(كذاك) يتعلق بفعل مقدر (بالإقرار) يتعلق بذلك المقدر (منهما) يتعلق بالإقرار (معا) حال أي كذلك يفسخ بإقرارهما معاً وظاهره أقرا معاً قبل العقد أو بعده، لكن إن فسخ قبل الدخول بسبب إقرارهما به قبل العقد أو بعده فلا شيء لها وإن دخل فلها المسمى إن كان أو صداق المثل سواء دخلا عالمين به أو جاهلين ثم تذكرا أو عالماً به هو وحده فإن علمت بالرضاع وحدها حين الدخول وأنكر هو العلم ولكن صدقها فيه فلها ربع دينار فقط لأنها غارة (خ) وفسخ نكاح المتصادقين عليه كقيام بينة على إقرار أحدهما قبل العقد ولها المسمى بالدخول إلا أن تعلم فقط فكالغارة الخ. (لا) عاطفة (باعتراف) معطوف على بإقرار (زوجة) مضاف إليه (إن وقعا) شرط حذف جوابه للدلالة عليه. والجملة في محل جر صفة لاعتراف، ويحتمل أن يكون باعتراف متعلقاً بوقعا، والجملة معطوفة على مقدر قبلها أي كذلك يفسخ إن ثبت بإقرارهما لا إن وقع باعتراف زوجة، لكن يعكر عليه أن لا تعطف الجمل كما يرد على الأول أن الجملة الشرطية لا تكون وصفاً. وظاهر النظم أن إقرارهما لا يوجب فسخاً ولو كان قبل العقد وليس كذلك، بل إقرارهما أو إقرار أحدهما قبل العقد موجب للفسخ مطلقاً قبل البناء وبعده كما في المتيطية وغيرها، فيقيد كلام الناظم بما إذا أقرت بعد العقد (خ): وإن ادعته أي الرضاع بعد العقد لم يندفع ولا تقدر على طلب المهر قبله أي قبل الدخول.

وَيُفْسَخُ النِّكاحُ بالعَدْلَيْنِ
بِصِحَّةِ الإرْضاعِ شاهِدَيْنِ

(ويفسخ النكاح) فعل ونائبه (بالعدلين) يتعلق بيفسخ (بصحة الإرضاع) يتعلق بالحال الذي هو قوله (شاهدين).

وبِاثْنَتَيْنِ إنْ يَكُنْ قَوْلُهُمَا
مِنْ قَبْلِ عَقْدٍ قد فَشا وعُلما

(وباثنتين) معطوف على العدلين (إن يكن) شرط (قولهما) اسم يكن (من قبل عقد) يتعلق بقوله (قد فشا وعلما) معطوف على فشا، والجملة من فشا ومتعلقه ومعطوفه خبر يكن، ويجوز أن يكون المجرور متعلقاً باسم يكن ويجوز أن يكون خبرها وجملة فشا في محل نصب على الحال من الاستقرار في الخبر.

ورجُلٍ وامْرَأةٍ كَذا وَفي
واحِدَةٍ حُلْفٌ وفي الأوْلَى اقْتُفِي

(ورجل وامرأة) بالجر معطوفان على العدلين (كذا) في موضع الصفة أي كائنين كذا أي فاشياً من قولهما أيضاً، ويجوز أن يكون رجل مبتدأ على حذف مضاف أي وشهادة رجل وامرأة كائنة كذلك في إيجاب الفسخ. (وفي واحدة) خبر عن قوله (خلف وفي الأولى) بفتح الهمزة وسكون الواو يتعلق بقوله: (اقتفي) والجملة استئنافية، ومعنى اقتفي اتبع.

والحاصل أن الرضاع يثبت بعدلين ويفسخ النكاح بهما اتفاقاً وإن لم يفش من قولهما قبل العقد وبامرأتين وبرجل مع امرأة بشرط الفشو في هاتين الصورتين اتفاقاً أيضاً لا بدون فشو فلا يفسخ ولا يثبت بهما الرضاع فيهما على المعتمد، وإن كان فيه خلاف قوي، وأما المرأة الواحدة فمع عدم الفشو لا يثبت

اتفاقاً ومع الفشو فيها قولان. عدم الثبوت وهو لابن حبيب عن ابن القاسم، والثاني يثبت ويفسخ بذلك النكاح وهو في المدونة. ابن فتوح: وهو أظهر نقل ذلك ابن سلمون (خ): لا بامرأة ولو فشا وندب التنزه مطلقاً الخ. ثم إنه لا تشترط العدالة مع الفشو على الراجح إذ هو قول ابن القاسم من روايته عن مالك ويبقى النظر في الرجل الواحد إذا حصل من قوله فشو قبل العقد فإنه أقوى من المرأة مع الفشو فيقتضي ذلك ثبوت الرضاع به قاله ابن رحال قال: ولم أقف فيه على شيء بعد البحث عنه.

تنبيهان. الأول: يثبت الرضاع أيضاً بالسماع الفاشي بإقرار أحد الزوجين قبل العقد قاله القلشاني. وتقدم أول الفصل الذي قبل هذا وفي فصل شهادة السماع أن الرضاع مما يثبت بالسماع. وإن لم يكن عن الثقات، لكن إنما يعمل به قبل العقد وإلاّ فلا إن أنكر الزوج لقولهم لا ينزع به من يد حائز وهذا هو الظاهر فانظره هناك.
الثاني: في المتيطية عن ابن القاسم في المبسوط: أن شهادة المرأتين بالرضاع عاملة سواء قامتا حين علمتا بالنكاح أو بعد ذلك. وقال ابن نافع: لا تقبل إلا أن يقوما عند النكاح وأما بعد طول فلا.
قلت: وهذا الثاني هو الجاري على قول (خ) وفي محض حق الله تجب المبادرة بالإمكان إن استديم تحريمه كعتق ووقف وطلاق ورضاع الخ. قال في المتيطية، إثر ما مر: وأداء المرأتين لا يكون إلا معاً ولا يجوز بافتراقهما لقوله تعالى: فتذكر إحداهما الأخرى} (البقرة:282) ولا يذكرك إلا من حضرك قاله أبو محمد، ورده بعض الموثقين بأنه قد يتأتى التذكير قبل الأداء ثم يفرقان عنده، وقيل معنى تذكر إحداهما الأخرى تصيرها في الشهادة كذكر اهـ.
فصل في عيوب الزوجين وما يردان به
هو من عطف الخاص على العام إذ من العيوب ما لا رد به، ثم إن موجبات الخيار في النكاح ثلاثة: اثنان يستوي فيهما الرجل والمرأة وهما العيب والغرور بالحرية، وواحد يختص بالمرأة وهو عتق الأمة تحت زوجها العبد وقد نظمها بعضهم فقال:
عيب غرور سبب الخيار في
تناكح كذاك عتق فاعرف
فأشار الناظم للعيوب المشتركة بقوله:
مِنَ الجُنُونِ والجُذامِ والبَرَصْ
والدَّاءُ في الفَرْجِ الخِيارُ يُقْتَنَصْ

(من الجنون والجذام والبرص والداء في الفرج) يتعلق بمحذوف حال مما قبله يليه (الخيار) مبتدأ (يقتنص) بالبناء للمفعول خبره والمجرور وما عطف عليه يتعلق به، ومعنى يقتنص يثبت ويحصل وشمل كلامه الرجل والمرأة فإن للسالم الخيار في الآخر، بل ظاهره أن لكل منهما الخيار، وإذا اختار السالم الفراق فيؤجل المعيب للدواء على التفصيل الآتي ثم بعد مضيه يفرق بينهما، وظاهره ولو كان كل منهما معيباً بعيب صاحبه أو بغيره وهو كذلك على ما في (ح) عن الرجراجي، والذي للخمي أن كلاً من الزوجين إذا اطلع على عيب

بصاحبه مخالف لعيبه كجنونه وبرصها مثلاً والعكس، فلكل منهما الخيار وإن كان موافقاً كبرصهما معاً أو جنونهما معاً كان له الخيار دونها لأنه بذل صداقاً لسالمة، فوجد ما يكون صداقها دون ذلك اهـ.d وقوله في الفرج أي فرج الرجل وفرج المرأة، وسيأتي أن داء فرج الرجل الجب والعنة والخصاء والاعتراض، وداء فرج المرأة الرتق والقرن والعفل والإفضاء. وبقي عليه من عيوب الفرج العذْيَطة بفتح العين المهملة وسكون الذال المعجمة وفتح المثناة تحت والطاء المهملة هي حدوث الغائط عند الجماع ومثله البول عنده أيضاً وهي من عيوب الفرج المشتركة بينهما ولا يشتركان في عيب فرج غيرهما وأفهم قوله عند الجماع أنه إن كان أحدهما يبول أو يغيط في الفراش لا عند الجماع لا يرده الآخر بذلك وهو كذلك على المعتمد من أحد قولين، واقتصر عليه في الكراس السادس من أنكحة المعيار.

بَعْدَ ثُبوتِ العَيْبِ أَوْ إقْرَارِ
به وَرَفْعِ الأمْرِ فِي المُخْتَارِ

(بعد) يتعلق بمحذوف حال من نائب فاعل يقتنص (ثبوت عيب) كل منهما مضاف إليه (أو إقرار) معطوف على مقدر أي ببينة أو إقرار (به) يتعلق بإقرار وضميره للعيب (ورفع الأمر) معطوف على ثبوت أي بعد ثبوت العيب ببينة أو إقرار وبعد رفع الأمر للحاكم ومحل ثبوته بالإقرار إن كان يصح إقراره لا نحو محجور عليه، ويعرف الجذام والبرص بنظر الأطباء إليهما ما لم يكونا في العورة فيصدقان في نفيه، وقيل: ينظر الرجال للرجل والنساء للمرأة. ابن هارون: ولو أنها خالفته في وجود العيب بها فإن كان ظاهراً مثل الجذام والبرص بوجهها وكفيها فإنه يثبت بالرجال وإن كان في سائر بدنها أثبته النساء وإن كان في فرجها فقال ابن القاسم وابن حبيب: تصدق في ذلك ولا ينظرها النساء. قال ابن الهندي وغيره: تصدق مع يمينها ولها رد اليمين على الزوج، وقال ابن سحنون عن أبيه: ينظر إليها النساء في عيب الفرج. ابن فتحون في وثائقه: إن نظر الرجال إلى عيوب عورة الرجل جائز للضرورة كما ينظر النساء إلى المرأة اهـ. وقد حكى البرزلي في النكاح عن ابن علوان أحد مفتي تونس أنه أتته امرأة تزوجها أندلسي وأساء عشرتها وعسر عليها التخلص منه فقال لها: ادّعي عليه أن داخل دبره برصاً فادعت ذلك عليه فحكم عليه بأن ينظره الرجال في ذلك المحل، فلما رأى الزوج ذلك طلقها اهـ.

قلت: وبهذا القول جرى العمل قال ناظمه:

وجاز للنسوة للفرج النظر
من النساء إن دعا له ضرر

فلا مفهوم للنسوة كما مر وما مر من أن العيب إذا كان بغير الفرج ينظر إليه الأطباء أعني النساء للنساء والرجال للرجال، وقيل: إذا كان العيب في المرأة فإن الثوب يشق عنه حتى ينظر إليه الأطباء. انظر المفيد. وهذا في غير العذيطة وأما هي فقد نزلت في زمن أحمد بن نصر ورمى كل واحد منهما صاحبه فأمر أن يطعم أحدهما تيناً والآخر فقوساً. فإذا ثبت أن العيب قبل العقد ولم يبق فيه مقال خير السالم من الزوجين فإن اختارت الزوجة فراقها طلقها

الحاكم عليه ولا يفوض ذلك إليها. (في) القول (المختار) وأما إن حدث بعد العقد فسيأتي، ومقابل المختار أن القاضي يفوض ذلك إليها، وتقدم تحرير ذلك في فصل الضرر.
تنبيهان. الأول: قال البرزلي إثر ما مر عنه بأوراق: إذا شهد رجلان من الأطباء أحدهما ذمي أن بجسم الزوج برصاً لا يشكان فيه فالذي في المدونة قبول ذلك لأن ذلك علم مقتبس ولا يجري مجرى الشهادة، ولكن ليس ذلك مطلقاً إذا قدر على تحصيل ما هو أثلج للصدر، فينبغي أن يؤمر العدول باختبار هذا هل فيه رائحة أم لا؟ فإن قالوا لا رائحة امتحن موضعه برأس إبرة فإن تغير واحمر لونه ودمي فليس برصاً ولا مقال للزوجة ولا أعلم وجهاً أوثق من هذا وما في الزمان طبيب انظر تمامه.

الثاني: قال البرزلي، إثر ما مر عن ابن علوان ما نصه: وكان يعني ابن علوان كثير التحيل في بعض المسائل فمن ذلك ما حكي عنه أن امرأة وصي على أولادها من قبل أبيهم فضيق عليها أولياء الزوج وأقاموا عليها البينة أنها سفيهة لا تصلح للتقديم فأتت إليه فقال لها: إذا قدموك غداً للقاضي فاعترفي لهم بذلك وقولي لهم: إني أتلفته في أيام السفه ففعلت ذلك فسرحها القاضي لذلك. قال البرزلي: وهذا التحيل إن كان ثبت عنده في هذه وفي التي قبلها أنها مظلومة فهو سائغ من باب الإنفاذ من المظلمات وإلاَّ فالصواب أنه لا يجوز لأنه من باب تلقين الخصوم القادح في العدالة قال: وهذه الطريقة معروفة لأبي حنيفة الإمام المشهور، فمن ذلك ما حكى ابن رشد عنه أنه حضر بيعة لبعض الملوك وأظنه أبا جعفر فقال أبو حنيفة لأصحابه: أنا لا أبايعه فاحضروه وأجلسه الأمير إلى جنبه، فلما بايعه الناس قال هو في بيعته: أبايعك حتى تقوم الساعة على قصد المبالغة فيما أوهمه ولما خلا به أصحابه قالوا له في ذلك فقال: ما بايعته وإنما أردت بقولي حتى تقوم الساعة لحاجة أو غيرها من ضروریاته فانظر فيه بقية التحيلات المحكية عنه.
ولما أجمل الناظم رحمه الله في داء الفرج أشار إلى تفصيله بالنسبة للزوجة فيما يأتي بقوله: والرتق داء الفرج في النساء الخ. وإلى تفصيله بالنسبة للزوج ههنا فقال:
وداءُ فَرْجِ الزَّوْجِ بالقَضاءِ
كالجَبِّ والعُنَّةِ والخِصاءِ

(وداء فرج الزوج) مبتدأ ومضافان (بالقضاء) بمعنى المفعول صفة لداء والباء زائدة أي: وداء فرج الزوج المقضى عليه بالخيار لأجله كائن (كالجب والعنة والخصاء) ويحتمل أن تكون متعلقة بمحذوف صفة للمبتدأ المذكور أي: وداء فرج الزوج الموجب للخيار بالقضاء الخ. والجب قطع الذكر والأنثيين معاً أو خلق بدونهما، والعنين لغة هو الذي لا يشتهي النساء وشرعاً من له ذكر صغير كالزر ويطلق أيضاً على الذي لا ينتشر ذكره وهو المعترض، وسيأتي، والخصي مقطوع الذكر أو الأنثيين، ولو كان قائم الذكر حيث كان لا يمني، فإن أمنى فلا خيار لها، ومثل قطع الذكر كله قطع حشفته فقط على الراجح كما في شراح المتن فإن قيل: إذا ثبت الخيار في الخصاء الذي هو قطع أحدهما فأحرى أن

يثبت في الجب الذي هو قطعهما معاً فالخصاء يغني عن الجب. فالجواب: أن المقصود بيان معاني هذه الألفاظ قاله في ضيح، والحصور الذي يخلق بغير ذكر أو بذكر صغير كالزر، ومحل الخيار بهذه الأمور إذا حدث ذلك قبل البناء وإلاَّ فهو مصيبة نزلت بها كما يأتي في الاعتراض.

وَذَاكَ لا يُرْجَى لهُ زَوَالُ
فَلَيْسَ في الحُكْمِ بِهِ إمْهالُ

(وذاك) مبتدأ والإشارة للداء الشامل للأمور الثلاثة (لا يرجى) بالبناء للمفعول (له) يتعلق بالنائب الذي هو (زوال) والجملة خبر المبتدأ (فليس) فعل ناقص (للحكم) خبرها مقدم (به) يتعلق بالحكم (إمهال) اسمها مؤخر أي تأجيل بل لها الطلاق في الحين إلا أن ترضى بالمقام معه.

وحَيْثُ عَيْبُ الزَّوْجِ باعْتِراضِ
أَوْ بَرَصٍ وَقِيم عِنْدَ القَاضِي

(وحيث) ظرف مضمن معنى الشرط (عيب الزوج) مبتدأ ومضاف إليه (باعتراض) يتعلق بمحذوف خبر (أو برص) معطوف (وقيم) مبني للمفعول (عند القاضي) نائبه، والجملة معطوفة على الجملة قبلها وجملة.

أَجَّلَهُ إلى تَمَامِ عَامِ
كذاكَ في الجُنُونِ والجُذَامِ

(أجله) القاضي (إلى تمام عام) جواب حيث، والمعنى أن عيب الزوج إذا كان اعتراضاً وحدث قبل الإصابة أو برصاً حدث بعد العقد أو قبله فإن القاضي يؤجله سنة كاملة من يوم الحكم على المشهور، وأما الاعتراض بعد الإصابة ولو مرة فلا خيار لها، وذلك مصيبة نزلت بها كما يأتي.

تنبيه: وكذا تؤجل المرأة ذلك في معالجة نفسها من البرص والجنون والجذام إذا لم يعلم الزوج أن ذلك بها حين العقد، بل علمه قبل البناء أو بعده فإن تنازعا في العلم به بعيبها وقد مضى لدخوله نحو الشهر فالقول لها بيمينها أنه علم به إلا أن يكون مثله يخفى على الزوج. انظر المتيطية والوثائق المجموعة.

(كذاك) يتعلق بأجل محذوف دل عليه ما قبله (في الجنون والجذام) يتعلق بذلك المحذوف.

وبَعْدَ ذَا يَحْكُمُ بِالطَّلاقِ
إنْ عُدِمِ البُرءُ على الإطْلاقِ

(وبعد ذا) يتعلق بقوله (يحكم) وكذا (بالطلاق) والجملة معطوفة على جملة أجله (إن عدم) شرط حذف جوابه للدلالة عليه (البرء) نائب فاعل عدم (على الإطلاق) حال أي حال كون الحكم بالطلاق بعد السنة في العيوب الأربعة مطلقاً سواء رجى البرء بعد ذلك أم لا. ويحتمل حال كون التأجيل مطلقاً في الحادث والقديم. هذا هو الظاهر وليس المعنى حال كون التأجيل بالسنة مطلقاً رجى البرء أم لا. لأن المعتمد أنه إنما يؤجل في البرص والجذام عاماً إذا رجى البرء (ح): ولها فقط الرد بالجذام البين والبرص المضر الحادثين بعده وبجنونهما وإن مرة في الشهر قبل الدخول وبعده وأجلا فيه وفي برص وجذام رجى برؤهما سنة الخ. ثم قال: وأجل المعترض سنة الخ. فأنت تراه قيد

الجذام بالبين أي المحقق والبرص بالمضر والتأجيل برجاء البرء خلاف ظاهر النظم في ذلك كله، لكن العذر له في الجذام حيث لم يقيده بالبين لأن المراد بالبين المحقق وهو لا يثبت إلا بعد تحققه والقطع به إذ لا فرق بين قليله وكثيره كما في المتيطية قال فيها: واختلف في قليل البرص فقال مالك في كتاب محمد: ترد به لأن عمر لم يفرق بين قليل ولا كثير. قال ابن القاسم: ولو علمنا فيما خف أنه لا يتزايد لم ترد، لكنه لم يعلم، وفي مختصر ابن شعبان أن من به برص أو جذام من الزوجين يرد به لأنه يخشى أن يترامى إلى الصحيح، ولأنه لا تطيب نفس الواطىء والموطوءة وقلّ أن يسلم منه ما ولد منهما وإن سلم كان ذلك في نسله قال اللخمي: وعلى هذا له الرد إذا اطلع أن أحد الأبوين كان كذلك لأنه يخشى أن يكون ذلك في نسله قال: ورأيت ذلك في امرأة كان أبوها أجذم ولم يظهر بها وظهر ذلك في عدد من أولادها اهـ بلفظ الاختصار. فهو شاهد لإطلاق الناظم، لكن المعتمد أن جذام الأبوين لا رد به كما في (خ): كما أن المعتمد أنه لا بد في البرص الحادث من كونه مضراً كما مر عنه أيضاً، ولعل الناظم إنما ترك تقييد البرص بكونه مضراً اتكالاً على ما يأتي

في قوله: إلا حدوث من برص منزور الخ.

والعَبْدُ في الأصَحِّ كالأحْرارِ
وقيلَ بِالتَشْطِيرِ كالظِّهارِ

(والعبد) مبتدأ (في الأصح) يتعلق بالاستقرار في الخبر الذي هو قوله: (كالأحرار وقيل) فعل ماض مبني للمفعول (بالتشطير) نائبه أي يؤجل ستة أشهر (كالظهار) خبر مبتدأ محذوف والأقرب أنه حال أي حال كون التشطير كتشطير أجل الظهار أي: إذا ظاهر العبد من زوجته وأبى أن يكفر ولحقه الإيلاء فإنه يؤجل بشهرين، وقيل أربعة أشهر كالحر، وما صدر به الناظم هو قول ابن الجهم قال ابن عبد البر: وروي عن مالك نحوه وعليه جمهور الفقهاء اللخمي: وهو أبين لأن السنة جعلت لتختبر في الفصول الأربعة فقد ينفع الدواء في فصل دون فصل فيستوي في ذلك الحر والعبد، والقول الثاني هو قول مالك، وبه الحكم قاله في المتيطية وبه أفتى (خ) والعبد نصفها الخ.

وكالرِّجالِ أَجَلُ النِّسَاءِ
في هاذِهِ الثَّلاثَةِ الأدْوَاءِ

(وكالرجال) خبر مقدم عن قوله (أجل النساء في هذه) يتعلق بالاستقرار في الخبر (الثلاثة) صفة أو بدل (الأدواء) جمع داء بدل أيضاً، والمراد الجنون والجذام والبرص ولا يتصور فيهن الاعتراض فيؤجلن في التداوي من تلك الأمراض الثلاثة سنة كاملة، لكن في الموجود منها قبل العقد، أما ما حدث بعده فمصيبة نزلت بالزوج كما يأتي في قوله: وهو لزوج آفة من بعده الخ.

وفي سِواها لا يكُونُ الأجَلُ
لَهُنَّ إلاَّ ما يَرى المؤَجِّلُ

(وفي سواها) يتعلق بقوله (لا يكون الأجل) اسمها (لهن) يتعلق بما قبله (إلا) استثناء مفرغ (ما) نكرة موصوفة خبر يكون (يرى) صفة لما والعائد محذوف أي يراه (المؤجل) بكسر الجيم المشددة فاعل يرى، والتقدير: ولا يكون لهن

أجل محدود في سواها إلا أجلاً يراه المؤجل أي الحاكم باجتهاده، والمراد بسوى العيوب الثلاثة داء فرج المرأة من رتق وقرن وعفل الآتية في قوله: والرتق داء الفرج في النساء الخ. أي فيؤجلهن الحاكم للتداوي بالاجتهاد (خ): وأجلت الرتقاء للدواء بالاجتهاد. وقد تحصل أن العيوب بالنسبة إلى التأجيل وعدمه على ثلاثة أقسام قسم لا تأجيل فيه وهو الجب وما معه، وقسم يؤصل فيه بسنة وهو الاعتراض وما معه، وقسم يؤجل فيه بالاجتهاد وهو الرتق وما معه.

ويُمنَعُ الْمَبْرُوصُ والمجْذُومُ مِنْ
بِنَائِهِ وذو الجُنُونِ فاسْتَبِنْ

(ويمنع) بالبناء للمفعول (المبروص) نائب (والمجذوم) معطوف (من بنائه) يتعلق بيمنع (وذو الجنون) معطوف على المبروص (فاستبن) جملة طلبية تتميم للبيت، والمعنى أن من به علة من الرجال من هذه الأمراض الثلاثة إذا أصل للدواء كما مر فطلب البناء بزوجته أثناء الأجل قبل تبين برئه فإنه يمنع من ذلك ولا يمكن منه حتى يبرأ أو تخير هي إن لم يبرأ وفهم من قوله: من بنائه أنها اطلعت على عيبه قبل البناء فإن اطلعت عليه بعد البناء فكذلك أيضاً حيث كانت رائحة الجذام والبرص تؤذي. قال في المتيطية: ويمنع المجنون والأجذم والأبرص في خلل العام وإن كان بعد البناء إذا كانت الرائحة تؤذي بخلاف المعترض فإنه لا يمنع من وطئه وإن كان قد بنى بها اهـ. ومثله في طرر ابن عات.

وإلى المعترض أشار الناظم بقوله:

وَذُو اعْتِراضٍ وحْدَهُ لَنْ يُمْنَعَا
وَهُوَ مُصَدَّقٌ إذا ما نُوزِعا

(وذو اعتراض) مبتدأ ومضاف إليه (وحده) حال من المبتدأ أو من الضمير في خبره (لن يمنعا) بالبناء للمفعول خبر (وهو) مبتدأ (مصدق) خبره (إذا) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه يتعلق بالخبر المذكور، وجوابه محذوف للدلالة عليه، ويحتمل أنها مجردة عن معنى الشرط أي هو مصدق حين نزاعه (ما) زائدة (نوزعا) بالبناء للمفعول والجملة في محل جر بإضافة إذا ومعناه أن الزوج إذا ادعت عليه زوجته الاعتراض وأنكره من أصله فالقول قوله بيمينه (خ): وصدق في الاعتراض أي نفيه وظاهره كالناظم أنه يصدق كانت الزوجة بكراً أو ثيباً وهو كذلك على المشهور. وروي عن مالك أن النساء ينظرن إلى البكر ويدين في الثيب، وقيل لا يدين فيها، ولكن يطلي ذكره بزعفران ويرسل عليها وينظر ذلك النساء فإن رأين أثره في فرجها قبل قوله، وعلى المشهور فلا تقبل شهادة امرأتين فأكثر بأنها عذراء لأنها شهادة توجب الفراق وهو لا يكون بشهادة النساء كما في الوثائق المجموعة، ونقله في التبصرة وابن عرفة. وحينئذ فما جرى به العمل من جواز نظر النسوة للفرج محمول على غير هذه الصورة إذ لا فائدة له إلا الفراق وهو لا يكون بشهادة النساء قاله في شرح العمليات.

تنبيه: قال في مسائل السياسة من التبصرة: قال أصبغ في امرأة المقعد تدعي أنها تمكنه من نفسها وهو لا يقدر على مسها ويقر المقعد بأنه لا يمسها ويدعي أنها تدفعه عن نفسها ولولا ذلك لقوي على مسيسها قال: استحسن السلطان أن يجعل في القرب منه إذا خلا بها امرأة أو نساء فإن سمعن

امتناعها أمر بها فربطت له وشدت وزجرها، وأمرت أن تلين له في ذلك. قال ابن حبيب: وهو عندي حسن من الحكم اهـ. ونحوه في (ح) عند قوله: وصدق في الاعتراض الخ.

قلت: انظر قوله المقعد، والظاهر أنه لا مفهوم له بل غيره كذلك إذا ادعى عدم تمكينها ونزلت وقت ولايتي حطة القضاء سنة ثمانية وأربعين بعد المائتين والألف في زوج ادعى عدم تمكينها وادعت هي اعتراضه، فذكرت للزوج وأوليائها ما تقدم من ربطها له وشدها فرجعا إلى الصلح بالخلع بجعل الصداق وافترقا، وقد كنت سنة ثمانية عشر مقيماً بمكناسة الزيتون فإذا بامرأة طلقها زوجها ثلاثاً فتزوجت رجلاً ضعيفاً لا يشاكلها، فزعم الزوج المذكور أنها تدفعه عن نفسها وما مكنته إلا مرة بمقدار ما غيب حشفته فيها ودفعته وادعت هي أنه يؤذيها ويضربها إذا أمسك بها، فسكنهما القاضي مع أمين فذكر الأمين أنه مهما أراد النوم والتوطئة له إلا وتصرخ صراخاً مدعية أنه يؤذيها ويضربها وأن ذلك من حيلها لترجع للزوج الأول.

وإنْ يَقُلْ وطِئْتُ أَثْنَاءَ الأَمَدْ
فَقَوْلُهُ مَعَ الْيَمِينِ مُعْتَمَدْ

(وإن يقل) شرط وفاعله ضمير يعود على المعترض (وطئت) فعل وفاعل (أثناء) ظرف يتعلق بما قبله (الأمد) مضاف إليه (فقوله) مبتدأ (مع اليمين) يتعلق بمحذوف حال (معتمد) خبر، والجملة جواب الشرط. ومعناه أن المعترض إذا أقر بالاعتراض وأجل للدواء سنة كما مرّ، ثم قال في أثناء الأجل أو بعده: زال الاعتراض ووطئها في الأجل فالقول قوله بيمينه، فإن ادعى الوطء بعده لم يصدق فتحصل أن المعترض يصدق في نفي الاعتراض ابتداء كما يصدق في زواله بعد الإقرار به (خ): وصدق إن ادعى فيها الوطء بيمينه فإن نكل حلفت وإلا بقيت.

وَتُمْنَعُ الإنْفاقَ مَنْ لَمْ تَدْخُلِ
إنْ طَلَبَتْهُ في خِلالِ الأَجَلِ

(وتمنع) بضم التاء مبنياً للمفعول (الإنفاق) مفعوله الثاني (من) نائب الفاعل وهو المفعول الأول (لم تدخل) صلة من (إن طلبته) شرط. والضمير المنصوب للإنفاق والجواب محذوف للدلالة عليه (في خلال الأجل) يتعلق بالفعل قبله. والمعنى أن الزوجة التي لا تجبر على الدخول إذا طلبت الإنفاق من زوجها المؤجل سنة للدواء فلا تمكن منه لأن النفقة في مقابلة الاستمتاع وهي قد منعت نفسها منه لسبب لا قدرة للزوج على دفعه، فكان بذلك معذوراً بخلاف المعسر بالصداق الذي منعته زوجته من نفسها حتى يؤدي صداقها فلها النفقة إذ لعل له مالاً فكتمه، ومفهوم قوله: لم تدخل أنه إذا دخل فالنفقة واجبة عليه وهو كذلك.

وقوله: من لم تدخل أي من لم تجبر على الدخول وهي زوجة المجذوم والمبروص والمجنون كما مرّ فيفهم منه أن زوجة المعترض لها النفقة إذا دعته للدخول، وبالجملة فكل من زوجة المجنون والمجذوم والمبروص والمعترض تجب لها النفقة بالدخول أو بالدعاء له فإن منعت واحدة منهن نفسها من

الدخول وأجل الزوج سنة للدواء فلا نفقة لها في الجنون والجذام والبرص، بخلاف الاعتراض. فلها النفقة لأنها لا تمكن من الامتناع كما مر إلا أن لا يقدر الحاكم على جبرها فتسقط نفقتها حينئذ للنشوز واستظهار (خ): عدم وجوب النفقة في الاعتراض مع القدرة على جبرها على التمكين معترض.

والعيْبُ في الرِّجالِ مِنْ قَبْلِ البِنا
وبَعْدَهُ الرَّدُّ بِهِ تَعَيَّناَ

(والعيب) مبتدأ (في الرجال) صفة له (من قبل البنا)ء يتعلق بمحذوف حال أي حال كونه موجوداً أو حادثاً من قبل البناء (وبعده) معطوف على الظرف قبله (الرد) مبتدأ ثان (به) يتعلق بالخبر الذي هو قوله (تعينا) وتعلق الظرفين بذلك المحذوف كما قررنا أولى من تعلقهما بقوله تعينا إذ المقصود أن العيب الموجود أو الحادث قبل البناء وبعده يتعين به الرد وحذف معمول تعين يؤذن بالعموم أي تعين الرد به قبل البناء وبعده أيضاً فحذفه من الثاني لدلالة الأول عليه، ولو قال تبينا بالباء والياء المثناة تحت لكان أولى لما يقتضيه لفظ التعيين من وجوب الرد وإن رضيت. ومعناه أن العيب الكائن بالرجال سواء حدث بعد العقد أو كان موجوداً قبله أو حدث بعد البناء فإن للزوجة الرد به فقوله: من قبل البناء شامل لما حدث قبل العقد أو بعده وقبل البناء لأن القبلية ظرف متسع وعليه فيكون قوله الآتي: وبالقديم الزوج والكثير الخ. مستغنى عنه بما هنا، ويحتمل أن يكون تكلم هنا على الحادث بعد العقد كان قبل البناء أو بعده وفيما يأتي على ما كان موجوداً قبل العقد، لكن يكون الصواب إسقاط قوله الآتي: والحادث إلا أن يراد به ما كان حادثاً قبل العقد، ويراد بالقديم ما كان خلقة، وما ذكره الناظم هو الراجح من أحد أقوال أربعة./ ثانيها: لا خيار لها فيما حدث بعد العقد. ثالثها: لها الخيار إلا أن حدث به برص فتخير. رابعها: ليس لها الخيار إلا في البرص اليسير.

ولما دخل في قوله: وبعده عيب الاعتراض الحادث بعد البناء والوطء وهو لا يرد به استثناء بقوله:

إلاَّ اعْتِراضاً كان بعْدَ ما دَخَلْ

والوَطْءِ مِنْهُ هَبْهُ مَرَّةً حَصَلْ (إلا) حرف استثناء (اعتراضاً) منصوب على الاستثناء والأقرب أنه على نزع الخافض، إذ المعنى ويرد الزوج بكل عيب إلا بعيب الاعتراض (كان) تامة بمعنى وجد وحدث وفاعله ضمير الاعتراض (بعد) يتعلق بكان (ما) مصدرية (دخل) صلتها أي بعد دخوله (والوطء) بالجر عطف على المصدر المؤول (منه) يتعلق بحصل (هبه) فعل أمر وضميره مفعوله الأول (مرة) تمييز (حصل) في محل نصب على أنه مفعول ثان لهب، والتقدير إلا اعتراضاً حدث بعد دخوله وبعد وطئه هب أن الوطء حصل منه مرة واحدة فلا ردّ به وهي مصيبة نزلت بها، وهذا إذا لم يتسبب في إدخاله على نفسه كشربه دواء ليقطع به لذة النساء أو شربه لعلاج علة وهو عالم أو شاك أنه يذهب منه ذلك أو قطع ذكره عمداً أو لعلة نزلت به فإن لها الخيار باتفاق كما في ضيح، ومثل الاعتراض الجب والخصاء والكبر المانع من الوطء حيث لم يدخل ذلك على نفسه لأنه لم يقصد الإضرار بها، فلو قال: إلا كجب الخ. لشمل

ذلك ونزلت مسألة وهي أن رجلاً كان يطأ زوجته وطأ معتاداً ثم إنه عرض له ما منعه الإيلاج بحيث إذا أراده سبقه الماء وزال إنعاظه فأفتيت فيها بما في النظم واختلف فيمن أراد استحداداً فترامت يده فقيل لها القيام، وقيل: لا قيام لها لأنه لم يتعمد. وظاهر كلامهم رجحانه وانظر ما يأتي في الإيلاء عند قوله: واشترك التارك الموطء معه الخ.

وبالقدِيمِ الزَّوْجُ والكَثِيرِ
يَرُدُّ والحَادِثِ واليَسِيرِ (وبالقديم) يتعلق بيرد (الزوج) مبتدأ (والكثير) معطوف على القديم (يرد) بالبناء للمفعول خبر المبتدأ (والحادث واليسير) معطوفان على قوله: القديم. وهذا البيت مستغنى عنه إلا على الاحتمال الثاني المتقدم فلو حذفه وأبدل قوله:

إلاّ حَدِيثَ بَرَصٍ مَنْزورِ

فَلاَ طَلاَقَ مِنْهُ فِي المَشْهُورِ (إلا) بقوله كذا (حدوث برص منزور فلا طلاق منه في المشهور) لأجاد، ويتحصل من كلامه أنه يستثنى من العيب الحادث بالزوج بعد العقد شيئان الاعتراض بعد الوطء والبرص اليسير فلا خيار فيهما للزوجة وهو معنى قول (خ) ولها فقط الرد بالجذام البين والبرص المضر الحادثين بعده لا بكاعتراض الخ. فمفهوم قوله: المضر أي المؤذي برائحته أن غير المضر لا خيار به وهو ما في النظم، ومفهوم قوله: الحادثين بعده أي بعد العقد أن البرص القديم بالرجل يرد به قليلاً كان أو كثيراً، وهو ظاهر تعليل الناظم أيضاً لأنه إنما نفى خيارها في القليل الحادث بعد العقد، وقيل: لا خيار لها في البرص القليل مطلقاً، وأما الجذام فلا فرق بين قليله وكثيره وإنما المدار على تحقق وجوده كما مرّ عند قوله: كذاك في الجنون والجذام الخ.

وَزَوْجَةُ بِسَابِقٍ لِعَقْدِهِ
وهْوَ لِزَوْجٍ آفَةٌ مِنْ بَعْدِهِ
(وزوجة) مبتدأ وسوغه العطف على المعرفة وهو الزوج في البيت قبله (بسابق) يتعلق بمحذوف خبر أي ترد بسابق (لعقده) يتعلق بسابق (وهو) مبتدأ عائد على العيب المذكور (لزوج) يتعلق بالخبر الذي هو قوله (آفة من بعده) حال من المبتدأ أي والعيب حال كونه حادثاً بالزوجة بعد العقد آفة للزوج لأنه قادر على الفراق والحاصل: أن الزوجة ترد بالقديم من الجنون والجذام والبرص قليلاً كان ذلك أو كثيراً كما هو ظاهر النظم، وكذا ترد بالقديم من داء الفرج من عفل ونحوه، ولا ترد بالعيب الحادث بعد العقد داء فرج كان أو غيره قليلاً كان أو كثيراً وهو مصيبة نزلت بالزوج، وأما الزوج فإنه يرد بالقديم من العيوب ولو جذاماً أو برصاً قل على ظاهم النظم و(خ) وهو أحد قولين كما مر، وكذا يرد بالحادث منها بعد العقد إلا أن يكون نحو اعتراض حصل بعد الوطء أو برصاً قليلاً، ثم أشار إلى تفصيل داء الفرج بالنسبة للمرأة فقال:

والرَّتْقُ دَاءُ الفَرْجِ في النساءِ

كالقَرْنِ ثُمَّ الْعَقْلِ والإفْضَاءِ
(والرتق) بسكون التاء للضرورة مبتدأ (داء الفرج) خبره (في النساء) يتعلق بالرتق أو في موضع الحال منه، ويحتمل أن يكون داء الفرج مبتدأ، وفي النساء

يتعلق به والرتق خبره (كالقرن) تشبيه وكاف التشبيه لا تتعلق بشيء كما مرّ (والعفل) معطوف عليه وكل منهما بسكون العين للضرورة والأصل الفتح كالرتق (والإفضاء) معطوف أيضاً، والمعنى أن الرتق من داء فرج النساء كما أن القرن والعفل والإفضاء كذلك، فيثبت للزوج الخيار بسابق العقد من ذلك، والرتق انسداد مسلك الذكر والتحامه بحيث لا يمكن معه الوطء إلا أنه إن انسد بلحم أمكن علاجه وبعظم فلا. والقرن شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة تارة يكون عظماً فيعسر علاجه وتارة لحماً فلا يعسر، والعفل لحم يبرز في قُبلها يشبه أدرة الرجل ولا يسلم غالباً من رشح، والإفضاء اختلاط مسلكي الذكر والبول حتى يصيرا مسلكاً واحداً وأجرى مسلك البول والغائط، وظاهر النظم أنه يخير بما ذكر ولو قل ذلك وخف وهو كذلك خلافاً لابن حبيب.
واعلم أن مسلك الذكر هو مخرج الحيض والولد والمني، وفوق مسلك الذكر ثقب مثل إحليل الرجل وهو مخرج البول، وبين هذا الثقب ومدخل الذكر جلدة رقيقة فإن زالت فهي الإفضاء، وفوق مخرج البول جلدة رقيقة مثل ورقة بين الشفرين والشفران محيطان بالجميع فتلك الجلدة الرقيقة يقطع منها في الختان للمرأة، وفهم من اقتصار النظم على الأربعة أنه لا خيار له بالاستحاضة ولا بقطع الشفرين ولا بحرق النار ولا بكونها عجوزاً فانية أو صغيرة جداً، ولا بالبخر الذي هو نتن الفرج، لكن المذهب في الأخير أنه عيب خلافاً للأئمة الثلاثة. واقتصر في المتيطية أيضاً على أن الاستحاضة وحرق النار يوجبان الخيار، وكذا نقل البرزلي عن اللخمي. وأما نتن الفم فلا خيار له به على المشهور خلافاً للخمي بخلاف البيع، وتقدم الكلام على العذيطة أول الفصل فانظره هناك.

تنبيهات. الأول: سكت الناظم هنا عن تأجيل الرتقاء ونحوها للدواء لتقدم الإشارة إليه في قوله:
وفي سواها لا يكون الأجل
لهن إلا ما يرى المؤجل
وتقدم قول (خ) وأجلت الرتقاء للدواء بالاجتهاد ولا تجبر عليه إن كان خلقة الخ. قال في المتيطية: وإذا كان الرتق من جهة الختان أي الخفاض فإنه يبط على ما أحبت المرأة أو كرهت إذا قال النساء: إن ذلك لا يضرها وإن كان خلقة فلا تجبر على البط إن أبته، ويخير الزوج فإن رضيت بالبط فلا خيار له اهـ. ونحوه في التبصرة الفرحونية، وللخمي زيادة تفصيل وهو إن لم يكن عليها في القطع ضرر ولا عيب في الإصابة بعده كان القول قول من دعي إليه منهما فإن طلقها بعد رضاها به لزمه النصف وإن كرهت فطلق فلا شيء عليه، وإن كان في القطع ضرر ولا عيب بعده خيرت دونه وعكسه خير دونها وإن كان فيه ضرر وبعده عيب في الإصابة خير كل منهما وذكره في الشامل مقتصراً عليه والقرن كالرتق في التفصيل المذكور.
الثاني: إذا ادعى أنها رتقاء وادعت هي عنته وأنها لا عيب بها فإن النساء ينظرن إليها، فإن صدقته كان له الخيار، إلا أن تريد التداوي فتؤجل بالاجتهاد قاله ابن عتاب ونقله البرزلي.
الثالث: قال في التبصرة: وإذا فعل الزوج بزوجته ما يوجب القصاص لها منه وكان شديداً يخاف عليها منه إذا اقتصت منه فإنها تطلق عليه يعني: ويقتص منه أي ففعله ذلك يوجب لها الخيار كالعيوب السابقة.

ولا تُرَدُّ مِنْ عَمًى ولا شَلَلْ
ونَحْوِهِ إلاَّ بِشَرْطٍ يُمْتَثَلْ

(ولا ترد) بالبناء للمفعول (من عمى) يتعلق به (ولا شلل ونحوه) معطوفان عليه (إلا بشرط) استثناء مفرغ والباء بمعنى مع (يمتثل) بالبناء للمفعول صفة لشرط أي: لا ترد المرأة بشيء من العمى والشلل والعور والإقعاد ونحو ذلك من غير العيوب الأربعة التي هي الجنون والجذام والبرص وداء الفرج إلا مع اشتراط السلامة من ذلك الشيء الخاص كاشتراطه كونها سليمة من العمى أو البكم أو العرج أو الإقعاد، فيجدها بخلاف ذلك، أو اشترط أنها سليمة في جسمها ولم يزد فله ردها حينئذ كما في المتيطية بما مرّ من العمى ونحوه، بل ولو بالسواد على ما للمتيطي، ورده ابن عرفة بأن لفظ السلامة من الجسم لا يدل على نفي السواد. ابن عرفة: وفيها إن وجدها سوداء أو عوراء أو عمياء لم ترد، ولا ترد بغير العيوب الأربعة إلا أن يشترط السلامة منه.
قلت: فإن شرط أنها صحيحة فوجدها عمياء أو شلاء أو مقعدة أيردها بذلك؟
قال: نعم إذا اشترطه على من أنكحه إياها اهـ. فقوله: نعم إذا اشترطه الخ. أي إذا اشترط الزوج على الولي الصحة باللفظ، وثبت ذلك بأداء عدلين، وأما لو لم يعلم الشرط إلا من قوله في الوثيقة صحيحة العقل والبدن فتوجد على خلاف ذلك وتعذر سؤال العدلين أو لم يتعذر، ولكن لم يحققوا كون الزوج اشترط ذلك باللفظ ففي ثبوت الرد بذلك وعدم ثبوته لجري العادة أنه من تلفيق الموثق تردد للباجي وابن أبي زيد وإلى المسألة من أصلها أشار (خ) بقوله: وبغيرها أي العيوب الأربعة إن شرط السلامة ولو بوصف الولي عند الخطبة. وفي الرد إن شرط الصحة تردد لا بخلف الظن كالقرع والسواد من بيض ونتن فم الخ. وظاهر النظم كالمدونة والمختصر أن العرف ليس كالشرط هنا وهو ظاهر بخلاف البيع، ولعل الفرق أن النكاح مبني على المكارمة.
تنبيه: اشتراط كونها ذات مال قدره كذا أو جميلة ولو بوصف الولي يوجب الخيار للزوج إذا وجدها على خلاف ذلك كما في ابن عرفة:
والزَّوْجُ حَيْثُ لَمْ يَجِدْهَا بِكْرا

لَمْ يَرْجِعِ إلاَّ بِاشْتِرَاطٍ عَذْرا
(والزوج) مبتدأ (حيث) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه: (لم يجدها) في محل جر بإضافة حيث (بكرا) مفعول ثان ليجد وجملة (لم يرجع) جواب حيث ومعموله محذوف أي بالثيوبة (إلا باشتراط) استثناء مفرغ (عذرا) مفعول باشتراط، والجملة من حيث وجوابها في محل رفع خبر المبتدأ، والمعنى أن الزوج إذا تزوج امرأة فوجدها ثيباً فإنه لا يردها بالثيوبة في حال من الأحوال سواء لم يشترط شرطاً أو اشترط أنها بكر إلا في حال اشتراط كونها عذراء وهي التي لا زالت بخاتم ربها ولم تسقط بمزيل أصلاً، فإن اشترط ذلك أو اشترط ما في معناه عرفاً ولو بوصف الولي عند الخطبة كما في ابن عرفة كطفلة أو بنت أو كان العرف إطلاق البكر على العذراء كما عندنا اليوم فوجدها ساقطة العذرة بنكاح أو غيره من وثبة ونحوها كان له الرد

على المشهور خلافاً للقابسي، والعرف كالشرط فإذا أصدقها صداق البكر وصنع لها ما يصنع للبكر ثم وجدها ثيباً فله الرد وإن لم يشترط ثيباً.

واعلم أن البكر في اللسان كما في ابن عرفة عن ابن رشد ونحوه في الشارح هي التي لم يكن لها زوج ولو لم تكن لها عذرة وقال بعض شراح (خ) هي عند الفقهاء التي لم توطأ بعقد صحيح أو فاسد جار مجرى الصحيح، وعلى هذا الأخير يحمل الناظم بدليل البيت بعده، وظاهر النظم أن الزوج لا يعذر بالجهل وأنه جهل معنى البكر في اللغة، بل ظنها أنها العذراء وذلك مما يجهله أبناء جنسه وهو كذلك حيث لا عرف في إطلاق البكر على العذراء كما يفيده ابن عرفة، وإنما كان لا يرجع إذا اشترط البكارة ولا عرف في إطلاقها على العذراء لأنه من حيث لا عرف ينصرف اللفظ إلى معناه لغة أعم من أن تكون عذرتها سقطت بزنا أو بقفزة أو وثبة أو تكرر حيض أو غير ذلك، ولا يقال حمله على معناه لغة يقتضي الرد بمجرد تقدم عقد النكاح لأنا نقول تقدم عقد النكاح بمجرده من غير وطء لا غرضية فيه، فلا فائدة لاشتراط انتفائه فانصرف الشرط للتي لم توطأ بنكاح.
ولما كان ما قبل الاستثناء صادقاً بصورتين بما إذا اشترط البكارة، وبما إذا لم يشترط شيئاً كما مر، وكانت البكر هي التي لم توطأ بنكاح أخرج من صورة الاشتراط فقط ما إذا وطئت بنكاح فقال:
ما لَمْ يُزِلْ عَذْرَتَهَا نِكاحُ
مُكْتَتَمٌ فَالرَّدُّ مُسْتَبَاحُ

(ما) ظرفية مصدرية (لم يزل) صلتها وهو مضارع أزال الرباعي (عذرتها) مفعول به والعذرة بضم العين ساتر رقيق على المحل (نكاح) فاعل يزل (مكتتم) صفة لنكاح (فالرد مستباح) مبتدأ وخبر، والجملة جواب شرط مقدر أي فإن أزالها نكاح فالرد الخ. والمعنى أن الزوج إذا اشترط البكارة فلا رد له ما لم يزل عذرتها نكاح مكتوم عنه وله الرد حينئذ لأنه اشترط البكارة وهي التي لم توطأ بنكاح، وهذه قد وطئت به فتحصل من كلامه أنه إذا لم يشترط شيئاً وظنها بكراً فلا رد له وطئت بنكاح أو بزنا أو سقطت عذرتها بغير وطء، وإن اشترط البكارة فلا رد له أيضاً إلا إن زالت عذرتها بنكاح كتم عنه، فإن لم يكتم عنه فلا رد له أيضاً، وإن اشترط عذراء أو ما في معناه ردها بكل ثيوبة (خ) عاطفاً على ما لا رد به، والثيوبة إلا أن يقول عذراء، وفي بكر تردد الخ فاقتصر الناظم في البكر على أحد الترددين لأنه المنصوص لمالك وأشهب وابن حبيب ومقابله أن اشتراط البكارة كاشتراط العذراء لابن العطار، وبعض الموثقين، فقوله: إن لم يجدها بكراً أي لم يجدها موطوءة بنكاح فلا رد له بالثيوبة مع اشتراط البكارة، ومع عدم اشتراط شيء أصلاً ما لم يزل عذرتها نكاح كتم عنه فيردها مع اشتراط البكارة.
وقوله: مكتتم أي كتمته هي أو وليها أو هما، وظاهره أنه لا يردها بثيوبة غير النكاح ولو علم بها الولي وكتمها والذي في (خ) أنه إذا علم وكتم فللزوج الرد على الأصح، وبما قررنا سقط الاعتراض عنه بأن كلامه يوهم أن له الرد يتقدم عقد نكاح عليها ولو لم توطأ فيه لأنهم حملوا البكر على معناه لغة وليس ذلك

مراد الناظم، وإلاَّ أدى للتدافع في كلامه لأنه إن حملنا البكر على المعنى اللغوي اقتضى أن يردها بتقدم عقد نكاح عليها، ولو كانت لا زالت عذراء الآن. وقوله ما لم يزل عذرتها نكاح الخ. يقتضي أنه لا رد له بتقدم عقد النكاح حيث كانت عذرتها قائمة فالمخلص من ذلك هو حمل البكر في كلامه على البكر التي لم توطأ

بنكاح لأن تقدم عقد النكاح بمجرده لا يفوت غرضاً فلا وجه لاشتراط انتفائه والله أعلم.
تنبيهات. الأول: لا حد على الزوج فيما حكاه عنها أنها غير عذارء ولا لعان لأن العذرة قد تزول بسقطة ونحوها إلا أن يقول: زالت بزنا أو يقول: وجدتها مفتضة لأن لفظ الافتضاض يشعر بفعل الفاعل قاله (ق) وقد بحث فيه بأن الافتضاض لا يستلزم الزنا حتى يكون قذفاً لجواز أن يكون من زوج.
الثاني: إذا كذبته في دعوى الثيوبة، وزعمت أنها عذراء الآن وهو أزال عذرتها، فالمشهور أنها تصدق في الصورتين بيمين (خ) وحلفت هي أو أبوها إن كانت سفيهة ولا ينظرها النساء الخ. والذي به العمل أن النساء ينظرن إليها في الصورتين كما مر قال في اللامية: والفرج للنسوة انجلا. ولا مفهوم للنسوة بل فرج الرجل ينظر إليه الرجال أيضاً كما مر عن ابن فتحون أول الباب، وبه أفتى ابن علوان كما مر.

الثالث: إذا اشترط أنها عذراء أو ما في معناه أو أصدقها صداقاً على ما مر فسقطت عذرتها بوثبة أو زنا ونحوهما فإن تصادقا على حدوث ذلك بعد العقد أو قامت به بينة فهي مصيبة نزلت بالزوج، ويلزمه جميع الصداق إن دخل، ونصفه إن طلق قبل الدخول كما في جواب لابن أبي زيد المنقول في (ق) وغيره. ويدل له أيضاً قول الناظم فيما مر: وهو لزوج آفة من بعده. وفي المدونة في كتاب الرجم عن مالك إن ظهر بالمرأة حمل قبل البناء وأنكره زوجها وصدقته بأنها زنت وأنه ما وطئها حدت ولا يلحقه الولد ولا لعان فيه. ابن القاسم: وهي زوجة إن شاء طلق وإن شاء أمسك. المتيطي فقول ابن القاسم: إن شاء طلق ولم يقل إن شاء رد يدل على أنه لا قيام له بالعيب إلا أن يقال: إنه لم يطلبه ابن عرفة: والأظهر أنه حادث بعد العقد أو محتمل الحدوث اهـ. أي: والقول للولي والزوجة في محتمل الحدوث أنه حادث وإلاَّ لو كان القول للزوج لقال إن شاء رد فتأمله منصفاً فقولها: إن شاء طلق يعني وعليه النصف كما تقدم عن ابن أبي زيد، وقولها: إن ظهر بها حمل يدل على أنه طرأ بعد العقد، وإلاَّ فالنكاح فاسد فليست زوجة حينئذ. وقولها: ولا يلحق به الولد يعني إذا أتت به لدون ستة أشهر من يوم العقد وإلاَّ فلا ينتفي عنه إلا بلعان ولو تصادقا على نفيه كما في (خ) وغيره لكنه يعكر عليه قوله: وهي زوجة لأنها إذا أتت به لدون ستة أشهر، فالنكاح فاسد وعليه فقوله: ولا لعان فيه إنما يتمشى على المردود عليه بلو في قول (خ) ولو تصادقا الخ. وأما إن اختلفا في حدوث الحمل وزوال عذرتها بوثبة ونحوها فادعت الحدوث وادعى هو القدم فيجري على ما يأتي في البيت بعده.

الرابع: ظاهر النظم أنه إذا اشترط البكارة واطلع بعد الدخول بها أنها ثيب بنكاح أن له الرد لأنه مغرور فلا يترك لها إلاَّ ربع دينار وهو ظاهر نقل ابن عرفة عن الباجي حيث قال: لو وجدها ثيباً من زوج فله الرد اهـ. وفي اختصار البرزلي: إذا تزوجها بكراً فوجدها ثيباً من رجلين فإن دخل بها مضى النكاح بصداق مثلها وإن كان قبل البناء خير في الإقامة ولزوم كل الصداق أو الفراق ولا شيء عليه فقد أمضاه مع الدخول بصداق المثل.

الخامس: قال ابن زرب: فإذا أقرت الجارية بعد دخول زوجها بها أن بها جنوناً أو أنها غير عذراء لم يقبل قولها لأنها أقرت بما يخرج بعض مالها، وكذا لو اشترط عذرتها وادعى أنه لم يجدها كذلك وصدقته لم يقبل قوله، وعليه جميع الصداق. كذا نقل البرزلي. وفي اختصار المتيطية ما نصه: قال ابن زرب في اختصاره الثمانية: فإن صدقته الزوجة وهي في ولاية أبيها لم يقبل قولها لأنها أقرت بما يخرج بعض مالها من يد أبيها. وقال ابن حبيب: يقبل قولها اهـ. ابن عرفة: وفي قبول تصديقها له وهي في ولاية أبيها قولا ابن حبيب. وابن زرب: لأن مالها بيد أبيها قال ابن عرفة: وإنما قال ابن حبيب بالتصديق لأنه أمر لا يعلم من غيرها ولها نظيره في إرخاء الستور اهـ. ورأيت في نوازل الزياتي أن من تزوج امرأة على أنها بكر أي وعرفهم أنها العذراء فوجدها ثيباً فسئلت عن ذلك فأقرت أنها زنت منذ خمسة أشهر فهل تصدق أم لا؟ فقال: المتبادر أنها تصدق إذ لا يعلم ذلك إلا من قبلها، وقد طال بحثي على النص في النازلة فما وفقت على شيء اهـ. قلت: ما استظهره جار على قول ابن حبيب لا على قول ابن زرب الذي هو المعتمد، إذ المحجور لا يقبل إقراره فيما يرجع لماله والقول حينئذ قول وليها أن ذلك حدث بعد العقد أو أن ذلك من فعل الزوج كما مرّ، وكما يأتي في البيت بعده. وفي البرزلي فيمن تزوج بكراً فقال: وجدتها ثيباً وأخبر في حينه بذلك فقال ابن أبي زيد: ينظرها النساء فإن قلن القطع جديد لم يقبل منه، وإن قلن قديم فإن زوَّجها أخوها أو أبوها فعليه صداقها ويرجع به عليها، وإن كان غيرهما فهي الغارة فيرجع عليها به إلا ربع دينار اهـ. قال البرزلي عقبه: لعل هذا إذا اشترط أنها بكر عذراء ويحتمل الإطلاق لما جرت العادة أن البكر هي العذراء على مذهب المتأخرين وعلى مذهب المتقدمين لا يضر ذلك وبه العمل اهـ من اختصاره.

السادس: من تزوج امرأة على أنها بكر فوجدها ثيباً فأقر أبوها أنها كانت تكنس البيت فنزل بها شيء أذهب عذرتها ورد للزوج الصداق فقال أشهب: يرجع الأب على الزوج بما دفعه إليه ولا شيء للزوج، وقال أصبغ: لا يرجع لأنه إن كان شرط عليه ذلك فله الرد كاشتراط البياض والجمال، وإن لم يشترطه فقد طاع الأب بالرد فلا رجوع له بالجهالة ولا يصدق، ويحمل على أنه أراد الستر على ابنته لأن ذلك يكون به الفرقة وترجع البنت على أبيها.1 قال بعض الموثقين: وهذا يدل على أن أشهب لا يرى له الرجوع بذلك العيب يعني لأنه الجاري على ما مر من أن اشتراط البكارة لا يوجب الرد بالثيوبة. ابن رشد: رد

الأب المهر للزوج إن كان على شرط الفراق لم يتبع به الزوج لأنه عوض، وتتبع البنت أباها لأنه أتلفه بغير حق وإن رده على بقائها في عصمته رجع به عليه لابنته إذ هبة الأب مال ولده الصغير لا تجوز على مذهب ابن القاسم، وإن رده على غير بيان الفرقة أو عدمها فحمله أشهب على غير الفرقة فأوجب له الرجوع على الزوج، وحمله أصبغ على الفرقة فأمضاه الزوج ويغرمه الأب لابنته، وهذا كله على عدم حمله أنها بكر على شرط العذرة، وأما إذا حمل عليه فرد الأب ماض ولا غرم عليه لابنته نقله ابن عرفة والمتيطية.
السابع: من حلف بطلاق زوجته أن بفلانة عيباً مما لا يطلع عليه الرجال وشهدت أربع نسوة بنفيه، فإنه لا يحنث قاله السوداني في باب الزنا عند قوله: فلا يسقط بشهادة أربع نسوة ببكارتها.

الثامن: قال المتيطي: ينبغي لأولياء المرأة تذهب عذرتها بغير نكاح أن يشيعوا ذلك ويشهدوا به ليرتفع عنها العار عند نكاحها. ابن عرفة: إنما يرتفع عارها إذا نزل بها ذلك وهي في سن من لا توطأ أو كانت سقطتها بمحضر جمع، وينبغي أن يثبت ذلك بشهادة ذلك الجمع ولو كان ذا سترة قاصرة عن التعديل أو نساء، وكيفية الشهادة بذلك أشهد فلان بن فلان شهيديه أنه كان مما قدر الله إن نزل بوليته فلانة التي في حجره أنها سقطت من كذا أو وثبت فسقطت عذرتها الخ. فإذا زوجها وليها لزمه إعلام الزوج بذلك فإن لم يعلمه جاء القولان في شرط البكارة اهـ. قلت: أصح القولين أن له الرد كما تقدم عن (خ). والله أعلم.
التاسع: لا عبرة بنظر القوابل إلى البنت بعد أيام من دخول الزوج وإن شهدن بأن القطع قديم فلا حجة للزوج في ذلك لأنه قد يكون الافتضاض في أول دخوله ويبرأ الجرح في الأيام بدمل لأن العادة أنه يبرأ بالقرب، وإنما يعتبر ذلك إذا نظرن إليها صبيحة ليلة دخوله وما قرب منها جداً بحيث لا يمر من الزمان ما يكون البرء فيه عادة قاله ابن لب في جواب له نقله الشارح. ويفهم منه أن الزوج إذا مكث معها نحو الثلاثة الأيام وادعى أنه لم يصبها إلا في الليلة الثالثة مثلاً فوجدها ثيباً وادعت هي أو وليها أنه أصابها في الليلة الأولى فالقول لها ولوليها. وشهادة القوابل بعدم القطع عن ذلك لا تنفع والله أعلم. بل لو اعترفت بأنها لا زالت عذراء واعترف هو بوطئها فوجدها ثيباً ونظر النساء إليها بعد يوم ونحوه من دخوله فوجدنها ثيباً لوجب عليه الغرم للصداق باعترافه لموجبه عليه ولا عبرة باعترافها ببقاء عذرتها. وانظر لو اعترف بالوطء وكذبته فيه وشهد النساء ببقاء عذرتها فهل يؤاخذ بإقراره لأنه كذب شهادة النساء إلا أن يرجع لقولها كما يدل له قول (خ) في فصل الصداق وإن أقرّ به فقط أخذ إن كانت سفيهة وهل إن أدام الإقرار لرشيدة كذلك أو إن كذبت نفسها؟ تأويلان الخ.

العاشر: ظاهر إطلاقات الأشياخ أن النساء ينظرن إلى نفس الفرج وهو الذي عليه عمل الناس اليوم فيما شاهدناه من غير نكير من القضاة وأهل العلم، والذي اقتصر عليه في المتيطية وابن فرحون في التبصرة: أن تجعل المرآة أمام فرجها وتفتح فخذيها وتجلس امرأتان من خلفها ينظران في المرآة وهي تفتحها بيدها فما نظرتا فيه شهدتا به.

والقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ قَبْلَ الابتِنَا
في قِدَمِ العَيْبِ الَّذِي تَبَيَّنَا
(والقولَ) مبتدأ (قول الزوج) خبر (قبل الابتناء) ظرف لمصدر دل عليه الخبر المذكور أي القول قول الزوج عند الاختلاف قبل الابتناء إذ لا يقال القول لفلان إلا عند الاختلاف (في قدم العيب) يتعلق بالخبر (الذي تبينا) نعت للعيب ومعموله محذوف أي الذي تبين قبل البناء.
وَالقَوْلُ بَعْدَ في الحُدُوثِ قَوْلَ الأبْ
والزَّوْجُ إذْ ذَاكَ بَيانُهُ وَجَبْ

(والقول) مبتدأ (بعد) ظرف للاختلاف المقدر أيضاً مبني على الضم لقطعه عن الإضافة لفظاً (في الحدوث) يتعلق بالخبر الذي هو (قول الأب والزوج) مبتدأ (إذ) ظرف زمان ماض يتعلق بوجب (ذاك) مبتدأ خبره محذوف تقديره كذلك، والجملة في محل جر بإضافة إذ لقوله: وألزموا إضافة إلى الجمل. حيث وإذ الخ. (بيانه) مبتدأ ثان وجملة (وجب) خبره، والجملة من المبتدأ والخبر خبر الأول، والمعنى أن الزوجين إذا اختلفا في قدم العيب وحدوثه فادعى تقدمه على العقد ليكون له الرد، وادعت الزوجة أو وليها حدوثه بعد العقد ليكون مصيبة نزلت به كما مرّ في قوله: وهو لزوج آفة من بعده. فإن كان ذلك الاختلاف قبل البناء فالقول قول الزوج في قدمه وعلى الزوجة إثبات كونه حادثاً، وإن كان اختلافهما بعد البناء فالقول قول الزوجة في حدوثه وعلى الزوج بيان قدمه. وما ذكّره الناظم هو ملخص ما لابن رشد في البيان مقيداً به إطلاق ابن القاسم حيث قال في سماع عيسى وأصبغ من زوج ابنته على أنها صحيحة فتجذمت بعد سنة أو نحوها. فقال الأب: تجذمت بعد النكاح. وقال الزوج: قبله فالأب مصدق وعلى الزوج البينة. ابن رشد: إنما يصدق إن تداعيا بعد البناء وقبله القول قول الزوج كما أن القول قول المبتاع في عيب عبد ظهر قبل قبضه يحتمل الحدوث والقدم اهـ. فأنت تراه في الرواية أطلق، وقيده ابن رشد بما ترى وتبعه على التفصيل المذكور ابن سلمون والناظم، والذي لابن فتحون أن القول للزوجة وأبيها مطلقاً كان النزاع قبل البناء أو بعده وهو ظاهر (خ) وابن شاس والمقرب.

قلت: وهو الموافق لنص ابن القاسم المتقدم فيمن ظهر بها حمل قبل البناء وأنه إن شاء أمسك وإن شاء طلق لكون الحمل حادثاً بعد العقد، أو محتمل الحدوث على ما استظهره ابن عرفة كما مرّ في التنبيه الثالث قبل هذين البيتين. وحاصله؛ أن ابن القاسم في سماع عيسى وأصبغ قال: إن القول للأب وعلى الزوج البينة وأطلق فظاهره كان نزاعهما قبل البناء أو بعده واعتمد إطلاقه غير ابن رشد ممن تقدم، وهذا الإطلاق هو الموافق لما مر قريباً عن المدونة في كتاب الرجم، ولذا أطلق (ح) وغيره ممن تقدم قال ابن رحال: وهو الصواب وتقييد ابن رشد وإن تبعه عليه غيره غير ظاهر وكم من تقييد أهمل، وقد أطلق ابن يونس كما أطلق ابن شاس اهـ باختصار.
تنبيهان. الأول: إذا كان القول للأب فبيمينه (خ) وحلفت هي أو أبوها إن كانت سفيهة الخ. ابن رشد: الأخ كالأب أي وأحرى الابن وغيرهم من الأولياء لا يمين

عليهم، بل عليها، وينبغي أن تكون يمين الولي على العلم انظر ابن عرفة و(ح).
الثاني: قال الشارح: انظر هل يريد بالبينة إقامة شهادة بأن العيب بها قديم أو حادث أو شهادة أهل المعرفة بأنه قديم أقدم من أمد العقد أو حادث بعد العقد أو محتمل كالشهادة في الرقيق والدواب اهـ. قلت: الجاري على ما مر في مسألة البكارة أن المراد شهادة أهل المعرفة بأنه أقدم من أمد العقد وأحرى إذا أقام بينة تشهد بالقطع بأنه كان بها قديماً، وربما يستروح هذا أيضاً من تشبيه. ابن رشد: المسألة بعيب عبد ظهر قبل قبضه الخ فتأمله والله أعلم.

كَذَا بَرَدَ ذِي انْتِسَابٍ أَلْفِيَا
لِغيَّةٍ أَوْ مُسْتَرَقًّا قُضِيَا

(كذا) تشبيه راجع لقوله قضى آخر البيت (برد ذي انتساب) يتعلق بقضى المذكور (ألفيا) بالبناء للمفعول بمعنى وجد وألفه للإطلاق ونائبه المفعول الأول ضمير يعود على ذي انتساب (لغية) بكسر لام الجر وفتح الغين وكسرها يتعلق بألفى في محل المفعول الثاني له يقال فلان لغية إذا كان لغير رشدة أي ابن زنا (أو مسترقاً) معطوف على محل لغية (قضيا) بالبناء للمفعول ونائبه ضمير يعود على الزوجة أي: قضى لها فحذفت لام الجر فاتصل الضمير واستتر والتقدير قضى للزوجة برد ذي انتساب ألفته منسوباً لغية أو مسترقاً كذلك أيضاً كما قضى لها برده بالعيب، فإذا تزوجته على أنه ذو نسب فوجدته ولد زنا أو تزوجته على أنه حر فوجدته رقيقاً أو ذا شائبة رق فلها رده إن شاءت، وظاهره أن مجرد الظن كاف وإن لم يكن هناك شرط فقوله: ذي انتساب أي اشتراطاً أو ظناً فإذا تزوجته ظانة أنه نسيب أو أنه حر، فإذا هو لغية أو رقيق فلها رده لأن العرف أن النسيبة لا تتزوج إلا النسيب، والحرة لا تتزوج إلا الحر والعرف كالشرط، فإن لم يكن عرف بذلك فلا رد إلا مع الشرط الصريح وعكس المسألتين كذلك وهو تزوجه إياها ظاناً أو مشترطاً أنها لرشدة فإذا هي لغية أو ظاناً أو مشترطاً أنها حرة فإذا هي أمة، ويفهم منه أنه إذا تزوجها يظنها حرة فإذا هو وهي رقيقان لا رد لها ولا له لأن كلاًّ منهما من مناكح الآخر. نعم لو تزوجها العبد أو تزوجته على شرط الحرية فتبين خلافه فلها وله الرد، وإن كان كل منهما من مناكح الآخر لأنه خلاف الشرط المدخول عليه، وانظر لو تزوجها أو تزوجته على أنها أو أنه لرشدة فإذا هما لغية هل يجري على حكم ما إذا كان العيب بهما معاً كما مر في أول الفصل أو إلى المسألة الأخيرة، وعكسها الشارح بقوله: وإلاَّ تزوج الحر الأمة والحرة العبد بخلاف العبد مع الأمة والمسلم مع النصرانية إلا أن يغرا أو إلى ما يتضمن الأولى أشار بقوله: وللعربية رد المولى المنتسب. الخ. فيستروح منه

أن الذي لغية يرد بالأحرى ولو لغير العربية، وفي المتيطية وللمرأة أن ترد الرجل إذا انتسب لها فوجدته لغية وكذلك إن كان عبداً الخ.
تنبيه: سكت الناظم عما يكون للزوجة في الرد قبل البناء أو بعده، وأشار له (خ) بقوله: ومع الرد قبل البناء فلا صداق وبعده فمع عيبه المسمى ومعها رجع بجميعه انظر تفصيله فيه.

