ذكر أو أنثى بالبول، فإن كان يبول من الذكر فهو ذكر، وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى، لما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال: يورث الخنثى من حيث يبول. وروي عنه أنه قال: إن خرج بوله من مبال الذكر فهو ذكر وإن خرج من مبال الأنثى فهو أنثى. ولأن الله تعالى جعل بول الذكر من الذكر وبول الأنثى من الفرج فرجع في التمييز إليه. وإن كان يبول منهما نظرت: فإن كان يبول من أحدهما أكثر، فقد روى المزني في الجامع أن الحكم للأكثر، وهو قول بعض أصحابنا، لأن الأكثر هو الأقوى في الدلالة. والثاني: أنه لا تعتبر الكثرة، لأن اعتبار الكثرة يشق فسقط. وإن لم يعرف بالبول سئل عما يميل إليه طبعه، فإن قال أميل إلى النساء: فهو ذكر، وإن قال أميل إلى الرجال فهو أنثى، وإن قال أميل إليهما فهو المشكل وقد بيناه. ومن أصحابنا من قال: إن لم يكن في البول دلالة اعتبر عدد الأضلاع، فإن نقص من الجانب الأيسر ضلع فهو ذكر

فإن أضلاع الرجل من الجانب الأيسر أنقص، فإن الله عز وجل خلق حواء من ضلع آدم الأيسر فمن ذلك نقص من الجانب الأيسر ضلع، ولهذا قال الشاعر:

هي الضلع العوجاء لست تقيمها      ألا إن تقويم الضلوع انكسارها  
أتجمع ضعفاً واقتداراً على الفتى      أليس عجيباً ضعفها واقتدارها]

**الشرح:** قوله: «توأمين» واحدهما توأم، ولا يقال للثنتين توأم، على ما اشتهر على السنة العامة خطأ، وإنما يقال للواحد توأم وللثنتين توأمين، كالذكر والأنثى يقال لهما زوجان وكل واحد منهما زوج. والأنثى: توأمة، والجمع: توأم وتوأم كدخان قال الشاعر:

قالت لنا ودمعها توأم      على الذين ارتحلوا سلام  
وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

## [حكم توريث الحمل]

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن مات رجل وترك حملاً وله وارث غير الحمل نظرت: فإن كان له سهم مقدر لا ينقص كالزوجة دفع إليها الفرض، ووقف الباقي إلى أن ينكشف. وإن لم يكن له سهم مقدر كالإبن وقف الجميع، لأنه لا يعلم أكثر ما تحمله المرأة. والدليل عليه أن الشافعي رحمه الله قال: دخلت إلى شيخ باليمن لأسمع منه الحديث فجاءه خمسة كهول فسلموا عليه وقبلوا رأسه ثم جاءه خمسة شباب فسلموا عليه وقبلوا رأسه ثم جاءه خمسة فتيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه ثم جاءه خمسة صبيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه، فقلت: من هؤلاء؟ فقال: أولادي كل خمسة منهم في بطن وفي المهد خمسة أطفال. وقال ابن المرزبان: أسقطت امرأة بالأنبار كيساً فيه اثنا عشر ولداً كل اثنين متقابلان.

فإذا انفصل الحمل واستهلَّ ورث، لما روى سعيد بن المسيب رحمة الله عليه عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: إن من السنة ألا يرث المنفوس ولا يورث حتى يستهل صارخاً». فإن تحرك حركة حي أو عطس ورث، لأنه عرف حياته فورث كما لو استهل. وإن خرج ميتاً لم يرث، لأننا لا نعلم أنه كان وارثاً عند موت مورثه. وإن تحرك حركة مذبوح لم يرث،

لأنه لم يعرف حياته. وإن خرج بعضه وفيه حياة ومات قبل خروج الباقي لم يرث، لأنه لا يثبت له حكم الدنيا قبل انفصال جميعه، ولهذا لا تنقضي به العدة ولا يسقط حق الزوج عن الرجعة قبل انفصال جميعه].

**الشرح:** حديث أبي هريرة بلفظه هكذا مرفوع المعنى لقوله: «من السنة»، وقد ورد الحديث مرفوع اللفظ في سنن أبي داود عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «إذا استهل المولود ورث»<sup>(١)</sup>.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن مات رجل ولم تكن له عسبة ورثه المولى المعتق كما ترثه العسبة على ما ذكرناه في باب الولاء. فإن لم يكن له وارث نظرت: فإن كان كافراً صار ماله لمصالح المسلمين، وإن كان مسلماً صار ماله ميراثاً للمسلمين لأنهم يعقلونه إذا قتل فانتقل ماله إليهم بالموت ميراثاً كالعسبة. فإن كان للمسلمين إمام عادل سلم إليه ليضعه في بيت المال لمصالح المسلمين، وإن لم يكن إمام عادل ففيه وجهان أحدهما: أنه يرد على أهل الفرض على قدر فروضهم إلا على الزوجين، فإن لم يكن أهل الفرض قسم على ذوي الأرحام على مذهب أهل التنزيل، فيقام كل واحد منهم مقام من يدلي به، فيجعل ولد البنات والأخوات بمنزلة أمهاتهم، وبنات الإخوة والأعمام بمنزلة آبائهم، وأبو الأم والخال بمنزلة الأم، والعمة والعم من الأم بمنزلة الأب، لأن الأمة أجمعت على الإرث بإحدى الجهتين فإذا عدت إحداهما تعينت الأخرى. والثاني وهو المذهب: أنه لا يرد على أهل السهام ولا يقسم المال على ذوي الأرحام، لأننا دللنا أنه للمسلمين، والمسلمون لم يعدموا وإنما عدم من يقبض لهم فلم يسقط حقهم، كما لو كان الميراث لصبي وليس له ولي، فعلى هذا يصرفه من في يده المال إلى المصالح].

**الشرح:** إن مات ميت وخلف من الورثة من له فرض لا يستغرق

(١) أخرجه أبو داود في الفرائض (٣/٣٣٥)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٥٣٤، ومعنى استهل: رفع صوته بأن يصرخ أو يبكي.

جميع ماله كالأم والبنت والأخت، فإن صاحب الفرض يأخذ فرضه وما بقي عن فرضه يكون لعصبته إن كان له عصبه، وإن لم يكن له عصبه كان للمولى إن كان له مولى، وإن لم يكن له مولى كان الباقي لبیت المال فيصرف إلى الإمام ليصرفه في مصالح المسلمين، وبه قال زيد بن ثابت والزهري والأوزاعي ومالك. وذهب علي بن أبي طالب إلى أنه يرد ذلك إلى ذوي الفروض إلا على الزوجين فإنه لا يرد عليهما، فإن لم يكن له أحد من أهل الفروض صرف إلى ذوي الأرحام، فيقام كل واحد من ذوي الأرحام مقام من يدلي به، وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه، واختاره بعض أصحابنا إذا لم يكن هناك إمام عادل.



قال المصنف رحمه الله تعالى:

## باب الجد والإخوة

[إذا اجتمع الجد أو أبو الجد وإن علا مع ولد الأب والأم أو ولد الأب ولم تنقصه المقاسمة من الثلث قاسمهم وعصب إناثهم. وقال المزني: يسقطهم، ووجهه أن له ولادة وتعصيبا بالرحم فأسقط ولد الأب والأم كالأب. وهذا خطأ، لأن ولد الأب يدلي بالأب فلم يسقطه الجد كأم الأب، ويخالف الأب، فإن الأخ يدلي به ومن أدلى بعصبه لم يرث معه كابن الأخ مع الأخ وأم الأب مع الأب، والجد والأخ يدلان بالأب فلم يسقط أحدهما الآخر، كالأخوين من الأب وأم الأب مع الجد، ولأن الأب يحجب الأم من الثلث إلى ثلث الباقي مع الزوجين والجد لا يحجبها.

**فصل** وإن اجتمع مع الجد ولد الأب والأم وولد الأب عادّ ولد الأب والأم الجد بولد الأب، لأن من حجب بولد الأب والأم وولد الأب إذا انفرد حجب بهما إذا اجتمعا كالأم. فإن كان له جد وأخ من أب وأم وأخ من أب قسم المال على ثلاثة أسهم للجد سهم ولكل واحد من الأخوين

سهم، ثم يرد الأخ من الأب سهمه على الأخ من الأب والأم، لأنه لا يرث معه فلم يشاركه فيما حجب عنه، كما لا يشارك الأخ من الأب الأخ من الأب والأم فيما حجب عنه الأم، وتعرف هذه المسألة بالمعادّة، لأن الأخ من الأب والأم عادّ الجد بالأخ من الأب ثم أخذ منه ما حصل له. وإن اجتمع مع الجد أخ من الأب وأخت من الأب والأم قسم المال على خمسة أسهم للجد سهمان وللأخ سهمان وللأخت سهم، ثم يرد الأخت تمام النصف وهو سهم ونصف، ويأخذ ما بقي وهو نصف سهم، لأن الأخ من الأب إنما يرث مع الأخت من الأب والأم ما يبقى بعد استكمال الأخت النصف، وتصح من عشرة وتسمى عشرية زيد رضي الله عنه. وإن اجتمع مع أختين من الأب وأختين من الأب والأم قسم المال بينهم على ستة أسهم: للجد سهمان ولكل أخت سهم، ثم ترد الأختان من الأب جميع ما حصل لهما على الأختين من الأب والأم، لأنهما لا يرثان قبل أن تستكمل الأختان من الأب والأم الثلثين].

**الشرح:** إذا اجتمع الجد مع الأخوة أو الأخوات للأم أسقطهم بالاجماع.

وإن اجتمع مع الاخوة والأخوات للأب والأم أو للأب، فقد اختلف الناس فيه: فذهب الشافعي إلى أن الجد لا يسقطهم، وروي ذلك عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت، وبه قال مالك والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل. وذهبت طائفة إلى أن الجد يسقطهم، وروي ذلك عن أبي بكر وابن عباس وعائشة وأبي الدرداء، وبه قال أبو حنيفة وعثمان البتي وابن جرير الطبري وداود واسحاق واختاره المزني.

واختلف الذين قالوا بأن الجد لا يسقط الإخوة في نصيب كل منهم، فقال زيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنهما وهو مذهبنا: أن للجد الأخط من المقاسمة أو ثلث جميع المال، فإن كان معه أخ واحد فالأخط له ههنا المقاسمة لأنه يأخذ نصف المال، وإن كان معه أخوان استوت له

المقاسمة والثلث، وإن كان معه ثلاثة إخوة أو أكثر فالأحظ له ههنا أن يفرد بثلث جميع المال. وقال علي رضي الله عنه في الرواية المشهورة عنه: أن له الأحظ من المقاسمة أو سدس جميع المال. وفي الرواية الثانية: أن له الأحظ من المقاسمة أو سبع جميع المال. وروي عن عمران بن الحصين وأبي موسى الأشعري أنهما قالوا: له الأحظ من المقاسمة أو نصف سدس جميع المال.

وأما إذا اجتمع مع الجد الأخوات للأب والأم أو للأب منفردا، فمذهبنا أن حكمهن حكم الأخوة مع الجد فيقاسمهن ويكون المال بينه وبينهن للذكر مثل حظ الأنثيين ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث، فإذا أنقصته عن الثلث أفرد بثلث جميع المال، وبه قال زيد بن ثابت. وقال علي وابن مسعود: يفرض للأخوات فرضهن ويكون الباقي للجد.

**فرع الجد كالأب في عامة أحكامه، فيرث بالتعصيب إذا انفرد كالأب، ويرث بالفرض مع الابن وابن الابن، ويرث بالفرض والتعصيب مع البنت وبنت الابن، إلا أن الجد يخالف الأب في ثلاث مسائل الأولى: أن الأب يحجب الإخوة للأب والأم أو للأب والجد لا يحجبهم. والثانية: أن الأب يحجب الأم عن كمال الثلث إلى ثلث ما بقي في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين، والجد لا يحجبها بل يكون لها ثلث جميع المال. الثالثة: أن الأب يحجب أم نفسه لأنها تدلي به فلم ترث معه، والجد لا يحجب أم الأب لأنها تساويه في الدرجة إلى الميت.**

وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله: [وإن كانت المقاسمة تنقص الجد من الثلث بأن زاد الإخوة على اثنين والأخوات على أربع فرض للجد الثلث وقسم الباقي بين الإخوة والأخوات، لأننا قد دللنا على أنه يقاسم الواحد، ولا خلاف أنهم لا يقاسمونه أبدا فكان التقدير بالاثنتين أشبه بالأصول، فإن الحجب إذا اختلف فيه الواحد والجماعة وجب التقدير فيه بالاثنتين كحجب الأم من الثلث، وحجب البنات لبنات الابن وحجب الأخوات للأب والأم**

للأخوات للأب، ولا يعادّ ولد الأب والأم الجد بولد الأب في هذا الفصل، لأن المعادة تحجب الجد ولا سبيل إلى حجبه عن الثلث.

**فصل** وإن اجتمع مع الجد والإخوة من له فرض أخذ صاحب الفرض فرضه وجعل للجد أوفر الأمرين من المقاسمة أو ثلث الباقي ما لم ينقص عن سدس جميع المال، لأن الفرض كالمستحق من المال فيصير الباقي كأنه جميع المال، وقد بينا أن حكمه في جميع المال أن يجعل له أوفر الأمرين من المقاسمة أو ثلث المال، فكذلك فيما بقي بعد الفرض، فإن نقصته المقاسمة أو ثلث الباقي عن السدس فرض له السدس، لأن ولد الأب والأم ليس بأكثر من ولد الصلب، ولو اجتمع الجد مع ولد الصلب لم ينقص حقه من السدس، فلأن لا ينقص مع ولد الأب والأم أولى.

وإن مات رجل وخلف بنتا وجدا وأختا، فلبنت النصف والباقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين، وهي من مربعات عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فإنه قال: لبنت النصف والباقي بين الجد والأخت نصفان وتصح من أربعة. وإن ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وجدا، فللزوجة النصف وللأم الثلث والباقي للجد وهو السدس، وهي من مربعات عبد الله رضي الله عنه لأنه يروى عنه أنه قال: للزوج النصف والباقي بين الجد والأم نصفان وتصح من أربعة. وهذا خطأ، لأن الجد أبعد من الأم فلم يجز أن يحجبها كجد الأب مع أم الأب. وإن مات رجل وخلف زوجة وأما وأخا وجدا، فللزوجة الربع وللأم الثلث والباقي بين الجد والأخ نصفان، وتصح من أربعة وعشرين للزوجة ستة أسهم وللأم ثمانية والباقي بين الجد والأخ لكل واحد منهما خمسة، وهي من مربعات عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فإنه روي عنه أنه: جعل للزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي والباقي بين الجد والأخ نصفان وتصح من أربعة للزوجة سهم وللأم سهم وللأخ سهم وللجد سهم. وإن مات رجل وخلف امرأة وجدا وأختا، فللمرأة الربع والباقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين، وتعرف بالمربعة لأن مذهب زيد ما ذكرناه، ومذهب أبي بكر وابن عباس رضي الله عنهما: للمرأة الربع والباقي للجد، ومذهب علي وعبد الله رضي الله عنهما:

للمرأة الربع وللأخت النصف والباقي للجد، واختلفوا فيها على ثلاثة مذاهب واتفقوا على القسمة من أربعة. وإن مات رجل وخلف أما وأختا وجدا، فللأم الثلث والباقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين، وتسمى الخرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها، فإن زيدا ذهب إلى ما قلناه، وذهب أبو بكر وابن عباس رضي الله عنهما إلى: أن للأم الثلث والباقي للجد، وذهب عمر إلى أن للأخت النصف وللأم ثلث الباقي وهو السدس والباقي للجد، وذهب عثمان رضي الله عنه إلى: أن للأم الثلث والباقي بين الجد والأخت نصفان وتصح من ثلاثة، وذهب علي عليه السلام إلى: أن للأخت النصف وللأم الثلث والباقي للجد، وعن ابن مسعود روايتان إحداهما مثل قول عمر رضي الله عنه، والثانية: للأخت النصف والباقي بين الأم والجد نصفان وتصح من أربعة، وتعرف بمثلثة عثمان ومربعة عبد الله رضي الله عن الجميع.

**فصل** ولا يفرض للأخت مع الجد إلا في مسألة واحدة وهي: إذا ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وأختا وجدا، فللزوجة النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس. وأصلها من ستة وتعول إلى تسعة، ويجمع نصف الأخت وسدس الجد فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وتصح من سبعة وعشرين للزوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة، لأنه لا بد من أن يعطى الزوج النصف لأنه ليس ههنا من يحجبه، ولا بد من أن تعطى الأم الثلث لأنه ليس ههنا من يحجبها، ولا بد من أن يعطى الجد السدس لأن أقل حقه السدس، ولا يمكن إسقاط الأخت لأنه ليس ههنا من يسقطها ولا يمكن أن تعطى النصف كاملا لأنه لا يمكن تفضيلها على الجد، فوجب أن يقسم مالهما بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين. وتعرف هذه المسألة بالأكدرية لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلاً اسمه الأكدر فنسبت إليه، وقيل سميت أكدرية لأنها كدرت على زيد أصله لأنه لا يعيل مسائل الجد وقد أعال، ولا يفرض للأخت مع الجد وقد فرض. فإن كان مكان الأخت في الأكدرية أخ لم يرث، لأن للزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس، ولا يجوز أن يشارك الجد في السدس لأن

الجد يأخذ السدس بالفرض، والأخ لا يرث بالفرض وإنما يرث بالتعصيب ولم يبق ما يرثه بالتعصيب فسقط وبالله التوفيق].  
الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.





قال المصنّف رحمه الله :

## كتاب النكاح

[النكاح جائز لقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ﴾<sup>(١)</sup>، ولما روى علقمة عن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»].

**الشرح:** حديث عبد الله بن مسعود رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد في مسنده<sup>(٢)</sup>.

والباء بالمد: النكاح والتزوج، وقد تطلق الباءة على الجماع نفسه. ومعنى الحديث: من وجد مؤنة النكاح فليتزوج، وقيل: الباءة بالمد: القدرة على مؤن النكاح وبالقصر الوطاء، قال ابن حجر: ولا مانع من الحمل على المعنى الأعم بأن يراد بالباءة القدرة على الوطاء ومؤن التزويج. وقوله: «وجاء» بكسر الواو والمد وأصله الغمز ومنه: وجأ في عنقه إذا غمزه ووجأه بالسيف إذا طعنه به، ووجأ أنثييه غمزهما حتى رضهما، وتسمية الصيام وجاء استعارة، والعلاقة المشابهة، لأن الصوم لما كان مؤثراً في ضعف شهوة النكاح شبه بالوجء<sup>(٣)</sup>.

(١) النساء: ٣.

(٢) أخرجه البخاري في النكاح (٩/١٠٤) وكذا مسلم (٩/١٧٦) والترمذي (٣/٣٩٢) وأبو داود (٥٣٨ - ٥٣٩/٢) والنسائي (٦/٥٧) وابن ماجه (١/٥٩٢) فيه وأحمد (١/٣٧٨).

(٣) ورد في المطبوعة «شبه بالصوم» فصححته إلى «شبه بالوجء» لدلالة المعنى عليه. قال صاحب لسان العرب: والوجء أن ترض أنثيا الفحل رضاً شديداً يذهب شهوة الجماع ويتنزل في قطعه منزلة الخصي.

وأما الأحكام فإن النكاح مشروع بالكتاب والسنة<sup>(١)</sup>.

**قال المصنّف رحمه الله:** [ولا يصح النكاح إلا من جائز التصرف. فأما الصبي والمجنون فلا يصح منهما عقد النكاح، لأنه عقد معاوضة فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع. وأما المحجور عليه لسفه فلا يصح نكاحه بغير إذن الولي، لأنه عقد يستحق به المال فلم يصح منه من غير إذن الولي، ويصح منه بإذن الولي لأنه لا يأذن له إلا فيما يرى الحظ فيه. وأما العبد فلا يصح نكاحه بغير إذن المولى، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل» ولأنه بالنكاح تنقص قيمته ويستحق بالمهر والنفقة كسبه وفي ذلك إضرار بالمولى فلم يجز من غير إذنه، ويصح منه بإذن المولى لأنه لما أبطل النبي ﷺ نكاحه بغير إذنه دل على أنه يصح بإذنه، ولأن المنع لحق المولى فزال بإذنه.

**فصل** ومن جاز له النكاح وتاقت نفسه إليه وقدر على المهر والنفقة فالمستحب له أن يتزوج لحديث عبد الله ولأنه أحسن لفرجه وأسلم لدينه. ولا يجب ذلك لما روى إبراهيم بن ميسرة رضي الله عنه عن عبيد بن سعد يبلغ به النبي ﷺ «من أحب فطرتي فليستن بستني ومن ستني النكاح» ولأنه ابتغاء لذة تصبر النفس عنها فلم يجب كلبس الناعم وأكل الطيب. ومن لم تتق نفسه إليه فالمستحب له ألا يتزوج، لأنه تتوجه عليه حقوق هو غني عن التزامها ويحتاج أن يشتغل عن العبادة بسببها وإذا تركه تخلى للعبادة فكان تركه أسلم لدينه].

**الشرح:** حديث ابن عمر أخرجه ابن ماجه<sup>(٢)</sup>، قال الترمذي: ولا

(١) نسي الشارح أن يقول (والاجماع)، وقد نقل الإجماع على مشروعية النكاح الشرييني في مغني المحتاج (٤/٢٠١) وابن قدامة في المغني (٦/٤٤٦).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/٥٦٣) وابن ماجه بنحوه (١/٦٣٠)، قال أبو داود: هذا الحديث ضعيف وهو موقوف وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٤٤٨.

يصح إنما هو عن جابر، ورواية جابر عند أحمد وأبي داود والترمذي وحسنه بلفظ: «أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر»<sup>(١)</sup>. أما حديث عبيد بن سعد<sup>(٢)</sup> فأصح طرقه روايتا عائشة وأنس في الرهط الذين جاؤا إلى البيت وقد مضى تخريجه.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**فرع النكاح مستحب غير واجب عندنا، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد في المشهور من مذهبه وأكثر أهل العلم.** وقال داود بن علي الظاهري: هو واجب على الرجل والمرأة مرة في العمر. دليلنا أن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ والواجب لا يقف على الاستطابة، وقال ﴿مَتَى وَتِلْكَ وَرَبِّعٌ﴾ ولا يجب ذلك بحال بالاتفاق. وقوله: «من أحب فطرتي» فعلقه على المحبة وسماه سنة فإذا أطلقت السنة اقتضت المندوب إليه.

إذا ثبت هذا فالناس في النكاح على أربعة أضرب: ضرب تتوق نفسه إليه ويجد أهبتة وهو المهر والنفقة وما يحتاج إليه فيستحب له أن يتزوج لحديث ابن مسعود. والضرب الثاني: من تتوق نفسه إلى الجماع ولا يقدر على المهر والنفقة فالمستحب له أن لا يتزوج بل يتعاهد نفسه بالصوم فإنه له وقاية ولا يشغل ذمته بالمهر والنفقة. والضرب الثالث: من لا تتوق نفسه إلى الجماع ويريد التخلي إلى عبادة الله تعالى فيستحب له أن لا يتزوج لأنه يلزم ذمته حقوقا هو مستغن عن التزامها. والضرب الرابع: من لا تتوق نفسه وهو قادر على المهر والنفقة ولا يريد العبادة فهل يستحب له أن يتزوج؟ فيه قولان. وقال أبو حنيفة: النكاح مستحب بكل حال، وبه قال بعض أصحابنا، بل قال أبو عوانة الاسفراييني من محدثي أصحاب الشافعي: أنه يجب للتائق إليه القادر على مؤنته وصرح به في صحيحه.

(١) أخرجه الترمذي (٣/٤١٩) وحسنه وأبو داود (٢/٥٦٣)، وحسنه الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٨٢٩.

(٢) حديث عبيد بن سعد أخرجه البيهقي (٧/٧٨).

قال المصنّف رحمه الله: [والمستحب أن لا يتزوج إلا ذات دين، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «تنكح المرأة لأربع لمالها وحسبها وجمالها ودينها فاظفر بذات الدين تربت يداك». ولا يتزوج إلا ذات عقل، لأن القصد بالنكاح العشرة وطيب العيش ولا يكون ذلك إلا مع ذات عقل. ولا يتزوج إلا من يستحسنها، لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله ﷺ أنه قال «إنما النساء لعب فإذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها».

**فصل** وإذا أراد نكاح امرأة فله أن ينظر وجهها وكفيها، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رجلاً أراد أن يتزوج امرأة من نساء الأنصار فقال النبي ﷺ «انظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً». ولا ينظر إلى ما سوى الوجه والكفين، لأنه عورة. ويجوز للمرأة إذا أرادت أن تتزوج برجل أن تنظر إليه، لأنه يعجبها من الرجل ما يعجب الرجل منها، ولهذا قال عمر رضي الله عنه: لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم فإنه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن. ويجوز لكل واحد منهما أن ينظر إلى وجه الآخر عند المعاملة، لأنه يحتاج إليه للمطالبة بحقوق العقد والرجوع بالعهد. ويجوز ذلك عند الشهادة للحاجة إلى معرفتها في التحمل والأداء. ويجوز لمن اشترى جارية أن ينظر إلى ما ليس بعورة منها للحاجة إلى معرفتها. ويجوز للطبيب أن ينظر إلى الفرج للمداواة، لأنه موضع ضرورة فجاز له النظر إلى الفرج كالنظر في حال الختان. وأما من غير حاجة فلا يجوز للأجنبي أن ينظر إلى الأجنبية ولا للأجنبية أن تنظر إلى الأجنبي، لقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُونَ مِنْ أْبْصَرِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾<sup>(١)</sup> ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَعْضُضْنَ مِنْ أْبْصَرِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ﴾<sup>(٢)</sup>. وروى أم سلمة رضي الله عنها قالت: كنت عند رسول الله ﷺ وعنده ميمونة فأقبل ابن أم مكتوم فقال رسول الله ﷺ: احتجب عنك، فقلت: يا رسول الله أليس أعمى لا يبصرنا ولا يعرفنا؟ فقال:

(١) النور: ٣٠.

(٢) النور: ٣١.

أفعمياوان أنتما أليس تبصرانه؟»، وروى علي كرم الله وجهه أن النبي ﷺ أردف الفضل فاستقبلته جارية من خثعم فلوى عنق الفضل، فقال أبوه العباس: لويت عنق ابن عمك، قال: رأيت شابا وشابة فلم آمن الشيطان عليهما». ولا يجوز النظر إلى الأمرد من غير حاجة، لأنه يخاف الافتتان به كما يخاف الافتتان بالمرأة.

**فصل ويجوز لذوي المحارم النظر إلى ما فوق السرة ودون الركبة من ذوات المحارم، لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُمْدِدْنَ زَيْنَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوْ التَّلَبِّيعَاتِ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾<sup>(١)</sup>.**

ويجوز للرجل أن ينظر إلى ذلك من الرجل والمرأة أن تنظر إلى ذلك من المرأة، لأنهم كذوي المحارم في تحريم النكاح على التأييد فكذلك في جواز النظر. واختلف أصحابنا في مملوك المرأة، فمنهم من قال: هو محرم لها في جواز النظر والخلوة، وهو المنصوص، لقوله عز وجل: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ فذكره مع ذوي المحارم في إباحة النظر، وروى أنس رضي الله عنه قال: أعطى رسول الله ﷺ فاطمة غلاما فأقبل النبي ﷺ ومعه الغلام فتقنعت بثوب إذا قنعت رأسها لم يبلغ رجليها وإذا غطت رجليها لم يبلغ رأسها فقال النبي ﷺ: إنه ليس عليك بأس إنما هو أبوك وغلأمك». ومنهم من قال: ليس بمحرم، لأن المحرم من يحرم على التأييد وهذا لا يحرم على التأييد فلم يكن محرما. واختلفوا في المراهق مع الأجنبية، فمنهم من قال: هو كالبالغ في تحريم النظر لقوله تعالى: ﴿أَوْ أَطْفَالِ الَّذِينَ لَمْ يَطْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَتِ النِّسَاءِ﴾<sup>(٢)</sup> فدل على أنه لا يجوز لمن ظهر على عورات النساء، ولأنه كالبالغ في الشهوة فكان كالبالغ في تحريم النظر. ومن أصحابنا من قال: يجوز له النظر إلى ما ينظر ذو محرم، وهو

(١) النور: ٣١.

(٢) النور: ٣١.

قول أبي عبد الله الزبيرى، لقوله عز وجل: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾<sup>(١)</sup> فدل على أنهم إذا لم يبلغوا الحلم لم يستأذنوا.

**فصل** ومن تزوج امرأة أو ملك جارية يملك وطأها فله أن ينظر منها إلى غير الفرج. وهل يجوز أن ينظر إلى الفرج؟ فيه وجهان أحدهما: لا يجوز، لما روي أن النبي ﷺ قال: «النظر إلى الفرج يورث الطمس». والثاني: يجوز، وهو الصحيح، لأنه يملك الاستمتاع به فجاز له النظر إليه كالفخذ.

وإن زوج أمته حرم عليه النظر إلى ما بين السرة والركبة، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «إذا زوج أحدكم جاريته عبده أو أجيده فلا ينظر إلى ما دون السرة والركبة».

**الشرح:** حديث أبي هريرة رواه الشيخان وأحمد في مسنده وأصحاب السنن ما عدا الترمذي<sup>(٢)</sup>. وحديث أنس رواه أبو داود والبيهقي وابن مردويه وفي إسناده أبو جميع سالم بن دينار الهجيمي البصري، قال ابن معين: ثقة، وقال أبو زرعة الرازي: بصري لين الحديث<sup>(٣)</sup>. وأما حديث «النظر إلى الفرج يورث الطمس»<sup>(٤)</sup> فقد مضى في العبادات في ستر العورة وضعفه النووي وغيره، وكذلك حد العورة من الجارية<sup>(٥)</sup> مضى في ستر العورة

(١) النور: ٥٩.

(٢) أخرجه البخاري في النكاح (٩/١٣٢) ومسلم في الرضاع (١٠/٥١) وأبو داود في النكاح (٥٣٩ - ٢/٥٤٠) وكذا النسائي (٦/٦٨) وابن ماجه (١/٥٩٧) فيه وأحمد (٢/٤٢٨).

(٣) أخرجه أبو داود في اللباس (٤/٣٥٩) والبيهقي (٧/٩٥)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٤٦٠.

(٤) أورده بنحوه الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة برقم ١٩٥ وحكم عليه بالوضع.

(٥) أورد فيه المصنف حديث عمرو بن شعيب، وقد أخرجه أبو داود في اللباس (٤/٣٦٢)، وحسنه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٤٦٦، وفي رواية عند أبي داود «إذا زوج أحدكم عبده أمته فلا ينظر إلى عورتها»، وحسنها أيضاً الألباني في المصدر السابق برقم ٣٤٦٥.

فليراجع . وحديث «إنما النساء: لعب» مضى تخريجه<sup>(١)</sup>.

أما حديث أبي هريرة فقد رواه مسلم وأحمد والنسائي<sup>(٢)</sup> . وأما حديث أم سلمة فقد رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه والنسائي وابن حبان وفي إسناده نبهان مولى أم سلمة شيخ الزهري وقد وثق<sup>(٣)</sup> . وأما حديث علي كرم الله وجهه فقد أخرجه الترمذي وصححه، ورواه البخاري من حديث عبد الله بن عباس وفيه قصة المرأة التي سألته ﷺ عن أمها التي لم تحج، وقد مضى في كتاب الحج<sup>(٤)</sup>.

وقوله ﷺ: «تربت يداك» أي لصقت بالتراب وهي كناية عن الفقر، وهو خبر بمعنى الدعاء لكن لا يراد به حقيقته، وبهذا جزم صاحب العمدة، وحكى ابن العربي أن المعنى: استغنت يداك، ورد بأن المعروف أترب إذا استغنى وترب إذا افتقر، وقيل: فيه شرط مقدر أي وقع ذلك لك إن لم تفعل، ورجحه ابن العربي.

وأما الأحكام فإذا أراد الرجل خطبة امرأة جاز له النظر إلى ما ليس بعورة منها وهو وجهها وكفاها بإذنها وبغير إذنها ولا يجوز له أن ينظر إلى ما هو عورة منها، وبه قال أبو حنيفة ومالك. وحكى عن مالك أنه لا يجوز له ذلك إلا بإذنها. وقال داود بن علي: يجوز له أن ينظر إلى جميع بدنها إلا إلى فرجها. وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

---

(١) رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده (زوائد الهيثمي) (١/٥٤٦)، وضعفه الألباني في السلسلة الضعيفة برقم ٤٦٢.

(٢) أخرجه مسلم (٩/٢١٠) والنسائي (٦/٧٧) وأحمد (٢/٢٩٩).

(٣) أخرجه الترمذي في الأدب (٤/١٠٢) وقال: حسن صحيح، وأبو داود في اللباس (٤/٣٦٢) وأحمد (٦/٢٩٦)، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٨٨٧.

(٤) تقدم في (١٤٧٥).

## باب ما يصح به النكاح

[لا يصح النكاح إلا بولي فإن عقدت المرأة لم يصح . وقال أبو ثور: إن عقدت بإذن الولي صح ، ووجهه أنها من أهل التصرف وإنما منعت من النكاح لحق الولي فإذا أذن زال المنع كالعبد إذا أذن له المولى في النكاح . وهذا خطأ ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه رفعه «لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها» ولأنها غير مأمونة على البضع لتقصان عقلها وسرعة انخداعها فلم يجز تفويضه إليها كالمبذر في المال ، ويخالف العبد فإنه منع لحق المولى فإنه ينقص قيمته بالنكاح ويستحق كسبه في المهر والنفقة فزال المنع بإذنه .

فإن عقد النكاح بغير ولي وحكم به الحاكم فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الإصطخري: أنه ينقض حكمه ، لأنه مخالف لنص الخبر وهو ما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له فإن أصابها فلها مهرها بما استحلت من فرجها» . والثاني: لا ينقض ، وهو الصحيح ، لأنه مختلف فيه فلم ينقض فيه حكم الحاكم كالشفعة للجار ، وأما الخبر فليس بنص لأنه محتمل للتأويل فهو كالخبر في شفعة الجار . فإن وطئها الزوج قبل الحكم بصحته لم يجب عليه الحد . وقال أبو بكر الصيرفي: إن كان الزوج شافعيًا يعتقد تحريمه وجب عليه الحد كما لو وطئ امرأة في فراشه وهو يعلم أنها أجنبية . والمذهب: الأول ، لأنه وطئ مختلف في إباحته فلم يجب به الحد كالوطء في النكاح بغير شهود ، ويخالف من وطئ امرأة في فراشه وهو يعلم أنها أجنبية لأنه لا شبهة له في وطئها . وإن طلقها لم يقع الطلاق . وقال أبو إسحق: يقع ، لأنه نكاح مختلف في صحته فوقع فيه الطلاق كنكاح المرأة في عدة أختها . والمذهب: الأول ، لأنه طلاق في غير ملكه فلم يصح كما لو طلق أجنبية .

فصل وإن كانت المنكوحه أمة فوليتها مولاها لأنه عقد على منفعتها فكان إلى المولى كالإجارة . وإن كانت الأمة لإمرأة زوجها من يزوج

مولاتها، لأنه نكاح في حقها فكان إلى وليها كنيكاحها. ولا يزوجها الولي إلا بإذنها، لأنه تصرف في منفعتها فلم يجوز من غير إذنها. فإن كانت المولاة غير رشيدة نظرت: فإن كان وليها غير الأب والجد لم يملك تزويجها، لأنه لا يملك التصرف في مالها. وإن كان الأب أو الجد ففيه وجهان أحدهما: لا يملك، لأن فيه تغريرا بمالها لأنها ربما حبلت وتلفت. والثاني وهو قول أبي إسحق: أنه يملك تزويجها، لأنها تستفيد به المهر والنفقة واسترقاق ولدها.

وإن كانت المنكوحه حرة فوليتها عصباتها. وأولاهم: الأب ثم الجد ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم، لأن الولاية في النكاح تثبت لدفع العار عن النسب، والنسب إلى العصابات. فإن لم يكن لها عصبه زوجها المولى المعتمق ثم عصبه المولى ثم مولى المولى ثم عصبته، لأن الولاء كالنسب في التعصيب فكان كالنسب في التزويج. فإن لم يكن فوليتها السلطان، لقوله ﷺ: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له». ولا يزوج أحد من الأولياء وهناك من هو أقرب منه، لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث. وإن استوى اثنان في الدرجة وأحدهما يدلي بالأبوين والآخر بأحدهما كأخوين أحدهما من الأب والأم والآخر من الأب ففيه قولان قال في القديم: هما سواء لأن الولاية بقراءة الأب وهما في قرابة الأب سواء. وقال في الجديد: يقدم من يدلي بالأبوين، لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم من يدلي بالأبوين على من يدلي بأحدهما كالميراث. فإن استويا في الدرجة والإدلاء فالمستحب أن يقدم أسنهما وأعلمهما وأورعهما، لأن الأسن أخبر، والأعلم أعرف بشروط العقد، والأورع أحرص على طلب الحظ. فإن زوج الآخر صح، لأن ولايته ثابتة.

وإن تشاحا أقرع بينهما، لأنهما تساويا في الحق فقدم بالقرعة كما لو أراد أن يسافر بإحدى المرأتين. فإن خرجت القرعة لأحدهما فزوج الآخر ففيه وجهان أحدهما: يصح، لأن خروج القرعة لأحدهما لا يبطل ولاية الآخر. والثاني: لا يصح، لأنه يبطل فائدة القرعة].

الشرح: حديث أبي هريرة رواه ابن ماجه والدارقطني والبيهقي ولفظه: «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها»<sup>(١)</sup> قال ابن حجر: رجاله ثقات، وفي لفظ للدارقطني «كنا نقول التي تزوج نفسها هي الزانية»، قال ابن حجر: فتبين أن هذه الزيادة من قول أبي هريرة، وكذلك رواها البيهقي موقوفة في طريق ورواها مرفوعة في أخرى. أما حديث عائشة فرواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي وحسنه<sup>(٢)</sup>، وقد أعل بالارسال وتكلم فيه بعضهم من جهة أن ابن جريج قال: ثم لقيت الزهري فسألته عنه فأنكره، وقد أعل ابن حبان وابن عدي وابن عبد البر والحاكم وغيره الحكاية عن ابن جريج بانكار الزهري، وعلى تقدير الصحة لا يلزم نسيان الزهري له أن يكون سليمان بن موسى - وهو راويه عن الزهري - قد وهم فيه. ويؤيد هذا الحديث حديث أبي موسى الأشعري «لا نكاح إلا بولي»<sup>(٣)</sup>.

وأما الأحكام فحديث «لا نكاح إلا بولي»، هل يعد النفي فيه متوجها إلى الذات الشرعية، لأن الذات الموجودة أعني صورة العقد بدون ولي ليست بشرعية أم يتوجه إلى الصحة التي هي أقرب المجازين إلى الذات فيكون النكاح بغير ولي باطلا كما هو مصرح به في حديث عائشة وكما يدل عليه حديث أبي هريرة، لأن النهي يدل على الفساد والمرادف للبطلان. وقد ذهب إلى هذا علي وعمر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة وعائشة والحسن البصري وابن المسيب وابن شبرمة وابن أبي ليلي والعترة وأحمد واسحاق والشافعي وجمهور أهل العلم فقالوا: لا يصح العقد بدون

(١) أخرجه ابن ماجه في النكاح (١/٦٠٦) وكذا البيهقي (٧/١١٠) والدارقطني (٣/٢٢٧) فيه، وقال الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ١٥٢٧: صحيح دون جملة الزانية.

(٢) أخرجه الترمذي في النكاح (٣/٤٠٨) وكذا أبو داود (٥٦٦ - ٢/٥٦٨) وابن ماجه (١/٦٩٥) فيه، وقال الترمذي: هذا حديث حسن، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ١٥٢٤.

(٣) أخرجه الترمذي في النكاح (٣/٤٠٧) وكذا أبو داود (٢/٥٦٨) وابن ماجه (١/٦٠٥)، وصححه الألباني في صحيح الترمذي برقم ٨٧٩.

ولي، وقال ابن المنذر: إنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك. وحكى في البحر عن أبي حنيفة أنه لا يعتبر الولي مطلقاً لحديث «الثيب أحق بنفسها من وليها»<sup>(١)</sup>. وأجيب بأن المراد اعتبار الرضى منها جمعاً بين الأخبار.

وعن أبي يوسف ومحمد: للولي الخيار في غير الكفء وتلزمه الإجازة في الكفء. وعن مالك: يعتبر الولي في الربيعة دون الوضيعة. وأجيب عن ذلك بأن الأدلة لم تفصل. وعن الظاهرية: أنه يعتبر في البكر فقط. وأجيب عنه بأن الأدلة لم تفرق<sup>(٢)</sup>. وقال أبو ثور: يجوز لها أن تزوج نفسها بإذن وليها أخذاً بمفهوم قوله: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها». ويجاب عن ذلك بحديث أبي هريرة الذي ساقه المصنف في أول الفصل<sup>(٣)</sup>.

فرع إذا تزوج الرجل امرأة من نفسها ثم ترافعا إلى حاكم شافعي

---

(١) أخرجه مسلم في النكاح (٩/٢٠٤) والترمذي (٣/٤١٦) وأبو داود (٢/٥٧٧) والنسائي (٦/٨٤) وابن ماجه (١/٦٠١) وأحمد (١/٢١٩) من حديث ابن عباس.

ووجه الدلالة من هذا الحديث عند الأحناف ما قاله الزيلعي في نصب الراية (٣/١٨٢): ووجهه أنه شارك بينها وبين الولي ثم قدمها بقوله أحق، وقد صح العقد منه فوجب أن يصح منها انتهى قلت: كلمة أحق يراد بها الأحقية في اختيار الزوج والرضا به فليس للولي أن يكرهها على الزوج بمن لا تحب، وسياق الحديث يدل على أنه ورد في قضية استئذان المرأة في بضعها وليس فيه تعرض لقضية الولاية في النكاح، وأما الأحاديث الواردة في ولاية النكاح فقد جاءت صريحة في منع المرأة من تولي النكاح، فيقدم النص الصريح الوارد في بابه على النص المحتمل الوارد في غير بابه. ثم إن الأحناف رحمهم الله لم يقصروا ولاية المرأة في النكاح على الثيب عملاً بما فهموه من هذا الحديث بل عدوه إلى البكر، وهذا يرجع على استدلالهم بالنقض.

(٢) بل حديث «الثيب أحق بنفسها من وليها» محتمل للتفريق بين الثيب والبكر في ولاية النكاح، وهذا الحديث وإن لم يقو بدلالته على معارضة النهي الصريح في أحاديث الباب إلا أن لقول الظاهرية في التفريق مستند من الحديث ولا يمكن جملة في الرد مع السابقين.

(٣) نهى المرأة عن تولي عقد النكاح دلّ عليه حديث أبي هريرة بمنطوق اللفظ، وأما جواز توليها للعقد بإذن وليها فقد دلّ عليه حديث عائشة بالمفهوم، والقاعدة عند الأصوليين أن المنطوق يقدم على المفهوم.

نظرت: فإن كانا لم يترافعا إلى حاكم حنفي قبله حكم الشافعي بفساده وفرق بينهما لأنه يعتقد بطلانه. وإن كانا قد ترافعا قبله إلى حاكم حنفي فحكم بصحته، فهل ينقض الشافعي حكمه؟ فيه وجهان ذكرهما المصنف.

وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [ولا يجوز للابن أن يزوج أمه بالبنوة، لأن الولاية تثبت للأولياء لدفع العار عن النسب ولا نسب بين الابن والأم. وإن كان للابن تعصيب بأن كان ابن ابن عمها جاز له أن يزوج، لأنهما يشتركان في النسب. فإن كان لها ابنا ابن عم أحدهما ابنتها، فعلى القولين في أخوين أحدهما من الأب والأم والآخر من الأب.

**فصل** ولا يجوز أن يكون الولي صغيراً ولا مجنوناً ولا عبداً، لأنه لا يملك العقد لنفسه فلا يملكه لغيره. واختلف أصحابنا في المحجور عليه لسفه، فمنهم من قال: يجوز أن يكون ولياً، لأنه إنما حجر عليه في المال خوفاً من إضاعته وقد أمن ذلك في تزويج ابنته فجاز له أن يعقد كالمحجور عليه للفلس. ومنهم من قال: لا يجوز، لأنه ممنوع من عقد النكاح لنفسه فلم يجز أن يكون ولياً لغيره.

ولا يجوز أن يكون فاسقاً على المنصوص، لأنها ولاية فلم تثبت مع الفسق كولاية المال. ومن أصحابنا من قال: إن كان أباً أو جداً لم يجز وإن كان غيرهما من العصبات جاز، لأنه يعقد بالإذن فجاز أن يكون فاسقاً كالوكيل. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان أحدهما: لا يجوز لما ذكرناه. **والثاني:** يجوز، لأنه حق يستحق بالتعصيب فلم يمنع منه الفسق كالميراث والتقدم في الصلاة على الميت.

وهل يجوز أن يكون أعمى؟ فيه وجهان أحدهما: يجوز، لأن شعيباً عليه السلام كان أعمى وزوج ابنته من موسى صلى الله على نبينا وعليهم وسلم. **والثاني:** لا يجوز، لأنه يحتاج إلى البصر في اختيار الزوج.

ولا يجوز للمسلم أن يزوج ابنته الكافرة ولا للكافر أن يزوج ابنته المسلمة، لأن الموالاة بينهما منقطعة، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ

وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ<sup>(١)</sup> وقوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ<sup>(٢)</sup> ولهذا لا يتوارثان.

ويجوز للسلطان أن يزوج نساء أهل الذمة، لأن ولايته تعم المسلمين وأهل الذمة. ولا يجوز للكافر أن يزوج أمته المسلمة. وهل يجوز للمسلم أن يزوج أمته الكافرة؟ فيه وجهان أحدهما: يجوز، وهو قول أبي إسحق وأبي سعيد الإصطخري وهو المنصوص، لأنها ولاية مستفادة بالملك فلم يمنع منها اختلاف الدين كالولاية في البيع والإجارة. والثاني: لا يجوز، وهو قول أبي القاسم الداركي، لأنه إذا لم يملك تزويج الكافرة بالنسب فلأن لا يملك بالملك أولى].

**الشرح:** قال الشافعي رضي الله عنه: ولا يزوج المرأة ابنها إلا أن يكون عصبه، وبيان ذلك أن الابن لا ولاية له على أمه في النكاح من جهة البنوة. وقال مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل واسحاق رحمهم الله تعالى: يثبت له عليها ولاية النكاح بالبنوة<sup>(٣)</sup>.

**فرع المشهور في مذهبنا:** أن الفاسق لا يصح أن يكون ولياً في النكاح بحال، لما روي أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي»<sup>(٤)</sup> وروي عن ابن عباس أنه قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل»<sup>(٥)</sup> ولا مخالف له، والمرشد من أسماء المدح والفاسق ليس بممدوح. وذهب أبو حنيفة ومالك

(١) التوبة: ٧.

(٢) الأنفال: ٧٣.

(٣) واستدلوا لقولهم هذا بحديث أم سلمة حين أرسل إليها النبي ﷺ يخطبها فقالت: ليس أحد من أوليائي شاهد، فقال رسول الله ﷺ: ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك، فقالت لابنها: يا عمر قم فزوج رسول الله ﷺ فزوجه الحديث وقد أخرجه النسائي في النكاح (٦/٨٢) وضعفه الألباني في الارواء (٦/٢٢٠).

(٤) سبق آنفاً تخريجه.

(٥) أخرجه البيهقي (٧/١٢٤) موقوفاً على ابن عباس ومرفوعاً إلى النبي ﷺ وقال: والصحيح الموقوف. وقال الحافظ في الفتح (٩/١٩١) وأخرجه الطبراني بإسناد حسن عن ابن عباس لا نكاح إلا بولي مرشد أو سلطان. ١٠٦.

إلى أن الفاسق ولي في النكاح بكل حال لقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَبْنَاءَ مِنكُمُ﴾ وهذا خطاب للأولياء ولم يفرق بين العدل والفاسق. وأما الآية التي استدلوها بها فلا نسلم أنها تنصرف إلى الفاسق لأنه ليس بولي عندنا، فإن سلمنا فإن عمومها مخصص بالخبر.

فرع قال الشافعي رضي الله عنه: وولي الكافرة كافر، ولا يكون المسلم ولي الكافرة إلا على أمته، وبيان ذلك أنه إذا كان للكافر ابنة مسلمة فإنه لا ولاية له عليها، فإن كان لها ولي مسلم زوجها وإلا زوجها الحاكم لقوله تعالى. وروي أن النبي ﷺ لما أراد أن يتزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان، وكانت مسلمة وأبو سفيان لم يسلم، وكل النبي ﷺ عمرو بن أمية الضمري فتزوجها من ابن عمها خالد بن سعيد بن العاص وكان مسلماً. وإن كان للمسلم ابنة كافرة فلا ولاية له عليها، فإن كان لها ولي كافر زوجها وإن لم يكن لها ولي كافر زوجها الحاكم لقوله ﷺ: «فالسُلطان ولي من لا ولي له» ولم يفرق بين المسلم وغيره، ولأن ولايته عامة فدخل فيها المسلم والكافر.

وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن خرج الولي عن أن يكون من أهل الولاية بفسق أو جنون انتقلت الولاية إلى من بعده من الأولياء، لأنه بطلت ولايته فانتقلت الولاية إلى من بعده كما لو مات. فإن زال السبب الذي بطلت به الولاية عادت الولاية لزوال السبب الذي أبطل ولايته. فإن زوجها من انتقلت إليه قبل أن يعلم بعود ولاية الأول ففيه وجهان بناء على القولين في الوكيل إذا باع ما وكل في بيعه قبل أن يعلم بالعزل. وإن دعت المنكوحة إلى كفاء فعزلها الولي زوجها السلطان، لقوله ﷺ: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»، ولأنه حق توجه عليه تدخله النيابة فإذا امتنع قام السلطان مقامه، كما لو كان عليه دين فامتنع من أدائه.

وإن غاب الولي إلى مسافة تقصر فيها الصلاة زوجها السلطان، ولم يكن لمن بعده من الأولياء أن يزوج لأن ولاية الغائب باقية، ولهذا لو

زوجها في مكانه صح العقد وإنما تعذر من جهته فقام السلطان مقامه، كما لو حضر وامتنع من تزويجها. فإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان أحدهما: لا يجوز تزويجها إلا بإذنه، لأنه كالحاضر. والثاني: يجوز للسلطان أن يزوجه، لأنه تعذر استئذانه فأشبهه إذا كان في سفر بعيد. ويستحب للحاكم إذا غاب الولي وصار التزويج إليه أن يأذن لمن تنتقل الولاية إليه ليزوجه ليخرج من الخلاف، فإن عند أبي حنيفة أن الذي يملك التزويج هو الذي تنتقل الولاية إليه].

**الشرح:** إذا كان للمرأة وليان أحدهما أقرب من الآخر فإن الولاية للأقرب، فإن زوجها من بعده لم يصح، وقال مالك: يصح. وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [ويجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضاها صغيرة كانت أو كبيرة، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الطيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها في نفسها» فدل على أن الولي أحق بالبكر. وإن كانت بالغة فالمستحب أن يستأذنها للخبر وإذنها صماتها، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الأيّم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها» ولأنها تستحي أن تأذن لأبيها بالنطق فجعل صماتها إذنا. ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبلغ وتأذن، لما روى نافع أن عبد الله بن عمر رضي الله عنه تزوج بنت خاله عثمان بن مظعون فذهبت أمها إلى رسول الله ﷺ وقالت: إن ابنتي تكره ذلك، فأمره رسول الله ﷺ أن يفارقها وقال: «لا تنكحوا اليتامى حتى تستأموهن فإن سكتن فهو إذهن»، فتزوجت بعد عبد الله المغيرة بن شعبة» ولأنه ناقص الشفقة ولهذا لا يملك التصرف في مالها بنفسه، ولا يبيع مالها من نفسه، فلا يملك التصرف في بضعها بنفسه. فإن زوجها بعد البلوغ ففي إذنها وجهان أحدهما: أن إذنها بالنطق، لأنه لما افتقر تزويجها إلى إذنها افتقر إلى نطقها بخلاف الأب والجد. والثاني وهو المنصوص في الإملاء وهو الصحيح: أن إذنها بالسكوت لحديث نافع.

وأما الثيب فإنها إن ذهبت بكارتها بالوطء، فإن كانت بالغة عاقلة لم يجز لأحد تزويجها إلا بإذنها، لما روت خنساء بنت خدام الأنصارية أن أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فذكرت لرسول الله ﷺ فرد نكاحها. وإذنها بالنطق، لحديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها» فدل على أن إذن الثيب بالنطق. وإن كانت صغيرة لم يجز تزويجها حتى تبلغ وتأذن، لأن إذنها معتبر في حال الكبر فلا يجوز الافتيات عليها في حال الصغر.

وإن كانت مجنونة جاز للأب والجد تزويجها صغيرة كانت أو كبيرة، لأنه لا يرجى لها حال تستأذن فيها. ولا يجوز لسائر العصابات تزويجها، لأن تزويجها إجبار وليس لسائر العصابات غير الأب والجد ولاية الإجماع. فأما الحاكم فإنها إن كانت صغيرة لم يملك تزويجها، لأنه لا حاجة بها إلى النكاح، وإن كانت كبيرة جاز له تزويجها إن رأى ذلك، لأنه قد يكون في تزويجها شفاء لها.

وإن ذهبت بكارتها بغير الوطء ففيه وجهان أحدهما: أنها كالموطوءة لعموم الخبر. والثاني وهو المذهب: أنها تزوج تزويج الأبكار، لأن الثيب إنما اعتبر إذنها لذهاب الحياء بالوطء والحياء لا يذهب بغير الوطء.

**فصل** وإن كانت المنكوحة أمة فللمولى أن يزوجه بكرا كانت أو ثيبا صغيرة كانت أو كبيرة عاقلة كانت أو مجنونة، لأنه عقد يملكه عليها بحكم الملك فكان إلى المولى كالأجارة. وإن دعت الأمة المولى إلى النكاح، فإن كان يملك وطأها لم يلزمه تزويجها لأنه يبطل عليه حقه من الاستمتاع، وإن لم يملك وطأها ففيه وجهان أحدهما: لا يلزمه تزويجها، لأنه تنقص قيمتها بالنكاح. والثاني: يلزمه، لأنه لا حق له في وطئها. وإن كانت مكاتبة لم يملك السيد تزويجها بغير إذنها، لأنه لا حق له في منفعتها. فإن دعت السيد إلى تزويجها ففيه وجهان أحدهما: يجبر، لأنها تستعين بالمهر والنفقة على الكتابة. والثاني: لا يجبر، لأنها ربما عادت إليه وهي ناقصة بالنكاح].

الشرح: حديث ابن عباس رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن<sup>(١)</sup>.

وحديث خنساء بنت خدام أخرجه أحمد والبخاري وأصحاب السنن<sup>(٢)</sup>.

أما قصة زواج عبد الله بن عمر من ابنة خاله فقد أخرجها أحمد والدارقطني عن ابن عمر بلفظ: «توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خولة بنت حكيم وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون، قال عبدالله: وهما خلاي فخطبت إلى قدامة بن مظعون ابنة عثمان بن مظعون فزوجنيها، ودخل المغيرة بن شعبة يعني إلى أمها فأرغبها في المال فحطت إليه وحطت الجارية إلى هوى أمها فأبتا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله ﷺ فقال قدامة بن مظعون: يا رسول الله ابنة أخي أوصى بها إلي فزوجتها ابن عمتها فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة ولكنها امرأة وإنما حطت إلى هوى أمها، قال: فقال رسول الله ﷺ: «هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها»، قال: فانتزعت والله مني بعد أن ملكتها فزوجوها المغيرة بن شعبة<sup>(٣)</sup> وقد أورده الحافظ في التلخيص وسكت عنه وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: ورجال أحمد ثقات<sup>(٤)</sup>.

أما الأحكام فلا يخلو حال المراد زواجها من أن تكون حرة أو أمة. فإن كانت حرة نظرت: فإن كانت عاقلة فلا تخلو إما أن تكون بكرًا أو ثيبًا، فإن كانت بكرًا فلا يخلو إما أن تكون صغيرة أو كبيرة. فإن كانت صغيرة جاز للأب تزويجها بغير إذنها بغير خلاف. والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي بَسَنَ مِنَ الْمَجِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أُرْتَبَتْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ<sup>(٥)</sup> وتقديره وكذلك عدة اللائي لم يحضن، وإنما يجب على الزوجة

(١) سبق تخريجه في ص: (٢٧١٥).

(٢) أخرجه البخاري في النكاح (٩/١٩٤) وكذا النسائي (٦/٨٦) وأبو داود (٢/٥٧٩) وابن ماجه (١/٦٠٢) فيه.

(٣) أخرجه البيهقي (٧/١١٣) والدارقطني (٣/٢٣٠) وأحمد (٢/١٣٠) والحاكم (٢/١٦٧) وصححه ووافقه الذهبي.

(٤) المجمع (٤/٢٨٠).

(٥) الطلاق: ٤.

الإعتداد من الطلاق بعد الوطاء، فدل على أن الصغيرة التي لم تحض يصح نكاحها، ولا جهة يصح نكاحها معها إلا أن يزوجها أبوها. وروت عائشة رضي الله عنها قالت: تزوجني رسول الله ﷺ وأنا ابنة سبع سنين ودخل بي وأنا ابنة تسع سنين، ومعلوم أنه لم يكن لإذنها حكم في تلك الحال، فعلم أن أباهما زوجها بغير إذنها، فيجوز للأب والجد إجبارها على النكاح ولا يجوز لغيرهما من الأولياء تزويجها قبل أن تبلغ. وقال مالك: لا يجوز للجد. وقال أبو حنيفة: يجوز للأب والجد وسائر العصابات وللحاكم إجبارها على النكاح إلا أنه إذا زوجها غير الأب والجد ثبت لها الخيار في فسخ النكاح إذا بلغت. دليلنا على مالك أن للجد ولادة وتعصيا فجاز له إجبار البكر كالأب. وعلى أبي حنيفة بما روى ابن عمر من زواجه بابنة خاله عثمان بن مظعون وقول النبي ﷺ «إنها يتيمة وإنها لا تنكح إلا بإذنها». إذا ثبت هذا قال الشافعي رضي الله عنه: استحب للأب أن لا يزوجه حتى تبلغ لتكون من أهل الإذن، لأنه يلزمها بالنكاح حقوق.

فإن كانت البكر بالغاً فللأب والجد إجبارها على النكاح وإن أظهرت الكراهية، وبه قال ابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق. وقال مالك: للأب إجبارها دون الجد. وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي: لا يجوز لأحد إجبارها. دليلنا على مالك ما ذكرناه في البكر الصغيرة.

وعلى أبي حنيفة قوله ﷺ: «الطيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها» فلما جعل النبي ﷺ الطيب أحق بنفسها من وليها دل على أن الولي أحق بالبكر<sup>(١)</sup>.

(١) هذا استدلال بالمفهوم وقد ورد في الحديث ذاته ما يرد هذا الاستدلال وهو قوله ﷺ عقب هذه الجملة «... والبكر تستأذن في نفسها». ويدل على وجوب استئذان البكر في الزواج وأنها لا تزوج إلا بإذنها قوله ﷺ: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن» وقد أخرجه البخاري (٩/١٩١) ومسلم (٩/٢٠٢) من حديث أبي هريرة، ويؤيده ما ورد في سنن أبي داود (٢/٥٧٦) وابن ماجه (١/٦٠٣) عن ابن عباس: «أن جارية بكرا أتت رسول الله ﷺ فذكرت له أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ» وهذا الحديث نص في محل النزاع وقد صححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٨٤٥.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف .

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن كان ولي المرأة ممن يجوز له أن يتزوجها كابن عم والمولى المعتق لم يجز أن يزوجه من نفسه فيكون موجبا قابلا، لأنه يملك الإيجاب بالإذن فلم يجز أن يملك شطري العقد كالوكيل في البيع. فإن أراد أن يتزوجها فإن كان هناك من يشاركه في الولاية زوجها منه، وإن لم يكن من يشاركه في الولاية زوجها الحاكم منه .

وإن أراد الإمام أن يتزوج امرأة لا ولي لها غيره ففيه وجهان أحدهما: أن له أن يزوجه من نفسه، لأنه إذا فوض إلى غيره كان غيره وكيفا له والوكيل قائم مقامه فكان إيجابه كإيجابه. **والثاني:** يرفعه إلى حاكم ليزوجهها منه، لأن الحاكم يزوج بولاية الحكم فيصير كما لو زوجها منه ولي، ويخالف الوكيل لأنه يزوجه بوكالته ولهذا يملك عزله إذا شاء ولا يملك عزل الحاكم من غير سبب وإذا مات انعزل الوكيل ولا ينعزل الحاكم .

وإن كان لرجل ابن ابن و بنت ابن وهما صغيران فزوج بنت الابن بابن الابن ففيه وجهان أحدهما: لا يجوز وهو قول أبي العباس بن القاص، لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدان». **والثاني** وهو قول أبي بكر بن الحداد المصري: أنه يجوز كما يجوز أن يلي شطري العقد في بيع ماله من ابنه، فعلى هذا يحتاج أن يقول زوجت بنت ابني بابن ابني، وهل يحتاج إلى القبول؟ فيه وجهان أحدهما: يحتاج إلى القبول وهو أن يقول بعد الإيجاب: وقبلت نكاحها له، وهو قول أبي بكر بن الحداد، لأنه يتولى ذلك بولائتين فقام فيه مقام الاثنين. **والثاني:** لا يحتاج إلى لفظ القبول وهو قول أبي بكر القفال، لأنه قائم مقام اثنين فقام لفظه مقام لفظين .

**فصل** وإن وكل الولي رجلاً في التزويج فهل يلزمه أن يعين الزوج؟ فيه قولان أحدهما: لا يلزمه، لأن من ملك التوكيل في عقد لم يلزمه تعيين من يعقد معه كالموكل في البيع. **والثاني:** يلزمه، لأن الولي إنما جعل إليه

اختيار الزوج لكمال شفقتة ولا يوجد كمال الشفقة في الوكيل فلم يجعل اختيار الزوج إليه].