فصل (في) ذكر أحكام (الإيلاء والظهار)
واختلف في معنى الإيلاء لغة فقيل: هو اليمين مطلقاً، ثم استعمل في اليمين على ترك الوطء، وقيل: هو الامتناع قال تعالى: ولا يأتل أولو الفضل منكم} (النور:22) وشرعاً قال ابن عرفة: حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه اهـ. فقوله على ترك وطء زوجته الخ أخرج به ما إذا حلف على غير ترك الوطء أو على ترك وطء غير الزوجة من أجنبية أو أمة. وفي المعيار: لا يلزم الإيلاء في الأجنبية، ويلزمه الظهار فيها. وانظره مع قول القرافي في ذخيرته إذا قال لأجنبية: والله لا أطؤك وأنت علي كظهري أمي فتزوجها لزمه الإيلاء لأنها يمين لا يشترط فيها ملك المحلوف عليه دون الظهار لأن من شرطه الزوجية إلا أن يريد إن تزوجتك فيلزماه معاً اهـ بلفظه.
وقوله: يوجب خيارها أخرج به الحلف عل ترك الوطء الذي لا يوجب لها خياراً كحلفه على تركه أربعة أشهر فدون أو كون الزوج لا يتصور منه الوطء كالعنين والمجبوب أو كون الزوجة مرضعة أو صغيرة لا يوطأ مثلها ونحو ذلك، فحلف الزوج المجبوب أو ذو الزوجة المرضعة والصغيرة على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر لا يوجب للزوجة خياراً لكونه لم يقصد بذلك ضرراً إلا أنه اعترض قوله: يوجب خيارها بأنه من إدخال الحكم في الحد اهـ. وهو مردود لأنه يفضي للدور. وقد يجاب بما أجابوا به عن ابن مالك في قوله: الحال وصف فضلة منتصب الخ. ولهم في ذلك أجوبة منها أن الممنوع هو الحكم قبل تصور المحدود بشيء ما من أجزائه، وهذا ليس كذلك وعرفه (خ) بقوله الإيلاء يمين زوج مسلم مكلف يتصور وقاعه وأن

مريضاً يمنع وطء زوجته وإن تعليقاً غير المرضع وإن رجعية أكثر من أربعة أشهر أو شهرين للعبد ولا ينتقل للعتق بعده، كوالله لا أراجعك أو لا أطؤك.
وَمَنْ لِوَطءٍ بِيَمِينٍ مَنَعَه
لِزَوْجَةٍفَوْقَ شُهُورٍ أَرْبَعَهْ
(ومن) اسم شرط أو اسم موصول مبتدأ واقع على الزوج المكلف الذي يتصور وقاعه (لوطء) اللام زائدة لا تتعلق بشيء كما مر، وهو في محل نصب يمنعه من باب الاشتغال (بيمين) يتعلق بقوله: (منعه) والجملة صلة الموصول أو فعل الشرط الضمير الفاعل بمنعه (لزوجة) يتعلق بمنعه أيضاً وهو على حذف الصفة أي غير مرضعة ولا صغيرة لا يوطأ مثلها (فوق شهور) ظرف يتعلق به أيضاً (أربعه) صفة للشهور.
فَذالِكَ المُولِي وَتأجِيلٌ وَجَبْ
لهُ إلى فَيْئَتِهِ لِمَا اجْتَنَبْ

(فذلك) مبتدأ (المولى) خبره، والجملة من هذا المبتدأ والخبر جواب من على أنها شرطية أو خبرها على أنها موصولة ودخلت الفاء في خبر الموصول لشبهه بالشرط في العموم والإبهام (وتأجيل) مبتدأ سوغه عطف هذه الجملة على التي قبلها (وجب) خبره (له إلى فيئته) يتعلقان به (لما) يتعلق بفيئة (اجتنب) صلة ما، والتقدير: والزوج الذي منع لزوجته وطأ بيمين منعه فوق شهور أربعة للحر وشهرين للعبد فذا الحالف هو المولى، والحكم أنه يجب أن يؤجل أجل

الإيلاء الآني إلى فيئته أي عوده للوطء الذي اجتنبه بيمينه المذكورة. والفيئة بفتح الفاء وكسرها قال (خ): هي تغييب الحشفة في القبل وافتضاض البكر، فإذا فاء داخل الأجل انحل عنه الإيلاء وكفر عن يمينه إن كانت مما تكفر، وإذا انقضى أجل الإيلاء الآني وهو أربعة أشهر من يوم الحلف أو الرفع في الحنث أو لم يفىء أوقفه القاضي فإما فاء وإلا طلق عليه. قال في المتيطية: وإذا آلى حر من امرأته أربعة أشهر فدون أو عبد شهرين فدون فلا حكم له فإن زاد إيلاء الحر أو العبد على ما ذكرناه أو كانت يمينه مطلقة في الزمان وقامت الزوجة بحقها في الوطء ضرب له أجل الإيلاء من يوم اليمين فإذا انقضى قيل له: إما أن تفيء وإلا طلقت عليك اهـ بلفظ الاختصار. وما نقله الشارح هو لفظ النهاية كما وقفت عليه فيها، ثم إن الناظم أطلق في الزوجة فيشمل المدخول بها وغيرها حرة كانت أو أمة أو كتابية كما أطلق في اليمين فشمل اليمين بالله وغيرها من نذر صلاة أو صيام أو هدي أو حج أو عتق أو بطلاقها أو بطلاق امرأة أخرى.
وقوله: وتأجيل وجب الخ هذا التأجيل هو الآتي في قوله: وأجل المولى شهور أربعة الخ. وبالجملة فلا ينعقد إيلاؤه إلا إذا حلف على تركه أكثر من أربعة أشهر وشهرين للعبد أو كانت يمينه مبهمة أي مطلقة أو في معنى المطلقة كقوله: والله لا أطؤك حتى يقدم زيد أو حتى تأتيني أو حتى أموت أو حتى تسأليني وإذا انعقد وجب تأجيله أربعة أشهر للحر

ونصفها للعبد وإلى مبدأ التأجيل أشار بقوله:
وَأَجَلُ الإيلاءِ مِنْ يَوْمِ الحَلِفْ
وحانِثٌ مِنْ يَوْمِ رَفْعِهِ ائْتُنِفْ
(وأجل الإيلاء) مبتدأ (من يوم الحلف) خبره. ومعناه أن أجل الإيلاء الآتي في قوله: وأجل المولى شهور أربعة. مبدوء من يوم الحلف. وهذا إذا كانت يمينه على بر بدليل ما بعده فيشمل والله لا أطؤك وأطلق، فإن الإطلاق يعم سائر الأزمان فهو على إطلاقه فلا يخص بوقت دون وقت إلا بدليل، وأحرى لو قال: والله لا أطؤك أبداً أو خمسة أشهر بل ظاهره ولو كانت محتملة لأقل من أربعة أشهر كوالله لا أطؤك حتى يقدم زيد أو يموت أو حتى تسأليني أو تأتيني ونحو ذلك كما هو نص المدونة خلافاً لما في (خ) من أن الأجل في المحتملة من يوم الرفع والحكم حيث قال: والأجل من اليمين إن كانت يمينه صريحة في ترك الوطء لا إن احتملت مدة يمينه أقل أو حلف على حنث فمن الرفع والحكم الخ.

والحاصل أنه مهما دلت يمينه على ترك الوطء صراحة أو التزاماً كوالله لا ألتقي معها أو لا أغتسل من جنابة فالأجل من يوم اليمين كانت اليمين صريحة في كون المدة أكثر من أربعة أشهر حقيقة، ومنها لا وطئتك حتى يقدم فلان، وقد علم أنه لا يقدم إلا بعدها أو حكماً كلا وطئتك حتى أموت أو تموتي أو كانت غير صريحة في المدة المذكورة بل تحتمل كوالله لا وطئتك حتى يدخل زيد الدار أو حتى يموت عمرو، لاحتمال دخوله الدار أو موت عمر وأثر اليمين قبل مضي المدة إلا أنه في غير المحتملة بقسميها يحكم بإيلائه من الآن، وفي المحتملة بصورتيها لا يحكم بأنه مول حتى تنقضي الأربعة أشهر ولم يطأ ولم

يقع المحلوف عليه، فهناك يحكم بأنه مول ولا يضرب له أجل آخر بل أجله قد انقضى خلافاً لما يقتضيه (خ) من أنه في المحتملة يستأنف له الأجل من يوم الرفع فمصب الصراحة عنده المدة المقدرة أي: والأجل في اليمين بشرطين أن تكون يمينه على ترك الوطء صراحة أو التزاماً، وأن تكون صريحة في المدة المذكورة وهي أكثر من أربعة أشهر للحر أو شهرين للعبد، فالصراحة منصبة على هذا الشرط الثاني المقدر بدليل قوله: لا إن احتملت مدة يمينه أقل الخ. قاله طفي وغيره.

(وحانث) مبتدأ على حذف مضاف أي: وأجل حانث (من يوم رفعه) يتعلق بقوله (ائتنف) بالبناء للمفعول والجملة خبر المبتدأ، والمعنى أن الحالف على ترك الوطء تصريحاً أو التزاماً أجله من يوم الحلف سواء كانت يمينه صريحة في كون المدة أكثر من أربعة أشهر أو محتملة أقل كما مرّ، وإن حلف على غير ترك الوطء كقوله: إن لم أدخل الدار أو إن لم أكلم فلاناً مثلاً فأنت طالق أو عليه الطلاق ليضربن زيداً فالأجل في ذلك من يوم الرفع كما أشار له (خ) في الطلاق بقوله: وإن نفى ولم يؤجل كان لم أقدم منع منها أي ويدخل عليها الإيلاء فقول الناظم: وحانث الخ وقول (خ) وعلى حنث أي وقد حلف على غير ترك الوطء كما في طفي.

وَيَقَعُ الطَّلاقُ حَيْثُ لا يَفِي ٍ
إلاّ عَلَى ذي العُذْرِ في التَّخَلُّفِ

(ويقع الطلاق) فعل وفاعل (حيث) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه المحذوف للدلالة عليه وفاعل (لا يفي) ضمير يعود على المولى والجملة في محل جر بإضافة حيث (إلا) استثناء مفرغ (على ذي العذر) يتعلق بيقع (في التخلف) بدل من العذر وفي سببية وهو من باب القلب أي: ويقع الطلاق على كل مول إن لم يف بعد أجله الآتي إلا على المولى ذي التخلف بسبب العذر من مرض أو غيبة أو سجن أو حيض أو إحرام، ففي الحيض والإحرام يؤخر لزوالهما إن وعد بها أو يكفر أو يعجل الحنث كما في طفي و(خ) وفيئة المريض والمحبوس بما ينحل به إيلاؤهما وبعث للغائب إن بشهرين فقوله: ويقع الطلاق أي إذا انقضى الأجل فيقال له: إما أن تفيء وإلا طلقت عليك كما مرّ عن المتيطية، فإن قال: لا أفيء طلق الحاكم عليه بلا تلوم طلقة يملك بها رجعتها إن فاء في العدة وإن وعد بالفيئة تلوم له واختبر مرة بعد مرة في مدة التلوم، فإن ادعى الوطء فيها صدق بيمين في الثيب وينظر النساء للبكر على ما به العمل فإن مضت مدة التلوم ولم يفىء أمر بالطلاق، فإن لم يفعل طلق الحاكم عليه، ومثل الحاكم من يقوم مقامه من صلحاء البله عند فقده. والفيئة اصطلاحاً هي تغييب الحشفة في القبل في الثيب وافتضاض البكر. وفي القاموس فاء المولى من امرأته كفر عن يمينه ورجع إليها. وفي ذخيرة القرافي الفيئة الرجوع ومنه الفيء بعد الزوال للظل أي: رجع بعد ذهابه فقوله: حيث لا يفىء الخ لا مانع من حمل الفيئة في كلامه على معناه اللغوي، بل هو الواجب ليعم التغييب المذكور أو تعجيل الحنث كعتق المحلوف بعتقه أو تكفير ما يكفر أو يدخل الدار ونحو ذلك (خ) وانحل الإيلاء بزوال ملك من حلف بعتقه وبتعجيل الحنث وبتكفير ما يكفر إلى أن قال وطلق عليه إن قال: لا أطأ بلا تلوم وإلا اختبر مرة بعد مرة الخ. إلا أنه إذا انحل إيلاؤه بتعجيل الحنث ونحوه

واستمر على ترك الوطء فيطلق عليه حينئذ للضرورة كما يأتي في قوله: واشترك التارك للوطء معه.

وَعَادِمٌ لِلْوَطْءِ لِلنِّساءِ
لَيْسَ لَهُ كالشَّيْخِ مِنْ إيلاءِ

(وعادم) مبتدأ سوغه عمله في قوله (للوطء) وقوله (للنساء) يتعلق بالوطء (ليس) فعل ناقص (له) خبر مقدم، واللام بمعنى «على» (كالشيخ) خبر لمبتدأ محذوف والجملة معترضة بين ليس واسمها (من إيلاء) اسم ليس جر بمن الزائدة، والتقدير: وعادم لوطء النساء ليس عليه إيلاء وذلك كالشيخ الفاني والمجبوب والعنين والمعترض والخصي أو كانت الزوجة لا تطيق الوطء لصغرها، وهذا كله مما يدخل تحت الكاف، ومفهوم من قول (خ) يتصور وقاعه، وكذا إن كانت الزوجة مرضعاً، وزعم أن إيلائه كان لإصلاح الولد.g وقال أصبغ: ينعقد إيلاؤه. اللخمي: وهو أقيس لأن لها حقاً في الوطء ولا حق للولد في تركه لقول النبي {صلى الله عليه وسلم}: «إنه لا يضر». قاله في المتيطية وشمل قوله: وعادم الخ. ما إذا كان عادماً له وقت الإيلاء أو عند الأجل فيدخل في كلامه ما إذا آلى وهو صحيح ثم جب أو خصي أو اعترض في أثناء الأجل فإنه لا يطالب بالفيئة.

وأَجَلُ الْمُولي شَهُورٌ أَرْبَعَهْ
وَاشْتَرَكَ التَّارِكُ لِلْوَطْءِ مَعَهْ

(وأجل المولي) مبتدأ خبره (شهور أربعه) لقوله تعالى: للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر} إلى قوله: سميع عليم} (البقرة:226) وهذا للحر، وأما العبد فسيأتي أنه يؤجل نصف ذلك فإذا انقضى الأجل أوقفه القاضي حينئذ ولا يزاد على الأجل فإن قال: أنا أفيء اختبره الحاكم المرة بعد المرة كما مر، ويكون ذلك قريباً بعضه من بعض وإن قال لا أفيء طلقت مكانها إن لم ترض بالمقام معه فإن رضيت بالمقام فلها القيام بعد وتطليق نفسها من غير استئناف أجل، وكذلك امرأة المعترض لها القيام بعد الرضا ولا يستأنف له أجل بخلاف المعسر بالنفقة إذا أسقطت حقها، ثم قامت فلا تطلق إلا بعد أجل ثان. (واشترك التارك) فعل وفاعل (للوطء) يتعلق بالتارك (معه) يتعلق باشترك وضميره للحالف على ترك الوطء.

في ذاكَ حَيْث التَّرْكُ قَصْداً لِلضَّرَرْ
مِنْ بَعْدِ زَجْرِ حَاكِمٍ وما ازْدَجَرْ

(في ذاك) يتعلق باشترك أيضاً. والإشارة للتأجيل المذكور (حيث) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه المحذوف للدلالة عليه (الترك) مبتدأ خبره محذوف أي حيث الترك موجود حال كونه (قصداً) أي مقصوداً أي بلا عذر (للضرر) يتعلق بمقدر أي فيطلق عليه للضرر بالزوجة (من بعد زجر حاكم) يتعلق بذلك المقدر أيضاً (وما ازدجر) حال وما نافية.

بَعْدَ تَلَوُّمٍ وفي الظِّهارِ
لِمَنْ أبى التَّكْفِيرَ ذاكَ جَاري

(بعد تلوم) يتعلق بالمقدر أيضاً، ويحتمل أنه معطوف على بعد الأول بحذف العاطف وهو أظهر، والمعنى أن التارك للوطء بغير يمين يشترك مع المولى في التأجيل بأربعة أشهر حيث الترك موجود قصداً ويطلق عليه بعدها للضرر من بعد أن يزجره الحاكم ولم ينزجر ومن بعد تلوم، والبعدية ظرف متسع فتصدق بالزجر قبل التأجيل وبعده وبالتلوم قبله وبعده أيضاً، ويحتمل أن يكون قوله بعد تلوم منقطعاً عما قبله مقابلاً له على حذف القول أي: وقيل يطلق عليه بعد تلوم بالاجتهاد بلا تحديد أجل فيستفاد من كلامه قولان. أحدهما: أن التارك للوطء بلا يمين ولا عذر يلحقه بالمولى في أجله المذكور. والثاني: أنه لا يلحق به بل يتلوم له الحاكم بقدر أجل الإيلاء أو أقل أو أكثر، والقول الأول هو قول مالك ودرج عليه ابن الحاجب، والثاني هو مذهبه في المدونة وهو المشهور وعليه درج (خ) بقوله: واجتهد وطلق في لأعزلن أو لا أبيتن أو ترك الوطء ضرراً وإن غائباً الخ. وقال ابن سلمون: فإن ترك الوطء مضاراً من غير حلف أمر بوطئها مرة بعد مرة فإن تمادى على ذلك فرق بينهما بعد التلوم، وقيل بعد أجل الإيلاء اهـ. فاعتمد الناظم القول الأول في كلامه تبعاً لابن الحاجب،

وقوله: قصداً أي بلا عذر كما مر، ولا يحترز به عما إذا لم يقصد بالترك الضرر كما هو المتبادر منه لأنه يطلق عليه بالترك سواء قصد به الضرر بها أم لا كما في المدونة وغيرها. ولذا جعلنا قوله للضرر يتعلق بمقدر لا بقوله قصداً، وأيضاً فإن ترك الوطء مع القدرة عليه تتضرر به الزوجة قصد به ضررها أم لا. وهي مصدقة في تضررها بترك وطئه كان حاضراً أو غائباً بلغته الكتابة أم لم تبلغه على ما يأتي كما تصدق أنها خشيت الزنا بترك وطئه إذ كل ذلك لا يعلم إلا منها، وقد علمت أن هذا الحكم جار في الحاضر والغائب.

وحاصله؛ أن امرأة الغائب المعلوم الموضع إذا دامت نفقتها من مال الغائب أو من متطوع عليه وقامت بحقها في الوطء فقط لا تجاب لدعواها إلا إن طالت غيبته كسنة على ظاهر المدونة أو أكثر من ثلاث سنين على ما للغرياني وابن عرفة، وحينئذ يكتب له الحاكم إن كان ممن تبلغه الكتابة إما أقدم أو رحل زوجتك إليك أو طلق كما كتب عمر بن عبد العزيز بذلك إلى قوم غابوا بخراسان فإن لم يفعل طلق عليه بعد التلوم له بالاجتهاد، ولا يطلق على غائب قبل الكتب إليه إلا إذا كان بحيث لا تبلغه الكتابة لانقطاع الطرق أو كانت تبلغه، ولكن لا يتمكن من معرفة الخط ولا نقل الشهادة، ففي الذخيرة إذا لم تتأت معرفة الخط فلها التطليق وقريب منه في الإيلاء من التوضيح أي: وهو محمول على أنه ترك القدوم لزوجته اختياراً كما للقرافي عن اللخمي، فجواب المازري المنقول في الكراس الثاني من أنكحة المعيار وقبل النفقات من البرزلي برد الحكم بطلاق زوجة الغائب الذي لم يبحث الحاكم عما يكون قد عرض له من مرض أو اعتقال ونحوهما مقابل لحمله على الاختيار المذكور.

وحاصله؛ أن الحاكم حكم بطلاق امرأة وعلل حكمه بأمور منها أنه قد ثبت عنده أن الزوج الغائب بالأندلس غير ممنوع من دخول بلد الزوجة التي هي بقفصة وأن زوجته محتاجة إليه وأن عليها المضرة في بقائها بلا زوج وأنها راغبة في

طلاق زوجها الرغبة الشديدة كما علله أيضاً بأنه رأى أن الإعذار لمن بالأندلس يتعذر لبعد المكان وانقطاع الطرق وقلة من يعرف خطه وينقل عنه شهادته، فسئل المازري عن ذلك؟ فأجاب بنقض الحكم المذكور لعدم بحثه عما يكون قد عرض للزوج من الموانع، وبأن قول الشهود أنها محتاجة إليه وعليها ضرر في بقائها الخ. هو كناية على الحاجة إلى الوطء، ولكن من شرط التتميم للشهادة أن يقولوا شكت إلينا الضرر بذلك فعلمنا قصدها، وأما قولهم عليها مضرة وهي لم تشكها فغير نافع وبأن الإنسان قد يرغب في الشيء ولا يطلبه حياء منه أو علو همته عنه فقصارى ما في الشهادة بهذا الفصل إثبات الرغبة دون طلب بإيقاع ما رغبت فيه، ولم يذكروا أنها وإن طلبت الفراق لأي علة طلبته والأحكام إنما تورد بالنصوص لا بالحدس والتخمين اهـ باختصار وفيه طول.

قلت: وسكت رحمه الله عما علل به ثانياً من أنه رأى أن الإعذار لمن بالأندلس يتعذر الخ. ولعله إنما سكت عنه لأن الحاكم لم يثبت عنده بطريق الشهادة التعذر المذكور من انقطاع الطريق وقلة من يعرف الخط الخ. وإنما رآه من قبل نفسه وهو لا يعتبر ولو ثبت ذلك لصح الحكم بالطلاق كما مرّ، ولأن ثبوت كونه غير ممنوع من دخول فقصه مناقض لما رآه من انقطاع الطريق كما هو واضح، وإنما اعتنيت بتخليصه لما فيه من الفائدة ولعدم فهم كثير من الناس كلامه، وما في (ز) عند قول (خ) المتقدم من التوفيق بين نقلي المعيار والبرزلي عن المازري غير سديد إذ كل منهما نقل كلامه باللفظ الذي نقله به الآخر كما أشرنا إليه والله أعلم. وهذا في المعلوم الموضع كما هو الموضوع، وأما مجهوله فهو المفقود وسيأتي حكمه في فصله إن شاء الله.

تنبيه: مقتضى ما مر من أنها لا تجاب لدعواها حتى تطول السنة أو أكثر من ثلاث سنين على ما مر أن الطول المذكور ليس من أمد التلوم بل يكتب إليه بعده ويتلوم له بالاجتهاد كما قررنا وهو ظاهر ما للبرزلي، وبه قرر المتن شراحه والذي لابن رشد عن ابن القاسم أنه يؤجل في مدة التلوم السنة والسنتين نقله أبو الحسن ونحوه في ضيح فانظر.

(وفي الظهار) يتعلق بالتكفير (لمن) يتعلق بجار آخر البيت (أبى) صلة والرابط ضمير الفاعل العائد على من (التكفير) مفعول به (ذاك) مبتدأ والإشارة للتأجيل بأربعة أشهر (جار) خبره، والتقدير ذاك التأجيل بأربعة أشهر جار فيمن أبى أي امتنع من التكفير في الظهار وهو قول الرجل لزوجته أو أمته أنت علي كظهر أمي أو إن لم أدخل الدار مثلاً فأنت علي كظهر أمي وامتنع من دخولها فإنه يضرب له أجل الإيلاء حيث رفعته زوجته (خ) الظهار تشبيه المسلم المكلف من تحل أو جزئها بظهر محرم أو جزئه الخ. وقال ابن عرفة: الظهار تشبيه الزوج زوجته أو ذي أمة حل وطؤه إياها بمحرم منه أو بظهر أجنبية في تمتعه بهما والجزء كالكل والمعلق كالحاصل الخ. فقوله في تمتعه الخ. هو وجه الشبه وباقيه واضح.

ولما وقع خلاف في مبدأ أجله هل هو من يوم الظهار أو من يوم الرفع أو من تبين الضرر أشار إلى المشهور من ذلك فقال:

وأَجَلُ المُظاهِرِ المَأْثُورُ

مِنْ يَوْمِ رَفْعِهِ هُوَ الْمَشْهُورُ (وأجل المظاهر) مبتدأ ومضاف إليه (المأثور) بالرفع نعت لأجل (من يوم رفعه) خبر عن المبتدأ المذكور (هو المشهور) مبتدأ

وخبر فيؤجل من يوم الرفع أربعة أشهر للحر وشهرين للعبد وقيل أجله من يوم اليمين كالحالف على ترك الوطء، وقيل من تبين الضرر (خ) وهل المظاهر إن قدر على التكفير وامتنع كالأول فالأجل من اليمين وعليه اختصرت أو كالثاني وهو الأرجح أو من تبين الضرر وعليه تؤولت أقوال.

مِنْ بَعْدِ أَنْ يُؤْمَرَ بالتَّكْفِيرِ
وَهْيَ عَلَى التَّرْتِيبِ لا التَّخْيِيرِ

(من بعد) يتعلق بالاستقرار المقدر في الخبر قبله (أن يؤمر) في تأويل مصدر مضاف إليه (بالتكفير) يتعلق بقوله يؤمر والمعنى أن المظاهر المذكور إنما يؤجل من يوم الرفع بعد أن يؤمر بالتكفير فيمتنع (وهي) مبتدأ عائد على كفارة الظهار (على الترتيب) يتعلق بالاستقرار خبر (لا) عاطفة (التخيير) معطوف على الترتيب فكفارته عتق رقبة مؤمنة سليمة من قطع أصبع وعمى وشلل وبكم وجنون بلا شوب عوض الخ. فإن عجز عنها فصيام شهرين متتابعين فإن عجز عن الصيام فإطعام ستين مسكيناً فلا ينتقل لمرتبة الأبعد العجز عن التي قبلها لقوله تعالى: والذين يظاهرون من نسائهم} إلى قوله: فإطعام ستين مسكيناً} (المجادلة:4).

كَذَاكَ أَيْضاً مَا لَهُ ظِهارُ
مَنْ لأَعْلَى الْوَطْءِ لَهُ اقْتِدَارُ

(كذاك أيضاً ما له ظهار، من لأعلى الوطء له اقتدار) كالشيخ الفاني والمجبوب ونحوهما ممن تقدم أنه لا يصح إيلاؤه فمن مبتدأ موصول ولا نافية عاملة عمل ليس واقتدار اسمها وله خبرها وعلى الوطء يتعلق بالاستقرار في خبرها، والجملة بتمامها صلة الموصول،

وقوله: أيضاً مصدر آض إذا رجع وهو مع قوله كذاك منصوبان على الحال من ضمير الاستقرار في خبر ظهار وما نافية وظهار مبتدأ خبره في المجرور قبله، والتقدير: الزوج الذي لا اقتدار كائن له على الوطء فالظهار كائن عليه أيضاً كذاك والإشارة في قوله: كذاك راجعة للمولى الذي لا قدرة له، ويحتمل أن تكون من الموصولة بدلاً من الضمير المجرور باللام قبلها والتقدير ما ظهار كائن لمن لا اقتدار له على الوطء كذلك أيضاً، وهذا أقرب والله أعلم.

وَإِنْ يَكُنْ مُظَاهِرٌ أَوْ مُولِي
عَبْداً يُؤَجَّلُ نِصْفَ ذَا التَّأْجِيلِ

(وإن يكن) شرط (مظاهر) اسم يكن (أو مولي) معطوف عليه (عبداً) خبر يكن (يؤجل) بسكون اللام مبنياً للمفعول ونائبه ضمير العبد (نصف) منصوب بإسقاط الخافض أي بنصف (ذا) مضاف إليه (التأجيل) نعت لذا أو بدل، ونصفه هو شهران كما مر، وظاهره أن العبد يؤجل نصف التأجيل المذكور سواء كانت زوجته حرة أو أمة وهو كذلك كما أن الحر يؤجل أربعة أشهر ولو كانت زوجته أمة.

ثُمَّ الطَّلاقُ في انْقِضَاءِ الأَجَلِ
بَعْدَ تَقَضِّي المُوجِبَاتِ الأَوَّلِ

(ثم) للترتيب الإخباري (الطلاق) مبتدأ (في انقضاء) خبره وفي بمعنى عند

(الأجل) مضاف إليه (بعد) يتعلق بالاستقرار في الخبر المذكور (تقضي الموجبات) مجروران بالإضافة إليهما (الأول) بضم الهمزة وفتح الواو المخففة نعت للموجبات أي ثم أخبرك إن الطلاق يوقعه الحاكم عند الأجل المذكور وهو شهران، لكن بعد وجوب الموجبات من ثبوت الزوجية والظهار والامتناع من التكفير والإيلاء والامتناع من الفيئة، وهذا في العبد وأما الحر فقد تقدم ذكره في قوله: ويقع الطلاق حيث لا يفي الخ. فلا تكرار.
ولما كان هذا الطلاق رجعياً لقولهم كل طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة نبه الناظم على ذلك فقال:

وَيَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فيما أَصْدَرَا
مَنْ فَاءَ في العِدَّةِ أَوْ مَنْ كَفَّرَا

(ويملك الرجعة) مفعول به (فيما) يتعلق بالفعل أو بالمصدر وما واقعة على الطلاق (أصدرا) بالبناء للفاعل أو المفعول صلة وألفه للإطلاق والعائد محذوف في المبني للفاعل أي في الطلاق الذي أصدره الحاكم والنائب في المبني للمفعول ضمير يعود على ما هو الرابط (من) واقعة على الزوج فاعل يملك (فاء) صلته (في العدة) يتعلق به (أو من) معطوف على من الأول (كفرا) صلته والعائد فاعله المستتر، والمعنى أن طلاق الحاكم الذي أوقعه على من لحقه الإيلاء رجعي فيملك الزوج رجعتها حيث فاء في العدة أي رجع عما كان عليه من الامتناع كانت يمينه على بر كحلفه لا أطؤها وطلقت بعد الأجل فارتجعها ووطئها في العدة إذ لا يحل له وطؤها إلا بعد الارتجاع لأنها مطلقة وكذا إن لم يطأ ولكن كفر عن يمينه بعد الارتجاع أو قبله في العدة، وكذا لو ظاهر منها وطلقت بعد الأجل فارتجعها ووطئها في العدة أو كفر قبل الارتجاع أو بعده فيها أيضاً أو كانت يمينه على حنث كحلفه بطلاقها ليدخلن الدار ولحقه الإيلاء وطلقت عليه فدخل الدار وارتجعها في العدة أو ارتجعها، ثم دخل الدار فيها أيضاً وطلقت فقوله: كفر أي في العدة فهو محذوف من الأواخر لدلالة الأوائل،
وقوله: فاء أي بالوطء أو بتعجيل الحنث كما في الأمثلة إلا أن الوطء لا يكون إلا بعد الرجعة لأنها مطلقة وهي لا يصح الاستمتاع بها إلا بعد الارتجاع، فإن كفر قبل الارتجاع أو بعده في العدة أو عجل الحنث وارتجع فيه أيضاً، لكن استمر على الامتناع من الوطء فيهما فيطلق عليه ثانياً لا للإيلاء لأنه قد انحل بل للضرر كما مر في قوله: واشترك التارك للوطء معه الخ، وفهم من قوله فاء في العدة الخ، أنه إذا ارتجع بدون فيئة بوطء ولا تكفير ولا تعجيل حنث في العدة لا تصح رجعته وهو كذلك (خ): وتتم رجعته إن انحل وإلا ألغيت ثم إن طلاق المولى إنما يكون رجعياً في المدخول بها لا في غيرها فهو بائن كما في ابن الحاجب وغيره.

فصل في اللعان

ومعناه لغة البعد لعنه الله أبعده، واصطلاحاً قال ابن عرفة: اللعان حلف الزوج على زنا زوجته أو نفيه حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض، فاحترز بقوله اللازم له مما لو أتت به لأقل من ستة أشهر

من يوم العقد أو كان خصياً فإنه ينتفي عنه بغير لعان،
وقوله: إن أوجب نكولها حدها مما لو ثبت غصبها فلا لعان عليها واللعان عليه وحده، وبقوله بحكم قاض مما لو تلاعنا بدون حكم فليس بلعان شرعاً ولا ينبني عليه حكم، وكذا يحترز به عما لو سكت عند الوضع، ثم أراد أن ينفيه ويلاعن فيه لأن القاضي لا يحكم باللعان في هذه الصورة لأن سكوته دليل على كذبه.
وقوله حلف الزوج وحلفها الخ يصدق بما إذا حلف هو يميناً واحدة وحلفت هي كذلك، لكن قوله: بحكم قاض يخرج ذلك لأنه لا يحكم به إلا على الوجه المشروع. ابن عرفة: ولا نص في حكمه. ابن عات: لاعن ابن الهندي زوجته بحكم صاحب الشرطة وكانت ملاعنتهما في المسجد الجامع بقرطبة سنة ثمان وثمانين وثلثمائة فلما عوتب قال: أردت إحياء سنة دثرت قال: وكان ابن الهندي تلميذ الفقيه أبي إبراهيم إسحاق بن إبراهيم عنه أخذ ومعه تفقه، وكان مقدماً أيضاً عند القاضي محمد بن السليم بن عرفة. إن كان اللعان لنفي الحمل فهو واجب لئلا يلحق بنسبه ما ليس منه فتجري عليه جميع أحكام الأنساب وإلاَّ فالأولى تركه بترك سببه لأنه من الأمور التي نص الشارع بالستر عليها لقوله عليه السلام: «من أصاب شيئاً من هذه القاذورات فليسترها بستر الله» ويستحب له طلاقها إن لم تتبعها نفسه، فإن وقع سببه صدقاً وجب لوجوب دفع معرة الحد والقذف الخ. وفي المعيار عن سراج ابن العربي أن شهادة الرجل على زوجته برؤية الزنا مكروهة إذ لا تفيد أكثر من الفراق والفراق مع الستر أفضل، وأما شهادته على نفي الحمل فواجب لئلا يلحق بنسبه ما ليس منه. وقول ابن الهندي: إحياء سنة دثرت الخ. قال الشيخ (م) مراده إحياء أمر أذنت فيه السنة

وأباحته لا أنه مطلوب الفعل فهو كقولهم طلاق السنة. وقال البرزلي: مراده صفة اللعان أي إحياء صفته، وقد أغنى الله تعالى عنه بما ذكر من صفته في القرآن. والستر أولى وإنما تستر بهذا الكلام حين عوتب قال: وقد وقع في زمن الأمير أبي يحيى رحمه الله تعالى، وتلاعنا بجامع الزيتونة، وقد وقع بعد ذلك مرة أخرى ولا غرابة في وقوع سببه في هذا الزمان لكثرة المفاسد نعوذ بالله من الفتن ما ظهر منها وما بطن اهـ.
قلت: وقد وقع أيضاً مراراً بعد الأربعين والمائتين والألف بجامع القرويين من فاس صانها الله، وإذا علمت ما مر من وجوبه فما في لامية الزقاق ونظم العمل من أن العمل جرى بترك اللعان مطلقاً من فاسق وغيره لا يعول عليه لأنه خلاف الكتاب والسنة ولا أبعد من جريان العمل بمحرم الذي هو ترك الواجب، ولذا اعترض سيدي أحمد بن عبد العزيز الهلالي العمل المذكور.
وَإِنَّمَا لِلزَّوْجِ أَنْ يَلْتَعِنَا
بِنَفْي حَمْلٍ أَوْ بِرُؤْيَةِ الزِّنا

(وإنما) للحصر (للزوج) خبر عن المصدر المؤول من قوله: (أن يلتعنا بنفي حمل) يتعلق بالاستقرار في الخبر (أو برؤية) معطوف على بنفي (الزنا) مضاف إليه والحصر منصب على المجرورات مع الظرف الآتي أي: وإنما الالتعان كائن للزوج لا لغيره كسيد بنفي حمل مع ادعاء الاستبراء أو برؤية الزنا

لا بغيرهما من مجرد قذف بغير رؤية، ولا نفي حمل أو بنفي حمل أمته لا مع ادعاء استبراء وعدم اللعان بمجرد القذف هو أحد المشهورين في قول (خ) وفي حده بمجرد القذف أو لعانه خلاف، فاقتصر الناظم على ذلك. وقوله للزوج حقيقة أو حكماً فيدخل لعان الواطىء بالشبهة فإنه يلاعن في نفي الحمل عنه وإن لم يكن زوجاً لأنه لما كان الولد لاحقاً به إن لم يلاعن ودرىء عنه الحد كان في حكم الزوج وأطلق في الزوج فشمل الحر والعبد والفاسق دخل أم لا. كان نكاحه صحيحاً أو فاسداً ولو مجمعاً على فساده كخامسة ولا يشمل الكافر لأنا لا نتعرض لهم إلا أن يترافعوا إلينا فنحكم لهم بحكمنا.
وقوله: بنفي حمل أي: والزوج ممن يمكن وطؤه لحضوره في البلد وعدم صغره وصحة العضو الذي يطأ به فلا لعان على صبي ولا مجبوب ولا على غائب ببلد لا يمكنه الوصول إليها لبعد المسافة، بل ينتفي في ذلك كله بغير لعان.
وقوله: حمل أي وكذلك الولد فيشمل من قدم من غيبته بعد موت زوجته المدخول بها فنفى ما ولدته في غيبته، وظاهر قوله: أو برؤية الزنا أنه لا بد من ادعاء الرؤية حقيقة وهو كذلك فيمن تتأتى منه الرؤية (خ) تيقنه أعمى ورآه غيره اهـ. وظاهره أيضاً أنه لا يشترط وصف الرؤية بقوله كالمرود في المكحلة بخلاف الشهود وهو كذلك كما في ابن الحاجب والشامل وغيرهما، وفي المدونة لا يلاعن حتى يدعي رؤية الفرج في الفرج. قال الشيخ طفي: وشهره الأبي وظاهره أيضاً أنه لا يلاعن للرؤية ولو أقام أربعة شهود على زناها وهو كذلك لكن يلاعن وحده إن شاء لينتفي عنه ما تلده لستة أشهر فأكثر من يوم الرؤية، وإن نكل فلا حد عليه

لأنه قذف غير عفيفة، وأما هي فلا تلتعن لأن حدها قد وجب بالبينة هكذا قيل، وتأمله مع ما يأتي في البيت بعده من أن اللعان بمجرد الرؤية لا ينتفي به الولد على المعتمد ثم لا بد من ثبوت الزوجية ولا يكفي إقرارهما به إن لم يكونا طارئين فإن كانا طارئين وجب اللعان بإقرارهما بها
وقوله:
مع ادِّعائِهِ للاسْتِبْرَاءِ
وَحَيْضَةٌ بَيِّنَةُ الإجْزَاءِ
(مع ادعائه) يتعلق بيلتعن أي: وإنما يلتعن في نفي الحمل مع الادعاء (للاستبراء) لا مع عدم ادعائه وقوله (وحيضة) مبتدأ (بينة الأجزاء) خبر ومضاف إليه، والاستبراء أعم من أن يكون بالوضع أو بالمدة أو بالحيض فإذا وضعت حملها ولم يطأها بعده حتى وضعت حملاً آخر وبين الوضعين ستة أشهر فأكثر فإن له أن يلاعن في هذا الثاني لأنه يمضي الستة أشهر لا يمكن أن يكون توأماً للأول، فيعتمد حينئذ في لعانه على الاستبراء بالوضع الأول، وكذا لو وطئها وأمسك عنها فأتت بولد بعد هذا الوطء لأقل من ستة أشهر من يوم الوطء المذكور أو لأكثر من أقصى أمد الحمل كخمس سنين فإنه يعتمد على لعانه في تلك المدة القليلة أو الكثيرة لأن الولد في القليلة ليس هو للوطء المذكور على زعمه لنقصه عن الستة، ولا أنه توأم للأول لفصل الستة أشهر بينهما ولأنه في الكثيرة على زعمه زاد على أقصى أمد الحمل من يوم وطئه فيعتمد على المدة المذكورة وإن لم يكن هناك حيض ولا وضع، وأما إن استبرأها بحيضة ولم يطأها بعدها حتى أتت بولد لستة أشهر فأكثر من يوم الاستبراء فيعتمد على ذلك ولا إشكال فقوله: وحيضة الخ.I أي لكن إن كان الاستبراء بالحيض لا

بالوضع ولا بالمدة فحيضة واحدة كافية في الاعتماد عليها، فقد اشتمل كلامه رحمه الله تعالى على صور الاعتماد الثلاثة التي هي في كلام غيره، وسواء رآها تزني مع واحدة من تلك الصور أم لا. وما ذكره من الاعتماد على الحيضة الواحدة هو المشهور، وقيل لا يعتمد عليها لأن الحامل عندنا تحيض واستظهره في ضيح،

ومفهوم قوله مع ادعائه الخ. أنه لا يعتمد في نفي الحمل على عزل ولا على مشابهة لغيره وإن بسواد ولا وطء بين الفخذين إن أنزل ولا وطء بغير إنزال إن أنزل قبله ولم يبل كما في (خ) وأنه أيضاً لا يعتمد في نفيه على الرؤية وحدها من غير استبرائها بشيء مما مرّ وهو كذلك على المشهور، لكن هذا يلاعن للرؤية قطعاً حيث قامت المرأة بحقها في القذف، وإذا لاعن للرؤية وادعى الوطء قبلها وعدم الاستبراء وأتت بولد لستة أشهر فأكثر من يوم الرؤية فهل ينتفي الولد بلعان الرؤية المذكورة وهو الذي في (خ) حيث قال: وإن انتفى به أي بلعان الرؤية ما ولد لستة أشهر الخ. أو لا ينتفي به بل هو لازم له وهو ما صدر به ثانياً حيث قال: وإن لاعن لرؤيته وادعى الوطء قبلها فلمالك في إلزامه به الخ. وهذا الثاني هو الذي يجب اعتماده لأنها أتت به لمدة يمكن أن يكون فيها للفراش أو للزنا وقد قال عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش وللعاهر الحجر». قال البرزلي: أجمع أهل العلم على القول به إذا أمكن أن يكون للفراش من مجيئه لستة أشهر فأكثر من يوم العقد، وإذا كان كذلك فكيف به من مجيئه لستة أشهر فأكثر من يوم الوطء كما في الفرض المذكور، ولا سيما والشارع متشوف للحوق الأنساب فلا ينتفي حينئذ عنه أصلاً، ولا يمكن من اللعان فيه لعدم تقدم ما يعتمد عليه من الأمور الثلاثة. وهذا هو ظاهر النظم لأنه كغيره جعل نفي الحمل باللعان إنما هو مع ادعاء الاستبراء بشيء مما مر، والاعتماد على الرؤية وحدها لا يكفي على المشهور، وتأمل كيف يرجح القول بنفي الولد بلعان الرؤية مع احتمال كونه للفراش، وقول الأب إنه من الزنا مجرد دعوى لا دليل عليها بشيء مما يعتمد عليه من الأمور الثلاثة، بل لو صدقته المرأة عليها لم يفده ذلك لحق الولد فذلك القول مقابل للمشهور ولقول الأكثر القائلين إنه لا ينتفي إلا بلعان ولو تصادقا على نفيه، واللعان في الفرض المذكور إنما هو لدفع حد القذف لا لنفي

الولد إذ لا يمكن من اللعان فيه مع تقدم ما يعتمد عليه والله أعلم.
وقوله: وحيضة بينة الأجزاء الخ. هذا إحدى المستثنيات الثلاث من قولهم استبراء الحرة بثلاث حيض كعدتها إلا في اللعان كما هنا وفي الزنا فإنها لا ترجم حتى تستبرأ بحيضة واحدة، وفي الردة فإن المرتدة المتزوجة أو ذات السيد لا تقتل بعد الاستتابة حتى تستبرأ بحيضة واحدة أيضاً، وفي ذلك يقول الأجهوري رحمه الله:

والحرة استبراؤها كالعده
لا في لعان وزنا ورده
فإنها في كل ذا تستبرا
بحيضة فقط وقيت الضرا

وَيُسْجَنُ القَاذِفُ حتى يَلَتَعِنْ
وَإِنْ أَبى فَالْحَدُّ حُكْمٌ يَقْتَرِنْ
(ويسجن) بالبناء للمفعول (القاذف) نائبه (حتى) حرف جر (يلتعن) منصوب بأن مضمرة بعدها يتعلق بيسجن (وإن أبى) شرط (فالحد) مبتدأ (حكم) خبره (يقترن) بالبناء للفاعل صفة لحكم أي فالحد حكم مقرون بإبايته والجملة جواب الشرط. قال في الطرر: يجب على الزوج إذا نفى ولده أو ادعى رؤية الزنا أن يسجن حتى يلاعن ومثله في ابن سلمون (خ) بلعان معجل الخ.
وظاهره كالناظم ولو مريضين أو أحدهما ولا يؤخر إلى البرء بل يتلاعنان عاجلاً بخلاف الحائض والنفساء فيؤخران معه كما في الشامل، ومحل وجوب الالتعان إذا رفعته الزوجة ولم يطأ بعد الرؤية ولا سكت بعد علمه بالحمل كما يأتي.
وَمَا بِحَمْلٍ بِثُبُوتِهِ يَقَعْ
وَقَدْ أَتَى عَنْ مَالِكٍ حتَّى تَضَعْ

(وما) موصولة واقعة على اللعان مبتدأ (بحمل) يتعلق بمحذوف خاص صلة (بثبوته) يتعلق بقوله (يقع) والجملة خبر المبتدأ والتقدير: واللعان الذي وجب بسبب نفي حمل يقع بعد ثبوته بشهادة امرأتين لا قبل ثبوته، وظاهره اتفاقاً ولا يؤخر اللعان للوضع على المشهور، وقيل يؤخر وهو معنى قوله: (وقد أتى عن مالك) وهو قول أبي حنيفة وابن الماجشون أنه لا لعان (حتى تضع) لاحتمال أن يكون ريحاً فينفش، ورد بحديث الصحيحين وغيرهما؛ أن رسول الله {صلى الله عليه وسلم} لاعن بين العجلاني وزوجته وهي حامل، وظاهر النظم أنه إذا لاعن بعد ثبوته ثم أنفش لا حدّ عليه وهو كذلك قال في الشامل: لاحتمال إخفاء سقط، وظاهره أيضاً أنه لا فرق بين المدخول بها وغيرها وهو كذلك لأن غير المدخول بها إذا ظهر بها حمل وادعت أنه كان يصيبها بعد العقد وكان مما يمكنه ذلك كما مرّ وكذبها هو فلا ينتفي الحمل إلا بلعان ولا يؤخران للوضع ثم إن وضعته لستة أشهر فأكثر من يوم العقد فاللعان في محله ويترتب عليه آثاره ولها نصف الصداق، وإن وضعته لأقل من ستة أشهر فلا صداق لها ولا يتأبد تحريمها لأنه لاعن غير زوجة كما يأتي آخر الباب، وفي البرزلي: أن عياضاً سأل ابن رشد عن امرأة ادعت نكاح رجل وأثبتته وأثبتت ابتناءه بها وخلوته معها وحملها منه وحضر الرجل واعترف بجميع ذلك إلا الحمل فقال: ما وطئتها قط واعترف بالخلوة فاحتجت المرأة بأن في عقد المباراة إشهاده على نفسه بأنه بنى بها فقال: لم أعرف معنى البناء وظننته الزواج وتقيد ذلك عليه ووضعت المرأة حملها فهل يلحق بالزوج وهل يقبل قوله في جهل البناء والابتناء وهو من غير أهل الطلب وهل يلاعن بلا خلاف لإقراره بالبناء فهو كمن قذف ولم يدع استبراء؟ فأجابه: بأنه يلزمه الولد إلا أن ينفيه بلعان اهـ.

قلت: حاصله أن الرجل المذكور اعترف بالخلوة وأنكر الوطء وادعته هي وهي مصدقة فيه فلا ينتفي عنه إلا بلعان، إذ لو لم تكن هناك خلوة وادعت ذلك وكان مما يمكنه الوصول إليها لم ينتف عنه إلا بذلك كما مر، وأما اعترافه بالبناء فلا يستلزم الوطء إذ هو كالدخول عبارة عن كون المرأة في حجابه كما يدل عليه قول الناظم فيما مر: إلا اعتراضاً كان بعدما دخل. والوطء الخ. فلذلك لم

يرتب حكماً على اعترافه به وإلاَّ لو كان البناء هو الوطء أو يستلزمه لم يكن من اللعان أصلاً وإن ادعى جهل معناه فلا يعذر به لتعلق حق الغير وإنما قلنا لا يمكن منه لعدم تقدم ما يعتمد عليه من الاستبراء والله أعلم.

وَيَبْدَأُ الزَّوْجُ بِالالتِعانِ
لِدَفْعِ حَدَ أَرْبَعَ الأَيْمَانِ

(ويبدأ الزوج) فعل وفاعل (بالالتعان) يتعلق به (لدفع حد) مجرور ومضاف إليه يتعلق بيبدأ (أربع) بالخفض على حذف الجار يتعلق بالالتعان ويجوز نصبه على أنه مفعول بالالتعان لأنه بمعنى الحلف كما مرّ (الأيمان) مضاف إليه.

إِثْبَاتاً أَوْ نَفْياً عَلَى مَا وَجَبَا
مُخَمِّساً بِلَعْنَةٍ إِنْ كَذَبَا

(إثباتاً أو نفياً) مصدر إن بمعنى الفاعل حالان من ضمير الزوج الذي عوضت أل منه في الالتعان أي: ويبدأ الزوج بحلفه أربع أيمان حالة كونه مثبتاً في الرؤية نافياً في الحمل، ويحتمل أنهما منصوبان على إسقاط الخافض أي على الإثبات والنفي. (على ما) موصول على حذف مضاف يتعلق بمحذوف حال (وجبا) صلة الموصول أي مثبتاً أو نافياً على حسب ما يجب عليه من ذلك، ومن الصيغة التي أشهد بالله أو والله ونحوهما. ويحتمل وهو الأقرب أن يكون قوله إثباتاً أو نفياً بياناً لما أي يبدأ الزوج لدفع حد بحلفه أربع أيمان حال كونها على حسب ما وجب عليه من الإثبات والنفي والصيغة والله أعلم. (مخمساً) حال من الضمير المذكور (بلعنة) يتعلق به (إن كذبا) شرط حذف جوابه للدلالة عليه، والمعنى أن صفة اللعان بين الزوجين أن يبدأ الزوج باللعان لدفع الحد عنه إن كانت الزوجة حرة مسلمة أو الأب إن كانت أمة أو كتابية فيحلف أربع أيمان على ما وجب عليه من الإثبات في الرؤية أو النفي في نفي الحمل فيقول: أشهد بالله لقد رأيتها تزني أربع مرات أو ما هذا الحمل مني كذلك، ويصل خامسة بلعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيهما، وظاهره أن الزوج يبدأ بالالتعان وجوباً وهو قول أشهب، وعليه إذا بدأت هي فتعيده. وقال ابن القاسم: يبدأ الزوج استحباباً فإن بدأت هي فلا تعيد (خ) وفي إعادتها إن بدأت هي خلاف، ومحله ما لم تحلف بصيغة لقد كذب وإلاَّ أعادت بلا خلاف وظاهره أيضاً أنه لا يتعين لفظ أشهد بل لو قال: بالله أو والله لرأيتها تزني أو ما هذا الحمل مني لكفاه وهو قول أصبغ والمشهور تعيينه وأنه لا يجزي غيره كما يأتي عن (خ) وظاهره أيضاً أنه لا يشترط زيادة الذي لا اله إلا هو ولا عالم الغيب والشهادة وهو كذلك، وإنما يشترط كونه في أعظم الأماكن كالمساجد كما قدمه في باب اليمين حيث قال: وما كمثل الدم واللعان الخ.

وَتَحْلِفُ الزَّوْجَةُ بَعْدُ أَرْبَعا

لِتَدْرَأَ الحَدَّ بِنَفْي ما ادَّعَى

(وتحلف الزوجة) فعل وفاعل (بعد) ظرف مقطوع مبني يتعلق بالفعل قبله (أربعاً) نائب عن مفعول مطلق أي حلفات أربعاً (لتدرأ) منصوب بأن مضمرة بعد اللام وفاعله ضمير الزوجة (الحد) مفعول به (بنفي) يتعلق بتدرأ والباء سببية، ويحتمل أنها بمعنى «على» تتعلق بحلف (ما) موصول مضاف إليه

(ادعى) صلة ما والرابط محذوف أي تحلف أربعاً على نفي ما ادعاه من الرؤية أو نفي الحمل لتدرأ الحد عنها.

تخْمِيسُها بِغَضَبٍ إنْ صَدَقَا
ثُمَّ إذَا تمَّ اللِّعَانُ افْتَرَقَا

(تخميسها) مبتدأ (بغضب) يتعلق به والخبر محذوف للعلم به أي واجب أو ثابت، ويحتمل أن يكون المجرور يتعلق بذلك الخبر والأول أقرب (إن صدقا) شرط حذف جوابه للدلالة عليه والجملة من المبتدأ والخبر في محل نصب على الحال ربطت بالضمير فقط، والمعنى أن الزوجة تحلف بعد لعان الزوج فتقول: أشهد بالله ما رآني أزني أو ما زنيت أربع مرات، وأن هذا الحمل منه كذلك أو تقول: لقد كذب فيهما أربع مرات أيضاً وتصل خامستها بغضب الله عليها إن كان من الصادقين أو إن صدق فتبين أنه لا بد من لفظ أشهد في حق الزوج والزوجة خلافاً لظاهر النظم، ومن لفظ اللعان في حق الزوج والغضب في حق الزوجة (خ) ووجب أشهد واللعن والغضب وبأشرف البلد وبحضور جماعة أقلها أربعة وندب إثر صلاة وتخويفها وخصوصاً عند الخامسة والقول بأنها موجبة العذاب الخ. (ثم) عاطفة (إذا) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه (تم اللعان) فعل وفاعل في محل جر بإضافة إذا (افترقا) فعل وفاعل جواب إذا وألفه للتثنية أي: إذا تم التعانهما على الصفة المتقدمة وقعت الفرقة بينهما بلا طلاق كان قبل البناء أو بعده ولها نصف الصداق إن كان قبل البناء كما مر، وظاهره أنه بمجرد تمام الالتعان تقع الفرقة من غير حكم وهو كذلك على المشهور.

وَيَسْقُطُ الحَدَّ وَيَنْتَفِي الولَدْ
ويحْرُمُ العَوْدُ إلَى طُوله الأَمَدْ

(ويسقط الحد) فعل وفاعل (وينتفي الولد ويحرم العود) جملتان معطوفتان على الأولى (إلى طول الأمد) يتعلق بيحرم أي بتمام اللعان يقع الفراق ويسقط حد الزنا عنهما وينقطع نسب الولد من الزوج ويحرم عليهما العود للنكاح أبداً، لكن ظاهره أن نفي الولد يتوقف على لعان الزوجة وليس كذلك، بل بمجرد لعان الزوج ينقطع نسبه منه وإن لم تلاعن هي بل نكلت وحينئذ فلعان الزوج تنبني عليه ثلاثة أحكام: درء الحد عنه كما مر في قوله: ويبدأ الزوج بالالتعان لدفع حد الخ. ونفي الولد عنه وإيجاب الحد على المرأة إن لم تلاعن. وهذه الثلاث مفهومة من قول الناظم: لتدرأ الحد الخ. وينبني على لعان الزوجة ثلاثة أيضاً وقوع الفسخ بلا طلاق، وسقوط الحد عن الزوجة وتأبيد الجرمة (خ) وبالتعانهما تأبيد جرمتها، وإن ملكت أو أنفش حملها أي لاحتمال أن تكون أسقطته فقوله: ويسقط الحد الخ. مستغنى عنه لأنه إن أراد سقوط الحد عنه فقد قدمه في قوله: لدفع حد وإن أراد سقوط الحد عنها فقد قدمه أيضاً في قوله لتدرأ الحد والله أعلم.

والفَسْخُ مِنْ بَعْدِ اللِّعَانِ مَاضِي
دُونَ طَلاَقٍ وبِحُكْمِ القَاضي

(والفسخ) مبتدأ (من بعد اللعان) يتعلق بالخبر الذي هو قوله (ماض دون طلاق) يتعلق بمحذوف حال من الضمير في ماض. (وبحكم) معطوف على دون والباء بمعنى مع (القاضي) مضاف إليه والمعنى أن فرقة المتلاعنين هي فسخ بلا طلاق كما مرّ، لكن مع حكم القاضي فلا تقع حتى يحكم بها وما ذكر من توقفها على حكم الحاكم وإن قاله ابن القاسم ضعيف، والمذهب ما تقدم من أن النكاح يفسخ بينهما بغير طلاق بمجرد تمام اللعان كما أفاده أولاً. فلو استغنى عن هذا بما مر لكفاه، ولعله أراد أن يشير إلى أن في المسألة قولين وأن القول بتوقفها على الحكم وإن لم يكن مشهوراً لا ينبغي إهمال ذكره كل الإهمال لكونه قوي الحجة لما ورد أن النبي {صلى الله عليه وسلم} قال للمتلاعنين: «قوما فقد فرقت بينكما ووجبت النار لأحدكما» فلولا أن الفسخ يحتاج إلى حكم ما قال فقد فرقت بينكما، ويحتمل وهو الظاهر أن قوله: وبحكم القاضي راجع لأصل اللعان أي لا يوجب التأبيد والفسخ إلا إذا كان بحكم قاض كما مر في حد ابن عرفة.

ومُكْذِبٌ لِنَفْسِهِ بَعْدُ التَحِقْ
وَلَدُهُ وَحُدَّ والتَّحْرِيمُ حَقْ

(ومكذب) من أكذب الرباعي مبتدأ سوغه كونه صفة وتعلق (لنفسه بعد) به أي وملاعن مكذب لنفسه بعد التعانهما (التحق ولده) فعل وفاعل خبر المبتدأ والعائد محذوف أي به (وحد) بالبناء للمفعول ونائبه ضمير المكذب، والجملة معطوفة على الخبر والمعطوف على الخبر خبر (والتحريم) مبتدأ (حق) فعل ماض بمعنى وجب خبره والجملة معطوفة على التي قبلها أيضاً.

ورَاجِعٌ قَبْلَ التَّمام مِنْهُمَا
يُحَدُّ والنِّكاحُ لَنْ يَنْفَصما

(وراجع) مبتدأ سوغه ما تقدم (قبل التمام منهما) يتعلقان به وجملة (يحد) بالبناء للمفعول خبر (والنكاح) مبتدأ (لن ينفصما) خبره وألفه للإطلاق، وأصل الفصم القطع بلا إبانة، وأما القصم بالقاف فهو القطع مع الإبانة وهو هنا كناية عن عدم فسخ النكاح. وحاصل البيتين أن الملاعن المكذب لنفسه بعد تمام اللعان بينهما يلحق به ولده الذي نفاه باللعان ويحد لاعترافه بقذفها ولها العفو عنه، وأما تأبيد التحريم الحاصل بينهما فواجب لا يرتفع بتكذيبه لنفسه، ومفهوم بعد أنه إذا كذب أحدهما نفسه قبل التمام وهو معنى قوله: وراجع الخ. فإنه يحد حد القذف إن رجع هو أو حد الزنا إن رجعت هي والنكاح لا ينفسخ فمن مات منهما ولو بالحد ورثه الآخر.

وسَاكِتٌ والحَمْلُ حَمْلٌ بَيِّنُ
يُحَدُّ مُطْلَقاً وَلا يَلْتَعِنُ

(وساكت) مبتدأ سوغه كونه صفة لمحذوف أي وزوج قاذف ساكت (والحمل) مبتدأ (حمل) خبره (بين) صفة له والجملة حالية والرابط الواو (يحد) بالبناء للمفعول نائبه ضمير الساكت والجملة خبر عن الساكت (مطلقاً) حال (ولا يلتعن) جملة معطوفة على جملة الخبر والمعطوف على الخبر خبر إذ يصح أن يقال: والساكت لا يلتعن الخ. والمعنى أن الحمل إذا كان بيناً ظاهراً بالزوجة وسكت عنه الزوج مدة بعد علمه به، ثم أراد أن ينفيه بلعان فإنه لا يمكن من اللعان ويحد مطلقاً طال سكوته كالشهر أم لم يطل كاليوم واليومين كما في المدونة ما لم يسكت لعذر، وهذا إذا ثبت سكوته بعد العلم به بإقرار أو بينة

على أن علمه به لا يعلم إلا من قوله: وساكت الخ. وأحرى الوطء لأنه إذا كان مجرد السكوت بعد العلم بالحمل يمنع من اللعان فأحرى الوطء، وإن لم يصحبه سكوت.
وقوله: حمل بين وأحرى الساكت بعد الوضع.
وَمِثْلُهُ الواطِىءُ بَعْدَ الرُّؤْيَهْ
وَيُلْحَقُ الوَلَدُ حَدَّ الفِرِّيَهْ

(ومثله) خبر عن قوله (الواطىء بعد الرؤيه) يتعلق بالواطىء (ويلحق) بالبناء للمفعول (الولد) نائبه (حد) مفعول مطلق بيحد في البيت قبله (الفريه) مضاف إليه أي يحد حد القذف، والحد في الواطىء بعد الرؤية مفهوم من قوله ومثله الخ.
وقوله: الولد راجع لهما أي الساكت مع علمه بالحمل يحد حد الفرية أي الكذبة مطلقاً ومثله في وجوب الحد وعدم التمكين من اللعان الواطىء بعد رؤية الزنا ويلحق الولد بالزوج فيهما. والحاصل أن الحمل يمنع من اللعان فيه أحد أمرين: السكوت أو الوطء، وأما الرؤية فلا يمنع من اللعان فيها إلا الوطء وإلى المسألتين أشار (خ) بقوله: وإن وطىء أو أقر بعد علمه بوضع أو حمل بلا عذر امتنع الخ.
وَإنْ تَضَعْ بَعْدَ اللِّعان لأَقَلْ
مِنْ سِتةِ الأَشْهُرِ فالمَهْرُ بَطَلْ
(وأن تضع) شرط (بعد اللعان لأقل) يتعلقان به (من ستة الأشهر) يتعلق بأقل (فالمهر) مبتدأ خبره (بطل) والجملة جواب الشرط.
ولَيْسَ للتَّحْرِيم مِنْ تَأبيدِ
إذِ النِّكاحُ كانَ كالمَفْقُودِ

(وليس) فعل ناقص (للتحريم) خبرها مقدم (من تأبيد) اسمها جر بمن الزائدة والجملة معطوفة على جملة الجواب والمعطوف على الجواب جواب (إذ) تعليلية يتنازعه قوله: بطل والاستقرار في خبر ليس (النكاح) مبتدأ (كان) فعل ناقص واسمها ضمير النكاح (كالمفقود) خبرها. والكاف بمعنى مثل، والمعنى أن من عقد على امرأة وقبل الدخول بها أو بعده ظهر بها حمل وزعمت أنه منه فأنكره وتلاعنا فيه بعد ثبوته كما تقدم في قوله: وما بحمل بثبوته يقع الخ. ثم بعد اللعان وضعته كاملاً لأقل من ستة أشهر من يوم العقد قلة بينة كستة أشهر إلا ستة أيام لا خمسة فإنها من حيز الستة فإنها لا مهر لها وإن كان دفع لها نصفه استرده، وأما المدخول بها فلها المسمى إن لم تكن عالمة بالحمل ولا يتأبد عليه التحريم فيهما من حيث اللعان بل يتأبد عليه التحريم في الثانية من حيث الوطء في العدة حيث لم تكن عالمة كما هو الموضوع، وإلاّ فلا يتأبد، وله العقد عليها بعد وضعها كما في المعيار فانظره. وعلة بطلان المهر في غير المدخول بها وعدم التأبيد فيهما أن النكاح بينهما كان مثل النكاح المفقود الذي لا ينبني عليه حكم لأنها بوضعها لأقل من ستة أشهر تبين فساد العقد لكونها في عدة استبراء فهي غير زوجة شرعاً فلا أثر للعانهما ولا صداق فيما فسخ قبل الدخول، وبهذا التقرير علم أن قوله: وإن تضع الخ. شامل للمدخول بها

وغيرها.
وقوله: فالمهر بطل خاص بغير المدخول بها إذ المدخول بها لا يتوهم فيها سقوط المهر ما لم تكن عالمة وحدها بحملها وقت العقد أو الدخول وإلاّ فهي غارة لا شيء لها إلا ربع دينار وحينئذ فيكون قوله فالمهر بطل راجعاً لهما بقيد الغرور في المدخول بها.
وقوله: وليس للتحريم الخ راجع لهما أيضاً والله أعلم. وما ذكره الناظم نقله ابن سلمون عن ابن الماجشون، ووجهه ظاهر كما تقدم في حد ابن عرفة أول الباب، لكن تعليل عدم التأبيد يكون النكاح كالمفقود غير بين لأن النكاح المجمع على

فساده كالخامسة يتأبد فيه التحريم باللعان كما يدل عليه إطلاق (خ) في قوله: إنما يلاعن زوج وإن فسد نكاحه. وفي قوله: وبالتعانهما تأبيد حرمتهما، وقد حكى ابن سلمون قولين في تأبيد التحريم وعدمه فيما إذا تلاعنا في نفي الحمل بعد البينونة، وظاهر كلامهم أن التأبيد هو المعتمد وإن لم تكن له زوجة وقت اللعان فالأولى أو الواجب حينئذ تعليل عدم التأبيد بتحقق نفي سبب اللعان من كون الغيب كشف على أن الحمل ليس منه قطعاً، وأنه ينتفي بلا لعان كما أنه إذا لاعن في حمل وتحقق انفشاشه بعد فلا تأبيد أيضاً فيكون محل التأبيد في كلامهم ما لم يكشف الغيب بصدقها أو صدقه. نعم تعليل بطلان الصداق بكون النكاح كالمفقود ظاهر في غير المدخول بها، وأما المدخول بها فعلته الغرور كما مر، ويمكن تمشية الناظم عليه بأن يجعل قوله: إذ النكاح الخ.k تعليلاً لبطلان الصداق فقط في غير المدخول بها فقط ويكون ساكتاً عن تعليل عدم التأبيد وعن تعليل بطلان الصداق في المدخول بها والله أعلم.

باب الطلاق والرجعة وما يتعلق بهما

والطلاق لغة حل الوثاق يقال: أطلق الفرس والأسير، وفي الشرع رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح فخرج بقوله: شرعاً القيد الحسي وهو حل الوثاق، وبقوله بالنكاح العتق فإنه رفع قيد ثابت شرعاً لكنه لم يثبت بالنكاح قاله القسطلاني. وقال ابن عرفة: الطلاق صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجب تكررها مرتين للحر ومرة لذي الرق حرمتها عليه قبل زوج اهـ. فقوله: صفة جنس، وقوله حكمية أخرج به الصفات الحسية لأن الطلاق معنى تقديري اعتباري يقدره الشرح والعقل ويعتبره لا حسي كذا تلقينا من بعض الأشياخ، وخرج بقوله: ترفع حلية الخ، الطهارة والقضاء ونحوهما. وقوله حلية لا بد من ذكرها لأن المتعة لا ترفع، وإنما يرفع المتعلق بها وهو الحلية. وبقوله بزوجته حلية المتعة بغيرها كالأمة. وبقوله موجب تكررها الخ. رفع الحلية بها بالدخول في الإحرام بالحج أو العمرة أو بالدخول في الاعتكاف أو الصلاة ونحو ذلك. فقوله: موجب بالرفع صفة للصفة جرت على غير من هي له.
وفي بعض النسخ بالنصب على الحال من صفة أو من ضمير ترفع وأما الرجعة بكسر الراء في استعمال الفقهاء، وفي اللغة بالفتح والكسر فقال ابن عرفة: هي رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة بطلاقها فتخرج المراجعة لأن

الرجعة من الطلاق الرجعي، والمراجعة من البائن، ولذلك يعبرون فيها بالمفاعلة التي لا تكون إلا من اثنين في الغالب وأدخل بقوله: أو الحاكم صورة ما إذا طلق في الحيض وامتنع من الرجعة فإن الحاكم يرتجعها له جبراً عليه ويجوز له بها الوطء كما يأتي في قول الناظم: وموقع الطلاق دون طهر الخ. وخرج بقوله حرمة الخ. رفع الحلية فإنه نفس الطلاق كما مر. وبقوله: بطلاقها المتعلق بحرمة رفع حرمة الظهار بالتكفير، ثم إن الطلاق على قسمين: سني وبدعي، فالسني ما اجتمعت فيه شروط أربعة ومهما اختل واحد منها أو كلها فبدعي كما أشار لذلك الناظم بقوله:

مِنَ الطَّلاقُ الطَّلْقةُ السُّنِّيَّهْ

إنْ حَصَلَتْ شُرُوطُها المَرْعيَّهْ

(من الطلاق) خبر مقدم (الطلقة) مبتدأ (السنية) نعت له (إن حصلت) شرط حذف جوابه للدلالة عليه (شروطها) فاعل (المرعية) نعت.

وَهْيَ الوُقُوعُ حَالَ طُهْرٍ وَاحِدَهْ

مِنْ غَيْرِ مَسَ وَارْتِدَافٍ زَائِدَهْ

(وهي) مبتدأ عائد على الشروط (الوقوع) خبر (حال طهر) ظرف يتعلق بالوقوع أي في وقت الطهر (واحده) بالنصب حال أو بالرفع عطف على الوقوع بحذف العاطف (من غير مس) يتعلق بمحذوف حال بعد حال أو معطوف بحذف العاطف (وارتداف) معطوف على مس (زائده) نعت لمحذوف أي: وارتداف طلقة زائدة، والمعنى أن الطلاق السني له شروط أولها أن يوقعه في وقت الطهر لا في وقت الحيض والنفاس، وأن يكون طلقة واحدة لا أكثر وأن لا يكون مسها أي وطئها في ذلك الطهر الذي طلقها فيه، وأن لا يردف في العدة طلقة زائدة على الطلقة الأولى، وزاد في التلقين شرطين آخرين: أن لا يكون في طهر تالٍ لحيض طلق فيه وأجبر على الرجعة، وأن تكون المرأة ممن تحيض لا يائسة أو صغيرة اهـ. ويغني عن الثاني قوله حال طهر لأن الطهر ما تقدمته حيضة وتأخرت عنه أخرى، وذلك مفقود في اليائسة والصغيرة، فلو أراد الناظم الإشارة إلى ذلك لقال:

ممن تحيض ليس في طهر تبع
طلاق مجبور على أن يرتجع

قاله (ت) وحينئذ فإن توفرت هذه الشروط الخمسة أو الستة كان الطلاق سنياً أو منسوباً لما أذنت فيه السنة وأباحته وليس المعنى أنه يكون مع الشروط سنة يثاب على فعله كما هو المتبادر، بل المعنى أن السنة والشرع أذنا في فعله وتركه فهو مباح الفعل لا راجحه وفي الحديث: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق». قال الخطابي تنصرف الكراهة هنا إلى السبب الجالب للطلاق وهو سوء العشرة وقلة الموافقة لأن الطلاق مباح قاله في المتيطية. وعن علي رضي الله عنه: تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز منه العرش. وعنه أيضاً أنه كان يضجر من كثرة تطليق ابنه الحسن فكان يقول في خطبته على المنبر: إن حسناً رجل مطلاق فلا تنكحوه حتى قام رجل من همدان فقال: والله يا أمير المؤمنين لننكحنه ما شاء فإن أحب أمسك وإن أحب ترك. فسر بذلك علي

رضي الله عنه. فإن قيل: كيف يكون أبغض الحلال إلى الله الطلاق مع أن الله أباحه، وفعله عليه الصلاة والسلام فقد طلق حفصة بنت عمر رضي الله عنهما ثم ارتجعها بأمر من الله تعالى نزل جبريل عليه السلام عليه أن راجع حفصة فإنها صوامة قوامة وهي زوجتك في الجنة خرجه غير واحد كما في ابن حجر، وطلق العالية بنت ضبيان وهي التي كان يقال لها أم المساكين ونكحت في حياته قبل أن ينزل تحريم نسائه. وأجيب بجوابين. أحدهما: أن البغض مصروف للسبب الجالب للطلاق كما مرّ، وثانيهما لابن عرفة أن المعنى أقرب الحلال إلى الله بغض الله الطلاق فنقيضه أبعد عن بغض الله فيكون أحل من الطلاق أي: فيكون تركه عند الله أولى وأرجح، وقد يعرض وجوبه كما إذا فسد ما بينهما ولا يسلم دينه معها وحرمته إن خيف من ارتكابه وقوع كبيرة، وكراهته إن كان كل منهما قائماً بحق الآخر، واستحبابه إن كانت غير صينة ولم تتبعها نفسه، وأول من طلق إسماعيل عليه السلام.
ثم أشار الناظم إلى أن الطلاق السني ينقسم إلى قسمين فقال:
مِنْ ذَاك بائِنٌ وَمِنْهُ رَجْعِي

وَمَا عَدَا السُّنِّيّ فَهْوَ بِدْعي
(من ذاك بائن) مبتدأ وخبر ومثاله الطلقة الواحدة التي صادفت آخر الثلاث فهي من حيث وجود تلك الشروط سنية، ومن حيث إنها صادفت آخر الثلاث بائنة فقد نقل اللخمي عن أشهب جواز طلاق الواحدة المصادفة لآخر الثلاث فتكون سنية بائنة إذ لا تحل له بها إلا بعد زوج، وكذا الطلاق بعوض وهو طلاق الخلع مع الشروط المذكورة فهو سني بائن، وأما في الحيض فهو بدعي بائن ككونه بلفظ الخلع بغير عوض أو بلفظ التمليك كما يقتضيه كلام الناظم الآتي في قوله: منه مملك ومنه الخلعي الخ. وطلاق غير المدخول بها ولو في الحيض على مذهب ابن القاسم سني بائن. وقال أشهب: بل هو في الحيض بدعي بائن كما نقل الشارح.

قلت: وهو ظاهر النظم لأنه أطلق في تلك الشروط فلم يفرق فيها بين مدخول بها وغيرها. (ومنه الرجعي) كطلقة بعد البناء بالشروط المذكورة لم تصادف الثلاث (وما) موصولة واقعة على الطلاق (عدا السني) يتعلق بالاستقرار المقدر (فهو بدعي) مبتدأ وخبر، والجملة خبر الموصول ودخلت الفاء في خبره لشبهه بالشرط أي: والطلاق الذي استقر عدا الطلاق السني بدعي، وهو الواقع في حيض مدخولاً بها أم لا، على قول أشهب أو في طهر مسها فيه أو أكثر من واحدة أو أردفه في العدة أو في طهر تال لحيض طلق فيه، وأجبر عن الرجعة والبدعي ممنوع في الحيض مكروه في غيره (خ): طلاق السنة واحدة بطهر لم يمس فيه بلا عدة وإلاَّ فبدعي، وكره في غير الحيض إلى أن قال: ومنع فيه ووقع وأجبر على الرجعة الخ. وقال في التلقين: الطلاق على ضربين. طلاق سنة وطلاق بدعة. ويتفرعان إلى قسم ثالث وهو أن يعرى عن وصفه بواحد منهما، فالسني ما وقع على الوجه الذي أباح الشرع إيقاعه عليه، والبدعي نقيضه وهو الواقع على غير الوجه المشروع، والسنة والبدعة يرجعان إلى أمرين: إلى الوقت والعدد، ثم قال: وأما من تتساوى أوقاتها في جواز

طلاقها فثلاث: الصغيرة واليائسة والحامل البين حملها، فطلاق هؤلاء لا يوصف بسنة ولا بدعة من حيث الوقت ويوصف بذلك من حيث العدد اهـ بنقل بعضهم وينقسم البدعي الذي اختل فيه بعض الشروط إلى رجعي وبائن أيضاً كما قال:
ومِنْهُ مُمَلَّكٌ وَمِنْهُ خُلْعي
وَذُو الثَّلاث مُطَلَّقاً وَرَجْعِي

(ومنه مملك) كانت طالق طلقة مملكة أو تملكين بها نفسك وهو طلاق الخلع بغير عوض كما يأتي: (ومنه الخلعي) أي الطلاق بلفظ الخلع من غير عوض لأنه وإن كان متحداً مع المملك في المعنى، لكنهما اختلفا في اللفظ كما يأتي عن المتيطية، وأما بعوض فهو جائز كما مرّ (و) منه (ذو الثلاث) في كلمة واحدة (مطلقاً) كان قبل البناء أو بعده بلفظ الثلاث أو البتة ولا يدخل فيه الواحدة المصادفة لآخر الثلاث لأنه تقدم جوازها وأنها سنية حيث توفرت الشروط كما لا يدخل فيه الطلاق بعوض مع توفر الشروط أيضاً كما مر، وبهذا التقرير علم أن البدعي أعم من السني لا نقيضه لأن منه ما اختلت فيه بعض الشروط المتقدمة وما لم تختل فيه كالطلاق المملك أو بلفظ الخلع من غير عوض مع وجود الشروط فيهما، وقد نص على كون المملك والخلعي غير سنيين. ابن سلمون والمتيطي: نعم لو زادوا في شروط السني كونه غير مملك أو كونه بغير لفظ الخلع لانحصر البدعي في خلاف السني على ما يظهر،
وقوله: وذو الثلاث مبتدأ والخبر محذوف كما قررنا ومطلقاً حال وهو محترز قوله في شروط السني واحدة. (ورجعي) خبر لمبتدأ محذوف أيضاً أي ومن البدعي رجعي كطلقة واحدة في حيض أو في طهر مس فيه أو في العدة.
تنبيه: قولهم: إن الطلاق بلفظ الخلع بائن ولو بلا عوض الخ. قيل: إنما كان بائناً لأن من لازم كونه خلعياً جريان أحكام الخلع فيه، ومن جملتها سقوط النفقة أيام العدة، فالعوض حينئذ موجود وهو سقوط النفقة، لكن ظاهر كلامهم أنه خلع ولو لم ترض بإسقاطها مع أنه حق لها يتوقف على رضاها وهو مشكل قاله ابن عاشر.

قلت: رأيت في اختصار مسائل القاضي عبد الوهاب لأبي الحسن بن القصار ما نصه: ويجوز الخلع عندنا بغير عوض، ويجب أن يكون بلفظ الخلع وطلب الزوجة ذلك وهو أن يقول: قد خالعتك. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يكون خلعاً إلا بعوض فإذا عري عن العوض فهو طلاق اهـ. فتأمل قوله: وطلب الزوجة ذلك الخ. فيه ينتفي الإشكال المذكور، وتأمل الطلاق المملك الذي نص عليه ابن سلمون والناظم فإنه مما نحن فيه ويجري ما ذكر فيه أيضاً فلا يكون إلا برضاها لأنه يريد أن يسقط حقها من النفقة فالمملك هو الخلع بلا عوض في المعنى، وإنما اختلفا في اللفظ. وتأمل هذا المملك فإنه الجاري عند الناس اليوم مع أن البينونة بغير عوض يجب أن تكون بلفظ الخلع، وأن تكون المرأة طالبة لذلك كما مر عن عبد الوهاب، فالمملك وارد على قولهم يجب أن تكون بلفظ الخلع إلا أن يقال به أو بما في معناه، وكذا لو طلقها بلفظ البينونة كما يأتي عن الشامل فقوله: طلقها طلقة واحدة بائنة فإنها بينونة بغير عوض أيضاً من غير لفظ الخلع. وبالجملة فهذه الألفاظ تبين بها الزوجة وإن لم يكن هناك

عوض، والبينونة وإن كانت هي الثلاث عند الأقدمين كما في (خ) لكن عرف الناس اليوم أنها واحدة بائنة كما يأتي ويبقى النظر في النفقة، والظاهر أنه لا شيء لها وإن لم تكن طالبة كما يدل على ذلك إطلاقاتهم، ولو كانت لها لوجبت لها في الطلاق ثلاثاً ولم يقل بذلك أحد. وفي المعيار أن سكوت الأئمة عن الشيء يدل على أنه لا عبرة به، ويدل على أن المملك والخلعي بغير عوض شيء واحد في المعنى على ما يأتي نقله عند قوله: وفي الملك خلاف الخ. وعليه فالبينونة وجبت في لفظ الخلع بغير عوض من أجل أنه نوى به البينونة، وهكذا المملك لا من أجل كونها في مقابلة النفقة كما قيل والله أعلم.

وَيَمْلِكُ الرَّجْعَةَ في الرَّجْعِيِّ
قَبْلَ انْقِضَاءِ الأمَدِ المَرْعِيِّ

(ويملك) فاعله ضمير الزوج (الرجعة) مفعول به وتقدم تعريفها (في الرجعي) يتعلق بقوله يملك والرجعي. كما في المتيطية ما وقع بعد الدخول غير مقارن لفداء قاصراً عن الثلاث للحر واثنين للعبد فإن اختل أحد هذه الشروط الثلاث لم يكن رجعياً بل بائناً كما يأتي، وأطلق في الرجعي فشمل السني والبدعي فالكل يملك الرجعة فيه. (قبل انقضاء الأمد المرعي) في بينونتها وهو انقضاء العدة الآتي بيانها من الإقراء أو الشهور أو الوضع فالظرف يتعلق بقوله: يملك والمرعي صفة للأمد فإن زعمت انقضاء عدتها فلا يملك ارتجاعها إن مضى من العدة ما يشبه أن تنقضي فيه (خ) وصدقت في انقضاء عدة الإقراء والوضع بلا يمين ما أمكن الخ. ولا يجري ههنا ما به العمل من أنها لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر كما قد يتوهمه قصير الباع، إذ ليس ذلك في مثل هذا لأن الفروج يحتاط لها. والله أعلم فإن ماتت واختلف الزوج والورثة في انقضاء عدتها وعدمه فانظر حكم ذلك في التنبيه الرابع الآتي عند قول الناظم:

ومن مريض ومتى من المرض
مات فللزوجة الإرث المفترض

وَلا افْتِقَارَ فيهِ لِلصَّدَاقِ
وَالإذْنِ وَالوَليِّ باتِّفَاقِ

(ولا) نافية للجنس (افتقار) اسمها (فيه) خبرها وضميره للارتجاع المفهوم من الرجعة (للصداق) يتعلق بافتقار (والإذن) معطوف على الصداق (والولي) كذلك (باتفاق) يتعلق بالاستقرار في الخبر، والمعنى أن الزوج إذا ارتجع زوجته من الطلاق الرجعي فإنه لا يفتقر لصداق ولا لإذنها ورضاها ولا لعقد الولي عليها، بل يرتجعها دون شيء من ذلك، ولكن يستحب الإشهاد ولو ارتجعها على صداق جهلاً لرجع عليها به كما في (خ) في فصل الرجعة، وفي المعيار أيضاً من طلق زوجته رجعياً ثم تزوجها بصداق في العدة أن تزوجه رجعة ولا صداق لها إلا الصداق الأول ويرجع عليها بالثاني اهـ. ثم الرجعة تصح بأحد أمرين بالقول كلفظ: راجعتك أو أمسكتك أو نحوهما ولو بدون نية على المشهور أو بالفعل كالوطء والقبلة والمباشرة ونحو ذلك بشرط قصد الارتجاع بذلك (خ) يرتجع من ينكح بقول مع نية كرجعت وأمسكت أو نية على الأظهر لا بقول محتمل بلا نية ولا بفعل دونها كوطء ولا صداق، وإن استمر وانقضت لحقها

طلاقه على الأصح اهـ. فقوله: وإن استمر أي استمر على وطئها بدون قصد الارتجاع به حتى انقضت عدتها وطلقها طلاقاً آخر فإنه يلحقه طلاقها على الأصح مراعاة لقول ابن وهب والليث وأبي حنيفة بصحة رجعته بالوطء بدون نية لأن الحكم للظاهر فلا يصدق أنه لم يرد به الرجعة، وإذا قلنا يلحقه الطلاق واستمر على ذلك حتى كمل ثلاثاً فلا تحل له إلا بعد زوج فإن استمر على وطئها بعد الثلاث من غير عقد أو بعقد قبل زوج فيتعدد عليه الصداق بتعدد الوطء حيث لم تعلم هي بالحرمة أو علمت وأكرهها، وإلا فهي زانية كما يفيده قول (خ) في الطلاق كواطىء بعد حنثه ولم يعلم. وقوله في الصداق كالزنا بها أي بغير العالمة أو بالمكرهة، وأما حده ولحوق الولد به من الوطء للواقع بعد الثلاث فقد تقدم تفصيله في أول فصل فاسد النكاح.

تنبيهات. الأول: يتفرع على الصحيح من عدم اعتبار وطئه بدون نية أن له مراجعتها بالقول فيما بقي من العدة، لكن لا يطؤها إلا بعد الإستبراء من الماء الفاسد بثلاث حيض كما أنه لا يراجعها بعد العدة إلا بعقد أيضاً، وكذلك على مقابله من أنه لا يلحقها طلاقه لأنها بانت بانقضاء عدة الطلاق الأول، وهو قول ابن أبي زيد فلا يراجعها إلا بعد الاستبراء المذكور، فإن راجعها وبنى بها قبل الاستبراء على الأصح ومقابله ففي حرمتها عليه للأبد قولان. مشهورهما كما في القلشاني وغيره عدم التأبيد بناء على أن العلة اختلاط الأنساب وهي منتفية ههنا، لأن الماء ماؤه بخلاف المستبرأة من زنا وغيره، فالأرجح التأبيد قال في المعيار: ومحل الخلاف بين الأصح وابن أبي زيد إذا جاء مستفتياً فابن أبي زيد لا يلزمه إلا الطلاق الأول وأبو عمران يلزمه ما بعده أيضاً ولو الثلاث قال: وإما إن قامت البينة بالثلاث فلا سبيل له إليها حتى تنكح زوجاً غيره في المال ومن حمل الخلاف بينهما على الإطلاق فقد أخطأ اهـ.
قلت: تأمل قوله: فقد أخطأ لأن البينة إنما يحتاج إليها عند الإنكار، وهو إذا أنكر الثلاث وأسرته البينة دل ذلك على كذبه حتى في قوله: وطئتها بدون نية الرجعة. هذا معناه فيما يظهر، وأما إن كان مقراً بما شهدت به البينة ولم يبق مسترسلاً عليها بعد الثلاث فلا يظهر فرق بين المستفتي وغيره في كون كل منهما من محل الخلاف، وفي بعض فتاوى ابن مرزوق ما نصه: ومسألة الشيخين في المسترسل قوي عندي إشكال تصورها لأنها من التداخل، فمتى تنقضي العدة وما رأيت من كشف عنها الغطاء، وإن زعمه ابن الحاج لكن لم يتبين لي وقال أيضاً في بعض فتاويه: وهذه المسألة يعني مسألة الاسترسال قد كثر السؤال عنها وفاعل ذلك يحتال على تحليل المطلقة ثلاثاً، والمؤكد به عليكم في مثل هذا أن تسدوا باباً يقع به إحداث بدعة. نسأل الله السلامة والعافية.

الثاني: من هذا المعنى من عادته كثرة الحلف بالطلاق ولما قامت المرأة بالطلاق قال: لم أقصد به طلاق الزوجة، وإنما ذلك لفظ أجراه الله على لساني من غير قصد للطلاق فلا ينوي في عدم إرادته الطلاق المذكور لصراحة اللفظ إلا إذا دل بساط على عدم إرادته كأن تكون موثوقة وتقول له: أطلقني فيقول لها: أنت طالق وحيث لزمه الطلاق فيلزمه الثلاث للشك في عدده، فلا

تحل له إلا بعد زوج فإن ذكر في العدة أنه إنما طلقها واحدة أو اثنتين صدق، وإن لم يذكر وتزوجها بعد زوج ثم طلقها واحدة لم تحل له أيضاً إلا بعد زوج، وهكذا. ولو بعد مائة زوج إلا أن يبت طلاقها. وهذه هي المسألة المسماة بالدولابية قاله الأبار في جواب له، وبهذا كله تعلم بطلان ما يقوله العامة وبعض الطلبة من أن من كثر منه الطلاق أو الحلف بالحرام أو جرى على لسانه لا يلزمه شيء إذ ذاك لا أصل له، ولم يقله أحد ممن يعتد به لأنه لا يصدق في الصريح ولا في الكناية الظاهرة كالحرام واليمين ونحوهما، بل صرح العقباني بأن من كان دأبه الأيمان اللازمة ويستخفها فيتحتم عليه الحكم بالمشهور فيها، ومن كان ذلك منه فلتة فحسن أن يترك لتقليد قول فيه رحمة اهـ. ونقل نحوه في المعيار، ونقله الرباطي في شرح العمل أول باب القضاء، وكذا صرح ابن عرضون بأن لزوم الواحدة البائنة للحالف بالحرام مشروط بأن لا يكون معتاداً للحلف به وإلاَّ لزمه الثلاث نقله العلمي. وهكذا رأيت ذلك عن غير واحد وأنه يشدد على من اعتاد الحلف بالطلاق. وأما لزوم الصداق له فيجري على ما تقدم قبل التنبيه الأول والله أعلم.

الثالث: في البرزلي ما حاصله: حقيقة من وطىء في العدة ولم ينو بوطئه رجعة أنه لا يكون رجعة ويجب على المرأة شيئان عدة واستبراء، فالعدة من يوم الطلاق، والاستبراء من يوم الوطء الفاسد بثلاث حيض، فإن أراد الرجعة فله ذلك بالقول والإشهاد دون الوطء حتى ينقضي الاستبراء فإن فاتته الرجعة حتى كملت العدة وبقي الاستبراء فلا رجعة، فإن فعل فسخ ولا يتأبد التحريم لأنه ماؤه وتتداخل العدة مع الاستبراء فيما اتفقا عليه ولا يرتجع في مدة الاستبراء بعد مضي العدة لأنها أجنبية وبعد مدة الاستبراء كان له ولغيره تزويجها ثم قال: وإذا وطىء بعد الحنث ثم أعلم الزوجة فالعدة من يوم إعلامه كالغائب يطلق في غيبته ولا يعلمها بذلك حتى يقدم، فعلمتها من يوم إعلامه ولا يملك الرجعة فيها إلا من يوم أقر إنه أوقع الطلاق فإن انقضت العدة من ذلك اليوم فلا رجعة اهـ. فانظر هذا مع قول الإمام ابن مرزوق فيما مر عنه من قوة الإشكال، وذكر في المعيار عن ابن سهل في امرأة حنث زوجها فيها بالثلاث وبقي مسترسلاً حتى قضى القاضي عليه بالحنث أن العدة من يوم القضاء إن كان الزوجان حاضرين وإن كانا غائبين فالعدة من وقت أمرهما بالفراق فإن كانت قد انقضت من يوم الحكم فلا بد من استئناف ثلاثة قروء للاستبراء اهـ باختصار فتأمل ذلك كله مع ما مر.

وَمُوقِعُ الطَّلاَقِ دُونَ طُهْرِ
يُمْنَعُ مَعْ رُجُوعِهِ بِالقَهْرِ

(وموقع) مبتدأ (الطلاق) مضاف إليه (دون طهر) يتعلق بموقع أو بمحذوف حال منه (يمنع) بالبناء للمفعول أي فعل ممنوعاً ونائبه ضمير الموقع والجملة خبر (مع) بسكون العين يتعلق بمحذوف جواب عن سؤال مقدر فكأن قائلاً قال له: وإذا كان المطلق في الحيض أو النفاس فعل ممنوعاً فما حكمه؟ فقال: الحكم وقوع طلاقه مع وجوب (رجوعه) أي ارتجاعه لها ما دامت في العدة ولو (بالقهر) بالتهديد والسجن والضرب بمجلس واحد فإن قهر بذلك ولم

يفعل ارتجعها له الحاكم بأن يقول: ارتجعتها لك أو يحكم عليه بها أي يخبره بوجوب الرجعة على وجه الالتزام، وإن لم يقل ارتجعتها لك كما في طفي ويجوز الوطء بهذا الارتجاع وإن لم تقارنه نية لأن نية الحاكم قائمة مقام نيته ويتوارثان به إن مات أحدهما، وإذ ارتجعها بنفسه أو ارتجعها عليه فالأحب أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقها إن شاء، فإن طلقها في الطهر الموالي للحيض الأول مضى مع كراهته ولا يجبر على الرجعة، ومحل قهره على الارتجاع إذا كان الطلاق رجعياً، وأما إن كان على عوض أو بلفظ الخلع أو التمليك أو بالثلاث فلا يؤمر بالارتجاع ولا محل لجبره.z

وَفِي المُمَلَّكِ خِلافُ وَالقَضَا
بِطَلْقَةٍ بائِنةٍ في المُرْتَضَى

(وفي المملك الخلاف) مبتدأ وخبره (والقضا)ء مبتدأ (بطلقة) خبره (بائنة) صفة لطلقة (في المرتضى) يتعلق بالاستقرار في الخبر، وظاهره أن الخلاف جار ولو نوى به الثلاث. وفي الرسالة إذا قال: أنت طالق فهي واحدة إلا أن ينوي أكثر. القلشاني: من نوى الثلاث بقوله: أنت طالق فقد لزمته الثلاث وهو معنى قول الشيخ اهـ. ومثله يأتي عن المدونة فيمن نوى بقوله: لا رجعة إلى البتات فإنها تلزمه، وانظر ابن سلمون وفي المعونة: إذا قصد إيقاع الخلع من غير عوض كان خلعاً عند مالك لأنه طلاق قصد أن يكون خلعاً فكان على ما قصده كالذي معه العوض، وقال أشهب: يكون رجعياً اهـ.

قلت: لأنه أراد أن يخرج الرجعي عن حقيقته الشرعية بمجرد القصد فهو كاشتراط نفي الرجعة والتزام عدم الرجوع في الوصية فلا يسقط قصده رجعته عند أشهب، فالخلاف حينئذ مع قصد البينونة بذلك أو لا قصد أصلاً، والظاهر أن مراد الناظم بالمملك ما يشمل الألفاظ الآتية في النقل لا خصوص لفظ التمليك، بل ويشمل حتى من طلق وأعطى على مذهب المدونة أو خالع وأعطى إذ الكل فيه الأقوال الثلاثة الآتية كما في أبي الحسن. قال ابن سلمون: وأما الطلاق المملك على غير شيء بعد البناء فيكتب فيه عقد طلق فلان زوجه فلانة بعد البناء بها طلقة واحدة ملكها أمرها بها دونه وأشهد بذلك في كذا ثم قال: وهذا الطلاق مكروه لأنه على خلاف السنة. واختلف فيه على ثلاثة أقوال: فقيل طلقة رجعية كمن قال: أنت طالق واحدة لا رجعة لي عليك فيها وهو قول مطرف وأشهب، وقيل: إنها تكون البتة كن قال: أنت طالق واحدة بائنة فإنها الثلاث وهو قول ابن الماجشون وابن حبيب وقيل: إنها طلقة واحدة بائنة قاله ابن القاسم، وحكاه القاضي عن مالك وبه القضاء. وكان ابن عتاب رحمه الله يفتي بأن من بارى زوجته هذه المباراة ثم طلقها بعد ذلك في العدة أن الطلاق يرتدف عليه استحساناً ومراعاة لمن يراه طلقه رجعية اهـ. وقال المتيطي في نهايته وابن هارون في اختصاره، واللفظ للأول ما نصه: ويكره للرجل أن يطلق امرأته طلقة مباراة أو خلع أو صلح دون أخذ أو إسقاط لوقوعها خلاف السنة فإن فعل ففيها ثلاثة أقوال. فذكر الأقوال التي تقدمت عن ابن سلمون بعينها وكذا نقلها (ح) عند قول (خ) في الخلع: وبانت ولو بلا عوض نص عليه الخ. وكذا ذكرها القلشاني في شرح الرسالة في طلاق الخلع بغير عوض وذكر عقبها ما نصه: قال ابن عبد السلام: والأقرب المعقول الأول وإلزام البينونة فيه بعد لأنه لا موجب للبينونة إلا العوض أو الثلاث أو كونه قبل

البناء والفرض انتفاء كل واحد من هذه الثلاث اهـ. وقد استفيد من هذا كله أنه إذا قال

طلقتها طلاق صلح أو طلاق مباراة أو طلاق تمليك أو طلاق خلع تجري فيه الأقوال الثلاثة، وإن لم يكن عوض في الجميع لأن معناها واحد بل ذكر في نوازل الطلاق من المعيار عن ابن رشد وغيره أنه إذا قال: أنت طالق ونوى به التمليك فهو على ما نوى، وعليه فكل طلاق نوى به البينونة فهو على ما نواه كان بلفظ التمليك أو غيره وتجري فيه الأقوال. ولذا قال الشارح المملك هو طلاق الخلع بغيرعوض، وقال ناظم العمل: المطلق أيضاً وزاد وأنه لا يشترط كونه بلفظ الخلع يريد بل به وبما في معناه من التمليك أو البينونة. قال في الشامل: ولو قال أنت طالق طلقة بائنة فواحدة بائنة على الأصح وثالثها ثلاث اهـ. ولم يذكر ابن سلمون طلاق خلع بغير عوض أصلاً بل اقتصر على المملك لأنه عينه عنده، وتبعه الناظم وقد تقدمت الإشارة إلى هذا عند قوله ومنه الخلعي الخ. وبهذا تعلم ما في (ز) عند قول (خ) في الخلع لا أن اشترط نفي الرجعة بلا عوض من أن طلاق الخلع بغير عوض غير طلاق التمليك وأن طلاق التمليك فيه الرجعة على ما رجحه القرافي، وبه أفتى جد الأجهوري فلا يعول على شيء من ذلك لأن ما رجحه القرافي، وأفتى به الأجهوري هو القول الأول الذي استغفر به ابن عبد السلام أيضاً من تلك الأقوال الثلاثة الجارية في الخلع بغير عوض، كما للقلشاني، وفيه وفي الصلح والمباراة كما للمتيطي، وفي المملك كما لابن سلمون والناظم وفيمن طلق وأعطى أو خالع وأعطى كما في أبي الحسن لأن الطلاق فيهما بغير عوض والعطية المقارنة له من الزوج محض هبة، ولذا قلنا لا يبعد أن يكون الناظم أطلق المملك على ما فيه الخلاف المذكور مما مر، ومما يأتي من نحو لا رجعة لي عليك فما رجحه القرافي وتبعه الأجهوري مقابل لما به القضاء كما ترى.

تنبيهان. الأول: تشبيه الموثقين الطلاق المملك بالطلاق الذي لا رجعة فيه يقتضي أن الذي لا رجعة فيه متفق عليه إذ لا يحتج بمختلف فيه، وليس كذلك، بل الخلاف جار في الجميع، ففي كتاب التخيير والتمليك من أبي الحسن ما نصه اللخمي: اختلف فيمن قال أنت طالق طلاق الصلح أو طلقة بائنة أو طلقة لا رجعة فيها فقيل: هي ثلاث، وقيل: هي رجعية، وقيل: هي بائنة لأن الرجعة من حقه فإذا أسقط حقه فيها لزمه وهو أبين اهـ باختصار. وقال أبو الحسن في كتاب الخلع ما نصه من اختلاف الرواة هنا: يعني فيمن صالح وأعطى أو طلق وأعطى أخذ أبو محمد صالح أن ما يفعله أهل بلدنا في قولهم أنت طالق طلقة مملكة أنها تكون بائنة، وقد كان ابن العربي يقول: لا تكون بائنة. واحتجوا عليه بهذه الألفاظ صالح وأعطى خالع وأعطى وغير ذلك فقال: إنما أوجبت هذه الألفاظ البينونة لأجل اللفظ وقولهم: أنت طالق طلقة مملكة مثل قوله في كتاب التخيير أنت طالق طلقة ينوي لا رجعة لي عليك فإنه قال هناك له الرجعة اهـ. وعبارة المدونة في كتاب التخيير هي قولها ما نصه: وإن قال لها أنت طالق تطليقة ينوي لا رجعة عليك فله الرجعة،
وقوله: لا رجعة لي عليك ونيته باطل إلا أن ينوي بقوله: لا رجعة لي عليك

البتات اهـ. اللخمي: يريد هو باطل سواء قال ذلك قولاً أو نواه فقد تبين بهذا أن طلاق الصلح والخلع والتمليك والبينونة والذي لا رجعة فيه، ومن صالح وأعطى فيه الخلاف المذكور، والذي به القضاء ما درج عليه الناظم وهو ما اختاره اللخمي في لا رجعة لي عليك وإن كان مذهب المدونة في الطلقة البائنة الثلاث ومذهبها في طلاق الخلعي ونحوه البينونة فقط. وفي لا رجعة لي عليك كونها رجعية وتبعها (خ) على ذلك كله فلا يشكل عليك، فإن الناظم حكى ما به العمل في ذلك وإن خالف المدونة و(خ) يتبع المدونة فقال: وبانت ولو بلا عوض وقال بعده: لا أن شرط نفي الرجعة فهي رجعة. وقال أيضاً: أو واحدة بائنة أي فهي ثلاث عنده.

قال أبو الحسن: الفرق على مذهبها بين طلاق الخلع بغير عوض هي واحدة بائنة وبين قولها في الواحدة البائنة أنها الثلاث أنه في الأول شبهها بطلاق الخلع وفي الثانية قال بائنة فليست بخلعية ولا شبهها بطلاق الخلع.
الثاني: قال أبو الحسن عند قولها المتقدم عن كتاب التخيير ما نصه: قال ابن عبد الحكم: إذا قال لها أنت طالق ولا رجعة لي عليك فله الرجعة وإن قال لا رجعة لي عليك كانت البتة. قال ابن الكاتب: مسألة ابن عبد الحكم ليست كمسألة المدونة لأن مسألة المدونة قد بين أنه طلقها طلقة واحدة ومسألة ابن عبد الحكم لم يذكر طلقة، وإنما قال: لا رجعة لي عليك فهي البتات.
اللخمي: ولو قال أنت طالق طلاقاً لا رجعة لي عليك فيه لكان ثلاثاً قولاً واحداً لأن طالق يعبر به عن الواحد والثلاث، فإذا قال طلاقاً لا رجعة فيه كان صفة للطلاق أنه ثلاث اهـ.
قلت: وهو ظاهر إذا نواه أو لم ينو شيئاً وانظر إذا نوى الواحد التي لا رجعة فيها أعني البائنة، والظاهر أن له نيته لأن اللفظ ليس صريحاً في الثلاث ولا كناية ظاهره فيه والله أعلم.
وَبَائِنٌ كلُّ طَلَاَقٍ وَقَعَا
قَبْلَ البِنَاءِ كَيْفَمَا قَدْ وَقَعَا

(وبائن) خبر عن قوله (كل طلاق) وجملة قوله (وقعا) صفة لطلاق، والرابط بين الصفة والموصوف محذوف أي أوقعه وألفه للإطلاق وفاعله ضمير الزوج (قبل البناء) يتعلق بأوقعا (كيفما) مجردة عن معنى الاستفهام فهي للتعميم في الأحوال بمعنى مطلقاً حال من الضمير في بائن وما زائدة أي كل طلاق أوقعه الزوج قبل البناء فهو بائن في أي حال (قد وقعا) أي حال كونه مكيفاً بأي كيفية كانت بكونه في الحيض أو في غيره بعوض أو بغيره واحدة أو أكثر في كلمة أو في كلمات في مرض أو غيره ويجري في الإرث على حكم الطلاق في المرض الآتي في قوله: ومن مريض الخ. ويجب لها نصف الصداق إن كان نكاح تسمية ويبقى على أجله إن كان مؤجلاً وإن كان نكاح تفويض فلا شيء لها فإن طلق قبل البناء بعد أن اشترت الجهاز فلها نصف الجهاز فإن اشترت به ما لا يصلح للجهاز رجع عليها بنصف ما دفع، وإن أصدقها عقاراً أو عروضاً أو حيواناً فباعت ذلك أو وهبته أو أعتقت الرقيق أو تلف بيدها أو دخله نقص أو زيادة كان له نصف الثمن في الجميع إن لم تحاب فيه ونصف القيمة في الهبة والعتق يوم

إحداثها لذاك كما في (خ).
وَبالثَّلاَثِ لاَ تَحِلُّ إلاَّ
مِنْ بَعْدِ زَوْجٍ لِلَّذِي تَخَلَّى

(وبالثلاث) يتعلق بمقدر صفة لفاعل قوله (لا تحل) وفاعله ضمير الزوجة (إلا) استثناء من عموم مقدر (من) زائدة والزائد لا يتعلق بشيء كما مرّ (بعد) معمول لتحل (زوج) على حذف مضاف ومتعلقه (للذي) يتعلق به أيضاً (تخلى) صلته والرابط ضميره المستتر العائد على الموصول، والتقدير الزوجة المطلقة بالثلاث يريد: وما في معناها من البتة ونحوها حيث كان عرف الناس فيها الثلاث على ما يأتي في قوله: ويلزم الطلاق بالصريح الخ. لا تحل للذي تخلى عنها إلا بعد وطء زوج بنكاح لازم أو إلا في زمان كائن بعد وطء زوج الخ. وقدرنا وطأ لقوله تعالى: حتى تنكح زوجاً غيره} (البقرة:230) فإنهم قالوا كل نكاح وقع في كتاب الله، فالمراد به العقد إلا في هذه الآية. فإن المراد به الوطء مع العقد الصحيح اللازم للحديث الصحيح في امرأة رفاعة القرظي التي قالت له عليه السلام: كنت عند رفاعة فبت طلاقي فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هدبة الثوب، فتبسم رسول الله {صلى الله عليه وسلم} وقال: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك». فهذا الحديث نص على أن المراد الوطء، ولا بد أن تكون هي مطيقة للوطء، وأن يكون الوطء لا نكرة فيه (خ) والمبتوتة حتى يولج مسلم بالغ قدر الحشفة بلا منع ولا نكرة فيه بانتشار في نكاح لازم وعلم خلوة وزوجة فقط الخ. وخالف الحسن البصري فقال: لا يحلها مغيب الحشفة بل حتى يقع الإنزال لقوله في الحديث: «حتى تذوقي عسيلته». الخ. ورأى غيره أن المغيب هو العسيلة وخالف سعيد بن المسيب فقال: إن العقد عليها يحلها للأول وخطىء بمخالفته للحديث، وتؤول على أن الحديث لم يبلغه. وخالف ابن الماجشون فقال: تحل بالوطء الحرام كوطئها وهي حائض أو صائمة، ولا بد أن لا يقصد الزوج الثاني بنكاحه تحليلها. قال في الرسالة: ولا يجوز أن يتزوج رجل امرأة ليحلها لمن طلقها ثلاثاً ولا يحلها ذلك. وقال (خ) كمحلل وإن مع نية إمساكها مع

الإعجاب، وظاهر النظم أنها لا تحل ولو ملكها بالشراء وهو كذلك قال في الرسالة: ومن طلق امرأته ثلاثاً لم تحل له بملك ولا نكاح حتى تنكح زوجاً غيره.
تنبيه: قال ابن رشد: جرت عادة قضاة العصر منع المبتوتة من رجعة مطلقها حتى يثبت دخول الثاني دخول اهتداء وأنه كان يبيت عندها ويتصرف عليها تصرف الأزواج على الزوجات وما علموا في نكاحها ريبة ولا دلسة اهـ. وقال احلولو العمل عند قضاة تونس اليوم تكليفه عند العقد بإثبات أنه لا يتهم بتحليل المبتوتة فحينئذ يحل له تزوجها، ثم إن طلقها لم تحل لزوجها إلا بعد ثبوت البناء بها وهو حسن سيما مع فساد الزمان اهـ. نقل ذلك كله ابن رحال في حاشيته هنا.
وَهْوَ لِحُرَ مُنْتَهَى الطَّلاَقِ

وَحُكْمُها يَنْفُذُ بالإطلاقِ
(وهي) مبتدأ عائد على الثلاث (لحر) يتعلق بالخبر الذي هو (منتهى الطلاق) أي غايته (وحكمها) مبتدأ (ينفذ) بضم الفاء والجملة خبر (بالإطلاق) يتعلق به.
هَبْ أَنْها بِكَلْمةٍ قَدْ جُمِعَتْ
أَوْ طَلْقَةٍ مِنْ بَعْدِ أُخْرَى وَقَعَتْ

(هب أنها) أي الثلاث (في كلمة) يتعلق بقوله: (قد جمعت) والجملة خبر إن وهي وما دخلت عليه سدت مسد مفعولي هب (أو طلقة) حال من فاعل وقعت (من بعد أخرى) يتعلق بمقدر صفة لطلقة (وقعت) فاعله ضمير الثلاث. والجملة معطوفة على جملة جمعت والجملتان مفسرتان للإطلاق أي الثلاث هي غاية طلاق الحر، فالطلاق الزائد عليه غير لازم، وحكمها الذي هو عدم حليتها إلا بعد زوج نافذ مطلقاً سواء جمعت في كلمة واحدة كقوله: أنت طالق ثلاثاً أو وقعت هي أي الثلاث حال كونها طلقة كائنة بعد طلقة، وما ذكره من لزوم الثلاث ولو في كلمة هو الذي به القضاء والفتيا كما في المتيطية، بل حكى بعضهم عليه الاتفاق وبعضهم الإجماع. انظر المعيار فقد أجاد فيه، وانظر ابن سلمون والمتيطية وغيرهما وما ذكروا فيه من الخلاف داخل المذهب ضعيف جداً حتى قالوا: إن حكم الحاكم به ينقض ولا يكون رافعاً للخلاف (خ) أو جعل بتة واحدة الخ. وذكر البرزلي في نوازل الإيمان عن ابن العربي والمازري أنهما قالا: لم ينقل القول الشاذ إلا ابن مغيث لا أغاثه الله قالها ثلاثاً اهـ. وهذا مبالغة في الإنكار بل قال بعضهم:ما ذبحت ديكاً قط ولو أدركت من يحلل المطلقة ثلاثاً في كلمة لذبحته بيدي، وظاهر قوله: طلقة بعد طلقة أخرى أنه لا فرق بين أن يكون ذلك نسقاً كأنت طالق أنت طالق أنت طالق أو مفرقاً في مجالس وهو كذلك في الثاني حيث كانت مدخولاً بها، وكان الطلاق الثاني قبل انقضاء عدة الأول، وأما الأول فتارة يكون بدون عطف كما مر في المثال وتارة بالعطف بواو أو فاء أو ثم وعلى كل حال يلزمه الثلاث كما هو ظاهر النظم، سواء كانت مدخولاً بها أم لا. ولا ينوي في إرادته التأكيد فيهما مع العطف، وإنما ينوي في إرادته فيهما مع عدمه كما قاله (خ) وشراحه عند قوله: وإن كرر الطلاق بعطف واو الخ. وظاهر قوله في كلمة الخ. أوقعها في حال الغضب والمنازعة أم لا. ولا ينوي في ذلك ولو مستفتياً وهو كذلك. قال ابن العربي

في أحكامه الصغرى عند قوله تعالى: والذين يظاهرون منكم من نسائهم} (المجادلة:) الآية ولا يسقط الغضب ظهاراً ولا طلاقاً بل يلزمان الغضبان إذ في حديث خولة كان بيني وبين زوجي شيء، وهذا يدل على نزاع أخرجه فظاهر اهـ. وقال ابن عرفة عن ابن رشد: يمين الغضب لازمة اتفاقاً اهـ. وما وقع في شرح التلقين من أنه إذا طلقها في كلمة أو كلمات في حال الغضب أو اللجاج أو المنازعة لا يلزمه شيء ويدين إذا جاء مستفتياً لأن ذلك من باب الحرج والحرج مرفوع عن هذه الأمة ولقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تعينوا الشيطان على أخيكم المسلم» ولقول علي بن أبي طالب: من فرق بين المرء وزوجته بطلاق الغصب أو اللجاج فرق الله بينه وبين أحبائه يوم القيامة قاله الرسول

عليه السلام اهـ. كل ذلك لا يصح ولا يعول عليه، وقد أغلظ المسناوي رحمه الله على من نقل ذلك ولبس به على المسلمين. وقال: إن ذلك من الافتراء على الأئمة المعتبرين المعروفين بالتحقيق التام. قال: فالواجب تعزير من عمل بذلك أو ركن إليه أو أفتى به إن لم يعذر بجهل اهـ باختصار. وقد كثر السؤال عن ذلك في هذه الأزمنة وقبلها وينسب السائل ذلك لكتاب التقريب والتبيين في شرح التلقين، وبعضهم للذخيرة عن البيان. أما الذخيرة والبيان فلا شيء فيهما، وأما التقريب والتبيين فلا زال عقلي يستبعد وجود ذلك فيه حتى منّ الله عليَّ بالوقوف على ذلك فيه الآن ونقلت منه ما تقدم باللفظ وذكر متصلاً بما مر عنه ما نصه: قال محمد بن القاسم، قلت لمحمد بن سحنون: أيحل لي أن أرد المطلقة ثلاثاً لمن جاءني مستفتياً في ذلك قال: إن كان من أخيار الناس ومن أهل الورع فنعم ترد عليه زوجته سراً، وإن كان سفيهاً فألزمه الثلاث لئلا يستن بذلك فلا يحرم حراماً اهـ لفظه. وهذا لا يصح أيضاً بحال، ولا أظن ذلك يصدر من عالم يعتد بعلمه وهذا الشرح مجهول النسبة عندي فلم أدر صاحبه من هو فلا ينبغي أن يعتمد على ما فيه مما يخالف الجادة والله

أعلم. ومفهوم قول الناظم: لحر أن العبد منتهى طلاقه اثنتان فلا تحل له بعدهما حتى تنكح زوجاً غيره، وسواء كانت الزوجة حرة أو أمة. وقال أبو حنيفة: إذا كانت زوجته حرة فمنتهى طلاقه ثلاث.
فرع: لو قال: أنت طالق أو أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله فإنه يقع طلاقه ويلزمه حكمه عند مالك وأصحابه، وكذلك العتق ولا يعمل قوله: إن شاء الله إلا في اليمين بالله وحدها. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يقع الطلاق ولا العتق ولا النذر ولا ما دخل فيه قوله: إن شاء الله كاليمين بالله تعالى. وقال أحمد: لا يقع الطلاق ويقع العتق قاله القاضي عبد الوهاب في مسائله.
وَمُوقِعٌ ما دُونَها مَعْدُودُ
بَيْنَهُمَا إنْ قُضِيَ التَّجْدِيدُ

(وموقع) بفتح القاف صفة لمحذوف أي طلاق موقع، ويجوز كسرها أي شخص موقع (ما) زائدة على الأول وموصوفة على الثاني واقعة على طلاق (دونها) يتعلق بموقع على الفتح وصفة لما على الكسر والضمير للثلاث (معدود) خبر على الإعرابين حذف متعلقه أي عليه (بينهما) يتعلق بتجديد آخر البيت ولا يضر تقدمه على الشرط لأن الظروف يتوسع فيها وضميره للزوجين (إن قضى) بالبناء للمفعول والجملة شرطية حذف جوابها للدلالة عليه (التجديد) بالجسم نائب ومعناه أن الشخص الموقع لطلاق دون الثلاث معدود عليه ما أوقعه إن قضى الله تعالى بتجديد النكاح بينهما ولو تزوجها أجنبي قبل تجديد النكاح لأن نكاح الأجنبي إنما يهدم الثلاث. قال القاضي عبد الوهاب في مسائله: سواء دخل بها الثاني أم لا ولا يهدم الثاني بوطئه طلاق الأول فإن كان طلقها واحدة عادت في النكاح الثاني على طلقتين وإن كان طلقها اثنتين عادت إليه على طلقة حتى أنه إن طلقها واحدة لم تحل له إلا بعد زوج وهو مذهب عمر وعلي وأبي هريرة وأبي بن كعب والأوزاعي وابن أبي ليلى وابن أبي ذئب والثوري

ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة بعد إن كان مخالفاً. وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف صاحبه إلى أن الزوج الثاني إن أصابها في نكاحه هدم طلاق الزوج الأول فترجع إليه بعصمة جديدة، وبه قال من الصحابة ابن عباس وابن عمر رضي الله تعالى عنهما.

فصل في ذكر أحكام الخلع

وهو الطلاق بعوض ولو من غير الزوجة أو بلفظ الخلع على ما مر بيانه، وهذا العوض لا يحتاج إلى حيازة.

والخَلْعُ سَائِغٌ والافْتِدَاءُ
فَالافْتِدَاءُ بِالَّذِي تَشَاءُ

(والخلع) مبتدأ (سائغ) خبره (والافتداء) مبتدأ حذف خبره لدلالة ما قبله عليه فالافتداء مبتدأ والفاء جواب سؤال مقدر أي إن أردت معرفته (فالافتداء بالذي تشاء) خبره أي بالذي تشاؤه من مالها.

والْخَلْعُ بِاللاَّزِمِ فِي الصَّدَاقِ
أَوْ حَمْلٍ أَوْ عِدَّةٍ أَوْ إنْفَاقِ

(والخلع) مبتدأ (باللازم) خبره (في الصداق) يتعلق به أي باللازم له في صداقها من كالىء أو حال أو هما فتسقطه عنه ويطلقها (أو حمل) معطوف على الصداق أي اللازم له في حمل إن كان وهو نفقتها الواجبة لها عليه (أو عدة) معطوف أيضاً على اللازم في عدة وهو كراء المسكن وعنه يعبر الموثق بقوله: وبخراج عدتها منه (أو إنفاق) على ولدها منه بأن يخالعها على أن عليها أجرة رضاعه قبل الحولين أو على أن عليها نفقة مدة زائدة على مدة الرضاع أو على إسقاط حضانتها على الولد أو على إنفاقها على بنين له من غيرها أو على زيد مثلاً كما يأتي ابن عرفة، وفيها ما الخلع وما المباراة وما الفدية قال مالك: المباراة التي تباري زوجها قبل البناء وتقول: خذ الذي لك وتاركني والمختلعة التي تختلع من كل الذي لها والمفتدية التي تعطي بعض الذي لها وكلها سواء، ثم قال أبو عمران: الخلع والصلح والفدية سواء وهي أسماء مختلفة لمعان متفقة اهـ.v وحذف الناظم المباراة مع أنها في المدونة مع الخلع والفدية في نسق واحد كما ترى.

تنبيهات. الأول: إذا خالعها على رضاع الولد في الحولين ففي منعها من التزوج أقوال. ثالثها إن كان بشرط، ورابعها إن كان يضر بالصبي لابن رشد من قولها ذلك في الظئر المستأجر وسماع القرينين وابن نافع مع رواية محمد وسماع عيسى قاله ابن عرفة. وتصديره بالمنع يقتضي أنه الراجح وهو ظاهر البساطي في باب الإجارة في استئجار الظئر قال: وإذا خالعت المرأة زوجها على أن ترضع له الولد حولين فليس لها أن تتزوج فيهما.

قلت: المنع إنما هو لأجل الوطء فإذا أمن من الزوج الوطء فلا أدري يمنع لماذا اهـ. بنقل بعضهم. واقتصر عليه في الطرر أيضاً فقال ما نصه: إذا صالحت الأم على رضاع ولدها الصغير ففي الجعل والإجارة منها أنها ممنوعة من التزويج حتى تتم مدة الرضاع قاله ابن رشد في كتاب التمليك من شرح العتبية اهـ

ونحوه للتتائي في كبيره، والبرزلي في نوازله قائلاً هو جار على ما في الرضاع يريد من المدونة، وذكر ابن ناجي أن شيخه أفتى به وعمل على فتواه قال: وكانت النازلة في كون القاضي لم يطلع على ذلك إلا بعد التزوج فمنعه من الوطء حتى مات الصبي عن قرب ودرج علين ناظم العمل المطلق حيث قال:
ومن بإرضاع الصبي اختلعت
من النكاح بالقضاء منعت

واقتصر في معين الحكام على ذلك أيضاً وكذا في المتيطية واختصارها قالا: وتمنع المرأة المشترط عليها رضاع ولدها عامين من النكاح فيهما لما يخاف من فساد اللبن اهـ. لكن قال ابن سلمون بعد أن عزا ما مر لدليل المدونة ما نصه: والمعروف من قول مالك في المستخرجة أنها تتزوج وأن شرط عليها في عقد الخلع أن لا تتزوج مدة الرضاع قال في التزاماته عقبه ما نصه: وفي كلام ابن سلمون ترجيح القول بأنه لا يلزم ولو في مدة الرضاع وهو الظاهر خلاف ما يظهر من كلام ابن رشد فتأمله اهـ. فتبين بهذا رجحان كل من القولين الأولين في كلام ابن عرفة، لكن الأول أقوى، ولذا استظهره ابن رحال في شرحه أيضاً. ولا يقال القول الأول إنما هو مخرج فكيف جزم به من تقدم مع أن (ح) قال في فصل إزالة النجاسة: المعتمد في كل نازلة على ما هو المنصوص فيها لا على المخرج لأنا نقول: الحكم القائم من المدونة ينزله الشيوخ منزلة نصها كما ينزلون إطلاقاتها وظواهرها منزلة نصها أيضاً، فيعارضون به كلام غيرها حسبما ذلك منصوص عليه حتى في (ز) عند قوله في النكاح: وظاهرها شرط الدناءة. وذكر في نوازل الخلع من المعيار عن ابن عطية الونشريسي ما يفيد ضعف ذلك الترجيح، ورجح جواز تزويجها في مدة الرضاع كما ضعف أيضاً ما يأتي عن الاستغناء فانظره إن شئت، وقد يرد بأن الضرر مترقب قطعاً كما رأيته في كلام المتيطية لأنه تعليل بالمظنة وكما هو مشاهد بالعادة، وكون الغيلة لا تضر على ما ورد عنه عليه الصلاة والسلام لا يدل على جواز النكاح في مسألتنا كما قيل: لأن مسألتنا فيها معارضة، ومعلوم ما فيها من التشاح، وأيضاً فإن تزوجها يمنعها من الاشتغال بأمر الرضيع كما يأتي، وما ورد عنه عليه الصلاة والسلام إنما هو في أمر عام وهو وطء المرضع والأعم لا دليل فيه على أخص معين، ولذا قالوا في الظئر المستأجر يمنع زوجها من وطئها حيثما رضي بإجارتها نفسها كما قال (خ) ومنع زوج رضي من وطء، وبهذا تعلم أن

قولهم تمنع من النكاح أي من وطئه وإلاَّ فلا يفسخ العقد إن وقع على ما مر عن ابن ناجي، وسيأتي في التنبيه بعده ما يقتضي ذلك.
الثاني: ظاهر كلام ابن عرفة بل صريحه أن محل الأقوال المتقدمة مع اشتراط عدم التزوج وجعلها في الشامل و(ح) في التزاماته مع عدم الاشتراط، ثم قال ابن عرفة، إثر ما مر عنه ما نصه: وشرط عدم نكاحها بعد الحولين لغو. ابن رشد اتفاقاً قال (ح) في التزاماته. وما ذكره ابن رشد من الاتفاق على أنه لا يلزمها ترك النكاح فيما بعد الحولين مخالف لما ذكره ابن سلمون عن كتاب الاستغناء من أن الأم إذا التزمت حضانة بنيها وتزوجت فسخ النكاح حتى يتم

أمد الحضانة قال بعضهم: يريد قبل البناء ثم قال (ح): ولا شك أن ما قاله ابن رشد لم يكن متفقاً عليه فهو الظاهر اهـ. وتأمل ذلك مع أن (ح) نفسه اقتصر في باب الحضانة من المختصر على ما في كتاب الاستغناء من فسخ النكاح، وكذا (ز) هناك.

قلت: وهو ما يفيده قولهم في باب الحضانة أن المرأة إذا تزوجت اشتغلت بأمر الزوج فتسقط حضانتها بذلك، وهنا قد تعلق حق الولد بل والزوج بحضانتها بنفسها، وعلى ذلك أرسل العصمة من يده فهو حق تعلق بعين المرأة، فليس لها أن تشغل نفسها بغير ما وقع عقد الخلع عليه فيكون هذا أرجح من جهة النظر. وقال البرزلي إثر تلك الأقوال ما نصه: وانظر ما يفعلونه اليوم أنها تتحمل به أي الولد عازبة كانت أو متزوجة وإن بدلت الأزواج أو سافرت فلا ينتزع منها هل يوفي بهذا أم لا؟ وهي عندي تجري على هذا لأن من حق الولد أن لا يجتمعا على ضرره في القول الأول، وعلى الثاني يكون أحرى في جواز تزويجها لشرطها اهـ بلفظ الاختصار. وهذا يؤيد ما في كتاب الاستغناء من الفسخ لأن الحق في ذلك للولد كما يؤيد القول الأول من تلك الأقوال ولا إشكال إلا أنه يقال محل الفسخ قبل البناء على القول به إذا لم يتراضيا على تأخير الدخول إلى انقضاء مدة الحضانة. وقال الفشتالي في وثائقه ما نصه: وبعضهم يشترط عليها وتشترط عليه أن لا ينتزع الولد منها تزوجت أو تأيمت أو سافرت أو سافر هو أو أقام، ثم قال: فإن سقط ذلك الشرط من عقد الخلع وتزوجت سقطت حضانتها، وكذا إن سافرت أو سافر هو لمكان بعيد أقله على خلاف ما تقصر فيه الصلاة اهـ. ففيه دليل لرجحان إعمال الشرط المذكور، بل وصرح بلزومه في الالتزامات في النوع الخامس من الباب الثاث فانظره.
الثالث: إذا خالعته على أن عليها نفقة البنات وأن الأمر لها في تزويجهن ويكون العاقد عليهن غيرها جاز ذلك وهل له عزلها لأنه وكالة منها لها؟ قال (ح) في التزاماته: لا سبيل له لعزلها. نقله ابن رحال ههنا.

الرابع: إذا خالعها بنفقة الولد عازبة كانت أو متزوجة وقلنا لا ينزع منها إن تزوجت على ما مر قريباً فتحمل الزوج الثاني لها بنفقة الولد طوعاً فلا سبيل لرجوع الزوجة على ولدها إن كان له مال بما أنفقه عليه المتحمل المذكور كما هو واضح، وإنما يبقى الكلام إذا لم تتحمل هي بنفقة الولد وكانت تأخذ نفقته من أبيه ففي البرزلي وقعت مسألة وهي امرأة لها أولاد تأخذ نفقتهم من أبيهم وتزوجت رجلاً وشرطت عليه نفقة الأولاد أجلاً معلوماً أو تطوع به بعد العقد مدة الزوجية، وأرادت الرجوع بذلك على أبيهم فوقعت الفتيا إن كان ذلك مكتوباً في حقوقها يجب لها الرجوع متى شاءت وإسقاطه لزوجها، فلها أن ترجع بنفقتهم على أبيهم فإن كان ذلك للولد فلا رجوع على أبيهم بشيء وهو جار على الأصول كأنه شيء وهب للولد فنفقته على نفسه لا على أبيه والأول مال وهب لأمه فإذا أنفقته على الولد رجعت به على أبيه اهـ. بنقل (ح) أول الالتزامات فاستفيد منه أنه حيث فعل الزوج الثاني ذلك حرمة للأم فلها الرجوع على أبيه أو عليه حيث كان له مال وقت تحمل الثاني واستمر لوقت قيامها كما استفيد منه أيضاً أنه إذا تحمل الزوج بنفقة الولد في العقد لمدة

معلومة فإن النكاح صحيح وهو الذي رجحه ابن رشد حسبما في الالتزامات في المحل المذكور.
الخامس: إذا قلنا لها التزوج في مدة الرضاع أو مدة الحضانة فلا إشكال أن حضانتها تسقط بالتزويج ويلزمها أن تدفع أجرة الحضانة لمن انتقلت إليه على ما به العمل من وجوب الأجرة للحاضنة إذ على ذلك وقع إرسال العصمة كما يفيده جواب الوانغيلي في نوازل الخلع من المعيار.

السادس: ذكر في المعيار أيضاً في المحل المذكور عن ابن لب أن نفقة الولد التي وقع الخلع عليها تسقط بطرو المال للولد من إرث أو هبة أو نحوهما، وذكر أيضاً متصلاً به عن ابن عتاب أن ولد المختلعة التي تحملت بنفقته إذا تعلم صنعة فإن أجرته تستعين بها الأم على نفقته ولا توقف للابن، إذ ليس للصبي كسب ما دام في الحضانة قالوا: وهو الراجح. وهذا بخلاف الطوع فإن من طاع بالتزام نفقة صغيرة مثلاً كالزوج يلتزم نفقة ربيبه مدة الزوجية فإنما يلزمه الإنفاق ما دام صغيراً لا يقدر على الكسب كما في ابن سلمون والتزامات (ح) لكن استشكله البساطي في وثائقه بأنه التزم النفقة مدة الزوجية، فكيف تسقط عنه بقدرة الولد على الكسب؟ وأجيب: بأنهم لاحظوا أن سبب التزامه إسقاط كلفتهم عن الأم وبقدرتهم على الكسب انتفت العلة كما قالوا ذلك في المختلعة بنفقة الولد قاله أبو العباس الملوي رحمه الله.
السابع: قال في المتيطية: إذا خالعها عن أن لا تطلبه بشيء فظهر بها حمل فقال مالك تلزمه النقة اهـ.
الثامن: فإن خالعته على إسقاط نفقة حملها أو ولدها فعجزت فإن الزوج يؤمر بالإنفاق عليها ويتبعها إن أيسرت كما في الالتزامات وهو المشهور وبه العمل، فإن كانت أشهدت أنها لا تدعي في النفقة عجزاً ولا عدماً فلا تسمع دعواها العجز ولا بينتها إلا أن يشهدوا بذهاب مالها كما في المعيار والالتزامات أيضاً، لكن قيده في الالتزامات بما إذا كان حال المرأة مجهولاً، ولم يشهد بعدمها إلا شاهدان أو نحو ذلك، وأما إن كانت معلومة بالإعسار والعدم بحيث يشهد بذلك غالب من يعرفها، ويغلب على الظن أن ما أشهدت به من الوفر كذب فلا يلتفت إلى ما أشهدت به من الوفر اهـ.
قلت: وهذا التقييد ظاهر في كل مدين أشهد بالوفر المشار له بقول ناظم العمل المطلق:

ومن أقر بالملاثم ادعى
بأنه ذو عدم ما انتفعا
بمن له يشهد حتى يعلما
تلف ماله بأمر هجما

ثم ذكر في الشرح عن ابن ناجي أنه لا تنفعه بينته بالعدم وإن كان مجهول الحال أو معلوماً بالفقر لأن إشهاده بالوفر ينزله منزلة معلوم الملاء. قال: وبه العمل اهـ. فهو يعكر على تقييد (ح) وإن كان تقييده أظهر معنى.
التاسع: ذكر في الالتزامات والمعيار عن ابن رشد وابن الحاج أن المرأة إذا خالعت زوجها على تسليم صداقها وعلى أنها إن تزوجت قبل انقضاء عام من

تاريخ الخلع فعليها مائة مثقال فإنها إذا تزوجت قبل العام لا شيء عليها، إذ شرطه باطل والخلع جائز، ثم نقل عن ابن الضابط أنها إذا خالعته على أنها إن ردت زوجها الأول قبل عشرين سنة فعليها له مائة دينار أن ذلك لازم إذا ردت زوجها الأول فقال (ح) ما لابن رشد وابن الحاج جار على المشهور، وما لابن الضابط مقابل له.

قلت: وفرق كثير من الفاسيين وأفتوا به على ما حكاه عنهم أبو العباس الملوي بينهما بأن الأول بمنزلة ما إذا باعه على أن لا يبيع من أحد بخلاف الثانية فإنها بمنزلة ما إذا باعه على أن لا يبيع من زيد مثلاً فالبيع صحيح. قال الشيخ (ت): إنما يتم القياس لو جاز البيع على شرط أن لا يبيع من فلان وإن باعه منه زاده في الثمن كذا اهـ.

قلت: بل القياس تام لأن المعلق على شرط جائز شرعاً يصح بصحة شرطه بخلاف المعلق على فاسد فيبطل ببطلان المعلق عليه، فالظاهر ما فرقوا به دون مالح فتأمله.

العاشر: لو خالعها على إسقاط حضانتها فقامت الجدة وأرادت أخذ الولد فقال مالك: إن كان الأب معسراً فليس للجدة أن تأخذه وإن كان موسراً كان للجدة أخذه وتأخذ من الأب أجرة رضاعه على معنى ما في المدونة اهـ من ابن رشد. وهذا قول في المسألة والثاني أنه لا كلام لغير المسقطة وهو المنصوص في المدونة قال طفي: وهو المعتمد ونقل كلامها فانظره فيه، لكن اعترض ذلك بعضهم عليه وألف في ذلك وقال: إن هنا مسألتين. الأولى: إذا خالعت الأم بإسقاط حضانتها هل يمضي عليها ذلك ويلزمها ما أسقطته من الحضانة أو يلزم الطلاق ولا تسقط الحضانة ويكون الولد لها؟ قولان. لها ولعبد الملك بناء على أن الحضانة حق للمحضون وهذه فيها هو المشهور وهو الأول الذي هو مذهبها. والمسألة الثانية: إذا بنيتا على المشهور من سقوط حق الأم وكانت هناك جدة مثلاً فقامت بحقها هل لها ذلك أم لا؟ قولان. للموثقين وليس فيها مشهور ولا مقابلة. نعم ذكر المتيطي أن العمل على الأول، وقال غير واحد من الموثقين، وقال أبو عمران: إنه هو القياس، قال: بل ذكر ابن غازي وغيره عن غير واحد أن الفتوى فيما إذا أسقطت الجدة ونحوها حضانتها مع الأم حال الخلع أنها لا تسقط، فكيف إذا لم تسقطها كما في نازلتنا، ثم ذكر نقولاً تفيد أن المعتمد أن للجدة القيام قال خلافاً لما أفتى به جماعة من أصحابنا من أنه لا قيام للجدة، وأن الحضانة تنتقل للزوج على المشهور مغترين بما وقع من السهو للعلامة طفي اهـ. الغرض منه باختصار مع تقديم وتأخير.

قلت: ظاهر هذا القول الذي به العمل المذكور أن الحضانة تنتقل للجدة مطلقاً كان الأب موسراً أو معسراً وذلك ظاهر على القول بأنه لا أجرة للحاضنة وإلاَّ فللنظر فيه مجال.

الحادي عشر: محل جواز الخلع بإسقاط الحضانة ما لم يتعلق الولد بأمه أو يكون عليها في ذلك ضرر وإلا فلا يجوز قاله في المتيطية.

الثاني عشر: محل ما مر من أن الحق ينتقل للجدة والخالة ونحوهما ما لم تسقط الجدة ونحوها حضانتها بعد إسقاط الأم وإلاَّ بأن أسقطت بعدها كما لو

قال الموثق، ثم بعد إسقاط الأم أسقطت الجدة حضانتها فلا كلام لها، وأما إن كتب أنه خالعها على أن أسقطت حضانتها وأسقطت جدته أو خالته مثلاً حجتها فيما يرجع إليها من الحضانة فإن حضانة الجدة ونحوها لا تسقط لأنه من إسقاط الحق قبل وجوبه إذ الواو لا تقتضي ترتيباً قاله ابن الفخار وبه الفتوى كما مر.
الثالث عشر: لا يجوز الخلع على تأخير الصداق الحال أو بعضه فإن وقع فإن الطلاق نافذ والصداق على حلوله قاله في الكراس السابع من أنكحة المعيار.
وَلَيْسَ للأَبِ إِذَا مَاتَ الْوَلَدْ
شَيْءٌ وَذَا بِهِ القَضاءُ فِي المُدَدْ

(وليس) فعل ناقص (للأب) خبرها (إذا) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه متعلق بالاستقرار في الخبر (مات الولد) جملة فعلية في محل جر بإضافة إذا (شيء) اسم ليس (وذا) مبتدأ (به) خبر عن قوله (القضاء) والجملة خبر ذا (في المدد) جمع مدة كغرفة يتعلق بالاستقرار في الخبر، والمعنى أن المرأة إذا اختلعت بإرضاع ولدها إلى فطامه أو بنفقته إلى وقت قدرته على الكسب فمات الولد قبل انقضاء المدة المشترطة فإنه لا شيء للأب على المرأة لأن المقصود أن تكفيه مؤنة الرضاع والنفقة وقد كفيت. هذا هو المشهور وبه القضاء كما في المتيطية وابن سلمون وغيرهما. وروي عن مالك أنه يرجع عليها بما ينوب باقي المدة، وظاهره أنه لا شيء للأب سواء شرط عليها عاش الولد أو مات أم لا. وليس كذلك فإنه مع الشرط المذكور يرجع عليها بباقي المدة كما يأتي، ومفهوم مات الولد أنها إذا ماتت هي والموضوع بحاله فإنه يوقف من تركتها ما يفي بنفقة باقي المدة ويحاصص به غرماءها كما يأتي في قوله: وإن تمت اختلاع وقفا الخ. وانظر لو التزمت بنفقته وأطلقت فأنفقت عليه ستة أو شهراً وقالت: هذا الذي أردت وخالفها الزوج في ذلك هل القول كما قالوه في المتطوع بنفقة شخص بغير خلع حسبما في أوائل مسائل الالتزام أو يكون القول للزوج لأن هذا من باب المعاوضة، فيلزمها أن تنفق عليه إلى سقوط نفقته شرعاً، وهو الظاهر لأن الأصل عدم خروج عصمته من يده إلا على الوجه الذي يقصده فهو مصدق بيمينه، ولا سيما إن كان عرفهم ذلك والله أعلم.
والخُلْعُ بالإنْفَاق مَحْدُود الأَجَلْ
بَعْدَ الرّضَاعِ بِجَوَازِهِ العَمَلْ

(والخلع) مبتدأ (بالإنفاق) يتعلق به (محدود الأجل) بالنصب حال منه (بعد الرضاع) يتعلق بالإنفاق أو بمحدود (بجوازه) خبر عن قوله (العمل). والجملة خبر المبتدأ الأول، والمعنى أن العمل جرى بجواز الخلع بالإنفاق المحدود الأجل كأربع سنين أو خمس بعد مدة الرضاع، أو إلى حد سقوط الفرض عنه شرعاً ونحو ذلك، وظاهره كان الإنفاق منها أو من غيرها وهو كذلك (خ) وبعوض من غيرها إن تأهل ومقابل العمل هو مذهب المدونة. ورواية ابن القاسم عن مالك وأنه لا يجوز ويسقط الزائد على الحولين، وقوله بعد الرضاع: يقتضي أن هذا في خصوص الولد الذي ترضعه وليس كذلك، بل لو شرط عليها نفقة نفسه أو

نفقة بنين له منها أو من غيرها أعواماً معلومة كخمس عشرة سنة ونحوها لجاز ذلك أيضاً على ما به العمل كما في المتيطية، ولا يجوز ما زاد على الحولين في ذلك أيضاً على مذهب المدونة كالرضيع سواء بسواء، وعلى مذهب ابن القاسم في المدونة درج (خ) حيث قال: وجاز شرط نفقة ولدها منه مدة رضاعه فلا نفقة للحمل وسقطت نفقة الزوج أو غيره وزائد شرط كموته الخ. وفهم من قوله بعد الرضاع أنه في مدة الرضاع يجوز شرطه عليها إنفاق نفسه أو رضيعه أو غيرهما وهو كذلك قال بعضهم اتفاقاً: ومفهوم قوله محدود الأجل أنه إذا لم يكن لذلك أجل محدود لم يجز كتأجيله بقدوم زيد أو يسر الأب مثلاً وتأمله مع قول (خ) وعجل أي الخلع المؤجل بمجهول وتؤولت أيضاً بقيمته فإن ابن محرز قال: تعجيله مخالف لجواز الخلع بالغرر، وقال اللخمي: لا وجه لتعجيله وتعجيله ظلم اهـ. وظاهره تعجيله ولو حداه بمدة الحياة، لكن الذي يقتضيه قولهم يجوز الغرر في الخلع هو أنهما إن حداه بمدة الحياة ومات الولد سقطت كما مر، وإن ماتت هي فيوقف من مالها ما يفي بنفقته إلى تمام سبعين سنة كمن أوصى بنفقة رجل حياته فإنه يوقف من ثلثه ما يقوم به منتهى سبعين سنة كما في (ح) أول الالتزام فتأمل ذلك والله أعلم.

وَجَازَ قَوْلاً وَاحِداً حَيْثُ التُزِمْ
ذَاكَ وَإِنْ مُخَالِعٌ بِهِ عُدِمْ
(وجاز) فاعله ضمير الخلع (قولاً) منصوب على إسقاط الخافض (واحداً) نعت له أي جاز الخلع حال كون جوازه ثابتاً على كل قول (حيث) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه (التزم) بالبناء للمفعول (ذاك) نائب والإشارة للاتفاق، والجملة في محل جر بإضافة حيث (وإن مخالع) نائب عن فعل مقدر يفسره ما بعده (به) يتعلق بمخالع والباء للتعدية لا للسببية وهو من باب الحذف والإيصال أي: وإن عدم مخالع بالاتفاق عليه (عدم) أي مات. ومثل هذه الواو الداخلة على أن يسميها ابن غازي واو النكاية ويسميها شراح (خ) عاطفة على معطوف مقدر أي عاش الولد أو مات فهي بمعنى «أو» وجواب حيث محذوف للدلالة عليه، ومعناه أن المرأة إذا اختلعت بالإنفاق على ولدها أو غيره مدة معلومة زائدة على الحولين عاش المخالع بنفقته أو مات فإن ذلك جائز اتفاقاً من ابن القاسم وغيره، ويرتفع الخلاف في القضية حينئذ قاله في النهاية. قال: وهو مثل من باع داراً على أن ينفق المشتري عليه مدة معلومة فهو جائز، وإذا جاز في البيع فهو في الخلع أجوز اهـ. ثم إذا مات الولد ونحوه في هذه أخذ وارثه منها باقي المدة مشاهرة حتى يتم الأجل، وإن ماتت هي أخذ من مالها نفقته في المدة المشترطة من غير إيقاف لأنه دين حل بموتها، ولا فائدة في الإيقاف لأنه يؤخذ منها على كل حال ولو مات الولد ونحوه بعدها لورث ذلك ورثته.
ثم اعلم أن الذي يقتضيه الترتيب الطبيعي تقديم هذين البيتين على قوله: وليس للأب الخ. ثم يقول: وإن تمت ذات اختلاع البيتين ثم يقول: ومن يطلق زوجة البيتين أيضاً إذ الكل مفرع على قوله هنا والخلع بالإنفاق الخ. ولعل ناسخ المبيضة قدم وأخر والله أعلم.

تنبيهان. الأول: إذا خالع امرأته على أن سلمت له ولدها منه وأنها إن أرادت أخذه فليس لها ذلك إلا أن تلتزم عن الأب مؤنته فإن ذلك خلع جائز نافذ حتى على قول ابن القاسم قاله في المتيطية.
الثاني: ذكر (ح) في التزاماته أن ما يأتي في قول الناظم: ومن يطلق زوجة ويرتجع البيتين يجري حتى في هذه الصورة المذكورة في التنبيه عن المتيطية دون التي في النظم التي هي قوله: وجاز قولاً واحداً الخ. فإن النفقة لا تسقط عنه بارتجاعها.

وَلِلأَبِ التَّرْكُ مِنْ الصَّدَاقِ
أَوْ وَضْعُهُ لِلْبِكْرِ فِي الطَّلاَقِ

(وللأب) خبر عن قوله (الترك)
وقوله: (من الصداق) يتعلق بالترك (أو وضعه) بالرفع معطوف على الترك (للبكر) يتنازع فيه ترك ووضع (في الطلاق) يتعلق بالمعطوف المذكور، ومعنى الشرط الأول أنه يجوز في نكاح التسمية للأب دون غيره من الأولياء أن يترك بعد العقد وقبل البناء عن الزوج شيئاً من صداق ابنته البكر التي لم يرشدها إذا كان ذلك سداداً ونظراً قاله ابن القاسم. وقال مالك: للأب أن يزوج البكر بأقل من صداق المثل على النظر، ولا يحط من الصداق بعد العقد إلا على الطلاق، وهو معنى الشرط الثاني أي يجوز للأب أيضاً دون غيره أن يضع عن الزوج بعد العقد جميع النصف على الطلاق أو بعد وقوع الطلاق قبل البناء كان ذلك نظراً أم لا. لقوله تعالى: إلا أن يعفون} (البقرة:237) أي المالكات لأمر أنفسهن: أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح} (البقرة:237) وهو الأب عند مالك وأما السيد فله إسقاط مهر أمته كله قبل الدخول وبعده، وقبل الطلاق وبعده قاله في الجلاب. قوله: في الطلاق أي في شأن الطلاق أعم من أن يكون عند الطلاق أو بعده، وهذا أولى من جعل «في» بمعنى «على» أو «بعد» وإلى المسألتين أشار (خ) لقوله: وجاز عفو أبي البكر عن نصف الصداق قبل الدخول وبعد الطلاق. ابن القاسم: وقبله لمصلحة وهل وفاق؟ تأويلان. وقولي في نكاح التسمية احتراز من نكاح التفويض فإنه يجوز ذاك للأب قبله وبعده وللوصي قبله كما أفاده (خ) بقوله: والرضا بدونه للمرشدة وللأب ولو بعد الدخول وللوصي قبله لا المهملة الخ. وظاهر قوله: الترك من الصداق كان نظراً أم لا. وليس كذلك كما رأيته. وقولي: التي لم ترشد احترازاً من المرشدة فإنها التي تنظر لنفسها، ومفهوم البكر أن الثيب ليس له ذلك فيها وهو كذلك حيث لم يكن له جبرها على النكاح، وأشعر قوله البكر أيضاً أنه إن دخل بها لم يكن له ترك شيء من صداقها وهو كذلك كما في الجلاب والقرافي نقله طفي وأشعر قوله الترك أن ذلك بعد العقد كما قررنا،

فيفهم منه أنه يجوز له أن يزوجها ابتداء بأقل من صداق مثلها على وجه النظر بالأحرى وهو كذلك كما في المدونة عن مالك، وانظر ما تقدم في باب الصلح عند قوله: والبكر وحدها تخص ههنا الخ. وبالجملة فالتأويلان في كلام (خ) محلهما كما هو ظاهره إذا تحققت المصلحة، وهو ظاهر المدونة وظاهر ابن الحاجب أيضاً. قال ابن عبد السلام: وهو الصحيح لا ما قال ابن بشير: من أن

الخلاف إنما هو إذا جهلت المصلحة أما إذا تحققت فيتفق مالك وابن القاسم على الجواز، وإن تحقق عدم وجودها فيتفقان أيضاً على عدم الجواز، وإنما يختلفان عند الجهل فظاهر قول مالك بعدم الجواز لأن الأصل في إسقاط الأب عدم المصلحة. وظاهر ابن القاسم جوازه لأن أفعال الأب محمولة على المصلحة فإن ذلك لا يعول عليه، بل مع الجهل يتفقان على منع الإسقاط كما يفيده قولهم بعد الطلاق لأنه يفيد بمفهومه أنه لا يجوز قبله كان لمصلحة أم لا. استثنوا منه صورة المصلحة. فإن ابن القاسم أجازها والمصلحة إذا أطلقت إنما تنصرف للمحققة وغير المحققة لا تسمى مصلحة لعدم وجودها، وحينئذ فالناظم اعتمد في الشطر الأول التأويل بالوفاق فيستفاد منه أنه الراجح، وأما الشطر الثاني فلا خلاف فيه.

تنبيهات. الأول: بأدنى تأمل يعلم منع ما يفعله كثير من الناس اليوم من تزويج أبكار بناتهم أو الثيبات من محاجرهم بأقل من صداق المثل لأنه في المدونة إنما أجاز تزويج الأب بأقل من صداق المثل إن كان نظراً، فإن لم يكن نظراً فيمنع، والناس اليوم يهدون للأب الهدايا ويعطونه العطايا ليزوجهم بنته بأقل من صداق المثل من غير نظر لها ولا مصلحة، وذلك منكر. فيجب على القاضي التفطن إليه وحسم مادته فإن لم يطلع عليه فللزوجة أن ترجع على زوجها بتمام صداق مثلها بعد الدخول ويخير الزوج في إتمامه قبله أو يفارق، ولا شيء عليه. وهذا إن لم تشترط تلك الهدايا وإلا فهي من الصداق فترجع بها الزوجة على الأب كما مر، وتسمى تلك الهدايا المشترطة عند العامة بالمأكلة والحبا.
الثاني: قال البرزلي في الكراس الثاني من النكاح: إذا قال الزوج للأب أقلني في ابنتك فأقاله فهي مطلقة ولا يتبع الزوج بصداق إن لم يكن دفعه ورده الأب إن قبضه، وهذا قبل البناء. ابن الحاج: ولو كان بعد البناء فهي إقالة في العصمة ويلزمه الثلاث. البرزلي: تقدم أن ظاهر المدونة لزوم الثلاث مطلقاً قبل البناء وبعده من قولها: وهبتك ورددتك لأهلك، وتقدم لابن عات فيها قول إنه يفسخ بغير طلاق اهـ.