الشرح: حديث عائشة أخرجه الدارقطني بلفظ: «لا بد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدين»<sup>(١)</sup> وفي إسناده أبو الخصيب نافع بن ميسرة مجهول. وروى نحوه البيهقي في الخلافات عن ابن عباس موقوفاً وصححه<sup>(٢)</sup>.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف

---

---

### [حكم الكفاءة]

---

---

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز للولي أن يزوج المنكوحه من غير كفاء إلا برضاها ورضى سائر الأولياء، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «تخيروا لنطفكم فأنكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم» ولأن في ذلك إلحاق عار بها وبسائر الأولياء فلم يجز من غير رضاهم.

**فصل** وإن دعت المنكوحه إلى غير كفاء لم يلزم الولي تزويجها، لأنه يلحقه العار. فإن رضيا جميعا جاز تزويجها، لما روت فاطمة بنت قيس قالت: أتيت النبي ﷺ فأخبرته أن أبا الجهم يخطبني ومعاوية فقال: «أما أبو الجهم فأخاف عليك عصاه وأما معاوية فشاب من شباب قريش لا شيء له ولكني أدلك على من هو خير لك منهما»، قلت: من يا رسول الله؟ قال: أسامة، قلت: أسامة، قال: نعم أسامة، فتزوجت أبا زيد فبورك لأبي زيد في وبورك لي في أبي زيد» وقال عبدالرحمن بن مهدي: أسامة من الموالي وفاطمة قرشية، ولأن المنع من نكاح غير الكفاء لحقهما فإذا رضيا زال المنع.

فإن زوجت المرأة من غير كفاء من غير رضاها أو من غير رضا سائر الأولياء، فقد قال في الأم: النكاح باطل. وقال في الإملاء: كان للباقين

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/٢٢٥) وقال: أبو الخصيب مجهول.

(٢) انظر التلخيص الحبير (٣/١٨٧).

الرد، وهذا يدل على أنه صحيح. فمن أصحابنا من قال: فيه قولان أحدهما: أنه باطل، لأنه عقد في حق غيره من غير إذن فبطل كما لو باع مال غيره بغير إذنه. والثاني: أنه صحيح ويثبت فيه الخيار، لأن النقص يوجب الخيار دون البطلان كما لو اشترى شيئاً معيباً. ومنهم من قال: العقد باطل قولاً واحداً لما ذكرناه، وتأول قوله في الإملاء على أنه أراد بالرد المنع من العقد. ومنهم من قال: إن عقد وهو يعلم أنه ليس بكفء بطل العقد كما لو اشترى الوكيل سلعة وهو يعلم بعيبها، وإن لم يعلم صح العقد وثبت الخيار كما لو اشترى الوكيل سلعة ولم يعلم بعيبها، وحمل القولين على هذين الحالين].

**الشرح:** حديث عائشة أوردته السيوطي في الجامع الصغير مرموزاً له بابن ماجه والبيهقي والحاكم<sup>(١)</sup>، وقد رده الذهبي، وقال ابن حجر في الفتح: أخرجه ابن ماجه وصححه الحاكم من حديث عائشة وأخرجه أبو نعيم من حديث عمر أيضاً وفي إسناده مقال ويقوى أحد الإسنادين بالآخر<sup>(٢)</sup>. وأما حديث فاطمة بنت قيس فقد أخرجه أحمد ومسلم وأصحاب السنن<sup>(٣)</sup>.

وأما الأحكام فليس للولي أن يزوج المرأة من غير كفؤ إلا برضاها ورضا سائر الأولياء لحديث عائشة. والأولياء الذين يعتبر رضاهم في نكاح المرأة من غير كفؤ هم كل من كان ولياً للعقد حال التزويج، فأما من يجوز أن تنتقل إليه الولاية فلا يعتبر رضاه. فإن دعت المرأة وليها أن يزوجه من

(١) أخرجه ابن ماجه في النكاح (١/٦٣٣) والبيهقي (٢/١٦٣) والحاكم (٢/١٦٣) وقال: صحيح الاسناد، ولم يوافقه الذهبي فقال: الحارث متهم وعكرمة ضعفوه. والحديث حسنه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ١٦٠٢.

(٢) فتح الباري: النكاح: باب إلى من ينكح وأي النساء خير (٩/١٢٥)، ومنه نقلت الكلام لتحريف ورد في المطبوعة.

(٣) أخرجه مسلم في الطلاق: باب المطلقة البائن لا نفقة لها (١٠/١٠٥) وكذا أبو داود (٧١٢ - ٧١٣/٢) فيه والنسائي في النكاح (٦/٧٤) وكذا الترمذي (٤٤١ - ٤٤٢/٣) فيه.

غير كفؤ فامتنع لم يجبر على ذلك. وأما إن دعتة إلى تزويجها من كفؤ فيجب عليه إجابتها ولو كان بأقل من مهر مثلها، فإن زوجها وإلا زوجها الحاكم، لأن المهر حق لها ولا عار على الولي بذلك فلم يكن له حق الاعتراض عليها.

**قال المصنف رحمه:** [والكفاءة في الدين والنسب والحرية والصنعة. فأما الدين فهو معتبر، فالفاسق ليس بكفء للعفيفة، لما روى أبو حاتم المزني أن رسول الله ﷺ قال: «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض». وأما النسب فهو معتبر، فالأعجمي ليس بكفء للعربية، لما روي عن سلمان رضي الله عنه أنه قال: لا نؤمكم في صلاتكم ولا ننكح نساءكم. وغير القرشي ليس بكفء للقرشية، لقوله ﷺ: «قدموا قريشا ولا تتقدموها»<sup>(١)</sup>. وهل تكون قريش كلها أكفاء؟ فيه وجهان أحدهما: أن الجميع أكفاء كما أن الجميع في الخلافة أكفاء. والثاني: أنهم يتفاضلون، فعلى هذا غير الهاشمي والمطلبي ليس بكفء للهاشمية والمطلبية، لما روى واثلة بن الأسقع أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله اصطفى كنانة من بني إسماعيل واصطفى من كنانة قريشا واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم». وأما بنو هاشم وبنو المطلب فهم أكفاء، لأن النبي ﷺ سوى بينهم في الخمس وقال: «إن بني هاشم وبني عبدالمطلب شيء واحد»<sup>(٢)</sup>.

وأما الحرية فهي معتبرة، فالعبد ليس بكفء للحرية، لقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ وَمَن رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا

(١) أخرجه الشافعي في الأم: باب صفة الأئمة (١/١٨٨) عن الزهري أنه بلغه أن رسول ﷺ قال فذكره. وعزاه السيوطي في الجامع الصغير للبخاري من حديث علي، وله طرق كثيرة أشار الحافظ في التلخيص إلى بعضها (٢/٣٧)، والحديث صححه الألباني في صحيح الجامع برقم ٤٣٨٤.

(٢) أخرجه البخاري في المناقب: باب مناقب قريش (٦/٥٣٣) وأبو داود في الخراج (٣/٣٨٢) من حديث جبير بن مطعم.

فَهُوَ يُفِئِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ يَسْتَوُونَ ﴿١﴾ ولأن الحرية يلحقها العار بكونها تحت عبد. وأما الصنعة فهي معتبرة فالحائك ليس بكفء للبزاز، والحجام ليس بكفء للخراز، لأن الحياكة والحجامة يسترذل أصحابها. واختلف أصحابنا في اليسار، فمنهم من قال: يعتبر بالفقير ليس بكفء للموسرة، لما روى سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الحسب المال والكرم التقوى» ولأن نفقة الفقير دون نفقة الموسر. ومنهم من قال: لا يعتبر، لأن المال يروح ويغدو ولا يفتخر به ذوو المروءات ولهذا قال الشاعر:

غنينا زمانا بالتصعلك والغنى وكلا سقانا بكأسيهما الدهر  
فما زادنا بغيا على ذي قرابة غنانا ولا أزرى بأحسابنا الفقر].

**الشرح:** حديث أبي حاتم المزني رواه الترمذي وقال: حديث حسن غريب<sup>(٢)</sup>. ونقل المناوي عن البخاري أنه لم يعده محفوظا، وعده أبو داود في المراسيل، وأعله ابن القطان بالإرسال وضعف راويه. وأبو حاتم المزني له صحبة ولا يعرف له عن النبي ﷺ غير هذا الحديث، وقد أخرجه الترمذي أيضاً من حديث أبي هريرة<sup>(٣)</sup>. وأما قول سلمان فقد مضى الإشارة إليه في الامامة. وحديث وائلة بن الأسقع أخرجه مسلم<sup>(٤)</sup>. وحديث سمرة أخرجه أحمد والترمذي وصححه هو والحاكم<sup>(٥)</sup>.

(١) النحل: ٧٥.

(٢) أخرجه الترمذي (٣/٣٩٥) وقال: هذا حديث حسن غريب، وأبو حاتم المزني له صحبة ولا نعرف له عن النبي ﷺ غير هذا الحديث.

(٣) أخرجه الترمذي (٣/٣٩٥ - ٣٩٤) وابن ماجه (١/٦٣٣) قال الترمذي: قد خولف عبد الحميد بن سليمان (أحد رواة هذا الحديث) في هذا الحديث ورواه الليث بن سعد عن ابن عجلان عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مرسلًا. قال الترمذي: قال محمد (يعني به الإمام البخاري): وحديث الليث أشبه ولم يعد حديث عبد الحميد محفوظا انتهى. وهذا الحديث قد حسنه الألباني في صحيح الترمذي برقم ٨٦٥.

(٤) أخرجه مسلم في أول الفضائل (١٥/٣٦) والترمذي في أول المناقب (٥/٥٨٣).

(٥) أخرجه الترمذي في التفسير: باب ومن سورة الحجرات (٥/٣٩٠) وقال: هذا حديث حسن صحيح غريب، وابن ماجه في الزهد (٢/١٤١٠) والحاكم في النكاح (٢/١٦٣) وصححه. وصححه أيضاً الألباني في صحيح الترمذي برقم ٢٦٠٩.

وأما الأحكام فقد ذكرنا أنه ليس للولي أن يزوج المرأة من غير كفؤ إلا برضاها ورضا سائر الأولياء. فإن زوجت المرأة من غير كفؤ برضاها ورضا سائر الأولياء صح النكاح عندنا، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم. قال الشافعي: ليس نكاح غير الأكفاء حراماً فأرد به النكاح وإنما هو تقصير بالمرأة والأولياء، فإذا رضوا صح ويكون حقاً لهم تركوه، فلو رضوا إلا واحداً فله فسخه. وقال سفيان وأحمد وعبد الملك بن الماجشون: لا يصح النكاح<sup>(١)</sup>.

دليلنا حديث فاطمة بنت قيس واختيار النبي ﷺ لها أسامة بن زيد، وفاطمة قرشية وأسامة مولى رسول الله ﷺ<sup>(٢)</sup>.

فرع وإن دعت المرأة وليها إلى تزويجها برجل وزعمت أنه كفؤ لها، فقال الولي: ليس بكفؤ لها، رفع ذلك إلى الحاكم ونظر فيه: فإن كان كفؤاً لها ألزم الولي تزويجها به فإن امتنع زوجها منه الحاكم، وإن كان ليس بكفؤ لها لم يلزم الولي إجابتها إليه.

وأما فيما تعتبر به الكفاءة فقد فصله المصنف وفي تفصيله كفاية.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن كان للمرأة وليان وأذنت لكل واحد منهما في تزويجها فزوجها كل واحد منهما من رجل نظرت: فإن كان العقدان في وقت واحد أو لم يعلم متى عقدا أو علم أن أحدهما قبل الآخر ولكن لم يعلم عين السابق منهما بطل العقدان، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر. وإن علم السابق ثم نسي وقف الأمر، لأنه قد

(١) هذا القول هو أحد الروایتين عن أحمد وأما الرواية الثانية عنه فقد وافق فيها الجمهور. وهو أيضاً رواية عن أبي حنيفة رواها عنه الحسن بن زياد.

(٢) ودليل الآخرين حديث عائشة السابق «تخيروا لنطفكم فأنكحوا الأكفاء وانكحوا اليهم». قلت: وهذا أمر إرشاد لا يدل على الوجوب فضلاً عن اعتباره شرطاً لصحة العقد إذ ثبت في الروايات الصحيحة زواج القرشيات من الموالى وليسوا لهم بأكفاء مع إقرار النبي ﷺ لهذه العقود بل والتشجيع عليها أحياناً كما في قصة فاطمة بنت قيس.

يتذكر. وإن علم السابق وتعين فالنكاح هو الأول والثاني باطل، لما روى سمرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما»<sup>(١)</sup>.

فإن ادعى كل واحد من الزوجين أنه هو الأول وادعى علم المرأة به، فإن أنكرت العلم فالقول قولها مع يمينها، لأن الأصل عدم العلم. وإن أقرت لأحدهما سلمت إليه، وهل تحلف للآخر؟ فيه قولان أحدهما: لا تحلف، لأن اليمين تعرض على المنكر حتى يقر، ولو أقرت للثاني بعدما أقرت للأول لم يقبل فلم يكن في تحليفها له فائدة. والثاني: تحلف، لأنها ربما نكلت وأقرت للثاني فيلزمها المهر.

فعلى هذا إن حلفت سقط دعوى الثاني، وإن أقرت للثاني لم يقبل رجوعها ويجب عليها المهر للثاني، وإن نكلت رددنا اليمين على الثاني، فإن لم يحلف استقر النكاح للأول، وإن حلف حصل مع الأول إقرار ومع الثاني يمين ونكول المدعى عليه. فإن قلنا إنه كالبينة حكم بالنكاح للثاني لأن البينة تقدم على الإقرار، وإن قلنا إنه بمنزلة الإقرار وهو الصحيح ففيه وجهان أحدهما: يحكم ببطان النكاحين، لأن مع الأول إقرار ومع الثاني ما يقوم مقام الإقرار فصار كما لو أقرت لهما في وقت واحد. والثاني: أن النكاح للأول، لأنه سبق الإقرار له فلم يبطل بإقرار بعده، ويجب عليها المهر للثاني كما لو أقرت للأول ثم أقرت للثاني].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز لولي الصبي أن يزوجه إذا رأى ذلك، لما روي أن عمر رضي الله عنه زوج ابنا له صغيراً<sup>(٢)</sup>، ولأنه يحتاج

(١) هذا الحديث لم يتعرض لتخريجه الشارح، وقد أخرجه الترمذي في النكاح (٣/٤١٨) وقال: حديث حسن، وكذا أبو داود (٢/٥٧١) فيه والنسائي في البيوع (٧/٣١٤)، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٤٤٩.

(٢) المشهور أن ابن عمر زوج ابنا له صغيراً كما أخرجه البيهقي (٧/١٤٣) وغيره ولم أجده عن عمر.

إليه إذا بلغ فإذا زوجه ألف حفظ الفرج. وهل له أن يزوجه بأكثر من امرأة؟  
فيه وجهان أحدهما: لا يجوز، لأن حفظ الفرج يحصل بامرأة. والثاني:  
يجوز أن يزوجه بأربع، لأنه قد يكون له فيه حفظ.

وأما المجنون، فإنه إن كان له حال إفاقة لم يجز تزويجه بغير إذنه،  
لأنه يمكن استئذانه فلا يجوز الافتيات عليه. وإن لم يكن له حال إفاقة  
ورأى الولي تزويجه للعفة أو الخدمة زوجته، لأن له فيه مصلحة.

وأما المحجور عليه لسفه، فإنه إن رأى الولي تزويجه زوجته، لأن  
ذلك من مصلحته. فإن كان كثير الطلاق سراه بجارية، لأنه لا يقدر على  
إعتاقها.

وإن طلب التزويج وهو محتاج إليه فامتنع الولي فتزوج بغير إذنه ففيه  
وجهان أحدهما: أنه لا يصح، لأنه تزوج بغير إذنه فلم يصح منه كما لو  
تزوج قبل الطلب. والثاني: يصح، لأنه حق وجب له يجوز له أن يستوفيه  
بإذن من هو عليه فإذا امتنع جاز له أن يستوفيه بنفسه، كما لو كان له على  
رجل دين وامتنع من أدائه.

وأما العبد، فإنه إن كان بالغاً فهل يجوز لمولاه أن يزوجه بغير رضاه؟  
فيه قولان أحدهما: له ذلك، لأنه مملوك يملك بيعه وإجارته فملك تزويجه  
من غير رضاه كالأمة. والثاني: ليس له ذلك، لأن النكاح معنى يقصد به  
الاستمتاع فلم يملك إجباره عليه كالقسم. وإن كان صغيراً ففيه طريقتان  
أحدهما: أنه على القولين، لأنه تصرف بحق الملك فاستوى فيه الصغير  
والكبير كالبيع والإجارة. والثاني: أنه يملك تزويجه قولاً واحداً، لأنه ليس  
من أهل التصرف فجاز تزويجه كالابن الصغير. وإن دعا العبد البالغ مولاه  
إلى النكاح ففيه قولان أحدهما: يلزمه تزويجه، لأنه مكلف مولى عليه فإذا  
طلب التزويج وجب تزويجه كالسفيه. والثاني: لا يلزمه، لأنه يملك المولى  
بيعه وإجارته فلم يلزمه تزويجه كالأمة. وأما المكاتب فلا يملك المولى  
إجباره على النكاح، لأنه سقط حقه من رقبته ومنفعته. فإن دعا المكاتب  
المولى إلى التزويج، فإن قلنا يجب عليه تزويج العبد فالمكاتب أولى. وإن

قلنا لا يجب عليه تزويج العبد ففي المكاتب وجهان أحدهما: لا يجب، لأنه مملوك فلم يلزمه تزويجه كالعبد. والثاني: يجب، لأنه لا حق له في كسبه بخلاف العبد فإن كسبه للمولى فإذا زوجه بطل عليه كسبه للمهر والنفقة].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

## [حكم الشهادة]

قال المصنف رحمه الله: [ولا يصح النكاح إلا بشاهدين. وقال أبو ثور: يصح من غير شهادة، لأنه عقد فصح من غير شهادة كالبيع. وهذا خطأ، لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدان»، ويخالف البيع فإن القصد منه المال، والقصد من النكاح الاستمتاع وطلب الولد ومبناهما على الاحتياط. ولا يصح إلا بشاهدين ذكرين، فإن عقد برجل وامرأتين لم يصح لحديث عائشة رضي الله عنها.

ولا يصح إلا بعدلين، لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل». فإن عقد بمجهولي الحال ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الإصطخري: أنه لا يصح، لأن ما افتقر ثبوته إلى الشهادة لم يثبت بمجهولين كالإثبات عند الحاكم. والثاني: يصح وهو المذهب، لأننا لو اعتبرنا العدالة الباطنة لم تصح أنكحة العامة إلا بحضرة الحاكم لأنهم لا يعرفون شرط العدالة وفي ذلك مشقة، فاكتمى بالعدالة الظاهرة كما اكتفى في الحوادث في حقهم بالتقليد حين شق عليهم إدراكها بالدليل. فإن عقد بمجهولين ثم بان أنهما كانا فاسقين لم يصح، لأننا حكمنا بصحته في الظاهر فإذا بان خلافه حكم بإبطاله، كما لو حكم الحاكم باجتهاده ثم وجد النص بخلافه. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان بناء على القولين في الحاكم إذا حكم بشهادة شاهدين ثم بان أنهما كانا فاسقين.

وإن عقد بشهادة أعميين ففيه وجهان أحدهما: أنه يصح، لأن الأعمى

يجوز أن يكون شاهداً. والثاني: لا يصح، لأنه لا يعرف العاقد فهو كالأصم الذي لا يسمع لفظ العاقد.

ويصح بشهادة ابني أحد الزوجين، لأنه يجوز أن يثبت النكاح بشهادتهما وهو إذا جحد الزوج الآخر. وهل يصح بشهادة ابنيهما أو بشهادة ابن الزوج وابن الزوجة؟ فيه وجهان أحدهما: يصح، لأنهما من أهل الشهادة. والثاني: لا يصح، لأنه لا يثبت هذا النكاح بشهادتهما بحال.

**فصل** وإذا اختلف الزوجان فقالت الزوجة عقدنا بشاهدين فاسقين وقال الزوج عقدنا بعدلين ففيه وجهان أحدهما أن القول قول الزوج لان الأصل بقاء العدالة والثاني أن القول قول الزوجة لان الأصل عدم النكاح وإن تصادقا على أنهما تزوجا بولي وشاهدين وأنكر الولي والشاهدان لم يلتفت إلى إنكارهم لان الحق لهما دون الولي والشاهدين

**الشرح:** حديثا عائشة<sup>(١)</sup> وابن مسعود<sup>(٢)</sup> رضي الله عنهما مضى تخريجهما في بحث النكاح بولي.

أما الأحكام فإنه لا يصح النكاح إلا بحضرة شاهدين ذكرين عدلين، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس والحسن البصري وابن المسيب والنخعي والشعبي والأوزاعي وأحمد بن حنبل. وقال ابن عمر وابن الزبير وعبد الرحمن بن مهدي وداود وأهل الظاهر: لا يفتقر النكاح إلى الشهادة، وبه قال مالك إلا أنه قال: من شرطه أن لا يتواصوا بكتمانه، وإن تواصوا على كتمانه لم

(١) سبق تخريجه في ص: (٢٧٢٤).

(٢) أخرجه البيهقي (٧/١٢٥) من حديث عمران بن حصين وقال: فيه عبد بن محرز متروك لا يحتج به، وقد قيل عنه عن قتادة عن الحسن عن عمران: عن ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي ﷺ وليس بشيء انتهى. كما أخرجه البيهقي (٧/١٢٥) وابن حبان في صحيحه (٩/٣٨٦) وابن حزم في المحلى بنحوه من حديث عائشة، قال ابن حزم: لا يصح في هذا الباب شيء غير هذا السند وفي هذا كفاية لصحته. وصححه الألباني في صحيح الجامع برقم ٧٥٥٧.

يصح النكاح وإن حضره شهود، وبه قال الزهري<sup>(١)</sup>. وقال أبو حنيفة: من شرطه الشهادة إلا أنه ينعقد بشهادة رجلين فاسقين وعدوين ومحدودين وشاهد وامرأتين. وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

فرع إذا تزوج المسلم كتابية فإنه يتزوجها من وليها الكافر إذا كان عدلا في دينه، ولا يصح إلا بحضرة شاهدين مسلمين عدلين. وقال أحمد: لا يصح أن يتزوجها إلا من المسلم. وقال أبو حنيفة: يتزوجها من وليها الكافر ويصح أن يكون بشهادة كافرين.

## [عقد الزوج]

قال المصنف رحمه الله: [ولا يصح إلا على زوجين معينين، لأن المقصود بالنكاح أعيانها فوجب تعيينهما. فإن كانت المنكوحه حاضرة فقال: زوجتك هذه، صح. وإن قال: زوجتك هذه فاطمة، واسمها عائشة صح، لأن مع التعيين بالإشارة لا حكم للاسم فلم يؤثر الغلط فيه. وإن كانت المنكوحه غائبة فقال: زوجتك ابنتي، وليس له غيرها صح. وإن قال: زوجتك ابنتي فاطمة، وهي عائشة صح، لأنه لا حكم للاسم مع التعيين بالنسب فلم يؤثر الخطأ فيه. وإن كان له اثنتان فقال: زوجتك ابنتي، لم يصح حتى يعينها بالاسم أو بالصفة. وإن قال: زوجتك عائشة، وقبل الزوج ونوى ابنته الصغيرة أو قال زوجتك ابنتي وقبل الزوج ونوى الكبيرة صح، لأنها تعينت بالنية. وإن قال: زوجتك ابنتي، ونوى الكبيرة وقبل الزوج ونوى الصغيرة لم يصح، لأن الإيجاب في امرأة والقبول في أخرى. وإن قال: زوجتك ابنتي عائشة، ونوى الصغيرة وقبل الزوج ونوى الكبيرة

(١) ذهب مالك والزهري وأحمد في رواية وغيرهم إلى عدم اشتراط الشهادة وأن الواجب هو الإعلان، وحجتهم أنه لم يثبت في الشهادة على النكاح حديث، وهي مسألة تعم بها البلوى فلو كانت الشهادة شرطا في النكاح لنقل ذلك عن الصحابة واشتهر بينهم. والذي يبدو لي أن الشهادة على النكاح لا بد منها لورود الحديث في ذلك، وهو وإن كان مختلفا فيه إلا أن الاحتياط لأنكحة المسلمين يقتضي العمل بما فيه، وقد فصلت هذه المسألة بأدلتها ومراجعتها في كتابي أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب.

صح النكاح في عائشة في الظاهر ولم يصح في الباطن، لأن الزوج قبل في غير ما أوجب الولي.

**فصل ويستحب أن يخطب قبل العقد، لما روي عن عبد الله قال:**  
علمنا رسول الله ﷺ خطبة الحاجة: «الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله» قال عبد الله: ثم تصل خطبتك بثلاث آيات «**﴿اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾** **﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾** **﴿اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾**». فإن عقد من غير خطبة جاز، لما روى سهل بن سعد الساعدي أن النبي ﷺ قال للذي خطب الواهبة: «زوجتكها بما معك من القرآن» ولم يذكر الخطبة.

ويستحب أن يدعى لهما بعد العقد، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان إذا رفاً الإنسان إذا تزوج قال: «بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما في خير».

**الشرح:** حديث عبد الله بن مسعود أخرجه الترمذي وحسنه وأبو داود والنسائي والحاكم والبيهقي<sup>(١)</sup>. وحديث سهل بن سعد الساعدي رواه أحمد والبخاري ومسلم<sup>(٢)</sup>. وحديث أبي هريرة أخرجه أبو داود والترمذي وصححه وحسنه وابن ماجه<sup>(٣)</sup>.

(١) أخرجه الترمذي في النكاح (٤١٣ - ٣/٤١٤) وكذا أبو داود (٥٩١ - ٢/٥٩٢) والنسائي (٦/٨٩) وابن ماجه (٦٠٩ - ١/٦١٠) والحاكم (١٨٢ - ٢/١٨٣) والبيهقي (٧/١٤٦) فيه، قال الترمذي: حديث حسن، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٨٦٠.  
(٢) أخرجه البخاري في النكاح (٩/١٨٥) وكذا مسلم (٢١١ - ٩/٢١٤) والترمذي (٣/٤٢١) وأبو داود (٢/٥٨٦) والنسائي (٦/١١٣) وابن ماجه (١/٦٠٨) فيه وأحمد (٥/٣٣٦).

(٣) أخرجه الترمذي (٣/٤٠٠) وأبو داود (٥٩٨ - ٢/٥٩٩) وابن ماجه (١/٦١٤)، قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٨٦٦.

وأما اللغات فقولوه: «رفأً» قال في الفتح: بفتح الراء وتشديد الفاء مهموز، معناه: دعا له. والترفة في الأصل الالتئام يقال: رفأ الفتق لأم خرقة وضم بعضه إلى بعض. وكانت ترفة الجاهلية أن يقال: «بالرفاء والبنين» ثم نهى النبي ﷺ عنها<sup>(١)</sup> وأرشد إلى ما في الأحاديث الواردة.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يصح العقد إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح، لأن ما سواهما من الألفاظ كالتمليك والهبة لا يأتي على معنى النكاح. ولأن الشهادة شرط في النكاح فإذا عقد بلفظ الهبة لم تقع الشهادة على النكاح. واختلف أصحابنا في نكاح النبي ﷺ بلفظ الهبة، فمنهم من قال: لا يصح، لأن كل لفظ لا ينعقد به نكاح غيره لم ينعقد به نكاحه كلفظ الإحلال. ومنهم من قال: يصح، لأنه لما خص بهبة البضع من غير بدل خص بلفظها.

وإن قال: زوجني، فقال: زوجتك، صح، لأن الذي خطب الواهبة من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: زوجنيها، فقال النبي ﷺ: «زوجتكها بما معك من القرآن». وإن قال: زوجتك، فقال: قبلت، ففيه قولان أحدهما: يصح، لأن القبول يرجع إلى ما أوجه الولي كما يرجع في البيع إلى ما أوجه البائع. والثاني: لا يصح، لأن قوله قبلت ليس بصريح في النكاح فلم يصح به، كما لو قال: زوجتك، فقال: نعم.

وإن عقد بالعجمية ففيه ثلاثة أوجه أحدها: لا يصح، لقوله ﷺ: «استحلتم فروجهن بكلمة الله» وكلمة الله بالعربية فلا تقوم العجمية مقامها كالقرآن. والثاني وهو قول أبي سعيد الإصطخري: أنه إن كان يحسن

---

(١) أخرج ابن ماجه (٦١٤ - ٦١٥) عن عقيل بن أبي طالب أنه تزوج امرأة من بني جشم فقالوا: بالرفاء والبنين فقال: لا تقولوا هكذا ولكن قولوا كما قال رسول الله ﷺ «اللهم بارك لهم وبارك عليهم»، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ١٥٤٧.

بالعربية لم يصح وإن لم يحسن صح، لأن ما اختص بلفظ غير معجز جاز بالعجمية عند العجز عن العربية ولم يجز عند القدرة كتكبيرة الصلاة. والثالث وهو الصحيح: أنه يصح سواء أحسن بالعربية أو لم يحسن، لأن لفظ النكاح بالعجمية يأتي على ما يأتي عليه لفظه بالعربية فقام مقامه، ويخالف القرآن فإن القصد منه النظم المعجز وذلك لا يوجد في غيره، والقصد بالتكبيرة العبادة ففرق فيه بين العجز والقدرة كأفعال الصلاة، والقصد بالنكاح تمليك ما يقصد بالنكاح والعجمية كالعربية في ذلك.

فإن فصل بين القبول والإيجاب بخطبة، بأن قال الولي: زوجتك، وقال الزوج: بسم الله والحمد لله والصلاة على رسول الله قبلت نكاحها، ففيه وجهان أحدهما وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني رحمه الله: أنه يصح، لأن الخطبة مأمور بها للعقد فلم تمنع صحته كالتميم بين صلاتي الجمع. والثاني: لا يصح، لأنه فصل بين الإيجاب والقبول فلم يصح كما لو فصل بينهما بغير الخطبة، ويخالف التيمم فإنه مأمور به بين الصلاتين والخطبة مأمور بها قبل العقد.

**فصل** وإذا انعقد العقد لزم ولم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الشرط، لأن العادة في النكاح أنه يسأل عما يحتاج إليه قبل العقد فلا حاجة فيه إلى الخيار بعده والله تعالى أعلم].

**الشرح:** لا ينعقد النكاح عندنا إلا بلفظ النكاح أو التزويج وهما اللفظان اللذان ورد بهما القرآن، وأما لفظ البيع والتمليك والهبة والإجارة وغيرها من الألفاظ فلا ينعقد به النكاح، وبه قال عطاء وابن المسيب والزهري وربيعه وأحمد بن حنبل. وقال أبو حنيفة: ينعقد النكاح بكل لفظ يقتضي التمليك كالبيع والتمليك والهبة والصدقة، وفي لفظ الإجارة عنه روايتان، ولا ينعقد بالإباحة والتحليل. وقال مالك: إن ذكر المهر مع الألفاظ التي تقتضي التمليك انعقد بها النكاح، وإن لم يذكر المهر لم ينعقد بها النكاح.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

## باب ما يحرم من النكاح وما لا يحرم

[من ارتد عن الدين لم يصح نكاحه، لأن النكاح يراد للاستمتاع ولا يوجد ذلك في نكاح المرتد. ولا يصح نكاح الخنثى المشكل، لأنه إن تزوج امرأة لم يؤمن أن يكون امرأة وإن تزوج رجلاً لم يؤمن أن يكون رجلاً. ولا يصح نكاح المحرم، لما بيناه في الحج.]