الثالث: مفهوم قوله في الطلاق أنه لا يجوز له ذلك في موت زوجها قبل البناء وهو كذلك نص عليه المازري في درره قائلاً: وإن تحمل الأب بالدرك فتخير الزوجة في الرجوع على الزوج أو عليه لأن الأب فوت عليها حظها وهو غريم غريمها. نعم إن صالح الأب عن بعض الصداق لعدم ثبوته واحتياجه لطول خصام مضى اهـ. بنقل طفي،
وقوله: وإن تحمل الخ. لعله في مسألة العفو بعد الدخول على الطلاق إذ فيها يتأتى التحمل بالدرك كما تقدم في فصل الضرر وفي باب الصلح: وإلاَّ ففي مسألة الموت لا يتأتى فيها التحمل المذكور، نعم يتأتى فيها الرجوع المذكور حيث أعدم أحدهما لأن الأب بإسقاطه عن الزوج وقت قدرته على أدائه حتى أعدم كان مضيعاً فيجب عليه ضمانه، والله أعلم.
فصل ذكر فيه صريح الطلاق وكنايته وما يتعلق بذلك
وَيَلْزَمُ الطَّلاقُ بالتَّصْرِيحِ
وبالْكِنَايَاتِ عَلَى الصَّحِيحِ

(وينفذ الطلاق) فعل وفاعل (بالصريح) يتعلق به (وبالكنايات على الصحيح) يتعلقان بمحذوف عطف على الجملة قبله أي: وينفذ بالكنايات الخ. ولذلك أعاد العامل فهو من عطف الجمل، وقوله على الصحيح راجع للكنايات فقط.
والصريح ما كانت فيه الطاء واللام والقاف أو كان بلفظ الفراق أو التسريح لأن كل ما نطق به القرآن صريح فقال تعالى: فطلقوهن} (الطلاق:1) وقال أيضاً: أو سرحوهن} (البقرة:231) وقال أيضاً أو فارقوهن} (الطلاق:2) وقصره (خ) على الأول فقال ولفظه: طلقت أو أنا طالق أو أنت أو مطلقة أو الطلاق لي لازم لا منطلقة وتلزم واحدة إلا لنية أكثر، وأما الكناية فقسمان: ظاهرة وخفية، فالظاهرة هي اللفظ الدال عليه عرفاً وليس فيه صيغة الطلاق وما تصرف منه كما أشار لذلك (خ) أيضاً بقوله: والثلاث في بتة وحبلك على غاربك أو واحدة بائنة أو نواها بخليت سبيلك أو ادخلي، والثلاث إلا أن ينوي أقل إن لم يدخل بها في كالميتة والدم ووهبتك ورددتك لأهلك الخ. ثم أشار للكناية الخفية أيضاً بقوله: ونوى فيه وفي عدده في اذهبي وانصرفي أو لم أتزوجك الخ. وكذا يلزم أيضاً بما ليس بصريح ولا كناية إن نوى به الطلاق كقوله: أسقني ماء كما قال أيضاً وحرم بأي كلام نواه الخ. وجعل ابن زرقون نحو أسقني ماء من الكناية أيضاً حيث نوى به الطلاق قال الشارح: قول الناظم وبالكنايات بلفظ الجمع يريد أقسامها الثلاثة على ما مر لابن زرقون. قال الشيخ (م): وهو ظاهر إلا أنه يبقى النظر في مقابل الصحيح ما هو ف الله أعلم بمراده.

ثم اعلم أنه في الصريح لا يقبل منه أنه لم يرد به الطلاق ولو مستفتياً، وكذا في الكناية الظاهرة، وإنما يشترط فيهما قصد النطق بذلك اللفظ، وإن لم يقصد به حل العصمة، فإن لم يقصد النطق بذلك بأن هذي لمرض أو لقنه بلا فهم معناه لم يلزم. انظر القرافي فإنه قال: القصد لإنشاء الصيغة والنطق بها لا أعلم في اشتراطه خلافاً قال: وأما القصد لإزالة العصمة باللفظ فليس شرطاً في الصريح اتفاقاً، وكذا ما اشتهر من الكنايات فراجعه إن شئت في شرح ابن رحال وابن غازي فإن فيه طولاً. وقال المتيطي: والطلاق يلزم باللفظ والنية فإن انفردت النية فالصحيح اللزوم لأن اللفظ عبارة عما في النفس، فإذا أجمع بقلبه على أنه قد طلق لزمه وهو قول مالك في سماع أشهب، وروي عنه أنه لا يلزم وإن انفرد اللفظ، فالصحيح أن الطلاق لا يلزم بذلك إلا في الحكم الظاهر لقوله عليه السلام: «إنما الأعمال بالنيات». وفي كتاب التخيير من المدونة ما ظاهره اللزوم وهو خلاف المنصوص اهـ. لكن ما ذكره من اللزوم بمجرد النية حمله القرافي على الكلام النفسي وهو إنشاء الطلاق بقلبه فقط أي: من غير حركة لسانه به وهو المشار إليه بقول (خ) وفي لزومه بكلامه النفسي خلاف الخ. فالصحيح في كلام المتيطي هو أحد المشهورين في النفسي كما أشار لذلك القرافي قائلاً: هو محل الخلاف، وأما مجرد القصد إليه من غير إنشاء بالقلب بل وقع القصد إليه كما تقصد العبادات فلا يلزم ولو صمم عليه إجماعاً قال: فالنية لفظ مشترك بين النفسي الذي هو الإنشاء بالقلب وبين مجرد القصد اهـ. فقول الناظم بالصريح أي: اللفظ الصريح أو ما يقوم مقامه من الإشارة والكتابة كما قال (خ) ولزم بالإشارة المفهمة وبالكتابة عازماً الخ. وكذا يلزم بالفعل أيضاً كنقل القماش كما أشار له (خ) أيضاً في التخيير والتمليك

فاحترز باللفظ هنا عن مجرد القصد الذي ليس معه لفظ، ولا كلام نفسي لا عن الإشارة والكناية والفعل. هذا ما يتعلق بالصريح

والكناية الظاهرة.
وأما الخفية فتقبل دعواه أنه لم يرد به طلاقاً وإذا نوى به الطلاق فينوي في عدده كما مر عن (خ) بخلاف الكناية الظاهرة، فإنه لا ينوي فيه ولا في عدده كما مر عنه أيضاً على تفصيل بين المدخول بها وغيرها. وانظر لو نوى بالخفية الطلاق ولم ينو عدداً فهل يلزمه الثلاث؟ وبه جزم ابن رحال في حاشيته ههنا أو يجري على ما يأتي في قوله: وموقع الطلاق دون نية. وهو الظاهر. وقال ابن عرفة: وإن قال أنت طالق فهو ما نوى فإن لم ينو شيئاً فواحدة اهـ. وقال في النهاية: فهذه الألفاظ يعني أنت طالق ونحوه يحكم فيها بواحدة نواها أو لم ينو شيئاً اهـ. وهو قول (خ) وتلزم واحدة إلاّ لنية أكثر، وحينئذ فإذا نوى بالخفية الطلاق فإنه تلزمه واحدة إلا أن ينوي أكثر كما لو قصده بقوله: أنت طالق فليس عليه إلا واحدة أيضاً إلاّ لنية أكثر، ويصدق في صفة هذه الواحدة من كونها بائنة أو رجعية كما ذكر المواق عن ابن رشد، وأنه إذا أراد بقوله: أنت طالق طلقة المباراة أي الطلقة البائنة فتلزمه البينونة ويصدق في ذلك ولا يرتدف طلاقه عليها إن جاء مستفتياً.

تنبيهات. الأول: إذا قلنا تلزمه واحدة إلاَّ لنية أكثر فاختلف هل يصدق في إرادة الواحدة بغير يمين كما هو ظاهر (خ) وصححه في الشامل أو بيمين وشهره ابن بشير؟ وهما قولان على يمين التهمة، والمشهور توجهها كما مر، واقتصر في المعين في قوله: فارقتك على وجوب اليمين أنه ما أراد إلا واحدة قال احلولو: ومقتضى ابن بشير وغيره: أن اليمين تتوجه على القول به سواء قال: نويت واحدة أو لم أنو شيئاً. قال ابن رحال في الشرح: وهذا الخلاف إنما هو إذا لم يكن مستفتياً بدليل أن الحلف لأجل التهمة أي: لأن التهمة إنما تتطرق إليه عند المرافعة. وكذا تجب اليمين في الكناية الظاهرة لأنه ينوي فيها كلها أنه أراد بها الواحدة في غير المدخول بها، لكن بيمينه من غير فرق بين حبلك على غاربك والميتة وغيرهما من الكناية الظاهرة قال: ما عدا لفظ البتة فإنه لا ينوي فيها أنه أراد الواحدة قبل البناء على مذهب المدونة، وقيل: ينوي أيضاً وكلا القولين قوي اهـ. وأما المدخول بها فإنه لا ينوي في إرادته أقل كما في المتن. والفرق أن غير المدخول بها تبين بالواحدة والمدخول بها لا تبين إلا بالخلع أو بالطلاق الذي حكم به الحاكم في غير الإيلاء والعسر بالنفقة أو بالثلاث، وإذا فقد الأولان هنا تعين الثلاث قال: لكن إنما يظهر لزوم الثلاث فيها وعدم تصديقه في إرادته أقل حيث لم يجر العمل بالطلاق المملك، أما حيث جرى به وأنها تبين بغير عوض على ما عليه الناس الآن، فإذا قال: نويت بخليت سبيلك أو بميتة أو ببائنة طلاق المباراة أو الطلقة المملكة فيقبل قوله اهـ. أي: لأن الناس اليوم يقصدون البينونة بدون الثلاث كما قدمناه عند قول الناظم، وفي المملك خلاف الخ. وتقدم أنه إذا قال: أنت طالق طلقة بائنة فتلزمه واحدة على الأصح وعن المواق ما نصه: قد نصوا أن من طلق طلاق الخلع فهو بائن وهو طلاق زمننا

فعليه صار حكم المدخول بها وغيرها سواء، وبهذا كان أشياخنا وأشياخهم يفتون. وقد

نصب ابن بشير على هذا المعنى فانظره اهـ. وبالجملة فإنما قال الإمام مالك بلزوم الثلاث في المدخول بها لأنه لم يكن في زمنه الطلاق المملك أي البائن بدون خلع ولا حكم ولا ثلاث، وأما حيث كانت الناس اليوم تستعمل البينونة بغير ذلك وهو الطلاق المملك فتصير المدخول بها وغيرها في التنويه، سواء قال معناه في المعيار عن أبي عبد الله الفخار وحينئذ فينوي مطلقاً مستفتياً أم لا. دخل أم لا. ولا يختص ذلك بالاستفتاء كما مر عن ابن رشد. ألا ترى أن الحرام ثلاث عند الأقدمين والعمل اليوم على لزوم الواحدة البائنة مطلقاً وما ذلك إلا لما قالوه من العرف وأن عرف الناس اليوم على قصد المملك.

الثاني: ذكر الشار(ح) ومن تبعه عند قوله: وموقع الطلاق دون نية. الخ أن العامة اليوم لا يعرفون الطلاق الرجعي، وعليه فإذا قال العامي لزوجته: أنت طالق فتبين منه بذلك لأنه لا يقصد غير البينونة، ولو سئل عن ذلك لقال: ما قصدت إلا أن لا تطالبني وأن لا حكم لي عليها ولذلك لا تطالبه بنفقة العدة، وإذا طلبتها لا يجيبها إلى ذلك لما في صميم عقله من أنه لا نفقة لها عليه، وإذا سألته عن حقيقة الرجعي المتقدمة في تقسيم الطلاق ما عرفها والنفوس لا تقصد ما لم يتقدم لها به أنس، وعليه فلا يصدق العامي في إرادته الرجعي مع وجود العرف بقصدهم بمطلق الطلاق البينونة إذ الحمل على العرف والعادة واجب كما في ألفاظ الكنايات لأنه إنما لزم فيها ما ذكر لأجل العرف كما يأتي، وتأمل قول المواق: طلاق الخلع هو طلاق زمننا الخ. وقد قالوا إن الأحكام إنما تترتب على عرف التخاطب أعم من أن يكون لغوياً أو غيره، وهذا أمر معهود في هذا الباب وما في حاشية ابن رحال عند قوله: وفي المملك خلاف الخ. وقاله في الشرح أيضاً عند قول المتن في الخلع وبانت ولو بلا عوض الخ. مما يقتضي خلاف ما قاله الشارح، ومن تبعه لا يعول عليه لأن الكلام فيما إذا كان جل العامة لا يعرفون إلا البائن، وإذا كان كذلك فعرفهم حينئذ هو قصد البينونة بمطلق الطلاق أي: فتلزمه وإن لم ينوها ولا تكون له رجعة عليها ولا يصدق في إرادته الرجعي وهو لا يعرفه كما لو ظن أن البتة واحدة. وقال: أردتها فإنه لا يصدق مع كون العرف عندهم أن البتة ثلاث، وقول ابن رشد: هل الحمل على اللفظ أو على ما يعلم من قصد الحالف وهو الأشهر الأظهر الخ. لا شاهد له فيه لأن اللفظ هنا لا دلالة فيه على الصفة من كونها بائنة أو رجعية، وإنما يعلم ذلك من قصد الحالف وإن لم يقصد شيئاً فيحمل على العرف، وأيضاً فإن ابن رشد لم يقل ذلك فيما نحن فيه بل موضوعه في شيء آخر كما يعلم بالوقوف عليه في كتاب الصداق من ابن عرفة، واللفظ

ههنا لا يقتضيه بفحواه البينونة ولا عدمها وعلى تسليم اقتضائه الرجعة، فإنما يقصد الناس إلى أعرافهم فقول ابن رشد وهو الأشهر الخ. شاهد لما ذكرناه، وبالجملة فإذا قال: أنت طالق للمدخول بها ونوى به البينونة لزمته لقول المتن

إلا لنيّة أكثر، ولقول ابن عرفة فهو ما نوى الخ. وإن لم تكن له نية فيحمل على العرف فإذا كان عرفهم في مطلق الطلاق أو شيء من تلك الكنايات البينونة فقط عمل على ذلك، ولا فرق في ذلك كله بين قوله عليه اليمين أو الحرام أو الأيمان اللازمة أو هي بتة أو حبلها على غاربها وغير ذلك من الكنايات وصفات الطلاق من كونه بائناً أو رجعياً، فالحمل في ذلك كله على العرف عند فقد النية لأن العرف من المخصصات بعد النية كما في المتن، ولذا قال القرافي في هذه الألفاظ: من خلية وبرية وحبلك على غاربك أو حرام إنما لزم فيها ما ذكر لعرف سابق، وأما الآن فلا يحل للمفتي أن يفتي فيها بما ذكر إلا لمن هي عرفه الخ. ونقله المواق وغيره وعليه فمن قال عليه اليمين وهو لا يعرف إلا الطلاق البائن وعرف بلده ذلك لزمته طلقة بائنة ولا يفتي بالرجعي لأنه لا يعرفه، ومن قال بلزوم الرجعي فيه إنما ذلك على عرف وقتهم، وبهذا كنت أفتي الناس بلساني في هذه الأزمنة ولو طلب مني الكتابة لكتبت له ذلك، وكان غيري لا يساعدني.

الثالث: انظر هل لا عبرة بالظن المخالف للعرف فإذا ظن المطلق أن قوله: أنت طالق تقع به البينونة والعرف بخلاف ذلك فإنها لا تقع عليه حيث لم ينوها عند التلفظ إذ العبرة بالعرف، ويدل لذلك أنهم أناطوا الأحكام بالنية والعرف لا بالظن والاعتقاد، وقد يظن الإنسان أو يعتقد حكماً ولا ينويه عند التلفظ وهو إذا لم ينوه يرجع فيه للعرف أو يقال تقع عليه البينونة إذ هو لا يقصد غير ظنه فتأمل. وأما العكس كما لو ظن أنها لا تبين بلفظ البتة مثلاً، وأنها رجعية أو أنها واحدة بائنة والعرف أنها ثلاث فلا إشكال أنه يلزمه ما به العرف ولا ينفعه ظنه كما مر. وقد قال ابن رحال في باب القضاء عند قوله: أو جعل بتة واحدة الخ. الراجح لزوم الواحدة البائنة في لفظ البتة وما ذاك إلا للعرف.

الرابع: قال البرزلي، قال ابن يونس في كتاب الطلاق: ولو مسها بيده أو ضربها وقال: أردت الطلاق لم تطلق إجماعاً. القرافي: وهو مشكل على الطلاق بمجرد النية فإنه نية وفعل اهـ. وتأمله أيضاً مع ما مر من أنه يلزم بالفعل ثم إن الناظم لم يذكر من أركان الطلاق إلا اللفظ، فيفهم منه أن الطلاق لا يلزم بمجرد النية من غير لفظ أصلاً ولا ما يقوم مقامه من كتابة أو فعل على ما مر، وهو كذلك عند الأكثر. ابن عرفة: وفي لغو الطلاق بمجرد النية الجازمة روايتا الأكثر وأشهب اهـ. وانظر الفرق بين الكلام النفساني ومجرد القصد عند قوله فيما يأتي: ومالك ليس له بملزم الخ. ومن أركانه أيضاً القصد أي قصد التلفظ بالطلاق أو الكناية مع معرفة معنى ذلك لا أن لم يقصد بل هذي كمرض أو لقن بلا فهم كما مرّ. ويبقى النظر فيما إذا لم يكن اللفظ من الكناية ولا من الصريح وقصد التلفظ به، وهو يظن أنه يلزم فيه الطلاق، ولكن لم ينو به وقت التلفظ طلاقاً ففي البرزلي عن تعلقة. ابن العطار: إن الشخص إذا قال: كل ما أعيش فيه حرام وهو يظن أن ذلك طلاق فليس يضره جهله بأن ذلك ليس بطلاق ولا يكون طلاقاً إلا أن يقصد أنها طالق بهذا اللفظ فيكون طلاقاً كما لو قال: ادخلي الدار يريد به الطلاق اه. وهذا إذا لم يجر العرف باستعمال ذلك اللفظ في الطلاق وإلاَّ لزمه الطلاق، ولو لم ينو به كما

مرّ، وكما ذكره البرزلي في هذا اللفظ بعينه أيضاً. وذكر (خ) قولين فيما إذا قال: كل ما أعيش فيه حرام الخ. وظاهره جريانهما كأن يظنه طلاقاً أم لا. وثالثها المحل الذي هو العصمة المملوكة تحقيقاً أو تقديراً كقوله لأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق أو إن دخلت الدار ونوى بعد نكاحها فيلزمه لا إن لم ينو ذلك فلا شيء عليه.ورابعها: الأهل أي الزوج، وشرطه أن يكون مسلماً بالغاً عاقلاً فلا يصح ولا يلزم طلاق الكافر ولا الصبي ولا فاقد العقل بجنون أو إغماء إلا أن يكون بسكر حرام أدخله على نفسه، فيلزمه على

ما أشار له بقوله:
وَيَنْفُذ الْوَاقِعُ مِنْ سَكْرَانِ
مُخْتَلِطٍ كالْعِتْقِ والأيمَانِ
(وينفذ الواقع) فعل وفاعل (من سكران) يتعلق بالواقع (مختلط) صفة لسكران (كالعتق) الكاف للتشبيه لا تتعلق بشيء كما مر (والأيمان) معطوف عليه، والتقدير وينفذ الطلاق الواقع من سكران مختلط عقله فيصيب مرة ويخطىء أخرى لكونه معه ضرب من التمييز كما ينفذ العتق الواقع منه، والأيمان الصادرة منه بطلاق أو غيره كما هو ظاهره، وظاهره أيضاً أنه ينفذ منه ما ذكر ولو سكر بحلال كشربه لبناً حامضاً يعتقد أنه لا يسكره أو دواء ولو علم بإسكاره وليس كذلك فإنه لا يلزمه طلاق كما في الشامل، ولو كان معه ضرب من التمييز فيقيد كلامه بغير الحلال.f ومفهوم مختلط أنه لو كان مطبقاً لا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة لا يلزمه وهو كذلك اتفاقاً قاله ابن رشد. قال: وتحصيل القول في السكران أنه يلزمه الجنايات والعتق والطلاق والحدود، ولا تلزمه الإقرارات والعقود اهـ. وعليه قول ابن عاشر:
لا يلزم السكران إقرار عقود
بل ما جنى عتق طلاق وحدود
اهـ.
فلو تنازعا في كون السكر بحلال أو بحرام فقوله بيمينه إن لم تقم قرينة على صدقه لأن الأصل عدم تعمد الحرمة وإن قامت قرينة على الصدق فلا يمين فإن قامت قرينة بكذبه فالقول للمجنى عليه والعبد والزوجة، ثم إن المجنون يلزمه طلاقه في حال إفاقته كما في المدونة لا في حال إطباقه، وإذا هذى لسكر بحلال فطلق وادعى أنه كان لا يضبط ما يقول وشكت البينة في ضبطه وعدمه، فالظاهر أنه يجري فيه ما ذكروه فيمن هذى لمرض لأن السكران مريض فراجع الشراح عند قول (ح) أو هذى لمرض والله أعلم.
تنبيه: فهم من قوله: سكران أن الغضبان يلزمه طلاقه بالأحرى لأنه مكلف بالصلاة ونحوها إجماعاً، ومخاطب بأداء ذلك حال غضبه بخلاف السكران، وقد تقدم الكلام على ذلك عند قول الناظم: هب أنها في كلمة قد جمعت.
وَمِنْ مَرِيضٍ ومَتَى مِنَ المَرَضْ

مَاتَ فَلِلزَّوْجَةِ الإرْثُ مُفْتَرَضْ
(ومن مريض) معطوف على سكران (ومتى) شرط (من المرض) يتعلق بقوله (مات) وقوله (فللزوجة) خبر عن قوله (الإرث المفترض) صفة. والجملة

جواب الشرط ودخلت الفاء في الجواب لكونه لا يصلح أن يكون شرطاً.
مَا لَمْ يَكُنْ بِخُلْعٍ أَوْ تَخْيِيرٍ
أَوْ مَرَضٍ لَيْسَ مِنَ المَحْذُورِ
(ما) ظرفية مصدرية (لم يكن) صلتها واسمها ضمير الطلاق الواقع من المريض (بخلع) يتعلق بمحذوف خبر يكن (أو تخيير) معطوف عليه (أو مرض) معطوف على خلع أيضاً مدخول للباء (ليس) فعل ماض ناقص واسمه ضمير المرض (من المحذور) يتعلق بمحذوف خبر، ويحتمل أن تكون من زائدة لا تتعلق بشيء وهو أولى، والمعنى أن طلاق المريض مرضاً مخوفاً وتمليكه وتخييره وخلعه لازم له كالصحيح، وإنما يفترقان في الإرث ففي الخلع والتخيير لا ترثه لأن الفراق جاء من قبلها وفي الطلاق ترثه إن مات من مرضه قبل ظهور صحته كان الطلاق بائناً أو رجعياً قبل الدخول أو بعده، ولو صادف آخر الثلاث كما هو ظاهر النظم، وظاهره أيضاً ولو كانت يمينه في الصحة وحنث بها في المرض كان الحنث بسببها كحلفه وهو صحيح بطلاقها إن دخلت الدار، فدخلت وهو مريض أو بسببه كحلفه ليقضين فلاناً حقه في يوم كذا فحنث وهو مريض، وظاهره أيضاً ولو طال مرضه حتى خرجت من عدتها وتزوجت أزواجاً وهو كذلك في الجميع، ثم إن ما ذكره الناظم من عدم إرثها في الخلع والتخيير هو تخريج اللخمي في الخلع. ورواية زياد في التمليك والتخيير وذلك ضعيف لأن القول المخرج لا يعمل به في قضاء ولا فتوى، وإنما يذكر تفقهاً وتفنناً فقط قاله (ح). ولأن رواية زياد مخالفة لمذهب المدونة، ولذا درج (خ) وغيره على وجوب الإرث لها فقال: ونفذ خلع المريض وورثته أي: ولو من المال الذي خالعته به كمملكة ومخيرة فيه ومولي منها وملاعنة أو أحنثته فيه أو أسلمت أو عتقت أو تزوجت غيره وورثت أزواجاً وإن في عصمة، وإنما ينقطع بصحة بينة الخ.

وفهم من قوله: ومتى من المرض مات الخ. أنها إذا ماتت هي لا يرثها وهو كذلك إن كان طلاقها بائناً، وأما الرجعي فيرثها إن ماتت قبل انقضاء عدتها واحترزت بقولي مخوفاً من غير المخوف كسعال وإقعاد ورمد ووجع ضرس وجذام وفلج يقبل مع ذلك ويدبر ويتصرف لنفسه فإنها لا ترثه لأنه في حكم الصحيح كما أشار له بقوله: أو مرض ليس من المحذور الخ. فقوله: ومن مريض أي مرضاً مخوفاً وهو ما حكم الأطباء بكثرة الموت به كالسل والقولنج والحمى القوية، ومن في حكم ذلك كحاضر صف القتال والمحبوس لقتل أو قطع يخاف منه الموت، وكذا حامل ستة فهي كالمريض على المشهور قاله ابن بشير وقيل: كالصحيح لأن الغالب السلامة ومحلها ما لم تكن في حالة الطلق وإلاّ فيحجر عليها قاله في الذخيرة. واختلف في الطاعون قبل نزوله بالمطلق ونحوه فقال ابن لب: الأظهر أنه ما دام على حال الصحة قبل نزول المرض به فهو على حكم الأصحاء قال: ولا يبعد أن يخرج فيه الخلاف من الخلاف الذي في راكب البحر على حال هوله إذا حصل في اللجة اهـ. وقال ابن رحال في باب الحجر: إن الملجج في البحر يحجر عليه كالمريض قائلاً وهو الذي تجب به الفتوى عندي ولا أقدر على العدول عنه إذ دفعه محال ولا يفيد معه احتيال اهـ. وفي مسائل العدة والاستبراء من البرزلي أنه إذا كان ذريعاً في الناس أذهب نصفهم أو ثلثهم فهم كالمرضى وإلاّ فلا.
تنبيهات. الأول: إذا ارتد المريض بانت منه زوجته ولا ترثه إن مات من مرضه

قال التونسي: والطلاق عليه في مرضه لعيب به كجنون أو جذام لا ترثه امرأته كالردة. ابن عرفة: ما قاله التونسي واضح إلا أن في الحكم عليه به في مرضه نظراً والصواب تأخيره. قال ابن رحال: ما قاله ابن عرفة من وجوب التأخير هو المذهب اهـ.

الثاني: ظاهر قول الناظم ليس من المحذور أن المرض إذا كان حين الطلاق غير مخوف ثم صار مخوفاً إنه يعتبر وقت الطلاق فلا ترثه، وهو الذي يدل عليه كلام ضيح واللخمي والمدونة وغير واحد، وهو ظاهر لأن غير المخوف في حكم الصحيح، والصحيح لو طلق ثم مرض لا ترثه. وقال ابن رحال في الخلع: إذا مات منه وأسند إليه الموت منه فقد تبين أنه مخوف اهـ. وكأنه أخذه من قول ابن عرفة أن غير المخوف إذا كان عقبه الموت يصير مخوفاً كما ذكره (ز) عنه في باب الحجر.
قلت: ما نقله (ز) عن ابن عرفة من أن غير المخوف إذا كان عقبه الموت يصير مخوفاً الخ. يقتضي أن المدار على الموت من ذلك المرض كان حين الطلاق أو التبرع مخوفاً أم لا. فهو صريح في إلغاء تقييده بالمخوف وذلك مخالف لتقييد الأئمة له بذلك. قال في المدونة: أما الفالج وصاحب حمى الربع والأجذم والأبرص وذو القروح والجراح فما أقعده من ذلك وأضناه وبلغ به حدّ الخوف عليه، فله حكم المريض، وما لم يبلغ به ذلك فله حكم الصحيح اهـ. ولا معنى لكونه له حكم الصحيح إلا جريان أحكام الصحيح عليه، وإن زاد على ذلك وصار مخوفاً ولو كان المدار على الموت لقيدوه به لا بالمخوف، وما ذكروه عن ابن عرفة لم يذكره في باب الحجر ولا في باب الخلع ولعله ذكره في باب الطلاق، ولم تسعني مراجعة ذلك المحل الآن. وانظر ما يأتي في الهبة. وانظر أيضاً شرح الشامل عند قوله في الحبس، وبطل لوارث بمرض موته الخ.

الثالث: لم يتكلم الناظم على خلع المريضة وفي المدونة قال مالك: وإن اختلعت منه في مرضها أي المخوف بجميع مالها لم يجز ولا يرثها. قال ابن القاسم: ولو اختلعت منه على أكثر من ميراثها منه لم يجز فأما على مثل ميراثه منها أو أقل فجائز ولا يتوارثان. ابن نافع: يلزمه الطلاق ولا يجوز له من ذلك إلا قدر ميراثه مثل ما فسر به ابن القاسم اهـ. عياض: وأكثرهم أن قول ابن القاسم تفسير لقول مالك اهـ. وممن حمله على الخلاف ابن رشد ووجه قول مالك بأن ما خالعت به أرادت أن يأخذه الزوج من رأس مالها عاشت أو ماتت وهو غير وارث فوجب أن يبطل، وإن كان أقل من ميراثه منها اهـ. وعلى قول ابن القاسم الذي هو تفسير ففي ابن يونس يوقف ذلك فإن صحت أخذه وإن ماتت أخذ منه قدر ميراثه من التركة يوم ماتت لا يوم الصلح، وإن كان أقل من ميراثه فله الأقل ولا يحسب عليها ما أنفقت على نفسها في مصالحها إلا ما تلف ويحسب ما صالحته به من التركة وليس لها تعمد تلف مالها من غير مصلحة فإن أوصت بشيء فذلك في ثلث بقية التركة بعد عزل ما صالحت به ثم يضاف إلى ذلك ما بقي بعد الوصايا فيأخذ قدر ميراثه منه إلا أن يكون ما صالح به أقل فيأخذ الأقل. انظر ابن عرفة وأبا الحسن وإلى خلع المريضة أشار

(خ) بقوله: ولم يجز خلع المريضة وهل يرد أو المجاوز لإرثه يوم موتها ووقف إليه؟ تأويلان.

الرابع: تقدم في الرجعي أنه يرثها إن ماتت قبل انقضاء عدتها فإن اختلفوا في انقضاء العدة فقال أبو الحسن على قولها في المواضعة وإن هلكت بعد مدة فيها استبراء فهي من المبتاع الخ. يقوم من هذه المسألة أن الرجل إذا طلق امرأته ثم ماتت فقال ورثتها: ماتت بعد انقضاء العدة. وقال الزوج: بل قبل انقضائها واتفقوا على وقت الطلاق، فإن كان مضى من المدة ما تنقضي في مثله العدة غالباً وذلك ثلاثة أشهر فيحمل الأمر على أنها قد انقضت ولا ميراث له إلا أن يأتي بما يدل على أن عدتها لم تنقض من قولها قبل الموت، إذ هي مصدقة في ذلك فإن لم يأت بذلك وادعى أن الورثة علموا بذلك لزمهم اليمين، وإن كان لم يمض ما تنقضي فيه العدة غالباً حمل الأمر على أنها لم تنقض إلا أن يأتي الورثة على قولها ببينة أن عدتها قد انقضت وإن لم يأتوا بذلك فادعوا على الزوج أنه علم بذلك لزمته اليمين، وإن اختلف الزوج مع الورثة في وقت الطلاق فادعى الزوج مدة لا تنقضي في مثلها العدة فإن القول قول الزوج على معنى ما في سماع عيسى من طلاق السنة، ولا خلاف في هذا قاله ابن رشد.

والخُلْفُ في مُطَلَّقٍ هَزْلاً وَضَحْ
ثالِثُهَا إلاّ إنِ الهَزْلُ اتَّضَحْ

(والخلف) مبتدأ (في مطلق) يتعلق بوضح (هزلاً) مصدر بمعنى الفاعل حال من ضمير مطلق (وضح) بالبناء للفاعل وفاعله ضمير المبتدأ، والجملة خبر (ثالثها) مبتدأ والخبر محذوف تقديره يلزم (إلا) استثناء (أن الهزل) فاعل بفعل محذوف يفسره (اتضح) قال ابن سلمون: وإن طلق هازلاً ففيه ثلاثة أقوال. الأول: أنه لا يلزمه، والثاني: أنه يلزمه، والثالث: إن قام دليل على أنه كان هازلاً لم يلزمه وإلاَّ لزمه اهـ. ومثله في عدها ثلاثة لابن شاس وابن الحاجب قال ابن عبد السلام: والذي حكاه غير واحد إنما هما قولان. والثالث تقييد لأن الهزل لا يثبت بمجرد الدعوى، والمشهور اللزوم. وعليه عول (خ) فقال: ولزم ولو هزلاً الخ. أي: ولو تبين هزله وثبت وأحرى إذا لم يثبت كما في ابن رحال، وما ذكره ابن عبد السلام من أن الثالث تقييد تعقبه ابن عرفة بأن في كلامهم ما يدل على أن طلاق الهزل لغو مطلقاً إلا بقيد قيام دليله ونحوه في ضيح، وظاهر النظم أن الخلاف المذكور جار سواء هزل بإيقاعه أو بإيقاع لفظه عليه، والذي لابن عرفة أن هزل الإيقاع لازم اتفاقاً، وهزل إطلاق لفظه عليه المعروف لزومه اهـ.

تنبيه: النكاح والعتق مثل الطلاق في الخلاف المذكور كما في ابن الحاجب، والمشهور اللزوم البرزلي في المدونة عن ابن المسيب: ثلاث هزلهن جد: النكاح والطلاق والعتق. وجعل في غير المدونة مكان العتق الرجعة، فهذه أربع هزلها جد كما في ضيح. ابن الحاج: في نكاح الهزل خلاف وعدم لزومه أظهر لقوله تعالى: لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم} (البقرة: 225) فكما لا كفارة فيه كذلك لا نكاح اهـ.

قلت: تأمل هذا الاحتجاج بالآية المذكورة فإنه لا يجري على ما فسر به (خ): وغيره اليمين اللغو حيث قال: ولا لغو على ما يعتقده فظهر نفيه، وأيضاً فإن اللغو خاص باليمين بالله تعالى، وما ذكره ابن الحاج ذكر القرافي مثله عن الشافعي، وذكر أن اللغو عندنا خاص بالله تعالى، ثم قال ابن الحاج: والبيع مثل النكاح. قال البرزلي: إنما هو مثله في جريان القولين لا في مذهب المدونة لأن الهزل في البيع يحلف معه ولا يلزم على مذهب المدونة اهـ. وانظر الفرق بينهما أي بين البيع والنكاح فيما كتبناه على قول (خ) في النكاح، ولزم وإن لم يرض الخ. وانظر ما قاله الشراح هناك أيضاً، وانظر أيضاً من باع زوجته أو زوجها وادعى الهزل في ابن عرفة هنا، وذكر (خ) في الخلع أن بيعها وتزويجها يكون طلاقاً بائناً.
تنبيه: قال في الذخيرة ما نصه: لمطلق اللفظ ثلاث حالات تارة يستعمله في موضوعه الذي وضع له فيلزمه مقتضاه في الفتيا وفي القضاء وتارة في غير موضوعه فلا يلزمه في الفتيا ويلزمه في القضاء إلا أن تصدقه قرينة. وقد تقدم الكلام على قوله: يا طالق. وقال: أردت من وثاق أي فيصدق في الفتيا ولا يصدق في القضاء قال: وتارة يطلقه ويقتطعه عن مسماه ولا يصرفه إلى غير مسماه، بل يطلقه عبثاً من غير إرادة معنى البتة بل مقروناً بنية القطع عن المسمى، فهذا هو الهازل سواء دلت عليه القرينة أم لا. ولا يكفي في الهزل أنه أطلقه من غير نية لأن الصريح لا يفتقر إلى النية فهذا تحريره فاضبطه اهـ.
ومالِكٌ لَيْسَ لَهُ بِمُلْزِمِ
لِمُكْرَهٍ في الفِعْلِ أَوْ فَي القَسَمِ

(ومالك) مبتدأ (ليس) اسمها ضمير يعود على المبتدأ (له) يتعلق بخبر ليس المجرور بالباء الزائدة الذي هو (بملزم) بكسر الزاي والضمير المجرور عائد على الطلاق وهو في محل نصب على المفعولية بملزم ولضعف العامل تعدى إليه باللام، والجملة خبر المبتدأ (لمكره) بفتح الراء يتعلق بملزم (في الفعل) يتعلق بمكره و«في» بمعنى «على» (أو في القسم) معطوف عليه، والمعنى أن الإمام مالكاً رحمه الله ليس ملزماً الطلاق للمكره على فعل الطلاق أو إيقاعه أو على الإقرار به أو على القسم به أو على فعل ما يحنث به لقوله {صلى الله عليه وسلم} كما في مسلم: «حمل عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». وقال فيه أيضاً حسبما في القرافي: «لا طلاق في إغلاق». والإغلاق عند مالك الإكراه لأن الإغلاق هو الإطباق من أغلقت الباب فكأن المكره قهر على الفعل، وأغلق عليه حتى فعله خلافاً لمن قال: إن الإغلاق هو الغضب فإنه لا يصح قاله ابن رشد. قال: وطلاق الغضب واللجاج لازم اتفاقاً، وقد تقدم ذلك عند قوله: وينفذ الواقع من سكران الخ. والإكراه كما قال (خ) يكون بخوف مؤلم من قتل أو ضرب أو سجن أو قيد أو صفع لذي مروءة بملأ أو قتل ولده أو ذهاب ماله وهل أن كثر تردد الخ. ومثل الطلاق النكاح والبيع والإقرار في عدم اللزوم بالإكراه، وظاهر النظم أنه لا يلزمه ولو ترك التورية مع معرفته بها والاعتراف بأنه لم يدهش عنها. وهذا ظاهر الروايات كما في ابن شاس قال (ز): وهو المذهب. وقال اللخمي: للمكره ثلاث حالات فإن طلق باللفظ دون النية لم يلزمه قال: لأن الصحيح من المذهب أن الطلاق

بغيرها لا يلزم وإن لم يكن مكرهاً فأحرى المكره وإن نوى الطلاق وهو عالم ذاكر أن له أن يجعله لفظاً بغير نية لزمه لأن النية لا تدخل تحت الإكراه، فهو طائع بالنية، والحالة الثالثة: أن يدهش عن النية إما للجهل بها وإما لأن الزمان لم يمهله لشدة الإكراه، فظاهر المذهب عدم اللزوم قال: ولعل الخلاف بين

العلماء يرجع إلى هذه الحالات اهـ. وجعله صاحب المختصر تقييداً فقال: أو أكره ولو في فعل إلا أن يترك التورية مع معرفتها الخ. ومراده بالتورية أن يأتي باللفظ عارياً عن نية الطلاق كما تقدم عن اللخمي ولا يحتاج إلى أن ينوي معنى بعيداً كطلاق من وثاق مثلاً ونحوه. كما هو مقتضى التورية البيانية والتورية خاصة بالأقوال، ولا تورية في الأفعال. ولذا قال (تت): لو قدم المصنف الاستثناء على المبالغة لوفى بالمراد.
تنبيه: قال في الذخيرة: النية لفظ مشترك بين الكلام النفساني، ومعناه أن يقول في نفسه: أنت طالق كما يقول بلسانه وهو مرادهم بالنية ههنا وبين القصد، وهو المراد في العبادات. وليس مراداً ههنا للإجماع على أن من عزم على طلاق امرأته ونوى ذلك أنها لا تطلق عليه. قال: والذي عفى عنه من حديث النفس الوارد في قوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله تعالى تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم» إنما هو ما هجس عليها من غير عزم، وأما العازم على الخير والشر والاعتقادات في الكفر وغيره وما يلزمه من الإخبارات فمعتبرة إجماعاً لقوله تعالى: وإن تبدوا ما في أنفسكم أو تخفوه يحاسبكم به الله} (البقرة:284) وهذا هو طريق الجمع بين الآية والحديث اهـ. ومراده أن الآية في الكلام النفساني الذي يؤاخذ به المكلف وهو أن يجري ذلك على قلبه، كما يجري على لسانه من غير تلفظ به. والحديث في مجرد القصد من غير أن يجري ذلك على قلبه.

وحاصل الفرق على ما ذكره أن في النفساني أوقع الطلاق ونحوه بقلبه من غير تلفظ به، وفي مجرد القصد نوى أن يفعل من غير إيقاع بقلبه فضلاً عن لسانه وإلاَّ فالكل قصد ونية إلا أنه في الأول صاحبها إيقاع في القلب دون الثاني، وما ذكره من لزومه في النفساني هو أحد قولين مشهورين. والقول الآخر يقول بعدم اللزوم وشهره غير واحد، واستظهره ابن عبد السلام قائلاً: إنما يكتفي بالنية في التكاليف المتعلقة بالقلب لا فيما كان بين الآدميين كالطلاق ونحوه اهـ. فتأمل هذا الخلاف مع الإجماع الذي ذكره القرافي، ثم قال القرافي بعد ما مر: النية في المذهب لها معنيان. أحدهما: الكلام النفسي وهو المراد بقولهم في الطلاق بالنية قولان. وبقولهم إن الصريح لا بد فيه من نية على الأصح مع أن الصريح مستغن عن النية التي هي القصد بإجماع، وثانيهما القصد الذي هو الإرادة وهو قسمان. أحدهما: القصد لإنشاء الصيغة والنطق بها ولا أعلم في اشتراطه خلافاً، وثانيهما: القصد لإزالة العصمة في اللفظ وليس شرطاً في الصريح اتفاقاً، وكذلك ما اشتهر من الكنايات فإذا تحرر هذا فالمكره لم يختل منه القصد للصيغة، بل قصدها وقصد اقتطاعها عن معناها على قول اللخمي. وأما على ظاهر الروايات كما في الجواهر فلا حاجة لذلك، ثم قال: سؤال انعقد الإجماع على عدم اشتراط القصد في الصريح، واللخمي

وصاحب المقدمات يقولان: الصحيح من المذهب اشتراط النية، فكيف الجمع بينهما؟ وجوابه: أن المشترط النية التي هي الكلام النفساني فلا بد أن يطلق بقلبه كما يطلق بلسانه وهو يسمى نية كما تقدم اهـ كلامه في ذخيرته.

قلت: وقد يجمع بينهما بأن الإجماع إنما هو بحسب الظاهر أي فلا يصدق في الظاهر أنه لم ينو بالصريح طلاقاً بل يؤاخذ به في الفتوى والقضاء إجماعاً، وكلام صاحب المقدمات واللخمي إنما هو بحسب ما في نفس الأمر أي: فلا طلاق عليه فيما بينه وبين الله، فلم يتواردا على محل واحد، وهذا هو الذي يدل عليه كلام غير واحد، ولا سيما كلام المتيطي المتقدم عند قوله: وينفذ الطلاق بالصريح الخ. وأما جوابه المتقدم فهو غير واف بالمراد كما يعلم بالتأمل.
تنبيه ثان: أطلق الناظم و(خ) في الفعل فظاهرهما سواء حلف لا أدخل الدار مثلاً فأكره على دخولها، أو حلف ليدخلنها وقت كذا فحيل بينه وبينها حتى ذهب الوقت فلا حنث عليه فيهما على أحد طرق أربعة. ذكرها ابن غازي، والمشهور عند ابن رشد أنه يحنث في صيغة الحنث لا في صيغة البر وعليه عول (خ) في باب اليمين حيث قال: ووجبت به إن لم يكن ببر. وأجاب بعض بأن الإكراه في صيغة الحنث إنما هو على الترك لا على الفعل. فلا يشمل كلام الناظم و(خ) الإكراه على الترك، فلا يكونان درجا على غير المشهور. وهذا في الحالف على فعل نفسه، وأما الحالف على فعل غيره، فعن مالك الحنث، وعن سحنون عدمه، وبالحنث أفتى أبو الحسن حسبما في الدر النثير: امرأة هربت من زوجها فحلف زوجها لا باتت في المحل الذي هربت إليه فأحنثته وباتت به قهراً عليه فقال: لا ينفع فيه الإكراه لأنه حالف على فعل الغير، والإكراه فيه لا يرفع حكم اليمين اهـ.

قلت: ظاهره ولو فعلت ذلك قاصدة تحنيثه، وفي البرزلي أنه المشهور وهو ما اعتمده شراح (خ) عند قوله في النكاح: أو قصداً بالبيع الفسخ الخ. وفي الذخيرة في باب الطلاق ما نصه: قال بعض أصحابنا: إذا قال لامرأته: أنت طالق أو لعبده: أنت حر إن فعلتِ أو فعلت كذا أو إن لم تفعلي أو إن لم تفعل ففعل أو فعلت لقصد تحنيثه لا يلزمه طلاق ولا عتق، وقيل: يلزمه الطلاق دون العتق اهـ. فانظر كيف صدر بعدم الحنث، وحكى مقابله بقيل وشمل قوله في فعل أيضاً الإكراه على المعصية: كأن يحلفه الظالم بالطلاق مثلاً على أن لا يصلي أو على أن يشرب الخمر فيصلي ولا يشرب فلا حنث عليه على المشهور. وهو مذهب سحنون. وقيل: يحنث ويحرم عليه أن يفعل، والفرق على هذا الضعيف بين الأقوال والأفعال حتى كان الحنث ساقطاً في الأول دون الثاني هو أن المفاسد لا تتحقق في الأقوال لأن المكره على قول ما يكفر به معظم لربه بقلبه بدليل قوله تعالى: إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان} (النحل:106) بخلاف شرب الخمر ونحوه، فإن المفاسد في ذلك محققة قال القرافي: وفرق ابن عبد السلام بأن القول لا تأثير له في المعاني ولا في الذوات بخلاف الفعل فإنه مؤثر اهـ. وكذا إن حلفه على ما ليس بمعصية ولا طاعة كأن لا يدخل السوق مثلاً فدخل فلا حنث أيضاً، وأما إن حلفه على طاعة كأن يحلفه أن لا يشرب الخمر فشربها ففي الحنث قولان. وتارة يكون الإكراه

على أن يحلف أنه ما فعل في الماضي أو أنه فعل، ويكون على معصية أيضاً وغيرها. انظر تفصيل ذلك في (ح) وهذا في المعصية التي لا حق لآدمي فيها كما مرّ في الأمثلة، وأما ما فيها حق للمخلوق كالقتل والغصب فلا يسعه أن يفعل اتفاقاً وإن فعل فلا يسقط الإكراه القصاص في القتل وهو معنى قول (خ): لا قتل المسلم وقطعه وإن بزنا الخ.

تنبيه ثالث: ظاهر النظم كغيره أن الإكراه المذكور لا فرق بين أن يكون مقارناً لوقت إيقاع الطلاق أو متقدماً عليه، وهو ما يفيده كلام الشارح في بيع المضغوط قائلاً: حكم الضغط منسحب على البائع وإن تراخى البيع عن وقته بالشهرين ونحوهما، ونحوه في ابن سلمون عن ابن الحاج وابن رشد وغيرهما خلاف ما أفتى به أبو سعيد بن لب فيمن سلم في ميراثه من أمه لأخيه ثم بعد موت الأخ قام برسم يتضمن أن التسليم كان خوفاً لما كان هدده به أخوه الميت من القتل، وأنه كان من أهل الشر والحرابة. قال ابن لب: لم أر هذا الرسم كافياً في رد التسليم المذكور لأن المطلوب أن يؤدي الشهود على حضورهم في تاريخه وأنهم سمعوا التخويف إذ ذاك حتى وقع التسليم في موطنه، ولا يكفي قدم التخويف على التسليم في غير مجلسه، ولا يعلمون ما اتفق في وقته وتاريخه اهـ. واعتمد فتواه هذه أبو محمد عبد القادر الفاسي في جواب له نقله العلمي.

وكُلُّ مَنْ يَمينُهُ باللازِمَهْ
لَهُ الثَّلاث في الأَصَحِّ لاَزِمَهْ

(وكل) مبتدأ (من) مضاف إليه (يمينه) مبتدأ خبره (باللازمة) والجملة صلة الموصول والرابط الضمير المجرور بالمبتدأ (له) يتعلق بقوله لازمة آخر البيت (الثلاث) مبتدأ (في الأصح) يتعلق أيضاً بالخبر الذي هو (لازمه) والجملة خبر المبتدأ الأول والرابط الضمير المجرور باللام.

وقِيلَ بَلْ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّهْ
مَعْ جَهْلِهِ وَفَقْدِهِ لِلنِّيَّهْ

(وقيل) مبني للمفعول، ونائبه الجملة المحكية به لأنها في محل المفعول، فلما بنى الفعل للمفعول ناب مفعوله الذي هو الجملة المحكية عن فاعله (بل) حرف إضراب (واحدة) فاعل بفعل محذوف أي تلزمه واحدة (رجعية) صفة (مع) يحتمل أن تكون خبر المحذوف، والجملة حال مما قبله أي: وكل هذا كائن مع الخ. ويحتمل أن تكون في محل نصب على الحال أي: وتلزمه واحدة رجعية حال كونه مصاحباً (مع جهله وفقده للنية) والجملة من قيل وما بعده استئنافية.

وَقِيلَ بَلْ بَائِنَةٌ وَقِيلَ بَلْ
جَمِيعُ الأَيْمَانِ وما بِهِ عَمَلْ

(وقيل بل بائنة) إعرابه كالذي قبله (وقيل بل جميع الأيمان) إعرابه كالذي قبله أيضاً (وما) نافية (به) خبر عن قوله (عمل) والمعنى أن من حلف بالأيمان اللازمة فقال مثلاً: الأيمان تلزمني لا فعلت أو إن فعلت، أو قال الأيمان لازمة لي أو جميع الأيمان أو الأيمان كلها أو أيمان المسلمين، فقد اختلف فيما يلزمه على أربعة أقوال. على ما ذكره الناظم، وأشار بقوله: الأصح لقول الباجي في

المنتقى أنه الأظهر عندي، وفي المعيار عن العقباني أنه المشهور، وفي ضيح أنه الصحيح عند التونسي واللخمي وعبد الحميد والمازري وغيرهم، حتى أن السيوري أفتى بنقض حكم الحاكم إن أفتى بالواحدة
وقوله: مع جهله وفقده للنية. يحتمل أن يكون هو موضوع الأقوال أي محل هذه الأقوال إذا جهل مدلول اللفظ وفقد النية أي: وفقد العرف أيضاً وإلاَّ لزمه ما نواه باتفاق، أو ما جرى به العرف كما في ابن سلمون وغيره، فإن نوى أمراً والعرف بخلافه قدمت النية لقول (خ) وخصصت نية الحالف إلى قوله: ثم عرف قولي الخ. لأن الأعراف أصل معتبر في الأيمان، وكان الناظم استغنى عنه بالنية لأنه معلوم أنه يخصص كالنية أو فيه حذف الواو مع ما عطفت كما قررنا، ويحتمل أن سبب اختلاف هذه الأقوال هو اختلاف الأعراف، فكل قال بما جرى به عرف بلده من ثلاث أو غيرها، فمن جرى عرف بلده بقصد الثلاث فقد دون غيرها ألزمه إياها، ومن جرى عرف بلده بالرجعي ألزمه إياه أو البائن فقط ألزمه إياه،
وقوله: وما به عمل أي لكون عرفهم لا يقصدون به جميع الأيمان مما عدا الطلاق. وفي (خ) من لزوم العتق والثلاث والمشي للحج إلى غير ذلك إنما هو إذا كان عرفهم استعمال اللازمة في الطلاق وغيره مما ذكر أو لا عرف لهم فيها. وكانت عادة الناس الحلف بالصدقة بالثلث والحج والعتق والمشي ونحو ذلك. ووجه الأول ظاهر لأن العرف يخصص اللفظ أو يعمه فإذا كان العرف

استعمال اللازمة في الطلاق فقط. فلا يلزمه غيره، وإذا كان العرف استعمالها في الطلاق والعتق مثلاً أو فيهما. وفي الحج فكذلك أيضاً وهكذا. ووجه الثاني أن اللفظ إذا لم يكن فيه عرف يخصصه أو يعممه فإنه يحمل على مدلوله اللغوي كما هي القاعدة، ولا شك أن مدلوله لغة جميع الأيمان من طلاق وحج ومشي وغيرها مما عادة البلد الحلف به حتى أنه إذا كانت عادتهم الحلف بالعتق فقط لم يلزمه غيره إذا علمت هذا، فعلى الاحتمال الأول يكون قول الناظم: وما به عمل الخ في عهدته لما علمت أنه حيث لا نية ولا عرف يلزمه مدلول اللفظ لغة كما مرّ وهو المشار له بقول (خ) ثم مقصد لغوي الخ. ولم أقف على ما قال إنه حينئذ لا عمل عليه، وحمل الناظم على هذا الاحتمال وإن ورد عليه ما ذكر هو الموافق للنقل. قال ابن سلمون: يلزم الحالف بالأيمان اللازمة إذا لم تكن له نية عتق من يملكه والصدقة بثلث ماله. والمشي إلى بيت الله تعالى وكفارة يمين وطلاق نسائه. واختلف فيما يلزمه من الطلاق فذكر الأقوال الثلاثة. الأول في النظم وذكر عن الأبهري أنه لا يلزمه فيها سوى الاستغفار. ثم قال: قال بعض المتأخرين: فإن جرى فيها عرف في بلد من البلاد كان العمل فيها بحسب العرف عند الإطلاق انتهى باختصار. ونحوه في ابن شاس وغيره فقوله: فإن جرى فيها عرف الخ. تقييد لتلك الأقوال كما مرّ في أصل التقرير لأنه عند فقد النية يصار للعرف كما صرح به ابن لب، وغيره في هذه المسألة وهو ما مر عن (خ) في قوله: ثم عرف قولي الخ. وحينئذ فإن كان مراد الناظم هذا الفقه كما هو ظاهره، ولكن الغالب عليه تبعيته لابن سلمون فيشكل بما مر، وبأن القول الرابع هو المشهور لأنه المطابق للغة، فكيف يكون مقابله أصح وبأن قوله مع جهله لا ينبغي أن يكون موضوعاً للأقوال لأنه عند ثبوت جهله بمدلول اللفظ لا يلزمه شيء لا في الفتوى ولا في

القضاء كما أشار له (خ) بقوله: أو لقن بلا فهم الخ. فلو قال بدله لعدم العرف وفقد

النية لسلم من هذا، وأما على الاحتمال الثاني فللاختلاف بين الأقوال في الحقيقة بل كل قال بما جرى به عرف بلده كما مرّ، ويشكل القول الرابع أيضاً لأن موضوعه حيث لا عرف فلا تحسن مقابلته بما قبله. وأما قوله: وما به عمل الخ. على هذا الاحتمال فهو في محله لأنه حيث كان العرف استعمال اللفظ المذكور في الثلاث فقط أو في البينونة فقط أو في العتق فقط مثلاً كان لزوم جميع الأيمان مهجوراً لا عمل عليه لا في الفتيا ولا في القضاء، ففي كلام الناظم إشكال على كلا الاحتمالين.

تنبيهات. الأول: إذا قال القائل: الأيمان لازمة له أو الأيمان تلزمه فلا يخفى أن أل للاستغراق وإلا كانت للعهد الذهني، وحينئذ فإن لم يكن عرف فيها فلا عهد ذهنياً، ويحمل اللفظ على عمومه كما لو قال: عليه جميع الأيمان أو عليه أيمان المسلمين أو أيمان البيعة ونحو ذلك، فيلزمه جميع ما اعتاد الناس الحلف به في ذلك كما مرّ سواء اعتاد هو خلافهم أو لم يعتد شيئاً حتى أنه لو كانت عادتهم الحلف بالله فقط لزمه ثلاث كفارات فقط لأنه مدلوله لغة وعرفاً حينئذ، ولا يمكن أن تخلو بلد من الحلف بالله تعالى وبغيره حتى يقال: إنه إذا لم يكن له نية ولا لأهل بلده عادة لم يلزمه شيء كما في الزرقاني، وأما إن كان فيها عرف خاص بحيث لا يستعملها أهل البلد إلا في خصوص الطلاق الثلاث أو البائن أو في العتق مثلاً فأل في ذلك للعهد الذهني، والمعهود ما به العرف ولا ينظر حينئذ لكل ولا لجميع ولا لغيرهما من ألفاظ العموم ولا لصيغة الجمع، لأنه وإن أتى الحالف بلفظ دال على العموم أو بصيغة الجمع فهو مخصوص بعرف بلد الحالف فلا يلزمه غير ما به عرفهم وصيغة الجمع والعموم ملغاة، وإلى هذا ترجع فتاوى المتأخرين التي في الشارح وغيره، وعليه فاللازم فيها في بلدنا اليوم إنما هو الطلاق لأن الناس اليوم لا يعرفون الحلف بالعتق ولا بالمشي ولا بالصدقة فقولهم: أيمان المسلمين أو الأيمان اللازمة لهم كقولهم: عليهم الطلاق، والظاهر كما للمسناوي و(تت) أن يحمل على الواحدة البائنة لأن الناس اليوم لا يعرفون الطلاق الرجعي.
قلت: والظاهر أن يحمل الثلاث لأن أكثر الناس اليوم الحلف بالطلاق الثلاث، وهم إنما يقصدون بها التشديد والتغليظ كحلفهم بالحرام آخر الثلاث فهي مساوية له عندهم على ما شهدناه منهم، وعلى تسليم حلفهم بالحرام مجرداً من آخر الثلاث، وأنه يكثر منهم الحلف به مجرداً ومقروناً بالثلاث، فحمله في اللازمة على الثلاث أحوط عند عدم النية لأن الفروج يحتاط لها.

الثاني: درج أبو زيد الفاسي في عملياته على ما للأبهري وابن عبد البر من أنه لا يلزمه فيها سوى الاستغفار فقال:
وعدم اللزوم في أيمان
لازمة شاعت مذ أزمان

فظاهره أنه لا يلزمه شيء ولو كفارة يمين بالله، وهذا إنما هو على الاحتمال الأول في كلام الناظم أي حيث لا نية ولا عرف، ومع ذلك فهو مقابل للمشهور من حمله حينئذ على مدلول اللفظ لغة، وإلاَّ فهو إذا كانت له نية لزمه ما نواه اتفاقاً من طلاق أو غيره، وإن كان لهم فيها عرف لزمه ما هو عرفهم فيها لأنه كالنية كما مر ولا يحل للمفتي أن يفتيه حينئذ بعدم اللزوم إذ ذاك خروج عن أقوال أئمة المذهب وما به العمل لا بدّ أن يوافق قولاً وإن شاذاً.
الثالث: كثير من الناس في هذه الأزمنة يقول عليه ما يلزمه لأفعل كذا ولا يزيد من الأيمان والجاري على ما مر أنه يلزمه ما نواه أو ما به عرفهم، فإن لم تكن نية ولا لهم عرف في هذا اللفظ، فالظاهر أنه لا يلزمه شيء لأن الذي يلزمه من صلاة وصيام وزكاة ونحوها هو لازم له بدون يمين، وغير اللازم له مما ذكر لا دلالة للفظ عليه وقديماً كنت متأملاً فيه، ثم أجريته على قول (خ): وكأحلف أو أقسم إن نوى بالله الخ. وأنه إذا لم تكن له نية ولا عرف لا شيء عليه.

الرابع: تقدم أن من عادته الحلف باللازمة أو بالثلاث أو بالحرام لا يرخص له بل يلزمه ما يلزم غيره ممن وقع ذلك منه فلتة، ولو أدى إلى تحريمها عليه قبل زوج ولا يعذر لجري ذلك على لسانه، بل هو أولى بالتشديد لأن ذلك استخفاف منه بالأيمان خلاف ما يعتقده كثير من جهلة الطلبة من عذره، وقد نص على ذلك في المعيار وغيره. وفي ابن سلمون إثر الأقوال المتقدمة في اللازمة ما نصه: وقد أفتى فيها بعضهم بفتوى غريبة وهي أنه إن كان الحالف بها من أهل العفاف والصلاح، ولم يعتد الحلف بها، وإنما خرجت منه على ضجر فتلزمه الواحدة وإن كان من أهل الدعارة والشر، وممن يحلف بذلك في كل وقت فإنه يلزمه الثلاث ولا وجه لذلك عندي اهـ. ونحوه في المعيار عن أبي الفضل العقباني قائلاً: فمن هو أهل للعذر وكان الشيء منه فلتة فحسن أن يترك للتقليد لقول فيه رحمة، وأما من دأبه الأيمان ويستخف بأمرها فينفذ عليه الحكم بالمشهور اهـ باختصار. فقد علمت أن من دأبه الأيمان أولى بالتشديد عليه، وإن من وقع ذلك منه فلتة فالمشهور ومذهب الجمهور أنه لا يرخص له أيضاً، ومقابله وإن أفتى به العقباني شاذ حتى قال ابن سلمون: كما رأيته أنه لا وجه له عنده وهو الصواب إن شاء الله. إذ الأحكام الشرعية لا فرق فيها بين صالح وطالح والله أعلم.
الخامس: في المديان من البرزلي فيمن حلف بالطلاق يعني أو باللازمة أو غيرها؛ أنه لا مال له وقد ورث مالاً لم يعلم به أنه حانث. ابن رشد: هي على مراعاة الألفاظ دون المقاصد اهـ باختصار. يعني: ولو روعي المقصد لم يحنث لأن المعنى لا مال له في علمه، والمذهب أن العبرة بالمقاصد انظر شرح ابن رحال للمختصر في باب الخلع، وقد تقدم عند قول الناظم: وينفذ الطلاق بالصريح الخ. عن ابن رشد: أن الحمل على القصد هو الأشهر الأظهر.

السادس: إذا حلف باللازمة أو بغيرها لا بقي أو إن بقي في هذه الدار هل هو بمنزلة لا سكنت فلا يرجع أبداً أو بمنزلة لأنتقلن. وفيها قولان. فقيل: ذلك بمنزلة لأنتقلن، وبه قال اليالصوتي: وقيل ذلك بمنزلة قوله لا سكنت، وبه قال أبو الحسن القاري، وهو الذي رجحه أبو العباس سيدي أحمد بن المبارك

السجلماسي قائلاً: وما لليالصوتي مخالف للقواعد الأصولية وللمقصد اللغوي عند عدم العرف والنية، وحينئد فيحنث إن لم يخرج من حينه أو إن رجع لأن الفعل كالنكرة، فيعم في سياق النفي ولا يعم في سياق الإثبات فعدم خروجه من حينه جزئية موجبة ورجوعه بعد الخروج جزئية أخرى، وكل منهما يناقض الكلية السالبة التي دل عليها الفعل الواقع في سياق النفي، وأما الفعل الواقع في سياق الإثبات كلأنتقلن فهو جزئية موجبة فإذا لم يعجل بالخروج أو رجع حصل من ذلك جزئية سالبة وهي لا تناقض الجزئية الموجبة، فإذا لم يحنث بواحد منهما فحمل قوله: إن بقيت أو لا يبقى على قوله: لا سكنت هو الصواب لأن الفعل عندهم كالنكرة، ولذا كانت تنعت به النكرات ويقع حالاً من المعارف فهو بعد النفي نكرة منفية وبعد الإثبات نكرة مثبتة، ولا شك أن حمل النكرة المنفية على النكرة المثبتة كما لليالصوتي سهو لا خفاء فيه وإن تبعه على ذلك السهو البرزلي، اللهم إلا أن يكون هناك عرف وقت اليالصوتي بأن لا بقيت بمعنى لأنتقلن عندهم، وذلك هو اللائق بجلالة إمامته اهـ باختصار.
وقوله: إن بقيت الخ. يعني والحال أن إن نافية لا شرطية.

السابع: إذا قال الرجل لامرأته: بالله الذي لا اله إلا هو إن خرجت امرأته من هذه الدار فهي عليه حرام، أو فالأيمان لازمة له أو قال: والله إن خرجت لأطلقنك أو لا كنت لي امرأة أبداً، أو قال: والله إن قيلت أو بتّ في هذه الدار لا قيلت أو بت على ذمتي ونحو ذلك فالأمر في ذلك كله على التعليق لا التأكيد بمضمون الشرط، والجواب فكأنه قال: إن خرجت ولم يحرمها أو لم يطلقها لزمته اليمين بالله هذا هو الذي نسبه ابن عرفة للأكثر، وأفتى به ابن رشد وأصحابه فيمن قال لامرأته: والله إن تشاررت مع أمي وخرجت لخرجت إلا كخروجها فتشاررت وخرجت الأم فأفتوا بأنه لا يلزمه إلا كفارة اليمين بالله إن أراد البقاء على الزوجية. قاله في نوازل الزياتي عن سيدي العربي الفاسي قائلاً. وفي المعيار وغيره كثير من ذلك، وقد جزم أبو عبد الله المواق بأن ذلك حكمه حكم مسألة المدونة. ونصها، قال مالك: من قال لامرأته والله لأطلقنك فليس بمول ولا يمنع من الوطء، فإن شاء طلق فبر وإن لم يطلق لم يحنث إلا بموته أو موتها ولا يجبر على الكفارة اهـ. وقد سئل قاضي الجماعة ومفتيها أبو محمد عبد الواحد الونشريسي عمن حلف بالطلاق لامرأته لا كانت له امرأة أبداً. فأجاب له إحناث نفسه بالبقاء على الزوجية ويلزمه الطلاق الواحد إلا أن ينوي أكثر، وله الرجعة إن أحنث نفسه اهـ. وانظر نوازل الشهادات من المعيار فيمن شهد عليه واحد بالثلاث وشهد عليه آخر بالأيمان اللازمة هل تطلق أم لا؟.
الثامن: قال في المعيار أيضاً: ذكر ابن مرزوق أنه وقع في مجلس ابن عرفة نزاع فيمن وكل أو فوض لامرأته الطلاق فحلفت بالحرام وحنثت هل يلزمه الطلاق أم لا؟ قال: ولم أتحقق ما قاله الشيخ مما قاله غيره، فسئل عنها أبو عبد الله القروي فأجاب: بعدم اللزوم لأنه لم يجعل لها إيقاع الطلاق بالحلف، وتذكر عدم لزوم أيمان الوكيل لموكله اهـ بالمعنى.

التاسع: في نوازل الشفشاوني في سياق أجوبة لابن لب ما نصه: وسئل أيضاً عمن قال لزوجته: عليه الحرام أو اللازمة لا دخلت دار أبيك هذا العام هل يحمل العام على ما بقي منه أو يستأنف؟ فأجاب: إن كانت له نية أو بساط عمل عليهما، وإن لم تكن له نية ولا بساط فيحمل على بقية العام لأنه المحقق والذمة لا تعمر إلا بمحقق اهـ فتأمله.

وَالبِكْرُ ذَاتُ الأَبِ لاَ تُخْتَلَعُ
إِلاَّ بِإِذْنِ حاجِرٍ وَتُمْنَعُ

(والبكر) مبتدأ (ذات الأب) نعت له وجملة (لا تختلع) بالبناء للفاعل خبر (إلا) إبطال للنفي (بإذن) يتعلق بتختلع (حاجر) مضاف إليه (وتمنع) بالبناء للمفعول ونائبه ضمير البكر ومتعلقه محذوف أي وتمنع بغير إذنه، والجملة معطوفة على الجملة قبلها مفسرة لها في المعنى.

وَجازَ إِنْ أَبٌ عَلَيْهَا أَعْمَلَهْ
كَذَا عَلَى الثَّيِّبِ بَعْدَ الإِذْنِ لَهْ

(وجاز) فاعله ضمير الخلع (إن) شرط (أب) فاعل بفعل محذوف يفسره ما بعده (عليها) يتعلق بقوله (أعمله)

وقوله: (كذا) خبر لمبتدأ محذوف (على الثيب) يتعلق بأعمله محذوفاً لدلالة ما قبله عليه (بعد الإذن) يتعلق بأعمله المحذوف (له) يتعلق بالإذن. والتقدير: والحكم كائن كذلك إن أعمله الأب على الثيب بعد إذنها له، ومعناه أن البكر الصغيرة أو البالغ التي لم ترشد ولم يدخل بها زوجها أو دخل وطلقت قبل المسيس ولم تطل إقامتها سنة ومثلها الصغيرة التي ثيبت قبل البلوغ لا يجوز خلعها. وظاهره ولو خالعت بخلع أمثالها ويجب رد المال إن وقع وبانت. نعم إن أعمله الأب عليها بإذنها أو بغيره جاز، ولزم حيث كان نظراً لأنه معزول عن غير المصلحة، وظاهره: ولو بجميع صداقها وهو كذلك كما في المدونة وليس ذلك للوصي الغير المجبر، وأما المجبر فهو كالأب فلو قال الناظم:

والبنت ذات الجبر لا تختلع
إلا بإذن مجبر وتمنع

وجاز إن هو عليها أعمله الخ. لوفى بالمراد ويفهم منه أن الوصي الغير المجبر، ومثله مقدم القاضي ليس له ذلك في هذه البنت التي لو كان أبوها لجبرها إلا بإذنها فيجوز إن كانت بالغة وكان نظراً لها وأما الصغيرة فلا يجوز خلعها، ولو أمضاه وصيها المذكور، وكذا خلع وصيها عنها بإذنها على المشهور المعمول به كما في ابن سلمون، وظاهر (خ) وشراحه أن ذلك يمضي من الصغيرة بإذنه وصرح به ابن رحال فقال: وأما خلع الوصي بموافقة محجورته السفيهة والصغيرة فيجوز اهـ. وهو أقوى إذ حيث فعلت بإذنه فهو الفاعل لذلك، وكذا إن أمضاه. وعلى ما لابن سلمون يكون في مفهوم المجبر على الإصلاح المذكور تفصيل بين الإذن وعدمه والصغيرة وغيرها.

وقوله: كذا على الثيب الخ. هذا مفهوم قوله: البكر. ومعناه أن الثيب البالغة السفيهة يجوز للأب أن يخالع عنها من مالها بإذنها، وكذا الوصي ومقدم القاضي لأنه إذا جاز لهما الخلع في البكر البالغ بإذنها كما مر فأحرى في الثيب، ومفهوم قوله: بعد الإذن أن خلعه عنها بغير إذنها لا يمضي عليها وهو كذلك على المشهور المعمول به، ولها حينئذ مطالبة الزوج بصداقها والطلاق واقع. ولا يقال إذن السفيه كلا إذن فلم اشترطوه ههنا؟ لأنا نقول لاحظوا ههنا الضرر

البدني، لكن من حجتها على الأب والوصي أن تقول إسقاطكما مالي عن زوجي لما يتقى من سوء عشرته لا يلزمني لأني أرضى بالبقاء معه على ذلك الحال، وفهم من قوله بعد الإذن له إنها إذا خالعته وحدها لا يمضي أيضاً، ولو خالعته بخلع وهو ظاهر قول (خ) لا من صغيرة وسفيهة الخ. والمراد بالسفيهة ههنا بكراً كانت أو ثيباً من ثبتت لها حالة السفه لأن العبرة بالحال لا الولاية فمن حالها حال الرشداء مضى خلعها، ولو كان لها حاجر، والعكس بالعكس والصغيرة لا تكون رشيدة إذ من شرطه البلوغ كما في ابن رحال. وظاهر كلام الناظم أنه لا فرق في هذه الثيب بين أن تكون ثيبت بوطء هذا المخالع لها أو بوطء غيره قبله،

وأما المجبرة المتقدمة فإنه إذا بنى بها الزوج صارت ثيباً فلا بد من إذنها إلا أن تكون غير بالغة كما مرّ. وتقدم في البيت قبله أنه لا يجوز له العفو بعد البناء لأنها استحقته بالمسيس إلا أن يقال: إن الخلع هنا ليس عفواً لأنه لما يترقب من سوء العشرة، وفي المدونة إن خالع عنها بجميع الصداق بعد البناء قبل البلوغ جاز.
تنبيهات. الأول: سكت الناظم عن المهملة التي لا وصي عليها ولا مقدم. وفي مضي خلعها أن خالعته خلع أمثالها قولان. عمل بكل منهما كما في المتيطية. قال الرجراجي: المشهور أن خلعها لا يجوز، وقال في الفائق: المعمول به أنه لا يجوز من فعل المهملة شيء حتى يتم لها مع زوجها العام ونحوه اهـ. بنقل الشيخ بناني، وظاهر ذلك ولو خالعت بخلع أمثالها. واقتصر ابن سلمون على العمل بالمضي، وعزاه لابن القاسم وسحنون وكذا الفشتالي وصاحب الطرر فيفهم منهم أنه الراجح، ولا سيما وهو قول ابن القاسم وسحنون. وقد قال الشيخ طفي في باب الزكاة عند قول المتن والقراض الحاضر إلخ. أنه اشتهر عند الشيوخ أنه لا يعدل عن قول ابن القاسم مع سحنون إذا اجتمعا، وظاهر هذا النقل أن ذلك ماض ولو خالعته قبل مضي عام من دخولها ولو معلومة السفه، وسيأتي عن البرزلي ما يبين لك وجه ذلك، لكنه لا يتم في معلومة السفه على ما به العمل الآن من أن العبرة بالحال لا الولاية وما مرّ عن ابن سلمون والطرر والفشتالي من العمل المذكور إنما هو في زمانهم من أن المهمل تمضي أفعاله، وأن العبرة بالولاية لا الحال كما يفيده. نقل ابن عرفة فقف عليه، وقد علمت أن العمل ليس على ذلك الآن فلا تغتر بذلك. وانظر أيضاً لو خالعت بأكثر من خلع مثلها على ما لابن سلمون ومن معه هل يرد الزائد فقط وهو الظاهر أو يرد الجميع وهو ما يفيده؟ نقل ابن عرفة. وكذا لو خالع الأب أو الوصي بأكثر من خلع المثل فإنها ترجع على الزوج أو على الأب إن أعدم الزوج بالزائد فقط فيما يظهر لأنه القدر الذي فوت

عليها ولا يقال يلزم من كون الخلع نظراً أن يكون بخلع المثل. لأنا نقول قد يكون الخلع نظراً في نفسه لأن النظر فيه مصروف لما يترقب من الزوج من سوء العشرة، ولكنه أكثر من خلع المثل فتأمله. وذكر ابن رحال ههنا أن ظاهر كلامهم جوازه من الأب ولو بأكثر من خلع المثل اهـ.
الثاني: قال ابن سلمون: ذكر ابن سعدون في شرح المدونة أن الزوج إذا

شرط في خلع من تقدم أنه إن لم يصح له الخلع على ما وقع فالعصمة باقية إن شرطه ذلك ينفعه، ومتى طلب منه ما أخذ كانت له زوجة كما كانت اهـ. ومثله في الطرر والبرزلي وابن سلمون واعترضه (ح) بأنه خلاف المذهب، وفي المدونة وإن أعطته شيئاً على أن يطلق ويشترط الرجعة أو خالعها وشرط أنها إن طلبت شيئاً عادت زوجة فشرطه باطل والخلع يلزمه ولا رجعة له إلا بنكاح مبتدأ اهـ. هذا إذا لم يكن معلقاً ابتداء وإلاّ فينفعه كما لو قال لصغيرة أو سفيهة أو ذات رق إن صحت براءتك فأنت طالق بعد قولها أبرأتك فلا يقع عليه الطلاق حتى يجيز وليها ذلك.
الثالث: محل الخلاف في قول (خ) وفي خلع الأب عن السفيهة خلاف إنما هو في خلعه عنها بغير إذنها لأن أحد المشهورين يقول: لا يجوز إلا بإذنها والآخر يقول بالجواز مطلقاً فقد اتفقا على جوازه مع الإذن، وحينئذ فقول الناظم بعد الإذن له ليس هو أحد المشهورين في كلام (خ) بل محل اتفاق منهما فمنطوق الناظم يتفق عليه المشهوران معاً، ومفهومه فيه الخلاف المذكور، لكن المعمول به عدم المضي فقول ابن رحال ههنا: الراجح من الخلاف جواز خلع الأب عنها استقلالاً الخ. خلاف المعمول به.

الرابع: رجح البرزلي كما في المواق أن من فعل فعلاً لو كان رفع إلى القاضي لم يفعل غيره، فإنه يكون كأن القاضي فعله الخ. فيقتضي بظاهره أن الصغير والسفيهة ذواتا المقدم، بل والمهملة إذا خالعن خلع أمثالهن، وكان إيقاع الخلع أحسن لهن أن يمضي ذلك لأنهن لو رفعن أمرهن إلى القاضي لم يفعل غير ذلك، وهذا وإن كان قولاً قوياً في المذهب كما تقدم عن ابن سلمون في المهملة وقال مثله ابن القاسم في الصغيرة كما في المواق وضيح زاد في ضيح قيل: وبه العمل قال: ويلزم على قول ابن القاسم في الصغيرة أن يمضي خلع السفيهة بذلك ولو مولى عليها الخ. لكنه خلاف المذهب المعتمد من نفوذ الخلع ووجوب رد المال كما مر فلا تغتر بشيء من ذلك والله أعلم.

الخامس: لما نقل ابن عرفة قول المتيطي وابن فتحون للمحجورة أن تخالع بإذن أبيها أو وصيها وتقول بعد إذنه لما رآه من الغبطة قال: فالأرجح عقده على الوصي برضاها لا عليها بإذنه خلاف قصره بعضهم عليها بإذن الوصي اتباعاً منه للفظ الموثقين وأظنه لعدم ذكره قول ابن القاسم فيها وعليه لو بارأ غير الأب عن البكر فقال في اختصار الواضحة: الطلاق نافذ ويرجع الزوج بما يرده للزوجة على من بارأه عنها وإن لم يشترط ضمانه لأنه المتولي وضعه عنه اهـ بلفظه. وعبارة المتيطية: فإن كانت الزوجة محجوراً عليها لأب أو وصي قلت في مخالعتها على أن أسقطت فلانة أو التزمت له بإذن أبيها كذا وكذا لما رأى في ذلك من الغبطة لها والحيطة عليها اهـ. ونحوه في ابن سلمون وقول ابن عرفة وعليه لو بارأ غير الأب الخ. هو أحد أقوال ذكرها ابن سلمون فقال: فإن عقد على اليتيمة أو غيرها ولي أو أجنبي فلها الرجوع على زوجها والطلاق ماض. وهل يرجع الزوج على الذي عقد معه الخلع إذا لم يضمن ذلك؟ فقيل: يرجع وإن لم يضمن لأنه هو الذي أدخله في الطلاق، وهذا لابن القاسم. وروايته عن مالك في كتاب الصلح من المدونة. وقول أصبغ في الواضحة والعتبية: وقد

تقدم نقل كلامه عند قوله: وإن تكن قد خالعت وأثبتت أضراره الخ. وعلى ما لابن عرفة من كون الراجح عقده على الوصي برضاها يكون الراجح من تلك الأقوال هو الرجوع كما يدل عليه قوله: وعليه الخ.

وَامْتَنَعَ الخُلْعُ على المَحْجُورِ
إلاّ بِإِذْنِهِ على المَشْهُورِ

(وامتنع الخلع) فعل وفاعل (على المحجور) يتعلق بالخلع (إلا) استثناء (بإذنه) يتعلق بالخلع أيضاً أي امتنع الخلع على المحجور الذكر البالغ بكل وجه من الوجوه إلا بإذنه فيجوز حينئذ لوليه أن يخالع عنه ولو مقدماً من قاض (على المشهور) ومقابله قول ابن القاسم في الجنايات أنه يجوز لوصيه أن يخالع عنه بغير أمره.

وَالْخُلْعُ جائِزٌ على الأَصاغِرِ
مَعْ أَخْذِ شَيْءٍ لأَبٍ أَوْ حاجِرِ

(والخلع) مبتدأ (جائز) خبره (على الأصاغر) يتعلق بالخلع (مع) بسكون العين ظرف مضاف لقوله (أخذ شيء) وقوله (لأب أو حاجر) يتعلق بالخبر المذكور أي: والخلع على الأولاد الأصاغر جائز لأب أو حاجر مع أخذ شيء من الزوجة أو وليها. وهذا إذا كان على وجه النظر كما في ضيح، وإنما أسقط المصنف هذا لأنه معلوم أن الولي لا يمضي تصرفه على المولى عليه إلا بالنظر. ابن ناجي: ظاهرها أنه لا يجوز خلعه عنه إلا بشرطين النظر مع الأخذ أما إن رآه نظراً دون أخذ فلا. قال: ورأيت شيخنا أبا العباس بن حيدرة حكم بمطلق النظر دون أخذ، وبه أقول وهو نص اللخمي اهـ باختصار. ويشمل قوله: أو حاجر خلع السيد عن عبده الصغير. ابن فتوح وابن فتحون: يجوز للأب ووصيه والسلطان وخليفته المباراة على الصغير بشيء يسقط عنه أو يؤخذ له لا غير ذلك. وكذا السيد في عبده الصغير. ابن عرفة: هذا خلاف قول اللخمي يجوز أن يطلق على السفيه البالغ والصغير بغير شيء يؤخذ له، لأنه قد يكون بقاء العصمة مبدياً لأمر جهل قبل إنكاحه أو حدث بعده من كون الزوجة غير محمودة الطريق أو متلفة ماله اهـ. وعلى الأول عول (خ) حيث قال: وموجبه زوج مكلف ولو سفيهاً وولي صغير أباً أو سيداً أو غيرهما لا أب سفيه وسيد بالغ الخ. وبه تعلم أن ما للخمي، واختاره ابن ناجي مقابل لما في النظم، وتعلم أيضاً أن قول ابن سلمون لا يجوز طلاق الأب والوصي على الصغير إلا بشيء يأخذانه له بلا خلاف لا يصح كما مر.

تنبيه: يؤخذ من قول الناظم إلا بإذنه أن السفيه يستقل بالخلع لأن المدار على إذنه ولأن الطلاق بيده وهو كذلك كما مرّ عن (خ) ويبقى النظر هل يبرأ المختلع بتسليم المال إليه أم لا؟ وهل إذا خالع بأقل من خلع المثل يكمل له أم لا. والمذهب أنه لا يبرأ إلا بتسليمه لوليه، وأنه يكمل له إن خالع بأقل من خلع المثل كما لابن شاس واللخمي، ورجحه ابن رحال في شرحه لأنه بنفس العقد يكمله ويصير مالاً من أمواله فكيف يبرأ دافعه بدفعه للسفيه المبذر له. ولأنه معاوضة بدليل أنه يكمل له خلع المثل إن خالع بأقل، ولو كان كالهبة كما قال ابن عرفة: إنه ظاهر الموثقين ما كمل له خلع المثل فانظره.

قلت: وانظر إذا خالع ولي الصغير عنه بأقل من خلع المثل هل يكمل له أو يبطل الطلاق من أصله، والظاهر الأول لأن حق الصغير لم يبق إلا في التكميل. نعم إذا كان الطلاق عليه من أصله غير نظر، فلا يمضي عليه حينئذ فالنظر لا بدّ منه على هذا في الطلاق والخلع معاً، وقد يوجد في أحدهما دون الآخر.

وَمَنْ يُطَلِّقْ زَوْجَةً وَتَخْتَلِعْ
بِوَلَدٍ مِنْهُ لَهُ وَيَرْتَجِعْ

(ومن يطلق) شرط وفعله (زوجة) مفعوله (وتختلع) بالجزم عطف على فعل الشرط (بولد منه) يتعلقان بتختلع وليس المجرور الثاني صفة للأول، بل هو مقدم عليه في التقدير (له) صفة لولد فصل بينه وبين موصوفه بأجنبي (ويرتجع) معطوف على تختلع.

ثُم يُطَلِّقُها فحُكْمُ الشَّرْعِ
أَنْ لا يَعُودَ حُكْمُ ذاك الخُلْعِ

(ثم يطلقها) معطوف عليه أيضاً (فحكم) مبتدأ (الشرع) مضاف إليه (أن لا يعود) منصوب بأن (حكم) فاعل والجملة في تأويل مصدر خبر المبتدأ أي فحكم الشرع عدم عود حكم (ذاك الخلع). والجملة من المبتدأ والخبر جواب الشرط، وأشار بهذين البيتين إلى ما في أجوبة ابن رشد رحمه الله، وذلك أنه سأله أهل بطليوس عمن خالع امرأته على أن تحملت بنفقة ابنه منها إلى الحلم، ثم راجعها بنكاح جديد، ثم طلقها هل يسقط عن الزوجة ما تحملته بمراجعته إياها أم لا؟ وكيف إن طلبه بما تحملته وهي في عصمته بالمراجعة التي راجعها هل يقضي بذلك أم لا؟ فأجاب: إذا راجعها سقط عنها ما تحملته من نفقة ابنه ورجعت النفقة عليه ولا تعود عليها إن طلقها ولم تتحمل له بها ثانية وبالله التوفيق. ونقله ابن عات وغيره بالمعنى وبحث فيه (ح) في التزاماته فقال لم يظهر لي وجه سقوط النفقة عنها بمراجعته إياها إلا أن يكون فهم عنها أنها إنما التزمت النفقة على الولد ما لم تكن في عصمة الزوج اهـ.

قال أبو العباس الملوي: وذلك لأنه حق للولد فلا يسقط بمراجعة أبيه أمه قال: ولكن في فائق الونشريسي ما ينتج منه دفع هذا البحث لأن الالتزام في الحقيقة حق للزوج لا للولد اهـ. من خطه.

قلت: الظاهر عدم دفع البحث المذكور لأن الالتزام وإن كان حقاً للزوج لا للولد لا يسقط عنها إلا بمسقط ولم يوجد، وأيضاً فإن الصبي قد يكون له مال فالحق حينئذ للولد لأن النفقة ساقطة عن أبيه، وقد يكون لا مال له فالحق حينئذ للزوج لكنه لم يسقط.

وَإِنْ تَمُتْ ذَاتُ اخْتِلاعٍ وُقِفَا
مِنَ مَالِها ما فيهِ لِلدَّيْنِ وَفَا

(وإن تمت) شرط (ذات) فاعل (اختلاع) مضاف إليه (وقفا) بالبناء للمفعول جواب الشرط (من مالها) يتعلق بوقفا (ما) موصول نائب الفاعل (فيه) خبر مقدم (للدين) يتعلق بالاستقرار في الخبر المذكور (وفا) مبتدأ مؤخر والجملة صلة ما.

لِلأَمَدِ الَّذِي إِلَيْهِ التُزِمَا
وَهْوَ مُشَارِكٌ بِهِ لِلغُرَمَا

(للأمد) يتعلق بوقفا أو بوفا واللام للغاية بمعنى إلى (الذي) نعت للأمد (إليه) يتعلق بقوله: (التزما) بالبناء للمفعول ونائبه ضمير الإنفاق المفهوم من السياق والجملة صلة (فهو) مبتدأ عائد على الأب (مشارك) خبره (به للغرما) يتعلقان به والضمير المجرور عائد على الدين، والجملة من المبتدأ والخبر جواب عن سؤال مقدر فكأن قائلاً قال له: وإن كانت عليها ديون فهل يحاصص به؟ فقال: نعم فهو مشارك الخ. والمعنى أنه إذا خالعها على أن تحملت له بنفقة ولدها أو غير مدة معلومة كخمس عشرة سنة أو إلى البلوغ ونحو ذلك. ثم ماتت في أثناء المدة فإنه يوقف من مالها قدر مؤنة الابن إلى انقضاء المدة التي التزمتها فإن كان عليها ديون غير ما التزمته فإن للزوج محاصة غرمائها بما التزمته من نفقة ولده بأن يقال ما قدر ما يفي بنفقته في المدة الباقية، فيقال: كذا ويحاصص به مع أرباب الديون، وفهم من قوله: وقفاً أنه يوضع عند أمين ولا يدفع للأب وهو كذلك لأن الولد إذا مات بعد ذلك فإن الباقي مما وقف يرجع ميراثاً لورثتها أو لأرباب الديون إن بقي لهم شيء من ديونهم كما في الوثائق المجموعة وابن سلمون وغيرهما. ومفهوم قوله: وإن تمت أنها إذا لم تمت بل مات الولد أنه لا شيء للأب وهو كذلك كما مرّ في قوله: وليس للأب إذا مات الولد شيء الخ. وقولي مدة معلومة احترازاً من المجهولة بأن لا يضربا لذلك أجلاً أصلاً أو يضربا لذلك أجلاً مجهولاً كقدوم زيد أو يسر الأب فإن ذلك لا يجوز كما صرّح به ابن رحال في شرحه، وهو ظاهر لكثرة الغرر، لكن يبقى النظر إذا وقع ونزل ولا يخفى أن الطلاق نافذ ولا إشكال، وتقدم ما يجب في ذلك عند قوله: وليس للأب الخ. وعند قوله: والخلع بالإنفاق محدود الأجل الخ. ثم لا يخفى أن ما ذكره الناظم في هذين البيتين وفي اللذين قبلهما مفرع على قول المخزومي ومن معه بجواز الخلع بالنفقة الزائدة على الحولين، وحينئذ فكان اللائق أن يقدم هذه الأبيات

الأربعة ويجعلها بعد قوله: وجاز قولاً واحداً الخ، كما مر التنبيه عليه.

وَمَوْقِعُ الثَّلاثِ في الخُلْعِ ثَبَتْ
طَلاقُهُ وَالخُلْعُ رُدَّ إنْ أَبَتْ

(وموقع الثلاث) مبتدأ ومضاف إليه (في الخلع) يتعلق بالمبتدأ (ثبت طلاقه) فعل وفاعل خبر المبتدأ (والخلع) مبتدأ (رد) بضم الراء مبنياً للمفعول خبر المبتدأ، ويجوز قراءته بكسر الراء على أنه مصدر بمعنى المفعول، فالخبر حينئذ مفرد لا جملة (إن أبت) شرط حذف جوابه للعلم به فقوله: أبت يحتمل أنه من الإباية، والمعنى عليه أنها إذا أعطته ديناراً مثلاً ليطلقها واحدة أو ليطلقها وأطلقت فطلقها ثلاثاً، فإن الطلاق واقع والخلع مردود حيث لم ترض بالثلاث قاله ابن سلمون. واستظهره ابن عرفة وابن رشد قائلين لأنه بطلاقه إياها ثلاثاً يعيبها لامتناع كثير من الناس من تزوجها خوف جعلها إياه محللاً فتسيء عشرته ليطلقها فتحل للأول، لكن قال ابن رحال في شرحه ما في ابن سلمون خلاف ظاهرها. وقال في حاشيته: ههنا يحتمل أن يكون قوله أبت من البتات الذي هو القطع وضميره للزوج لا من الإباية التي هي الامتناع وضميره للزوجة، ويكون حينئذ أشار إلى مضمون قول (خ) إن قال: إن خالعتك فأنت طالق ثلاثاً. وعليه فقول الناظم في الخلع يتعلق بمحذوف أي في التعليق على الخلع اهـ. وبالجملة فالمسائل ثلاث.

الأولى: أن تقول طلقني بألف مثلاً فيطلقها ثلاثاً وهذه هي التي في النظم وهو

تابع في ذلك لابن سلمون واستظهار ابن راشد وابن عرفة والذي في (خ) وهو ظاهر المدونة أو نصها على ما في ضيح أن ذلك لازم لها.

الثانية: عكس ما في النظم وهي أن تقول له طلقني ثلاثاً بألف فيطلقها واحدة فإن الألف لازم لها أيضاً لأن المدار على البينونة وهي حاصلة بالواحدة فلا فائدة لاشتراطها الثلاث وبحث فيه ابن عرفة وأبو الحسن وابن عبد السلام: بأن الشرط المذكور قد يكون مفيداً لأن مقصودها بإعطاء العوض البعد منه على أتم الوجوه بحيث لا يبقى له فيها طلب، وذلك إنما يحصل بالثلاث، وأما الواحدة فقد يتوصل إلى مراجعتها بشفيع لا يمكنها رده اهـ. وإلى مسألة الناظم وعكسها أشار (ح) عاطفاً على ما يلزم فيه العوض بقوله: أو طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة أو بالعكس.
الثالثة: أن يعلق الثلاث على الخلع وهي التي أشار لها (خ) عاطفاً على ما يرد فيه العوض بقوله أو قال إن خالعتك فأنت طالق ثلاثاً فإنه إذا خالعها وقعت الثلاث مصاحبة لخلعه لأن الشرط والمشروط يقعان دفعة واحدة ضرورة اقتران المشروط مع جزء شرطه في الوجود، كما للوانوغي فلم يصادفها الخلع وهي زوجة فوجب رد المال، ولما كان كلام الناظم وابن سلمون مخالفاً لما في (خ) وظاهر المدونة أو نصها أوله ابن رحال بما مر على هذه المسألة الثالثة وإن كان ذلك بعيداً من لفظهما.
تنبيه: ما ذكره (خ) في المسألة الثالثة هو مذهب ابن القاسم، وذكر ابن رشد عن أشهب أن الزوج لا يرد الخلع قال: وهو المختار والصحيح في النظر والقياس إذ لا يكون المشروط إلا تابعاً لشرطه، فإذا كانت المصالحة سابقة للطلاق صحت ومضت ولم يرد الزوج ما أخذ فيها وبطل الطلاق المعلق عليها واحداً كان أو ثلاثاً لوقوعه بعد الصلح في غير زوجة اهـ.

قلت: تأمل قوله وهو المختار، والصحيح في النظر الخ. فإنه لا يجري على ما قالوه من وجهين أحدهما أنهم قالوا في المسألة السريجية وهي إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً أن الشرط والمشروط يقعان دفعة واحدة، وجعلوها من المسائل التي ينقض فيها حكم الحاكم.
وقوله: إن المشروط تابع لشرطه يوجب عدم وقوع الثلاث فيها وهو خلاف ما قالوه. ثانيهما: إن قوله ويبطل الطلاق الخ. مخالف للمشهور ومذهب المدونة من أنه إذا اتبع الخلع طلاقاً من غير صمات نسقاً لزم وارتدف كما لو نسقه في غير المدخول بها، فهو وإن سلمنا أن المشروط تابع لشرطه كما قال لزم أن يقع الثلاث على المشهور لوقوعها متصلة بالخلع فهو قد اختار وصحح رحمه الله المقابل في الصورتين، وذلك على عادته في كونه يختار خلاف المذهب لرجحانه عنده فلا اعتراض عليه، ومثله وقع له فيمن أعتق أم ولده على أن سلمت له ولده الصغير منها فقال ابن القاسم: ذلك لا يجوز ويرد الولد إليها أي والعتق ماض، وقال مرة: ذلك لازم لها فقال ابن رشد: الأصل في هذا أنه رأى الإسقاط مقدماً على العتق، ومرة رأى العتق مقدماً على الإسقاط فألزمها إياه والأظهر أنه يلزمها لأنهما إذا وقعا معاً فقد وقع واحد منهما قبل كمال صاحبه اهـ. على نقل ابن عات، فاستظهاره وتعليله رحمه الله في هذه موافق

لاختياره وتعليله في الأولى. وقال أيضاً في بيانه: لأن الطلاق والعتق لا يقع في الصحيح من الأقوال بنفس تمام اللفظ به، وإنما يقع بعد مهلة يتعذر فيها وذلك بين من قولها والذي يقول لامرأته قبل الدخول أنت طالق أنت طالق أنت طالق في نسق أنه يلزمه الثلاث، إذ لو كان الطلاق يقع بتمام اللفظ به لم يلزمه إلا طلقة واحدة اهـ. وقال في تكميل المنهج:

هل يقع الشرط مع المشروط في
مرة أو مرتين فاقتفي
تعليقه الثلاث بالخلع لذا
كذلك العتق ببيع نفذا

فانظر تمامه. وقوله كذلك العتق هو قول (خ) في العتق وعتق على البائع إن علق هو والمشتري الخ. وانظر قواعد القرافي أيضاً.

فصل وَمَوقِعُ الطَّلاقِ دُونَ نِيَّهْ
بِطَلْقَةٍ يُفَارِقُ الزَّوْجِيَّهْ

(وموقع) مبتدأ (الطلاق) مضاف إليه (دون نية) يتعلق بموقع (بطلقة) يتعلق بـ(فارق الزوجية) مفعول به، والجملة خبر المبتدأ والرابط هو الفاعل بيفارق.@

وَقِيلَ بَلْ يَلْزَمُهُ أَقْصَاهُ
وَالأَوَّلُ الأَظْهَرُ لا سِوَاهُ

(وقيل) مبني للمفعول ونائبه الجملة المحكية (بل) حرف إضراب (يلزمه أقصاه) جملة من فعل وفاعل ومفعول (والأول) مبتدأ (الأظهر) خبره (لا) عاطفة (سواه) معطوف والضمير المجرور بسوى عائد على الأول، والمعنى أن من قال لزوجته أنت طالق مثلاً ولا نية له في واحدة ولا أكثر فقيل: تلزمه واحدة وهو الأظهر عند الناظم من جهة النظر لأنه قد حصل بها مسمى الطلاق فلا وجه بإلزامه أكثر، وقيل يلزمه الثلاث احتياطاً والقولان ذكرهما ابن رشد في طلاق السنة كما في ابن سلمون وابن عات، والخلاف مبني على الخلاف في اللفظ المحتمل لأقل ولأكثر إذا لم تصحبه نية هل يحمل على أقل ما صدقاته أو على أكثرها. وللمسألة نظائر قاله (م) ثم ما استظهره الناظم هو المشهور كما أفاده (خ) بقوله وتلزم واحدة إلا لنية أكثر. وقال ابن عرفة: وإن قال أنت طالق فهو ما نوى فإن لم ينو شيئاً فواحدة اهـ. وانظر ما مر عند قوله: وينفذ الطلاق بالصريح الخ. وعلى المشهور فهي رجعية يرتدف عليها كل طلاق أوقعه في عدتها كما لابن رشد وابن لب وغيرهما. وقال الشارح: الأظهر أنها بائنة لعدم معرفة الناس اليوم الطلاق الرجعي وما قاله ظاهر حيث كانوا لا يطلقون الطلاق في عرفهم إلا على البائن لأن ما به العرف في مثل هذا يتعين المصير إليه كما مر قبل هذين البيتين، وما ذكره ابن رحال عند قول الناظم: وفي المملك خلاف والقضاء الخ. مما يخالف ما الشارح غير ظاهر.

تنبيه: ذكر في الباب السادس عشر من الفائق أن القاضي أبا عبد الله المقري سئل عمن قال على الطلاق لا أفعل أو لأفعلن فحنث، وله أكثر من واحدة ولم

بقصد غير مطلق الطلاق. فأجاب بأنه يختار للطلاق واحدة. قال: ورأيت ذلك أضعف من قوله إحداكن أو امرأتي طالق لأن هذا مقيد لفظاً ومعنى، وذلك مطلق لفظاً محتمل للتقييد بهن معنى اهـ. ونقله (ت) في حاشيته على (ز) عند قول (خ) أو إحداكما طالق أو أنت طالق بل أنت طلقتا الخ. وقال عقبه: وعندي فيه نظر بل تطليق الجميع في هذه أولى من مسألة (خ) فتأمله اهـ. ورأيته كتب بخطه في بعض الهوامش في ذلك المحل ما نصه: أفتى المقري بأنه يختار، وبه أفتى سيدي عبد القادر الفاسي، ووجهه بتوجيه غير ظاهر، وأفتى سيدي يحيى السراج بأنه يلزمه في الجميع كمسألة إحداكما طالق وهو الموافق للمشهور اهـ.

قلت: وما قاله من أن هذا هو الموافق للمشهور ظاهر، وهو الذي يتعين المصير إليه وذلك لأن المطلق لفظاً المحتمل للتقييد معنى أقوى في الدلالة على العموم والشمول، فهذه أحرى في لزوم طلاق الجميع من مسألة (خ) وما قاله المقري معكوس فتأمله، بل هو مقابل للمشهور قال في الشامل ما نصه: وفي إحداكما أو امرأته طالق ولم ينو معينة طلقتا معاً على المشهور وقيل يختار اهـ. وقال ابن عرفة: وإن شهد عليه أنه طلق إحدى امرأتيه فهو كمن طلق ولا نية له يعني فيطلق الجميع، ولا فرق في ذلك بين التعليق كقوله: إن دخلت الدار فعلي الطلاق وغير التعليق كما مرّ عن الشامل و(خ) فلا تغتر بما للمقري، وإن تبعه عليه الشيخ عبد القادر الفاسي والشيخ (م) على ما وقف عليه بعضهم في جواب للثاني أيضاً.

وَمَا امْرُؤٌ لِزَوْجَةٍ يَلْتَزِمُ
مِمَّا زَمَان عِصْمَةٍ يَسْتَلْزِمُ

(وما) موصولة مبتدأ وجملة (امرؤ لزوجة يلتزم) صلته والمجرور يتعلق بيلتزم والعائد محذوف أي يلتزمه (مما) بيان لما (زمان عصمة) ظرف يتعلق بقوله (يستلزم) والجملة صلة ما الثانية والعائد محذوف أيضاً والتقدير: والذي يلتزمه المرء لزوجته من الأمور الآتية التي يستلزم بها في زمان العصمة.

فَذَا إذَاً دُونَ الثَّلاثِ طَلَّقَا
زَالَ وَإنْ رَاجَعَ عَادَ مُطْلَقَا

(فذا) مبتدأ ثان (إذا) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه (دون الثلاث) ظرف يتعلق بقوله (طلقا) وقوله (زال) هو جواب إذا ومتعلقه محذوف أي زال عنه ما التزمه بهذا الطلاق، والجملة من إذا وجوابها خبر ذا (وإن راجع) شرط حذف معموله أي راجع الزوجة (عاد) جواب الشرط أي عاد عليه ما كان التزمه أولاً (مطلقاً) حال من فاعل عاد والجملة من هذا الشرط، والجواب معطوفة على الجملة قبلها، والجملة من المبتدأ الثاني وخبره وما عطف عليه خبر المبتدأ الأول، ودخلت الفاء في الخبر لشبه الموصول بالشرط في العموم والإبهام.

مِثْلُ حَضَانَةٍ والإنْفَاق عَلَى
أَوْلادِهَا ومِثْلُ شَرْطٍ جُعِلاَ

(مثل) خبر لمبتدأ محذوف أي وذلك مثل (حضانة) مضاف إليه (والإنفاق) بنقل حركة الهمزة معطوف على ما قبله (على أولادها) يتعلق بالإنفاق (ومثل) معطوف على مثل الأول (شرط) مضاف إليه (جعلا) بالبناء للمفعول صفة لشرط، ومعناه أن الزوج إذا التزم لزوجته بعد عقد النكاح عليها مثل الحضانة على أولادها والنفقة عليهم في زمان عصمتها، أو شرط لها في عقد النكاح أو بعده أن لا يخرجها من بلدها أو لا يغيب عنها أو لا يتزوج ولا يتسرى عليها، وإن فعل فأمرها بيدها أو فالتي يتزوجها طالق فإنه في ذلك كله إذا طلقها دون الثلاث فإن ذلك يسقط عنه، وإن راجعها رجع عليه ما كان التزم مطلقاً اشترط رجوع ذلك عليه ثانياً أم لا. كان لها اختيار في الطلاق كما لو طلقها بخلع أم لا. كان الطلاق عليه جبراً لضرره بها أم لا. وظاهره أنه إذا راجعها يعود عليه ذلك ولو راجعها بعد زوج، ومفهوم دون الثلاث أنه إذا طلقها ثلاثاً ولو في مرات ثم راجعها بعد زوج فإنه لا يعود عليه ذلك إلا بشرط وهو كذلك، وقولي بعد عقد النكاح احترازاً مما إذا التزم لها الإنفاق في صلب العقد وفات بالدخول فإنه لا يلزمه ذلك في النكاح الأول فأحرى أن لا يعود عليه في المراجعة كما مرّ في فاسد النكاح بخلاف الشروط المتقدمة فإنه لا فرق بين التزامها في العقد أو بعده كما قررنا، والظاهر أنه لا مفهوم لقوله زمان عصمة، بل كذلك إذا قال مدة الزوجية أو ما دامت تحته ونحو ذلك كما يقتضيه نص ابن رشد وعليه فلو قال الناظم:

وإن زوج لزوجه يلتزم
مثل حضانة وشرط يبرم
فإن يكن دون الثلاث طلقا الخ.

لكان أشمل وأخصر وأبين وما ذكره الناظم في هذه الأبيات هو كذلك في ابن سلمون وابن عات عن ابن رشد ونقله (ح) في التزاماته، واعتمده (ز) وغيره عند قول (خ) وزائد شرط الخ. وتقدم عكس هذه المسألة في قول الناظم: ومن يطلق زوجة وتختلع الخ.

تنبيهات. الأول: فإن التزم الإنفاق ولم يتعرضا للكسوة فهل تدخل الكسوة؟ رجح ابن عرفة دخولها قال (ت) وفي ذلك قلت:

وتدخل الكسوة في الإنفاق
على المرجح لدى الإطلاق

قلت: ذكر (ح) أوائل الالتزامات كلام ابن رشد وابن سهل وغيرهما. وحاصله: أن الملتزم إذا قال: أردت دخولها أو عدم دخولها عند الإطلاق صدق كما يصدق أيضاً إذا قال: أردت شهراً أو سنة عند الإطلاق في المدة أيضاً، وإن قال لا نية له لا في الدخول ولا في عدمه فالذي يظهر من ابن رشد أن لفظ النفقة يطلق في العرف على الطعام والكسوة وعلى الطعام فقط، وأن الأول هو المشهور، فإذا أطلق الملتزم اللفظ ولم تكن له نية حملت على الأول لأنه المشهور وإن ادعى الملتزم أنه أراد الأخير قبل مع يمينه، وإلى هذا يرجع كلام ابن سهل والمتيطي اهـ. وبالجملة؛ فهي داخلة حيث لا نية ولا عرف بتخصيص النفقة بالطعام وإلا لم تدخل ومن تأمل عرف عامتنا اليوم وجدهم لا يطلقونها على الكسوة بحال فلا تلزمه الكسوة عند الإطلاق وعدم النية كما يفيده كلام (ز) وغيره أول النفقات وتقدم في الفصل قبل هذا أن العرف يخصص العام، ويقيد المطلق.

الثاني: ليس لها أن تسقط عن الزوج نفقة أولادها حيث عادت لأنه مال وهب لأولادها لا حق لها فيه كما مر أول الخلع، وكذا لو كان الشرط طلاق من يتزوجها عليها أو عتق من يتسرى بها لأنه حق لله.
الثالث: قال الشيخ (م) ههنا ما معناه انظر إذا تطوع بنفقة أولادها مدة الزوجية هل تنقطع ببلوغه عاقلاً قادراً على الكسب كما تنقطع بذلك عن الأب أو لا تنقطع إلا بموت أحد الزوجين أو فراقهما لقوله في الوثيقة مدة الزوجية وفي التزامات (ح): عن الطرر وابن سلمون أنها تنقطع ببلوغه عاقلاً قادراً قال (ح) وهو خلاف ظاهر قوله في معين الحكام ومختصر المتيطية إذا طاع الزوج بنفقة ابن الزوجة جاز بعد ثبوت العقد وإن كان في العقد لم يجز للغرر إلى آخر كلام (م).

قلت: معنى كون ما لابن سلمون والطرر خلاف ظاهر ما للمعين والمتيطية أنه في المعين والمتيطية أطلق في الجواز بعد العقد فظاهرهما أنه لازم مدة الزوجية ولو عاقلاً قادراً على الكسب، ولهذا زاد (ح) إثر ما مر عن المعين والطرر ما معناه: ويحتمل أن يكون ما في ابن سلمون والطرر تقييداً لما في المتيطية والمعين وهو الظاهر اهـ. ثم رأيت أبا العباس أحمد الملوي رحمه الله نقل عن البساطي في وثائقه أنه استشكل ما لابن سلمون والطرر فإنه التزم النفقة مدة الزوجية فلم أسقطنا عنه النفقة بقدرته على الكسب؟ قال: وكأنهم لاحظوا أن سبب التزامه إسقاط كلفتهم عن الأم وبقدرتهم على الكسب انتفت العلة كما قالوا فيمن اختلعت بنفقة الولد اهـ. وبه تعلم أن ما استظهره (ح) من التقييد صواب، وأن المعمول عليه هو ما لابن سلمون والطرر والله أعلم.

كَذَا جَرَى العَمَلُ في التَّمْتِيعِ
بأَنَّهُ يَرْجِعُ بالرُّجُوعِ

(كذا) يتعلق بمحذوف حال من مضمون ما بعده (جرى العمل) فعل وفاعل (في التمتيع) يتعلق بجرى أو بالعمل (بأنه) يتعلق بجرى أيضاً (يرجع) خبر إن (بالرجوع) يتعلق به، والتقدير: جرى العمل في التمتيع برجوعه بالرجوع حال كونه كائناً كذلك أي كرجوع ما التزمه الزوج لزوجته.

وَشَيْخُنَا أَبُو سَعِيدٍ فَرَّقَا
بَيْنَهُمَا رَدَّاً عَلَى مَنْ سَبَقَا

(وشيخنا) مبتدأ (أبو سعيد) بدل (فرقا) فعل وفاعل (بينهما) يتعلق به. والجملة خبر المبتدأ (رداً) مصدر بمعنى الفاعل حال من فاعل فرق (على من سبقا) يتعلق بالحال المذكور.

وَقَالَ قَدْ قَاسَ قِيَاساً فَاسِدا
مَنْ جَعَلَ البَابَيْنِ بَاباً وَاحِدا

(و) ضمير (قالَ) يعود على المبتدأ المذكور، والجملة معطوفة على جملة فرقا (قد قاس) محكي بقال (قياساً) مصدر نوعي (فاسداً) نعت له. (من) موصول فاعل بقاس (جعل) صلة من (البابين) مفعول أول بجعل (باباً) مفعوله الثاني (واحداً) نعت له.

لأَنَّهُ حَقٌّ لَهُ قَدْ أَسْقَطَهْ

فَلاَ يَعُودُ دُونَ أَنْ يَشْتَرِطَهْ
(لأنه) تعليل للفساد (حق له) خبر إن (قد أسقطه) نعت لحق (فلا يعود) جملة من فعل وفاعل معطوفة على جملة قد أسقطه (دون) متعلق بيعود (أن يشترطه) في تأول مصدر مخفوض بالإضافة.
وَذَاكَ لَمْ يُسْقِطْهُ مُسْتَوْجِبُهُ
فَعَادَ عِنْدَ مَا بَدَا مُوجِبُهُ
(وذاك) مبتدأ (لم يسقطه مستوجبه) جملة من فعل وفاعل خبر المبتدأ. ومعنى مستوجبه مستحقه ولو عبر به لكان أوضح (فعاد) جملة معطوفة على جملة لم يسقطه (عند) يتعلق بعاد (ما) مصدرية (بدا موجبه) صلتها. والموصول وصلته في تأويل مصدر مخفوض بالإضافة أي عند بدء موجبه، وأثبت الناظم صلة غير الفتح في الإضمار ضرورة على حد قوله:
ومهمه مغبرة أرجاؤه
كأن لون أرضه سماؤه
وَالأَظْهَرُ العَوْدُ كَمَنْ تَخْتَلِعُ
فَكُلّ ما تَتْرُكُهُ مُرْتَجَعُ

(والأظهر) مبتدأ (العود) خبره (كمن) خبر مبتدأ مضمر (تختلع) صلة من والرابط ضمير الفاعل العائد على من (فكل) مبتدأ (ما) موصولة في محل جر بالإضافة واقعة على الشروط فقط لا عليها وعلى ما تدفعه خلعاً كما يقتضيه عموم ما وبه قرره ولده لأن المخالع به لا يرتجع إلا بنص عليه عند الارتجاع (تتركه) صلة ما. وهو بمعنى الماضي أي: فكل ما تتركه من حقها بسبب الطلاق والرابط الضمير المنصوب (مرتجع) خبر المبتدأ وهو بفتح الجيم، ومعنى هذه الأبيات الست أن الزوجة إن أمتعت زوجها بعد عقد النكاح بسكنى دارها أو استغلال ضيعتها ونحو ذلك مدة عصمتها مثلاً ثم طلقها دون الثلاث فلا سكنى له ولا استغلال فإن راجعها رجعت له السكنى والاستغلال إلا إذا طلقها ثلاثاً، ثم راجعها بعد زوج لم يرجع له شيء حينئذ من التمتيع المذكور فلا فرق بين ما التزمه الزوج لزوجته الذي تقدم الكلام عليه في قوله: وما أمرؤ لزوجة يلتزم الخ. وبين ما التزمته الزوجة لزوجها من السكنى والاستغلال ونحوهما فإن كلاًّ منهما يسقط بالطلاق ويعود بالمراجعة إلا أن يطلق ثلاثاً كذا قال الجزيري في وثائقه وإياه تبع الناظم حيث قال: كذا جرى العمل بالتمتيع الخ. ثم أخبرنا الناظم أن شيخه أبا سعيد رحمه الله فرق بين المسألتين رداً على من سبق وهو الجزيري المذكور، وقال: إن من قاس مسألة الإمتاع على مسألة التزام الزوج فقياسه فاسد لأنه في مسألة الإمتاع الحق للزوج، وقد أسقط حقه منه باختياره الطلاق لأنه بيده فلا يعود إليه بالمراجعة إلا بإمتاع ثان، وأما ما التزمه الزوج لزوجته من الشروط والإنفاق على أولادها فإن الحق فيه للزوجة أو لبنيها وهم لم يسقطوا حقهم، أما الزوجة فلأنه لا طلاق بيدها حتى تكون به مسقطة حقها. وأما الأولاد فكذلك أيضاً هذا ما فرق به أبو سعيد. قال الناظم رحمه الله: والأظهر عنده العود كما قال الجزيري وشبه ذلك بالمختلعة في المسألة السابقة المشار إليها بقوله: وما امرؤ

بزوجة الخ. فإنها تفارق باختيارها ولها سبب فيه، ومع ذلك تعود لها شروطها وهو معنى قوله: فكل ما تتركه الخ.
قلت: ما قاله أبو سعيد رحمه الله أظهر لأن تلك الشروط إن كانت حقاً لله تعالى كطلاق من يتزوجها أو عتق من يتسرى بها عليها أو حقاً لغيرها كنفقة الأولاد وحضانتهم فلا تسقط قطعاً، ولا يكون اختيارها الطلاق بالخلع سبباً في إسقاط تلك الشروط عند المراجعة، وإن كانت حقاً لها فقط كجعل أمرها أو أمر الداخلة عليها بيدها فاختيارها الطلاق بالخلع أيضاً مسبوق باختياره، فلذا عادت الشرط بالمراجعة ويدل على اختيارها الطلاق في الخلع مسبوق باختياره ما قالوه في المختلعة في المرض على ما مرّ، وذلك لأن الزوج إذا أجاب زوجته للخلع فقد أظهر لها عدم رغبته فيها فلا يسعها حينئذ إلا بدله لأن النساء يأنفن من الإقامة عند من أظهر لهن الرغبة عنهن فلا يتم القياس الذي قاسه الجزيري، واستظهره الناظم. وبالجملة لم يتمحض اختيارها في الخلع بل هو مسبوق باختياره بخلاف التمتيع فقد تمحض اختياره، ومن شرط القياس المساواة، والله أعلم.

فصل في التداعي في الطلاق

الفاء للسببية أي التداعي الحاصل بسبب الطلاق قاله (ت) وهذا الفصل هو المسمى عند الأقدمين بإرخاء الستور قاله الشارح.

وَالزَّوْجُ إنْ طَلَّقَ مِنْ بَعْدِ البِنَا
ولِادِّعاءِ الوَطْءِ رَدَّ مُعْلِنا

(والزوج) مبتدأ (إن طلق) شرط (من بعد البنا)ء يتعلق بفعل الشرط المذكور، ومراده بالبناء خلوة الاهتداء (ولادعاء الوطء) مفعول بقوله (رد) وفاعله ضمير الزوج واللام زائدة لا تتعلق بشيء كما مر، والجملة معطوفة على جملة الشرط قبلها (معلنا) حال من فاعل رد.

فالقَولُ قَوْلُ زَوْجَةٍ وَتَسْتَحِقْ
بَعْدَ الْيَمِينِ مَهْرَها الَّذِي يَحِقْ

(فالقول قول زوجة) مبتدأ وخبر، والجملة جواب الشرط ولذا دخلت الفاء (وتستحق) فاعله ضمير الزوجة (بعد اليمين) يتعلق به (مهرها) مفعول به (الذي) صفة لما قبله (يحق) صلة الذي والرابط هو الفاعل بيحق، والجملة من تستحق وما بعده معطوفة على جواب الشرط والشرط وجوابه خبر المبتدأ الذي هو الزوج، ومعناه أن الزوج إذا خلا بزوجته خلوة يمكن شغله منها، وإن لم يكن هناك ستر ولا غلق باب ثم طلقها بعد تلك الخلوة وهي مراد المصنف بالبناء كما مرّ فادعت هي المسيس وادعى هو عدمه فإن القول للزوجة بيمينها للعرف، إذ قل أن يفارقها قبل الوطء، وتستحق جميع مهرها الحال أو ما حل منه عند حلفها، وأما المؤجل فتستحقه عند حلول أجله، وظاهر النظم كانت حرة أو أمة رشيدة أو سفيهة تلبست بمانع وقت الاختلاء كحيض أم لا. وهو كذلك في الجميع (خ) وصدقت في خلوة الاهتداء، وإن بمانع شرعي، وفي نفيه وإن سفيهة أو أمة الخ. ثم لا يتمكن من ارتجاعها لإنكاره الوطء قاله في المتيطية وغيرها. وظاهر النظم أنه لا ينظرها النساء إن كانت بكراً وهو كذلك على المشهور والجاري على ما مرّ في العيوب أن النساء ينظرنها وهو الذي به العمل، وعليه فإن وجدنها مفتضة فقولها، وإلا فقوله مع اليمين فيهما أيضاً لأن

شهادة النساء وحدهن في المال، أو ما يؤول إليه لا بد معها من اليمين، ومفهوم قوله من بعد البناء أنهما إذا اختلفا في المسيس بعد العقد عليها، ولم تثبت خلوة بينهما فإن القول للزوج حينئذ وهو كذلك قاله ابن حارث. ومفهوم قوله: رد معلناً أنه إذا أقر بالوطء فيه أخذ بإقراره، ولو أنكرت هي ذلك رشيدة كانت أو سفيهة وهو كذلك في السفيهة، وكذا في الرشيدة إن رجعت عن إنكارها إلى تصديقه قبل أن ينزع عن إقراره لا إن رجعت بعد نزعه فليس لها إلا نصف الصداق فإن استمر على إقراره واستمرت على تكذيبه، فهل لها جميع الصداق أو نصفه فقط تأويلان. ومفهوم قوله لادعاء الخ. أنهما إذا اتفقا على نفي الوطء

فيعمل على قولهما وإن سفيهة أو أمة وهو كذلك كما مر عن (خ) لكن ذلك إنما هو بالنسبة للصداق، وأما بالنسبة للعدة ونفي الولد فلا إذ العدة تجب بمجرد الخلوة والولد لا ينتفي إن أتت به لستة أشهر فأكثر من يوم العقد ولو لم تعلم خلوة إلا بلعان.

وَإنْ يَكُنْ مِنْها نُكُولٌ فَالْقَسَمْ
عَليهِ وَالواجِبُ نِصْفُ ما التَزَمْ

(وإن يكن) شرط (منها) خبر يكن (نكول) اسمها (فالقسم عليه) جملة من مبتدأ وخبر جواب الشرط (والواجب) مبتدأ (نصف ما التزم) خبر، والجملة معطوفة على جملة الجواب قبلها وما واقعة على الصداق والعائد محذوف أي: نصف الصداق الذي التزمه.

وَيَغْرِمُ الْجَمِيعَ مَهما نَكَلاَ
وَإنْ يَكُن كَالابتِنَاءِ قَدْ خَلا

(ويغرم) فاعله ضمير الزوج (الجميع) مفعوله (مهما) اسم شرط (نكلا) مجزوم المحل وألفه للإطلاق، ويصح أن تكون للتثنية. والجملة قبله يليه دليل الجواب ومعنى كلامه واضح وإنما وجب عليه غرم الجميع لأن النكول بالمنكول تصديق للناكل الأول.

ثم أشار إلى ما إذا كانت الخلوة لغير البناء بل لزيارة فقال: (وإن يكن) شرط واسمها ضمير الزوج (لا) معطوفة على مقدر متعلق بخلا (لابتناء) معطوف (قد خلا) خبر يكن أي وإن يكن قد خلا لزيارة لا لابتناء.

فالقَوْلُ قَوْلُ زَائِرٍ وَقيلَ بَلْ
لِزَوْجَةٍ وَما عَليهِ مِنْ عَمَلْ

(فالقول) مبتدأ (قول زائر) خبره. والجملة جواب الشرط، وإذا كان القول للزائر، فإذا زارته هي وادعت المسيس فالقول قولها بيمينها وإن زارها أو كانا زائرين معاً عند الغير، فالقول قوله بيمينه لأن الرجل إنما ينشط في بيته غالباً (وقيل) مبني للمفعول نائبه الجملة المحكية بعده (بل) عاطفة على مقدر أي: وقيل لا يكون القول للزائر بل (لزوجة) مطلقاً (وما) نافية (عليه) خبر عن قوله (من عمل).b

وَمَنْ كَسا الزَّوْجَةَ ثُمَّ طَلَّقا
يَأخُذُها مَعْ قُرْبِ عَهْدٍ مُطْلَقَا

(ومن) اسم شرط (كسا الزوجة) مفعول أول بكسا ومفعوله الثاني محذوف أي ثوباً (ثم) عاطفة الجملة التي بعدها على التي قبلها (طلقا) ألفه للإطلاق (يأخذها) فعل وفاعل ومفعول، والجملة جواب الشرط، والضمير عائد على الكسوة المفهومة من كسا (مع) بسكون العين يتعلق بيأخذ (قرب) مضاف إليه (عهد) كذلك (مطلقاً) حال من فاعل يأخذ.

وَالأَخْذُ إنْ مَرَّتْ لها شُهورُ
ثَلاثةٌ فَصاعِداً مَحْظُورُ

(والأخذ) مبتدأ (إن مرت لها شهور) فاعل بمرت (ثلاثة) الظاهر أنه خبر كان مقدرة مع اسمها، والجملة صفة أي يكون عدها ثلاثة (فصاعداً) والفاء حينئذ عاطفة، وأما رفع ثلاثة على أنه نعت أو عطف بيان، فليس هناك حينئذ ما يعطف عليه فصاعداً لأنه بالنصب (محظور) خبر المبتدأ وجواب الشرط محذوف للدلالة عليه، والمعنى أن من كسا زوجته ثوباً ونحوه الكسوة الواجبة عليه شرعاً، ثم طلقها طلاقاً بائناً ولا حمل بها ولما طلقها أراد أن يأخذ الكسوة فإنه يقضي له بها مطلقاً خلقت أم لا. لكن لا بد أن يقرب العهد بحيث يكون بين الطلاق وزمن الكسوة أقل من ثلاثة أشهر، وأما إن مضى لها ثلاثة أشهر، فأكثر فأخذه إياها ممنوع بخلاف النفقة إن كان عجلها لها فله أخذها مطلقاً أي: ما بقي منها مضت لها ثلاثة أشهر أو أقل أو أكثر فإن اختلفا فادعت هي أنها مضت لها ثلاثة أشهر فأكثر، وادعى هو أنه لم يمض لها ذلك، فالقول قوله وعليها إقامة البينة على ما ادعت لأنها تريد استحقاق الثوب قاله في الوثائق المجموعة، ويأتي للناظم قريباً في قوله: وحيثما خلفهما في الزمن الخ. ثم ما ذكره الناظم في الطلاق يجري في الموت (خ) وردت النفقة لا الكسوة بعد أشهر الخ. وهذا في الكسوة الواجبة عليه كما مر سواء كانت تأخذها بفرض القاضي بأن رفعت أمرها إليه حتى فرضها لها أم لا. وأما الكسوة الغير الواجبة بأن أعطاها لها على وجه الهدية فهي لها في الطلاق موروثة عنها في الموت لأنها عطية قد حيزت. فإذا اختلفا فقال

الزوج: هذه الكسوة هي الواجبة عليَّ وقالت هي أو ورثتها: بل هدية فهو ما أشار له الناظم بقوله:

وَإنْ يَكونا اختَلَفا في المَلْبَسِ
فالقَوْلُ قَوْلُ زَوْجَةٍ في الأَنْفَسِ

(وإن يكونا) شرط وألفه اسمها (اختلفا) خبرها (في الملبس) بضم الميم وفتح الباء اسم مفعول من ألبس يتعلق باختلف (فالقول قول زوجة) مبتدأ وخبر (في الأنفس) يتعلق بالخبر، والجملة جواب الشرط.

وَالقَوْلُ لِلزَّوْجِ بِثَوْبٍ مُمْتَهَنْ
وَلُبْسُ ذاتِ الحَمْلِ بالحَمَلِ اقْتَرَنْ

(والقول) مبتدأ (للزوج) خبره (بثوب) يتعلق بالخبر أيضاً وباؤه للظرفية (ممتهن) صفة له والمعنى أنهما إذا اختلفا في الكسوة وهي مراده بالملبس فقالت: هي هدية وقال هو: بل هي الواجبة عليَّ فإنه ينظر فإن كانت رفيعة لا يفرض مثلها على مثله، فالقول للزوجة بيمين أنها هدية، وإن كانت مما يفرض

مثلها على مثله ويكسو مثله بها زوجته فالقول له مع اليمين، فالمراد بالممتهن ما يكسو به مثله زوجته، ويحتمل وهو الظاهر أن المراد بالممتهن المستخدم الذي لم تمض له ثلاثة أشهر كما يأتي، وعلى الأول فما ذكره من كون القول لها في الأنفس ظاهر إذا كان لها ثوب آخر على ظهرها تبتذله بدليل ما قبله ولم يدع هو أنه قد دفعه لها للتزين به فقط، وأما إذا لم يكن لها غيره على ظهرها أو كان عليها غيره، ولكن ادعى هو أنه دفعه للتزين فقط فالقول له إذ قد يكسو الرجل زوجته بأحسن صفة من كسوة أمثاله لها فيجري فيه التفصيل المتقدم بين مضي ثلاثة أشهر أم لا. وقد يدفعه لها للتزين حيث كان لها غيره إذ الزوج حينئذ قد علم أصل ملكه فلا يخرج من يده إلا على الوجه الذي قصده كما مر آخر الاختلاف في متاع البيت، اللهم إلا أن يكون هناك عرف بأن مثله يهديه الزوج لزوجته. قال في الطرر قبل ترجمة اللعان ما نصه: قال ابن تليد: إن ابتاع الرجل لزوجته كسوة مثل ثوب أو فرو، ثم تموت فيريد أخذها لم يكن له ذلك وهو موروث عنها، وكذلك قال بعض الشيوخ في الموت والطلاق، وبه العمل قال: وهذا إذا كانت لغير البذلة اهـ. فهو ظاهر بل نص في أن لها ثوباً آخر عليها تبتذله بدليل قوله: وهذا إذا كانت الخ. وظاهر أيضاً في أنها ادعت أو وارثها أن ذلك هدية كما هو نص الوثائق المجموعة، إذ لو قالت: هو لي لجرى على الاختلاف في متاع البيت، وبالجملة فأما أن تدعي أنه لها فهو ما مرّ في الاختلاف في متاع البيت، وأما أن يدعي هو أنه أهداه لها وهذا فيه وجهان. أحدهما: أن يدعي هو أنه من الكسوة الواجبة عليه

كما مر، وثانيهما أن يدعي أنه دفعه لها للتزيين فقط ثم قال في الطرر إثر ما مر، قال ابن لبابة: وما اشتراه الرجل لزوجته أو اشترته لنفسها من ماله ولا ينكر عليها إذا تزينت به فإنه لها عاش أو مات. وقال أيضاً إنه لورثة الرجل إن مات عنها إلا أن تقيم البينة على هبة أو عطية قال غيره: وكذلك إن كان حياً بيمين وهو أحسن اهـ بلفظه، فقد حكى عن ابن لبابة قولين. والثاني منهما هو الذي رجحه، وعلى هذا الترجيح جرى الشاطبي في فتواه المنقولة في الشرح، حيث سئل عن امرأة قالت بعد وفاة زوجها في ثياب تشاكلها أن زوجها المتوفي ساقها لها أو أهداها لها وخالفها الورثة فقال: لا يسمع دعوى المرأة إلا ببينة وعلى الورثة اليمين أنهم لا يعلمون أن تلك الثياب من مال المرأة وليست هذه المسألة من الاختلاف في متاع البيت لأن المرأة مقرة بأن الثياب بأعيانها للزوج. قال: ولكن يبقى النظر في لباسها تلك الثياب وامتهانها يعني بحضرة المتوفي قال: والصحيح أن الرجل ليس له أخذ كسوة المرأة عند فراقها إذا كانت متبذلة فإن لم تبتذل كان له ارتجاعها، فهذه الثياب مثلها إن كانت الزوجة قد ابتذلتها فهي لها وإلاَّ صارت ميراثاً اهـ باختصار. وثياب البذلة هي ثياب المهنة المستخدمة وعليه فما صححه هذا الإمام هو ما مر عن (خ) فمرادهم بالبذلة ما كثر لبسها له بحضرة زوجها حتى خلق وبلي، ولو كان من ثياب الزينة. وأحرى إذا كان على ظهرها تبتذله كل يوم كما هو الظاهر من هذه الفتوى، فما في النظم حينئذ مخالف لإطلاق (خ) لا الكسوة بعد أشهر، وما في الطرر عن ابن تليد وابن لبابة في أول قوله مخالف بظاهره لذلك أيضاً، لكن ما لابن لبابة يمكن حمله على ما في (خ) بل يقيد بما إذا لم يمض لها ثلاثة أشهر فأكثر وهي تبتذلها بحضرته وإلاَّ فهي لها، وأما ما لابن تليد وهو ظاهر النظم

فمخالف لإطلاق (خ) قطعاً اللهم إلا أن يكون قوله: وهذا إذا كانت لغير البذلة معناه. وهذا إذا لم تبتذل

ويمضي لها ثلاثة أشهر فيوافقه حينئذ ويكون معنى قول الناظم في الأنفس أي الذي ابتذل ومضت له المدة المذكورة، ومراده بالممتهن أي الذي يكسى مثله لمثلها أو لا يكسى، ولكن لم يبتذل ولم تمض له تلك المدة فالقول فيه للزوج حينئذ فتأمله والله أعلم. لكن كان الناظم في غنى عن هذين البيتين بالبيتين قبلهما، وقد تقدم الكلام على هذا آخر الاختلاف في متاع البيت.
(
ولبس) مبتدأ (ذات الحمل) مضاف إليه (بالحمل) يتعلق بقوله: (اقترن) والجملة خبر، والمعنى أن المطلقة طلاقاً بائناً وهي حامل تجب لها الكسوة بظهور الحمل وحركته كالنفقة على المشهور المعمول به، وروي عن مالك أنه لا شيء لها حتى تضع ثم تفرض لها النفقة والكسوة مدة الحمل السابقة خيفة أن يكون ريحاً فينفش (خ): ولا نفقة بدعواها، بل بظهور الحمل وحركته فتجب من أوله إلى آخره. ابن العطار: يفرض لها في الكسوة ما تحتاج إليه من الجبة والكساء وغير ذلك قال: وينظر إلى غالب مدة الحمل، فإن قيل: تسعة أشهر، فيقال: كم قيمة الجبة، وفي كم تبلى فإن كانت تبلى لسنة ونصف دفع إليها نصف قيمتها تعمل به ما شاءت، وكذا في الكساء ويدفع لها القميص والمقنعة. انظر البرزلي أوائل النفقات. وقولنا بائناً احترازاً مما إذا كان رجعياً فإنها كالزوجية في النفقة والكسوة.

وَحَيثُما خُلْفُهما في الزَّمَنِ
يُقَالُ لِلزَّوْجَةِ فِيهِ بَيِّنِي

(وحيثما) اسم شرط وفعل الشرط محذوف أي حيثما وقع (خلفهما) اسم مصدر بمعنى اختلاف فاعل بوقع المقدر (في الزمن) يتعلق بخلف (يقال للزوجة) نائب عن الفاعل (فيه) يتعلق بيقال (بيني) فعل أمر وفاعله ياء المؤنثة المخاطبة، والجملة من فعل الأمر وفاعله محكية بيقال والجملة من يقال: وما بعده جواب الشرط. والمعنى أنهما إذا اختلفا في الزمن فقالت: مضى للكسوة ثلاثة أشهر وأنكر هو ذلك فإن القول للزوج، ويقال للمرأة أقيمي البينة على ما تدعيه كما مرّ عن الوثائق المجموعة، فإن عجزت حلف الزوج وله قلبها عليها كما قال:

وَعَجْزُها يَمِينَ زَوْجٍ يُوجِبُ
وَإنْ أَرَادَ قَلْبَها فَتُقْلَبُ

(وعجزها) مبتدأ (يمين زوج) مفعول بقوله (يوجب) والجملة خبر (وإن أراد) شرط (قلبها) مفعول به (فتقلب) جواب الشرط، وإنما قلبت لأنها دعوى تحقيق، فإن حلفت استحقت وإلا فلا شيء لها لأن النكول بالنكول تصديق للناكل الأول.

فصل وَمَنْ يُطَلِّقْ طَلْقَةً رَجْعِيَّهْ
ثُمَّ أَرَادَ العَوْدَ لِلزَّوْجِيَّهْ

(ومن يطلق) شرط (طلقة) مفعول مطلق (رجعية) نعت له (ثم) عاطفة الجملة التي بعدها (أراد العود) جملة من فعل وفاعل ومفعول (للزوجية) يتعلق بالفعل.

فَالقَوْلُ للزَّوْجَةِ واليَمِينُ
عَلَى انْقِضَاءِ عِدَّةٍ تَبِينُ

(فالقول) مبتدأ (للزوجة) خبره والجملة جواب الشرط (واليمين) مبتدأ (على انقضاء عدة) يتعلق باليمين (تبين) بضم التاء مضارع أبان خبر عن اليمين أي: أن يمينها على انقضاء العدة تبين عصمتها وتخرجها من العدة قاله (م) ويحتمل أن خبر اليمين محذوف أي: واليمين على انقضاء عدتها واجبة عليها ولا تصدق بمجرد دعواها الانقضاء، وتبين حينئذ بفتح التاء مضارع بان إذا ظهر صفة لعدة وحاصل معنى البيتين أن الطلاق إذا كان رجعياً واختلفا في انقضاء العدة، فالقول للزوجة مع يمينها على ما درج عليه الناظم، وحكاه ابن الهندي عن مقالات ابن مغيث. والمشهور أن لا يمين عليها (خ): وصدقت في انقضاء عدة الإقراء والوضع بلا يمين ما أمكن اهـ. واختلف فيما يمكن انقضاء عدتها فيه فقال سحنون: أقل ما تصدق فيه أربعون يوماً. وقال ابن الماجشون: خمسون يوماً. وفي اختصار المتيطية قال في غير المدونة: ولا تصدق في أقل من خمسة وأربعين يوماً. قال: وبه جرى عمل الشيوخ انظره في باب الرجعة، ولعل الناظم إنما اعتمد القول باليمين مع أن المتيطي قد صرح إثر ما مرّ عنه بأنه ليس العمل على أن تحلف لفساد الزمان فقد قال ابن العربي: قلت الأديان بالذكران فكيف بالنسوان؟ فلا تمكن المطلقة من التزويج إلا بعد ثلاثة أشهر من يوم الطلاق، ولا تسأل هل كان الطلاق أول الطهر أو آخره وعليه صاحب اللامية حيث قال: وذات قرء في اعتداد بأشهر الخ. أي لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر لا أنها تخرج من العدة بثلاثة أشهر، ولو لم تحصل الإقراء الثلاث فإن هذا خلاف نص القرآن كما مرّ عند قول الناظم: ويملك الرجعة بالرجعي إلى قوله: وفي المملك الخلاف الخ. ثم محل كونها لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر على ما به العمل اليوم إنما هو إذا أرادت التزويج كما مر، وأما بالنسبة للرجعة التي الكلام فيها فإنها تصدق في كل ما يمكن انقضاؤها فيه كالشهر ونصفه على ما مر أن العمل عليه، بل ولو في الشهر فقط على ما مر في

المدونة من أنها تصدق إذا قالت النساء إن ذلك ممكن وإلا لزم القدوم على فرج مشكوك، والفروج يحتاط لها. ولا سيما وقد علمت أنه روعي حق الله في عدم تصديقها في أقل من ثلاثة أشهر بالنسبة للتزوج على المعمول به اليوم فيقال: كذلك يراعى حق الله أيضاً في تصديقها فيما يمكن بالنسبة للرجعة بالأحرى، نعم إذا ادعت انقضاءها فيما لا يمكن أصلاً كأقل من شهر فلا تصدق وله ارتجاعها كما قال.

ثُمَّ لَهُ ارْتِجَاعُها حَيْثُ الكذِبْ
مُسْتَوضَحٌ مِنَ الزّمَانِ المُقْتَرِبْ

(ثم) للترتيب الذكري (له ارتجاعها) مبتدأ وخبر (حيث) ظرف مضمن معنى

الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه (الكذب مستوضح) مبتدأ وخبر والجملة في محل جر بإضافة حيث (من) للتعليل أي لأجل (الزمان) يتعلق بمستوضح (المقترب) صفة للزمان، وهو اسم فاعل من اقترب، والمعنى أنه إذا تبين كذبها بأن ادعت الانقضاء فيما لا يمكن كأقل من شهر فإنها لا تصدق وله ارتجاعها جبراً عليها، وهذا كله فيمن تعتد بالأقراء، وأما التي تعتد بالأشهر كالمتوفي عنها واليائسة والصغيرة فلا تصدق واحدة منهن إلا ببينة على تاريخ الوفاة والطلاق بالنسبة للتزوج، وأما بالنسبة للرجعة حيث كان الطلاق بغير تاريخ فانظر هل تصدق المرأة اليائسة في الانقضاء وهو الظاهر أم لا؟ وانظر ما تقدم في التنبيه الرابع عند قوله ومتى من المرض الخ.
تنبيه: ذكر البرزلي في مسائل العدة والاستبراء أن الزوج إذا خاف أن تجحد مطلقته الحيض، فله أن يجعل معها أمينة صالحة تتعرف منها ذلك وتعرف إقراءها، وهل يعمل على قولها الخ.
قلت: وانظر إذا خشي أن تدعي الحيض في أقل ما يمكن فهل له ذلك لأنه يخشى أن تسقط رجعته وهو ما يقتضيه كلام البرزلي المتقدم أم لا.

وَما ادَّعَتْ مِنْ ذالِكَ المُطَلَّقَهْ
بالسِّقْطِ فَهْيَ أبَداً مُصَدَّقَهْ

(وما) اسم شرط (ادعت) فعله (من ذلك) يتعلق به (المطلقة) فاعل ادعت (بالسقط) حال من اسم الإشارة العائد على الانقضاء (فهي) مبتدأ (أبداً) منصوب على الظرفية يتعلق بالخبر الذي هو قوله: (مصدقة) والجملة جواب الشرط، ويحتمل أن تكون ما موصولة مبتدأ وصلتها ادعت والعائد محذوف أي ادعته والمجرور بيان لما، والجملة من قوله فهي أبداً الخ. خبر الموصول ودخلت الفاء في خبره لشبهه بالشرط في العموم والإبهام كقراءة ابن كثير قوله تعالى: إنه من يتقِّ ويصبر فإن الله لا يضيع} (يوسف:90) الآية. والمعنى أن المطلقة إذا ادعت انقضاء عدتها بوضع سقط أسقطته وأولى بوضع كامل فهي مصدقة أبداً قرب الزمان أو بعد، وظاهره أنها مصدقة بلا يمين وهو كذلك على المشهور كما مر.

وَلا يُطَلِّقَ العَبِيدَ السَّيِّدُ
إلاَّ الصَّغِيرَ مع شَيءٍ يُرْفَدُ

(ولا) نافية (يطلق العبيد) مفعول بالفعل قبله أو منصوب على إسقاط الخافض وهو أظهر معنى (السيد) فاعل يطلق (إلا) استثناء من العموم في العبيد (الصغير) منصوب على الاستثناء أو على إسقاط الخافض (مع شيء) حال (يرفد) بالبناء للمفعول صفة للشيء، والرفد بالكسر العطاء. ومعناه أنه ليس للسيد أن يطلق على عبيده من تزوجوه بإذنه جبراً عليهم، وإن فعل فلا يمضي طلاقه عليهم إلا طلاقه على الصغير منهم حال كونه مع شيء يرفد أي يعطي للصغير فإنه ماض نافذ عليه، وظاهره كان المخالع به للصغير منهم من عند الزوجة أو من غيرها ولو من السيد، وظاهر النظم كغيره أن المخالعة للصغير ماضية عليه ولو بأقل من خلع المثل ومثل العبد الصغير الحر الصغير كما قدمه الناظم في قوله:

والخلع جائز على الأصاغر
مع أخذ شيء لأب أو حاجر

ابن عرفة: يجوز للأب ووصيه والسلطان وخليفته المبارأة على الصغير بشيء يسقط عنه أو يؤخذ له لا غير ذلك، وكذا السيد في عبده الصغير اهـ. ومفهوم قوله: مع شيء يرفد أنه ليس له أن يطلق عليه دون شيء يسقط عنه أو يؤخذ له ولو ظهر بالزوجة فساد وهو كذلك. وقال اللخمي: يجوز للولي أن يطلق على السفيه البالغ والصغير بغير شيء يؤخذ له إذ قد يكون بقاء العصمة فساد الأمر جهل قبل نكاحه أو حدث بعده من كون الزوجة غير محمودة الطريق أو متلفة ماله اهـ.
قلت: وينبغي أن يكون كلام اللخمي تقييداً للمذهب لأن من المصلحة حينئذ الطلاق، وإن كان غير واحد جعله خلافاً.

وَكَيْفَما شَاءَ الكَبِيرُ طَلَّقَا
وَمُنْتَهاهُ طَلْقَتَانِ مُطْلَقَا

(وكيفما) اسم شرط مفعول بجوابه الآتي (شاء) فعل الشرط (الكبير) فاعله (طلقا) جواب الشرط، والمعنى أن العبد الكبير البالغ ولو سفيهاً له أن يطلق زوجته حرة أو أمة كيفما شاء واحدة أو أكثر بخلع أو غيره، وسواء أذن له سيده في الطلاق أم لا. (ومنتهاه) مبتدأ (طلقتان) خبره (مطلقا) حال، والمعنى أن منتهى طلاق العبد طلقتان مطلقاً سواء أوقعهما معاً في حال رقه أو واحدة في حال رقه، والأخرى في حال عتقه لأن الواحدة التي أوقعها في حال رقه قائمة مقام واحدة ونصف فتكمل عليه لأنه لا يتشطر وتبقى له واحدة هي التي أوقعها في حال عتقه وسواء أيضاً كان قناً خالصاً أو ذا شائبة، وسواء كانت زوجته حرة أو أمة، وهذا كله هو معنى الإطلاق الذي في النظم.

لاكِنَّ في الرَّجْعِيِّ الأَمْرُ بِيَدِهْ
دُونَ رِضَا وِلِيِّهَا وَسَيِّدِهْ

(لكن) حرف استدراك (في الرجعي) يتعلق بالاستقرار في خبرها (الأمر) بالنصب اسمها (بيده) يتعلق بالاستقرار في خبرها والضمير المضاف إليه راجع للعبد (دون) يتعلق بمحذوف حال (رضا) مضاف إليه (وليها) كذلك (وسيده) معطوف على وليها، والمعنى أن العبد القن ومن فيه شائبة رق إذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً وقد مر تفسيره أول باب الطلاق فإن الأمر في الارتجاع وعدمه ثابت بيد العبد فإن شاء ارتجعها قبل انقضاء عدتها ولا يحتاج لإذن سيده في الارتجاع ولا لرضاها بل يرتجعها جبراً عليها وعليه، وإن شاء لم يرتجعها وإنما كان لا يحتاج لذلك لأن الرجعة ليست كابتداء النكاح، ولذا صحت ولو في المرض والإحرام (خ): يرتجع من ينكح ولو بكإحرام ومرض وعدم إذن سيد طلاقاً غير بائن في عدة صحيح حل وطؤه بقول مع نية الخ. ومفهوم قوله في الرجعي أنه إذا طلقها طلاقاً بائناً أو رجعياً وانقضت العدة فلا يراجعها إلا بإذن سيده ورضاها وهو كذلك لأن المراجعة حينئذ ابتداء نكاح.

والحُكْمُ في العَبِيد كالأَحْرَارِ
في غَايَةِ الزَّوْجَاتِ في المُخْتَارِ

(والحكم) مبتدأ (في العبيد) يتعلق به (كالأحرار) خبر (في غاية الزوجات) يتعلق بالاستقرار المقدر في الخبر وكذا قوله (في المختار). والمعنى: أن حكم العبيد حكم الأحرار في غاية الزوجات على القول المشهور، وهو قول مالك

ومقابله لابن وهب أن الثالثة للعبد كالخامسة للحر قياساً على طلاقه، ووجه المشهور عموم قوله تعالى: فانكحوا ما طاب لكم من النساء} (النساء:3) الآية. قال في الذخيرة: للعبد مع الحر أربع حالات: تشطير كالحدود ومنه الطلاق ومساواة كالعبادات ومختلف فيه كعدد الزوجات وأجل الاعتراض والإيلاء والفقد وحد القذف، فعلى العبد النصف في جميع ذلك كله عند مالك وقيل بالمساواة وحالة سقوط كالحج والزكاة اهـ.

وَيَتْبَعُ الأَولادُ في اسْتِرْقَاقِ
لأُم لا لأَبٍ بالإِطْلاَقِ

(ويتبع الأولاد) بالرفع فاعل يتبع (في استرقاق) يتعلق به (للام) يتعلق به أيضاً (لا) عاطفة (للأب) معطوف (بالإطلاق) يتعلق بمحذوف حال من الأم أي يتبعونها في الرق والحرية مطلقاً كانوا من نكاح أو من ملك اليمين حيث كان أبوهم قناً، ويحتمل أنه حال من الأب أي لا يتبعون الأب مطلقاً حراً كان أو عبداً.k

وحاصل المعنى أن الولد تابع لأبيه في الدين والنسب ولأمه في الحرية والرقية فإن كان الفراش بملك اليمين فالولد تابع لأبيه حراً كان أو عبداً وإن كان الفراش بنكاح فالولد تابع لأمه كما قال الناظم، وهو قول الرسالة: وكل ذات رحم فولدها بمنزلتها أي إن كانت حرة فولدها حر ولو كان الأب عبداً وإن كانت قناً أو ذات شائبة فولدها كذلك، ولو كان أبوه حراً ولا يستثنى من ذلك إلا الموطوءة بملك سيدها الحر والغارة الحر كما قال (خ) وولد المغرور الحر فقط حر.