**فصل ويحرم على الرجل من جهة النسب: الأم والبنت والأخت والعمة والخالة وبنت الأخ وبنت الأخت لقوله عز وجل: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾<sup>(١)</sup>.**

ومن حرم عليه مما ذكرناه بنسب حرم عليه بذلك النسب كل من يدلي به وإن بعد. فتحرم عليه الأم وكل من يدلي بالأمومة من الجدات من الأب والأم وإن علون، وتحرم عليه البنت وكل من ينتسب إليه بالبنة من بنات الأولاد وأولاد الأولاد وإن سفلن، وتحرم عليه الأخت من الأب والأخت من الأم والأخت من الأب والأم، وتحرم عليه العمة وكل من يدلي إليه بالعمومة من أخوات الآباء والأجداد من الأب والأم أو من الأب أو من الأم وإن علون، وتحرم عليه الخالة وكل من يدلي إليه بالخؤولة من أخوات الجدات من الأب والأم أو من الأب أو من الأم وإن علون، وتحرم عليه بنت الأخ وكل من ينتسب إليه ببنة الأخ من بنات أولاده وأولاد أولاده وإن سفلن، وتحرم عليه بنت الأخت وكل من ينتسب إليه ببنة الأخت من أولادها وأولاد أولادها وإن سفلن، لأن الاسم يطلق على ما قرب وبعد. والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَنْبَغِيٰ ءَادَمَ﴾<sup>(٢)</sup>، وقوله تعالى: ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾<sup>(٣)</sup> وقوله سبحانه وتعالى: ﴿مِلَّةَ ءَابَاءِ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾<sup>(٤)</sup>.

(١) النساء: ٢٣.

(٢) الأعراف: ٧.

(٣) الحج: ٧٨.

(٤) يوسف: ٣٨.

فأطلق عليهم اسم الآباء مع البعد، وقال ﷺ لقوم من أصحابه يرمون: «أرموا فإن أباكم إسماعيل عليه السلام كان رامياً»<sup>(١)</sup> فسمى إسماعيل أباهم مع البعد. ولأن من بعد منهم كمن قرب في الحكم، والدليل عليه أن ابن الابن كالابن، والجد كالأب في الميراث والولاية والعتق بالملك ورد الشهادة، فلأن يكون كالابن والأب في التحريم ومبناه على التغليب أولى].

**الشرح: النساء:** اللائي نص القرآن على تحريمهن أربع عشرة امرأة: ثلاث عشرة بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ الآية وواحدة في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾<sup>(٢)</sup>، فسبع منهن حرمن بالنسب، واثنان بالرضاع، وأربع بالمصاهرة، وواحدة بالجمع.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وتحرم عليه من جهة المصاهرة أم المرأة دخل بها أو لم يدخل، لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾<sup>(٣)</sup>. ويحرم عليه كل من يدلي إلى امرأته بالأمومة من الجدات من الأب والأم لما بيناه في الفصل قبله. ويحرم عليه ابنة المرأة بنفس العقد تحريم جمع، لأنه إذا حرم عليه الجمع بين المرأة وأختها فلأن يحرم الجمع بين المرأة وابنتها أولى. فإن بنت الأم قبل الدخول حلت له البنت، وإن دخل بالأم حرمت عليه البنت على التأييد، لقوله تعالى: ﴿وَرَبِّبْتُكُمْ لِالنِّسَاءِ فِي حُبُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾<sup>(٤)</sup>.

وتحرم عليه كل من ينتسب إلى امرأته بالبنة من بنات أولادها وأولاد أولادها وإن سفلن من وجد منهن ومن لم يوجد كما تحرم البنت. وتحرم

(١) سبق في كتاب الرمي.

(٢) النساء: ٢٢.

(٣) و(٤) النساء: ٢٣.

عليه حليلة الابن، لقوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ﴾<sup>(١)</sup>. وتحرم عليه حليلة كل من ينتسب إليه بالبنوة من بني الأولاد وأولاد الأولاد لما بيناه. وتحرم عليه حليلة الأب، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ﴾. وتحرم عليه حليلة كل من يدلي إليه بالأبوة من الأجداد لما ذكرناه.

**فصل** ومن حرم عليه بنكاحه أو بنكاح أبيه أو ابنه حرم عليه بوطئه أو وطء أبيه أو ابنه في ملك أو شبهة، لأن الوطاء معنى تصوير به المرأة فراشا فتعلق به تحريم المصاهرة كالنكاح، ولأن الوطاء في إيجاب التحريم أكد من العقد بدليل أن الربيبة تحرم بالعقد تحريم جمع وتحرم بالوطء على التأييد، فإذا ثبت تحريم المصاهرة بالعقد فلأن يثبت بالوطء أولى.

واختلف قوله في المباشرة فيما دون الفرج بشهوة في ملك أو شبهة، فقال في أحد القولين: هو كالوطء في التحريم، لأنها مباشرة لا تستباح إلا بملك فتعلق بها تحريم المصاهرة كالوطء. والثاني: لا يحرم بها ما يحرم بالوطء، لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾، ولأنها مباشرة لا توجب العدة فلا يتعلق بها التحريم كالمباشرة بغير شهوة.

وإن تزوج امرأة ثم وطئ أمها أو بنتها أو وطئها أبوه أو ابنه بشبهة انفسخ النكاح، لأنه معنى يوجب تحريماً مؤبداً فإذا طراً على النكاح أبطله كالرضاع].

**الشرح:** شرع المصنف في بيان الأربع المنصوص على تحريمهن بالمصاهرة.

فأما أم الزوجة، فإن الرجل إذا عقد النكاح على امرأة حرمت عليه كل أم لها، حقيقة وهي التي ولدتها أو مجازاً وهي جدتها أم أمها وأم أبيها، من

(١) النساء: ٢٣.

جهة النسب أو من جهة الرضاع، سواء دخل بها أو لم يدخل، وبه قال العلماء كافة إلا ما روي عن علي أنه قال: لا تحرم عليه إلا بالدخول بالبنت كالربيبة<sup>(١)</sup>، وبه قال مجاهد. وقال زيد: الموت يقوم مقام الدخول.

وأما الربيبة فهي بنت زوجته، فإذا عقد النكاح على امرأة حرم عليه الجمع بينها وبين ابنتها حقيقة ومجازاً، من النسب والرضاع، فإن ماتت الزوجة أو طلقها قبل الدخول بها جاز له أن يتزوج بابنتها. فإن دخل بالأُم حرمت عليه ابنتها على التأييد. وهذا الحكم عام في كل ربيبة سواء كانت في حجره وكفالتة أو لم تكن، وبه قال عامة أهل العلم. وقال داود: إنما تحرم عليه الربيبة إذا كانت في حجره وكفالتة، فإن لم تكن في حجره وكفالتة لم تحرم عليه وإن دخل بأُمها<sup>(٢)</sup>، وروي ذلك عن علي بن أبي طالب. وقال زيد بن ثابت: تحرم عليه إذا دخل بأُمها أو ماتت.

وأما حليلة الابن، فإن الرجل إذا عقد النكاح على امرأة حرمت على أبي الزوج سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل لقوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ﴾ وبالعقد عليها يقع عليها اسم الحليلة، وسواء كان ابنه حقيقة أو مجازاً، وسواء كان ابنه من النسب أو الرضاع. فإن قيل: قد قال الله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ فدليل خطابه يدل على أنه لا تحرم حلائل الأبناء من الرضاع. فالجواب أن دليل الخطاب إنما يكون حجة إذا لم يعارضه نص، وههنا نص أقوى منه فقدم عليه، وهو قوله ﷺ: «يُحْرَمُ

(١) صحح إسناد هذا القول لعلي رضي الله عنه ابن حزم في المحلى (٩/٥٢٨)، وحثته أن القيد الوارد في الآية وهو قوله تعالى: ﴿مَنْ نَسَايَكُمْ أَلَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ راجع إلى الرائب والأمهات معاً، وهذا خلاف الظاهر، فإن الظاهر عودة هذا القيد إلى آخر مذكور وهن الرائب فقط.

(٢) وسبب الخلاف في هذا مرجعه إلى الوصف الوارد في الرائب - وهو قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ - هل له تأثير في الحرمة أم ليس له؟ فمن جعله وصفاً خرج مخرج الاشتراط اعتبر تأثيره في الحرمة، فلم يحرم الرائب إلا إذا كن بهذا الوصف، ومن جعله وصفاً خرج مخرج الغالب ولا يرد اشتراطه لم يجعل له تأثيراً في الحرمة، فحرم الرائب على كل حال.

من الرضاع ما يحرم من الولادة» رواه أبو داود وغيره من حديث عائشة<sup>(١)</sup>.  
وأما حليمة الأب، فإن الرجل إذا تزوج امرأة حرمت على ابن الزوج،  
سواء دخل بها أو لم يدخل بها لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ  
مِّنَ النِّسَاءِ﴾. ولا فرق بين الأب حقيقة أو مجازاً، وسواء كان الأب من  
النسب أو الرضاع. والله أعلم.

## [هل للزنا تأثير في تحريم المصاهرة]

قال المصنّف رحمه الله: [وإن زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها لقوله  
تعالى: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ﴾]. وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ  
سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوجها أو ابنتها فقال: «لا يحرم الحرام  
الحلال إنما يحرم ما كان بنكاح». ولا تحرم بالزنا أمها ولا ابنتها، ولا تحرم هي  
على ابنه ولا على أبيه للآية والخبر، ولأنه معنى لا تصير به المرأة فراشا فلم  
يتعلق به تحريم المصاهرة كالمباشرة بغير شهوة. وإن لاط بغلام لم تحرم عليه  
أمه وابنته للآية والخبر. وإن زنى بامرأة فأتت منه بابنة فقد قال الشافعي  
رحمه الله: أكره أن يتزوجها فإن تزوجها لم أفسخ. فمن أصحابنا من قال: إنما  
كره خوفاً من أن تكون منه، فعلى هذا إن علم قطعاً أنها منه بأن أخبره النبي ﷺ  
في زمانه لم تحل له. ومنهم من قال: إنما كره ليخرج من الخلاف، لأن أبا  
حنيفة يحرمها، فعلى هذا لو تحقق أنها منه لم تحرم. وهو الصحيح، لأنها ولادة  
لا يتعلق بها ثبوت النسب فلم يتعلق بها التحريم، كالولادة لما دون ستة أشهر من  
وقت الزنا. واختلف أصحابنا في المنفية باللعان، فمنهم من قال: يجوز للملاعن  
نكاحها، لأنها منفية عنه فهي كالبنات من الزنا. ومنهم من قال: لا يجوز  
للملاعن نكاحها، لأنها غير منفية عنه قطعاً ولهذا لو أقر بها ثبت النسب].  
الشرح: حديث عائشة أخرجه البيهقي في السنن وضعفه<sup>(٢)</sup>.

(١) بل أخرجه البخاري في الشهادات: باب الشهادة على الأنساب (٢٥٣ - ٥/٢٥٤) بنحوه  
ومسلم في الرضاع (١٠/٢٢) بلفظ «... من النسب» وكذا الترمذي (٣/٤٥٣) فيه وأبو  
داود في النكاح (٢/٥٤٥) وكذا النسائي (٦/٩٩) فيه.

(٢) أخرجه البيهقي (٧/١٦٩) والدارقطني (٣/٢٦٨): قال البيهقي: تفرد به عثمان بن  
عبدالرحمن الواقصي هذا، وهو ضعيف، قاله يحيى بن معين وغيره من أئمة الحديث.  
انتهى، وحكم الألباني على هذا الحديث بالطلان في السلسلة الضعيفة برقم ٣٨٨.

وأما الأحكام فمن زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها عندنا، وقد حكاه الروياني عن علي<sup>(١)</sup> وابن عباس وابن عمر وجابر وسعيد بن المسيب وعروة والزهري والعترة ومالك والشافعي وربيعة وأبي ثور. وحكى عن الحسن البصري أنه يحرم على الرجل نكاح من زنى بها على التأييد، واستدل بقوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾<sup>(٢)</sup>.

وورد في سبب نزولها ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن مرثد بن أبي مرثد الغنوي كان يحمل الأسارى بمكة، وكان بمكة بغي يقال لها عناق وكانت صديقتة قال: فجئت النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله أنكح عناقا؟ قال: فسكت عني فنزلت ﴿وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ فدعاني فقرأها علي وقال: «لا تنكحها» رواه أبو داود والنسائي والترمذي وحسنه<sup>(٣)</sup>. وحكى عن قتادة وأحمد أنه يحرم على الرجل نكاح من زنى بها إلا إذا تابا لارتفاع سبب التحريم. ويمكن الجمع بين الأدلة بأن المنع لمن كانت مستمرة في مزاوله البغاء<sup>(٤)</sup>.

وأما تحريم المصاهرة بالزنا فقد قال في البيان: إذا زنى بامرأة لم ينتشئ بهذا الزنا تحريم المصاهرة، فلا يحرم على الزاني نكاح المرأة التي زنا بها ولا أمها ولا ابنتها ولا تحرم الزانية على أبي الزاني ولا على

(١) في نسبة هذا القول لعلي نظر، إذ نقل ابن أبي شيبة عنه (٣/٣٦٢) ما يدل على المنع.

(٢) النور: ٣.

(٣) أخرجه أبو داود في النكاح (٥٤٢ - ٢/٥٤٣) وكذا النسائي (٦٦ - ٦/٦٧) فيه، والترمذي في التفسير (٣٦٨ - ٥/٣٦٩) وقال: حسن غريب. وقال الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٨٠٦: حسن صحيح.

(٤) يشترط لحل الزواج من الزانية شرطان أحدهما: ما ذكره الشارح وهو توبتها من الزنا. والثاني: استبراء رحمها بحيضة ولو كان مريد الزواج بها هو الزاني نفسه، لأنه لو قدر بينهما بجنين من الزنا لما جاز للزاني أن ينسبه إليه ولا أن يورثه، وبسبب الاختلاف بين الولد الشرعي وغير الشرعي في الأحكام كان لا بد من استبراء الرحم حتى يتميز الأمر ولا تختلط الأنساب.

أبنائه. ثم قال: وانفرد الأوزاعي وأحمد رحمة الله عليهما أنه إذا لاط بغيام حرم عليه بنته وأمه. وقال أبو حنيفة: إذا قبل امرأة بشهوة حراماً أو لمسها بشهوة حراماً أو كشف عن فرجها ونظر إليه تعلق به تحريم المصاهرة، وإن قبل أم امرأته انفسخ به نكاح امرأته، وإن قبل رجل امرأة ابنه انفسخ نكاح الأب.

فرع فإن زنى بامرأة فأتته بابنة يمكن أن تكون منه بأن تأتي بها لسته أشهر من وقت الزنا فلا خلاف بين أهل العلم أنه لا يثبت نسبها من الزاني ولا يتوارثان. وأما نكاحه لها فقد قال الشافعي: أكره له أن يتزوجها فإن تزوجها لم أفسخ. واختلف أصحابنا في العلة التي لأجلها كره للزاني أن يتزوج بها على وجهين ذكرهما المصنف. وقال أبو حنيفة وأحمد: لا يجوز له تزويجها. واختلف أصحاب أبي حنيفة في علة تحريمها، والأصح عندهم: لكونها مخلوقة من مائه، فعلى هذا تحرم على آباءه وأبنائه.

فرع وإن زنى رجل بزوجة رجل لم ينفسخ نكاحها، وبه قال عامة العلماء. وقال علي بن أبي طالب: ينفسخ نكاحها، وبه قال الحسن البصري.

فرع ولو قال رجل: أنا أحيط علماً أن لي في هذه البلدة امرأة يحرم علي نكاحها، جاز له أن يتزوج من تلك البلدة، لأن في المنع من ذلك مشقة. وإن اختلطت هذه المرأة بعدد محصور من النساء: قل ذلك العدد أو كثر حرم عليه أن يتزوج بواحدة منهن، لأنه لا مشقة عليه في اجتناب التزويج من العدد المحصور، هكذا أفاده ابن الحداد المصري من أصحابنا. والله أعلم.

### [حكم الجمع بين المحارم]

قال المصنف رحمه الله: [ويحرم عليه أن يجمع بين أختين في النكاح لقوله عز وجل: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾<sup>(١)</sup> ولأن الجمع بينهما يؤدي إلى العداوة وقطع الرحم. ويحرم عليه أن يجمع بين المرأة وعمتها

(١) النساء: ٢٣.

وبين المرأة وخالتها، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها» ولأنهما امرأتان لو كانت إحداهما ذكراً لم يحل له نكاح الأخرى فلم يجز الجمع بينهما في النكاح كالأختين. فإن جمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو بين المرأة وخالتها في عقد واحد بطل نكاحهما جميعاً، لأنه ليست إحداهما بأولى من الأخرى فبطل نكاحهما. وإن تزوج إحداهما بعد الأخرى بطل نكاح الثانية، لأنها اختصت بالتحريم. وإن تزوج إحداهما ثم طلقها، فإن كان طلاقاً بائناً حلت له الأخرى، لأنه لم يجمع بينهما في الفراش، وإن كان رجعياً لم تحل، لأنها باقية على الفراش. وإن قال: أخبرني بانقضاء العدة، وأنكرت المرأة، لم يقبل قوله في إسقاط النفقة والسكنى لأنه حق لها، ويقبل قوله في جواز نكاح أختها لأن الحق لله تعالى وهو مقدر<sup>(١)</sup> فيما بينه وبينه. فإن نكح وثني وثنية ودخل بها ثم أسلم وتزوج بأختها في عدتها لم يصح. وقال المزني: النكاح موقوف على إسلامها، فإن لم تسلم حتى انقضت العدة صح كما يقف نكاحها على إسلامها. وهذا خطأ، لأنها جارية إلى بينونة فلم يصح نكاح أختها كالرجعية. ويخالف هذا نكاحها، فإن الموقوف هناك الحل والنكاح يجوز أن يقف حله ولا يقف عقده، ولهذا يقف حل نكاح المرتدة على انقضاء العدة ولا يقف نكاحها على الإسلام، ويقف حل نكاح الرجعية على العدة ولا يقف نكاح أختها على العدة].

**الشرح:** حديث أبي هريرة رواه أحمد والشيخان وأصحاب السنن الأربعة والدارقطني<sup>(٢)</sup>.

وأما الأحكام فلا يجوز للرجل أن يجمع بين الأختين في النكاح، سواء كانتا أختين لأب وأم أو لأب أو لأم، وسواء كانتا أختين من النسب أو من الرضاع. كما يحرم عليه الجمع بين المرأة وعمتها أو بين المرأة

(١) ورد في المطبوعة لفظة «مقلد» فصحتها إلى «مقدر» من الشارح.

(٢) أخرجه البخاري في النكاح (٩/١٦٠) وكذا مسلم (٩/١٩١) والنسائي (٩٦ - ٦/٩٧) والترمذي (٣/٤٣٣) وأبو داود (٥٥٣ - ٢/٥٥٤) فيه، وأحمد (٢/٤٢٦).

وخالتها سواء كانت حقيقة أو مجازاً<sup>(١)</sup>، وسواء من الرضاع أو من النسب.

فرع يجوز الجمع بين امرأة كانت لرجل وبين ابنة زوجها الأول من غيرهما. وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز، لأنه لو قلبت ابنة الرجل ذكراً لم يحل له نكاح امرأة أبيه<sup>(٢)</sup> فهما كالأختين. دليلنا أنه لو قلبت امرأة الرجل ذكراً لحل له نكاح الأخرى، ويخالف الأختين لأنك لو قلبت كل واحدة منهما ذكراً لم يحل له الأخرى<sup>(٣)</sup>.

فرع إن تزوج بامرأة ثم طلقها وأراد الزواج بأختها، فإن كان الطلاق رجعياً لم يصح تزويجه قبل انقضاء العدة، لأن المطلقة في حكم الزوجات. وإن كان الطلاق بائناً صح تزويجه عندنا قبل انقضاء العدة، وبه قال زيد بن ثابت والزهري ومالك. وقال الثوري وأبو حنيفة: لا يصح، وروي ذلك عن علي وابن عباس.

قال المصنف رحمه الله: [ومن حرم عليه نكاح امرأة بالنسب له أو بالمصاهرة أو بالجمع حرم عليه وطؤها بملك اليمين، لأنه إذا حرم النكاح فلأن يحرم الوطء وهو المقصود أولى. وإن ملك أختين فوطيء إحداهما حرمت عليه الأخرى حتى تحرم الموطوءة ببيع أو عتق أو كتابة أو نكاح. فإن خالف ووطئها لم يعد إلى وطئها حتى تحرم الأولى. والمستحب ألا

(١) بين الشارح قصده بهذه العبارة في ص: (٢٧٣٩).

(٢) ورد في المطبوعة لفظة «ابنه» فصحتها إلى «أبيه» ليستقيم المعنى.

(٣) الضابط عند جمهور الفقهاء في تحريم الجمع بين المحارم: أن كل امرأتين من المحارم، بحيث لو فرضت كل واحدة منهما ذكراً فكانت الأخرى عليه حراماً، حرم الجمع بينهما، ومثاله الجمع بين المرأة وعمتها. فلو افترضنا الأولى ذكراً لكانت الثانية عمته وهي حرام عليه، أو افترضنا الثانية ذكراً لكانت الأولى بنت أخيه وهي حرام عليه، فلا بد من الافتراض في الجهتين. وخالف في هذا زفر من الأحناف وابن أبي ليلى واكتفيا بالافتراض في جهة واحدة، بمعنى لو افترضنا إحدى المرأتين ذكراً فكانت الأخرى حراماً عليه، لكان ذلك كافياً في تحريم الجمع بينهما دون حاجة إلى افتراض ذلك في كلا المرأتين. وتظهر ثمرة الخلاف بينهما في الصورة التي ذكرها الشارح.

يطأ الأولى حتى يستبرئ الثانية حتى لا يكون جامعا للماء في رحم أختين . وإن تزوج امرأة ثم ملك أختها لم تحل له المملوكة، لأن أختها على فراشه . وإن وطئ مملوكة ثم تزوج أختها حرمت المملوكة وحلت المنكوحه، لأن فراش المنكوحه أقوى لأنه يملك به حقوق لا تملك بفراش المملوكة من الطلاق والظهار والإيلاء واللعان فثبت الأقوى وسقط الأضعف، كملك اليمين لما ملك به ما لا يملك بالنكاح من الرقبة والمنفعة إذا طراً على النكاح ثبت وسقط النكاح .

**فصل** وما حرم من النكاح والوطء بالقرابة حرم بالرضاع، لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمْ مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ فنص على الأم والأخت وقسنا عليهما من سواهما، وروى عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة» .

**فصل** ومن حرم عليه نكاح امرأة على التأييد برضاع أو نكاح أو وطء مباح صار لها محرماً في جواز النظر والخلو، لأنها محرمة عليه على التأييد بسبب غير محرم فصار محرماً لها كالأم والبنت . ومن حرمت عليه بوطء شبهة لم يصر محرماً لها، لأنها حرمت عليه بسبب غير مباح ولم تلحق بذوات المحارم والأنساب .

**الشرح:** حديث عائشة رضي الله عنها مضى تخريجه .  
وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف .

## [حكم الزواج بالمشركات]

**قال المصنف رحمه الله:** [ويحرم على المسلم أن يتزوج ممن لا كتاب له من الكفار كعبدة الأوثان ومن ارتد عن الإسلام لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ﴾<sup>(١)</sup> . ويحرم عليه أن يطأ إماءهم بملك اليمين، لأن كل صنف حرم وطء حرائرهم بعقد النكاح حرم وطء إماءهم بملك اليمين<sup>(٢)</sup> كالأخوات والعمات . ويحل له نكاح حرائر أهل الكتاب

(١) البقرة: ٢٢١ .

(٢) هذه القاعدة لا دليل عليها خاصة أن النبي ﷺ أذن للصحابة بوطء سبايا أوطاس، وكن من المشركات العرب، فلا تلازم بين النكاح وملك اليمين في المحرمات .

وهم اليهود والنصارى ومن دخل في دينهم قبل التبديل، لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾<sup>(١)</sup>، ولأن الصحابة رضي الله عنهم تزوجوا من أهل الذمة، فتزوج عثمان رضي الله عنه نائلة بنت الفرافصة الكلبية وهي نصرانية وأسلمت عنده، وتزوج حذيفة رضي الله عنه بيهودية من أهل المدائن، وسئل جابر رضي الله عنه عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية فقال: تزوجنا بهن زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أبي وقاص<sup>(٢)</sup>. ويحل له وطء إماءهم بملك اليمين، لأن كل جنس حل نكاح حرائرهم حل وطء إماءهم كالمسلمين. ويكره أن يتزوج حرائرهم وأن يطأ إماءهم بملك اليمين، لأننا لا نؤمن أن يميل إليها فتفتنه عن الدين أو يتولى أهل دينها. فإن كانت حربية فالكراهية أشد، لأنه لا يؤمن ما ذكرناه، ولأنه يكثر سواد أهل الحرب، ولأنه لا يؤمن أن يسبى ولده منها فيسترق.

**فصل** وأما غير اليهود والنصارى من أهل الكتاب كمن يؤمن بزبور داود عليه السلام وصحف شيث فلا يحل للمسلم أن ينكح حرائرهم ولا أن يطأ إماءهم بملك اليمين، لأنه قيل: إن ما معهم ليس من كلام الله عز وجل وإنما هو شيء نزل به جبريل عليه السلام كالأحكام التي نزل بها على النبي ﷺ من غير القرآن، وقيل: إن الذي معهم ليس بأحكام وإنما هي مواعظ، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا أَنْزَلَ الْكِتَابَ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا﴾<sup>(٣)</sup>. ومن دخل في دين اليهود والنصارى بعد التبديل لا يجوز للمسلم أن ينكح حرائرهم ولا أن يطأ إماءهم بملك اليمين، لأنهم دخلوا في دين باطل فهم كمن ارتد من المسلمين. ومن دخل فيهم ولا يعلم أنهم دخلوا قبل التبديل أو بعده كنصارى العرب وهم تنوخ وبنو تغلب وبهراء لم يحل

(١) المائة: ٥.

(٢) هذه الآثار أخرجها البيهقي (٧/١٧٢).

(٣) الأنعام: ١٥٦.

نكاح حرائرهم ولا وطء إمائهم بملك اليمين، لأن الأصل في الفروج الحظر فلا تستباح مع الشك].

**الشرح:** المشركون على ثلاثة أضرب: ضرب لهم كتاب وضرب لا كتاب لهم ولا شبهة وضرب لهم شبهة كتاب.

فأما الضرب الذين لهم كتاب فاليهود والنصارى، وليس بين أهل العلم اختلاف في حرائر أهل الكتاب. قال ابن المنذر: ولا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرم ذلك<sup>(١)</sup>. وحرمة الإمامية تمسكا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ﴾<sup>(٢)</sup>. دليلنا قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أَحَلَّ لَهُمْ﴾ - إلى قوله تعالى - ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ قال ابن عباس: هذه الآية نسخت قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾ لأن المائدة نزلت بعد البقرة.

وأما من لا كتاب لهم ولا شبهة كتاب فلا يجوز نكاح حرائرهم، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾، فحرم نكاح المشركات ثم نسخ منه نكاح أهل الذمة على قول من يجعل الاستثناء من العام نسخا في قدره، وبقي الباقي منهم على عموم التحريم.

وأما من لهم شبهة كتاب وهم المجوس فيجوز إقرارهم على دينهم ببذل الجزية ولا يحل نكاح حرائرهم. وذهب ابن حزم إلى جواز نكاح حرائرهم في كتابه الفصل في الملل والأهواء بناء على وجوب الجزية عليهم، وبه قال أبو ثور.

وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [واختلف أصحابنا في السامرة والصابئين، فقال أبو إسحق: السامرة من اليهود والصابئون من النصارى. واستفتى القاهر أباً سعيد الإصطخري في الصابئين فأفتى بقتلهم، لأنهم يعتقدون أن الكواكب

(١) بل روى البخاري رحمه الله في الطلاق (٢/٤١٦) عن ابن عمر أنه حرم نكاح الكنائيات.

(٢) الممتحنة: ١٠.

السبعة مدبرة. والمذهب: أنهم إن وافقوا اليهود والنصارى في أصول الدين من تصديق الرسل والإيمان بالكتب كانوا منهم، وإن خالفوهم في أصول الدين لم يكونوا منهم وكان حكمهم حكم عبدة الأوثان. واختلفوا في المجوس، فقال أبو ثور: يحل نكاحهم، لأنهم يقرون على دينهم بالجزية كاليهود والنصارى. وقال أبو إسحق: إن قلنا إنهم كان لهم كتاب حل نكاح حرائرهم ووطء إمائهم. والمذهب: أنه لا يحل، لأنهم غير متمسكين بكتاب فهم كعبدة الأوثان، وأما حقن الدم فلأن لهم شبهة كتاب، والشبهة في الدم تقتضي الحقن وفي البضع تقتضي الحظر. وأما ما قال أبو إسحق فلا يصح، لأنه لو جاز نكاحهم على هذا القول لجاز قتلهم على القول الآخر.

**فصل ويحرم عليه نكاح من ولد بين وثني وكتابية، لأن الولد من قبيلة الأب ولهذا ينسب إليه ويشرف بشرفه فكان حكمه في النكاح حكمه. ومن ولد بين كتابي ووثنية ففيه قولان أحدهما: أنها لا تحرم عليه، لأنها من قبيلة الأب والأب من أهل الكتاب. والثاني: أنها تحرم، لأنها لم تتمحض كتابية فأشبهت المجوسية].**

**الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.**

**قال المصنف رحمه الله: [ولا يحل له نكاح الأمة الكتابية، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَيَتَيْكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ﴾<sup>(١)</sup>، ولأنها إن كانت لكافر استرق ولده منها، وإن كانت لمسلم لم يؤمن أن يبيعه من كافر فيسترق ولده منها. وأما الأمة المسلمة، فإنه إن كان الزوج حراً نظرت: فإن لم يخش العنت وهو الزنا لم يحل له نكاحها، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَيَتَيْكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ إلى قوله عز وجل: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾ فدل على أنها لا تحل**

(١) النساء: ٢٥.

لمن لم يخش العنت. وإن خشي العنت ولم تكن عنده حرة ولا يجد طولاً وهو ما يتزوج به حرة ولا ما يشتري به أمة جاز له نكاحها للآية. وإن وجد ما يتزوج به حرة مسلمة لم يحل له نكاح الأمة، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ فدل على أنه إذا استطاع ما ينكح به محصنة مؤمنة أنه لا ينكح الأمة. وإن وجد ما يتزوج به حرة كتابية أو يشتري به أمة ففيه وجهان أحدهما: يجوز، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ وهذا غير مستطیع أن ينكح المحصنات المؤمنات. والثاني: لا يجوز، وهو الصحيح، لقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾ وهذا لا يخشى العنت.