وَكِسْوَةٌ لِحُرَّةٍ وَنَفَقَه
عَليهِ والخُلْفُ بِغَيْرِ الْمُعْتَقَه

(وكسوة) مبتدأ سوغه عمله في (لحرة ونفقه) معطوف على المبتدأ (عليه) خبره (والخلف) مبتدأ خبره (بغير المعتقه). والمعنى أن العبد إذا تزوج حرة فإن عليه نفقتها وكسوتها كالحر واختلف إذا تزوج بأمة أو مدبرة أو معتقة لأجل فقيل ذلك عليه أيضاً وهو المشهور، ويقال له أنفق أو طلق وقيل: نفقتها وكسوتها على سيدها، ولو قال الناظم: هكذا بغير المعتقة لكان منبهاً على المشهور المذكور، لكنه حاول على أن ينبه على أن الحرة متفق عليها والأمة مختلف فيها. ومعلوم أن كتابه ليس موضوعاً لبيان الخلاف، بل للمشهور وما به العمل، وما أفاده من أن الحرة متفق عليها صرح به ابن المواز قائلاً: لا خلاف أن العبد ينفق على زوجته الحرة، وظاهر كلام اللخمي أن الخلاف جار في الحرة أيضاً لأنه قال: ويختلف إذا كانا عبدين فعلى القول بأنه لا نفقة على العبد للحرة لا نفقة عليه إذا كانت أمة، وعلى القول إن عليه ذلك للحرة يختلف إن كانت أمة.

تنبيهان. الأول: حيث وجبت النفقة عليه فهي كما قال (خ) في غير خراجه وكسبه، والخراج وهو ما نشأ لا عن مال بل عن كإيجار نفسه والكسب هو ما نشأ عن مال أتجر به، وبالجملة فعطف الكسب على الخراج من عطف العام على الخاص والنفقة والكسوة في غير الإجارة التي يؤاجر بها نفسه، وفي غير

ما ينشأ عن مال كتجارة بمال سيده وغلة ماله، وأما ربح مال نفسه وغلته فله النفقة منهما كما له ذلك أيضاً من مال وهب له أو أوصي له به، وقول ابن عاشر: الخراج هو ما يقاطع على إعطائه لسيده كأن يقاطعه على دينار في كل شهر، والكسب هو ما نشأ عن عمله وقد يكون أحدهما أكثر من الآخر الخ، لا يخالف ما مرّ لأنه إذا لم تكن مقاطعة فالخراج هو ما مرّ ثم ما تقدم من أن ربح مال السيد لا نفقة له فيه إنما هو في غير المأذون وأما المأذون فله النفقة من ربح مال السيد الذي بيده فهو يخالف غيره في هذا الوجه.

الثاني: محل كونهما في غير الخراج والكسب إذا لم يكن عرف وإلاَّ فهي فيهما كما في (خ) أيضاً، وربما يفهم أن العبد إذا اشترط كونهما في الخراج والكسب فيعمل بذلك بالأحرى، ولا يقال اشتراط ذلك في صلب العقد يفسد النكاح فيفسخ قبل البناء ويثبت بعده بالمثل ويبطل الشرط كما مرّ، لأنا نقول هذا إنما يظهر إذا اشترطت النفقة على السيد لا إن اشترط عليه أن تكون في خراج العبد وكسبه ورضي بذلك فلا يفسد، ولو فسد في هذا لفسد في العرف أيضاً لأنه كالشرط، وعليه فإذا امتنع السيد من إجراء النفقة من الخراج والكسب ولا شرط ولا عرف، فالعبد إما أن ينفق من غيرهما وإلاّ طلّقت عليه. وقد علمت أن اشتراط النفقة في خراج العبد وكسبه لا يوجب فساداً إذ غايته أن السيد التزم عدم مؤاخذة العبد بما يسع نفقته من خراجه وكسبه وذلك هبة منه لعمل كله أو بعضه والله أعلم. والعرف عند الناس اليوم على ما شهدناه أن نفقة زوجته وكسوتها حرة كانت أو أمة في خراجه وكسبه إذ عادتهم أن العبد يصرف همته في خدمة سيده وسيده يجري النفقة عليه وعلى زوجته.

وَلَيْسَ لازماً لَهُ أَنْ يُنْفِقَا
على بنِيه أَعْبُداً أَوْ عُتَقَا (وليس) فعل ناقص (لازماً) خبرها مقدم (له) يتعلق به (أن ينفقا) اسمها مؤخر (على بنيه) يتعلق بينفقا (أعبداً) خبر كان محذوفة أي كانوا أعبداً (أو عتقا)ء جمع عتيق كشريف وشرفاء لأنهم إن كانوا أحراراً فنفقتهم في مالهم إن كان لهم مال، وإلاَّ فعلى المسلمين وإن كانوا أرقاء فعلى سيدهم، ولا يجوز للعبد أن يتلف مال سيده وعلى هذا فصواب التعبير وليس جائزاً لا وليس لازماً قاله (م) و(ت).

قلت: ويمكن أن يجاب بأن معناه وليس لازماً له أن ينفق عليهم من غير الخراج والكسب كما ينفق على زوجته من غيرهما، فالتعبير بنفي اللزوم حينئذ في محله، وعلم من هذا أن أولاد العبد من أمته يجوز له الإنفاق عليهم من مال سيده لأن المال لسيده وأولاده مملوكون له أيضاً.

فصل في المراجعة أي: بعد الطلاق البائن كما مر عند قوله ومنه الرجعي.

وكابْتِدَاءِ ما سِوَى الرَّجْعِيِّ
في الإذْنِ والصَّدَاقِ والوِلِيِّ
(وكابتداء) خبر مقدم والتنوين فيه عوض من مضاف إليه تقديره وكابتداء النكاح (ما) مبتدأ واقعة على المراجعة (سوى الرجعي) صلتها (في الإذن) يتعلق بالاستقرار في الخبر (والصداق والولي) معطوفان عليه، والمعنى أن المراجعة من الطلاق الذي هو رجعي كائنة كابتداء النكاح في اشتراط الإذن

من الزوجة غير المجبرة ووجود الصداق والولي والإشهاد عند الدخول، وغير ذلك على نحو ما مرّ في باب النكاح حرفاً حرفاً.

ولا رجوعَ لِمَرِيضَةٍ ولاَ
بِالحَمْلِ ستَّةَ الشُّهُورِ وَصَلاَ

(ولا) نافية للجنس ولو أتى بالفاء بدل الواو لكان أولى لأن هذا مفرع عما قبله ومسبب عنه (رجوع) اسمها (لمريضة) خبرها (ولا) تأكيد للنفي الأول (بالحمل) معطوف على مريضة والباء بمعنى مع (ستة الشهور) بالنصب مفعول بقوله (وصلا) بالبناء للفاعل، والجملة في محل نصب على الحال من الحمل، والمعنى أنه حيث اشترط في المراجعة ما يشترط في ابتداء النكاح فلا رجوع لمريضة مرضاً مخوفاً ولا لحامل بلغت ستة أشهر لأنها مريضة في الحقيقة، والمرض مانع من عقد النكاح (خ): وهل يمنع مرض أحدهما المخوف وإن أذن الوارث الخ. وما ذكره الناظم في حامل ستة أشهر هو المعروف في المذهب كما لابن بشير وغيره، ودرج عليه في المختصر حيث قال في الحجر عاطفاً على المخوف وحامل ستة الخ. وقال السيوري: لزوجها مراجعتها. وقال المازري: وهو الذي نختاره لأن المرجع إلى العوائد والهلاك من الحمل قليل، ولو دخلت بلداً فسألتهم عن أمهاتهم لوجدتهم أحياء أو موتى بغير نفاس إلا النادر اهـ. نقله (ق) ابن عبد السلام: وما قاله المازري صحيح إن اعتبر في هذا المرض كون الموت عنه غالباً، وأما إن اعتبر فيه كونه أكثرياً على ما لابن الحاجب وغيره لم يلزم ما قاله المازري اهـ. ومفهوم قول الناظم: ما سوى الرجعي أن الرجعة من الرجعي ليست كابتداء النكاح وهو كذلك كما قدمه في قوله:

ويملك الرجعة في الرجعي
قبل انقضاء الأمد المرعي
ولا افتقار فيه للصداق الخ.

وبالجملة لا يشترط في المرتجع إلا كونه ممن يصح نكاحه في الجملة ولا يشترط فيه انتفاء موانعه من إحرام ومرض ونحوهما، ولذا قال (خ): يرتجع من ينكح وإن بكإحرام ومرض وعدم إذن سيد الخ. ولا يرد عليه الصبي المميز لأنه وإن كان يصح نكاحه في الجملة ويتوقف على إجازة وليه لكن لا يتصور منه الطلاق الرجعي أصلاً، إذ شرط الرجعي أن يتقدمه وطء معتبر ووطء الصبي كلاوطء، وأيضاً لا يطلق على الصبي إلا بعوض كما مر، وذلك كله يوجب كونه بائناً ولا يرد المجنون أيضاً لأنه إن طلق في حال جنونه فلا يصح طلاقه ولا يلزم كما لا يصح نكاحه أيضاً في تلك الحالة، وإن طلق في حال إفاقته ثم طرأ جنونه فلوليه أن يرتجع له حيث كان لا ترجى إفاقته في العدة ولفظ من صادق عليه لأن الولي له أن يجبره على ابتداء النكاح كما قال (خ) وجبر وصي وحاكم مجنوناً احتاج الخ. فكيف بالجبر على الرجعة وإن كانت ترجى إفاقته في العدة فلا يرتجع إلا إذا أفاق. وبالجملة فالمجنون بالإصالة لا يصح طلاقه كما لا يصح نكاحه وإن طلق عليه وليه بعوض فالطلاق حينئذ بائن لا رجعي، فهذا المجنون خارج بقول (خ) من ينكح، وأما إن كان طرأ جنونه بعد الطلاق فهو داخل في

قوله: من ينكح لأنه إن لم ترج إفاقته فلوليه أن يرتجع له ووليه ممن له إنكاحه، وإن رجيت إفاقته فلا يرتجع إلا في حالتها وهو ممن فيه أهلية النكاح أيضاً في تلك الحالة وبهذا كله تعلم سقوط اعتراض شراح (خ) عليه وما لهم في ذلك من الخبط، وتعلم أن معنى قوله: من ينكح أي من فيه أهلية صحة النكاح، وهو العقل خاصة لا البلوغ كما لابن عبد السلام خلافاً لما في ضيح والله أعلم. ثم إن الارتجاع لا يصح إلا بالقول الصريح ولو هزلاً وبقول محتمل مع نية لا بفعل دونها كوطء كما في (خ) وقد مر ذلك عند قول الناظم: ويملك الرجعة في الرجعي الخ. وتقدم أنه لا افتقار فيه للصداق ولو قبضته ردته كما نص عليه في المعيار، ونص عليه أيضاً شراح (خ) عند قوله في

الرجعة ولا صداق، وأما عكسها وهو من ملك زوجته أمرها إن لم يقدم من سفره عند رأس السنة فإن انقضت السنة ولم يحضر فقال لها والد الزوج: اتركي صداقك وتزوجي من شئت ففعلت فقال في المعيار أيضاً: إن كانت عالمة بأن لها فراقه بغير شيء لزمها ما فعلته من ترك الصداق وإن ظنت أنها لا تملك الفراق بهذا التمليك ومثلها يجهل ذلك حلفت ولها الرجوع، ولو مضت السنة ولم تقض بشيء حتى طال ذلك لم يلزم الزوج ما فعله الأب من الفراق إلا أن يرضى اهـ باختصار.
تنبيه: ذكر في المعيار قبل نوازل الرضاع عن سيدي عيسى بن علال في الوطء بين الفخذين في عدة الطلاق الرجعي غيرنا، وبه الرجعة ثم تزوجها قبل تمام الاستبراء وبعد انقضاء العدة هل يفرق بينهما أم لا؟ فقال: التفريق بينهما ينبني على الاختلاف في هذا الوطء هل يلحق به الولد أم لا؟ فعلى القول بلحوق الولد يفسخ النكاح لأنه ناكح في الاستبراء، وعلى القول بعدم لحوقه لا يفسخ ويترجح هذا الثاني بقول من قال إن وطء الرجعية رجعة وإن لم ينو به الرجعة اهـ. والخلاف المشار إليه في لحوق الولد نقله عياض في آخر الاستبراء من التنبيهات، وانظره أيضاً في مسائل العدد من المازري. وذكر في المعيار أيضاً قبل الإيلاء فيمن وطىء ولم ينو الرجعة أنه يجب على المرأة أمران: عدة واستبراء، فإن أراد ارتجاعها قبل انقضاء العدة فله ذلك لكونه بالقول والإشهاد فقط لا بالوطء لأنه ممنوع منه حتى ينقضي الاستبراء من فاسد وطئه، فإن لم يرتجعها في العدة لم يكن له سبيل إلى غير ذلك فيما بقي من حيض الاستبراء اهـ باختصار.
فإن قلت: ارتجاعه لها في العدة والاستبراء مخالف لقول (خ) ولا يطأ الزوج ولا يعقد الخ. قلت: هذا الارتجاع ليس بعقد بدليل عدم الاحتياج إلى رضاها ورضا الولي والصداق والإشهاد مستحب فقط.
وَزَوْجَةُ العَبْدِ إذَا ما عُتِقَتْ
وَاخْتَارَتِ الفِراق مِنْهُ طُلِّقَتْ

(وزوجة العبد) مبتدأ ومضاف إليه (إذا) ظرف مضمن معنى الشرط (ما) زائدة (عتقت) بفتح العين والتاء وفاعله ضمير الزوجة، والجملة في محل جر بإضافة إذا إليها (واختارت الفراق) فعل وفاعل ومفعول (منه) يتعلق بالفراق، والجملة معطوفة على جملة عتقت أو حال من فاعل عتقت (طلقت) بفتح الطاء

واللام، ومفعوله محذوف أي نفسها. والجملة جواب إذا وهي وجوابها خبر المبتدأ.
بما تَشَاؤُهُ وَمَهْما عَتَقَا
فَمَا لَهُ مِن ارْتِجاعٍ مُطْلَقَا

(بما) يتعلق بطلقت (تشاؤه) صلته (ومهما عتقا) جملة شرطية وألفه للإطلاق (فما) نافية (له) خبر مقدم (من ارتجاع) مبتدأ جر بمن الزائدة (مطلقاً) حال والجملة جواب الشرط، ولذا دخلت الفاء عليها وجوباً لأنها لا تصلح أن تكون شرطاً، ومعنى البيتين أن زوجة العبد ولو بشائبة رق إذا عتقت عتقاً ناجزاً فلها الخيار في البقاء والفراق، ويحال بينه وبينها حتى تختار فإن اختارت البقاء معه فلا إشكال وإن اختارت الطلاق وقالت: طلقت نفسي فيلزمه واحدة بائنة إلا أن تنوي أكثر فيلزمه اثنان إذ هما منتهى طلاق العبيد، وهو معنى قوله: بما تشاؤه إذا عتق هو بعد أن طلقت نفسها فلا رجعة له جبراً عليها مطلقاً عتق في العدة أو بعدها طلقت نفسها واحدة أو اثنتين نعم له مراجعتها برضاها بالشروط المتقدمة، ولا بد من دخول زوج بها فيما إذا كانت طلقت نفسها أكثر من واحدة على ظاهر النظم و(خ) وهذا إذا اختارت قبل أن يعتق العبد وإلا فلا خيار لها كما أشار له (خ) بقوله: أو عتق قبل الاختيار، وكذا يسقط خيارها إن قبض السيد الصداق وأعتقها قبل البناء، والحال أنه الآن عديم لأن خيارها يبطل عتقها، إذ ليس للسيد غيرها فلو اختارت نفسها لوجب للزوج الرجوع بالصداق على السيد، والفرض أنه عديم فيؤدي لبيعها لأن الدين الذي هو الصداق سابق على عتقها، فلذا ارتكب أخف الضررين فينفذ العتق وتبقى حرة تحت عبد وهذا معنى قول (خ) أيضاً، وسقط صداقها والفراق إن قبضه السيد وكان عديماً الخ. وظاهر النظم أن لها الخيار في الطلاق والبقاء رشيدة أو سفيهة أو صغيرة وهو كذلك في الرشيدة، وكذا السفيهة إن بادرت لاختيارها نفسها فإن لم تبادر أو كانت صغيرة فإن الحاكم ينظر لهما في الأصلح قاله (ز) ويفهم منه أن الصغيرة إذا بادرت للطلاق لا يلزمه طلاق، بل حتى ينظر الحاكم فيأمرها به إذا رآه نظراً، وبالجملة فالصغيرة لا يلزم طلاق باختيارها بادرت له قبل الرفع للحاكم أم لا، وكذا السفيهة إن لم

تبادر بل تأخر أمرها حتى رفعت للحاكم فاختارت حينئذ الفراق، ورأى هو البقاء لكونه نظراً لها فإن اختار كل من الصغيرة والسفيهة البقاء قبل الرفع لم يلزمها ذلك على قول ابن القاسم إذا لم يكن ذلك نظراً. وقوله بما تشاؤه هذا هو القول المرجوع إليه، وعليه درج (خ) حيث قال: ولمن كمل عتقها فراق العبد فقط بطلقة بائنة أو اثنتين الخ. فأوفى كلامه للتخيير كما لمصطفى، وكان مالك يقول أولاً لا تختار إلا واحدة وعليه أكثر الرواة. ابن عرفة: وظاهر نقل اللخمي وغير واحد أن اختلاف قول مالك فيما زاد على الواحدة إنما هو بعد الوقوع أي: وأما قبل الوقوع فإنما تؤمر بواحدة من غير خلاف. ابن عرفة: وهو الصواب وهذا التصويب يعكر على إطلاق قول الناظم بما تشاؤه كما يعكر عليه جعل أو في كلام (خ) للتخيير وعلى المرجوع عنه يمضي الزائد وهو ما صوبه اللخمي.

تنبيه: إذا مكنته من نفسها عالمة بالعتق سقط خيارها، ولو جهلت الحكم على المشهور. وقال ابن القصار: ونحوه لمالك في المختصر أنه لا يسقط خيارها حيث مكنته جاهلة بأن لها الخيار بعتقها. قال في ضيح: والأقرب أنه تقييد.

فصل في الفسخ

أي: فسخ النكاح الفاسد هل يعد طلاقاً أم لا؟ وهل يرث أحد الزوجين الآخر إذا مات قبل الفسخ أم لا؟ وهل تلزم فيه العدة أم لا؟ والأنسب إدراج هذا الفصل في فصل حكم فاسد النكاح كما تقدم ذلك هناك.

وَفَسْخُ فاسِدٍ بِلا وِفَاقِ
بِطَلْقَةٍ تُعَدُّ في الطَّلاَقِ

(وفسخ فاسد) مبتدأ ومضاف إليه (بلا وفاق) في موضع الصفة لفاسد (بطلقة) خبر (تعد في الطلاق) صفة لطلقة.

وَمَنْ يَمُتْ قَبْلَ وُقُوعِ الفَسْخِ

في ذا فما لإِرْثِهِ مِنْ نَسْخِ (ومن) اسم شرط مبتدأ (يمت) فعله (قبل) يتعلق بفعل الشرط (وقوع الفسخ) مضاف إليهما (في ذا) يتعلق بوقوع والإشارة للفاسد بلا وفاق (فما) نافية (لإرثه) خبر مقدم. (من نسخ) اسم جر بمن الزائدة، والجملة جواب الشرط، ولذا دخلت الفاء عليها والشرط وجوابه خبر المبتدأ والمعنى: أن النكاح المختلف فيه اختلافاً قوياً ولو خارج المذهب كإنكاح المحرم والعبد والمرأة ووجه الشغار ونكاح المريض والخيار، فإنه يفسخ بطلاق مراعاة لمن يقول بصحته والخلع إن وقع فيه قبل الفسخ نافذ ومن مات من الزوجين قبل وقوع هذا الفسخ فإن الحي يرثه إلا نكاح المريض والخيار فإنه لا إرث فيهما ولو مات الصحيح منهما في مسألة المريض فلو زاد الناظم إثر البيت الثاني ما نصه:

إلا نكاحاً ذا خيار أو مرض
هب أنه موت الصحيح قد عرض

تنبيه: تقدم أن وجه الشغار من المختلف فيه وإن كان يثبت بعده بصداق المثل، فهو من الفاسد لصداقه، ومنه أيضاً من طلق زوجته طلاقاً بائناً بعد أن دفع لها المعجل والمؤجل، ثم قال لها: لا أراجعك حتى تردي عليَّ ما أخذت مني وتردي الصداق المؤجل على ما كان عليه، فإنه فاسد لأنه نكاح وسلف، وكذا لو زادها ربع دينار على ذلك، وكذا لو كان على أن ترد له جميع ما أعطاها ويعطيها هو مثل ذلك وزيادة ربع دينار لأنه بيع ذهب بذهب وعصمة كما في البرزلي وغيره.

وَفسْخُ ما الفَسادُ فيه مُجْمَعُ

عليه مِنْ غير طَلاَقٍ يَقَعُ (وفسخ) مبتدأ (ما) مضاف إليه واقعة على النكاح (الفساد) مبتدأ (فيه) يتعلق به (مجمع) خبر عن الفساد (عليه) نائب الفاعل بمجمع لأنه اسم مفعول، والجملة صلة «ما» والرابط الضمير المجرور بفي (من غير طلاق) يتعلق بقوله (يقع) والجملة من يقع وفاعله ومتعلقه خبر فسخ، والتقدير وفسخ النكاح الذي فساده أجمع عليه يقع من غير طلاق لأن هذا النكاح كالعدم، ولذا لو عقد شخص عليها قبل الفسخ صح نكاحه وإن وقع الخلع فيه لم ينفذ، وذلك كنكاح الخامسة ومحرمة بصهر أو رضاع ونكاح المتعة وهو

النكاح لأجل ونكاح المعتدة والنكاح على حرية ولد الأمة ونحو ذلك. ومن خالف في بعض هذه الأفراد من العلماء كالظاهرية في الخامسة، ونكاح المتعة عند بعضهم لا يعتد بخلافه لضعف مدركه فلا يقدح في كونه مجمعاً عليه، وإذا مات أحد الزوجين في هذا القسم فلا إرث فيه للحي، وإلى هذا القسم والذي قبله أشار (خ) بقوله: وهو طلاق إن اختلف فيه كمحرم وشغار والتحريم بعقده ووطئه وفيه الإرث إلا نكاح المريض لا إن اتفق على فساده فلا طلاق ولا إرث كخامسة وحرم وطؤه فقط الخ.

وتَلْزَمُ العِدَّةُ بِاتِّفَاقٍ
لِمُبْتَنَى بِهَا عَلَى الإِطْلاَقِ

(وتلزم العدة) فاعل تلزم (باتفاق) يتعلق بتلزم وكذا (لمبتنى) و(بها) يتعلق بمبتنى (على الإطلاق) يتعلق بتلزم أو بمحذوف حال، والمعنى أن النكاح الفاسد إذا وقع فيه دخول أو خلوة يمكن فيها الوطء ثم فسخ، فإن العدة تلزم فيه مطلقاً كان مختلفاً فيه أو مجمعاً عليه. قال في المقرب: ولو تصادقا على نفي الوطء لحق الله ولا صداق لها لأنها لم تدعه اهـ. ووجه لزوم العدة في المختلف فيه ظاهر لأنه جار مجرى الصحيح في العدة وغيرها كما مرّ، وأما المجمع عليه فاللازم فيه الاستبراء بثلاث حيض، فإطلاق الناظم عليه عدة إنما هو من باب التغليب، وما وقع في المقرب والمدونة من إطلاق العدة عليه أيضاً فإنما ذلك على وجه المجاز سهله أن استبراء الحرة كعدتها ومفهوم لمبتنى بها فيه تفصيل لأنه إذا مات عنها قبل البناء فلا عدة ولا استبراء في المجمع عليه وعليها عدة الوفاة في المختلف فيه، فإن مات عنها بعد البناء أو الخلوة وقبل الفسخ ففي المجمع عليه الاستبراء بثلاث حيض ولا عدة وفاة عليها ولا إحداد، وفي المختلف فيه عدة وفاة.

باب النفقات وما يتعلق بها

من كسوة وإسكان ووجوب وإسقاط واختلاف ورجوع بها إذا أنفش حملها أو طلقها إثر دفعها لها، وعرفها ابن عرفة بقوله: النفقة ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف اهـ. فخرج بما به قوام معتاد غير الآدمي، وما ليس معتاداً في حال الآدمي وما هو سرف فلا يسمى شيء من ذلك نفقة شرعاً، وهذا الحد شامل للكسوة والطعام والسكنى، ولا إشكال. فمهما وجبت النفقة بالإصالة كنفقة الزوجة والرقيق والأولاد والآباء وعامل القراض إذا كثر المال وبعد السفر وجبت الكسوة، وكذا إن تطوع بها على الربيب مثلاً حيث قال: لا نية لي أو تعذر سؤاله لغيبة ونحوها، فإن قال: نويت الطعام فقط قبل قوله عند ابن سهل ولم يقبل عند ابن زرب وهو المعتمد قاله (ز).g وانظر أوائل الالتزامات فإنه يظهر منها ترجيح ما لابن سهل، وقدمنا حاصل كلامه عند قول الناظم: وما امرؤ لزوجة يلتزم الخ. وفي البرزلي: أن ابن رشد سئل عن المسألة فأجاب بأن الكسوة غير داخلة بعد حلفه في مقطع الحق أنه إنما أراد الطعام دون الكسوة لأن النفقة وإن كانت من ألفاظ العموم فإنها تعرفت عند أكثر الناس في الطعام دون الكسوة. البرزلي: فيكون من باب تخصيص العموم بالعرف، وفيه خلاف بين الأصوليين اهـ.

قلت: والذي جرت عليه الأحكام أنه يخصص العام ويعين المبهم ويقيد المطلق كما في المعيار واللامية وغيرهما، فيكون ما لابن سهل وابن رشد أرجح، ولذا قال ابن ناجي في شرح المدونة من كتاب الشركة: القول بعدم لزوم الكسوة هو الذي عليه الأكثر وبه الفتوى ونظمه في العمل المطلق فقال:

إن امرؤ نفقة الغير التزم
فاللبس غير داخلٍ في الملتزم

وَيجِبُ الإنْفَاقُ لِلزَّوْجَاتِ
في كُلِّ حَالَةٍ مِنَ الحَالاَتِ

(ويجب الإنفاق للزوجات في كل حالة) يتعلق بيجب (من الحالات) صفة لقوله حالة، والمعنى أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بقدر وسعه وحالها غنية كانت أو فقيرة حرة أو أمة بوئت أم لا؟ ومحل وجوبها إذا دخل أو دعي إلى الدخول وليس أحدهما مشرفاً، وكان الزوج بالغاً وهي مطيقة كما أفاد ذلك كله (خ) بقوله: يجب لممكنة مطيقة للوطء على البالغ وليس أحدهما مشرفاً قوت وأدام وكسوة بقدر وسعه وحالها الخ. فهذه الشروط عامة في المدخول بها وغيرها كما قرر به شراح (ح) وهو الذي للقاني في حواشي ضيح، وهو الذي ينبغي اعتماده لأن النفقة في مقابلة الاستمتاع كما في ابن سلمون وغيره، وإن كان (ح) استظهر ما في ضيح وابن عبد السلام من اختصاصها بغير المدخول بها، وأما إن دخل فتجب من غير شرط، ثم إن الناظم لو زاد بيتاً فقال مثلاً:

إن مكثت والزوج بالغٍ وهي
مطيقة وليس مشرفاً كهي
لوفى بالمراد

وقوله: كهي آخر البيت تشبيه بما قبله أي يشترط فيها عدم الإشراف كما اشترط ذلك فيه.

فرع: على المرأة الخدمة الباطنة كعجن وكنس وفرش واستقاء الماء والحطب إن كانت عادة البلد كما في البرزلي عن الشبيبي قائلاً: لأن نساء البوادي دخلن على ذلك اهـ.

والفَقْرُ شَرْطُ الأبَوَيْنِ والولَدْ
عَدَمُ مالٍ واتِّصالٌ للأَمَدْ

(والفقر شرط الأبوين) مبتدأ وخبر يعني أن الشرط وجوب نفقة الأبوين على أولادهما الفقر، فلا يحكم بها إلا بعد إقرار الأولاد المالكين أمرهم به أو بعد ثبوته ببينة (خ) وبالقرابة على الموسر نفقة الوالدين المعسرين وأثبتا العدم لا بيمين الخ. أي لأنها عقوق. وإذا حكم بها عليهم فإنها توزع عليهم ذكوراً كانوا أو إناثاً صغاراً أو كباراً على قدر يسارهم على الراجح لا على الرؤوس ولا على قدر الإرث ولا مقال لأزواج البنات المتزوجات وإذا حكم لهما بها على الأولاد بالشرط المذكور فأنفق عليهما أجنبي أو أحد الأولاد بعد الحكم، فللمنفق المذكور الرجوع على من حكم عليه بها لأنه قام عنه بواجب حيث لم يكن متبرعاً بخلاف ما إذا أنفق عليهما قبل الحكم بها فلا رجوع كما لابن رشد وغيره. وأشار له (خ) بقوله وتسقط عن الموسر بمضي الزمان إلا لقضية أو

بنفق غير متبرع الخ، إلا أن «أو» في كلامه بمعنى «الواو».
تنبيه: إذا لم يكن للأبوين إلا دار السكنى وطلبا الولد بالنفقة فإنه يقضى لهما بها قاله في الكراس السابع من أنكحة المعيار، وهذا إن لم يكن في الدار فضل عما يليق بسكناهما وإلا لم يقض بالنفقة عليهما إلا بعد نفوذ ذلك الفضل، انظر البرزلي في النفقة فيما إذا كان للصغير دار وهو في كفالة أبيه.

(والولد) مبتدأ (عدم مال) خبره أي وشرط وجوب نفقة الولد الحر على أبيه الحر عدم المال أصلاً وعدم وجود صنعة تكفيه، فإن كانت لا تكفيه أعطي تمام الكفاية. اللخمي: وإذا كسدت الصنعة عادت على الأب ثم إن الأب إذا واجر ولده فإنه ينفق عليه من أجرته وما فضل منها دفعه له الأب مخافة أن يعوقه على الخدمة عائق من مرض أو كساد، ولا يأكل الأب منه شيئاً وإن كان فقيراً قاله ابن فرحون في الألغاز عن الجزيري، ثم إن علم أن الولد والزوجة يفرض لهما في مال الغائب المليء وإن لم يكن له مال حاضر ويحسبان ذلك عليه من يوم الفرض وإذا تداينا عليه لزمه أداؤه إن قدم ويرجع عليه المنفق عليهما حيث لم يتبرع أنفق قبل الفرض أو بعده بخلاف الأبوين كما مرّ فإن علم عسره أو جهل حاله لم يفرض لهما إلا أن للزوجة أن تطلق نفسها بعدم النفقة إذا لم تصبر في الصورتين، فإن صبرت وقدم موسراً في الصورة الثانية فرض لها عليه نفقة مثلها من مثله، وأما الأبوان فلا يفرض لهما في مال الغائب، وإن علم يسره إذا لم يكن له مال حاضر، ولا يتداينان عليه وإن فعلا لم يلزمه من ذلك شيء فإن كان له مال حاضر غير أصل فيفرض لهما فيه، ويباع لهما في النفقة. وأما أصوله فلا تباع على الراجح من أحد قولين: إلا أن يغيب بعد الفرض عليه فتباع حينئذ كما في (ح) عن ابن رشد بخلاف الزوجة والأولاد فإنها تباع أصول الغائب وغيرها في النفقة عليهما كما في ابن سلمون وغيره، وهذا ما لم تكن الأصول دار السكنى وإلا بيعت للزوجة دون الأولاد لأن نفقتها أقوى إذ هي عليه غنية كانت أو فقيرة في مقابلة الاستمتاع، وإذا لم تبع للأولاد فنفقتهم على المسلمين أو بيت المال، وانظر لو أنفق أجنبي مع علمه بالدار فنظهر من هذا أنه لا رجوع له على الأب لأنه فقير حكماً لم يقم عليه الأجنبي بشيء يجب عليه وسيأتي عند قوله: وحكم ما على بنيه أنفقت الخ. أنهما يفترقان في شيء آخر، هذا تحصيل هذه المسائل فتنبه لاختلافها.

فرع: إذا قضى القاضي على الابن بنفقة الأبوين، ثم باع الولد بعد ذلك ربعه أو تصدق به ففي مسائل ابن الحاج: إن فعله يرد. البرزلي: أما رد الصدقة فبين وأما رد بيعه ففيه نظر إلا أن يكون قد قصد به إسقاط النفقة فيعامل بنقيض قصده قال: وكثيراً ما يقع في زماننا عكسها، وهي أن الأب يفوت ربعه بالبيع أو الهبة لبعض الأولاد أو لأجانب فعلوا معه خيراً أو يريد إغاظة ولده بذلك، فالصواب أن لا يمضي إذا قصد ذلك، وإن لم يقصد ذلك ففيه نظر، هل يجب على ابنه نفقته أو لا؟ كما تقدم في عكسها.
(واتصال) فاعل بفعل محذوف أي ويجب اتصال نفقة الأب على أولاده الذين لا مال لهم (للأمد) الذي يسقطها ثم بينه بقوله.
ففي الذُّكُورِ لِلْبُلُوغِ يَتَّصِلْ

وفي الإنَاثِ بالدُّخُولِ يَنْفَصِلْ
(ففي الذكور للبلوغ) يتعلقان بقوله (يتصل): (خ) ونفقة الولد الذكر حتى يبلغ عاقلاً قادراً على الكسب أي إلا لمعرة عليه أو على وليه أو عليهما بالتكسب فلا تسقط كما لا تسقط إذا بلغ مجنوناً أو عاجزاً عن الكسب (وفي الإناث بالدخول) يتعلقان بقوله: (ينفصل) الإنفاق أي: ينقطع ومثل الدخول الدعاء له كما مرّ، ولو دخلت أو دعيت له قبل البلوغ فإن تأيمت قبله أيضاً رجعت نفقتها عليه كما لو طرأ لها مال قبل البلوغ، ثم ذهب قبله أيضاً أو بلغت زمنة وطرأ لها المال ثم ذهب، فإنها تعود. ومفهوم بالدخول أنها إذا لم تدخل لم تسقط ولو رشدها وهو كذلك، ومفهوم قوله: تأيمت قبله الخ أنها لو تأيمت بعده أو ذهب المال بعده أو بعد زوال الزمانة لم تعد (خ): لا أن عادت بالغة أو تزوجت زمنة ثم صحت وتأيمت بالغة وعادت الزمانة فلا تعود، وقولي: الولد الحر إلخ.
احترازاً من الولد العبد والأب العبد، فإن نفقة الأولاد العبيد على سيدهم ونفقة الأحرار أولاد العبيد في بيت المال، وتقدم في قول الناظم:
وليس لازماً له أن ينفقا
على بنيه أعبداً أو عتقا

تنبيه: قال اللخمي في كتاب المديان: إن المفلس الصانع يداين ليعمل ويقضي من عمله ثم عطل أجبر على العمل فإن ولد استؤجر في صناعته تلك. قال ابن عرفة: فيلزم مثله في الزوج في النفقة إذا ترك صنعته، وأما نفقة الأولاد فلا خلاف أنه لا يجبر على الصنعة اهـ. ونقله البرزلي في النكاح.
والحُكْمُ فِي الْكِسْوَةِ حُكْمُ النَّفَقَهْ
ومُؤَنُ العَبْدِ تَكُونُ مُطْلَقَه
(والحكم في) وجوب (الكسوة) وسقوطها (حكم النفقة) فمهما وجبت النفقة على أحد ممن تقدم وجبت الكسوة، ومهما سقطت النفقة سقطت الكسوة إلا في مسألة الالتزام المتقدمة.

فرع: قال ابن عرفة في الشهادات عند النكاح على ترجيح البينات ما نصه: وإن طلبته بالكسوة فقال لها: الثوب الذي عليك لي، وقالت: بل هو لي ففي كون القول قولها أو قوله نقل في الطرر عن الاستغناء فتوى ابن دحون وابن الفخار حكاهما أبو القاسم اليونباني، واختار الأول وهما مبنيان على اعتبار كونها في حوز الزوج أو حوزها في نفسها اهـ. وراجع ما مر في الاختلاف في متاع البيت وفي التداعي في الطلاق. (ومؤن العبد) مبتدأ ومضاف إليه واسم (تكون) عائد على المؤن وخبرها محذوف أي على السيد (مطلقة) حال من اسم تكون، والمعنى أن مؤن العبد وكذا الأمة من نفقة وكسوة تكون على سيدهما مطلقة غير مقيدة بفقر العبد والأمة ولا بغنى السيد، ويلزمه تكفينهما إن ماتا فإن امتنع من الإنفاق عليهما بيعا عليه كتكليفهما من العمل ما لا يطيقان (خ): إنما تجب نفقة رقيقه ودابته إن لم يكن مرعى وإلاَّ بيع كتكليفه من العمل ما لا يطيق الخ. وأما زوجة العبد فنفقتها عليه كما مرّ لا على سيده وينفق عليها من غير خراجه وكسبه، والمراد بالخراج ما نشأ لا عن مال بل عن كإيجار نفسه، والمراد بالكسب ما نشأ عن مال اتجر به فهما لسيده ونفقته عليهما من

غيرهما من هبة أو وصية ونحوهما إلا لعرف فإنها في الخراج والكسب، فتكون فيهما فإن عجز طلقت عليه انظر تحقيقه في فصل المراجعة.

وَمُنْفِقٌ عَلَى صَغِيرٍ مُطْلَقا
لَهُ الرُّجُوعُ بِالَّذِي قَدْ أَنْفَقَا

(ومنفق) مبتدأ (على صغير) يتعلق به (مطلقا) حال من صغير أي كان له أب أم لا (له الرجوع) مبتدأ وخبره، والجملة خبر المبتدأ والرابط الضمير المجرور باللام (بالذي) يتعلق بالرجوع (قد أنفقا) صلة الذي، والرابط محذوف وألفه للإطلاق.

عَلَى أَبٍ أَوْ مَالِ الابْنِ وأُبِي
إلاَّ بعلْمِ المَالِ أَوْ يُسْرِ الأَبِ

(على أب) يتعلق بالرجوع (أو مال الابن) معطوف على أب (وأبي) بضم الهمزة مبنياً للمفعول ونائب فاعله ضمير الرجوع (إلا) حرف استثناء (بعلم المال) يتعلق بالرجوع المقدر قبل إلا أي منع رجوع المنفق في كل حال إلا في حال علم المال (أو يسر الأب) والجملة من أبي ونائبه ومتعلقه استئنافية والمعنى أن من أنفق على صغير كان له أب أم لا. فإنه يرجع بما أنفق في مال الأب أو الصبي إن كان لهما مال وعلمه المنفق، ويقدم مال الصبي على مال الأب حيث كان لكل منهما مال علمه المنفق، فذكر الناظم للرجوع شرطين: أحدهما وجود المال للابن أو للأب، والثاني علم المنفق به وهما مفهومان من قوله: إلا بعلم المال أو يسر الأب. إذ العلم بالمال فرع وجوده وظاهره أنه لا بد من علم يسر الأب، فالعلم بالأب دون العلم بيسره لا يكفي وهو كذلك كما لابن رشد خلافاً لـ(ز) فإن لم يكن لهما مال أصلاً وقت الإنفاق أو كان وتلف فلا تتبع ذمتهما فيما استفاداه بعد ولو شرط المنفق عند الإنفاق أن يرجع في المستفاد لم يعمل بشرطه خلافاً لأشهب كما في (ح) وكذا إن كان لهما مال ولم يعلم به المنفق فلا رجوع أيضاً.

وبقي للرجوع شرط ثالث وهو أن ينوي المنفق الرجوع بنفقته وهو شرط لا بد منه على المعتمد كان المنفق وصياً أو أجنبياً كما اقتصر عليه (خ) في باب النفقة حيث قال: وعلى الصغير إن كان له مال علمه المنفق وحلف أنه أنفق ليرجع الخ، وقيل لا يشترط هذا الشرط بل كذلك يرجع إذا لم ينو رجوعاً ولا عدمه وعليه عول (خ) في اللقطة حيث قال: والقول له إنه لم ينفق حسبة اهـ. ونقله (ق) أيضاً عن المدونة في باب النفقة. ولعل الناظم عول على هذا القول، فلذا لم يشترط نية الرجوع وشرط رابع وهو أن تكون النفقة غير سرف بالنسبة للصغير، وإلا لم يرجع بالسرف، ولعل الناظم اتكل في ترك هذا الشرط على القواعد لأن كل من تصرف لغيره فإنما يلزم من تصرفه ما فيه مصلحة ولا مصلحة في السرف حتى يرجع به، وشرط خامس بالنسبة للوصي والأب ومن هو بمنزلتهما وهو أن يكون مال الصبي غير عين، فإذا أنفق الوصي أو الأب ونحوه، وتحت يديهما للمحجور عين فليس لهما رجوع عليه ويحملان على التطوع، لأن اليتيم غير محتاج لسلفهما، وأما غير الوصي والأب ومن تنزل منزلتهما من كافل أو حاضن فيرجع، وإن كان مال اليتيم عيناً لأنه ليس بيده

وأما الشرط السادس وهو حلفه أنه أنفق ليرجع فسيأتي في قوله: ومع يمين يستحق ماله. وهذا في غير الوصي، وأما هو فلا يمين عليه كما يأتي للناظم. ومفهوم على صغير أن من أنفق على بالغ له الرجوع، وإن كان فقيراً وقت الإنفاق وهو كذلك كما في المعيار وغيره، ثم إذا توفرت الشروط وجب الرجوع سواء كان الصغير ربيباً للمنفق أم لا. وهنا مسألتان. إحداهما: قال في الطرر: لو تزوجت امرأة وتطوع زوجها بنفقة ابنها ثم تريد هي الرجوع بها على ابنها في حياته أو بعد وفاته، وكان له مال وقت الإنفاق فإنه لا رجوع لها عليه لأنه معروف من الزوج وصلة للربيب والأم لم تترك من حقها شيئاً، وذكر بعض أصحابنا أنها وقعت في مجلس الشيوخ فأجمعوا على هذا، وفي مجلس آخر قالوا: سواء كان تطوعاً أو

شرطاً في أصل عقد النكاح إذا كان لأجل معلوم. هكذا نقله البرزلي ونحوه في ابن سلمون وابن عرفة. وزاد: فإن مات المتطوع سقط الرجوع، وإن كان لمدة وبقي من المدة شيء لأنها هبة لم تقبض اهـ. ونقله (ح) في أول التزاماته وقال عقبه: وأما إذا كان تطوعاً فظاهر لأن الهبة تبطل بموت الواهب قبل قبضها، وأما إذا كان شرطاً في العقد وأجزناه إذا كان لمدة معلومة كما رجحه ابن رشد، فينبغي أن لا تسقط وأن تحل بموت الزوج أي: ويوقف من تركته مقدار ما يفي بنفقته في بقية المدة كما تقدم.
قلت: وينبغي أيضاً أن ترجع الزوجة على ابنها في مسألة الشرط لأنها تركت من صداقها للشرط المذكور فهي قد تركت من حقها لأجله فتأمله والله أعلم.
ولذا حذف الشيخ (م) والشارح مسألة الشرط فلم ينقلوها قال (م): وقد كنت لفقت بيتاً فقلت:
ومن بإنفاق الربيب طاع لا
رجوع للأم على ابن فاقبلا
ثانيتهما: قال البرزلي إثر نقله مسألة الطرر المتقدمة ما نصه: وقعت مسألة وهي امرأة لها ولد تأخذ عليه النفقة من أبيه فتزوجت رجلاً واشترطت عليه نفقة الولد أجلاً معلوماً أو تطوع بها بعد العقد مدة الزوجية، وأرادت الرجوع بذلك على أبي الولد، فوقعت الفتيا بأن ذلك إن كان مكتوباً من حقوقها فيجب لها الرجوع متى شاءت وإسقاطه لزوجها فهي ترجع بنفقته على أبيه، وإن كان ذلك للولد فلا رجوع لها على أبيه بشيء وهو جار على الأصول، وكأنه شيء وهب له فينفقه على نفسه لا على ابنه، والأول مال وهب لأمه، فإذا أنفقته على ولدها رجعت به على أبيه اهـ. وتقدم هذا في أول الخلع.
تنبيه: قد تقدم أن من تطوع بنفقة ربيبه مدة الزوجية فإنما يلزمه الإنفاق عليه ما دام صغيراً لا يقدر على الكسب أي: وما لم يطرأ له مال لم يكن له وقت التطوع وإلاّ لم يلزمه كما في خلع المعيار.

تنبيه آخر: لهذه المسألة في الرجوع نظائر من ذلك من أدى عن رجل ديناً عليه بغير أمره، فله أن يرجع عليه كما مر في قول الناظم: إذ قد يؤدي دين من لا أذنا. وكذلك من فدى حراً من أيدي العدو، كما نص عليه (خ) في الحرابة وكذلك من كفن ميتاً فله أن يرجع في تركته، وليس لورثته منعه، وكذلك من

فدى متاعاً من أيدي اللصوص فله حبسه حتى يأخذ ما فداه به كما قاله أبو الحسن، ونص عليه (خ) في الجهاد. قال أبو الحسن: وانظر من أدى عن إنسان ما لم يلزمه لظالم حبسه فيه، فالمشهور أنه لا يلزمه. وقال ابن كنانة: يلزمه وذلك قربة لمن فعله اهـ.

وَيَرْجِعُ الوَصِيُّ مُطْلَقاً بِمَا
يُنْفِقُهُ وَمَا اليَمِينُ أَلزِمَا

(ويرجع الوصي) جملة استئنافية (مطلقاً) حال (بما أنفقه) يتعلق بيرجع (وما) نافية (اليمين) مفعول ثان بـ (ألزما) المبني للنائب ومفعوله الأول ضمير الوصي، والمعنى أن الوصي يرجع بالنفقة مطلقا اشهد أم لا. كان الوصي وصي أب أو قاض كان اليتيم في كفالته أم لا؟ بدليل قوله: وغير موص يثبت الكفالة. إذ مفهومه أن الوصي لا يثبتها وهو تابع في عدم اليمين وعدم إثبات الكفالة، أو الإنفاق لابن سلمون لأنه قال ما حاصله: وإن كان المنفق وصياً فله الرجوع دون يمين تلزمه، ولا إثبات للإنفاق أي ولا لكونهم في حضانته وكفالته، وإن كان غير وصي فلا بد من إثبات حضانته وكفالته ويمينه بعد ذلك، ولا يحتاج إلى أن يشهد اهـ. وهو خلاف المعتمد من أنه لا بد من يمينه بعد أن يثبت الإنفاق عليهم أو كونهم في حجره إلا ما استحسنه. اللخمي: من أن الأم إذا كانت فقيرة محتاجة ويظهر على الولد أثر النعمة والخير أن الوصي يصدق، وإن لم يكونوا في حجره قال في المدونة: ويصدق في الإنفاق عليهم إن كانوا في حجره ولم يأت بسرف، وظاهرها في زكاة الفطر أنه لا يشترط كونهم في حجره، والمذهب اشتراطه كما مرّ، وما تقدم من وجوب يمينه هو المعتمد، واختلف إذا أراد أن يحسب أقل ما يمكن فإن كان الإنفاق من مال الوصي كما هو موضوع النظم فله ذلك، ولا إشكال وإنما يحلف أنه أنفق ليرجع وإن كان الإنفاق من مال الصبي واختلفا في قدره فالقول للوصي مع يمينه، فإن قال: احسب أقل ما يمكن واسقط الزائد فقال أبو عمران: لا يمين، وقال عياض: لا بد منها، فلو قال الناظم إثر قوله: أو يسر الأب ما نصه:

وكونه عيناً وليس في يده
أو عرضاً مطلقاً بقصد أوبته
ومع يمين يستحق ماله
إن أثبت الإنفاق والكفالة

والواو في قوله: والكفالة بمعنى «أو» وبالجملة فلا فرق بين الوصي وغيره المشار له بقوله:

وَغَيْرُ مُوصٍ يُثْبِتُ الكَفَالَهُ
وَمَعْ يَمِينٍ يَسْتَحِقُّ مَالَهْ

من أنه لا بد من إثبات كونهم معه على مائدة واحدة أو إثبات الإنفاق عليهم ويحلف بعد ذلك أنه أنفق ليرجع فيشهد الشهود أنه كان يدفع النفقة إلى حاضنتهم فلانة كذا وكذا ديناراً وقمحاً وشعيراً وسمناً مثلاً في كل شهر مدة من كذا عاماً بمحضرهم ومعاينتهم أو بإقرار الحاضنة لديهم، أو يشهدون أنهم يعرفون الصبي فلاناً يتيماً في حضانة قريبه فلان مثلاً منذ كذا وكذا عاماً، وفي

كفالته وعلى مائدته لا يعلمونه انتقل عن ذلك حتى الآن أو بطول المدة المذكورة، ولا يقولون ينفق عليه من ماله الخاص به كما يفعله عوام العدول عندنا اليوم، فإن قالوه بطلت شهادتهم لأنه محض زور إذ من أين لهم أنها من ماله الخاص به، ثم إذا ثبت أحد الرسمين يقول: بالله الذي لا إله إلا هو لقد أجريت النفقة والكسوة على الصبي المذكور طول المدة المذكورة من مالي الخاص بي لا رجع بذلك، وأحاسب الصبي المذكور وما قبضت منها شيئاً قليلاً ولا كثيراً، ولا وهبت ولا أسقطت ولا أحلت ولا استحلت ولا أخذت كفيلاً ولا حميلاً ولا رهناً ولا عوضاً ولا خرجت عن ذلك، ولا عن شيء منه بوجه حتى الآن، ثم تكتب له هذه اليمين في ظهر رسم الإنفاق على هذه الكيفية كما في ابن سلمون وسيأتي في الوصية:

وإن أب من ماله قد أنفقا
على ابنه في حجره ترفقا
الخ.

فالكلام هنا عام في الأب وغيره إلا في اليمين فلا يحلفها الأب وما يأتي خاص بالأب وورثته، وهذا إذا كانت عادة الآباء الرجوع بالنفقة على أولادهم، فقد سئل السيوري عن الرجوع بالنفقة على الابن؟ فأجاب: يسألون عن عادة بلدهم في النفقة على أولادهم، فإن كان شأنهم الرجوع فالحكم على ذلك، وإن كانت عادة أمثالهم غالباً عدم الرجوع فالحكم على ذلك، وإن كان يختلف وهو مساوٍ أو متقارب فيرجع بعد يمين من يرث الطالب أنهم لا يعلمون أنه أنفق لا ليرجع إن كانوا ممن يشبه أن يعلموا اهـ. وهو واضح لأن العرف كالشاهد الواحد أو الشاهدين، فعلى أنه كالشاهدين لا يحلف إن كانت عادتهم الرجوع.

وكونه عيناً وليس في يده
أو عرضاً مطلقاً بقصد أوبته
ومع يمين يستحق ماله
إن أثبت الإنفاق والكفالة

والواو في قوله: والكفالة بمعنى «أو» وبالجملة فلا فرق بين الوصي وغيره المشار له بقوله:

وَغَيْرُ مُوصٍ يُثْبِتُ الكَفَالَهُ
وَمَعْ يَمِينٍ يَسْتَحِقُّ مَالَهْ

من أنه لا بد من إثبات كونهم معه على مائدة واحدة أو إثبات الإنفاق عليهم ويحلف بعد ذلك أنه أنفق ليرجع فيشهد الشهود أنه كان يدفع النفقة إلى حاضنتهم فلانة كذا وكذا ديناراً وقمحاً وشعيراً وسمناً مثلاً في كل شهر مدة من كذا عاماً بمحضرهم ومعاينتهم أو بإقرار الحاضنة لديهم، أو يشهدون أنهم يعرفون الصبي فلاناً يتيماً في حضانة قريبه فلان مثلاً منذ كذا وكذا عاماً، وفي كفالته وعلى مائدته لا يعلمونه انتقل عن ذلك حتى الآن أو بطول المدة المذكورة، ولا يقولون ينفق عليه من ماله الخاص به كما يفعله عوام العدول عندنا اليوم، فإن قالوه بطلت شهادتهم لأنه محض زور إذ من أين لهم أنها من ماله الخاص به، ثم إذا ثبت أحد الرسمين يقول: بالله الذي لا إله إلا هو لقد

أجريت النفقة والكسوة على الصبي المذكور طول المدة المذكورة من مالي الخاص بي لا رجع بذلك، وأحاسب الصبي المذكور وما قبضت منها شيئاً قليلاً ولا كثيراً، ولا وهبت ولا أسقطت ولا أحلت ولا استحلت ولا أخذت كفيلاً ولا حميلاً ولا رهناً ولا عوضاً ولا خرجت عن ذلك، ولا عن شيء منه بوجه حتى الآن، ثم تكتب له هذه اليمين في ظهر رسم الإنفاق على هذه الكيفية كما في ابن سلمون وسيأتي في الوصية:

وإن أب من ماله قد أنفقا
على ابنه في حجره ترفقا
الخ.

فالكلام هنا عام في الأب وغيره إلا في اليمين فلا يحلفها الأب وما يأتي خاص بالأب وورثته، وهذا إذا كانت عادة الآباء الرجوع بالنفقة على أولادهم، فقد سئل السيوري عن الرجوع بالنفقة على الابن؟ فأجاب: يسألون عن عادة بلدهم في النفقة على أولادهم، فإن كان شأنهم الرجوع فالحكم على ذلك، وإن كانت عادة أمثالهم غالباً عدم الرجوع فالحكم على ذلك، وإن كان يختلف وهو مساوٍ أو متقارب فيرجع بعد يمين من يرث الطالب أنهم لا يعلمون أنه أنفق لا ليرجع إن كانوا ممن يشبه أن يعلموا اهـ. وهو واضح لأن العرف كالشاهد الواحد أو الشاهدين، فعلى أنه كالشاهدين لا يحلف إن كانت عادتهم الرجوع.

فصل في التداعي في النفقة

وَمَنْ يَغِبْ عَنْ زَوْجَةٍ ولَمْ يَدَعْ
نَفَقَةً لهَا وَبَعْدَ أَنْ رَجَعْ

(ومن) اسم شرط مبتدأ (يغب) فعل الشرط (عن زوجة) يتعلق به (ولم يدع) معطوف على يغب (نفقة) مفعول (لها) يتعلق بنفقة أو بيدع (وبعد أن رجع) يتعلق بقوله:

نَاكَرَهَا فِي قَوْلِهَا لِلْحِينِ
فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مع الْيَمِينِ

(ناكرها في قولها في الحين) متعلقان بناكرها أيضاً (فالقول) مبتدأ (قوله) خبر (مع اليمين) يتعلق به والجملة جواب الشرط والشرط وجوابه خبر من.

مَا لَمْ تَكُنْ لأَمْرِهَا قَدْ رَفَعَتْ
قَبْلَ إِيَابِهِ لِيَقْوَى ما ادَّعَتْ

(ما) ظرفية مصدرية متعلقة بقوله المتقدم (لم تكن) اسمها ضمير الزوجة (لأمرها) يتعلق بقوله (قد رفعت) والجملة خبر تكن والجملة من تكن وما بعده في محل جر بإضافة ما إليها والتقدير مدة عدم رفعها لأمرها (قبل إيابه) يتعلق برفعت والضمير المجرور بالإضافة يرجع للزوج (ليقوى) منصوب بأن مقدرة بعد اللام والجملة تسبك بمصدر متعلق برفعت أيضاً (ما) موصول فاعل بيقوى (ادعت) صلة ما وفاعله ضمير الزوجة والرابط محذوف أي ادعته.

فَيَرْجِعُ القَوْلُ لَهَا مَعَ الحَلِفْ
والرَّدُّ لِلْيَمِينِ فِيهِمَا عُرِفْ

(فيرجع القول لها) جواب شرط مقدر أي فإن رفعت فيرجع القول لها الخ (مع الحلف) في محل نصب على الحال (والرد) مبتدأ (لليمين فيهما) متعلقان به وجملة (عرف) بالبناء للمفعول ومعنى الأبيات الأربع أن الزوج إذا غاب عن زوجته ولم يترك لها نفقة على زعمها وبعد رجوعه ناكرها وادعى أنه تركها لها أو أرسلها إليها، فإن القول قوله في ذلك مع يمينه ما لم تكن رفعت أمرها للحاكم في مغيبه لتقوي دعواها، ولم يجد الحاكم له مالاً يفرض لها فيه فأذن له بالإنفاق على نفسها ورضيت أو وجد له مال ولم تسمح ببيعه ورضيت أن تسلفه نفقتها، فيكون حينئذ القول قولها مع يمينها من حين الرفع وتحاصص الغرماء بما أنفقت على نفسها من حين رفعها في الدين الحادث دون القديم، وكذا بما أنفقته على أولادها الصغار، ولمن وجبت عليه اليمين ردها وقلبها على صاحبه في الصورتين ثم أنه إذا حلف في مسألة الإرسال فيحلف لقد قبضتها لا بعثتها كما في (خ) وظاهر النظم أن الرفع للعدول والجيران لا يكفي وهو كذلك على المشهور، وإنما قلنا هذا ظاهره لأن الرفع إذا أطلق إنما ينصرف للرفع للحاكم. وذكر ابن عرفة أن العمل استمر عندهم على مقابل المشهور وأن شكواها للعدول كالرفع للحاكم، وأما للجيران فلغو لكن قال (خ) في تكميله العمل بفاس على المشهور فلا بدّ من الرفع للحاكم، لكن هذا مع تيسر الرفع له وإلا فينبغي أن العدول والجيران كالحاكم لعذرها حينئذ، ومفهوم ومن يغب أن الحاضر يكون القول قوله من غير تفصيل، وإنما كان القول قوله حيث كان حاضراً أو غائباً ولم ترفع لأنها في حوزه، والقول قول الحائز قاله البرزلي. ولذا لو كانت في غير داره وحوزه فالقول قولها في عدم بلوغها ومحل قبول قوله حيث ادعى أنه كان ينفق أو يدفع النفقة في زمنها شيئاً فشيئاً أو ادعى دفعها لها جملة واحدة في أول المدة المتنازع فيها أما إذا ادعى دفعها جملة واحدة بعد تجملها عليه لما مضى فلا يقبل قوله إجماعاً قاله ابن

رشد ثم لها أن تطلبه عند إرادة السفر بنفقة المستقبل ليدفعها لها أو يقيم لها كفيلاً قاله (خ) وغيره.

وَحُكْمُ مَا عَلَى بَنِيهِ أَنْفَقَتْ
كَحُكْمِ ما لِنَفْسِهَا قَدْ وثَّقَتْ

(وحكم ما على بنيه أنفقت) مبتدأ ومضاف إليه وما واقعة على الإنفاق وأنفقت صلته والرابط محذوف (كحكم ما لنفسها قد وثقت) خبر عن المبتدأ والمعنى أن حكم الزوجة إذا أنفقت على أولادها الصغار من زوجها الغائب كحكم إنفاقها على نفسها فإن رفعت أمرهم كان القول قولها من حين الرفع مع يمينها، وإلاّ فالقول قوله مع اليمين ومحل رجوعها بنفقتها في المسألة قبلها وبنفقة بنيها في هذه إن ثبت يسره في غيبته أو خرج موسراً، وأما إن ثبت عسره في غيبته أو جهل حاله فيها ولكن خرج معسراً وقدم كذلك فلا تتبعه لا بنفقتها ولا بنفقة أولادها ولا تحاص بها الغرماء، ويفهم هذا الشرط من تنصيصه على مجهول الحال في قوله بعد: فإن يكن مدعياً حال العدم الخ، فأما إن كانت له أصول في البلد فتباع لها في النفقة إلا دار السكنى، فإنها تباع للزوجة دون الأولاد كما مر تحصيله أول الباب فيفترقان في هذه كما يفترقان في مسألة أخرى ذكرها ابن فرحون في ألغازه قال: رجل غائب ويسره في غيبته معلوم، فلما قدم ألزمناه بنفقة الزوجة دون الأولاد فترجع عليه الزوجة بنفقتها على نفسها، وكذلك لو كان المنفق أجنبياً فإنما يرجع بنفقة الزوجة لأنه يقول: إن كنت

عندكم موسراً في ظاهر أمري فأنا أعلم من باطن أمري أن نفقة ولدي لا تلزمني لما أعلمه من عسري، فالقول قوله في ذلك دون يمين ولا تلزمه نفقة الأولاد اهـ باختصار. وهو موافق لما مر من أن المنفق على الصغير لا يرجع إلا مع علم ماله أو علم يسر أبيه، وهذا وإن قدم من غيبته موسراً فهو مصدق في أنه كان وقت الإنفاق معسراً ومن ادعى يسره وقته فعليه الإثبات فقوله: ويسره في غيبته معلوم يعني في ظاهر الحال لكونه خرج موسراً أو قدم كذلك والله أعلم.

فإنْ يَكُنْ قَبْلَ الْمَغِيبِ طَلَّقَا
فَالقَوْلُ قَوْلُهَا بِذَاكَ مُطْلَقَا

(فإن يكن) شرط واسمها ضمير الزوج (قبل المغيب) يتعلق بقوله (طلقا) والجملة خبرها (فالقول قولها) مبتدأ وخبر والجملة جواب الشرط (بذاك) الباء بمعنى في متعلقة بقوله (مطلقا) حال وإنما كان القول قولها في نفقتها على نفسها وعلى أولادها مطلقاً رفعت للحاكم أم لا. لأنها ليست في حوزه فلا يمضي قوله عليها كما مر:

إنْ أَعْمَلَتْ فِي ذالِكَ اليَمِينَا
وَأَثْبَتَتْ حَضَانَةَ الْبَنِينَا

(إن أعملت في ذلك اليمينا) شرط في قبول قولها وجوابه محذوف للدلالة عليه (وأثبتت حضانة البنينا) هذا يرجع لهذه وللتي قبلها، وهذا مستغنى عنه بقوله فيما مر، وغير موص يثبت الكفالة الخ. ثم إذا كان في غيبته موسراً أو معسراً فلا إشكال كما مر، وإن كان مجهول الحال فهو قوله:

فإنْ يَكُنْ مُدَّعِياً حَالَ العَدَمْ
طُولَ مَغِيبِهِ وحَالُهُ انْبَهَمْ

(فإن يكن مدعياً حال العدم طول) منصوب على الظرفية يتعلق بمدعيا (مغيبه) مضاف إليه (وحاله انبهم) مبتدأ وخبر والجملة حالية.

فحَالَةُ القُدُومِ لابْنِ القَاسِمِ
مُسْتند لها قَضَاءُ الحَاكِمِ

(فحالة القدوم) مبتدأ (لابن القاسم) اللام بمعنى عند كقوله تعالى: أقم الصلاة لدلوك الشمس} (الإسراء:78) (مستند) خبر (لها) يتعلق به (قضاء الحاكم) نائب الفاعل بمستند.

وَمُعْسِرٌ مَعَ اليَمِينِ صُدِّقَا
ومُوسِرٌ دَعْوَاهُ لَنْ تُصَدَّقَا

(فمعسر) مبتدأ سوغه التفصيل لما قبله. (مع اليمن)يتعلق بقوله(صدقا) والجملة خبر (وموسر) مبتدأ (دعواه) مبتدأ ثان (لن تصدقا) خبر عن الثاني والثاني وخبره خبر عن الأول والرابط الضمير المجرور بدعواه، والمعنى إذا قدم الزوج من غيبته وادعى العسرة مدة مغيبه لتسقط نفقتها عنه، وكانت حاله في الغيبة ووقت خروجه مجهولة لا يدري أكان موسراً وقتئذ أو معسراً ولم تصدقه الزوجة أو المنفق عليها في دعواه، فالمشهور وهو مذهب ابن القاسم أنه ينظر إلى حال قدومه فإن قدم معسراً صدق مع يمينه ولا يصدق

إن قدم موسراً (خ): وإن تنازعا في عسره في غيبته اعتبر حال قدومه، وهذا من الاستصحاب المعكوس وهو ضعيف عند الأصوليين، وهذا كله في نفقة الزوجة، وأما نفقة الأولاد فتقدم أنه مصدق وإن قدم موسراً، وأما الآبوان فتقدم أيضاً أنه لا يفرض لهما مع جهل حال الغائب أو علم عسره وما في (ز) من أن نفقة الأولاد والأبوين في هذا كالزوجة غير سديد لأن نفقة الأولاد عنده لا يشترط في الرجوع بها علم يسر الأب كما قدمه عند قوله وحلف أنه أنفق ليرجع وهو مصادم لنقل ابن رشد وغيره والله أعلم. وانظر لو أنفق على الولد أجنبي مع علمه بالدار للأب والظاهر أنه لا رجوع لأنه في حكم الفقير فلم يقم عنه بواجب انظر ما تقدم أول الباب.

وَقِيلَ باعْتِبَارِ وَقْتِ السَّفَرِ
وَالحُكْمُ باسْتِصْحَابِ حَالَهِ حَرِي

(وقيل باعتبار وقت السفر والحكم باستصحاب حاله حري) هذا هو مفهوم قوله: وحاله انبهم فحقه أن لا يحكيه بقيل فلو أخره عن البيت بعده وقال عوضاً منه:

وحاله إن علمت وقت السفر
فالحكم باستصحابها دون نظر

لأجاد كما قاله ولده لأن حاله في وقت السفر إذا علمت كان العمل عليها بلا خلاف حتى يثبت ما يخالفها فذكره في تعداد الأقوال التي موضوعها انبهام الحال غير سديد، ثم أشار إلى مقابل المشهور بقوله:

وَقِيلَ بالحَمْلِ عَلَى اليَسَارِ
والقَوْلُ بالتَّصْدِيقِ أيْضاً جَارِي

(وقيل) مبني للمفعول (بالحمل) نائبه (على اليسار) فلا يصدق فيما ادعى أنه كان في مغيبة معدماً وإن قدم معدماً لأن الغالب الملاء ولأن كل عديم ادعى العدم فعليه البينة، وهذا القول لابن الماجشون (والقول) مبتدأ (بالتصديق) يتعلق به (أيضاً) مفعول مطلق (جاري) خبر أي فيصدق في دعواه الإعسار حالة الغيبة سواء قدم موسراً أو معسراً وهو لسحنون وابن كنانة قال في ضيح: ووجه أن الأصل العدم.

فصل فيما يجب للمطلقات وغيرهن من النفقة وما يلحق بها

كالإرضاع وأجرته.

إسْكَانُ مَدْخُولٍ بِهَا إلى انْقِضَا
عِدَّتِهَا مِنَ الطَّلَاقِ مُقْتَضَا

(إسكان) مبتدأ (مدخول) مضاف إليه (بها) يتعلق به (إلى انقضاء عدتها) يتعلق بإسكان (من الطلاق) البائن صفة لعدتها (مقتضى) خبر أي مطلوب بحكم الشرع لقوله تعالى: لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن} (الطلاق:41) الآية لأن السكنى حق لله فليس له ولا لها إسقاطها، ولذا كانت ترجع للسكنى إن خرجت لحجة الضرورة فمات أو طلق على ما هو مبين في (خ) وغيره وقد تساهلت الناس اليوم فصارت المرأة إذا طلقها زوجها أو مات عنها تذهب لأهلها ولا يجبرها الحاكم على البقاء في بيتها إلى انقضاء عدتها، وإذا قضى عليها بالمقام في بيتها لانقضاء عدتها فأرادت أن تسكن معها أمها أو قريبة لها فلها ذلك ولا تترك وحدها ولا مقال لزوجها كما في ابن سلمون وغيره، ومفهوم

قوله مدخول بها أن غيرها لا سكنى لها وهو كذلك إذ لا عدة عليها من الطلاق.
وذَاتُ حَمْلٍ زِيدَتِ الإِنْفَاقَا
لِوَضْعِهَا وَالْكِسْوَةَ اتِّفَاقَا

(وذات حمل) مبتدأ (زيدت) مبني للمفعول ونائبه ضمير المبتدأ (الإنفاقا) مفعول ثان لزيدت (لوضعها) يتعلق بزيدت (والكسوة) معطوف على الإنفاق (اتفاقاً) حال والمعنى أن المطلقة طلاقاً بائناً إذا كانت حاملاً فإنه يزاد لها على السكنى النفقة والكسوة إلى وضع حملها إذ كل حامل لها النفقة والكسوة إلا المتوفى عنها والملاعنة،
وقوله: لوضعها أي ولو وضعته لخمسة أعوام والنفقة بقدر وسعه وحالها كما مر. وكما يأتي في قوله: بحسب الأقوات والأعيان والسعر والزمان والمكان (خ): فيفرض الماء والزيت والحطب والملح واللحم المرة بعد المرة، وانظر نوادر الطلاق والرجعة والعدة من نوازلنا التي جمعناها فإن الكلام فيها أوسع، وأما الكسوة فيفرض لها الدرع أي القميص والخمار أي ما تخمر به رأسها أي ما تغطيه به والإزار وينظر إلى الغالب من مدة الحمل، فإن قيل غالبه تسعة أشهر قيل: وكم ثمن هذه الكسوة وفي كم تبلى؟ فإن قيل تبلى في سنتين قسم ثمنها عليه وكسيت بحسبه انظر ما تقدم عند قوله: ولبس ذات الحمل بالحمل اقترن. كما لو طلقها بقرب وضعها فلها بقدر ذلك من الكسوة ثمناً (خ) وفي الأشهر قيمة منابها.
وما لها إنْ مَاتَ حَمْلٌ مِنْ بقَا
واسْتِثْنْ سُكْنى إنْ يَمُتْ مَنْ طَلَّقَا

(وما) نافية (لها) خبر مقدم والضمير للكسوة وأحرى النفقة (إن مات حمل) شرط وفاعله وجوابه محذوف للدلالة عليه (من بقا مبتدأ جر بمن الزائدة، والمعنى أنه لا بقاء للنفقة والكسوة إن مات الحمل في بطن أمه، واعترفت بموته لأن النفقة إنما كانت لها لأن الولد يتغذى بغذائها فإذا مات لم يبق له غذاء بهذا. أجاب ابن دحون وابن الشقاق وغيرهما، وهو المعتمد كما في الأجهوري وما في زمن أن المعتمد هو استمرار نفقتها ومسكنها إن مات في بطنها إلى وضعها إذ بذلك وقع الحكم من القاضي. ابن محرز. وأفتى به آخرون الخ. معترض، وأما المسكن فيستمر لها وإن مات في بطنها إلى وضعه إذ به تخرج من العدة كما في (ح) عن المشذالي وغيره قائلاً هو صريح القرآن الكريم، وإنما حملنا النظم على ما إذا مات في بطنها ولم تضعه لأنه الذي فيه النزاع وهو المتوهم، وأما إذا مات بعد وضعه أو وضعته ميتاً فقد خرجت من عدتها فلا يتوهم أحد استمرار شيء من النفقة والكسوة والإسكان لها.
(واستثن) أمر (سكنى) مفعوله (إن يمت) شرط (من) فاعله (طلقا) صلة والمعنى أن المطلق إذا مات قبل وضع الحمل، أو قبل انقضاء العدة إن لم تكن حاملاً فإن النفقة والكسوة يسقطان وتبقى السكنى للوضع وانقضاء العدة لأنها حق تعلق بذمته فلا يسقطه الموت كسائر الديون كان المسكن له أم لا. نقد كراء أم لا. ويؤخذ الكراء من رأس ماله بخلاف الرجعية أو التي في العصمة فلا يستمر لها السكنى إن مات إلا إن كان له أو نقد كراءه كما يأتي، وهذا

الشطر كالاستثناء المنقطع لأن المستثنى منه موت الحمل وهذا موت الزوج المطلق، وأيضاً الحكم في المستثنى وهو سقوط النفقة والكسوة وبقاء السكنى هو الحكم في المستثنى منه كما قررنا، فلو قدم هذا الشطر على الذي قبله لكان مستثنى من قوله: زيدت الإنفاق الخ، ويكون الضمير في لها عائداً على النفقة لأنها المحدث عنها والكسوة تابعة لها، ويصح أن يبقى على حاله ويكون مستثنى من مفهوم قوله:

إن مات حمل أي فإن لم يمت فيستمران إلا إن مات المطلق فيسقطان وتبقى السكنى أي: واستثنى السكنى مما إذا لم يمت الحمل ومات المطلق، وإنما سقطت الكسوة والنفقة حينئذ لأن الحمل صار وارثاً ولا نفقة لأمه في ماله أيضاً بل هي التي تنفق على نفسها ولا ترجع بشيء كما في المقصد المحمود وغيره.

وَفِي الْوَفَاةِ تَجِبُ السُكْنى فَقَدْ
في دارِهِ أَوْ ما كِرَاءَهُ نَقَدْ

(وفي الوفاة) يتعلق بقوله (تجب السكنى) فاعل (فقد) اسم فعل بمعنى اكتف ويصح أن يكون بمعنى حسب (في داره) يتعلق بالسكنى (أو ما) موصولة معطوفة على داره واقعة على البيت أو المسكن (كراءه) مفعول بقوله (نقد)، والجملة صلة والرابط الضمير في كراءه، والمعنى أن التي توفي عنها زوجها وهي في عصمته أو رجعية تجب لها السكنى فقط كانت حاملاً أم لا بشرطين. أحدهما: أن يكون قد دخل بها فإن لم يدخل بها أصلاً أو دخل بها وهي غير مطيقة فلا سكنى لها لأن الدخول بغير المطيقة كالعدم إلا أن تكون صغيرة لا يوطأ مثلها وأسكنها معه في حياته ثم مات فلها السكنى حينئذ في العدة. عند ابن القاسم، لأن إسكانها معه بمنزلة دخولها بها. ثانيهما: أن يكون المسكن مملوكاً له أو نقد كراءه قبل موته فإن انقضت مدة النقد قبل انقضاء مدة العدة لم يلزم الوارث سكناها بقية المدة، وظاهره أن لها السكنى فيما نقده كان الكراء وجيبة أي مدة معينة أو مشاهرة ككل شهر أو يوم أو سنة بكذا وهو كذلك، ومفهومه أنه إذا لم ينقد لا سكنى لها وجيبة كان أيضاً أو مشاهرة وهو كذلك على المعتمد، وقيل: لها السكنى في الوجيبة لأنها بمنزلة النقد وإن لم ينقد بالفعل (خ): وللمتوفى عنها السكنى إن دخل والمسكن له أو نقد كراءه لا بلا نقد وهل مطلقاً أو إلا الوجيبة تأويلان اهـ. فقول الناظم: وفي الوفاة هو على حذف مضاف وأل عوض عن الضمير أي وفي عدة وفاته، ولا تجب عدة الوفاة إلا إذا مات عنها وهي في عصمته أو رجعية، وأما إن مات عنها وهي

مطلقة بائنة فعليها عدة الطلاق وتجب لها السكنى مطلقاً كان المسكن له أو نقد كراءه أم لا كما مر.

ولما كانت الحامل قد يطول حملها فتستمر نفقتها وكسوتها وسكناها إن كانت مطلقة أو سكناها فقط إن كانت متوفى عنها احتاج إلى بيان أقصى الحمل فقال:

وَخَمْسَةُ الأَعْوَامِ أَقْصى الحَمْلِ
وَسِتَّةُ الأَشْهُرِ فِي الأقلِّ

(وخمسة الأعوام)) مبتدأ (أقصى الحمل) خبره فإذا مضى للبائن ثلاثة أشهر من طلاقها فقالت إن عدتها لم تنقض وكانت متهمة حلفت سواء كانت محجورة أم لا، لأن الدعوى عليها في بدنها وتمادت على سكناها إلى انقضاء السنة وللزوج إحلافها في كل ثلاثة أشهر فإذا انقضت السنة نظر إليها النساء فإن أحسسن بريبة وشككن هل حركة ما في بطنها حركة ولد أو حركة ريح حلفت أيضاً أن عدتها لم تنقض وتمادت في السكنى إلى انقضاء خمسة أعوام فتنقطع سكناها ويحل لها التزوج، وإن قالت أنا باقية على ريبتي لأن خمسة أعوام أمد ينتهي إليه الحمل على المشهور وحكم المتوفى عنها إذا كان المسكن له أو نقد كراءه حكم هذه ثم إنه لا نفقة للمتوفى عنها ولا كسوة كما مر وكذا البائن في هذا الوجه لأن الحمل لم يثبت، وإنما أحست النساء بالريبة فقط فإن ثبت وشهدت القوابل العارفات بأنهن لمسن بطنها لمساً تاماً شافياً فتحقق أن بها حملاً ظاهراً قد تحرك وفشا الخ. فيزاد لها حينئذ النفقة والكسوة للأمد المذكور، ويجب لها ذلك من أول الحمل كما مرّ فإن انقضى الأمد المذكور والموضوع بحاله من تحقق الولد لم يحل لها التزوج أبداً كما في (ح) عن اللخمي وانظر هل تستمر لها النفقة والكسوة أيضاً وهو الظاهر لقولهم تجب النفقة للحامل ما دام الولد حياً في بطنها أو لا يستمر لها ذلك لطرو الريبة بطول المدة والخروج عن العادة.

تنبيه: نقل ابن سلمون عن الاستغناء أن الزوج إذا خاف أن تجحد مطلقته الحيض لتمام المدة وكانت ممن تتهم فله أن يجعل معها امرأة صالحة تترقب ذلك منها وتتعرف أحوالها ويعمل على قولها اهـ.
قلت: وهذا ظاهر ولو على القول المعمول به من أنها لا تصدق في انقضاء عدتها في أقل من ثلاثة أشهر، لأن هذا القول يقول لا تصدق في الانقضاء في أقل من المدة المذكورة، وأما إذا قالت لم تنقض فهي مصدقة عنده وعند غيره ولكنها تحلف كما مر.
(وستة الأشهر) مبتدأ (في الأقل) خبره يعني أن أقل الحمل ستة أشهر بإجماع العلماء لقوله تعالى: وحمله وفصاله ثلاثون شهراً} (الأحقاف:51) مع قوله تعالى: والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين} (البقرة:233) وقال أيضاً: وفصاله في عامين} (لقمان:14) فإذا سقطت مدة الفصال التي في الآيتين الأخيرتين من الثلاثين بقي للحمل ستة أشهر، فإذا ولدت المرأة لأقل من ستة أشهر من يوم العقد لم يلحق بالزوج وانتفى عنه بغير لعان كما تقدم في باب اللعان.

وَحَالُ ذَاتِ طَلْقَةٍ رَجْعِيَّهْ
فِي عِدَّةٍ كَحَالَةِ الزَّوْجَيَّهْ

(وحال ذات) مبتدأ (طلقة) مضاف بعد مضاف (رجعية) نعت لطلقة (في عدة) يتعلق بحال (كحالة الزوجية) خبر.

مِنْ وَاجِبٍ عَلَيْهِ كالإنْفَاقِ
إلاَّ فِي الاَسْتِمْتاعِ بالإطْلاَقِ

(من واجب) من بمعنى في تتعلق بالاستقرار في الخبر (عليه) يتعلق بواجب (كالإنفاق) خبر لمبتدأ محذوف (إلا) استثناء من عموم كحالة الزوجية (في الاستمتاع) يتعلق بما تعلقت به من الظرفية المتقدمة (بالإطلاق) حال من الاستمتاع، والمعنى أن حال الرجعية وقت عدتها كحال الزوجة التي في العصمة في وجوب النفقة لها وجواز إرداف الطلاق عليها ولزوم الظهار والإيلاء منها وثبوت الميراث وانتقالها لعدة الوفاة في موته عنها وغير ذلك من الأحكام إلا في الاستمتاع بها ولو بنظرة لذة،فإنه يحرم ولا تكون فيه كالزوجة حتى يرتجعها بنية، قال ابن الحاجب: ولو قال نسائي طوالق اندرجت الرجعية (خ): والرجعية كالزوجة إلا في تحريم الاستمتاع والدخول عليها والأكل معها.5

وَحَيْثُ لاَ عِدَّةَ لِلْمُطَلَّقَهْ
فَلَيْسَ مِنْ سُكْنى وَلا مِنْ نَفَقَهْ

(وحيث) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه (لا) نافية للجنس (عدة) اسمها (للمطلقة) خبرها، والجملة في محل جر بإضافة حيث إليها (فليس) جواب الشرط (من سكنى) اسمها جر بمن الزائدة (ولا من نفقة) معطوف على ما قبله وخبرها محذوف للعلم به تقديره لها على الزوج، والمعنى أن المطلقة إذا كانت لا عدة عليها لكونها طلقت قبل البناء أو كانت غير مطيقة وإن وطئت بالفعل لأن وطء غير المطيقة كالعدم أو كان الزوج مجبوباً فإنه لا نفقة لها ولا كسوة ولا سكنى وقد بانت وحلت للأزواج من حينها.

والحاصل أنه كلما انتفت العدة انتفى لازمها من السكنى والنفقة ولا عكس، لأنه إذا وجبت العدة فقد ثبتت النفقة والسكنى كما إذا كانت المطلقة حاملاً أو رجعية وقد ينتفيان كما إذا لم تعلم خلوة بينهما وادعت المسيس أو علمت في زيارته لها فعليها العدة لإقرارها بسببها في الأولى ولعلم الخلوة في الثانية وإن لم تقر بالوطء. (خ): تعتد حرة بخلوة بالغ ولا نفقة لها ولا سكنى لأنها مطلقة قبل البناء على زعمه فهي بائن غير حامل، فإن ظهر بها حمل والموضوع بحاله فإن لاعن فيه فلا شيء لها، وإلا فلها النفقة والسكنى كما مر ما لم تضعه لأقل من ستة من يوم العقد وإلا انتفى بغير لعان كما مر.

وَلَيْسَ لِلرَّضِيعِ سُكْنَى بِالْقَضَا
عَلَى أَبِيهِ وَالرَّضَاعُ مَا انْقَضَى

(وليس للرضيع سكنى) اسم ليس خبرها في المجرور قبله (بالقضا على أبيه) يتعلقان بالاستقرار في الخبر (والرضاع) مبتدأ (ما) نافية (انقضى) خبر والجملة حالية مقرونة بالواو يريد أن من طلق زوجته وله معها ولد رضيع، فإنه لا سكنى للرضيع على أبيه لأن مسكنه في مدة الرضاع هو حجر أمه في الغالب قاله ابن عات وغيره. نعم على أبيه نفقته إن كان يأكل مع الرضاع وفهم من قوله والرضاع ما انقضى الخ. أنه إذا انقضت له مدة الرضاع تكون له السكنى على أبيه وهو كذلك على أحد قولين، وبه العمل فيلزم الأب حظه من كراء البيت (خ) وللحاضنة قبض نفقته والسكنى بالاجتهاد ويكون عليه أيضاً إخدامه بعد تمام الرضاع إذا كان حاله يتسع لذلك كما في ابن سلمون قال: ولا خدمة للحامل ولا للرضيع على زوجها وإن كانت مخدمة قبل الطلاق على ما به العمل إلا أن المرضع يزاد لها ما تتقوى به في الأجرة بسبب اشتغالها بالولد اهـ (خ) وتزاد المرضع ما تقوى به.

وَمُرْضَعُ لَيْسَ بِذِي مَالٍ عَلَى
وَالِدِهِ مَا يَسْتَحِقُّ جُعِلاَ

(ومرضع) بفتح الضاد اسم مفعول مبتدأ (ليس) اسمها ضمير المبتدأ (بذي مال) خبرها جر بالباء الزائدة، والجملة صفة للمبتدأ (على والده) يتعلق بجعلا آخر البيت (ما) مبتدأ ثان (يستحق) صلة والرابط محذوف (جعلا) بالبناء للمفعول خبر ما وما وخبرها خبر الأول، والمعنى أن الرضيع الذي لا مال له يكون جميع ما يحتاج إليه من أجرة الرضاع وغيرها على أبيه الغني، وفهم من قوله: ليس بذي مال الخ. أن مال الابن يقدم على مال الأب ولو في حياته، وهو كذلك على الراجح من إحدى الطريقتين لأن أجرة الرضاع كالنفقة يبدأ فيها بمال الابن وسيصرح بهذا في قوله: ومن له مال ففيه الفرض حق. وكلام الناظم فيما إذا كانت أمه في العصمة أو رجعية بدليل ما بعده، لكنه أطلق فيشمل علية القدر والتي لا لبن لها لمرض ونحوه وغيرهما مع أن الحكم المذكور خاص بعلية القدر والتي لا لبن لها. وأما غيرهما ولو رجعية فيجب عليها إرضاع ولدها بلا أجر (خ): وعلى الأم المتزوجة إرضاع ولدها بلا أجر إلا لعلو قدر كالبائن الخ فلو زاد الناظم بيتين فقال مثلاً:

إن ذات قدر هي أو مريضه
وغيرها ترضعه فريضه
واستأجرت من مالها إن أعدما
أب وكان درها قد عدما

لوفى بالمراد والدر اللبن، وبالجملة فعلية القدر التي مثلها لا يرضع ولده لعلم أو سرف أو صلاح أو جاه لا يلزمها إرضاع ولدها فإن أرضعته ولو قبل غيرها كانت لها أجرة الرضاع في مال الولد إن كان له مال فإن لم يكن له مال ففي مال الأب فإن لم يكن لهما مال لزمها إرضاعه مجاناً، وإن لم يكن لها لبن استأجرت من يرضعه من مالها، وأما غير علية القدر التي لا لبن لها فإن الأب يستأجر من يرضعه من ماله فإن لم يكن له مال استأجرت من يرضعه من مالها أيضاً.

وَمَعْ طلاقٍ أُجْرَةُ الإرْضَاعِ
إلى تَمَامِ مُدَّةِ الرَّضَاعِ

(ومع طلاق) يتعلق بالاستقرار في الخبر المحذوف. (أجرة الإرضاع) مبتدأ خبره محذوف للعلم به أي وأجرة الرضاع واجبة لها عليه مع طلاقها البائن (إلى تمام مدة الرضاع) وهو الحولان وحذف الناظم نعت طلاق كما ترى وهو وارد في التنزيل كقوله تعالى: إنه ليس من أهلك} (هود:46) أي الناجين، وقوله: الآن جئت بالحق} (البقرة:71) أي البين ومن قوله مع طلاق يفهم أن البيت الذي قبله إنما هو في التي في العصمة أو من في حكمها وهي الرجعية كما مر فإن لم ترض هذه البائن بما فرض لها كان للأب أخذه ويدفعه لمن يرضعه، فإن لم يقبل غيرها كان عليها إرضاعه بما فرض لها بالقضاء فإن كان الأب معسراً لا يقدر على أجرة كان عليها إرضاعه مجاناً أو بما يقدر عليه واستأجرت من مالها إن لم يكن لها لبن كما مر، وإذا وجد الأب من يرضعه

مجاناً أو بأقل من الأجرة المفروضة فلا ينزعه منها ويلزمه لها أجرة المثل كما أشار له (خ) بقوله ولها إن قبل غيرها أجرة المثل ولو وجد من ترضعه عندها مجاناً على الأرجح في التأويل.

وَبَعْدَهَا يَبْقَى الَّذِي يَخْتَصُّ بِهْ
حَتَّى يُرَى سُقُوطُهُ بِمُوجِبِهْ

(وبعدها) يتعلق بقوله (يبقى) والضمير المؤنث لمدة الرضاع (الذي) فاعل ببيقى (يختص به) صلة والرابط هو الضمير الفاعل بيختص وضمير به للولد (حتى) جارة بمعنى إلى وأن مقدرة بعدها (يرى) بالبناء للمفعول منصوب بأن المقدرة (سقوطها) نائب الفاعل (بموجبه) يتعلق بسقوط، وأن وما دخلت عليه تسبك بمصدر مجرور بحتى يتعلق بيبقى، والمعنى أنه يبقى الذي يختص بالولد بعد مدة الرضاع من نفقة وكسوة وسكنى لازماً لأبيه إلى رؤية سقوطه عنه بموجبه وهو بلوغ الذكر عاقلاً قادراً على الكسب ودخول الزوج بالأنثى كما مرّ في قوله:

ففي الذكور للبلوغ يتصل
وفي الإناث بالدخول ينفصل

تنبيه: إذا طلق وادعى العسر بنفقة الولد أو أجرة رضاعه، فإن دعواه لا تقبل ولو أثبتها لأنه قبل الطلاق كان ينفق عليها وعليه واليوم عليه فقط، فهي أخف، اللهم إلا أن يثبت بالبينة أن حالته تغيرت عما كان عليه قبل الطلاق فيحلف حينئذ أنه ما كتم شيئاً ولا يستطيع من النفقة شيئاً ثم يكون رضاعه على الأم ونفقته على المسلمين أو بيت المال قال معناه اللخمي.

وَإِنْ تَكُنْ مَعْ ذَاكَ ذَاتَ حَمْلِ
زِيدَتْ لهَا نَفَقَةٌ بالْعَدْلِ

(وإن تكن) شرط واسمها ضمير المطلقة (مع ذاك) يتعلق بتكن والإشارة إلى كونها مرضعاً (ذات حمل) خبر تكن (زيدت) بالبناء للمفعول (لها) يتعلق به (نفقة) نائب الفاعل (بالعدل).

بَعْدَ ثُبُوتِهِ وَحَيْثُ بالْقَضَا
تُؤْخَذُ وَانَفَشَّ فَمِنْهَا تُقْتَضَى

(بعد ثبوته) يتعلقان بزيدت أيضاً، والمعنى أن المطلقة إذا كانت ذات حمل مع كونها مرضعاً فإنه يزاد لها نفقة الحمل والسكنى على أجرة الرضاع لقوله تعالى: فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن} (الطلاق:6) الآية
وقوله: وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن} (الطلاق:6) وليس واجب الإرضاع مسقطاً ما يجب لها لأجل الحمل (ح): وإن كانت مرضعة فلها نفقة الرضاع أيضاً ثم هذه النفقة التي تزاد لها تكون بالعدل بقدر وسعه وحالها والبلد والسعر، وإنما تزاد لها نفقة الحمل بعد ثبوته بشهادة القوابل إنهن لمسن بطنها لمساً تاماً شافياً فتحققن أن بها حملاً ظاهراً قد تحرك وفشا الخ. فإن سقط من شهادتهن قد تحرك لم يعمل بها لقول ابن رشد المشهور في المذهب أن يحكم للحمل بحركته في وجوب النفقة واللعان عليه، وفي كون الأمة حرة به اهـ. وقال أيضاً: لا يتبين الحمل في أقل من ثلاثة أشهر

ولا يتحرك تحركاً بيناً يصح القطع به على حركته في أقل من أربعة أشهر وعشر اهـ. فإذا شهدن أنه يتحرك وهو من شهرين أو ثلاثة من يوم حاضت أو ولدت لم يعمل بها أيضاً، وإذا وجبت لها النفقة بحركته فتحاسبه بما مضى من أربعة أشهر من طلاقها. (وحيث) ظرف مضمن معنى الشرط خافض لشرطه منصوب بجوابه (بالقضا)ء يتعلق بقوله: (تؤخذ) ونائبه ضميرالنفقة، والجملة في محل جر بإضافة حيث (وانفش) معطوف على تؤخذ وفاعله ضمير الحمل (فمنها) يتعلق بقوله (تقتضى) بالبناء للمفعول ونائبه ضمير النفقة والجملة جواب حيث والفاء رابطة.

وَإِنْ يَكُنْ دَفْعٌ بِلا سُلْطَانِ
فَفِي رُجُوعِهِ به قَوْلاَنِ

(وإن يكن) شرط (دفع) اسمها (بلا سلطان) خبرها (ففي رجوعه به) خبر (قولان) مبتدأ والجملة جواب الشرط، والمعنى أن الحامل إذا ثبت حملها وأخذت النفقة بحكم الحاكم ثم بعد ذلك أنفش حملها، وتبين أنه لا حمل بها، وإنما هو ريح أنفش فإن النفقة التي أخذت تقتضي منها أي تؤخذ منها كلها، وكذا الكسوة ولو بعد أشهر وإن كانت النفقة دفعت لها بغير حاكم وهو مراده بقوله بلا سلطان، وأنفش الحمل كما هو الموضوع فهل يرجع الزوج بها أم لا؟ قولان في المذهب، والمشهور منهما الأول كما هو ظاهر قول (خ) وردت النفقة كانفشاش الحمل الحمل الخ، وظاهره أيضاً أنفق عليها بعد ظهوره وثبوته أو قبلهما، وهو كذلك كما لشراحه. ومفهوم قول الناظم: أنفش أنه إذا لم ينفش بل ولدته ومات أو أسقطته ميتاً فلا رجوع عليها بشيء، وهو كذلك، وإذا تنازعت مع الزوج فادعت أنها أسقطته وادعى هو أنه ريح أنفش، فالقول قولها ولو لم يوجد له أثر بلا يمين كما أشار له (خ) أيضاً بقوله وصدقت في انقضاء عدة الإقراء والوضع بلا يمين.

وَمَنْ لهُ مَالٌ فَفِيهِ الْفَرْضُ حَقْ
وَعَنْ أبٍ يَسْقُطُ كلُّ مَا اسَتَحَقْ

(ومن) مبتدأ موصول واقع على الولد الصغير (له مال) مبتدأ وخبر صلته (ففيه) يتعلق بحق آخر البيت (الفرض) مبتدأ (حق) بضم الحاء فعل ماض ونائبه ضمير الفرض، والجملة خبر عن الفرض، والجملة من هذا المبتدأ وخبره خبر الموصول ودخلت الفاء في خبره لشبه الموصول بالشرط في العموم والإبهام (وعن أب) يتعلق بقوله (يسقط كل) فعل وفاعل (ما) مضاف إليه موصول وصلته جملة (استحق) بالبناء للفاعل وفاعله ضمير من والرابط محذوف، والمعنى أن كل ولد صغير كان له مال ورثه من أمه أو تصدق به عليه ونحو ذلك فإن لأبيه أن يفرض نفقته وكسوته وأجرة رضاعه فيه وسواء كان المال عيناً أو عرضاً، ويرجع الأب بما أنفق عليه من ماله الخاص به إن كان مال الابن عرضاً فقط، وجرت عادة البلد برجوع الآباء على الأبناء كما مرّ عند قوله: ومنفق على صغير مطلقاً إلى آخر الأبيات، وإذا أنفق عليه في ختنه وعرسه وعيده فلا يلزمه إلا ما كان معروفاً لا ما كان سرفاً (خ): والنفقة على الطفل بالمعروف، وفي ختنه وعرسه وعيده. ابن القاسم: ما أنفقه على اللعابين في عرسه

ونحوه لا يلزم الولد.
وكُلُّ مَا يَرْجِعُ لافْتِرَاضِ
مُوَكَّلٌ إلى اجْتِهَادِ القَاضِي
(وكل) مبتدأ (ما) مضاف إليه (يرجع) صلة والرابط الفاعل بيرجع (لافتراض) يتعلق به (موكل) بفتح الكاف خبر (إلى اجتهاد القاضي) يتعلق بالخبر المذكور.
بِحَسَبِ الأَقْوَاتِ والأَعْيَانِ
وَالسِّعْرِ وَالزّمَانِ وَالمَكَانِ

(بحسب) حال من اجتهاد أو يتعلق بمحذوف أي فيجتهد بحسب إلى آخره، والمعنى أن كل ما يفرض ويقدر من نفقة وكسوة وإسكان وإخدام فهو موكل إلى اجتهاد القاضي حال كون اجتهاده كائناً بحسب جنس (الأقوات) المعتاد أكلها في البلد من قمح أو شعير أو أرز أو ذرة وغير ذلك (و) بحسب (الأعيان) المفروض لها وعليها من غنى وغيره، فلا يلزم الموسر أن ينفق على الفقيرة كنفقته على الغنية ولا يكتفي من غير متسع الحال في إنفاقه على الغنية بما يكفيه في الفقيرة.

واعلم أن الأعيان أربعة: غني ومتوسط ومقل وعديم، ولكن فرض عامة الناس عندنا بفاس حرسها الله كما في الشيخ (م): وهو الذي رأيت عملهم اليوم عليه فرض الإقلال كان الزوج رفيعاً أو وضيعاً ولو كان تاجراً إلا إذا أثبت عدمه فيفرض عليه فرض العديم ولا تطلق عليه كما قال (خ) لا أن قدر على القوت وما يواري العورة وأن غنية أي فلا تطلق عليه قال ابن سلمون: فإن ادعى أنه معسر فلا يفرض عليه فرض المعسر حتى يثبت هذا الرسم الذي نصه يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه ضعيف الحال بادي الإقلال مقدوراً عليه في رزقه وحاله متصلاً على ذلك حتى الآن وبذلك قيدوا شهادتهم في كذا، فإذا ثبت هذا العقد سقط عنه الإنفاق الذي يلزم الموسر، وكان عليه غليظ الثياب والقوت من الدقيق أو الخبز إن كان لا يستطيع الدقيق وسقط عنه الإدام ويدفع ذلك بالشهر أو بالجمعة أو باليوم اهـ. فإن ادعى العجز حتى عن الدقيق والخبز يعني بغير إدام فإنها تطلق عليه كما يأتي في الفصل بعده، فإذا علمت هذا فالمتوسط عندنا بفاس هو المقل، ولذا حمل عامة الناس عليه عندنا والعديم قسمان عديم لا يقدر على شيء من النفقة بحال وعديم يقدر على القوت بغير أدام وما يواري العورة من غليظ الثياب فلا تطلق عليه (و) بحسب (السعر) فيوسع في الرخاء دون الغلاء (و)بحسب (الزمان) فليس زمان الشتاء كالصيف (و)بحسب (المكان) إن كان أكل أهل بلدها الشعير ونحوه أكلته وأمر الإدام كذلك فيفرض الماء والزيت والحطب والملح واللحم المرة بعد المرة لمتسع ومرة في كل جمعة لمتوسط ولا يفرض عسل ولا سمن ولا فاكهة إلا أن يكون السمن إداماً لأهل بلدها كما عندنا بفاس فيفرض، وأما أهل البادية فينقص لهم الوقود والصابون والزيت وما عداه يلزمهم. ابن الفخار: يلزم المليء في نفقة زوجته مدان في كل يوم بمده عليه الصلاة والسلام والمتوسط يلزمه مد ونصف اهـ. ابن الحاجب: وقدر مالك المد في اليوم وقدر ابن القاسم ويبتين ونصفاً في الشهر إلى

ثلاثة لأن مالكاً بالمدينة وابن القاسم بمصر، ضيح: المراد بالمد هنا الهاشمي وهو المنسوب إلى هاشم بن إسماعيل المخزومي وكان أميراً بالمدينة في خلافة هشام بن عبد الملك وقدره مد وثلثان بمده {صلى الله عليه وسلم}، والويبة اثنان وعشرون مداً بمده {صلى الله عليه وسلم} اهـ. وما تقدم في قدر المد الهاشمي هو المشهور، وقيل هو مد وثلث وقيل مدان حكى هذه الأقوال ابن الحاجب، وأمر الكسوة يعتبر فيه ما تقدم في النفقة من الأعيان والسعر والزمان والمكان فإن كانت حديثة عهد بالبناء فليس عليه سوى شورتها التي تجهزت بها إليه من ملبس وغطاء ووطاء، وإن لم يكن في صداقها ما تتشور به أو لقلته أو بعد عهدها بالبناء حتى خلقت شورتها فعليه كسوتها يفرض لها في الصيف ما يليق به، وفي الشتاء ما يليق به وليس المراد أن يكسوها في كل صيف وشتاء بل حتى تخلق كسوة كل منهما ابن سلمون قال بعض المفتين: إن كان الصداق واسعاً فلا كسوة لها عليه قبل العام، وإن كان ضيقاً فعليه الكسوة معنى طلبتها اهـ.
قلت: الظاهر أن المعتمد هو الأول وإن ذلك لا يضبط بعام ولا بغيره وإنما المدار على اختلاف شورتها، ثم إن الحاكم مخير إن شاء أخذ الزوج بما يفرض عليه بعينه، وإن شاء آخذه بثمنه (خ): ويجوز إعطاء الثمن عما لزمه لزوجته من الأعيان المفروضة. ابن بشير: لو أراد الزوج أن يدفع إلى المرأة ما فرض لها وطلبت هي ثمنه لكان لها ذلك اهـ. والعادة عندنا بفاس أن تفرض الأثمان إلا الطعام فيفرض بعينه، وإذا فرضت الأعيان وقبضتها فإنها تدخل في ضمانها بالقبض (خ) وضمنت بالقبض كنفقة الولد إلا لبينة الخ. وللقاضي العدل سيدي محمد بن سودة رحمه الله نظم فيما يفرض رأيت إثباته هنا زيادة للإيضاح، وإن كان فيه مخالفة لبعض ما تقدم ونصه:

وفرض بالغ ومن قد رهقا
من الرجال والنسا توافقا
فقوت الإقلال بنصف شهر
خمسة آصع دقيقاً فادر
ونصف رطل من نقي سمن
ومثله زيتاً عليه فأبن
كذا من الشحم أو الخليع

نصيف رطل فاصغ للتوزيع
واللحم نصف ربع وحنا
ثمن رطل ربع رطل جبنا
لبانه أو ضعفه زيتونا
ونصف رطل للنقا صابونا
أوقية سكية لصرف ما
يفرض من ملح ولحم لزما
وزينة مثل سواك كحل
مشط وغاسول ودهن بقل
وزد أكولة ومرضعاً على

مقدار خمسة لها وكملا
وإن تشأ أثمان كل المآكل
وضف إليها الصرف ثم أجمل
وذا به العمل في ذا العصر
في فرض نائب قضاة المصر
والخادم البالغ في ذا الجنس
لولد أو والد أو عرس
قدر من الأربعة الأخماس
من فرض بالغ بلا التباس

فصل في الطلاق بالإعسار بالنفقة وما يلحق بها

من الإعسار بالصداق والإخدام.
الزَّوْجُ إنْ عَجَزَ عَنْ إنْفَاقِ
لأَجْلِ شَهْرَيْنِ ذُو اسْتِحْقَاقِ
(الزوج) مبتدأ (إن عجز) بفتح الجيم وكسرها كما في القاموس شرط حذف جوابه للدلالة عليه (عن إنفاق) يتعلق به (لأجل) يتعلق باستحقاق (شهرين) بدل (ذو استحقاق) خبر المبتدأ، والمعنى أن الزوج إذا عجز عن نفقة زوجته بعد أن دخل بها أو بعد أن دعي إلى البناء أي عجز عن القوت أو ما يواري العورة كما مرّ في البيت قبل الفصل وكما يأتي فإنه يؤجل شهرين.
بعْدَهُمَا الطَّلاَقُ لا مِنْ فِعْلِهِ
وَعَاجِزٌ عَنْ كِسْوَةٍ كَمِثْلِهِ
(بعدهما) خبر عن قوله (الطلاق لا) عاطفة على محذوف أي من فعل الحاكم لا (من فعله) أي الزوج وهذا إذا امتنع الزوج من الطلاق، فحينئذ يطلق الحاكم عليه أو يأمرها به فتوقعه كما مرّ في الضرر والعيوب وكما يأتي قريباً في قوله وباختيارها يقع. (وعاجز عن كسوة) مبتدأ سوغه عمله في المجرور (كمثله) خبره أي كمثل العاجز عن الإنفاق في التأجيل المذكور فإذا قدر على القوت وعجز عما يواري العورة فيؤجل الأجل المذكور فإن أتى بما يواريها فذاك وإلاَّ أمر بطلاقها، فإن أبى طلقها الحاكم أو أمرها به فتوقعه كما مر.

ولما كان الأجل المذكور غير محتم بحيث لا يعدل عنه بل هو من جملة الآجال التي هي موكولة لاجتهاد الحكام فيوسعونها على من يرجى يسره ولا يوسعونها على من لا يرجى منه ذلك وعلى ما يرونه من حاجة صبر المرأة وعدم صبرها قال:
وَلاجْتِهَادِ الحَاكِمِينَ يُجْعَلُ
في العَجْزِ عَنْ هاذَا وَهاذَا الأَجَلُ
(ولاجتهاد الحاكمين يجعل في العجز عن هذا) أي الإنفاق (وهذا) اللباس المعبر عنه بالكسوة (الأجل) نائب فاعل يجعل والمجروران يتعلقان به والإشارة الأولى للإنفاق والثانية للكسوة وذكره باعتبار اللباس.
وَذَاكَ مِنْ بَعْدِ ثُبُوتِ مَا يَجِبْ
كَمثلِ عِصْمَةٍ وَحالِ مَنْ طُلِبْ

(وذاك) مبتدأ والإشارة إلى ما ذكر من التطليق والتأجيل (من بعد ثبوت ما يجب) خبره وفاعل يجب ضمير يعود على ما وهو على حذف مضاف أي من بعد ثبوت ما يجب ثبوته (كمثل) اتصال (عصمة) بين الزوجين (و) مثل (حال من) أي الزوج الذي (طلب) بالنفقة والكسوة من ثبوت عسره بهما وحلفه أنه لا مال له، وأنه لا يقدر على ما فرض عليه، فحينئذ يؤجل ثم تطلق عليه بعده فقول الناظم: الزوج إن عجز الخ.h أي ادعى العجز فإن وافقته المرأة فلا يحتاج إلى ثبوته بالبينة وإن كذبته فلا بد من ثبوته بها، وظاهره أنه إذا ادعاه لا يسجن ولا يؤاخذ بضامن حتى يثبته إذ لا يكلف بضامن إلا لو كان يسجن إذا عجز عنه وهو كذلك (خ): فيأمره الحاكم إن لم يثبت عسره بالنفقة والكسوة أو الطلاق. وإلا بأن ثبت أي بالبينة أو بإقرارهما تلوم له بالاجتهاد، وزيد إن مرض أو سجن ثم طلق عليه وإن غائباً أو وجد ما يمسك الحياة اهـ. وفي البرزلي ولا يحبس في نفقة زوجته ويجبر بين النفقة أو التطليق وإن ثبت عدمه ضرب له السلطان أجل شهرين فإن لم يوسر طلقت عليه وتكون معه في خلل التأجيل، وإذا علم له مال وظهر لدده سجنه السلطان في أمر الزوجة والأولاد ولو طلبته بنفقة أنفقتها على نفسها فيما مضى لوجب سجنه لها لأنها دين تحاص به الغرماء وتسقط بها الزكاة، وفي المستقبل لا تسقط يعني ولا تطلق بعجزه عن النفقة الماضية (خ): ولها الفسخ إن عجز عن نفقة حاضرة لا ماضية الخ. وقال: أعني البرزلي قبيل ما مرّ عنه سئل ابن الحاج عن المليء إذا قال: لا أنفق على زوجتي هل تطلق عليه؟ فأجاب: ينفق عليها من ماله حتى يطلقها ويحتمل أن يقال له أنفق فإن قال لا قيل له طلق فإن أبى طلق عليه. البرزلي: وحكى عياض عن المبسوطة فيمن له مال ظاهر وهو حاضر أيؤخذ من أمواله فيدفع لها النفقة؟ قال: بل يفرض لها عليه ويأمره بالدفع لها فإن فعل فذاك وإلاَّ وقف فإما أنفق أو طلق عليه. وفي الواضحة إن لم يكن له مال ظاهر وعرف ملاؤه

فرض عليه، وإن عرف عدمه لم يفرض عليه وهي مخيرة في الصبر بلا نفقة أو تطلق نفسها عليه، وكذلك إذا جهل حاله، وفي المدونة احتمال القولين اهـ. أي احتمال القولين اللذين أشار لهما ابن الحاجب من أنه يؤخذ من ماله وينفق عليها منه حتى يطلقها أو يقال له أنفق الخ. والظاهر أنه إذا قال: أنا أنفق فإنه يؤاخذ بالضامن لأنه حينئذ بمنزلة من اعترف بأنه مليء بها قادر عليها وذلك بمنزلة من له مال وهو ظاهر، وفي ابن سلمون فإن ادعى العجز عن النفقة وكذلك عن القوت وعن ما يواري العورة من الكسوة وادعى العدم فلا يحبس حتى تقوم عليه شبهة يظهر بها لدده وعليه إثبات ذلك إن كذبته المرأة، فإذا أثبت ذلك حلف أنه لا مال له، وأن الذي يفرض عليه لا يقدر عليه فإذا حلف أجل في الكسوة إن قدر على النفقة دون الكسوة وفرق بينهما بعد الشهرين ونحوهما، وإن لم يقدر على واحد منهما فلا يؤجل إلا دون ذلك وذلك إلى اجتهاد الحاكم، وإذا أثبت ذلك أو أقر بالعجز ووافقته الزوجة أجله الحاكم في الإنفاق عليها الشهر ونحوه، وتكون معه في خلل التأجيل ولا يتبعه بنفقة زمن الإعسار، وإن علم له مال وظهر لدده كان للسلطان أن يسجنه اهـ.
فرع: تقدم عن البرزلي أنه إذا كان له مال ظاهر سجن في نفقة الزوجة وفي نفقة أولاده، وأما إذا عجز عن نفقة الأولاد دون الزوجة فإن الزوجة لا تطلق عليه بعسره عن نفقة صغار الأولاد كما في ابن سلمون وغيره، وتكون نفقة

الصغار حينئذ في بيت مال المسلمين أو على جميعهم.
وَوَاحِدٌ نَفَقَةً وَمَا ابْتَنَى
وَعَنْ صَدَاقٍ عَجْزُهُ تَبَيَّنَا
(وواجد) مبتدأ (نفقة) مفعوله (وما ابتنى) جملة حالية (وعن صداق) يتعلق بقوله (عجزه) وجملة (تبينا) خبر عجزه، والجملة من المبتدأ والخبر معطوفة على الجملة الحالية قبلها (تأجيله).
تَأْجِيلُهُ عَامَانِ وَابْنُ الْقَاسِمِ
يَجْعَلُ ذَاكَ لاَجْتِهَادِ الحَاكِمِ

مبتدأ ثان (عامان) خبره والجملة خبر واحد (وابن القاسم) مبتدأ خبره (يجعل ذاك لاجتهاد الحاكم) ومعناه أن من قدر على إجراء نفقة زوجته التي لم يدخل بها حين دعته إليه فطالبته بالصداق، فأثبت عجزه عنه بالبينة أو بإقرار الزوجة وأبى الطلاق وسأل التأخير لتحصيله، فإنه يؤجل لذلك سنتين على ما لمالك في المختصر، وعن ابن القاسم أن ذلك موكول لاجتهاد الحاكم، وعليه اقتصر (خ) حيث قال: وإن لم يجده أي الصداق أجل لإثبات عسرته به ثلاثة أسابيع، ثم إذا أثبتها تلوم بالنظر وعمل بسنة وشهر، ثم طلق عليه ووجب نصفه اهـ.
فقوله: وعمل بسنة وشهر جزئي من جزئيات قوله: ثم تلوم بالنظر أي: ومن النظر أن القضاة والموثقين تلوموا بسنة وشهر وفيهم إسوة لمن اقتدى بهم فلو قال الناظم:
وعاجز عن مهرها قبل البنا
تأجيله عام وشهر عينا
إن كان منفقاً بذا التأجيل
وغيره طلق بلا تعجيل
ونصفه وجب بالطلاق
تتبعه به لدى الحذاق

وظاهره أنه يؤجل بما ذكر كان ممن يرجى يسره أم لا، وهو كذلك على الصحيح (خ) وفي التلوم لمن لا يرجى وصحح أو لا يتلوم لمن لا يرجى تأويلان، ومفهوم تبينا أنه إذا لم يتبين عجزه، ولكن ادعاه فقط فإنه يؤجل لإثباته وبيانه بثلاثة أسابيع كما مر عن (خ) لكن إذا أجل لإثباته فلا بد من حميل بالوجه خشية تغيبه وإن لم يأت به سجن كسائر الديون بخلاف النفقة فلا يسجن فيها كما مر فوق هذين البيتين ثم إذا انقضت ثلاثة أسابيع ولم يثبته وطلبت الزيادة فلا يسجن إن استمر الحميل على الحمالة، وإلا سجن، ثم أخرج المجهول إن طال حبسه كالدين فإن أثبت العدم ابتداء أو بعد التأجيل بثلاثة أسابيع تلوم له بسنة وشهر على ما به العمل أو بالعامين على ما صدر به الناظم بغير حميل، لأنه ثبت عدمه فلا معنى لتكليفه بالحميل حينئذ خلافاً للزرقاني، فإن هرب طلقها الحاكم عليه عند انقضاء أجل التلوم، وهذا كله في المجهول كما أفهمه قوله: تبينا أي تبين عجزه بالبينة العادلة لا بغيرها، فعن ابن أبي زيد في رجل طولب بصداق امرأته فأتى بشهود منهم من يتوسم فيه الخير شهدوا بفقره ولم يجد غيرهم فقال: لا يقضي في عدالة الشهود بمثل هذا التوسم، ولكنه يكون حبسه

بمقدار قوة الظن بتصديق الشهود وضعفه اهـ. وأما إن كان معلوم الملاء وله مال ظاهر فإن المهر يؤخذ منه ويؤمر بالبناء من غير تأجيل كما يفيده (ح). وصدر به الشارح خلافاً لما ذكره في آخر تقريره من أن معلوم الملاء يؤديه أو تطلق عليه، وأما ظاهر الملاء فإنه يحبس إلا أن يأتي ببينة تشهد بعسره حيث لم تطل المدة بحيث يحصل الإضرار لها بذلك، وإلاَّ طلقت نفسها، وأما من غلب على الظن عسره كالبقال ونحوه فلا يؤجل لإثباته كما في الشارح، وفي التلوم له التأويلان المتقدمان، ومفهوم واجد نفقة أنه إذا لم يجدها فلا يؤجل بالعامين ولا بغيرهما، ولها أن تطلق نفسها من حينها وهو كذلك على الراجح، وعن ابن حبيب إذا لم يجد النفقة أجل من

الأشهر إلى السنة، ومفهوم وما ابتنى الخ أنه إذا بنى بها لا تطلق بعسره عن الصداق (خ): ولها منع نفسها وأن معيبة من الدخول والوطء بعده إلى تسليم ما حل من الصداق لا بعد الوطء إلا أن يستحق الخ فما في (ز) وتبعه (ت) من نسبة ذلك ل(تت) غفلة ظاهرة عما في المصنف.
تنبيه: فإن طلق الحاكم عليه قبل التلوم له بسنة وشهر أو بالعامين فينظر فإن كان ممن يرجى يسره وحصل له اليسر بالفعل في مدة التلوم على تقدير أن لو تلوم له فلا يمضي طلاقه لأنه وقع في غير محله لأن من يرجى يتلوم له اتفاقاً وإن كان ممن لا يرجى فحصل اليسر في مدة التلوم أيضاً فكذلك عند من يقول يتلوم له وهو الراجح، ويمكن أن يقال يمضي طلاقه لأنه حكم بمختلف فيه لكن قضاة اليوم لا يمضي حكمهم بخلاف المشهور أو الراجح أو المعمول به.
وَزَوْجَةُ الْغَائِبِ حَيْثُ أَمَّلَتْ
فِرَاقُ زَوْجِهَا بِشَهْرٍ أُجِّلَتْ

(وزوجة الغائب) مبتدأ خبره أجلت آخر البيت (حيث) ظرف يتعلق بأجلت (أملت فراق زوجها) الجملة في محل جر بإضافة حيث (بشهر) يتعلق بـ(أجلت). والمعنى أن زوجة البعيد الغيبة على عشرة أيام فأكثر كان معلوم الموضع أو مجهوله أسيراً أو غيره دخل بها أم لا. على المعتمد كما هو ظاهر النظم في ذلك كله إذا طلبت فراق زوجها بسبب النفقة لكونه غاب عنها ولم يترك لها نفقة، ولا ما تعدى فيه فإنها تجاب إلى ذلك وتؤجل شهراً بعد ثبوت الغيبة وكونه غاب قبل البناء أو بعده بموضع كذا أو لا يعلمون موضعه، وأنه غاب منذ كذا ولا يعلمونه ترك لها نفقة ولا كسوة ولا شيئاً تمون به نفسها ولا ما تعدى فيه ولا أنه آب إليها ولا بعث بشيء ورد عليها في علمهم إلى حين تاريخه، ثم يؤجله القاضي في الإنفاق عليها شهراً، كما اقتصر عليه ابن فتحون في وثائقه وعليه عول الناظم حيث قال: وبشهر أجلت. وصفته؟ أجل قاضي مدينة كذا وهو أعزه الله وحرسها الزوج المشهود بغيبته أعلاه أو حوله في الإياب لزوجته المذكورة من غيبته المذكورة وإجراء النفقة والكسوة، وسائر المؤن كلها أجلاً مبلغه شهر واحد مبدؤه من غد تاريخه استقصاء لحجته وإبلاغاً في الإعذار إليه شهد عليه من أشهده به وهو بحيث يجب له ذلك من حيث ذكر وفي كذا فإذا انقضى الأجل ولم يقدم خير (ت): فإن شاءت حلفت وطلقت

نفسها بكراً كانت أو ثيباً وليس لأبيها القيام عنها إلا بتوكيلها كما في ابن عرفة وابن سلمون وتكتب في ذلك لما انصرم الأجل أعلاه أو حوله، ولم يقدم الزوج المذكور من غيبته المذكورة وسألت الزوجة من يجب سدده الله النظر لها في ذلك، فاقتضى نظره إحلافها على جميع ما تقدم لما شهدت به بينة الغيبة فحلفت على جميع ذلك بنصه بحيث يجب وكما يجب يميناً. قالت فيها بالله الذي لا اله إلا هو لقد غاب عني زوجي فلان الخ. ولما تم حلفها وكملت يمينها وثبت ذلك لديه أذن لها في تطليق نفسها فطلقت نفسها عليه طلقة واحدة قبل البناء

ملكت بها أمر نفسها أو بعد البناء يملك بها رجعتها إن قدم موسراً في عدتها وأمرها بالاعتداد وإرجاء الحجة للغائب متى قدم فمن حضر اليمين المنصوصة واستوعبها من الزوجة ويعرف الإذن فيها، وفي الطلاق من القاضي المذكور وأشهدته الحالفة المذكورة بما فيه عنها وعرفها بأتمه قيده شاهداً به في كذا وهو معنى قوله:

وبانْقِضَاءِ الأَجَلِ الطَّلاَقُ مَعْ
يَمِينِهَا وَباخْتِيَارِهَا يَقَعْ

والباء في قوله وبانقضاء للمصاحبة أو للسببية أو بمعنى مع خبر مقدم عن قوله الطلاق ومع في محل نصب على الحال أي والطلاق واقع على الزوج مصاحباً لانقضاء الأجل أي بسببه أو معه في حال كونه مع يمين الزوجة، وقوله وباختيارها يقع جملة مستأنفة قاله اليزناسني.

تنبيهات. الأول: تقدم في فصل الضرر إذا حلفت بعد مضي التأجيل من غير إذن القاضي لها في الحلف ولا في الطلاق فإن ذلك نافذ فانظره هناك.

الثاني: تقدم أيضاً في المحل المذكور أن الزوج إذا تعصب بمحل لا تناله الأحكام فحكمه حكم الغائب فيجري عليه حكمه ولزوجته الطلاق بعدم النفقة إذ الهاربة من زوجها المقيم في بلد لا تناله الأحكام فيه لا تسقط نفقتها عنه.

الثالث: الغائب الذي لا مال له ولكن لا يمكنها الوصول إليه إلا بمشقة لعدم من ينصفها كما في البوادي ورؤوس الجبال لتعذر الأحكام الشرعية فيهما غالباً حكمه حكم العاجز الحاضر كما لابن فتحون، ونقله ابن عات في طرره، واعتمده ابن عبد السلام وهو الصواب خلافاً لما في الوثائق المجموعة من أنه إذا كان له مال لا يمكنها الوصول إليه يفرض لها النفقة وكان ذلك لها ديناً عليه تأخذه به إذا قدم لأنه لا معنى لإلزام المرأة أن تسلفه النفقة على نفسها من مالها أو من غيره لترجع في المال الذي بيد الغائب إن علم، أو في المال الذي لا يتوصل إليه إلا بمشقة ولو مأموناً كالعقار مع احتمال سلامة الزوج والمال ووصولها إلى ذلك وعدم وصولها لاستغراق الديون له، ولذا قال ابن رحال في شرحه ما في الوثائق المجموعة خلاف المذهب، وإن كان نحوه في البيان، واعترض به ابن عرفة على ابن عبد السلام فلا يسلم له الاعتراض.

الرابع: إذا قدم الزوج وجرح شهود الغيبة، ولم تجد المرأة غيرهم ردت إليه وفرق بينها وبين الزوج الثاني قاله غير واحد وهو معنى قول (خ) عاطفاً على ما ترد فيه الزوجة للأول والمطلقة لعدم النفقة، ثم ظهر إسقاطها خلافاً لما

في ابن رشد في بينة شهدت بمغيب الزوج وأنه لا مال له تعدى فيه الخ. ثم بعد أن حلفت المرأة وطلقت نفسها قالت البينة المذكورة أن له أنقاض حجرة قيمتها سبعة مثاقيل أو نحوها وأنهم كانوا يعرفون ذلك وقت الشهادة وجهلوا أن الأنقاض تباع في نفقتها أو شهد بذلك غير بينة الغيبة فقال: الطلاق نافذ لا يرد برجوع البينة سواء شهد بالأنقاض البينة التي حكم بها أو غيرهم ففتوى ابن رشد هذه مخالفة للمذهب وإن سلمها ابن عرفة والأجهوري.

الخامس: إذا عجزت المرأة عن إثبات غيبة زوجها لغربتها وعدم من يعرف زوجها فإن القاضي يحلفها اليمين المتقدمة وتطلق نفسها إن شاءت ويسمي الحاكم في حكمه الزوج الذي ذكرت ويصفه بما ذكرت فإن قدم وأنكر الزوجية لم يضر وإن أقر بها وقع عليه الطلاق قاله اللخمي والسيوري وغيرهما كما في البرزلي ونقله (ح).
السادس: إذا أثبتت الزوجة عيبة زوجها وعدم ما تنفق منه على نفسها فتطوع قريب أو أجنبي بنفقتها فقال أبو بكر بن عبد الرحمن وغيره وهو المعتمد ليس لها أن تطلق نفسها لأن سبب الفراق وهو عدم النفقة قد ارتفع وزال خلافاً لابن الكاتب في قوله إن لها أن تفارقه.
وَمَنْ عَنِ الإِخْدامِ عَجْزُهُ ظَهَرْ
فَلاَ طَلاَقَ وَبِذَا الحُكْمُ اشْتَهَرْ
(ومن) مبتدأ موصول (عن الإخدام) يتعلق بقوله (عجزه) وهو مبتدأ (ظهر) خبره والجملة صلة الموصول (فلا) نافية للجنس (طلاق) اسمها وخبرها محذوف أي عليه والجملة خبر الموصول (وبذا) يتعلق بما بعده (الحكم) مبتدأ خبره (اشتهر) أي إذا كانت الزوجة من أهل الإخدام فإنه يجب عليه إخدامها ولو لم يشترط في عقد النكاح كما في (خ) وغيره فإذا قدر على النفقة والكسوة وعجز عن الخدمة وأثبت عجزه عنها بالبينة أو بإقرار الزوجة فإنها لا تطلق عليه وسقط حقها في الخدمة على المشهور المعمول به كما في المتيطية وغيرها، ومحل هذا إذا لم يكتب عليه الموثق في وثيقة النكاح أن الزوج علم بأن زوجته هذه ممن لا تخدم نفسها لمالها ومنصبها فطاع بالتزام خدمتها وأقر أنه ممن يلزمه ذلك وأن ماله متسع لإخدامها وإلاَّ فلا يقبل قوله إنه عاجز عن إخدامها ولو شهدت له البينة به لم ينفعه لاعترافه بسعة ماله إلا أن يعلم أنه أصابه أمر أذهب ماله كما قالوه في الغريم يعترف لرب الدين بملائه به ثم يقيم بينة بعدمه به قاله في المتيطية ونقله ابن عرفة.

تنبيه: تقدم في البيتين قبله أنه ليس للأب أن يخاصم عن ابنته في النفقة إلا بتوكيل منها ولو سفيهة لأن لها أن تقيم معه بغير نفقة، بل إذا رضيت بسكنى زوجها معها في دارها وإنفاقها على نفسها من مالها فإنها تجاب إلى ذلك ولا مقال لحاجرها لأن من حجتها أن تقول إن كلفته بنفقتي طلقني ورجعت أسكن بداري وحدي وأنفق على نفسي من مالي ولا أتزوج سواه فبقائي مع زوجي بداري وإنفاقي على نفسي أحسن لي قاله عياض عن شيوخ الأندلس ونقله ابن عرفة وغيره.

فصل في أحكام المفقودين

الأربعة لأن الفقد إما أن يكون في أرض كفر أو إسلام وحكم كل إما في غير حرب أو فيه، ولكل واحد منهم حكم يخصه ابن عرفة المفقود من انقطع خبره ممكن الكشف عنه اهـ. فخرج الأسير لأنه معلوم خبره وخرج المحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه لأنه يمكن الكشف عنه إذ عدم التوصل إليه إنما هو لشدة حراس السجن ونحو ذلك فأشار الناظم إلى القسم الأول فقال:

وَحُكْمُ مَفْقُودٍ بِأَرْضِ الكُفْرِ
في غَيْرِ حَرْبٍ حُكْمُ مَنْ فِي الأسْرِ

(وحكم مفقود بأرض الكفر في غير حرب حكم من في الأسر) أي الأسير المجهول الحياة، وحكم الأسير المذكور باعتبار زوجته وماله أن ماله لا يورث حتى تأتي عليه مدة التعمير، وكذا زوجته لا تتزوج حيث دامت نفقتها إلا بعد أجل التعمير، فكذلك المفقود في أرض الكفر بغير حرب لا يورث ماله ولا تتزوج زوجته إلا بعد التعمير كما قال:

تَعْمِيرُهُ فِي المَالِ وَالطَّلاَقُ
مُمْتَنِعٌ مَا بَقِي الإنْفَاقُ

(تعميره) أي المفقود المذكور (في) الزوجة و(المال) واجب كتعمير الأسير فيهما فلا يورث عنه ماله وتنفق منه زوجته حتى تنقضي مدة التعمير ولا تطلق عليه مع وجود ما تنفق منه كما قال: (والطلاق ممتنع ما بقي الإنفاق) ومحل امتناع الطلاق إذا لم يكن لها شرط في المغيب، وإلاّ فلها تطليق نفسها بشرطها وإلى هذا القسم أشار (خ) بقوله: وبقيت أم ولده وماله وزوجة الأسير ومفقود أرض الشرك للتعمير الخ. والشاهد في قوله: وزوجة الأسير ومفقود أرض الشرك يعني أهلها، ومفهوم قوله: ما بقي الإنفاق أنه إذ لم يبق فلها التطليق وهو معنى قوله:

وَكُلُّ مَنْ لَيْسَ لَهُ مَالٌ حَرِي
بِأَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ كَالْمُعْسِرِ

(وكل من ليس له مال) من أسير أو مفقود بأقسامه الأربعة (حري) أي حقيق (بأن يكون حكمه) في التطليق عليه (كالمعسر) الغائب الذي لم يترك لزوجته نفقة فتؤجل شهراً كما مر للناظم وتحلف وتطلق نفسها كما مرّ.

تنبيه: ظاهر كلام الناظم و (خ) المتقدم أنه بمضي الشهور في مدة التعمير الآتية يورث ماله وتعتد زوجته ولا يتوقف ذلك على الحكم بموته والمعتمد كما لابن عرفة والمازري أن مستحق إرثه وارثه يوم الحكم حتى أنه إذا مات أحد من قرابته بعد دخول الثبوت للقاضي وقبل خروجه لا يرثه. ابن عرفة: وأقوال أهل المذهب بأن مستحق إرثه وارثه يوم الحكم بتمويته لا يوم بلوغه تمويته حسبما يدل عليه لفظ اللخمي والمتيطي وابن كوثر وابن الهندي وغيرهم. وبه افتيت حين ذكر أنها نزلت وأفتى بعض الناس بإرثه مستحقه يوم بلوغه لا يوم الحكم اهـ.

قلت: ما ذكره ابن عرفة من أن مستحق إرثه وارثه يوم الحكم واضح إذا لم يتأخر الحكم عن أعلى مدة التعمير كمائة وعشرين على القول بها وإلاّ بأن

تأخر عنها إلى مائة وأربعين مثلاً لغفلة الورثة ونحو ذلك كما يقع في البوادي لتعذر الأحكام عندهم، فينبغي أن مستحق إرثه هو وارثه يوم مشهور التعمير لئلا يؤدي إلى حرمان من يرث وتوريث من لا يرث على كل الأقوال، وأيضاً فإن الظاهر من فتوى المازري المنقولة في البرزلي وغيره أنهم إنما أناطوا ذلك بالحكم لما في مدة التعمير من الخلاف وهو لا يرتفع عند الأقدمين إلا بالحكم، وأما على ما عند المتأخرين من أنه يتعين الحكم بالمشهور أو الراجح أو ما به العمل فلا يتوقف إرثه ولا اعتداد زوجته على الحكم بتمويته، بل إذا قسموا يوم بلوغه مدة التعمير الذي هو السبعون على ما هو المشهور فيه فقسمهم ماض فلا يحرم من مات بعده وقبل الحكم لأن الخلاف حينئذ مرفوع بوجوب اتباع المشهور، والقاعدة أن من فعل فعلاً لو رفع إلى القاضي لم يفعل غيره ففعله ماض كما تقدمت الإشارة إليه في غير ما موضع فتأمله والله أعلم.
ثم أشار إلى مفهوم قوله في غير حرب فقال:
وإن يَكُنْ في الحَرْبِ فالمشْهُورُ
في مالِه والزَّوْجَةِ التَّعمِيرُ
(وإن يكن) فقد بأرض الكفر (في) وقت (الحرب) والقتال معهم (فالمشهور) من قولين كما لابن رشد في البيان (في ماله والزوجة التعمير) لأن الأصل هو الحياة فيحمل أمره على الأصل فلا يقسم ماله ولا تتزوج زوجته إلا بعده وبعد الحكم بموته على ما مر تفصيله في المفقودين في غير الحرب والأسير المتقدمين، ثم أشار إلى أن أمد التعمير فيه خلاف فقال:
وَفِيهِ أَقْوَالٌ لَهُمْ مُعَيَّنَهْ
أَصَحُّهَا الْقَوْلُ بِسَبْعِينَ سَنَهْ

(وفيه) أي أمد التعمير في جميع ما مر (أقوال لهم معينة) فقال ابن القاسم وأشهب ومالك مرة سبعون سنة وهو أصحها كما قال: (أصحها القول بسبعين سنة) وبه صدر (خ) حيث قال: وهو أي التعمير سبعون واختار الشيخان ثمانين وقال مالك وابن القاسم مرة ثمانون واختاره الشيخان وابن محرز كما مر عن (خ) قال ابن سلمون: وبه القضاء والعمل. وقال ابن الماجشون، ومالك: مرة: تسعون، وعند أشهب وابن الماجشون أيضاً: مائة، وللداودي عن محمد بن عبد الحكم: مائة وعشرون، وعلى الأول إذا فقد وهو ابن سبعين زيد له عشرة أعوام، وكذا إن فقد وهو ابن ثمانين، وإن فقد وهو ابن خمس وتسعين زيد له خمس سنين، وإن فقد وهو ابن مائة اجتهد القاضي فيما يزاد له، وقيل يزاد له عشر، وقيل العام والعامان وإن فقد وهو ابن مائة وعشرين تلوم له العام ونحوه قاله ابن عرفة.
وَمَنْ بِأَرْضِ المُسْلِمِينَ يُفْقَدُ
فَأَرْبَعٌ مِنْ السَّنِينَ الأَمَدُ أي التأجيل، فإذا فقد بأرض الإسلام في غير قتال فيفصل فيه بين الزوجة والمال فالزوجة لها أن ترفع أمرها إلى القاضي أو الوالي أو لجماعة المسلمين، فتؤجل أربع سنين والعبد نصفها بعد البحث عن خبره، وسؤال من يظن به معرفته ويعتبر الأجل من وقت العجز عن خبره لا من يوم الرفع، وأجرة البحث عليها لأنها الطالبة كما صوبه ابن ناجي، فإن لم يكن لها مال فالأجرة من بيت المال، فإن تعذر الوصول إليه كما عندنا اليوم، فالظاهر كما قال بعض: أنه ينتظر به مدة التعمير، وهذا كله إذا كان له مال تنفق منه في الأجل وإلاَّ طلقت نفسها كما قدمه في قوله: وكل من ليس له

مال حري. البيت. فإذا انقضت الأربع للحر أو السنتان للعبد اعتدت كالوفاة من غير احتياج إلى تجديد حكم كما مر قريباً وهو معنى قوله:
وَباعْتِدَادِ الزَّوْجَةِ الحَكْمُ جَرَى

مُبَعَّضَاً وَالمَالُ فِيهِ عُمِّرَا (وباعتداد الزوجة) بعد الأجل المذكور (الحكم جرى) حال كونه (مبعضاً) بالنسبة إليها دون المال إذ المال يجب على القاضي أن يحصره ويقدم من قرابته أو غيرهم من ينظر فيه إلى أن يثبت موته أو حياته أو تمضي مدة التعمير ولا تمكن الورثة من قسمه عند انقضاء الأربع سنين قبل التعمير كما قال: (والمال فيه عمِّرا) فحكم الزوجة والمال في هذا المفقود مختلف لأنه يقدر بعد الأجل المذكور بالنسبة للزوجة كأنه مات فأمرت بالاعتداد، وبالنسبة للمال كأنه حي فلم يورث ماله ولم يقسم حتى تنقضي مدة التعمير وهو معنى قوله: مبعضاً. ووجه ذلك أن الزوجة لما لحقها الضرر قدم في حقها الغالب على الأصل لأن الأصل في المفقود الحياة والغالب من عدم ظهور خبره بعد البحث والتأجيل الموت، فقدم الغالب بالنسبة إليها للضرر دون المال إذ لا ضرورة تدعو إلى قسمه وإلى هذا القسم من أقسام المفاقيد أشار (خ) بقوله: ولزوجة المفقود الرفع للقاضي والوالي ووالي الماء، وإلاَّ فلجماعة المسلمين فيؤجل الحر أربع سنين إن دامت نفقتها والعبد نصفها من العجز عن خبره، ثم اعتدت كالوفاة وسقطت بها النفقة ولا تحتاج فيها لإذن إلى أن قال: وبقيت أم ولده وماله وزوجة الأسير ومفقود أرض الشرك للتعمير الخ.
تنبيهان. الأول: فإن بقيت زوجته بلا تزوج بعد اعتدادها منه إلى انقضاء مدة التعمير فلا ميراث لها منه وإن كان لو أتى هو في تلك المدة كان أحق بها لأنها قد بانت منه بعد الأجل وحكم بموته في حقها، وكذلك لو ماتت هي بعد دخولها في العدة وقبل انقضاء مدة التعمير فلا يوقف للزوج ميراثه منها إلا أن تثبت حياته بعدها، ويظهر خطأ الحكم بموته وتكون هي لم تتزوج غيره قاله ابن سلمون وغيره.

الثاني: إذا كانت الزوجة غير مدخول بها فهل يكمل لها الصداق وبه القضاء أو لا؟ روايتان. وإذا قدم فهل ترد نصف ما قبضته أم لا؟ وبه القضاء. وإذا كان الصداق مؤجلاً فهل يعجل وهو لمالك أم لا؟ وهو لسحنون وهو الراجح قولان. قال جميعه (ز) وانظر قوله أولاً وبه القضاء الخ فإن الذي لابن عرفة عن الموازية أن ابن القاسم اختار الرد والله أعلم.
ثم أشار إلى القسم الرابع من أقسام المفاقيد فقال:
وَحُكْمُ مَفْقُودٍ بِأَرْضِ الْفِتَنِ
فِي المالِ وَالزَّوْجَةِ حُكْمُ مَنْ فَنِي
(وحكم مفقود بأرض الفتن) والقتال الواقعين بين المسلمين (في المال والزوجة حكم من فني) ومات بالفعل فتعتد زوجته من ذلك اليوم ويرثه ورثته الأحياء يومئذ من غير أجل. قال ابن سلمون، قال مالك: ولكن يتلوم له أمد يسير بقدر ما يرجع من انصراف أو هرب إلى موضعه اهـ. وهذا يختلف بحسب قرب المواضع وبعدها واستمرار الهزيمة وردها، وهو معنى قوله:
مَعَ التَّلَوُّمِ لأَهْلِ المَلْحَمَهْ

بِقَدْرِ مَا تَنْصَرِفُ المُنْهَزِمَهْ
(مع التلوم) أي حال كون الحكم المذكور مصاحباً بالتلوم (لأهل الملحمة) أي القتال (بقدر ما تنصرف المنهزمة) وهو أحد التفسيرين والتفسير الآخر أنها تعتد بعد انفصال الصفين من غير تلوم (خ): واعتدت في مفقود المعترك بين المسلمين بعد انفصال الصفين. وهل يتلوم ويجتهد؟ تفسيران الخ. وظاهره كشروحه أنه لا فرق بين بعد أماكن القتال كالخارجين مع السلطان لقتال البغاة ونحو ذلك، أو قربها وهو كذلك على المعتمد فقول الناظم:
وَإِنْ نَأَتْ أَمَاكِنُ الْمَلاَحِمِ
تَرَبُّصُ الْعَامِ لَدَى ابن القَاسِمِ

(وإن نأت) أي بعدت (أماكن الملاحم) جمع ملحمة أي التحام الصفين (تربص العام) أي تربصت زوجته سنة والعدة داخلة فيها (لدى ابن القاسم) ضعيف مقابل للمعتمد، ثم إن الناظم حذف الفاء مع ما لا يصلح أن يكون شرطاً كقولهم: من يفعل الحسنات الله يشكرها، وهذا إذا أعرب تربص مبتدأ والخبر في الظرف بعده، ويحتمل أن يقرأ بضم التاء على أنه فعل ماض والعام نائبه وهو أولى.
وَأَمَدُ الْعِدَّةِ فِيهِ إِنْ شُهِدْ
أَن قد رَأَى الشُّهُودُ فيها مَنْ فُقِدْ
(وأمد العدة) داخل (فيه) أي في العام المذكور على القول المذكور، ثم محل كونها تعتد بعد انفصال الصفين مع التلوم أو دونه أو تتربص العام مع البعد(إن شهد) العدول (أن) على حذف الجار (قد رأى الشهود) فاعل رأى (فيها) أي الملحمة (من) مفعول برأى (فقد) صلة أي لا بد أن يشهدوا بمعاينته في المعترك كما مر في المفقود في الحرب بين المسلمين والكفار وسواء كانت شهادة أصل أو شهادة نقل كما يقتضيه كلام الناظم لأنه تكلم على شهادة النقل فيفهم جواز شهادة الأصل بالأحرى، ويحتمل أن يكون الشهود فاعل يشهد المبني للفاعل وأن وما بعدها مفعوله أي أنه شهد الشهود إن قدر أو أمن فقد في المعركة، فيكون قد تكلم على شهادة الأصل فقط، وفيه ضعف من جهة أن الشهود يتنازع فيه رأي وشهد فأعمل الأولى على هذا الاحتمال، وأعمل الثاني في ضميره وحذفه مع أنه عمدة لا يحذف، ويحتمل أن يقرأ شهد بالبناء للمفعول وأن وما بعدها نائبه أي إن شهد برؤية الشهود من فقد في المعركة وهو في المعنى هو الاحتمال الأول، وإنما اختلف في كون شهد مبنياً للفاعل أو المفعول، ومفهوم الشرط أنهم إذا لم يشهدوا برؤيته في المعركة لم يكن حكمه ما مر من الخلاف المذكور، بل حكمه حكم المفقود بأرض الإسلام بغير حرب اتفاقاً فتؤجل زوجته أربع سنين ويبقى ماله للتعمير كما مرّ.
فصل في الحضانة

مأخوذة من حضانة الطير إذا غطى أولاده بأجنحته وهي في الشرع الكفالة والتربية والقيام بأمور المحضون، وإليه يرجع قول ابن عرفة: هي محصول قول الباجي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه أهـ. وهي واجبة إجماعاً لأن في تركها تضييعاً للولد. ابن رشد: لأنه خلق

ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه فهي فرض كفاية إن قام بها قائم سقط عن الباقين ولا تتعين إلا على الأب والأم في حولي رضاعه إن لم يكن له أب، أو كان ولا يقبل غيرها.
الحَقُّ لِلْحَاضِنِ فِي الحَضَانَه
وَحَالُ هَذَا الْقَوْلِ مُسْتَبَانَه
(الحق للحاضن في الحضانة. وحال هذا القول) أي ووجهه ودليله (مستبانة) أي بينة والحال يذكر ويؤنث ولذا أخبر عنه بالمؤنث.
لِكَوْنِهِ يُسْقِطُهَا فَتَسْقُطُ
وقيلَ بِالْعَكْسِ فما إنْ تَسْقُطُ

(لكونه يسقطها) بضم الياء من أسقط الرباعي (فتسقط) بفتح التاء من سقط الثلاثي والضمير المضاف إليه كون يعود على الحاضن أي إنما كان حال هذا القول بيناً لكون الحاضن إذا أسقط الحضانة بعوض الخلع أو بغير عوض أصلاً فإنها تسقط ولو كانت حقاً للمحضون أو حقاً لله أو لهما ما سقطت بإسقاطه ولكونه أيضاً لا أجرة للحاضن على الحضانة إذ الإنسان لا يأخذ أجراً على فعل شيء واجب عليه، ولو كانت حقاً للمحضون لكانت له الأجرة. وهذا على المشهور من أنه لا أجرة له كما قال (خ): ولا شيء لحاضن لأجلها أي لأجل مجرد الحضانة التي هي حفظ الولد في بيته كما تقدم، وأما خدمته من طحن وعجن وسقي ماء وطبخ وغسل ثياب فلها الأجرة على ذلك لأن الأب يلزمه إخدام ولده. وفي وصايا المتيطية ما نصه: ولا أجرة للحاضنة على الحضانة وإنما لها الأجرة إن كفته مؤنة الخدمة اهـ. ونحوه في البرزلي قائلاً، وأما كلفة المؤنة فلها الأجرة إن خدمتهم وإن استغنى الولد بالخادم عن خدمتها فلا شيء لها من أجرة الكفالة. (وقيل بالعكس) وهو أن الحق للمحضون وعليه (فما) نافية (أن) زائدة (تسقط) أي فلا تسقط بإسقاطه وهما روايتان. وقيل: الحق لهما وهو اختيار الباجي وابن محرز، واستظهره الشارح، وقيل: الحق لله تعالى وعليهما فلا تسقط ومما بنوه على الخلاف إذا قبضت الحاضنة كسوة الولد ونفقته فادعت أنهما تلفا فعلى الثاني تحلف وهما على الأب وعلى الأول ضمانهما منها إلا ببينة على الضياع، وعليه العمل كما في ابن عات. ونقله ابن عرفة ومما بنوه عليه أيضاً إذا طلق الرجل امرأته، ثم أخذت بعد ذلك عوضاً عن إسقاط الحضانة فعلى أن الحق لها يجوز ولا رجوع لها فيه وهو المعتمد، وعلى أنه حق للولد لا يلزمها ذلك ولها الرجوع في العوض كما في البرزلي عن ابن رشد، ومما بنوه أيضاً أن الأم إذا أسقطت الحضانة للأب مثلاً فإن الجدة للأم تأخذه، وهذا إنما يتفرع على الثاني دون الأول، ومن ذلك أيضاً إذا قال

الأبعد: أنا أنفق عليه مالي ولا أبيع له شيئاً من أمتعته بل تبقى موقوفة له إلى بلوغه، ولا أرجع عليه بشيء وأبى الأقرب إلاّ بيع أمتعته وإنفاقها عليه فالذي رجحه ابن لب وغيره نقل الحضانة للأبعد حيث لا ضرر على المحضون ولا نقص مرفق لظهور المصلحة العظمى بصون ماله، وهذا إنما يتفرع على الثاني أيضاً دون الأول.
تنبيه: تقدم أن الحاضن إذا كانت له خدمة غير الحضانة، فله الأجرة على ذلك،

وأما المحضون إذا كانت له خدمة فهل يرجع بها الأب على الحاضنة أم لا؟ ففي البرزلي عن ابن الرماح: أن المحضونة إذا كانت تخدم نفسها فلا مقال لأبيها وإن كانت تخدم الحاضنة خدمة لها بال فيرجع على الحاضنة بأجرة مثلها اهـ. البرزلي: هذا بيِّن إن لم تكن الحاضنة أمها فإن كانت فالصواب أن لا أجرة لها كما تجب على أمها إن كان للمحجورة مال وأما لو كانت لها صناعة من غزل أو غيره فإنه يرجع بذلك على الحاضنة اهـ. يريد الحاضنة غير الأم بدليل ما في المعيار من أنه اختلف ابن عتاب وابن القطان في الصبية المحضونة إذا كانت لها صنعة فاجتمع لها من صنعتها دنانير، فأرادت أمها المختلعة المتحملة أن تستعين بها في نفقتها فقال ابن عتاب: إن ذلك للأم تستعين به في نفقتها. وقال ابن القطان: لا يكون لها بل يوقف للابنة، وقول ابن عتاب أولى، وفيه أيضاً لا كسب للمحضون بمعنى أن كسبه ينفق عليه، وقيل لا ينفق عليه وهو أصح اهـ. ففرق بين الأم وغيرها فالأم تستعين بخدمة المحضون دون غيرها كما ترى.

وَصَرْفُهَا إِلَى النِّسَاءِ أَلْيَقُ
لأَنَهُنَّ في الأُمُورِ أَشْفَقُ

(وصرفها) أي الحضانة (إلى النساء أليق لأنهن في الأمور) أي في أمور الحضانة أعرف من الرجال لأن الحضانة من مقتضيات طباعهن، فلذلك قدمهن الشارع صلوات الله وسلامه عليه على غيرهن لأنهن (أشفق) بالمحضون وأرأف وأدرى بمصالحه، وقاعدة الشرع كما للقرافي أن يقدم في كل ولاية من هو أدرى بمصالحه، ففي الحرب من هو شجاع يسوس الناس، وفي القضاء من هو فقيه متأيد بالدين والفراسة، وفي ولاية الأيتام من هو عارف بتنمية المال، وقد يكون المقدم في باب مؤخراً في غيره، فالمرأة مؤخرة في الإمامة مقدمة في الحضانة لمزيد شفقتها وصبرها فهي أقوم بمصالح الطفل.