وإن كانت عنده حرة لا يقدر على وطئها لصغر أو لرتق أو لضنى من مرض ففيه وجهان أحدهما: يحل له نكاح الأمة، لأنه يخشى العنت. والثاني: لا يحل، لأن تحته حرة فلا يحل له نكاح الأمة. والصحيح هو: الأول. فإن لم تكن عنده حرة ولم يقدر على طول حرة وخشي العنت فتزوج أمة ثم تزوج حرة أو وجد طول حرة أو أمن العنت لم يبطل نكاح الأمة. وقال المزني: إذا وجد صداق حرة بطل نكاح الأمة، لأن شرط الإباحة قد زال. وهذا خطأ، لأن زوال الشرط بعد العقد لا حكم له كما لو أمن العنت بعد العقد. وإن كان الزوج عبداً حل له نكاح الأمة وإن وجد صداق حرة ولم يخف العنت، لأنها مساوية له فلم يقف نكاحها على خوف العنت وعدم صداق الحرة كالحرة في حق الحر.

**فصل ويحرم على العبد نكاح مولاته، لأن أحكام الملك والنكاح تتناقض فإن المرأة بحكم الملك تطالبه بالسفر إلى المشرق، والعبد بحكم النكاح يطالبها بالسفر إلى المغرب، والمرأة بحكم النكاح تطالبه بالنفقة، والعبد بحكم الملك يطالبها بالنفقة. وإن تزوج العبد حرة ثم اشترته انفسخ النكاح، لأن ملك اليمين أقوى لأنه يملك به الرقبة والمنفعة فأسقط النكاح. ويحرم على المولى أن يتزوج أمته، لأن النكاح يوجب للمرأة حقوقاً يمنع**

منها ملك اليمين فبطل. وإن تزوج جارية ثم ملكها انفسخ النكاح، لما ذكرناه في العبد إذا تزوج حرة ثم اشترته.

**فصل** ويحرم على الأب نكاح جارية ابنه، لأن له فيها شبهة تسقط الحد بوطنها فلم يحل له نكاحها كالجارية المشتركة بينه وبين غيره. فإن تزوج جارية أجنبي ثم ملكها ابنه ففيه وجهان أحدهما: أنه يبطل النكاح، لأن ملك الابن كملكه في إسقاط الحد وحرمة الاستيلاء فكان كملكه في إبطال النكاح. والثاني: لا يبطل، لأنه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل النكاح].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [ولا يجوز نكاح المعتدة من غيره، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَزَّمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ﴾<sup>(١)</sup>، ولأن العدة وجبت لحفظ النسب فلو جوزنا فيها النكاح اختلط النسب وبطل المقصود. ويكره نكاح المرتابة بالحمل بعد انقضاء العدة، لأنه لا يؤمن أن تكون حاملاً من غيره. فإن تزوجها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس: أن النكاح باطل، لأنها مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها كما لو حدثت الريبة قبل انقضاء العدة. والثاني وهو قول أبي سعيد وأبي إسحاق: أنه يصح، وهو الصحيح، لأنها ريبة حدثت بعد انقضاء العدة فلم تمنع صحة العقد كما لو حدثت بعد النكاح. ويجوز نكاح الحامل من الزنا، لأن حملها لا يلحق بأحد فكان وجوده كعدمه].

**الشرح:** إذا زنت المرأة لم يجب عليها العدة، سواء كانت حائلاً أو حاملاً. فإن كانت حائلاً جاز للزاني ولغيره عقد النكاح عليها. وإن حملت من الزنا فيكره نكاحها قبل وضع الحمل<sup>(٢)</sup>، وهو أحد الروايتين عن أبي حنيفة.

(١) البقرة: ٢٣٥.

(٢) لم يذكر الشارح من نص على الكراهة من الشافعية، إذ أن المصنف ذكر الجواز ولم يتعرض للكراهة.

وذهب ربيعة ومالك والثوري وأحمد واسحاق إلى أن الزانية يلزمها العدة كالموطوءة بشبهة، فإن كانت حائلاً اعتدت ثلاثة أقرء، وإن كانت حاملاً اعتدت بوضع الحمل، ولا يصح نكاحها قبل وضع الحمل. قال مالك: إذا تزوج امرأة ولم يعلم أنها زانية ثم علم أنها حامل من زنا فإنه يفارقها. فإن كان قد وطئها لزمه مهر المثل. وقال ربيعة: يفارقها ولا مهر عليه. وذهب ابن سيرين وأبو يوسف إلى أنها إن كانت حائلاً فلا عدة عليها وإن كانت حاملاً لم يصح عقد النكاح عليها حتى تضع وهي الرواية الأخرى عن أبي حنيفة<sup>(١)</sup>.

وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

## [حكم الزواج بأكثر من أربع]

قال المصنف رحمه الله: [ويحرم على الحر أن يتزوج بأكثر من أربع نسوة، لقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثَلَىٰ تِلْكَ وَأُولَٰئِكَ﴾<sup>(٢)</sup> وروى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن غيلان بن سلمة أسلم وتحتته عشر نسوة فقال له النبي ﷺ «خذ منهن أربعاً». ويحرم على العبد أن يجمع بين أكثر من امرأتين. وقال أبو ثور: يحل له أن يجمع بين أربع. وهذا

(١) لم أر من نقل هاتين الروایتين عن أبي حنيفة، والفتوى عند الأحناف أنه يصح نكاح الحبلی من الزنا ويحرم وطؤها حتى تضع، إلا إذا كان الناکح هو الزاني فيحل له وطؤها كما في حاشية ابن عابدين (١٤١ - ٤/١٤٢). قلت: والذي أراه صواباً في هذه المسألة: أنه لا يجوز نكاح الحامل من الزنا حتى تضع الحمل، لقوله ﷺ «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره» أخرجه أبو داود في النكاح (٢/٦١٥) وكذا الترمذي (٣/٤٣٧) فيه وحسنه، كما حسنه الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٨٩٠. فإن كان صاحب الحمل من الزنا هو الذي يريد الزواج بها، فلا يجوز له نكاحها أيضاً حتى تضع الحمل، لأن هذا الولد لا ينسب له فكأنما هو من غيره، فيدخل في النهي عن سقي ماءه زرع غيره. وأما إن كانت الزانية غير حامل فلا يجوز نكاحها لا من الزاني ولا من غيره حتى تتأكد من خلو رحمها من الحمل ويكفي فيه الاستبراء بحيضة واحدة. ومن أحب التوسع في هذا الباب فليرجع إلى كتابنا أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب.

(٢) النساء: ٣.

خطأ، لما روي أن عمر رضي الله عنه خطب وقال: «من يعلم ماذا يحل للمملوك من النساء؟ فقال رجل: أنا، فقال: كم؟ قال: اثنتان، فسكت عمر». وروي ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما].

**الشرح:** حديث ابن عمر رواه أحمد وابن ماجه والترمذي، وحكى الترمذي عن البخاري أنه قال: هذا الحديث غير محفوظ<sup>(١)</sup>، وحكى الحاكم عن مسلم أن هذا الحديث مما وهم فيه معمر بالبصرة، وحكى الأثرم عن أحمد أن هذا الحديث ليس بصحيح والعمل عليه. وقد توبع الحديث بما رواه أبو داود وابن ماجه عن قيس بن الحرث قال: أسلمت وعندني ثمان نسوة فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال: «اختر منهن أربعاً»<sup>(٢)</sup>، وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وقد ضعفه غير واحد. وقد توبع أيضاً بما روي عن عروة بن مسعود<sup>(٣)</sup> وصفوان بن أمية عند البيهقي.

وهذه الأحاديث تنتهض إلى درجة الحسن، وقد استدل بها جمهور أهل العلم على تحريم الزيادة على أربع. وذهبت الظاهرية إلى أنه يحل للرجل أن يتزوج تسعاً، ووجههم قوله تعالى: ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبْعًا﴾ ومجموع ذلك لا باعتبار ما فيه من العدل تسع. وقد أخطأ الشوكاني في عزو ذلك إلى ابن الصباغ والعمراني وبعض الشيعة، والصحيح أن ابن الصباغ والعمراني ردا على القائلين بهذا كالفاسم بن ابراهيم وبعض الشيعة وبعض الظاهرية، وحاشا لبعض أصحابنا من الفحول أن يذهبوا إلى حل أكثر من أربع، ونحن نعتمد في شرح هذا السفر على أقوال ابن الصباغ والعمراني وغيرهما من أصحابنا ولم نجد لأحد منهم الذهاب إلى هذا المذهب.

ويجاب على استدلالهم بالآية بأنه من المستساغ لغة أن تقول عن ألف

(١) أخرجه الترمذي في النكاح (٣/٤٣٥) وكذا ابن ماجه (١/٦٢٨) فيه وأحمد (٢/١٤)، وصححه الألباني في صحيح الترمذي برقم ٩٠١.

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق (٢/٦٧٧)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٩٦٠.

(٣) البيهقي (٧/١٨٤).

جاؤك: جاءني هؤلاء مثنى مثنى أو ثلاث أو رباع إذا كان مجيئهم اثنين اثنين أو ثلاثة ثلاثة أو أربعة أربعة، ويؤيد ذلك كون الأصل في الفروج الحرمة، كما صرح به الخطابي، فلا يجوز الإقدام على شيء منه إلا بدليل. وأيضا هذا الخلاف مسبق بالإجماع على عدم جواز الزيادة على الأربع، كما صرح بذلك في البحر. وأما استدلالهم بزواج النبي ﷺ، فيجاب عنه بأنه مخصوص به. قال في الفتح: اتفق العلماء على أن من خصائصه ﷺ الزيادة على أربع نسوة يجمع بينهن.

وأما خبر عمر فقد أخرج الدارقطني بسنده إلى عمر رضي الله عنه قال: ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الأمة حيضتين<sup>(١)</sup>. وقد روى البيهقي وابن أبي شيبه من طريق الحكم بن عتيبة أنه أجمع الصحابة على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين.

### [حكم نكاح الشغار]

**قال المصنف رحمه الله:** [ولا يجوز نكاح الشغار، وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته من رجل على أن يزوجه ذلك ابنته أو أخته، ويكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ «نهى عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته من الرجل على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق»، ولأنه أشرك في البضع بينه وبين غيره فبطل العقد كما لو زوج ابنته من رجلين. فأما إذا قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك صح النكاحان، لأنه لم يحصل التشريك في البضع وإنما حصل الفساد في الصداق وهو أنه جعل الصداق أن يزوجه ابنته فبطل الصداق وصح النكاح. وإن قال: زوجتك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة صح النكاحان ووجب مهر المثل، لأن الفساد في الصداق وهو شرطه مع المائة تزويج ابنته فأشبهه المسألة قبلها. وإن قال: زوجتك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة ويكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى ففيه وجهان أحدهما: يصح، لأن الشغار هو الخالي

(١) أخرجه الدارقطني (٣/٣٠٨) والبيهقي (٧/١٥٨).

من الصداق وههنا لم يخل من الصداق. والثاني: لا يصح، وهو المذهب، لأن المبطل هو التشريك في البضع وقد اشترك في البضع].

**الشرح:** حديث ابن عمر أخرجه الشيخان وأصحاب السنن وأحمد<sup>(١)</sup>، ولم يذكر الترمذي ما ورد من تفسير الشغار، وجعله أبو داود من كلام نافع راويه عن ابن عمر، وهو كذلك في رواية عند أحمد والشيخين. قال الشافعي: لا أدري التفسير عن النبي ﷺ أو عن ابن عمر أو عن نافع أو عن مالك، هكذا حكاه عنه البيهقي في المعرفة<sup>(٢)</sup>.

وأما الأحكام فقد قال العمراني في البيان: ولا يصح الشغار، وهو أن يقول رجل لآخر: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك فيكون بضع كل واحدة منهما صداقاً للآخرى، وبه قال مالك وأحمد وإسحاق. وقال الزهري والثوري وأبو حنيفة وأصحابه: يصح ويجب مهر المثل انتهى. وأما إذا قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك واقتصر على هذا فالنكاح صحيح، لأنه لم يحصل في البضع تشريك وإنما حصل الفساد في الصداق، وهو أنه جعل مهر ابنته أن يزوجه الآخر ابنته ففسد المهر المسمى ووجب مهر المثل<sup>(٣)</sup>.  
وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

---

---

## [حكم نكاح المتعة]

---

---

**قال المصنف رحمه الله:** [ولا يجوز نكاح المتعة، وهو أن يقول: زوجتك ابنتي يوماً أو شهراً، لما روى محمد بن علي رضي الله عنهما أنه

---

(١) أخرجه البخاري في النكاح (٩/١٦٢) وكذا مسلم (٩/٢٠٠) وأبو داود (٢/٥٦١/٥٦٠) والترمذي (٤٣١ - ٣/٤٣٢) والنسائي (٦/١١٢) وابن ماجه (١/٦٠٦) فيه.

(٢) معرفة السنن والآثار (٥/٣٣٨).

(٣) لا أرى فرقا بين صورتين المذكورتين، وما ذكره المصنف وتبعه الشارح من فرق فيه تكلف لا يخفى. ثم وجدت نصاً للشافعي يدل على ما ذكرته ولفظه: إذا أنكح الرجل ابنته الرجل أو المرأة يلي أمرها من كانت على أن ينكحها ابنته أو المرأة يلي أمرها من كانت على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى أو على أن ينكحها الأخرى ولم يسم لواحدة منهما صداقاً فهذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ فلا يحل النكاح وهو مفسوخ. هكذا ساقه البيهقي في المعرفة (٥/٣٣٩) وصحح إسناده الحافظ في الفتح (٩/١٦٣).

سمع أباه علي بن أبي طالب كرم الله وجهه وقد لقي ابن عباس وبلغه أنه يرخص في متعة النساء، فقال له علي كرم الله وجهه: إنك امرؤ تائه إن رسول الله ﷺ نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الأنسية»، ولأنه عقد يجوز مطلقاً فلم يصح موقتاً كالبيع، ولأنه نكاح لا يتعلق به الطلاق والظهار والإرث وعدة الوفاة فكان باطلاً كسائر الأнкحة الباطلة.

**فصل** ولا يجوز نكاح المحلل، وهو أن ينكحها على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما وأن يتزوجها على أن يحللها للزوج الأول، لما روى هزيل عن عبد الله قال: لعن رسول الله ﷺ الواصلة والموصولة والواشمة والموشومة والمحلل والمحلل له وآكل الربا ومطعمه»، ولأنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته فشابه نكاح المتعة.

وإن تزوجها على أنه إذا وطئها طلقها ففيه قولان أحدهما: أنه باطل، لما ذكرناه من العلة. والثاني: أنه يصح، لأن النكاح مطلق وإنما شرط قطعه بالطلاق فبطل الشرط وصح العقد. فإن تزوجها واعتقد أنه يطلقها إذا وطئها كره ذلك، لما روى أبو مرزوق التجيني أن رجلاً أتى عثمان رضي الله عنه فقال: إن جاري طلق امرأته في غضبه ولقي شدة فأردت أن أحاسب نفسي ومالي فأتزوجها ثم أبني بها ثم أطلقها فترجع إلى زوجها الأول، فقال له عثمان رضي الله عنه: لا تنكحها إلا بنكاح رغبة<sup>(١)</sup> فإن تزوج على هذه النية صح النكاح، لأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد، ولهذا لو اشترى عبداً بشرط أن لا يبيعه بطل ولو اشتراه بنية أن لا يبيعه لم يبطل.

**فصل** وإن تزوج بشرط الخيار بطل العقد، لأنه عقد يبطله التوقيت فبطل بالخيار الباطل كالبيع، وإن شرط أن لا يتسرى عليها أو لا ينقلها من بلدها بطل الشرط، لأنه يخالف مقتضى العقد، ولا يبطل العقد، لأنه لا يمنع مقصود العقد وهو الاستمتاع. فإن شرط ألا يطأها ليلاً بطل الشرط، لقوله ﷺ: «المؤمنون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً». فإن كان الشرط من جهة المرأة بطل العقد وإن كان من جهة الزوج لم

(١) البيهقي (٧/٢٠٨).

يبطل، لأن الزوج يملك الوطاء ليلاً ونهاراً وله أن يترك فإذا شرط ألا يطأها فقد شرط ترك ما له تركه، والمرأة يستحق عليها الوطاء ليلاً ونهاراً فإذا شرطت ألا يطأها فقد شرطت منع الزوج من حقه، وذلك ينافي مقصود العقد فبطل.

**الشرح:** حديث علي أخرجه أحمد والبخاري ومسلم بلفظ أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خبير<sup>(١)</sup>. وأما حديث هزيل عن عبد الله فقد أخرجه النسائي، وعبد الله هو ابن مسعود، وأخرجه الترمذي بلفظ: «لعن الله المحلل والمحلل له» ولم يذكر بقية الحديث<sup>(٢)</sup>، وقال: حديث حسن صحيح.

وأما الأحكام فلا يصح نكاح المتعة، وهو أن يتزوج لمدة معلومة أو مجهولة بأن يقول: زوجني ابنتك شهراً أو أيام الموسم، وبه قال جميع الصحابة والتابعين والفقهاء إلا ابن جريج فإنه قال: يصح<sup>(٣)</sup>. وقال ابن المنذر: جاء عن الأوائل الرخصة فيها ولا أعلم اليوم أحدا يجيزها إلا بعض الرافضة، ولا معنى لقول يخالف كتاب الله وسنة رسوله<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه البخاري في النكاح (١٦٦ - ٩/١٦٧) وكذا مسلم (١٨٩ - ٩/١٩٠) والنسائي (٦/١٢٦) والترمذي (٣/٤٣٠) وابن ماجه (٦٣٠ - ١/٦٣١) وأحمد (١/٧٩).

(٢) أخرجه النسائي في النكاح (٦/١٤٩) والترمذي (٣/٤٢٨) فيه، وصححه الألباني في صحيح النسائي برقم ٣١٩٨.

(٣) نقل أبو عوانة في صحيحه عن ابن جريج أنه رجع عنها بعد أن روى بالبصرة في إباحتها ثمانية عشر حديثاً، أفاده الحافظ في الفتح (٩/١٧٣).

(٤) قال الحافظ في الفتح (٩/١٧٣): وقد اختلف السلف في نكاح المتعة، قال ابن المنذر: جاء عن الأوائل الرخصة فيها ولا أعلم اليوم أحدا يجيزها إلا بعض الرافضة، ولا معنى لقول يخالف كتاب الله وسنة رسوله، وقال عياض: ثم وقع الإجماع من جميع العلماء على تحريمها إلا الروافض. وأما ابن عباس فروي عنه أنه أباحها وروى عنه أنه رجع عن ذلك. قال ابن بطال: روى أهل مكة واليمن عن ابن عباس إباحة المتعة، وروى عنه الرجوع بأسانيد ضعيفة وإجازة المتعة عنه أصح، وهو مذهب الشيعة. وقال الخطابي: تحريم المتعة كالاجماع إلا عن بعض الشيعة ولا يصح على قاعدتهم في الرجوع في المختلفات إلى علي وآل بيته فقد صح عن علي أنها نسخت.

قلت: ودليل المجيزين ما ثبت من إباحته ﷺ لها في مواطن متعددة<sup>(١)</sup>

**مسألة** وأما نكاح المحلل، فإن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً فإنها لا تحل له إلا بعد زوج وإصابة. فإن قال ولي المرأة لمن يريد الزواج بها: زوجتك ابنتي إلى أن تطأها أو إلى أن تحللها للأول فإذا أحللتها فلا نكاح بينكما، فهذا باطل بلا خلاف للأحاديث في لعن المحلل والمحلل له. وأما إن قال له: زوجتك ابنتي على أنك إذا وطئتها طلقتها، وكان هذا الشرط بنفس العقد ففيه قولان أحدهما: أن النكاح باطل. والثاني: أن النكاح صحيح والشرط باطل.

وأما إن شرط عليه قبل النكاح أنه إذا أحلها للأول طلقها أو تزوجها ونوى ذلك بنفسه وعقد النكاح عقداً مطلقاً، فيكره له ذلك، فإن عقد كان العقد صحيحاً<sup>(٢)</sup>، وبه قال أبو حنيفة رضي الله عنه. وقال مالك والثوري والليث وأحمد والحسن والنخعي وقتادة: لا يصح.

---

(١) قال الحافظ في الفتح (٩/١٦٩): قال السهيلي: وقد اختلف في وقت تحريم نكاح المتعة، فأغرب ما روي في ذلك رواية من قال في غزوة تبوك، ثم رواية الحسن أن ذلك كان في عمرة القضاء، والمشهور في تحريمها أن ذلك كان في غزوة الفتح كما أخرجه مسلم من حديث الربيع بن سبرة عن أبيه، وفي رواية عن الربيع أخرجه أبو داود أنه كان في حجة الوداع، قال: ومن قال من الرواة كان في غزوة أوطاس فهو موافق لمن قال عام الفتح انتهى. فتحصل مما أشار إليه ستة مواطن: خيبر ثم عمرة القضاء ثم الفتح ثم أوطاس ثم تبوك ثم حجة الوداع، وبقي عليه حنين لأنها وقعت في رواية قد نهت عليها قبل، فإذا أن يكون ذهل عنها أو تركها عمداً لخطأ روايتها أو لكون غزوة أوطاس وحنين واحدة. ثم قال الحافظ بعد أن ساق الروايات بالتفصيل وبين عللها: وإذا تقرر ذلك فلا يصح من الروايات شيء بغير علة إلا غزوة الفتح. وأما غزوة خيبر وإن كانت طرق الحديث فيها صحيحة ففيها من كلام أهل العلم ما تقدم. (وقد تقدم أن أهل العلم اختلفوا في الظرف في قوله «زمن خيبر» هل هو ظرف لتحريم لحوم الحمر والمتعة معاً أم أنه ظرف لتحريم الحمر وحدها). وقال النووي: الصواب أن تحريمها وإباحتها وقعا مرتين فكانت مباحة قبل خيبر ثم حرمت فيها ثم أبيحت عام الفتح وهو عام أوطاس ثم حرمت تحريماً مؤبداً.

(٢) أي ولا يلزمه الوفاء بالشرط لأنه باطل.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز التعريض بخطبة المعتدة عن الوفاة والطلاق الثلاث لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ﴾<sup>(١)</sup>، ولما روت فاطمة بنت قيس: أن أبا حفص بن عمرو طلقها ثلاثاً فأرسل إليها النبي ﷺ: لا تسبقيني بنفسك، فزوجها بأسامة رضي الله عنه].

ويحرم التصريح بالخطبة، لأنه لما أباح التعريض دل على أن التصريح محرم، ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها الحرص على النكاح فتخبر بانقضاء العدة، والتعريض يحتمل غير النكاح فلا يدعوها إلى الإخبار بانقضاء العدة. وإن خالها زوجها فاعتدت لم يحرم على الزوج التصريح بخطبتها، لأنه يجوز له نكاحها فهو معها كالأجنبي مع الأجنبية في غير العدة. ويحرم على غيره التصريح بخطبتها، لأنها محرمة عليه. وهل يحرم التعريض؟ فيه قولان أحدهما: يحرم، لأن الزوج يملك أن يستبيحها في العدة فلم يجز لغيره التعريض بخطبتها كالرجعية. والثاني: لا يحرم، لأنها معتدة بائن فلم يحرم التعريض بخطبتها كالمطلقة ثلاثاً والمتوفى عنها زوجها. والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة فيما يحل وفيما يحرم، لأن الخطبة للعقد فلا يجوز أن يختلفا في تحليله وتحريمه.

والتصريح أن يقول: إذا انقضت عدتك تزوجتك أو ما أشبهه. والتعريض أن يقول: رب راغب فيك، وقال الأزهري: أنت جميلة وأنت مرغوب فيك. وقال مجاهد: مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنازة، فقال لها رجل: لا تسبقينا بنفسك، فقالت: قد سبقك غيرك. ويكره التعريض بالجماع، لقوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾<sup>(٢)</sup> وفسر الشافعي رحمه الله السر بالجماع، فسماه سرا لأنه يفعل سرا، وأنشد فيه قول امرئ القيس:

(١) البقرة: ٢٣٥.

(٢) البقرة: ٢٣٥.

ألا زعمت بسباسة اليوم أنني كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي  
ولأن ذكر الجماع دناءة وسخف].

الشرح: حديث فاطمة بنت قيس مضى تخريجه. وبسباسة اسم امرأة.  
وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ومن خطب امرأة فصرح له بالإجابة حرم  
على غيره خطبتها إلا أن يأذن فيه الأول، لما روى ابن عمر رضي الله عنه  
أن رسول الله ﷺ نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك  
الخاطب الأول أو يأذن له فيخطب]. وإن لم يصرح له بالإجابة ولم يعرض  
له لم يحرم على غيره، لما روي أن فاطمة بنت قيس قالت  
لرسول الله ﷺ: إن معاوية وأبا الجهم خطباني، فقال رسول الله ﷺ: أما  
أبو الجهم فلا يضع العصا عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له فانكحي  
أسامة<sup>(١)</sup>.

وإن عرض له بالإجابة ففيه قولان، قال في القديم: تحرم خطبتها  
لحديث ابن عمر رضي الله عنه ولأن فيه إفسادا لما تقارب بينهما.  
وقال في الجديد: لا تحرم، لأنه لم يصرح له بالإجابة فأشبهه إذا  
سكت عنه. فإن خطب على خطبة أخيه في الموضع الذي لا يجوز  
فتزوجها صح النكاح، لأن المحرم سبق العقد فلم يفسد به العقد وبالله  
التوفيق].

الشرح: حديث ابن عمر رواه أحمد والبخاري والنسائي<sup>(٢)</sup>.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في النكاح (٩/١٩٨) وكذا مسلم (٩/١٩٧) والنسائي (٦/٧٣) وأبو  
داود (٢/٥٦٥) فيه، والترمذي في البيوع (٣/٥٨٧) مختصراً، وأحمد (٢/١٥٣).

## باب الخيار في النكاح والرد بالعيب

[إذا وجد الرجل امرأته مجنونة أو مجذومة أو برصاء أو رتقاء وهي التي انسدت فرجها أو قرناء وهي التي في فرجها لحم يمنع الجماع ثبت له الخيار. وإن وجدت المرأة زوجها مجنوناً أو مجذوماً أو أبرصاً أو مجبوباً أو عيننا ثبت لها الخيار، لما روى زيد بن كعب بن عجرة قال: تزوج رسول الله ﷺ امرأة من بني غفار فرأى بكشحها بياضاً فقال لها النبي ﷺ: **البيسي ثيابك والحقي بأهلك**». فثبت الرد بالبرص بالخبر، وثبت في سائر ما ذكرناه بالقياس على البرص، لأنها في معناه في منع الاستمتاع.

وإن وجد أحدهما الآخر وله فرج الرجال وفرج النساء ففيه قولان أحدهما: يثبت له الخيار، لأن النفس تعاف عن مباشرته فهو كالأبرص. **والثاني: لا خيار له، لأنه يمكنه الاستمتاع به.**

وإن وجدت المرأة زوجها خصياً ففيه قولان أحدهما: لها الخيار، لأن النفس تعافه. **والثاني: لا خيار لها، لأنها تقدر على الاستمتاع به.**

وإن وجد أحدهما بالآخر عيباً وبه مثله، بأن وجده أبرصاً وهو أبرص ففيه وجهان أحدهما: له الخيار، لأن النفس تعاف من عيب غيرها وإن كان بها مثله. **والثاني: لا خيار له، لأنهما متساويان في النقص فلم يثبت لهما الخيار، كما لو تزوج عبد بأمة.** وإن حدث بعد العقد عيب يثبت به الخيار، فإن كان بالزوج ثبت لها الخيار، لأن ما ثبت به الخيار إذا كان موجوداً حال العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعد العقد كالإعسار بالمهر والنفقة. وإن كان بالزوجة ففيه قولان أحدهما: يثبت به الخيار، وهو قوله في الجديد وهو الصحيح، لأن ما ثبت به الخيار في ابتداء العقد ثبت به الخيار إذا حدث بعده كالعيب في الزوج. **والثاني وهو قوله في القديم: أنه لا خيار له، لأنه يملك أن يطلقها.**

**الشرح:** حديث زيد بن كعب بن عجرة رواه أحمد من طريق جميل بن زيد قال: صحبت شيخاً من الأنصار ذكر أنه كانت له صحبة يقال

له كعب بن زيد أو زيد بن كعب فذكره<sup>(١)</sup>، كما روي من حديث كعب بن عجرة<sup>(٢)</sup> وحديث ابن عمر<sup>(٣)</sup>، والراوي عنهم كلهم هو جميل بن زيد، وجميل هذا ضعفه البخاري وابن معين وغيرهما، لذلك لا نستطيع أن نجزم بواقعة زواج النبي ﷺ من الغفارية.

أما اللغات فقولُه: «أبصر بكشحها» أي خصرها أو بطنها، والكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي. وقوله: «بياضا» يحتمل أن يكون بهقا ويحتمل أن يكون برصا وهو الأصح.

أما الأحكام فإنه إذا وجد أحد الزوجين عيباً بالآخر ثبت له الخيار في فسخ النكاح. والعيوب التي يثبت لأجلها الخيار في النكاح خمسة: ثلاثة يشترك فيها الزوجان، وينفرد كل واحد منهما باثنين. فأما الثلاثة التي يشتركان فيها: فالجنون والجذام والبرص، وينفرد الرجل بالجب<sup>(٤)</sup> والعنة<sup>(٥)</sup>، وتنفرد المرأة بالرتق والقرن. هذا مذهبنا وبه قال عمر وابن عباس ومالك وأحمد وإسحاق.

وقال علي وابن مسعود: لا يفسخ النكاح بالعيب، واليه صار النخعي والثوري وأبو حنيفة إلا أنه قال: إذا وجدت زوجها مجبوبا أو عيننا كان لها الخيار فإن اختارت فرق بينهما الحاكم بتطليقها.

قال السفاريني: وقال الإمام ابن القيم من علمائنا: يسوغ الفسخ بكل عيب ترد به الجارية في البيع من العمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك، لأن هذه الأمور من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين،

(١) أخرجه أحمد (٣/٤٩٣).

(٢) أخرجه الحاكم (٤/٣٤).

(٣) أخرجه البيهقي (٧/٢١٤) وقال: قال أبو أحمد يعني ابن عدي: وجميل بن زيد تفرد بهذا الحديث واضطرب الرواة عنه لهذا الحديث.

(٤) الجب بفتح الجيم هو: قطع الذكر أو بعضه.

(٥) العنة بضم العين وتشديد النون هي: العجز عن الوطاء لضعف جنسي.

والإطلاق ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفاً. قال: والقياس أن كل عيب ينفر أحد الزوجين منه ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار وهو أولى من البيع، كما أن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع.

دليلنا الخبر المذكور، وما قاله عمر رضي الله عنه: أيما امرأة تزوجت وبها جنون أو جذام أو برص فدخل بها ثم اطلع على ذلك فلها مهرها بمسيسه إياها وعلى الولي الصداق بما دلّس بما غرّه<sup>(١)</sup>.

وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنّف رحمه الله:** [والخيار في هذه العيوب على الفور، لأنه خيار ثبت بالعيب فكان على الفور كخيار العيب في البيع. ولا يجوز الفسخ إلا عند الحاكم، لأنه مختلف فيه.

**فصل** وإن فسخ قبل الدخول سقط المهر، لأنه إن كانت المرأة فسخت كانت الفرقة من جهتها فسقط مهرها، وإن كان الرجل هو الذي فسخ إلا أنه فسخ لمعنى من جهة المرأة وهو التدنيس بالعيب فصار كأنها اختارت الفسخ. وإن كان الفسخ بعد الدخول سقط المسمى ووجب مهر المثل، لأنه يستند الفسخ إلى سبب قبل العقد فيصير الوطاء كالحاصل في نكاح فاسد فوجب مهر المثل. وهل يرجع به على من غرّه؟ فيه قولان قال في القديم: يرجع، لأنه غرّه حتى دخل في العقد. وقال في الجديد: لا يرجع، لأنه حصل له في مقابله الوطاء. فإن قلنا: يرجع، فإن كان الرجوع على الولي رجع بجميعه. وإن كان على المرأة ففيه وجهان أحدهما: يرجع بجميعه كالولي. والثاني: يبقي منه شيئاً حتى لا يعرى الوطاء عن بدل.

وإن طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب لم يرجع بالنصف، لأنه رضي بإزالة الملك والتزام نصف المهر فلم يرجع به.

(١) أخرجه البيهقي (٧/٢١٤) والدارقطني (٣/٢٦٧) والشافعي في الأم (٥/٩١) وعبدالرزاق برقم ١٠٦٧٩ واللفظ له.

**فصل** ولا يجوز لولي المرأة الحرة ولا لسيد الأمة ولا لولي الطفل تزويج المولى عليه ممن به هذه العيوب، لأن في ذلك إضراراً بالمولى عليه. فإن خالف وزوج فعلى ما ذكرناه فيمن زوج المرأة من غير كفاء. وإن دعت المرأة الولي أن يزوجها بمجنون لم يلزمه تزويجها، لأن عليه في ذلك عارا. وإن دعت إلى نكاح محبوب أو عنين لم يكن له أن يمتنع، لأنه لا ضرر عليه في ذلك. وإن دعت إلى نكاح مجذوم أو أبرص ففيه وجهان أحدهما: له أن يمتنع، لأن عليه في ذلك عارا. والثاني: ليس له أن يمتنع، لأن الضرر عليها دونه.

**فصل** وإن حدث العيب بالزوج ورضيت به المرأة لم يجبرها الولي على الفسخ، لأن حق الولي في ابتداء العقد دون الاستدامة، ولهذا لو دعت المرأة إلى نكاح عبد كان للولي أن يمتنع، ولو أعتقت تحت عبد فاختارت المقام معه لم يكن للولي إجبارها على الفسخ.

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [إذا ادعت المرأة على الزوج أنه عنين وأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه، فإن نكل ردت اليمين على المرأة. وقال أبو سعيد الإصطخري: يقضى عليه بنكوله ولا تحلف المرأة، لأنه أمر لا تعلمه. والمذهب الأول، لأنه حق نكل فيه المدعى عليه عن اليمين فردت على المدعي كسائر الحقوق، وقوله إنها لا تعلمه، يبطل باليمين في كناية الطلاق وكناية القذف. فإذا حلفت المرأة أو اعترفت الزوج أجله الحاكم سنة، لما روى سعيد بن المسيب: أن عمر رضي الله عنه قضى في العنين أن يؤجل سنة»، وعن علي عليه السلام وعبد الله والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم نحوه، ولأن العجز عن الوطء قد يكون بالتعنين وقد يكون لعارض من حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة، فإذا مضت عليه الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية ولم يزل دل على أنه خلقة. ولا تثبت المدة إلا بالحاكم، لأنه يختلف فيها بخلاف مدة الإيلاء. فإن جامعها في الفرج سقطت المدة، وأدناه أن

يغيب الحشفة في الفرج، لأن أحكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه. فإن كان بعض الذكر مقطوعاً لم يخرج من التعنين إلا بتغيب جميع ما بقي. ومن أصحابنا من قال: إذا غيب من الباقي بقدر الحشفة خرج من حكم التعنين، لأن الباقي قائم مقام الذكر. والمذهب الأول، لأنه إذا كان الذكر سليماً فهناك حد يمكن اعتباره وهو الحشفة، وإذا كان مقطوعاً فليس هناك حد يمكن اعتباره فاعتبر الجميع. وإن وطئها في الدبر لم يخرج من حكم التعنين، لأنه ليس بمحل للوطء ولهذا لا يحصل به الإحلال للزوج الأول. وإن وطئ في الفرج وهي حائض سقطت المدة، لأنه محل للوطء. وإن ادعى أنه وطئها، فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه، لأنه لا يمكن إثباته بالبينة. وإن كانت بكراً فالقول قولها، لأن الظاهر أنه لم يطأها. فإن قال الزوج: وطئت ولكن عادت البكارة حلفت لجواز أن يكون قد ذهبت البكارة ثم عادت.

**فصل** وإن اختارت المقام معه قبل انقضاء الأجل ففيه وجهان أحدهما: يسقط خيارها، لأنها رضيت بالعيب مع العلم. والثاني: لا يسقط خيارها، لأنه إسقاط حق قبل ثبوته فلم يصح كالعفو عن الشفعة قبل البيع. وإن اختارت المقام بعد انقضاء الأجل سقط حقها، لأنه إسقاط حق بعد ثبوته. وإن أرادت بعد ذلك أن ترجع وتطالب بالفسخ لم يكن لها، لأنه خيار ثبت بعيب وقد أسقطته فلم يجز أن ترجع فيه. فإن لم يجامعها حتى انقضى الأجل وطالبت بالفرقة فرق الحاكم بينهما، لأنه مختلف فيه. وتكون الفرقة فسحاً، لأنه فرقة لا تقف على إيقاع الزوج ولا من ينوب عنه فكانت فسحاً كفرقة الرضاع. وإن تزوج امرأة ووطئها ثم عنّ منها لم تضرب المدة، لأن القدرة يقين فلا تترك بالاجتهاد].

**الشرح:** خبر عمر رواه الدارقطني بإسناده عن عمر<sup>(١)</sup> ورواه عن ابن

(١) أخرجه البيهقي (٧/٢٢٦) بلفظ «عن عمر أنه قال في العنين يؤجل سنة فإن قدر عليها وإلا فرق بينهما ولها المهر وعليها العدة» قال البيهقي: هذا على قوله أن الخلوة تقر المهر وتوجب العدة، والدارقطني (٣/٣٠٥).

مسعود والمغيرة بن شعبة<sup>(١)</sup> ولا مخالف لهم، ورواه أبو حفص عن علي رضي الله عنهم<sup>(٢)</sup>. أما العين فهو الرجل العاجز عن الجماع، وربما يشتهي النساء: ولا يناله. واشتقاقه من عن الشيء إذا اعترض، وعن ذكره إذا اعترض عن يمين الفرج وشماله فلا يقصده. وأما الأحكام فالعنة في الرجل عيب يثبت الخيار لزوجته في فسخ النكاح لأجلها، وبه قال عامة أهل العلم. وقال الحكم بن عيينة وداود وأهل الظاهر: ليست بعيب. وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن وجدت المرأة زوجها مجبوا ثبت لها الخيار في الحال، لأن عجزه متحقق. فإن كان بعضه مجبوا وبقي ما يمكن الجماع به فقالت المرأة: لا يتمكن من الجماع به، وقال الزوج: أتمكن، ففيه وجهان أحدهما: أن القول قوله، لأن له ما يمكن الجماع بمثله فقبل قوله، كما لو اختلفا وله ذكر قصير. والثاني وهو قول أبي إسحق: أن القول قول المرأة، لأن الظاهر معها فإن الذكر إذا قطع بعضه ضعف، وإن اختلفا في القدر الباقي هل يمكن الجماع به فالقول قول المرأة، لأن الأصل عدم الإمكان.]

**فصل** إذا تزوجت امرأة رجلاً على أنه على صفة فخرج بخلافها أو على نسب فخرج بخلافه ففيه وجهان أحدهما: أن العقد باطل، لأن الصفة مقصودة كالعين ثم اختلاف العين يبطل العقد فكذلك اختلاف الصفة، ولأنها لم ترض بنكاح هذا الزوج فلم يصح، كما لو أذنت في نكاح رجل على صفة فزوجت ممن هو على غير تلك الصفة. والقول الثاني: أنه يصح العقد، وهو الصحيح، لأن ما لا يفتقر العقد إلى ذكره إذا ذكره وخرج بخلافه لم يبطل العقد كالمهر. فعلى هذا إن خرج أعلى من المشروط لم يثبت الخيار، لأن الخيار يثبت للنقصان لا للزيادة. فإن خرج دونها، فإن كان عليها في ذلك نقص بأن شرط أنه حر فخرج عبداً أو أنه جميل فخرج

(١) أخرجهما البيهقي (٧/٢٢٦) والدارقطني (٣/٣٠٦).

(٢) أخرجه البيهقي (٧/٢٢٧).

قبيحا أو أنه عربي فخرج عجميا ثبت لها الخيار، لأنه نقص لم ترض به. وإن لم يكن عليها نقص بأن شرطت أنه عربي فخرج عجميا وهي عجمية ففيه وجهان أحدهما: لها الخيار، لأنها ما رضيت أن يكون مثلها. والثاني: لا خيار لها، لأنها لا نقص عليها في حق ولا كفاءة].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن كان الغرر من جهة المرأة نظرت: فإن تزوجها على أنها حرة فكانت أمة، وهو ممن يحل له نكاح الأمة، ففي صحة النكاح قولان، فإن قلنا: إنه باطل فوطئها لزمه مهر المثل، وهل يرجع به على الغار؟ فيه قولان أحدهما: لا يرجع، لأنه حصل له في مقابله الوطاء. والثاني: يرجع، لأن الغار ألجأه إليه. فإن كان الذي غره غير الزوجة رجع عليه. وإن كانت هي الزوجة رجع عليها إذا عتقت. وإن كان وكيل السيد رجع عليه في الحال. وإن أحببها فضمن قيمة الولد رجع بها على من غره.

وإن قلنا: إنه صحيح، فهل يثبت له الخيار؟ فيه قولان أحدهما: لا خيار له، لأنه يمكنه أن يطلق. والثاني: له الخيار، وهو الصحيح، لأن ما ثبت به الخيار للمرأة ثبت به الخيار للرجل كالجنون. وقال أبو إسحق: إن كان الزوج عبداً فلا خيار له قولاً واحداً، لأنه مثلها. والصحيح أنه لا فرق بين أن يكون حراً أو عبداً، لأن عليه ضرراً لم يرض به وهو استرقاق ولده منها وعدم الاستمتاع بها في النهار. فإن فسخ فالحكم فيها كالحكم فيه إذا قلنا إنه باطل. وإن قلنا لا خيار له أو له الخيار ولم يفسخ فهو كالنكاح الصحيح، فإن وطئها قبل العلم بالرق فالولد حر، لأنه لم يرض برقه. وإن وطئها بعد العلم بالرق فالولد مملوك، لأنه رضي برقه.

وإن غرته بصفة غير الرق أو بنسب ففي صحة النكاح قولان، فإن قلنا: إنه باطل ودخل بها وجب مهر المثل. وهل يرجع به على من غره؟ على القولين، فإن قلنا: يرجع، فإن كان الغرور من غيرها رجع بالجميع. وإن كان منها ففيه وجهان أحدهما: يرجع بالجميع كما يرجع على غيرها.

والثاني: يبقي منه شيئاً حتى لا يعرى الوطاء عن بدل. وإن قلنا: إنه صحيح، فإن كان الغرور بنسب فخرجت أعلى منه لم يثبت الخيار، وإن خرجت دونه ولكنه مثل نسبه أو أعلى منه لم يثبت الخيار.

وإن كان دون نسبه ففيه وجهان أحدهما: له الخيار، لأنه لم يرض أن تكون دونه. والثاني: لا خيار له، لأنه لا نقص على الزوج بأن تكون المرأة دونه في الكفاءة. فإن قلنا: إن له الخيار، فاختر الفسخ فالحكم فيه كالحكم فيه إذا قلنا إنه باطل. وإن اختار المقام فهو كما قلنا إنه صحيح، وقد بيناه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن تزوج امرأة من غير شرط يظنها حرة فوجدها أمة فالنكاح صحيح، والمنصوص: أنه لا خيار له. وقال فيمن تزوج حرة يظنها مسلمة فخرجت كتابية أن له الخيار. فمن أصحابنا من نقل جوابه في كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وجعلهما على قولين، أحدهما: له الخيار، لأن الحرة الكتابية أحسن حالاً من الأمة لأن الولد منها حر والاستمتاع بها تام فإذا جعل له الخيار فيها كان في الأمة والولد منها رقيق والاستمتاع بها ناقص أولى. والقول الثاني: لا خيار له، لأن العقد وقع مطلقاً فهو كما لو ابتاع شيئاً يظنه على صفة فخرج بخلافها فإنه لا يثبت له الخيار فكذلك ههنا، وإذا لم يجعل له الخيار في الأمة ففي الكتابية أولى. ومنهم من حملهما على ظاهر النص فقال له الخيار في الكتابية ولا خيار له في الأمة، لأن في الكتابية ليس من جهة الزوج تفريط لأن الظاهر ممن لا خيار عليه أنه ولي مسلمة وإنما التفريط من جهة الولي في ترك الخيار، وفي الأمة التفريط من جهة الزوج في ترك السؤال.

فصل إذا أعتقت الأمة وزوجها حر لم يثبت لها الخيار، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: أعتقت بريرة فخيرها رسول الله ﷺ في زوجها وكان عبداً فاخترت نفسها ولو كان حراً ما خيرها رسول الله ﷺ، ولأنه

لا ضرر عليها في كونها حرة تحت حر ولهذا لا يثبت به الخيار في ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار في استدامته .

وإن أعتقت تحت عبد ثبت لها الخيار لحديث عائشة رضي الله عنها، ولأن عليها عارا وضررا في كونها تحت عبد ولهذا لو كان ذلك في ابتداء النكاح ثبت لها الخيار فثبت به الخيار في استدامته . ولها أن تفسخ بنفسها، لأنه خيار ثابت بالنص فلم يفتقر إلى الحاكم . وفي وقت الخيار قولان أحدهما: أنه على الفور، لأنه خيار لنقص فكان على الفور كخيار العيب في البيع . والثاني: أنه على التراخي، لأننا لو جعلناه على الفور لم نأمن أن تختار المقام أو الفسخ ثم تندم . فعلى هذا في وقته قولان أحدهما: يتقدر بثلاثة أيام، لأنه جعل حداً لمعرفة الحظ في الخيار في البيع . والثاني: أن لها الخيار إلى أن تمكنه من وطئها، لأنه روي ذلك عن ابن عمر وحفصة بنت عمر رضي الله عنهما وهو قول الفقهاء السبعة سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار رضي الله عنهم . فإن أعتقت ولم تختبر الفسخ حتى وطئها ثم ادعت الجهل بالعتق، فإن كان في موضع يجوز أن يخفى عليها العتق فالقول قولها مع يمينها، لأن الظاهر أنها لم تعلم . وإن كان في موضع لا يجوز أن يخفى عليها لم يقبل قولها، لأن ما تدعيه خلاف الظاهر . وإن علمت بالعتق ولكن ادعت أنها لم تعلم بأن لها الخيار ففيه قولان أحدهما: لا خيار لها كما لو اشترى سلعة فيها عيب وادعى أنه لم يعلم أن له الخيار . والثاني: أن لها الخيار، لأن الخيار بالعتق لا يعرفه غير أهل العلم .

وإن أعتقت وهي صغيرة ثبت لها الخيار إذا بلغت، وإن كانت مجنونة ثبت لها الخيار إذا عقلت، وليس للولي أن يختار، لأن هذه طريقة الشهوة فلا ينوب عنها الولي كالطلاق . وإن أعتقت فلم تختبر حتى عتق الزوج ففيه قولان أحدهما: لا يسقط خيارها، لأنه حق ثبت في حال الرق فلم يتغير بالعتق كما لو وجب عليه حد ثم أعتق . والثاني: يسقط، لأن الخيار ثبت للنقص وقد زال .

فإن أعتقت وهي في العدة من طلاق رجعي فلها أن تترك الفسخ لانتظار البيونة بانقضاء العدة ولها أن تفسخ، لأنها إذا لم تفسخ ربما راجعها إذا قارب انقضاء العدة فإذا فسخت احتاجت أن تستأنف العدة. وإن اختارت المقام في العدة لم يسقط خيارها، لأنها جارية إلى بيونة فلا يصح منها اختيار المقام مع ما ينافيه. وإن أعتقت تحت عبد فطلقها قبل أن تختار الفسخ ففيه قولان أحدهما: أن الطلاق ينفذ، لأنه صادف الملك. والثاني: لا ينفذ، لأنه يسقط حقها من الفسخ. فعلى هذا إن فسخت لم يقع الطلاق، وإن لم تفسخ حكمتنا بوقوع الطلاق من حين طلق.

**فصل** وإن أعتقت وفسخت النكاح، فإن كان قبل الدخول سقط المهر، لأن الفرقة من جهتها. وإن كان بعد الدخول نظرت: فإن كان العتق بعد الدخول استقر المسمى، وإن كان قبله ودخل بها ولم تعلم بالعتق سقط المسمى ووجب مهر المثل، لأن العتق وجد قبل الدخول فصار كما لو وجد الفسخ قبل الدخول. ويجب المهر للمولى، لأنه وجب بالعقد في ملكه. وإن كانت مفوضة فأعتقت فاختارت الزوج وفرض لها المهر بعد العتق ففي المهر قولان، إن قلنا يجب بالعقد كان للمولى لأنه وجب قبل العتق، وإن قلنا يجب بالفرض كان لها لأنه وجب بعد العتق.

**فصل** وإن تزوج عبد مشرك حرة مشركة ثم أسلما ففيه وجهان أحدهما: لا خيار لها، لأنها دخلت في العقد مع العلم برقه. والثاني وهو ظاهر النص: أن لها أن تفسخ النكاح، لأن الرق ليس بنقص في الكفر وإنما هو نقص في الإسلام فيصير كنقص حدث بالزوج فيثبت لها الخيار. وإن تزوج العبد المشرك أمة فدخل بها ثم أسلمت وتخلف العبد فأعتقت الأمة ثبت لها الخيار، لأنها عتقت تحت عبد. وإن أسلم العبد وتخلفت المرأة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي الطيب بن سلمة: أنه لا يثبت لها الخيار، وهو ظاهر ما نقله المزني، والفرق بينها وبين ما قبلها أن هناك الأمر موقوف على إسلام الزوج فإذا لم تفسخ لم تأمن أن لا يسلم حتى يقارب انقضاء العدة ثم يسلم فتفسخ النكاح فتطول العدة، وههنا الأمر موقوف على إسلامها فأبي وقت شاءت أسلمت وثبت النكاح فلم يثبت لها

الفسخ. والثاني وهو قول أبي إسحق: أنه يثبت لها الخيار كالمسألة قبلها وأنكر ما نقله المزني.

**فصل** إذا ملك مائة دينار وأمة قيمتها مائة دينار وزوجها من عبد بمائة ووصى بعقها فأعتقت قبل الدخول لم يثبت لها الخيار، لأنها إذا فسخت سقط مهرها وإذا سقط المهر عجز الثلث عن عقها فسقط خيارها فيؤدي إثبات الخيار إلى إسقاطه فسقط.

**فصل** وإن أعتق عبد وتحتة أمة ففيه وجهان أحدهما: يثبت له الخيار كما يثبت للأمة إذا كان زوجها عبداً. والثاني: لا يثبت، لأن رقبها لا يثبت به الخيار في ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار في استدامته].

**الشرح:** خبر بريرة بلفظ المصنف أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي<sup>(١)</sup>.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.



قال المصنف رحمه الله:

---

---

## باب نكاح المشرك

---

---

[إذا أسلم الزوجان المشركان على صفة، لو لم يكن بينهما نكاح جاز لهما عقد النكاح، أقرأ على النكاح وإن عقد بغير ولي ولا شهود، لأنه أسلم خلق كثير فأقرهم رسول الله ﷺ على أنكحتهم ولم يسألهم عن شروطه. وإن أسلما والمرأة ممن لا تحل له كالأم والأخت لم يقرأ على النكاح، لأنه لا يجوز أن يبتدىء نكاحها فلا يجوز الإقرار على نكاحها. وإن أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو أسلمت المرأة والزوج

---

(١) أخرجه مسلم في العتق (١٠/١٤٦) والترمذي في الرضاع (٣/٤٦١) والنسائي في الطلاق (٦/١٦٥) وكذا أبو داود (٢/٦٧٢) فيه.

يهودي أو نصراني، فإن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة، وإن كان بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة، فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة حكم بالفرقة. وقال أبو ثور: إن أسلم الزوج قبل الزوجة وقعت الفرقة. وهذا خطأ، لما روى عبد الله بن شبرمة: أن الناس كانوا على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته وإن أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما<sup>(١)</sup>. والفرقة الواقعة باختلاف الدين فسوخ، لأنها فرقة عريت عن لفظ الطلاق ونيتة فكانت فسحا كسائر الفسوخ].

**الشرح:** خبر عبد الله بن شبرمة مرسل، لأنه من الطبقة الخامسة في التابعين، ومن ثم يؤخذ على المصنف استدلاله به مع استفاضة الروايات المرفوعة وكثرة طرقها. من ذلك ما رواه البخاري عن ابن عباس قال: كان المشركون على منزلتين من النبي ﷺ ومن المؤمنين، كانوا مشركي أهل حرب يقاتلهم ويقاتلونه ومشركي أهل عهد لا يقاتلهم ولا يقاتلونه. وكان إذا هاجرت المرأة من أهل الحرب لم تخطب حتى تحيض وتطهر، فإذا طهرت حل لها النكاح، وإن جاء زوجها قبل أن تنكح ردت إليه<sup>(٢)</sup>.

وأخرج أحمد وأبو داود وصححه الحاكم عن ابن عباس أن النبي ﷺ رد ابنته زينب على زوجها أبي العاص بن الربيع بالنكاح الأول لم يحدث شيئاً<sup>(٣)</sup>، وفي لفظ «رد ابنته زينب على أبي العاص زوجها بنكاحها الأول بعد سنتين ولم يحدث صداقاً»<sup>(٤)</sup> وفي لفظ «رد ابنته زينب على أبي العاص وكان إسلامها قبل إسلامه بست سنين على النكاح الأول ولم يحدث

(١) المغني لابن قدامة (٦/٦١٦).

(٢) أخرجه البخاري في الطلاق: باب نكاح من أسلم من المشركات وعدتهن (٩/٤١٧).

(٣) أخرجه أبو داود في الطلاق (٢/٦٧٥)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٩٥٧.

(٤) أخرجه أبو داود (٢/٦٧٥) وابن ماجه في النكاح (١/٦٤٧)، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ٦٣٥.

نكاحاً»<sup>(١)</sup>. وأشار ابن حجر إلى الجمع بين هذه الروايات فقال: المراد بالست ما بين هجرة زينب وإسلامه، وبالستين ما بين نزول قوله تعالى: ﴿لَا هُنَّ حُلٌّ لَّهُمْ﴾ وقدمه مسلماً فإن بينهما سنتين وأشهرًا<sup>(٢)</sup>.

وأخرج مالك في الموطأ عن ابن شهاب أنه بلغه: أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب صفوان من الإسلام، فبعث إليه رسول الله ﷺ أماناً، وشهد حيننا والطائف وهو كافر وامراته مسلمة فلم يفرق رسول الله ﷺ بينهما حتى أسلم صفوان واستقرت عنده بذلك النكاح. قال ابن شهاب: وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام زوجته نحواً من شهر»

قال ابن شهاب: ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله والى رسوله وزوجها كافر مقيم بدار الكفر إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عدتها، وأنه لم يبلغنا أن امرأة فرق بينها وبين زوجها إذا قدم وهي في عدتها»<sup>(٣)</sup>.

وروى البيهقي عن الشافعي عن جماعة من أهل العلم من قريش وأهل المغازي وغيرهم عن عدد قبلهم: أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران وامراته هند كافرة بمكة، ومكة يومئذ دار حرب، وكذلك حكيم بن حزام، ثم أسلمت المرأتان بعد ذلك وأقر النبي ﷺ النكاح»<sup>(٤)</sup>.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/٦٧٥) والترمذي في النكاح (٣/٤٤٨)، وصححه الألباني في صحيح الترمذي برقم ٩١٣: وقوله: «كان إسلامها...» يقصد به هجرتها فإنها لم تكن كافرة قط بل أسلمت منذ بعث النبي ﷺ.

(٢) قال ابن كثير في البداية والنهاية (٣/٣٣٣): أسلمت زينب حين بعث رسول الله ﷺ، وهاجرت بعد بدر بشهر، وحرمت المسلمات على المشركين عام الحديبية سنة ست، وأسلم أبو العاص قبل الفتح سنة ثمان، فمن قال: ردها بعد ست سنين، أي من حين هجرتها فهو صحيح، ومن قال: بعد سنتين، أي من حين حرمت المسلمات على المشركين فهو صحيح أيضاً.

(٣) أخرجه مالك في النكاح: باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله (٥٤٣) - (٢/٥٤٤).

(٤) البيهقي (٧/١٨٦).

وأما الأحكام فإن أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين، فإن كان قبل الدخول انفسخ النكاح، وإن كان بعد الدخول وقف النكاح فإن أسلم الكافر منهما قبل انقضاء عدة الزوجة أقرا على النكاح، وإن لم يسلم الكافر منهما حتى انقضت عدة الزوجة بانت منه من وقت إسلام المسلم منهما، ولا فرق بين أن يكون ذلك في دار الإسلام أو في دار الحرب، وبه قال أحمد.

وقال مالك: إن كانت هي المسلمة فكما قلنا، وإن كان هو المسلم عرض عليها الإسلام في الحال فإن أسلمت وإلا انفسخ نكاحها. وقال أبو بكر رضي الله عنه: إن أسلم الزوج قبل الزوجة وقعت الفرقة بكل حال.

وقال أبو حنيفة: إن كان في دار الحرب وكان ذلك بعد الدخول فالنكاح موقوف على انقضاء العدة كقولنا، وإن كان في دار الإسلام فسواء كان قبل الدخول أو بعده فإن النكاح لا ينفسخ بل يعرض على المتأخر منهما الإسلام فإن أسلم فهما على الزوجية وإن لم يسلم فرق بينهما بتطليقة، وإن لم يعرض الإسلام على المتأخر منهما وأقاما على الزوجية مدة طويلة فهما على النكاح.

دليلنا ما رويناه من الأخبار التي تفيد بمنطوقها أن الناس كانوا يسلمون على عهد رسول الله ﷺ الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته، وإن أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما<sup>(١)</sup>، والعدة لا تكون إلا بعد الدخول، ولم يفرق بين أن يسلم الرجل أولاً أو المرأة، وبين أن يكون في دار الإسلام أو في دار الحرب. وأما حديث ابن عباس في قصة زينب رضي الله عنها فيحمل على تناول العدة

---

(١) ذكر الشارح رحمه الله عدة أحاديث وآثار في هذا الباب وكلها لا دلالة فيها لمذهب الشافعية سوى أثر ابن شهاب الزهري رحمه الله حين قال: ولم يبلغنا. . إلى آخره، وهو أثر مرسل، وقد عاب الشارح رحمه الله على المصنف استدلاله بأثر ابن شبرمة لكونه مرسلًا ثم استدلل هو بأثر ابن شهاب وهو مرسل أيضاً، بل أثر ابن شبرمة أصرح في الدلالة لمذهب الشافعية من أثر الزهري. والله أعلم.

فيما بين نزول آية التحريم وإسلام أبي العاص ولا مانع من ذلك، كما قال الحافظ ابن حجر.

قال ابن القيم: إن اعتبار العدة لم يعرف في شيء من الأحاديث ولا كان النبي ﷺ يسأل المرأة هل انقضت عدتها أم لا، ولو كان الإسلام بمجرد فرقة لكانت طليقة بائنة ولا رجعة فيها فلا يكون الزوج أحق بها إذا أسلم. وقد دل حكمه ﷺ أن النكاح موقوف فإن أسلم الزوج قبل انقضاء العدة فهي زوجته، وإن انقضت عدتها فلها أن تنكح من شاءت، وإن أحببت انتظرته وإذا أسلم كانت زوجته من غير حاجة إلى تجديد نكاح. قال: ولا نعلم أحدا جدد بعد الاسلام نكاحه البتة، بل كان الواقع أحد الأمرين إما إفتراقهما ونكاحها غيره وإما بقاؤهما على النكاح الأول إذا أسلم الزوج. وأما تنجيز الفرقة أو مراعاة العدة فلم يعلم أن رسول الله ﷺ قضى بواحد منهما مع كثرة من أسلم في عهده<sup>(١)</sup>. وهذا كلام في غاية الحسن والتمتانة. قال: وهذا اختيار الخلال وأبي بكر وابن المنذر وابن حزم، وهو مذهب الحسن وطاوس وعكرمة وقتادة والحكم.

وقد ذهب إلى أن المرأة إذا أسلمت قبل زوجها لم تخطب حتى تحيض وتطهر: ابن عباس وعطاء وطاوس والثوري وأبو ثور واختاره ابن المنذر واليه جنح البخاري<sup>(٢)</sup>.

**قال المصنّف رحمه الله:** [وإن أسلم الحر وتحتة أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه لزمه أن يختار أربعاً منهن، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن

(١) زاد المعاد (٥/١٣٧).

(٢) الأصل في هذه المسألة هو حديث ابن عباس رحمه الله الذي ذكره الشارح في أول الفصل وهو حديث صحيح وفي غاية الصراحة، ويدل على أن المرأة إذا أسلمت قبل زوجها فالنكاح موقوف، فإن استبرأت رحمها بحیضة واحدة فهي بالخيار إن شاءت نكحت زوجاً غيره وإن شاءت انتظرت زوجها الأول حتى يسلم، فإن أسلم كانت زوجته من غير حاجة إلى تجديد النكاح مهما طال انتظارها له حتى لو انتظرته سنتين أو أكثر، وهذا القول يوافق ما جرى مع زينب رضي الله عنها، وأما تأويل الشافعية لقصتها بأن عدتها طالت سنتين ونيفاً فهو بعيد كل البعد.

غيلان أسلم وتحتة عشر نسوة فأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعاً، ولأن ما زاد على أربع لا يجوز إقرار المسلم عليه. فإن امتنع أجبر عليه بالحبس والتعزير، لأنه حق توجه عليه لا تدخله النيابة فأجبر عليه. فإن أغمي عليه في الحبس خلى إلى أن يفيق، لأنه خرج عن أن يكون من أهل الاختيار فخلى كما يخلى من عليه دين إذا أعسر به. فإن أفاق أعيد إلى الحبس والتعزير إلى أن يختار. ويؤخذ بنفقة جميعهن إلى أن يختار، لأنهن محبوسات عليه بحكم النكاح.

والاختيار أن يقول: اخترت نكاح هؤلاء الأربع فينسخ نكاح البواقي، أو يقول: اخترت فراق هؤلاء فيثبت نكاح البواقي. وإن طلق واحدة منهن كان ذلك اختياراً لنكاحها، لأن الطلاق لا يكون إلا في زوجة. وإن ظاهر منها أو آلى لم يكن ذلك اختياراً، لأنه قد يخاطب به غير الزوج. وإن وطئ واحدة ففيه وجهان أحدهما: أنه اختيار، لأن الوطء لا يجوز إلا في ملك فدل على الاختيار كوطء البائع الجارية المبيعة بشرط الخيار. والثاني وهو الصحيح: أنه ليس باختيار، لأنه اختيار للنكاح فلم يجز بالوطء كالرجعة. وإن قال: كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت نكاحها لم يصح، لأن الاختيار كالنكاح فلم يجز تعليقه على الصفة ولا في غير معين. وإن قال: كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسح نكاحها لم يصح، لأن الفسخ لا يجوز تعليقه على الصفة، ولأن الفسخ إنما يستحق فيما زاد على أربع. وقد يجوز ألا يسلم أكثر من أربع فلا يستحق فيها الفسخ. وإن قال: كلما أسلمت واحدة فهي طالق ففيه وجهان أحدهما: يصح، وهو ظاهر النص، لأنه قال: وإن قال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسح نكاحها لم يكف شيئاً إلا أن يريد به الطلاق، فدل على أنه إذا أراد الطلاق صح، ووجهه أن الطلاق يصح تعليقه على الصفات. والثاني وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه لا يصح، لأن الطلاق ههنا يتضمن اختياري الزوجية، والاختيار لا يجوز تعليقه على الصفة، وحمل قول الشافعي رحمه الله على من أسلم وله أربع نسوة في الشرك، وأراد بهذا القول الطلاق فإنه يصح، لأنه طلاق لا يتضمن اختياراً فجاز تعليقه على الصفة.

وإن أسلم ثم ارتد لم يصح اختياره، لأن الاختيار كالنكاح فلم يصح مع الردة. وإن أسلم وأحرم، فالمنصوص: أنه يصح اختياره، فمن أصحابنا من جعلها على قولين أحدهما: لا يصح كما لا يصح نكاحه. والثاني: يصح كما تصح رجعته. ومنهم من قال: إن أسلم ثم أحرم ثم أسلمن لم يجوز أن يختار قولاً واحداً، لأنه لا يجوز أن يتبدى النكاح وهو محرم فلا يجوز أن يختاره، وحمل النص عليه، وإذا أسلم ثم أسلمن ثم أحرم فإن له الخيار، لأن الإحرام طراً بعد ثبوت الخيار].

**الشرح:** حديث ابن عمر أخرجه أحمد وابن ماجه والترمذي<sup>(١)</sup>.

وأما الأحكام فإذا أسلم الرجل وتحتته أكثر من أربع زوجات فأسلمن معه في العدة أو كن كتابيات لزمه أن يختار أربعاً منهن ويفارق ما زاد، سواء تزوجهن بعقد واحد أو بعقود، وسواء اختار من نكاحها أولاً أو آخرها، وبه قال مالك وأحمد ومحمد بن الحسن. وقال الزهري وأبو حنيفة وأبو يوسف: لا يصح التخيير بحال بل إن كان تزوجهن بعقد واحد بطل نكاح الجميع ولا يحل له واحدة منهن إلا بعقد مستأنف، وإن كان تزوجهن بعقود لزمه نكاح الأربع الأوائل وبطل نكاح من بعدهن.

وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن مات قبل أن يختار لم يقيم وارثه مقامه، لأن الاختيار يتعلق بالشهوة فلا يقوم فيه غيره مقامه. وتجب على جميعهن العدة، لأن كل واحدة منهن يجوز أن تكون من الزوجات. فمن كانت حاملاً اعتدت بوضع الحمل، ومن كانت من ذوات الشهر اعتدت بأربعة أشهر وعشر، ومن كانت من ذوات الأقراء اعتدت بالأقصى من الأجلين من ثلاثة أقرأ أو أربعة أشهر وعشر ليسقط الفرض بيقين. ويوقف ميراث أربع نسوة إلى أن يصطلحن، لأننا نعلم أن فيهن أربع زوجات. وإن كان عددهن ثمانية فجاء أربع يطلبن الميراث لم يدفع إليهن شيء لجواز أن

(١) سبق تخريجه في (٢٧٥٣).

تكون الزوجات غيرهن. وإن جاء خمس دفع إليهن ربع الموقوف، لأن فيهن زوجة بيقين، ولا يدفع إليهن إلا بشرط أنه لم يبق لهن حق ليتمكن صرف الباقي إلى باقي الورثة. وإن جاء ست دفع إليهن نصف الموقوف، لأن فيهن زوجتين بيقين، وعلى هذا القياس. وإن كان فيهن أربع كتابيات ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي القاسم الداركي: أنه لا يوقف شيء، لأنه لا يوقف إلا ما يتحقق استحقاؤه ويجهل مستحقه، وههنا لا يتحقق الاستحقاق لجواز أن تكون الزوجات الكتابيات فلا يرثن. والثاني: يوقف، لأنه لا يجوز أن يدفع إلى باقي الورثة إلا ما يتحقق أنهم يستحقونه، ويجوز أن يكون المسلمات زوجاته فلا يكون الجميع لباقي الورثة].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن أسلم وتحتة أختان أو امرأة وعمتها أو امرأة وخالتها وأسلمتا معه لزمه أن يختار إحداهما، لما روي «أن ابن الديلمي أسلم وتحتة أختان فقال له النبي ﷺ: اختر أيتهما شئت وفارق الأخرى». وإن أسلم وتحتة أم وبنت وأسلمتا معه، لم يخل إما أن يكون قد دخل بواحدة منهما أو دخل بهما أو دخل بالأُم دون البنت أو بالبنت دون الأُم. فإن لم يكن دخل بواحدة منهما ففيه قولان أحدهما: يمسك البنت وتحرم الأُم، وهو اختيار المزني، لأن النكاح في الشرك كالنكاح الصحيح بدليل أنه يقر عليه، والأُم تحرم بالعقد على البنت وقد وجد العقد، والبنت لا تحرم إلا بالدخول بالأُم ولم يوجد الدخول. والقول الثاني وهو الصحيح: أنه يختار من شاء منهما، لأن عقد الشرك إنما تثبت له الصحة إذا انضم إليه الاختيار فإذا لم ينضم إليه الاختيار فهو كالمعدوم، ولهذا لو أسلم وعنده أختان واختار إحداهما جعل كأنه عقد عليها ولم يعقد على الأخرى، فإذا اختار الأُم صار كأنه عقد عليها ولم يعقد على البنت، وإذا اختار البنت صار كأنه عقد عليها ولم يعقد على الأُم. فعلى هذا إذا اختار البنت حرمت عليه الأُم على التأييد، لأنها أم امرأته، وإن اختار الأُم حرمت البنت تحريم جمع، لأنها بنت امرأة لم يدخل بها، وإن دخل بها حرمت البنت بدخوله بالأُم.

وأما الأم، فإن قلنا: إنها تحرم بالعقد على البنت حرمت لعلتين: بالعقد على البنت وبال دخول بها. وإن قلنا: إنها لا تحرم بالعقد، حرمت بعلة وهي الدخول. وإن دخل بالأم دون البنت، فإن قلنا: إن الأم تحرم بالعقد على البنت، حرمت الأم بالعقد على البنت وحرمت البنت بالدخول بالأم. وإن قلنا: إن الأم لا تحرم بالعقد على البنت، حرمت البنت بالدخول بالأم وثبت نكاح الأم. وإن دخل بالبنت دون الأم ثبت نكاح البنت وانفسخ نكاح الأم، وحرمت في أحد القولين بالعقد وبال دخول، وفي القول الآخر بالدخول].

**الشرح:** حديث ابن الديلمي لعله فيروز في رواية ابنه الضحاك عند الشافعي وأحمد والترمذي وحسنه والدارقطني وابن حبان وصححه<sup>(١)</sup>.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن أسلم وتحتة أربع إماء فأسلمن معه، فإن كان ممن يحل له نكاح الأمة اختار واحدة منهن، لأنه يجوز أن يبتدىء نكاحها فجاز له اختيارها كالحررة. وإن كان ممن لا يحل له نكاح الأمة لم يجز أن يمسك واحدة منهن. وقال أبو ثور: يجوز، لأنه ليس بابتداء النكاح فلا يعتبر فيه عدم الطول وخوف العنت كالرجعة. وهذا خطأ، لأنه لا يجوز له ابتداء نكاحها فلا يجوز له اختيارها كالأم والأخت، ويخالف الرجعة لأن الرجعة سد ثلثة في النكاح والاختيار إثبات النكاح في المرأة فصار كابتداء العقد.

وإن أسلم وتحتة إماء وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار واحدة منهن، لأن وقت الاختيار عند اجتماع إسلامه وإسلامهن، وهو في هذا الحال ممن يجوز له نكاح الأمة فكان له اختيارها.

---

(١) أخرجه الترمذي في النكاح (٣/٤٣٦) وقال: هذا حديث حسن وكذا ابن ماجه (١/٦٢٧) فيه، وأبو داود في الطلاق (٢/٦٧٨) من حديث فيروز الديلمي، وحسنه الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٩٦٢.

وإن أسلم بعضهم وهو موسر وأسلم بعضهم وهو معسر فله أن يختار من اجتمع إسلامه وإسلامها وهو معسر، ولا يختار من اجتمع إسلامه وإسلامها وهو موسر اعتبارا بوقت الاختيار.

**فصل** وإن أسلم وعنده أربع إماء فأسلمت منهن واحدة، وهو ممن يجوز له نكاح الإماء فله أن يختار المسلمة وله أن ينتظر إسلام البواقي ليختار من شاء منهن. فإن اختار فسخ نكاح المسلمة لم يكن له ذلك، لأن الفسخ إنما يكون فيمن فضل عمن يلزمه نكاحها، وليس ههنا فضل. فإن خالف وفسخ ولم يسلم البواقي لزم نكاح المسلمة وبطل الفسخ. وإن أسلمن فله أن يختار واحدة، فإن اختار نكاح المسلمة التي اختار فسخ نكاحها ففيه وجهان أحدهما: ليس له ذلك، لأننا منعنا الفسخ فيها لأنها لم تكن فاضلة عمن يلزم فيها النكاح، وبإسلام غيرها صارت فاضلة عمن يلزم نكاحها، فثبت فيها الفسخ. والثاني وهو المذهب: أن له أن يختار نكاحها، لأن اختيار الفسخ كان قبل وقته فكان وجوده كعدمه، كما لو اختار نكاح مشرقة قبل إسلامها.

**فصل** وإن أسلم وعنده حرة وأمة وأسلمتا معه ثبت نكاح الحرة وبطل نكاح الأمة، لأنه لا يجوز أن يتدّى نكاح الأمة مع وجود حرة، فلا يجوز أن يختارها. فإن أسلم وأسلمت الأمة معه وتخلفت الحرة، فإن أسلمت قبل انقضاء العدة ثبت نكاحها وبطل نكاح الأمة كما لو أسلمتا معا، وإن انقضت العدة ولم تسلم بانت باختلاف الدين، فإن كان ممن يحل له نكاح الأمة فله أن يمسكها.

**فصل** وإن أسلم عبد وتحتة أربع إماء فأسلمن معه لزمه أن يختار اثنتين. فإن أعتق بعد إسلامه وإسلامهن لم تجز له الزيادة على اثنتين، لأنه ثبت له الاختيار وهو عبد. وإن أسلم وأعتق ثم أسلمن، أو أسلمن وأعتق ثم أسلم لزم نكاح الأربع، لأنه جاء وقت الاختيار وهو ممن يجوز له أن ينكح أربع نسوة].

**الشرح:** قوله: «سد الثلثة» يعني جبر الخلل يقال: ثلمته أثلمه من

باب ضرب . وفي السيف ثلم وفي الإناء ثلم إذا كسر من شفته .  
وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف .

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن تزوج امرأة معتدة من غيره وأسلما، فإن كان قبل انقضاء العدة لم يقرأ على النكاح، لأنه لا يجوز له أن يبتدىء نكاحها فلا يجوز إقراره على نكاحها. وإن كان بعد انقضاء العدة أقرأ عليه، لأنه يجوز أن يبتدىء نكاحها. وإن أسلما وبينهما نكاح متعة لم يقرأ عليه، لأنه إن كان بعد انقضاء المدة لم يبق نكاح، وإن كان قبله لم يعتقدا تأبيده والنكاح عقد مؤبد. وإن أسلما على نكاح شرط فيه الخيار لهما أو لأحدهما متى شاء لم يقرأ عليه، لأنهما لا يعتقدان لزومه والنكاح عقد لازم. وإن أسلما على نكاح شرط فيه خيار ثلاثة أيام، فإن كان قبل انقضاء المدة لم يقرأ عليه، لأنهما لا يعتقدان لزومه، وإن كان بعد انقضاء المدة أقرأ عليه، لأنهما يعتقدان لزومه. وإن طلق المشرك امرأته ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج ثم أسلما لم يقرأ عليه، لأنها لا تحل له قبل زوج فلم يقرأ عليه كما لو أسلم وعنده ذات رحم محرم. وإن قهر حربي حربية ثم أسلما، فإن اعتقدا ذلك نكاحاً أقرأ عليه، لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرأ عليه كالنكاح بلا ولي ولا شهود، وإن لم يعتقدا ذلك نكاحاً لم يقرأ عليه، لأنه ليس بنكاح.

**فصل** إذا ارتد الزوجان أو أحدهما، فإن كان قبل الدخول وقعت الفرقة. وإن كان بعد الدخول وقعت الفرقة على انقضاء العدة، فإن اجتمعا على الإسلام قبل انقضاء العدة فهما على النكاح، وإن لم يجتمعا وقعت الفرقة، لأنه انتقال من دين إلى دين يمنع ابتداء النكاح فكان حكمه ما ذكرناه كما لو أسلم أحد الوثنيين.

**فصل** وإن انتقل الكتابي إلى دين لا يقر أهله عليه لم يقر عليه، لأنه لو كان على هذا الدين في الأصل لم يقر عليه فكذلك إذا انتقل إليه. وما الذي يقبل منه؟ فيه ثلاثة أقوال أحدها: يقبل منه الإسلام أو الدين الذي كان عليه أو دين يقر عليه أهله، لأن كل واحد من ذلك مما يجوز الإقرار

عليه. والثاني: لا يقبل منه إلا الإسلام، لأنه دين حق، أو الدين الذي كان عليه، لأننا أقررناه عليه. والثالث: لا يقبل منه إلا الإسلام، وهو الصحيح، لأنه اعترف ببطلان كل دين سوى دينه، ثم بالانتقال عنه اعترف ببطلانه، فلم يبق إلا الإسلام.

وإن انتقل الكتابي إلى دين يقر أهله عليه ففيه قولان أحدهما: يقر عليه، لأنه دين يقر أهله عليه فأقر عليه كالإسلام. والثاني: لا يقر عليه، لقوله عز وجل: ﴿وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ﴾<sup>(١)</sup>. فعلى هذا فيما يقبل منه قولان أحدهما: يقبل منه الإسلام أو الدين الذي كان عليه. والثاني: لا يقبل منه إلا الإسلام لما ذكرناه. وكل من انتقل من الكفار إلى دين لا يقر عليه، فحكمه في بطلان نكاحه حكم المسلم إذا ارتد.

**فصل** وإن تزوج كتابي وثنية ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الإصطخري: أنه لا يقر عليه، لأن كل نكاح لم يقر عليه المسلم لم يقر عليه الذمي كنكاح المرتدة. والثاني وهو المذهب: أنه يقر عليه، لأن كل نكاح أقر عليه بعد الإسلام أقر عليه قبله كنكاح الكتابية].

**الشرح:** إذا ارتد أحد الزوجين، فإن كان قبل الدخول انفسخ نكاحهما. وقال داود: لا ينفسخ. وإن ارتد أحدهما بعد الدخول وقف النكاح على انقضاء عدة الزوجة. فإن رجع المرتد منهما قبل انقضاء عدتها فهما على النكاح، وإن انقضت عدتها قبل أن يسلم المرتد منهما بانت منه بردة المرتد منهما، وبه قال أحمد وإحدى الروایتين عن مالك. وقال أبو حنيفة: ينفسخ النكاح في الحال، وهي الرواية الأخرى عن مالك. دليلنا أن هذا اختلاف دين بعد الدخول فلا يوجب الفسخ في الحال كما لو أسلمت الحربية تحت الحربي<sup>(٢)</sup>. وإن ارتدا معا، فإن كان قبل الدخول انفسخ

(١) آل عمران: ٨٥.

(٢) بنى فقهاء الشافعية وغيرهم مسألة ردة أحد الزوجين على مسألة إسلام أحد الزوجين الوثنيين قبل الآخر، وقد ذكرنا تفصيل هذه المسألة قبل ذلك وبيننا الراجح فيها. ويمكن تنزيل المسألة التي معنا على القول الراجح كما يلي فنقول: إذا ارتد الزوج =

النكاح بينهما، وإن كان بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء عدة الزوجة، وبه قال مالك وأحمد. وقال أبو حنيفة: لا يفسخ العقد استحساناً. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [إذا أسلم الوثنيان قبل الدخول ثم اختلفا، فقالت المرأة: أسلم أحدهما قبل صاحبه فانفسخ النكاح، وقال الزوج: بل أسلمنا معا فالنكاح على حاله، ففيه قولان أحدهما: أن القول قول الزوج، وهو اختيار المزني، لأن الأصل بقاء النكاح. والثاني: أن القول قول المرأة، لأن الظاهر معها فإن اجتماع إسلامهما حتى لا يسبق أحدهما الآخر متعذر.

قال في الأم: إذا أقام الزوج بينة أنهما أسلما حين طلعت الشمس أو حين غربت الشمس لم يفسخ النكاح، لاتفاق إسلامهما في وقت واحد وهو عند تكامل الطلوع أو الغروب. فإن أقام البينة أنهما أسلما حال طلوع الشمس أو حال غروبها انفسخ نكاحهما، لأن حال الطلوع والغروب من حين يتبدى بالطلوع والغروب إلى أن يتكامل وذلك مجهول.

وإن أسلم الوثنيان بعد الدخول واختلفا، فقال الزوج: أسلمت قبل انقضاء عدتك فالنكاح باق، وقالت المرأة: بل أسلمت بعد انقضاء عدتي فلا نكاح بيننا، فقد نص الشافعي رحمه الله تعالى: على أن القول قول الزوج، ونص في مسألتين على أن القول قول الزوجة إحداهما: إذا قال الزوج للرجعية: راجعتك قبل انقضاء العدة فنحن على النكاح، وقالت الزوجة: بل

---

= وقف العقد بينه وبين امرأته حتى تستبرئ رحمها بحيضة إن كان مدخولاً بها، فإن استبرأت رحمها بحيضة ولم يرجع للإسلام فهي بالخيار، إن شاءت فارقته وتزوجت رجلاً غيره، وإن شاءت انتظرت حتى يسلم، فإن أسلم فهي امرأته على العقد الأول ولو طال انتظارها له سنتين فأكثر. وأما إن لم يكن مدخولاً بها، فيثبت لها هذا الخيار بمجرد ردة الزوج من غير حاجة إلى استبراء الرحم. وإن ارتدت الزوجة وقف العقد بينه وبينها، أي لا يحل له أن يقربها، فإن استمرت في ردتها تبقى محرمة عليه، وإن رجعت للإسلام فهي زوجته بالعقد الأول مهما طال ردتها، سواء كان مدخولاً بها أم لا، ما لم تفارقه وتتزوج بغيره.

راجعتني بعد انقضاء العدة، فالقول قول الزوجة. والثانية: إذا ارتد الزوج بعد الدخول ثم أسلم فقال: أسلمت قبل انقضاء العدة فالنكاح باق، وقالت المرأة: بل أسلمت بعد انقضاء العدة، فالقول قول المرأة. فمن أصحابنا من نقل جواب بعضها إلى بعض وجعل في المسائل كلها قولين أحدهما: أن القول قول الزوج، لأن الأصل بقاء النكاح. والثاني: أن القول قول الزوجة، لأن الأصل عدم الإسلام والرجعة. ومنهم من قال: هي على اختلاف حالين، فالذي قال: إن القول قول الزوج، إذا سبق بالدعوى، والذي قال: القول قول الزوجة، إذا سبقت بالدعوى، لأن قول كل واحد منهما مقبول فيما سبق إليه فلا يجوز إبطاله بقول غيره. ومنهم من قال: هي على اختلاف حالين على وجه آخر، فالذي قال: القول قول الزوج، أراد إذا اتفقا على صدقه في زمان ما ادعاه لنفسه بأن قال: أسلمت وراجعت في رمضان، فقالت المرأة: صدقت لكن انقضت عدتي في شعبان، فالقول قول الزوج باتفاقهما على الإسلام بالرجعة في رمضان واختلافهما في انقضاء العدة. والذي قال: القول قول المرأة، إذا اتفقا على صدقها في زمان ما ادعته لنفسها بأن قالت: انقضت عدتي في شهر رمضان، فقال الزوج: لكن راجعت أو أسلمت في شعبان، فالقول قول المرأة، لاتفاقهما على انقضاء العدة في رمضان واختلافهما في الرجعة والإسلام].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.





قال المصنف رحمه الله:

## كتاب الصداق

[المستحب أن لا يعقد النكاح إلا بصداق، لما روى سعد بن سهل رضي الله عنه «أن امرأة قالت: قد وهبت نفسي لك يا رسول الله صلى الله عليك فر في رأيك، فقال رجل: زوجنيها، قال: اطلب ولو خاتما من حديد، فذهب فلم يجيء بشيء، فقال النبي ﷺ: هل معك من القرآن شيء؟ فقال: نعم، فوجه بما معه من القرآن»، ولأن ذلك أقطع للخصومة. ويجوز من غير صداق لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾<sup>(١)</sup> فأثبت الطلاق مع عدم الفرض. وروى عقبه بن عامر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ لرجل: إني أزوجك فلانة، قال: نعم، قال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلانا؟ قالت: نعم، فزوج أحدهما من صاحبه، فدخل عليها ولم يفرض لها به صداق، فلما حضرته الوفاة قال: إن رسول الله ﷺ زوجني فلانة ولم أفرض لها صداقا ولم أعطيها شيئا، وإني قد أعطيتها عن صداقها سهمي بخبير، فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف»، ولأن القصد بالنكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير صداق.

**فصل** ويجوز أن يكون الصداق قليلا لقوله ﷺ: «اطلب ولو خاتما من حديد»، ولأنه بدل منفعتها فكان تقدير العوض إليها كأجرة منافعها. ويجوز أن يكون كبيرا لقوله عز وجل: ﴿وَأَتَيْتُمُ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا﴾<sup>(٢)</sup> قال

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) النساء: ٢٠.

معاذ رضي الله عنه: القنطار ألف ومائتا أوقية. وقال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: ملء مسك ثور ذهباً. والمستحب أن يخفف، لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة»، ولأنه إذا كبر أجحف وأضر ودعا إلى المقت.

والمستحب أن لا يزيد على خمسمائة درهم، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: كان صداق رسول الله ﷺ لأزواجه اثنتي عشرة أوقية ونشأ، أتدرون ما النش؟ نصف أوقية، وذلك خمسمائة درهم»، والمستحب الاقتداء به والتبرك بمتابعته. فإن ذكر صداق في السر وصداق في العلانية فالواجب ما عقد به العقد، لأن الصداق يجب بالعقد فوجب ما عقد به. وإن قال: زوجتك ابنتي بألف، وقال الزوج: قبلت نكاحها بخمسمائة، وجب مهر المثل، لأن الزوج لم يقبل بألف والولي لم يوجب بخمسمائة فسقط الجميع ووجب مهر المثل].

**الشرح:** خبر سهل بن سعد في التي وهبت نفسها أخرجه أحمد والبخاري ومسلم، وقد مضى ذكره في غير موضع<sup>(١)</sup>. وحديث عقبة بن عامر أخرجه أبو داود والحاكم<sup>(٢)</sup>. أما حديث عائشة الأول فقد رواه باللفظ الذي ساقه المصنف أحمد<sup>(٣)</sup>. وحديثها الثاني أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه والدارقطني<sup>(٤)</sup>.

وأما اللغات فقوله: «فَر» فعل أمر من رأى محذوف الوسط المهموز، كحذف همزة الوسط في سأل فيقال: سل، ولأنه معتل الآخر فهو مبني على حذف حرف العلة، وبذلك حذفت الألف المهموزة والألف المقصورة فكان فعل الأمر «ر» راء مفتوحة فقط.

(١) سبق تخريجه في (٢٧٣٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٢/٥٩٠) والحاكم (٢/١٨٢) وصححه ووافقه الذهبي، كما صححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٨٥٩.

(٣) أخرجه أحمد (٦/١٤٥) والبيهقي (٧/٢٣٥).

(٤) أخرجه مسلم في النكاح (٩/٢١٥) وكذا أبو داود (٢/٥٨٢) والنسائي (٦/١١٧) وابن ماجه (٢/٦٠٧) فيه.

والصداق فيه لغات أولها: بفتح الصاد، والثانية: كسرهما، والجمع صدق بضمّتين، والثالثة: لغة الحجاز صدقة - بفتح الصاد وضم الدال - وجمعها صدقات، والرابعة: لغة تميم صدقة - بضم الصاد وإسكان الدال - وجمعها صدق مثل قرية وقرى. وأصدقتهما: أعطيتها صداقها، وأصدقتهما: تزوجتها على صداق. والصداق هو ما تستحقه المرأة بدلا في النكاح وله سبعة أسماء: الصداق، والنحلة، والأجرة، والفريضة، والمهر، والعليقة، والعقد.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

### فرع في مذاهب العلماء في أقل الصداق وأكثره.

ليس لأقل الصداق حد عندنا بل كل ما يتموّل وجاز أن يكون ثمنا لشيء أو أجرة جاز أن يكون صداقا، وبه قال عمر وابن عباس وابن المسيب والحسن وربيعة والأوزاعي والثوري وأحمد وإسحاق. وقال مالك وأبو حنيفة: أقل الصداق ما تقطع به يد السارق، إلا أن ما تقطع به يد السارق عند مالك: ربع دينار أو ثلاثة دراهم، وعند أبي حنيفة: دينار أو عدة دراهم<sup>(١)</sup>. وقال ابن شبرمة: أقله خمسة دراهم. وقال النخعي: أقله أربعون درهما. وقال سعيد بن جبير: أقله خمسون درهما.

دليلنا قوله تعالى: ﴿فَصَصِّفْ مَا قُضِّمَ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾<sup>(٢)</sup> وقوله ﷺ: «أدوا العلائق، ثم قال ﷺ: والعلائق ما تراضى عليه الأهلون»<sup>(٣)</sup> وقوله ﷺ: «التمس ولو خاتماً من حديد»، وهذه عمومات تقع على القليل والكثير.

(١) ذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أن أقل المهر عشرة دراهم، واستدلّ بحديث جابر «لا مهر دون عشرة دراهم» أخرجه البيهقي (٧/٢٤٠)، وهو حديث ضعيف لا تقوم به حجة، وقد ضعفه ابن قدامة في المغني (٦/٦٨١) وغيره.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

(٣) أخرجه البيهقي (٧/٢٣٩).

وأما أكثر الصداق فليس له حد، وهو إجماع لقوله تعالى: ﴿وَأَتَيْتُمُ  
إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا﴾ الآية فأخبر تعالى أن القنطار يجوز أن يكون صداقا.

**قال المصنّف رحمه الله:** [ويجوز أن يكون الصداق ديناً وعينا وحالا  
ومؤجلا، لأنه عقد على المنفعة فجاز بما ذكرناه كالإجارة.

**فصل** ويجوز أن يكون منفعة كالخدمة وتعليم القرآن وغيرهما من  
المنافع المباحة لقوله عز وجل: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هُنْتَيْنِ عَلَى  
أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَبِيبٌ﴾<sup>(١)</sup> فجعل الرعي صداقا. وزوج النبي ﷺ الواهبة من  
الذي خطبها بما معه من القرآن. ولا يجوز أن يكون محرّما كالخمر وتعليم  
التوراة وتعليم القرآن للذمية لا تتعلمه للرجبة في الإسلام، ولا ما فيه غرر  
كالمعدوم والمجهول، ولا ما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض، ولا ما  
لا يقدر على تسليمه كالعبد الأبق والطيور الطائر، لأنه عوض في عقد فلا  
يجوز بما ذكرناه كالعوض في البيع والإجارة.

فإن تزوج على شيء من ذلك لم يبطل النكاح، لأن فساده ليس بأكثر  
من عدمه، فإذا صح النكاح مع عدمه صح مع فساده. ويجب مهر المثل،  
لأنها لم ترض من غير بدل، ولم يسلم لها البدل، وتعذر رد المعوّض  
فوجب رد بدله، كما لو باع سلعة بمحرم وتلفت في يد المشتري].

**الشرح:** يصح أن يكون الصداق منفعة كالخياطة والبناء وتعليم القرآن  
وما أشبه ذلك مما يصح استئجاره عليه، وبه قال مالك إلا أنه قال: يكره  
ذلك. وقال أبو حنيفة: لا يصح. وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها  
المصنّف.

**قال المصنّف رحمه الله:** [فإن تزوج كافر بكافرة على محرم كالخمر  
والخنزير ثم أسلما أو تحاكما إلينا قبل الإسلام نظرت: فإن كان قبل القبض  
سقط المسمى ووجب مهر المثل، لأنه لا يمكن إجباره على تسليم المحرم.  
وإن كان بعد القبض برئت ذمته منه كما لو تبايعا بيعا فاسدا وتقابضا. وإن

(١) القصص: ٢٧.

قبض البعض برئت ذمته من المقبوض ووجب بقدر ما بقي من مهر المثل . فإن كان الصداق عشرة أزقاق خمر فقبضت منها خمسة ففيه وجهان أحدهما : يعتبر بالعدد فيبراً من النصف ويجب لها نصف مهر المثل ، لأنه لا قيمة لها فكان الجميع واحداً . والثاني : يعتبر بما له قيمة وهو الغنم فيقال : لو كانت غنما كم كانت قيمة ما قبض منها فيبراً منه بقدره ويجب بحصة ما بقي من مهر المثل ، لأنه لما لم تكن له قيمة اعتبر بما له قيمة ، كما يعتبر الحر بالعبد فيما ليس له أرش مقدر من الجنایات .

**فصل وإن أعتق رجل أمته على أن تتزوج به ويكون عتقها صداقها** وقبيلت لم يلزمها أن تتزوج به ، لأنه سلف في عقد فلم يلزم ، كما لو قال لإمرأة : خذي هذا الألف على أن تتزوجي بي . وتعتق الأمة ، لأنه أعتقها على شرط باطل فسقط الشرط وثبت العتق ، كما لو قال لعبده : إن ضمنت لي خمراً فأنت حر فضمن . ويرجع عليها بقيمتها ، لأنه لم يرض في عتقها إلا بعوض ولم يسلم له وتعذر الرجوع إليها فوجب قيمتها ، كما لو باع عبداً بعوض محرم وتلف العبد في يد المشتري . وإن تزوجها بعد العتق على قيمتها وهما لا يعلمان قدرها فالمهر فاسد . وقال أبو علي بن خيران : يصح كما لو تزوجها على عبد لا يعلمان قيمته . وهذا خطأ ، لأن المهر هناك هو العبد وهو معلوم والمهر ههنا هو القيمة وهي مجهولة فلم يجز . وإن أراد حيلة يقع بها العتق وتتزوج به ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن خيران : أنه يمكنه ذلك بأن يقول : إن كان في معلوم الله تعالى أنني إذا أعتقتك تزوجت بي فأنت حرة ، فإذا تزوجت به علمنا أنه قد وجد شرط العتق وإن لم تتزوج به علمنا أنه لم يوجد شرط العتق . والثاني وهو قول أكثر أصحابنا : أنه لا يصح ذلك ولا يقع العتق ولا يصح النكاح ، لأنه حال ما تتزوج به نشك أنها حرة أو أمة والنكاح مع الشك لا يصح ، فإذا لم يصح النكاح لم تعتق ، لأنه لم يوجد شرط العتق . وإن أعتقت امرأة عبداً على أن يتزوج بها وقبل العبد عتق ولا يلزمه أن يتزوج بها ، لما ذكرناه في الأمة . ولا يلزمه قيمته ، لأن النكاح حق للعبد فيصير كما لو أعتقته بشرط أن تعطيه مع العتق شيئاً آخر ، ويخالف الأمة فإن نكاحها حق للمولى فإذا

لم يسلم له رجوع عليها بقيمتها. وإن قال رجل لآخر: أعتق عبدك عن نفسك على أن أزوجك ابنتي، فأعتقه لم يلزمه التزويج لما ذكرناه. وهل تلزمه قيمة العبد؟ فيه وجهان، بناء على القولين فيمن قال لغيره أعتق عبدك عن نفسك وعلى ألف فأعتقه، أحدهما: يلزمه كما لو قال أعتق عبدك عني على ألف. والثاني: لا يلزمه، لأنه بذل العوض على ما لا منفعة له فيه].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [ويثبت في الصداق خيار الرد بالعيب، لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب، فثبت فيه خيار الرد كالعوض في البيع. ولا يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار المجلس، لأنه أحد عوضي النكاح فلم يثبت فيه خيار الشرط وخيار المجلس كالبضع، ولأن خيار الشرط وخيار المجلس جعلاً لدفع الغبن، والصداق لم يبين على المغابنة. فإن شرط فيه خيار الشرط، فقد قال الشافعي رحمه الله: يبطل النكاح. فمن أصحابنا من جعله قولاً، لأنه أحد عوضي النكاح فبطل النكاح بشرط الخيار فيه كالبضع. ومنهم من قال: لا يبطل، وهو الصحيح، كما لا يبطل إذا جعل المهر خمراً أو خنزيراً، وما قال الشافعي رحمه الله محمول على ما إذا شرط في المهر والنكاح. ويجب مهر المثل، لأن شرط الخيار لا يكون إلا بزيادة جزء أو نقصان جزء، فإذا سقط الشرط وجب إسقاط ما في مقابلته، فيصير الباقي مجهولاً فوجب مهر المثل.

وإن تزوجها بألف على أن لا يتسرى عليها أو لا يتزوج عليها بطل الصداق، لأنه شرط باطل أضيف إلى الصداق فأبطله. ويجب مهر المثل لما ذكرناه في شرط الخيار].

**الشرح:** إن تزوجها بألف على أن لا يتزوج عليها أو على أن لا يسافر بها أو على أن ينفق عليها أو على أن لها أن تخرج من بيتها متى شاءت، فالنكاح صحيح، والشرط والمهر فاسدان، وبه قال مالك وأبو حنيفة. وقال أحمد: الشرط صحيح، ومتى لم يف لها به ثبت لها الخيار في فسخ النكاح، وروي ذلك عن عمر ومعاوية وعمر بن عبدالعزيز وشريح وأبي الشعثاء.

دليلنا قوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» وهذا الشرط ليس في كتاب الله<sup>(١)</sup>.  
وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [وتملك المرأة المسمى بالعقد إن كان صحيحا، ومهر المثل إن كان فاسدا، لأنه عقد يملك المعوض فيه بالعقد فملك العوض فيه بالعقد كالبيع. وإن كانت المنكوحة صغيرة أو غير رشيدة سلم المهر إلى من ينظر في مالها. وإن كانت بالغة رشيدة وجب تسليمه إليها. ومن أصحابنا من خرّج في البكر البالغة قولاً آخر: أنه يجوز أن يدفع إليها أو إلى أبيها وجدها، لأنه يجوز إجبارها على النكاح فجاز للولي قبض صداقها بغير إذنها كالصغيرة. فإن قال الزوج: لا أسلم الصداق حتى تسلم نفسها، فقالت المرأة: لا أسلم نفسي حتى أقبض الصداق، ففيه قولان أحدهما: لا يجبر واحد منهما بل يقال: من سلم منكما أجبرنا الآخر. والثاني: يؤمر الزوج بتسليم الصداق إلى عدل وتؤمر المرأة بتسليم نفسها، فإذا سلمت نفسها أمر العدل بدفع الصداق إليها، كالقولين فيمن باع سلعة

---

(١) نلاحظ أن الشارح رحمه الله يكتفي بذكر أدلة الشافعية ومن وافقهم دون التعرض لأدلة المخالفين، وهذا مخالف لمنهج النووي رحمه الله، إضافة إلى أن فيه إجحافا بحق المخالف وقصورا في استجلاء الحق، لأن الحق لا يتجلى غالباً إلا باستعراض أدلة الفريقين حتى يتسنى النظر فيها ومعرفة الراجح منها وقد استدل أحمد لمذهبه بقوله ﷺ: «إن أحق الشروط ما استحللتم به الفروج» وقد رواه البخاري (٥/٣٢٣) ومسلم (٩/٢٠١) من حديث عقبة بن عامر.

والراجح عندي في هذه المسألة هو قول أحمد لحديث عقبة. وأما حديث «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» فيراد به الشروط التي دل الشرع على تحريمها، كأن تشترط عليه طلاق امرأته الأولى ونحوه، فهذا الشرط ليس في كتاب الله أي ليس مما شرعه الله وأحلّه، وأما عدم السفر بها أو عدم التزوج عليها فهو أمر مباح يجوز فعله في الشرع كما يجوز تركه، فلو اشترطت عليه أن لا يفعل مباحا لم تقع في مخالفة شرعية. والأمر الذي لا بد من بيانه أن الزوج إذا كان يتبنى رأي الجمهور في هذه المسألة فيجب أن يبين هذا للمرأة ويصرح لها بأن هذه الشروط لا تلزمه، ولا يجوز له أن يغرر بها فيتركها تشترط هذه الشروط ويوهمها أنه سيوفي بها وهو لا ينوي ذلك.

بشمن معين<sup>(١)</sup>، وقد بينا وجه القولين في البيوع. فإن قلنا بالقول الأول لم تجب لها النفقة في حال امتناعها، لأنها ممتنعة بغير حق. وإن قلنا بالقول الثاني وجبت لها النفقة، لأنها ممتنعة بحق. وإن تبرعت وسلمت نفسها ووطئها الزوج أجبر على دفع الصداق وسقط حقها من الامتناع، لأن بالوطء استقر لها جميع البدل فسقط حق المنع كالبائع إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن].

**الشرح:** تملك المرأة جميع المهر المسمى لها بنفس العقد إن كان ما سماه صحيحاً، وإن كان باطلاً ملكت مهر المثل، وبه قال أبو حنيفة وأحمد. وقال مالك: تملك نصف المسمى بالعقد، والنصف الباقي أمانة في يدها للزوج، فإن دخل بها استقر ملكها على الجميع. وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [فإن كان الصداق عيناً لم تملك التصرف فيه قبل القبض كالمبيع. وإن كان ديناً فعلى القولين في الثمن. وإن كان عيناً فهلكت قبل القبض هلك من ضمان الزوج، كما يهلك المبيع قبل القبض من ضمان البائع. وهل ترجع إلى مهر المثل أو إلى بدل العين؟ فيه قولان قال في القديم: ترجع إلى بدل العين، لأنه عين يجب تسلمها لا يسقط الحق بتلفها فوجب الرجوع إلى بدلها كالمغصوب. فعلى هذا إن كان مما له مثل وجب مثله، وإن لم يكن له مثل وجبت قيمته أكثر ما كانت من حين العقد إلى أن تلف كالمغصوب. ومن أصحابنا من قال: تجب قيمته يوم التلف، لأنه وقت الفوات. والصحيح هو: الأول، لأن هذا يبطل بالمغصوب. وقال في الجديد: ترجع إلى مهر المثل، لأنه عوض معين تلف قبل القبض وتعدر الرجوع إلى المعوض فوجب الرجوع إلى بدل المعوض، كما لو اشترى ثوباً بعبد فقبض الثوب ولم

---

(١) المسألة المبني عليها ليست واضحة، وصورتها: أن يشتري سلعة بشمن في ذمته، فيقول البائع: لا أسلم السلعة حتى أقبض الثمن، ويقول المشتري: لا أسلم الثمن حتى أقبض السلعة، وقد تعرض لها السبكي في تكملته للمجموع.

يسلم العبد وتلف عنده فإنه يجب قيمة الثوب. وإن قبضت الصداق ووجدت به عيباً فردته أو خرج مستحقاً رجعت في قوله القديم إلى بدله، وفي قوله الجديد إلى مهر المثل. وإن كان الصداق تعليم سورة من القرآن فتعلمت من غيره أو لم تتعلم لسوء حفظها فهو كالعين إذا تلفت، فترجع في قوله القديم إلى أجرة المثل، وفي قوله الجديد إلى مهر المثل].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [ويستقر الصداق بالوطء في الفرج، لقوله عز وجل: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمُ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾<sup>(١)</sup> وفسر الإفضاء بالجماع. وهل يستقر بالوطء في الدبر؟ فيه وجهان أحدهما: يستقر، لأنه موضع يجب بالإيلاج فيه الحد فأشبهه الفرج. والثاني: لا يستقر، لأن المهر في مقابلة ما يملك بالعقد، والوطء في الدبر غير مملوك فلم يستقر به المهر.

ويستقر بالموت قبل الدخول. وقال أبو سعيد الإصطخري: إن كانت أمة لم يستقر بموتها، لأنها كالسلعة تباع وتبتاع، والسلعة المبيعة إذا تلفت قبل التسليم سقط الثمن، فكذلك إذا ماتت الأمة وجب أن يسقط المهر. والمذهب: أنه يستقر، لأن النكاح إلى الموت، فإذا مات انتهى النكاح فاستقر البدل كالإجارة إذا انقضت مدتها.

واختلف قوله في الخلوة، فقال في القديم: تقرر المهر، لأنه عقد على المنفعة فكان التمكين فيه كالاستيفاء في تقرر البدل كالإجارة. وقال في الجديد: لا تقرر، لأنه خلوة فلا تقرر المهر كالخلوة في غير النكاح].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

(١) النساء: ٢٣.

## فرع في مذاهب العلماء في حكم الخلوة.

اختلف العلماء فيما إذا خلا الزوج بالزوجة ولم يجامعها، هل يكون حكم الخلوة حكم الوطء في تقرير المهر ووجوب العدة؟ على مذاهب. ذهب الشافعي في الجديد إلى أنه لا تأثير للخلوة في تقرير المهر ولا في وجوب العدة، وبه قال ابن عباس وابن مسعود، ومن التابعين الشعبي وابن سيرين وطاوس، ومن الفقهاء أبو ثور وأحمد في رواية. وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن الخلوة كالوطء في تقرير المهر ووجوب العدة، وبه قال علي وابن عمر والزهري والأوزاعي والثوري والشافعي في القديم والحنابلة. وقال مالك: إن خلا بها خلوة تامة بأن يخلو بها في بيته دون بيت أبيها أو أمها رجح بها قول من يدعي الإصابة منهما عند اختلافهما بها، ولا تكون الخلوة كالوطء في تقرير المهر ووجوب العدة.

دليل الحنابلة ومن وافقهم ما رواه الإمام أحمد والأثرم باسنادهما عن زرارة بن أبي أوفى قال: قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب المهر ووجبت العدة». قال ابن قدامة: وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان إجماعا. وما رواه عن ابن عباس لا يصح، قال أحمد: يرويه ليث وليس بالقوي، وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث، وحنظلة أقوى من ليث، وحديث ابن مسعود منقطع، قاله ابن المنذر انتهى<sup>(١)</sup>.

ودليل القول الجديد للشافعي قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾<sup>(٢)</sup> ولم يفرق بين أن يخلو بها أو لا يخلو بها<sup>(٣)</sup>.

(١) المغني (١٥٣ - ١٥٤/١٠).

(٢) البقرة: ٢٣٧.

(٣) الراجح عندي في هذه المسألة أن الخلوة ليست كالوطء في إيجاب كامل المهر، وهو ظاهر قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا

**قال المصنّف رحمه الله:** [وإن وقعت فرقة بعد الدخول لم يسقط من الصداق شيء، لأنه استقر فلم يسقط. فإن أصدقها سورة من القرآن وطلقها بعد الدخول وقبل أن يعلمها ففيه وجهان أحدهما: يعلمها من وراء حجاب كما يستمع منها حديث رسول الله ﷺ. والثاني: لا يجوز أن يعلمها، لأنه لا يؤمن الافتتان بها، ويخالف الحديث فإنه ليس له بدل فلو منعناه من سماعه منها أدى إلى إضاعته، وفي الصداق لا يؤدي إلى إبطاله، لأن في قوله الجديد ترجع إلى مهر المثل، وفي قوله القديم ترجع إلى أجرة التعليم.

وإن وقعت الفرقة قبل الدخول نظرت: فإن كانت بسبب من جهة المرأة بأن أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ النكاح برضاعه سقط مهرها، لأنها أتلفت المعوض قبل التسليم فسقط البذل كالبائع إذا أتلف المبيع قبل التسليم. وإن كانت بسبب من جهته نظرت: فإن كان بطلاق سقط نصف المسمى لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾، وإن كان بإسلامه أو برده سقط نصفه، لأنه فرقة انفرد الزوج بسببها قبل الدخول فتنصف بها المهر كالطلاق.

وإن كان بسبب منهما نظرت: فإن كان بخلع سقط نصفه، لأن المغلّب في الخلع جهة الزوج بدليل أنه يصح الخلع به دونها وهو إذا خالع مع أجنبي فصار كما لو انفرد به. وإن كان بردة منهما ففيه وجهان أحدهما: يسقط نصفه، لأن حال الزوج في النكاح أقوى فسقط نصفه كما لو ارتد

---

= **فَوَضَّعْتُ**. وأما ما ورد عن الخلفاء الراشدين فهو مرسل، إذ أن زرارة بن أبي أوفى لم يدركهم، ولو ثبت لكان اجتهاداً منهم، لم يظهر لنا مستنده من الكتاب والسنة الصحيحة، عارضه ظاهر القرآن الكريم، فالواجب تقديم ظاهر القرآن عليه. وأما قول ابن قدامة: «هذه قضايا تشتهر ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان إجماعاً» فالجواب أن الإجماع لا يثبت بمثل هذا خاصة في مذهب إمامه أحمد الإمام أحمد رحمه الله الذي شدد في دعوى الإجماع. وأيضاً ورد عن ابن عباس وابن مسعود ما يخالف هذا القول كما روى البيهقي (٢٥٤ - ٧/٢٥٥).

وحده. والثاني: يسقط الجميع، لأن المقلب في المهر جهة المرأة، لأن المهر لها فسقط جميعه كما لو انفردت بالردة. فإن اشترت المرأة زوجها قبل الدخول ففيه وجهان أحدهما: يسقط النصف، لأن البيع تم بالزوجة والسيد وهو قائم مقام الزوج فصار كالفرقة الواقعة بالخلع. والثاني: يسقط جميع المهر، لأن البيع تم بها دون الزوج فسقط جميع المهر كما لو أرضعت من يفسخ النكاح برضاعه.

**فصل** وإن قتلت المرأة نفسها فالمنصوص: أنه لا يسقط مهرها. وقال في الأمة إذا قتلت نفسها أو قتلها مولاها: أنه يسقط مهرها. فنقل أبو العباس جوابه في كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما: يسقط المهر، لأنها فرقة حصلت من جهتها قبل الدخول فسقط بها المهر كما لو ارتدت. والثاني: لا يسقط، وهو اختيار المزني وهو الصحيح، لأنها فرقة حصلت بانقضاء الأجل وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت. وقال أبو إسحق: لا يسقط في الحرة ويسقط في الأمة على ما نص عليه، لأن الحرة كالمسلمة نفسها بالعقد ولهذا يملك منعها من السفر، والأمة لا تصير كالمسلمة نفسها بالعقد ولهذا لا يملك منعها من السفر مع المولى. وإن قتلها الزوج استقر مهرها، لأن إتلاف الزوج كالقبض كما أن إتلاف المشتري للمبيع في يد البائع كالقبض في تقرير الثمن].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنف رحمه الله:** [ومتى ثبت الرجوع في النصف لم يخل إما أن يكون الصداق تالفا أو باقيا. فإن كان تالفا، فإن كان مما له مثل رجع بنصف مثله، وإن لم يكن له مثل رجع بقيمة نصفه أقل ما كانت من يوم العقد إلى يوم القبض، لأنه إن كانت قيمته يوم العقد أقل ثم زادت كانت الزيادة في ملكها فلم يرجع بنصفها، وإن كانت قيمته يوم العقد أكثر ثم نقص كان النقصان مضمونا عليه فلم يرجع بما هو مضمون عليه. وإن كان باقيا لم يخل إما أن يكون باقيا على حالته أو زائدا أو ناقصا أو زائدا من وجه ناقصا من وجه. فإن كان على حالته رجع في نصفه. ومتى يملك؟ فيه

وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحق: أنه لا يملك إلا باختيار التملك، لأن الإنسان لا يملك شيئاً بغير اختياره إلا الميراث. فعلى هذا إن حدثت منه زيادة قبل الاختيار كانت لها. والثاني وهو المنصوص: أنه يملك بنفس الفرقة، لقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ فعلق استحقاق النصف بالطلاق، فعلى هذا إن حدثت منه زيادة كانت بينهما. وإن طلقها والصداق زائد نظرت: فإن كانت زيادة متميزة كالثمرة والنتاج واللبن رجع بنصف الأصل وكانت الزيادة لها، لأنها زيادة متميزة حدثت في ملكها فلم تتبع الأصل في الرد كما قلنا في الرد بالعيب في البيع. وإن كانت الزيادة غير متميزة كالسمن وتعليم الصنعة فالمرأة بالخيار بين أن تدفع النصف بزيادته وبين أن تدفع قيمة النصف، فإن دفعت النصف أجبر الزوج على أخذه، لأنه نصف المفروض مع زيادة لا تتميز، وإن دفعت قيمة النصف أجبر على أخذها، لأن حقه في نصف المفروض والزائد غير المفروض فوجب أخذ البدل. وإن كانت المرأة مفلسة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي إسحق: أنه يجوز للزوج أن يرجع بنصف العين مع الزيادة، لأنه لا يصل إلى حقه من البدل فرجع بالعين مع الزيادة كما يرجع البائع في المبيع مع الزيادة عند إفلاس المشتري. والثاني وهو قول أكثر أصحابنا: أنه لا يرجع، لأنه ليس من جهة المرأة تفريط فلا يؤخذ منها ما زاد في ملكها بغير رضاها، ويخالف إذا أفلس المشتري فإن المشتري فرط في حبس الثمن إلى أن أفلس فرجع البائع في العين مع الزيادة. فإن كان الصداق نخلا وعليها طلع غير مؤبر فبذلت المرأة نصفها مع الطلع ففيه وجهان أحدهما: لا يجبر الزوج على أخذها، لأنها هبة فلا يجبر على قبولها. والثاني: يجبر وهو المنصوص، لأنه نماء غير متميز فأجبر على أخذها كالسمن. وإن بذلت نصف النخل دون الثمرة لم يجبر الزوج على أخذها. وقال المزني: يلزمه أن يرجع فيه وعليه ترك الثمرة إلى أوان الجذاذ كما يلزم المشتري ترك الثمرة إلى أوان الجذاذ. وهذا خطأ، لأنه قد صار حقه في القيمة فلا يجبر على أخذ العين، ولأن عليه ضرراً في ترك الثمرة على نخله فلم يجبر، ويخالف المشتري فإنه دخل في العقد عن

تراض فأقرا على ما تراضيا عليه. فإن طلب الزوج الرجوع بنصف النخل وترك الثمرة إلى أوان الجذاذ ففيه وجهان أحدهما: لا تجبر المرأة، لأنه صار حقه في القيمة. والثاني: تجبر عليه، لأن الضرر زال عنها ورضي الزوج بما يدخل عليه من الضرر. وإن طلقها والصداق ناقص، بأن كان عبداً فعمي أو مرض، فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصفه ناقصا وبين أن يأخذ قيمة النصف. فإن رجع في النصف أجبرت المرأة على دفعه، لأنه رضي بأخذ حقه ناقصا. وإن طلب القيمة أجبرت على الدفع، لأن الناقص دون حقه. وإن طلقها والصداق زائد من وجه ناقص من وجه، بأن كان عبداً فتعلم صنعة ومرض، فإن تراضيا على أخذ نصفه جاز، لأن الحق لهما، وإن امتنع الزوج من أخذه لم يجبر عليه لنقصانه، وإن امتنعت المرأة من دفعه لم تجبر عليه لزيادته. وإن كان الصداق جارية فحبلت فهي كالعبد إذا تعلم صنعة ومرض، لأن الحمل زيادة من وجه ونقصان من وجه آخر، لأنه يخاف منه عليها فكان حكمه حكم العبد. وإن كان بهيمة فحملت ففيه وجهان أحدهما: أن المرأة بالخيار بين أن تسلم النصف مع الحمل وبين أن تدفع القيمة، لأنه زيادة من غير نقص، لأن الحمل لا يخاف منه على البهيمة. والثاني وهو ظاهر النص: أنه كالجارية، لأنه زيادة من وجه ونقصان من وجه فإنه ينقص به اللحم فيما يؤكل ويمنع من الحمل عليه فيما يحمل فكان كالجارية. وإن باعته ثم رجع إليها ثم طلقها الزوج رجع بنصفه، لأنه يمكن الرجوع إلى عين ماله فلم يرجع إلى القيمة. وإن وصت به أو وهبته ولم يقبض ثم طلقها رجع بنصفه، لأنه باق على ملكها وتصرفها. وإن كاتبته أو وهبته وأقبضته ثم طلقها رجع بقيمة النصف، لأنه تعلق به حق لازم لغيرها. فإن كان عبداً فدبرته ثم طلقها، فقد روى المزني أنه يرجع. فمن أصحابنا من قال: يرجع، لأنه باق على ملكها. ومنهم من قال: لا يرجع، لأنه لا يملك نقض تصرفها. ومنهم من قال: فيه قولان، إن قلنا: إن التدبير وصية، فله الرجوع، وإن قلنا: إنه عتق بصفة رجع بنصف قيمته].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

**قال المصنّف رحمه الله:** [وإن كان الصداق عيناً فوهبته من الزوج ثم طلقها قبل الدخول ففيه قولان أحدهما: لا يرجع عليها، وهو اختيار المزني، لأن النصف تعجل له بالهبة. والثاني: يرجع، وهو الصحيح، لأنه عاد إليه بغير الطلاق فلم يسقط حقه من النصف بالطلاق، كما لو وهبته لأجنبي ثم وهبه الأجنبي منه. وإن كان ديناً فأبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول، فإن قلنا: إنه لا يرجع في الهبة، لم يرجع في الإبراء. وإن قلنا: يرجع في الهبة، ففي الإبراء وجهان أحدهما: يرجع كما يرجع في الهبة. والثاني: لا يرجع، لأن الإبراء إسقاط لا يفتقر إلى القبول، والهبة تملك تفتقر إلى القبول.

فإن أصدقها عيناً فوهبتهما منه ثم ارتدت قبل الدخول، فهل يرجع بالجميع؟ فيه قولان، لأن الرجوع بالجميع في الردة كالرجوع بالنصف في الطلاق. وإن اشترى سلعة بثمن وسلم الثمن ووهب البائع الثمن منه ثم وجد بالسلعة عيباً، ففي ردها والرجوع بالثمن وجهان بناء على القولين. فإن وجد به عيباً وحدث به عنده عيب آخر، فهل يرجع بالأرش؟ فيه وجهان بناء على القولين. وإن اشترى سلعة ووهبها من البائع ثم أفلس المشتري، فللبائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن قولاً واحداً، لأن حقه في الثمن ولم يرجع إليه الثمن].

**الشرح:** أحكام الفصل كما ذكرها المصنّف.

**قال المصنّف رحمه الله:** [إذا طلقت المرأة قبل الدخول ووجب لها نصف المهر جاز للذي بيده عقدة النكاح أن يعفو عن النصف، لقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾<sup>(١)</sup>. وفيمن بيده عقدة النكاح قولان، قال في القديم: هو الولي فيعفو عن النصف الذي لها، لأن الله تعالى خاطب الأزواج فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾

(١) البقرة: ٢٣٧.

ولو كان هو الزوج لقال: إلا أن يعفون أو تعفوا، لأنه تقدم ذكر الأزواج وخاطبهم بخطاب الحاضر، فلما عدل عن خطابهم دل على أن الذي بيده عقدة النكاح غير الزوج، فوجب أن يكون هو الولي. وقال في الجديد: هو الزوج فيعفو عن النصف الذي وجب له بالطلاق، فأما الولي فلا يملك العفو، لأنه حق لها فلا يملك الولي العفو عنه كسائر ديونها، وأما الآية فتحتمل أن يكون المراد به الأزواج فخاطبهم بخطاب الحاضر ثم خاطبهم بخطاب الغائب كما قال الله عز وجل: ﴿حَتَّىٰ إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلِكِ وَجَرِينَكُمْ﴾<sup>(١)</sup>. فإذا قلنا: إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي، لم يصح العفو منه إلا بخمسة شروط أحدها: أن يكون أبا أو جدا، لأنهما لا يتهمان فيما يريان من حظ الولد ومن سواهما متهم. والثاني: أن تكون المنكوحة بكرا فأما الثيب فلا يجوز العفو عن مالها، لأنه لا يملك الولي تزويجها. والثالث: أن يكون العفو بعد الطلاق وأما قبله فلا يجوز، لأنه لا حظ لها في العفو قبل الطلاق، لأن البضع معرض للتلف فإذا عفا ربما دخل بها فتلفت منفعة بضعها من غير بدل. والرابع: أن يكون قبل الدخول فأما بعد الدخول فقد أتلف بضعها فلم يجز إسقاط بدله. والخامس: أن تكون صغيرة أو مجنونة فأما البالغة الرشيدة فلا يملك العفو عن مهرها، لأنه لا ولاية عليها في المال].

**الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.**

**قال المصنف رحمه الله:** [وإن فوّضت بضعها بأن تزوجت وسكتت عن المهر أو تزوجت على أن لا مهر لها ففيه قولان أحدهما: لا يجب لها المهر بالعقد، وهو الصحيح، لأنه لو وجب لها المهر بالعقد لتتصرف بالطلاق. والثاني: يجب، لأنه لو لم يجب لما استقر بالدخول، ولها أن تطالب بالفرض لأن إخلاء العقد عن المهر خالص لرسول الله ﷺ. فإن قلنا: يجب بالعقد، فرض لها مهر المثل، لأن البضع كالمستهلك فضمن بقيمته كالسلعة المستهلكة في يد المشتري ببيع فاسد. وإن قلنا: لا يجب

(١) يونس: ٢٢.

## الجزء الخامس عشر

٢٤٠٥	.....	كتاب الإجارة
٢٤٢٤	.....	باب ما يلزم المتكاريين وما يجوز لهما
٢٤٣٤	.....	باب ما يوجب فسخ الإجارة
٢٤٤٢	.....	باب تضمين المستأجر والأجير
٢٤٤٨	.....	باب اختلاف المتكاريين
٢٤٥٢	.....	باب الجعالة
٢٤٥٧	.....	كتاب السبق والرمي
٢٤٨٣	.....	باب بيان الاصابة والخطأ في الرمي
٢٤٨٩	.....	كتاب إحياء الموات
٢٤٩٩	.....	باب الإقطاع والجمي
٢٥٠٢	.....	[باب حكم الحمى]
٢٥٠٤	.....	باب حكم المياه
٢٥١١	.....	كتاب اللقطة
٢٥٢٩	.....	كتاب اللقيط
٢٥٤٤	.....	كتاب الوُفِّف
٢٥٦٠	.....	كتاب الهبات
٢٥٦٩	.....	باب العُمَرَى والرُّقْبَى
٢٥٧٣	.....	كتاب الوَصَايَا
٢٥٨٧	.....	باب ما يُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلْثِ
٢٥٩٤	.....	باب جامع الوصايا:
٢٦٠٩	.....	باب الرجوع في الوصية
٢٦١٣	.....	باب الأوصياء
٢٦١٧	.....	[باب ما ينفع الميت]
٢٦٢٣	.....	كتاب العتق
٢٦٢٩	.....	باب القرعة
٢٦٣٣	.....	باب المدبر

٢٦٤٠	.....	كتاب المكاتب
٢٦٤٣	.....	باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه
٢٦٤٩	.....	باب الأداء والعجز
٢٦٥٣	.....	باب الكتابة الفاسدة
٢٦٥٥	.....	باب اختلاف المولى والمكاتب
٢٦٦٠	.....	كتاب عتق أمهات الأولاد
٢٦٦٣	.....	باب الولاء
٢٦٦٩	.....	كتاب الفرائض
٢٦٧٣	.....	[حكم التوريث مع اختلاف الدين]
٢٦٧٧	.....	[حكم توريث القاتل]
٢٦٧٨	.....	[حكم توريث المطلقة في مرض الموت]
٢٦٨٠	.....	باب ميراث أهل الفرائض
٢٦٩٢	.....	باب ميراث العصبة
٢٦٩٦	.....	[حكم توريث الخنثى]
٢٦٩٧	.....	[حكم توريث الحمل]
٢٦٩٩	.....	باب الجد والإخوة
٢٧٠٥	.....	كتاب النكاح
٢٧١٢	.....	باب ما يصح به النكاح
٢٧٢٤	.....	[حكم الكفاءة]
٢٧٣١	.....	[حكم الشهادة]
٢٧٣٣	.....	[عقد الزوج]
٢٧٣٧	.....	باب ما يحرم من النكاح وما لا يحرم
٢٧٤١	.....	[هل للزنا تأثير في تحريم المصاهرة]
٢٧٤٣	.....	[حكم الجمع بين المحارم]
٢٧٤٦	.....	[حكم الزواج بالمشركات]
٢٧٥٢	.....	[حكم الزواج بأكثر من أربع]
٢٧٥٤	.....	[حكم نكاح الشغار]

٢٧٥٥	[حكم نكاح المتعة]
٢٧٦١	باب الخيار في النكاح والرد بالعيب
٢٧٧١	باب نكاح المشرك
٢٧٨٥	<b>كتاب الصداق</b>
٢٧٨٧	فرع في مذاهب العلماء في أقل الصداق وأكثره.
٢٧٩٤	فرع في مذاهب العلماء في حكم الخلوة.