وَكَوْنُهُنَّ مِنْ ذَوَاتِ الرَّحِمِ
شَرْطٌ لَهُنَّ وَذَوَاتِ مَحْرَمِ

(وكونهن من ذوات الرحم شرط لهن) خبر عن كون (وذات محرم) معطوف على ذوات الرحم أي شرط حضانة النساء أن يكن ذوات رحم من المحضون كالأم والخالة والجدة ونحوهن، وأن يكن محرمات عليه كالخالة ومن معها فإن لم يكن ذوات رحم منه كالأم والأخت من الرضاع وزوجة أبيه ونحوها من المحرمات بالصهر فلا حضانة لهن، وكذلك إن كن ذوات رحم منه ولم يكن محرمات عليه كبنتي الخالة والعمة ونحوهما فلا حضانة لهن أيضاً، وفهم منه أن هذا الشرط خاص بالنساء، وأما الرجال فيستحقون الحضانة بمجرد الولاية ولا يشترط فيهم إلا الشروط الآتية في قوله: وشرطها الصحة والصيانة الخ. فالرجال يستحقونها بالشروط الآتية كانوا من ذوي رحمه المحرم كالجد والعم، أو من ذوي رحمه الذي ليس بمحرم كابن العم، أو لم يكونوا من ذوي رحمه أصلاً كالوصي والمولى ومقدم القاضي، وهذا البيت تقييد للعموم في البيت قبله أي إنما يليق صرفها للنساء بشرط كونهن من ذات رحمه وذوات محرم منه.

وَهْيَ إلى الإِنْغَارِ فِي الذُّكُورِ
والاحْتِلاَمُ الحَدُّ في المَشْهُورِ

(وهي) أي الحضانة أي حدها مستمر (إلى الإثغار في الذكور) أي في قول أبي مصعب ومن معه وهو ضعيف بدليل قوله: (والاحتلام) مبتدأ خبره (الحد في المشهور) (خ): وحضانة الذكر للبلوغ والأنثى كالنفقة الخ. وهو معنى قوله:

وفي الإِنَاثِ لِلدُّخُولِ المنتهَى
والأُمُّ أَوْلَى ثُمَّ أُمُّهَا بِهَا

(وفي الإناث للدخول المنتهى) مبتدأ خبره في المجرور قبله أي تستمر الحضانة في الأنثى لدخول زوجها بها كما تستمر نفقتها لدخولها كما قال في النفقات:

ففي الذكور للبلوغ يتصل
وفي الإناث بالدخول ينفصل

فتزف المحضونة لزوجها من بيت حاضنتها ولا مقال للأب بخلاف الختان، فإنه يختن الولد عند أبيه ثم يرد إلى حاضنته. ابن عرفة: ومستحقها أبو الولد زوجان هما وفي افتراقهما أصناف. الأول الأم ونساؤها من لها عليه ولادة بسببها، وأول فصل منها أي من هذه التي لها عليه ولادة، فالخالة أحق من الجدة للأب لأنها أول فصل ممن لها عليه ولادة. الثاني: نساء الأب من لها عليه أمومة كما مر. الثالث: الوصي. الرابع: العصبة اهـ. والضمير في هما خبر عن قوله مستحقها. وجملة وأبو الولد زوجان مبتدأ وخبر حالية خلت من الواو، وفهم منه أن الأصناف المذكورة هي على الترتيب المذكور فلا كلام للصنف الثاني مع وجود الأول، وهكذا.

وأما ترتيب أفراد كل صنف فهو ما أشار له الناظم بقوله: (فالأم أولى) من باقي قرابتها وأحرى من الأصناف التي بعدها (ثم) إن لم تكن أم أو تزوجت أجنبياً فـ(أمها) وهي جدة الطفل أولى (بها) أي الحضانة فإن لم تكن أو تزوجت.

فَأُمُّهَا فَخَالَةٌ فَأُمُّ الأبْ
ثُمَّ أَبٌ فَأُمُّ مَنْ لَهُ انْتَسَبْ

(فأمها) أي أم أمها أو أم أبيها فإن اجتمعتا فأم أمها أحق بها أي بالحضانة من أم أبيها فإن لم تكن واحدة منهما فأم أم أمها أو أم أم أبيها أو أم أبي أبيها أو أم أبي أمها، فإن اجتمع الأربع فأم أم أمها أحق ثم أم أبي الأم وأم أم الأب بمنزلة واحدة ثم أم أبي الأب، وعلى هذا الترتيب أمهاتهن ما علون قاله ابن عرفة. فإن لم تكن واحدة ممن تقدم. (فخالة) وهي أخت الأم الشقيقة ثم التي للأم ثم التي للأب فإن لم تكن واحدة منهن فأخت جدة الطفل وهي خالة أمه وخالة خالته الشقيقة ثم التي للأم، ثم التي للأب كما مر في أخت الأم. وهي خالة الطفل، فإن لم تكن واحدة منهن فأخت الجد للأم وهي عمة الأم وعمة الخالة، وعلى هذا الترتيب ما بعد النسب من الأم. وهنا انتهى الكلام على ترتيب الصنف الأول وهو مقدم على الصنف الثاني الذي بعده إجماعاً.

تنبيهان. الأول: كل من انتقلت له الحضانة من هذه الأفراد يشترط في استحقاقه للحضانة أن لا يسكن مع من سقطت حضانته بتزوج أو غيره كما في (خ) وغيره.

الثاني: قال في المدونة: وللأب تعاهد ولده عند أمه وأدبه وبعثه للمكتب ولا

يبيت إلا عند أمه. ابن عرفة: ويجب كون الظرف الذي هو عند أمه في موضع الحال من ولده لأنه معمول للفظ تعاهد لأن ذلك ذريعة لاتصاله بمطلقته مع زيادة ضرر زوجها بذلك.
قلت: ومنه يعلم الحكم فيما يقع كثيراً من تنازع الزوج ومطلقته في الولد الصغير كالرضيع والفطيم فتريد هي أن يأتي إليه أبوه لينظر حالته وما هو عليه عندها ويطلب هو أن ترسله إليه لينظر ذلك، فالقول له لا لها كما يدل عليه قوله لأن ذلك ذريعة لاتصاله بمطلقته الخ. وبه كنت أفتيت لما سألني عن ذلك بعض أولاد الأمراء حين تنازع مع مطلقته في ذلك.

ثم أشار إلى ترتيب أفراد الصنف الثاني بقوله: (فأم الأب) أي جدة الطفل من جهة أبيه (ثم) إن لم تكن أمه أو كان لها زوج أجنبي فـ(ـأب) فإن لم يكن (فأم من له انتسب) وهي جدة الأب من أمه أو أبيه وإن علت، وهذا على ما في ابن سلمون من أن المشهور أن الأب مقدم على غيره من قرابته، ومذهب المدونة أن الأب مؤخر عن أمه وعن أم أمه وأم أبيه وأم أمه أحق من أم أبيه إن اجتمعتا، فإن لم تكن له واحدة منهما فأم أم أمه أو أم أم أبيه أو أم أب أبيه أو أم أبي أمه كما مرّ في قرابات الأم فإن لم تكن واحدة منهن فالأب حينئذ هذا مذهبها وهو المشهور، وبه أفتى (خ) ثم جدة الأب ثم الأب الخ. وعليه فلو قال الناظم: ثم بعيد جدة ثم الأب لوافق المذهب.

فَالأُخْتُ فَالعَمَّةُ ثم ابنَةُ الأَخْ
فابْنَةُ أُخْتٍ فَأَخٌ بَعْدُ رَسَخْ

(فالأخت) للطفل على مذهبها أيضاً (فالعمة) له أي وهي أخت الأب فإن لم تكن فعمة الأب فإن لم تكن فخالة الأب فإن لم تكن (فابنة الأخ) وقد علمت أن الناظم أسقط خالة الأب كخليل مع أنها مقدمة على ابنة الأخ كما في المقدمات وغيرها. فإن لم توجد بنت الأخ أو قام بها مانع (فابنة الأخت) على المعتمد كما يفيده نقل (ق) وإن كان (خ) حكى أقوالاً في كونها تقدم على بنت الأخ أو تؤخر أو لا حضانة لها من غير ترجيح لشيء منها فإن لم تكن أو قام بها مانع انتقل الحق للصنف الثالث وهو الوصي لأنه أحق من العصبة كما يأتي فإن لم يكن الوصي ولا وصي وصيه انتقل الحق للصنف الرابع، وأشار إلى ترتيب أفراده بقوله: (فأخ) للطفل (بعد رسخ) أي ثبت بعد من ذكر.

وَالعصَبَاتُ بَعْدُ وَالْوَصِيُّ
أَحَقُّ والسِّنُّ بهَا مَرْعِيُّ

(والعصبات) أي بقيتهم (بعد) الأخ الأقرب فالأقرب فالجد من قبل الأب بعد الأخ ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابنه ثم المولى الأعلى ثم الأسفل وهو عتيق أبي المحضون (والوصي أحق) أي من الأخ وسائر العصبة، وظاهره كان الوصي ذكراً أو أنثى وهو كذلك إلا أنه إذا كان أنثى فله الحضانة مطلقاً، وأما إن كان ذكراً فإنما له حضانة الذكر أو الأنثى التي لا تطيق الوطء أو أطاقته ولكنه تزوج بأمها أو بجدتها حتى صار محرماً، وإلا فلا حضانة له على أحد قولين مرجحين، وهو الذي يجب اعتماده في زمننا هذا من غير نظر لكونه مأموناً أم لا لغلبة الفساد، بل وكذلك ينبغي في العاصب الذي ليس بمحرم كابن العم ونحوه

فبقاء المطيقة مع زوج أمها أحسن لأنه ذو محرم منها. والوصي وابن العم كلاهما غير محرم. وفي المتيطية التصريح بذلك في الوصي وابن العم كذلك فيما يظهر، وتأمل ما يأتي عند قوله: والسن بها مرعي والله أعلم. وشمل قوله: والوصي الخ مقدم القاضي فإنه يقدم على العصبة كما في أقضية الزرقاني، ولكن أنت خبير بفساد قضاة الوقت كما تقدم في الأقضية والشهادات، فيقدمون من لا يستحق التقديم، بل ولا تكون فيه شروط تولية القضاء متوفرة في الغالب وعليه فلا ينبغي أن يقدم مقدمه على العصبة والله أعلم.

(والسن بها مرعي) أي إذا تعدد الحاضن وهو في درجة واحدة كأخوين أو أختين مثلاً، فالأكبر سناً مقدم على من هو أصغر منه لأنه أقرب للصبر والرفق بالمحضون، وكذا إذا تعدد بوجود الشقيق، والذي للأم فإنه يقدم الشقيق، ثم الذي للأم ثم الذي للأب فتقدم العمة الشقيقة، ثم التي للأم ثم التي للأب، وهكذا (خ) وقدم الشقيق ثم للأم ثم للأب في الجميع، فإن تساووا فيقدم الصيِّن الأسن فإن تساووا قدم الأسن فإن تساووا فالقرعة، فإن كان في أحدهما صيانة، وفي الآخر شفقة فيقدم الصيِّن على الأشفق، فإن تساووا قدم الأسن، فإن تزوجت أمه عمه فأراد عمه الأشفق أخذه لم يكن له ذلك لأن كونه مع أمه وعمه أولى من كونه عند عم له زوجة أجنبية، وإن تزوجت خالته عمه فأراد أبوه أخذه لم يكن له ذلك لأن كونه مع أمه وعمه أحسن من كونه عند أبيه الذي زوجته أجنبية، لأن الغالب منها عليه الجفاء، والغالب من الأب أن يكله إليها قاله (ز) وهو داخل في قول الناظم:

وفي الإناث عدم الزوج عدا
جداً لمحضون بها زوجاً غدا

وفي قول (خ) عاطفاً على ما تسقط به الحضانة أو يكون محرماً، وأن لا حضانة له كالخال أو ولياً كابن العم الخ.

وَشَرْطُهَا الصَّحَةُ والصِّيَانَهْ
وَالحِرْزُ وَالتَّكْلِيفُ وَالديّانَهْ

(وشرطها) أي الحضانة زيادة على ما تقدم في قوله: وكونهن من ذوات الرحم شرط الخ. (الصحة) أي صحة جسم الحاضن فالمريض الضعيف القوة لا حضانة له، وكذا الأعمى والأصم والأخرس والمقعد لأنه لا يقوم بمصلحة نفسه، فكيف يقوم بمصلحة غيره؟ اللهم إلا أن يكون عنده من يحضن كما يفيده الزرقاني في المقعد، والظاهر أن غيره ممن ذكر كذلك، وكذا من يخاف من مرضه العدوى على ما جرت به العادة كالجذام والبرص والجرب الدامي والحكة، ومن ذلك المسمى عندنا بالمرض الكبير وهو حب الإفرنج، ولو كان في المحضون مثله لأنه قد تحصل زيادة بانضمامه لمن به ذلك، ولو كان عنده من يحضن لاحتمال اتصاله بالمحضون بخلاف القسم الأول الذي قبله.
(والصيانة) فلا حضانة لغير الصيِّن للحوق المعرة بعدم الصون وظاهر كلامهم ولو كان عنده من يحضن (والحرز) أي مكان حرز لئلا يلحقه الضياع كأن يكون بطرف العمارة بحيث يخشى عليه من السباع وتصيبه المتوقعات المحذورة

كسارق يسرقه أو يسلبه ثيابه وكدخول الفساق على البنت أو الولد (والتكليف) فلا حضانة لغير عاقل ولا لغير بالغ لأنه لا يمكن أن يكون المحضون معهما في حفظ وصيانة. وفي الفائق: أن الصبي الصغير له الحضانة وحاضنه يحضن له قال أبو إبراهيم الأعرج: وبه الفتوى اهـ بنقل (تت) ومثله في (ز) عند قول المصنف: ورشد لا إسلام الخ. وكذا ذكره طفي عند قول المصنف، وشرط الحاضن العقل الخ. ونظمه في العمل المطلق.
قلت: ولعل هذا خاص بالحاضن الذكر، وأما الأنثى فلا لأنه قد تكون حضانتها ليست محرماً من محضون الصبي ولا أشفق عليه إلا أن تكون حاضنته ممن تستحق حضانة الصبي المحضون إلا أنها متأخرة في المرتبة فتأمله.

(والديانة) فلا حضانة لفاسقة ولا لفاسق، فرب أب شريب يذهب يشرب الخمر ويترك ابنته يدخل عليها الرجال ولا يشترط كون الحاضنة مسلمة على المشهور، بل للذمية من الحضانة ما للمسلمة إن كانت في حرز ولم يخش عليها من تغذيتهم الخمر والخنزير كما في (ح) وشروحه.
تنبيهان. الأول: ظاهر قول الناظم والتكليف والديانة الخ. أنه لا يشترط في الحاضنة أن تكون رشيدة، وهو كذلك حيث كانت حافظة لما تقبضه من نفقة محضونها، أو كان لها ولي وإلاَّ فلا كما أفتى به ابن هارون، وهو الصواب كما في ابن عرفة. انظر شراح المتن ونظم العمل المطلق.
الثاني: ظاهر النظم أيضاً أن الحاضن إذا نوزع في شرط من هذه الشروط فإن عليه إثباته لأن الأصل عدم الشروط حتى يثبت وجودها، وهذا هو الذي صرح به (خ) في الأمانة حيث قال: وأثبتها أي يجب على الحاضن أن يثبت الأمانة إن نوزع فيها، ولا مفهوم للأمانة بل غيرها من الشروط مما عدا الصحة كذاك، وأما الصحة فإن القول لمدعيها لأنها الأصل في الناس ومدعي خلافها عليه الإثبات. وقد اقتصر ابن رحال في حاشيته هنا لما في (خ) من وجوب الإثبات مصرحاً بأنه المذهب.

قلت: وهو الظاهر لأنه الذي تشهد له القواعد والظواهر، واعتراض الشيخ الرهوني عليه في حاشيته على المختصر بأنه لا مستند لخليل إلا كلام ابن القصار وابن الهندي وابن فتوح، ومن وافقهم. وهؤلاء إنما اعتمدوا في ذلك على أخذهم إياه من المدونة وليس أخذهم منها بمسلم الخ. غير ظاهر كما يعلم ذلك بمراجعة المطولات وملاحظة القواعد واعتراضه أيضاً بأنه لو كلف الحاضن بإثبات الأمانة لكلف بذلك الأب عند انتقال الحضانة إليه يرد بأن الأب هو الأصل لما جبل عليه من الحنانة والشفقة، ولأنه الدافع للمال، وقد كان الولد في حفظه ونفقته فلا يلزمه دفع الولد والنفقة للحاضنة، أماً كانت أو غيرها حتى تثبت أمانتها وديانتها لئلا يضيع عليه ماله أو ولده، فلا يقال: إن إثبات ذلك لازم له أيضاً إذا أراد الحضانة بنفسه لأنا نقول الكلام إنما هو في نقل الشيء عن أصله أي: فلا ينقل عنه ولا يحكم عليه الشرع بدفعه إلا لمن يوثق به، ولو كان هو مسخوطاً غير مرضي الحال، وإلاَّ لزم الخروج من سخطة إلى مثلها أو أقبح منها، وذلك من العبث الذي لا يحكم به الشرع وهو بالنسبة للطفل، وأما بالنسبة للنفقة فلا إشكال أنه لا يلزمه دفعها إلا لموثوق به كما

مر، وهكذا أيضاً يقال في كل من طلب انتقالها إليه لأن الكلام إنما هو مفروض عند التشاح والحائز للولد إن مات الأب مثلاً لا يلزمه دفع الولد إلا لموثوق به لكون الشارع أمره بذلك لئلا يوقع الولد في مضيعة فلا يخرج الولد من يد من ثبت له عليه محافظة ولو لحظة إلى أمر محتمل مشكوك في كونه أسوأ حالاً من الحائز أو مثله والله أعلم.

وفي الإنَاثِ عَدَمُ الزَّوْجِ عَدَا
جدًّا لِمَحْضُونٍ لهَا زَوْجاً غَدَا

(و) شرطها (في الإناث) بخصوصهن زيادة على ما تقدم (عدم الزوج) فإن الحاضنة إذا تزوجت ودخل بها زوجها سقطت حضانتها (عدا) فعل دال على الاستثناء، ومعناه جاوز وفاعله ضمير عائد على المصدر المفهوم من الكلام السابق (جداً) مفعول بعدا (لمحضون) صفة لجد (لها) صفة في الأصل للنكرة بعده إلا أنه لما قدم عليها يعرب حالاً لأن الصفة لا تتقدم على الموصوف (زوجاً) مفعول لقوله (غدا) والجملة صفة لجد أيضاً، والتقدير وشرطها في الإناث عدم الزوج، فإن وجد سقطت وجاوز السقوط جد المحضون صار زوجاً لها أي للحاضنة ويلحق بالجد كل ولي للمحضون ولو ولي المال، وإن لم يكن محرماً له كابن العم والوصي وكل محرم، وإن لم تكن له الحضانة كالخال، فإن تزوج الحاضنة بواحد من هؤلاء كتزوجها بالوصي أو ابن العم أو كتزوج عمة الطفل بخالة لا يسقط حضانتها ولو كان للمحضون هناك حاضنة أقرب إليه منها فارغة من الزوج كما مر عند قوله: والسن بها مرعي خلافاً لما في اليزناسني هنا. ولما في (ز) عند قول (خ) أو ولياً كابن العم. وبيانه أنا إذا قلنا: إنما تبقى حضانتها بعد تزوجها بالولي المحرم إذا لم يكن هناك من يستحقها قبل ابن العم مثلاً كما يقوله اليزناسني و(ز) كان الاستثناء في النظم و(خ) ضائعاً ولو قال الناظم:

وفي الإناث عدم الزوج عدا
ولياً محرماً لها زوجاً غدا

لشمل كل ولي وكل محرم، ويكون لفظ محرماً معطوفاً بحذف العاطف وضمير عدا يعود حينئذ على من ذكر. وحاصله: أن الزوج الثاني إما أن يكون محرماً أو لا. وفي كل منهما إما أن تكون له الحضانة أو لا. فالأقسام أربعة تسقط حضانة المتزوجة بواحد وهو ما إذا كان غير محرم ولا حضانة له كابن الخال والأجنبي ولا تسقط في الباقي وهو المحرم الذي له الحضانة كالعم، والذي لا حضانة له كالخال وغير المحرم الذي له الحضانة كابن العم (خ): وللذكر من يحضن وللأنثى الخلو عن زوج دخل إلا أن يعلم ويسكت العام أو يكون محرماً وأن لا حضانة له كالخال أو ولياً كابن العم الخ فقوله: وللذكر من يحضن أي يشترط في الحاضن الذكر أن يكون عنده من يحضن له من زوجة أو سرية أو متبرعة، وأن يكون المحضون ذكراً أو أنثى غير مطيقة، وأما المطيقة للوطء فلا حضانة له عليها ولو مأموناً ذا أهل خلافاً لأصبغ،

وقوله: إلا أن يعلم مستثنى من مفهوم دخل كما أن الاستثناء في النظم من مفهوم عدم الزوج كما قررنا، ومفهومه أنه إذا لم يعلم مستحق الحضانة بعدها

بتزوجها ودخولها، أو علم ولم يسكت أو سكت أقل من عام لم تسقط حضانته، وهو كذلك كما في اللخمي وغيره، وانظر لو علم بتزوجها ودخولها وسكت عاماً إلا أنه جهل كون سكوته مسقطاً لحقه ففي (ز) أن ذلك عذر يوجب له عدم سقوط حقه في الحضانة، واعترضه الشيخ الرهوني في حاشيته بأنه لم يره منصوصاً قال: والجاري على ما يأتي من سكوت الشفيع أنه لا يعذر بالجهل بالحكم اهـ.

قلت: قد يقال من حفظ حجة على من لم يحفظ ولا يقاس سكوت الحاضنة على سكوت الشفيع لشهرة حكم سكوت الشفيع عند الناس دون حكم سكوت الحاضنة والله أعلم. ثم إذا سكت العام فهل تسقط حضانتها وحضانة من علم أيضاً وهو في المرتبة بعدها كما قالوا في الشفعة: إن سكوت الأقرب يسقط شفعته وشفعة من علم وهو في المرتبة بعده أو لا تسقط في الحضانة إلا حضانة الأقرب، ويستأنف للأبعد عام آخر كما في الفائق عن ابن زرب ونحوه في البرزلي عن أحكام الشعبي، ونقله الشيخ أحمد بابا مسلماً اهـ. وتقدم أن من خالع زوجته على أن تسقط هي وأمها الحضانة أنها لا تسقط في الجدة لأنها أسقطت ما لم يجب لها وهذا إذا لم يقل في الوثيقة ثم بعد إسقاط الأم أسقطت الجدة حقها، وإلاّ فلا كلام لها انظر ما تقدم في الخلع ومحل سقوط الحضانة بالتزوج إذا لم يتعلق الولد بأمه، ويكون عليه ضرر في نزعه منها، وإلا لم تسقط حضانتها ولم ينزع منها للضرر اللاحق في الولد، وقد نص (ز) أيضاً على هذا عند شرحه للنص المتقدم عند قوله: إلا لكمرض أو موت جدة الخ. وبه يعلم أن الرضيع لا ينزع من أمه إن طلقت وتزوجت لما عليه في ذلك من الضرر الفادح، وكذا قريب الفطام حيث اعتلق بها ولم يصبر عنها، وقد شاهدنا كثيراً من الناس يطلب نزع الرضيع من مطلقته إن تزوجت فيمتع من ذلك لما يخاف من موت الولد، ولا سيما إن كان الأب فقيراً إذ لا يجد في الغالب من يرضعه ويقوم به كأمه، وإن وجده في وقت فلا يجده في وقت آخر فيؤدي ذلك لضياع الولد كما وقع ذلك بالمشاهدة، بل ولا يجوز الخلع حينئذ على إسقاط حضانتها للولد المذكور ولو تراضيا عليه كما قدمناه في الخلع.

وما سُقُوطُهَا لِعُذْرٍ قَدْ بَدَا
وَارْتَفَعَ الْعُذْرُ تَعُودُ أَبَدَا

(وما) موصولة واقعة على الحضانة مبتدأ (سقوطها) مبتدأ (لعذر) يتعلق بالخبر الذي هو قوله (قد بدا) والجملة صلة ما (وارتفع العذر) جملة من فعل وفاعل معطوفة على جملة الصلة (تعود أبداً) خبر الموصول، والتقدير والحضانة التي سقوطها قد بدا لعذر من مرض أو انقطاع لبن أو حجة فرض أو سافر بها جدها وهو جد الصبيان أو غيره من الأولياء غير طائعة، ولا يمكنها حمل المحضون معها أو جهلت أن الحق انتقل في الحضانة لها أو سافر الولي بالمحضون سفر نقلة أو خرجت لطلب ميراثها وارتفع ذلك العذر بأن برئت من المرض أو رجع إليها لبنها أو رجعت من سفر الحج والزوج، أو علمت أن الحق في الحضانة لها، أو رجع الولي من سفره بالمحضون، أو رجعت من طلب ميراثها فإن الحضانة تعود لها في ذلك كله لأنها تركت حقها في الحضانة في ذلك كله بغير اختيارها،

فهي معذورة وحقها إنما سقط حال وجود العذر، فإذا زال رجعت إليها الحضانة إلا أن تتركه بعد زوال العذر حتى طال الأمد السنة ونحوها مختارة فلا تأخذه ممن هو بيده أو يكون ألف من هو عندها أو شق نقله عنها كما مرّ في البيت قبل هذا.

تنبيهان. الأول: يفهم من قولهم: إذا خرجت الحاضنة لطلب ميراثها لا تسقط حضانتها أنها إذا خرجت للصيفية ولقط السنبل لفقرها كذلك لا تسقط حضانتها أيضاً. وفي البرزلي: إذا أرادت الخروج للصيفية ولقط السنبل ومنعها الأب من الخروج بالمحضون فإن ذلك له، ويكون المحضون عنده مدة غيبة الحاضنة في الصيفية فإذا رجعت أخذته من الأب. ابن رشد: ويحتمل أن لا يقضى للأب بمنعها من الخروج به على ما جاءت به الرواية أن لها الخروج به للمسافة القريبة التي لا تقصر فيها الصلاة. قال: وأما خروج المطلقة في العدة والمتوفى عنها لجمع السنبل فلها ذلك إن كانت محتاجة اهـ. وقال: أعني البرزلي قبل هذا ما نصه: وسئل أبو محمد المرسي عن من طلق زوجته وله منها بنات فخرجت بهن للصائفة يعني بغير إذنه أتسقط النفقة عنه مدة مقامها بهن هناك أم لا؟ فقال: ذلك ساقط عنه مدة إقامتها بهن زمن الصائفة اهـ. قال البرزلي: هذا ظاهر إن قلنا إن الحضانة من حقها، وإن قلنا إنها حق للولد أو حق لله فيجب رجوعها عليه بنفقتهن وهي تجري عندي على مسألة المحجور إذا خرج به وليه لحج الضرورة أو لغير ضرورة، وعلى خروج المرأة لزيارة أهلها أو لتطوع حج هل نفقتها واجبة أو لا؟ وأما القدر الزائد لأجل السفر فلا خلاف أنه ساقط عنه اهـ.

قلت: ويؤيد رجوعها عليه في مسألة الخروج للصائفة ما مرّ عن ابن رشد من قوله: ويحتمل الخ. وذكر (ح) آخر الباب الثاني من التزاماته ما نصه: اختلفوا في سقوط النفقة عن الأب إذا خرجت بهم إلى المكان القريب الذي يجوز لها الخروج بهم إليه ولا تسقط حضانتها فقال في ضيح، قال ابن راشد القفصي: حيث قلنا تخرج بهم فحقهم في النفقة باق على أبيهم في ظاهر المذهب، وحكي في الطراز عن ابن جماهير الطليطلي أن الأم إذا خرجت ببنيها للصائفة يسقط الفرض عن أبيهم مدة مقامهم اهـ. قال (ح): واقتصر ابن عرفة على ما حكاه صاحب الطرر ورجح في الشامل الأول، وحكى الثاني بقيل اهـ. وقد تبين بهذا رجحان القول بعدم سقوط نفقتهم عن أبيهم في خروجها بهم لقريب المكان الذي لا تقصر فيه الصلاة كما مر عن ابن رشد وكما قاله القفصي عن ظاهر المذهب، ورجحه في الشامل والله أعلم.

الثاني: إذا ترك الأب ولده عند حاضنته بعد تزوجها سنة فأكثر فليس له نزعه منها، بل يتركه عندها وتجب عليه نفقته، اللهم إلا أن يثبت تضييع الحاضنة للولد أو كون زوجها يستخدمه ويستعمله فله نزعه حينئذ قاله ابن رشد، ونقله ابن البرزلي أيضاً.

وهي عَلَى المَشْهُورِ لاَ تَعُودُ إنْ
كانَ سُقُوطُهَا بِتَزْوِيجٍ قَمِنْ

هذا مفهوم قوله في البيت قبله لعذر، والمعنى أن سقوط الحضانة إذا كان لغير عذر كما لو تزوجت بعد أن انتقلت الحضانة لها أو أسقطت حقها منها بعد وجوبها لها أو سكتت عاماً بعد انتقالها إليها مع علمها بذلك، فإن الحضانة لا تعود لها في ذلك كله، ولو زال التزويج في المسألة الأولى بطلاق أو موت أو فسخ وأراد بالتزويج الحقيقي وهو دخول الزوج إذ لا تسقط حضانتها قبله وشمل قوله: تزويج ما حدث بعد الانتقال كما قررنا، وما كان موجوداً وقت الانتقال فإذا تزوجت الأم والجدة متزوجة أيضاً بأجنبي وانتقلت الحضانة للخالة مثلاً ثم تأيمت الجدة، فإنه لا ينزع من الخالة ويرد للجدة على المشهور كما قاله البدر، لأن الجدة لما اتصفت بالمانع وقت تزوج الأم انتقل الحق لغيرها وتعلق حق ذلك الغير بها وما في (ز) عند قوله: أو ولياً كابن العم مما يقتضي نزعه من الخالة ورده للجدة في المثال المذكور ونحو في (ت) ههنا حاكياً عليه الاتفاق مردود بما تقدم عن البدر، كما نبه عليه بعض المحشيين والتعليل المتقدم الذي نقله (ز) وغيره عند قول المتن ولا تعود بعد الطلاق شاهد للمشهور المذكور، وظاهر النظم أنها لا تعود حيث سقطت بتزويج ولو ماتت الحاضنة التي بعدها بعد تأيم المتزوجة، وهو كذلك على المشهور عند ابن سلمون ونصه: ولا تعود الحضانة لها إن طلقت بعد ذلك على القول المشهور، وهي رواية ابن القاسم عن مالك في المدونة والعتبية، وقيل عنه في غيرهما أنها تعود إن طلقها الزوج أو مات عنها. قال ابن رشد: وهو قول المغيرة وابن دينار وابن أبي حازم، ووجه هذا القول إنه رأى أن التزوج من الأمور الضروريات فجعله عذراً كالمرض وانقطاع اللبن قال: وقد قيل إن حقها في الحضانة يسقط بالتزوج إلا في جهة من حضن الولد في حال كونها مع الزوج فإن خلت من الزوج ثم مات ذلك الحاضن كان لها أخذ ولدها، وكانت أحق بحضانته من غيرها اهـ. الغرض منه وبالقول الأول صدر ابن رشد وغيره، ولما نقل ابن

عبد السلام هذه الأقوال قال: وهذا القول الثالث راجع عندي إلى القول الثاني المقابل للأول. قال اليزناسني في شرحه لهذا المحل: هذا القول الثالث نقله في ضيح عن الموازية وابن محرز والمتيطي، وعليه اقتصر في مختصره حيث قال: ولا تعود بعد الطلاق إلا لكمرض أو لموت جدة والأم خالية الخ. فاستثنى من عدم العود موت الجدة والأم خالية، وليس هذا القول الثالث مشهوراً على ما عند ابن الحاجب وابن عبد السلام وغيرهما كما في ابن عرفة وابن سلمون قال: وقد وقعت مثل هذه النازلة فأفتى فيها بعضهم بما في المختصر فنازعته وقلت له: إن ذلك القول غير مشهور، بل المشهور على ما نقله ابن الحاجب وابن عاصم وغيرهما أن التزوج يسقط الحضانة جملة فلا تعود لها أبداً حسبما تقدم اهـ. كلام اليزناسني بتقديم وتأخير واختصار، وبالجملة فما في المختصر ضعيف نقلاً ونظراً أما الأول فظاهر مما مر، وأما الثاني فلأن الأم بتزوجها كانت مختارة لإسقاط حقها، والحاضنة إذا أسقطت حقها لا تعود لها مطلقاً كما مر.

وَحَيْثُ بِالمَحْضُونِ سَافَرَ الْوَلِي
بِقَصْدِ الِإسْتِيطَانِ وَالتَّنَقُّلِ

(وحيث) ظرف مضمن معنى الشرط معمول لجوابه و(بالمحضون) يتعلق بقوله (سافر الولي) والجملة في محل جر بإضافة حيث (بقصد الاستيطان والتنقل) يتعلق بمحذوف حال.

فَذَاكَ مُسْقِطٌ لِحَقِّ الحَاضِنَهْ
إلاَّ إذَا صَارَتْ هُنَاكَ سَاكِنَهْ

(فذاك) مبتدأ (مسقط) خبره (لحق الحاضنة) يتعلق به والجملة جواب حيث (إلا) استثناء (إذا) ظرف مضمن معنى الشرط (صارت هناك ساكنة) في محل جر بإضافة إذا، وجواب إذا محذوف للدلالة عليه أي: فلا تسقط حضانتها.

ومعناه أن الولي أباً كان أو وصياً أو غيرهما من أخ أو عم ونحو ذلك إذا أراد السفر بالمحضون بقصد الانتقال والاستيطان في البلد المنتقل إليه، فإن ذلك السفر مسقط لحق الحاضنة في جميع الأحوال إلا في حالة واحدة وهي أن تنتقل مع محضونها وتصير ساكنة معه في البلد المنتقل إليه فإن حضانته لا تسقط حينئذ، وأطلق الناظم في المحضون فظاهره ولو رضيعاً، وهو كذلك على المشهور حيث قبل غير أمه وأطلق أيضاً في الاستيطان فظاهره ولو سنة. وفي الشامل: وهل يحصل الاستيطان بسنة أو لا؟ قولان. وأطلق أيضاً في الولي، والمحضون فظاهره ولو كانا عبدين وليس كذلك بل لا بد أن يكونا حرين فلو كانا عبدين أو أحدهما لم يكن الحكم ما ذكره، وأطلق في السفر فظاهره ولو أقل من ستة برد وليس كذلك، بل لا بد أن يكون سفره ستة برد فأكثر وإلا لم ينزعه منها على المعتمد لإمكان النظر مع قرب المسافة، وفهم من قوله بقصد الاستيطان أن سفره إذا كان لتجارة أو نزهة لا ينزع منها وهو كذلك، وكذلك إذا سافرت هي بقصد النزهة أو التجارة أو طلب ميراثها فإنه لا ينزع منها، بل تأخذه معها إن قرب وإن بعد كستة برد فللأب أو الولي منعها كما مر، فإن سافرت بغير إذنه في البعيد فنفقة الولد عليها كما أشار له (خ) بقوله في العدة: كنفقة ولد هربت به الخ. وفهم من قوله بقصد الاستيطان أنه يصدق في دعوى الاستيطان مع يمينه، إذ لا يعلم قصده لذلك إلا من قبله وهو كذلك على المعتمد. قال في الشامل: ولا يكلف أن يثبت ببلد الحاضنة أنه قد استوطن البلد الذي رحل إليه على الأرجح، بل يحلف على ذلك فقط اهـ. ونحوه في (خ) فما في (ت) و(م) عن ضيح من أنه يكلف بإثبات ذلك عند الحاكم لا يعود عليه، وبقي على

الناظم شرطان: وهما أن يكون البلد المنتقل إليه مأموناً تجري فيه الأحكام الشرعية على مقتضاها، وأن يكون الطريق مأموناً فيه على نفسه وماله وعلى المحضون، وهذان الشرطان لا بد من إثباتهما وهما مشترطان أيضاً في سفر الزوج لزوجته كان سفره للاستيطان أم لا. ويزاد عليهما شروط كونه مأموناً في نفسه محسناً إليها. قال في العتبية: إذ ليس له أن يخرجها لذلك البلد ثم يطعمها شرك الحيتان، وظاهر كلام المعين أنه محمول على الإساءة وعدم الأمانة عند الجهل، وهو الذي لأبي محمد صالح، وبه جزم ابن ناجي قائلاً: وبه حكمت غير ما مرة، واقتصر عليه ناظم العمل المطلق حيث قال:

ومن له زوج أراد يظعن

يثبت أنه إليها يحسن
الخ.

والذي لابن رشد والباجي أنه محمول على الأمانة وعدم الإساءة حتى يثبت خلافها، واقتصر عليه ابن عرفة والوانوغي والفشتالي في وثائقه وكان هذا ينظر للأصل الذي هو عدم العداء والأول ينظر للغالب إذ الغالب في الناس الجرحة وعدم الأمانة، والقاعدة أنه إذا تعارض الأصل، والغالب فالحكم للغالب وكون البلد المنتقل إليه قريباً ولا يضبط القرب بستة برد، ولا بأقل. بل بحيث لا يخفى على أهلها خبرها، وهذا الشرط ذكره أبو إبراهيم مقيداً به المدونة.
ونقله أبو الحسن مسلماً. وخالف فيه البرزلي وابن ناجي فلم يشترطاه وأبقيا المدونة على ظاهرها وكونه حراً وهي حرة أيضاً، وكونها قادرة على الركوب أو المشي، وكونها صحيحة لا مريضة، وأن يكون قد دخل بها وإلاَّ فلأهلها ولها المنع حتى تزف إليه فإن توفرت هذه الشروط وقالت: لا أرتحل معه حتى آخذ صداقي فإن كان قد بنى بها فلا يلتفت إلى قولها حيث كان عديماً به لأنه دين في ذمته، والفرض أن البلد المنتقل إليه تجري فيه الأحكام الشرعية، وأما إن كان موسراً فظاهر المدونة كذلك، والذي لابن يونس وارتضاه بعض قائلاً وهو المعول عليه أن لها الامتناع حتى تقبضه لأنه إذا كان موسراً لا يلزمها تأخير قبضه للبلد المنتقل إليه. قال ابن ناجي: وظاهر المدونة أن الحضرية مع توفر الشروط تخرج إلى القرى كعكسها وهو ظاهر كلامهم، وبه أفتى أبو عبد الله محمد ابن أمير المؤمنين أبي العباس أحمد، وأفتى الشيخ أبو القاسم الغبريني وأبو علي بن قداح وبعض شيوخنا وشيخنا حفظه الله بعدم خروجها حيث يكون عليها معرة أو مضرة وبه أقول اهـ.
قلت: وكثيراً ما يقع النزاع في إخراج الحضرية من فاس أو غيرها من الحواضر إلى أهل العمود أو بعض القرى، وقد كنت رأيت بعض القضاة لا يحكم بإخراجها، ولعل مستنده ما مر ولا سيما في هذه الأزمنة التي كثر فيها السرقة والغصب في القرى فضلاً عن أهل العمود فهي لا تخلو عن مضرة فضلاً عن المعرة.

وَيُمْنَعُ الزَّوْجَانِ مِنْ إخْرَاجِ مَنْ
مِنْ حِينِ الابْتِنَاءِ مَعْهُمَا سَكَنْ
(ويمنع الزوجان) نائب فاعل يمنع بضم الياء (من إخراج) يتعلق بيمنع (من) موصول مضاف إليه (من حين الابتناء معهما) بسكون العين وهو والمجروران قبله يتعلقان بقوله: (سكن) والجملة صلة الموصول.
منْ ولدٍ لِوَاحِدٍ أوْ أمِّ
وفي سِواهُمْ عكْسُ هاذَا الحُكْمِ
(من ولد) بيان للموصول المذكور (لواحد) نعت لولد (أو أم) معطوف على ولد (وفي سواهم) خبر عن قوله: (عكس هذا الحكم) والضمير في سواهم عائد على من الموصولة وجمع الضمير باعتبار معنى ما وقعت عليه والتقدير، ويمنع الزوجان من إخراج ولد أو أم لأحدهما سكن معهما من حين الابتناء، فإذا بنى الرجل بزوجته ومعها ولدها صغير أو وجدت هي عنده ولداً له صغيراً وسكن

ذلك الولد معهما، ثم أراد أحدهما إخراج ولد الآخر فليس ذلك له ولا لها ويجبر الممتنع منهما على السكنى مع ذلك الولد، لأنه قد أسقط حقه فيه بسكوته حين سكناه وقت الابتناء، وكذلك أم أحدهما إذا سكنت معهما من حين الابتناء، ثم امتنع أحدهما من بقائها ساكنة معهما فإنه لا كلام له على ما في النظم وهو معترض كما يأتي، وأشار بقوله وفي سواهم الخ. إلى مفهوم ولد أو أم وإلى مفهوم من حين الابتناء أي: فإذا كان قريب أحد الزوجين غير ولد ولا أم بل كأخ أو ابنه أو كان ولداً أو أماً ولم يسكن معهما من حين الابتناء، ولكن أراد أحدهما أن يأتي بعد الابتناء بولده أو أمه ليسكن معهما وأبى الآخر، فإن الآبي لا يجبر على سكناه معه، وظاهر النظم أنه لا يجبر ولو لم يكن للولد أو للأخ مثلاً حاضن وليس كذلك، بل إنما لا يجبر الممتنع على سكناه معه حيث لم يدخل عليه ابتداء إذا كان للولد حاضن يمكن دفعه إليه كما قاله ابن زرب وغيره، وإلا أجبر الممتنع على سكناه معه، وإن لم يدخل عليه ابتداء وظاهره أيضاً أن الأم كالولد في التفصيل المذكور بين أن تسكن الأم معهما في حين الابتناء

فلا كلام لواحد منهما في إخراجها عنهما أو لا. فلكل منهما إخراجها وليس كذلك أيضاً. بل لكل منهما إخراجها مطلقاً كانت معهما حين الابتناء أم لا. ولو حلف أن لا يخرج أمه عن زوجته لم يعذر بذلك وحمل على الحق أبره ذلك أو أحنثه قاله ابن الماجشون. اللهم إلا أن تكون وضيعة القدر أو ذات صداق يسير أو شرط عليها السكنى مع أهله كما المتيطي وغيره، فإنها تجبر على السكنى مع أهله.
وقد تحصل أن الأولاد يفرق فيهم بين الابتناء وعدمه، وأن الأم وغيرها من الأقارب يفرق فيهم بين الوضيعة وغيرها. وقد أجاد (خ) في المسألة حيث قال: ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلا الوضيعة كولد صغير لأحدهما إن كان له حاضن إلا أن يبني وهو معه اهـ. إلا أنه أطلق في الوضيعة وهو مقيد بما إذا لم يتحقق ضرر أهله بها وإلاّ فتعزل عنهم، وكذا ذات الشرط والصداق اليسير فإنه إذا تحقق الضرر وثبت وجب العزل، وأما غيرهن فلا يلزمهن السكنى معهم، وإن لم يثبت ضرره ولا تحقق. وهذا كله إذا لم يدع الزوج الخوف عليها من فعل المكروه إذا عزلت عن أهله، ولا سيما حيث كانت غير مأمونة كما هو الغالب في نساء زمننا اليوم، وإلاّ فليجتهد القاضي في ذلك فيسكن الوضيعة ومن معها في ثبوت ضررهم بها مع ثقة له امرأة أمينة أو فيسكنهما بين قوم صالحين قاله ابن رحال.
قلت: وهو ظاهر فإن أثبت الوضيعة ومن معها ضررهم بشهادة من سكنها معهم زجر الظالم بالسجن والضرب، ولا يعزل واحدة منهن عن الأهل، لأن غالب النساء في هذا الزمان يرمن الانفراد ليتوصلن للمكروه والفساد. وانظر ما مر في ضرر الزوجين، والله أعلم.

باب البيوع

أتى بجمع الكثرة لتعدد أنواع البيع لأن الذوات المبيعة إما عيناً بعين أو عرضاً بعرض أو عيناً بعرض وبالعكس، فالعين بالعين إن كانت نوعاً واحداً كالفضة بمثلها والذهب بمثله يشترط فيهما أمران: التناجز والتساوي، ثم إن بيعت

بالميزان سمي ذلك مراطلة، وإن بيعت بالعدد سمي مبادلة، وإن كانت نوعين كذهب بفضة اشترط فيهما التناجز فقط ويسمى صرفاً وحكم بيع الطعام بالطعام كالعين في الشروط المذكورة، كما يأتي للمصنف في فصلي بيع الطعام وبيع النقدين؛ وأما العرض بالعرض وهو ما سوى العين والطعام وما سوى الأصول أيضاً على ما عند الناظم كما يأتي في فصله، فيشترط أن لا يؤجلا معاً لأنه من الدين بالدين المنهى عنه فإن عجلا معاً صح بجميع وجوهه كان أجل أحدهما وعجل الآخر، ويسمى حينئذ سلماً إن توفرت شروطه كما يأتي في فصل السلم، وكذا حكم العين بالعرض يمنع تأجيلهما، ويجوز تعجيلهما وإن عجلت العين دون العرض يسمى سلماً، وبالعكس يسمى بيعاً لأجل قاله ابن بشير وغيره، فعبر الناظم بلفظ الجمع إشارة إلى أنه أنواع ستة المذكورة في قوله: ما يستجاز بيعه الخ. وكلها داخلة في التقسيم المتقدم وتكون صحيحة وفاسدة، ثم إن البيع مما يتعين الاهتمام بمعرفة أحكامه لعموم الحاجة إليه إذ لا يخلو المكلف من بيع وشراء فيجب أن يعلم حكم الله فيه قبل التلبس به، قال ابن العربي في القبس على موطأ مالك بن أنس: البيع والنكاح عقدان يتعلق بهما قوام العالم لأن الله سبحانه خلق الإنسان محتاجاً إلى الغذاء ومفتقراً إلى النساء وخلق له ما في الأرض جميعاً، ولم يتركه سدى أي هملاً يتصرف كيف شاء فيجب على كل مكلف أن يعلم ما يحتاج إليه من بيع أو غيره، ثم يجب عليه أن يعمل بما علم فيتولى أمر شرائه وبيعه بنفسه إن قدر وإلاَّ فغيره بمشورته ولا يتكل على من لا يعرف الأحكام أو يعرفها ويتساهل في العمل بمقتضاها اهـ. وفي القباب: لا يجوز للإنسان أن يجلس في السوق حتى

يتعلم أحكام البيع والشراء فإن علم ذلك حينئذ فرض واجب عليه، ولا يجوز أن يعطي قراضاً لمن لا يعرف أحكامه، ولا أن يوكل الذمي على البيع ونحوه. ولا أن يشاركه إلا إذا لم يغب عنه.

والبيع لغة مصدر باع الشيء إذا أخرجه عن ملكه بعوض أو أدخله فيه فهو من أسماء الأضداد يطلق على البيع والشراء كالقرء يطلق على الحيض والطهر، لكن لغة قريش كما للزناتي في شرح الرسالة استعمال باع إذا أخرج واشترى إذا أدخل. قال: وهي أفصح. وعلى ذلك اصطلح العلماء تقريباً للفهم. وقال الجزولي في شرح الرسالة: إن كل واحد من المتعاوضين بائع لما خرج من يده مشتر لما أخذ من يد غيره، واصطلح الفقهاء أن آخذ العوض يسمى مشترياً وآخذ العين يعني الدنانير والدراهم يسمى بائعاً اهـ. قال ابن عبد السلام: ومعرفة حقيقته ضرورية حتى للصبيان أي: وما كان كذلك لا يحتاج إلى تعريف إذ إنما يحتاج للتعريف الأمور النظرية. ورده ابن عرفة بأن المعلوم ضرورة هو وجوده عند وقوعه لكثرة تكرره ولا يلزم منه علم حقيقته ثم قسمه إلى أعم وإلى أخص فقال: البيع الأعم عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة فتخرج الإجارة والكراء والنكاح وتدخل هبة الثواب والصرف والمراطلة والسلم ثم قال: والغالب عرفاً أخص منه بزيادة ذو مكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه فتخرج الأربعة اهـ.

وقوله: ولا يلزم منه علم حقيقته الخ. قد يقال: يلزم من وجود الحقيقة وتكرر وقوعه بين يديه علمها فتأمله. ولما ذكر البرزلي حد ابن عرفة واعتراضه على ابن عبد السلام وعلى من عرفه بأنه دفع عوض في عوض، وبأنه نقل الملك بعوض قال ما نصه: ظاهر هذه الاعتراضات تدل على طلب علم حقيقة الشيء

وماهيته في هذا الباب وغيره مع أن حقائق الأشياء لا يعلمها إلا الله فهو المحيط بها من جميع الجهات فهو العالم بما يصلحها والمطلوب في معرفة الحقائق الشرعية وغيرها إنما هو تمييزها من حيث الجملة عما يشاركها في بعض حقائقها حتى

يخرج منها ما يسري إلى النفس دخوله مثل أن يقال: ما الانسان؟ فيقال: منتصب القامة فيحصل له تمييزه عن بقية الحيوانات التي يسرع إلى النفس دخولها في الإنسان لا عن كل حقيقة لأنه يدخل فيه الحائط والعمود وكل منتصب القامة، لكن لما كان غير مقصود بهذا الكلام ولم يقع الاحتراز منه. قال بعض حذاق المنطقيين: وهذا المعنى كثيراً ما يقع من حكماء المتقدمين لأن قصدهم التنبيه على ما يحسن به التمييز في النفس ولو بأدنى خاصية فيعترض عليهم المتأخرون لاعتقادهم أنهم يأتون بالحقائق التي تشتمل على جميع الذاتيات وهم لا يقصدن ذلك لأنه لا يعلم حقائق الأشياء إلا الله سبحانه، فكل من عرف البيع ونحوه بما عرفه به إنما هو تصور معرفة الماهية من حيث الجملة لا من جميع جهاتها والله أعلم اهـ كلام البرزلي. وبه يسقط اعتراض ابن عرفه على غيره، واعتراض غيره عليه في بعض حدوده كاعتراض (ح) عليه في حده المتقدم وغيره. الغرناطي: تذكر في الوثيقة تسمية المتبايعين وما به يعرفان من صفاتهما وتذكر البيع وموضعه وحدوده وتذكر حقوقه ومرافقه وشجره وشرب ما له شرب ووصف المبيع وعدم شرط الثنيا والخيار وقدر الثمن وصفته، وقبض البائع له أو حلوله أو تأجيله إلى مدة لا تجاوز أربعين عاماً، ومعرفة المتبايعين بقدر ذلك وحلول المبتاع محل التبايع، والتبرىء من العيوب ورضا المبتاع بما حاشا الوظائف فلا تعقد التبرىء منها إلا بعد تمام البيع كالثنيا وتذكر عقد الإشهاد على المتبايعين ووصفهما بالطوع والصحة والجواز، وتضمن في بيع الأب على ابنه الصغير معرفة صغر الابن أو كونه في حجره بتجديد سفه أو تقديم قاض إن كان كبيراً، وإن باع ذلك لنفسه ذكرت معرفة حاجته، ولا بد أن تقول فيه ممن يعرف أصل المال للابن وابتياعه بمال وهبه له جائز، وإن لم تعرف الهبة قبل ذلك ولا يثبت التوليج إلا بإقرار المشتري وتضمن في بيع الوصي معرفة الإيصاء ومعرفة السداد في الثمن والوجه الذي يبيع ذلك

لأجله، وتضمن في بيع الحاضن معرفة الحاضنة وصغر المحضون وفاقته وتفاهة المبيع. وأنه أحق ما يباع عليه، والسداد في الثمن وأنه عشرون ديناراً فأقل ومعاينة قبض الثمن، وتضمن في بيع الوكيل معرفة الوكالة ولا بد من معاينة القبض في كل من قبض لغيره كالوصي والوكيل والحاضن، وكذلك قبض المحجور نفقته أو مالاً لاختباره في التجر، وقبض العانس صداقها والأصم والأبكم اهـ.

أما تسمية المتبايعين فلا بد منها لأنهما ركنان فإن سقط واحد منهما بطل الرسم، وأما ما يعرفان به من صفاتهما فإنما ذلك عند عدم معرفتهما فإن سقطت المعرفة والتعريف والوصف بطل الرسم كما مر عند قوله: وغالب الظن به الشهادة. الخ (خ): ولا على من لا يعرف إلا على عينه وصفته وحليته، وأما ذكر المبيع وموضعه فلا بد منه، فإن سقط بطل الرسم. وأما حدوده فإن

سقوطها لا يضر كما يأتي في قوله: وناب عن حيازة الشهود الخ. لأنه قد يشهد بالحدود غيرهما فلا يفسد البيع بعدم ذكر الحدود كما يأتي قريباً في التنبيه الثاني، وأما ذكر حقوقه ومرافقه فلا يضر سقوطها بحال، وكذا ذكر شجره لأن ذكر الأرض يتناولها كما يأتي عند قوله: كذا قليب الأرض للمبتاع. وأما شرب الماء فلا بد من ذكره وإلاَّ لم يدخل إلا إن كان عيناً أو بئراً في وسط الأرض، كما يأتي في البيت المتقدم. وأما وصف المبيع فإنما يحتاج إليه إذا كان غائباً عن موضع العقد، فإن وصف حينئذ وإلاَّ بطل البيع، وأما عدم شرط الثنيا والخيار فلا يضر سقوطه أيضاً لأن الأصل عدم ذلك، وأما قدر الثمن فلا بد من ذكره، فإن سقط فيجري على ما مر عند قوله في الشهادة: ولم يحقق عند ذاك العدد. وأما قبض البائع له. فلا يضر سقوطه والأصل هو بقاؤه كما يأتي في اختلاف المتبايعين، وكما يأتي في التنبيه الثالث عند قوله: بأضرب الأثمان والآجال. وأما حلوله أو تأجيله فإنهما إن سقطا لم يضر، ويحمل على الحلول كما يأتي في اختلاف المتبايعين أيضاً، وكذا حلول المبتاع

محل البائع لا يضر سقوطه أيضاً لأن العقد يوجبه كما يأتي في الاعتصار عند قوله: وحيث جاز الاعتصار يذكر الخ. وكذا التبرىء من العيوب لأن الأصل عدم وجودها وسيأتي عند قول الناظم: والبيع مع براءة إن نصت الخ. فراجعه هناك. وأما قوله: ورضا المبتاع بما حاشا الوظائف الخ. الوظائف: جمع وظيفة وهي ما قدر على الأرض من الخراج والمغرم، فلا يجوز بيع الأرض بشرط أن يتحمل المبتاع ما عليها من المغرم والخراج على مذهب ابن القاسم، وبه العمل كما في ابن سلمون، وإذا لم يجز ذلك في صلب العقد فيجوز التطوع به كالثنيا كما يأتي ذلك في فصلها إن شاء الله. وأما قوله: وتذكر عقد الإشهاد على المتبايعين الخ. فمراده أنك تقول في آخر الوثيقة شهد على إشهادهما بما فيه عنهما الخ. فإن لم تذكر إشهاداً لا في صلب الوثيقة ولا في آخرها، وإنما قلت تشهد بمعرفة فلان وأنه قد باع أو ابتاع كذا أو شرط كذا أو تطوع بكذا فإن شهادته لا تجوز إن لم يقل إن علمه لذلك بإشهاد فلان له عليه به إلا إن كان عالماً بما تصح به الشهادة، وكان من أهل العلم والتبريز فتجوز حينئذ، ويحمل على أنه علم ذلك بإشهادهما كما قاله في أوائل هذه الوثائق، وتقدم الكلام على هذا عند قوله: وغالب الظن به الشهادة. وسيأتي في الحبس أنه لا بد من الإشهاد في كل ما ليس فيه معاوضة، وأما ذكر الطوع والجواز والصحة فإنه لا يضر سقوطه لأنه الأصل ومن ادعى خلافها فعليه البيان كما يأتي في اختلاف المتبايعين حيث قال:

وبيع من رشيد كالدار ادعى
بأنه في سفه قد وقعا... الخ

وكما تقدم في تعارض البينتين عند قوله: وقدم التاريخ ترجيح قبل الخ. وأما معرفة صغر الابن في بيع الأب عليه، فالظاهر أنه لا يضر سقوطه أيضاً لأن المشتري يدعي صحة العقد بسبب صغر الابن والابن يدعي فساده، وتقرر أن القول لمدعي الصحة كما يأتي في قوله: والقول قول مدع للأصل. وكما تقدم في تعارض البينتين أيضاً، وأما معرفة حاجة الابن في شراء الأب متاع ابنه فلا

بد منها للتهمة كما يأتي في فصل مسائل من أحكام البيع عند قوله: وفعله على السداد يحمل. الخ. وأما معرفة أصل مال الابن فلا يضر سقوطها كما نبه عليه بقوله: وابتياعه بمال وهبه الخ. انظر فصل التوليج من اللامية، وانظر ما يأتي عند قوله: وبيع من حابى من المردود الخ. وأما معرفة الإيصاء ومعرفة السداد في الثمن فسقوطها مضر كما يأتي في قوله:

وبيع من وصي للمحجورإلا لمقتضى من المحظور

وكذا معرفة الحاضنة لا بد منها مع شروط أخر تأتي عند قوله: وجاز بيع حاضن الخ. وأما صغر المحضون؛ فيجري فيه ما تقدم قريباً، وأما معاينة القبض في كل من قبض لغيره حاضناً كان أو غيره فلا بد منها وإلا لم يبرأ الدافع من الثمن كما قال (خ) في الوكالة: وإن قال قبضت وتلف بريء ولم يبرأ الغريم إلا ببينة الخ. وكذا لا بد من معاينة القبض في بيع الأصم والأبكم وإلاَّ لم يبرأ الدافع، وكذا لا بد من معرفة الوكالة ولا بد أن تكون بإشهاد من الموكل، وإلا لم تصح كما يأتي في الحبس عند قوله: ونافذ تحبيس ما قد سكنه الخ. قال: أعني الغرناطي أول وثائقه: والإشهاد واجب على كل من باع شيئاً لغيره، فإن لم يشهد ضمن اهـ. وتقدم نحو هذا في باب اليمين عند قوله: والبالغ السفيه بان حقه الخ. وأن كل من ولي معاملة لغيره فإنه يحلف إن توجهت عليه اليمين وإلاَّ غرم وما ذاك إلا لعدم إشهاده.

(وما شاكلها) أي شابهها في كونه عقد معاوضة وذلك كالمقاصة والحوالة والشفعة والقسمة والإقالة والتولية والتصيير والسلم، ونحو ذلك مما أدمجه الناظم في هذا الباب، وفصل بين أنواعه بالفصول دون الأبواب، وليس المراد بما شاكلها الفصول الستة المشار لها بقوله: أصول أو عروض أو طعام. إلى قوله: أو حيوان، لأن هذه الفصول الستة هي التي جمعها أولاً بقوله البيوع خلافاً لـ (ت) ومتبوعه حيث أدخل الصرف ههنا.

ـــ ما يُسْتَجَازُ بَيْعُهُ أَقْسَامُ
أُصُولٌ أَوْ عُروضٌ أَوْ طَعَامُ

(ما يستجاز) أي ما يعد بيعه جائزاً أو ما يوجد بيعه جائزاً، فالسين والتاء للعد أو للإصابة والوجدان كاستحسنه واستعظمه واستغفله أي وجده كذلك أو عده قاله (ت) عن التسهيل. ويحتمل أن يكونا زائدتين أي ما يجوز (بيعه) في نظر الشارع صلوات الله وسلامه عليه. (أقسام) ستة (أصول) كالدور والأرضين والبساتين والفنادق والحوانيت ونحوها (أو عروض) كالثياب والسلاح ونحوهما (أو طعام) كالبر والسمن ونحوهما من بصل وملح وغيرهما.

ـــ أَوْ ذَهَبٌ أَوْ فِضَّةٌ أَوْ ثَمَرُ
أَوْ حَيَوانٌ والْجميعُ يُذْكَرُ

(أو ذهب أو فضة) بأن يباع أحدهما بصنفه وهو المراطلة أو المبادلة أو أحدهما بالآخر وهو الصرف كما مر قريباً. (أو ثمر) كالفواكه والمقاثي والبقل، وأفردها عن الطعام لما اختصت به من اشتراط بدو الصلاح في جواز بيعها، وغير ذلك. (أو حيوان) كالرقيق والدواب والأنعام والطير والوحش (والجميع) أي: وكل واحد منها (يذكر) في فصل على حدته مع الأحكام المختصة به كالعيوب

الموجبة للقيمة في الأصول والرد في العهدتين في الرقيق والحيوان والربا في النقدين والطعامين ونحو ذلك، فهذه فائدة تقسيم المبيعات إلى الأقسام الستة المذكورة، ثم إن أصل البيع الجواز إجماعاً لقوله تعالى: وأحل الله البيع} (البقرة:275) وقد يعرض له الوجوب كمن اضطر لشراء طعام أو شراب المشار له بقول (خ) في الزكاة: وترك مواساة وجبت وفضل طعام أو شراب لمضطر وعمد وخشب فيقع الجدار وله الثمن إن وجد الخ. والندب كمن أقسم على إنسان أن يبيع له سلعته لا ضرورة عليه في بيعها فيندب إلى إجابته لأن إبرار المقسم فيما ليس فيه ضرورة مندوب إليه، والكراهة كبيع الهر والسبع لا لجلده والتحريم كالبيوع المنهي عنها قاله (ح). وأركانه خمسة. المتعاقدان والثمن والمثمن والصيغة. وهي راجعة إلى ثلاثة: العاقد والمعقود عليه والصيغة. ولكل شروط. فالصيغة هي كما قال (خ): ما يدل على الرضا وإن بمعاطاة بأن يعطيه المشتري الثمن ويعطيه البائع المثمن من غير لفظ، وانظر إذا ادعى أحدهما الهزل في البيع عند قول الناظم: والخلف في مطلق هزلاً الخ. وأما العاقد؛ فشرط صحة عقده التمييز وشرط لزومه التكليف كما في (خ) وغيره. وأما المعقود عليه فشرطه كما في (خ)وغيره الطهاره والانتفاع به والقدرة على تسليمه وعدم جهل بمثمن أو ثمن إلى غير ذلك، ولم يتعرض الناظم لهذه الأركان ولا لشروطها إلا ما ذكره من بعض شروط المعقود عليه في قوله: وتحبس صفقته محظورة. ومن شروط العاقد في قوله في بيع الأصول: ممن له تصرف في المال.

فرع: يجوز شراء الملاحة وإن كان ما يخرج منها مجهول القدر والصفة، لأن ذلك في مقابلة رفع اليد عنها، وكذا يجوز أخذ شيء من الدراهم ونحوها في مقابلة إباحة صيد من بركة ماء أو واد ونحوهما قاله (ز) عند قول المتن في السلم لا فيما يمكن وصفه كتراب المعدن الخ. قلت: وفي المواق عند قول المصنف: وجاز سؤال البعض ليكف عن الزيادة أنه يجوز للإنسان أن يقول لآخر: كف عني ولك دينار ويلزمه الدينار اشترى أم لا. ومن هذا المعنى بيع الجلسة والجزاء الذي جرى به عمل المتأخرين المشار له بقول ناظم العمل: وهكذا الجلسة والجزاء الخ. انظر شرحه.

تنبيهات. الأول: من الجهل في الثمن جمع الرجلين سلعتهما في البيع لأن ذلك من الجهل في التفصيل كما في (خ) حيث قال: ولو تفصيلاً الخ. وقال في الشامل: ولو جهل كعبدين لرجلين بثمن واحد فالأشهر المنع وفسخ إن نزل فإن فات مضى بالثمن مفضوضاً على القيمة، فإن سميا لكل ثمناً أو قوما أو دخلا على التساوي قبل التقويم أو بعده جاز اهـ. ونحوه في شراح المتن. قلت: من هنا يعلم أن قولهم: ولا يجوز التمسك بأقل استحق أكثره أو عيب أكثره لأنه من التمسك بثمن مجهول الخ. معناه أنه لما استحق الأكثر أو عيب انتقض البيع فيه، والأقل تابع فلا يجوز التمسك قبل أن يعلم ما ينوب الباقي من الثمن، فإن كان التمسك بعد التقويم صح لما مر من أن للرجلين أن يجمعا سلعتهما في البيع بعد التقويم فالتمسك عقد ثان، وبهذا ينتفي الإشكال وهو أنه لا يعمل الأكثر من الأقل إلا بالتقويم، وإذا قوِّم فيجوز التمسك فما وجه المنع؟

والجواب: أن العلّة وهي الجهل بالثمن سابقة على التمسك ضرورة إن كل علة سابقة على معلولها فحرمة التمسك إنما هي للجهل ولا يقع إلا قبل التقويم بأن يقطع ابتداء بأن هذا المستحق هو الأكثر أو المعيب، فيتمسك بالأقل قبل أن يعرف ما ينوبه، وأما بعد التقويم فلم يتمسك إلا بعد معرفته لما ينوبه، وبالجملة فالتمسك بالأقل بعد التقويم لا يكون إلا برضاهما لأن الفرض أن العقد قد انفسخ ويبعد كل البعد أن يمنع التمسك بعد التقويم بما ينوبه إذ لو منع ذلك لمنع بيعه بيعاً مستأنفاً وهو لا يقوله أحد، وأما إن استحق الأقل أو عيب، فإن البيع لا ينقض في الأكثر والأقل تابع له فلا ينفسخ العقد فالتمسك به قبل التقويم غير ممنوع لقلة الغرر فيه هذا هو التحرير في هذه المسألة والله أعلم. وقد نص شراح (خ) عند قوله في الشفعة: وبما يخصه إن صاحب غيره الخ. على أن التمسك بأقل بعد التقويم جائز، وقالوا أيضاً عند قوله في الشفعة: وإن اتحدت الصفقة وتعددت الحصص الخ. أن حرمة

التمسك بأقل إنما هو إذا تمسك قبل التقويم والله أعلم.
الثاني: من اشترى ملكاً وقال في عقد شرائه: يحده قبلة فلان وجنوباً فلان وشرقاً فلان، واختلف المشتري مع جيرانه فالحكم في ذلك أنه إن خالفهم البائع والمشتري معاً فالبيع صحيح ويجري ما استحق من تلك الحدود على حكم الاستحقاق إذا حكم به، والذي يخاصم هو المشتري إلا أن يسلم بينة الاستحقاق من أول الأمر فيخاصم البائع حينئذ كما بيناه في حاشية اللامية، وإن صدقهم البائع وخالفهم المشتري فلا كلام للبائع ولا شهادة له، ولكن ينظر فإن علم ما عمره كل واحد منهم من تلك الحدود فالقول للحائز مع يمينه، وإلا تحالفا وقسم بينهما، إن البيع لا يفسده إدخال البائع غير ملكه في المبيع عند تحديده لأن غرضه أن مبيعه لم يخرج عن تلك الحدود لا أنه ملك جميع محدوده والله أعلم. قاله بعض الموثقين يعني: ولكن المشتري إن كان يعتقد أنه يملك الجميع فالقول له ويخير والله أعلم، ويصدق في أنه كان يعتقد ذلك إذ لا يعلم إلا من قوله.

الثالث: لا بد من تسمية الخط المشاع وبيان قدره وإلاَّ فسد البيع لأنه مجهول كما في نوازل العلمي وابن سلمون، وبه تعلم فساد ما يقع كثيراً من بيع بعض الورثة نصيبه في الميراث من غير بيان قدره، ولا سيما مع تناسخ الوراثات وهو لا يعرف ضرب الحساب فإنه يصدق مدعي جهله من المتعاقدين ويفسخ البيع، ولو نص في الوثيقة على أنهما عرفا قدره إذ لا تمكنه معرفته إلا بضرب حساب، والفرض أنه لا يعرفه. وما ذكره ابن رشد وغيره من أن الموثق إذا نص في الوثيقة على معرفتهما بقدر المبيع لا يصدق مدعي الجهل منهما ولا يمين له على صاحبه إنما ذلك فيما إذا كان مثله ممن يعرف قدر المبيع، وبالجملة إذا سقط من الوثيقة معرفة القدر فإنهما يحملان على المعرفة لأن القول لمدعي الصحة ما لم تكن قرينة تدل على صدق مدعي الجهل كبيع جميع النصيب في الوراثة وهو لا يعرف الحساب، فإنه يصدق في ذلك ولو كتب الموثق معرفة القدر لأن شاهد الحال يكذبه. وقد بسطنا الكلام على هذه المسألة في حاشيتنا على (ز) وعلى مثل هذه المسألة يحمل قول شارح

العمل عند قوله:
والقول قول زوجة في عدم
القبض للصداق بعد القسم
ما نصه: إن قول الموثق عرفاً قدره جار مجرى التلفيق الخ. لا أنه من التلفيق مطلقاً وإلا لم يقف عقد على ساق، وفي جواب للقوري نقله العلمي: أنه من لا يعمل بمقتضى المسطرة والتلفيق إلا في الموثق الذي عرف منه أنه لا يقدر معرفة القدر على المتبايعين.
فرع: قال (ح) عن ابن فرحون: المتعاقدان محمولان على المعرفة حتى يثبت الجهل، وعلى جواز الأمر حتى يثبت السفه، وعلى الرضا حتى يثبت الإكراه وعلى الصحة حتى يثبت السقم، وعلى الملاء حتى يثبت الفقر، وعلى الحرية حتى يثبت الرق، وعلى الإسلام حتى يثبت الكفر، وعلى العدالة حتى يثبت الجرح، والغائب محمول على الحياة حتى يثبت الموت قال (خ): وما قاله ظاهر إلا ما قاله في مسألة العدالة فالمشهور العكس.

ـــ والبَيْعُ والشَّرْطُ الْحَلالُ إنْ وَقَعْ
مُؤَثِّراً في ثَمَنٍ مِمَّا امْتَنَعْ
(والبيع) مبتدأ (والشرط) معطوف عليه لا منصوب على المعية لفقد الجملة قبله (الحلال) نعت (إن وقع) ذلك الشرط حال كونه (مؤثراً) جهلاً (في ثمن مما امتنع) خبر المبتدأ وجواب الشرط محذوف للدلالة عليه، ومثال ما أشار له الناظم أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع ذلك الشيء المبيع ولا يهبه فنفس الشرط، وهو كون المشتري يتمسك بما اشترى ولا يبيعه ولا يهبه حلال جائز، واشتراط الدخول عليه ممنوع لأنه يؤثر في الثمن جهلاً إذ البيع على هذا الوجه لا يخلو عن نقص في الثمن غالباً لو لم يكن ذلك الشرط، ومقدار ما انتقص من الثمن لأجل الشرط المذكور مجهول وفيه علة أخرى للمنع وهي كون ذلك المؤثر من باب اشتراط ما يوجب الحكم خلافه لأن الحكم يوجب جواز تصرف المشتري في مشتراه على أي وجه شاء، فالتحجير عليه بأن لا يبيع ولا يهب شرط مناقض لمقتضى عقد البيع فيفسد البيع به، وعلى هذه العلة اقتصر (خ) حيث قال: وكبيع وشرط يناقض المقصود كأن لا يبيع الخ. وهي أظهر لئلا يرد علينا اشتراط الرهن والحميل فإنه مؤثر جهلاً مع أنه جائز كما يأتي، ومثل اشتراطه أن لا يبيع اشتراطه أن لا يخرجها من البلد أو لا يجيزها البحر أو على أن يتخذ الجارية أم ولد أو على أن يعزل عنها أو على أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن الذي تباع به، أو الذي باعها به الآن كما يأتي في فصل الإقالة، فكل ذلك مما يؤثر في الثمن جهلاً. ومن الشرط المناقض كما مرّ. وهذا إذا اشترط أن لا يبيعه عموماً أو إلاّ من نفر قليل، وأما على أن لا يبيع من شخص معين أو من بني فلان وهم قليلون فيجوز، وإذا وقع شيء من هذه الشروط فيفسخ البيع إلاَّ أن يسقط ذو الشرط شرطه فيصح كما قال (خ): وصح إن حذف شرط السلف أو حذف شرط كالتدبير، وهذا إذا لم يفت وإلاَّ فقد قال أيضاً: وفيه إن فات أكثر الثمن والقيمة. وقال أيضاً:

وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض ورد ولا غلة تصحبه، وظاهره: ولو كان المشتري عالماً بالفساد وهو كذلك انظر ما يأتي في الحبس عند قوله: ومن يبيع ما عليه حبساً الخ. وهذا كله إذا كان التحجير في مسألة أن لا يبيع من البائع على المشتري، وأما العكس فقد قال ابن رشد في مسألة الأنكحة من أجوبته: لو اشترى رجل من رجل نصف بقعة على أن لا يقسمها معه ولا يبيعها ويشتركان في حرثها لوجب أن يجوز البيع ويبطل الشرط ولا يفسد البيع بالتحجير على البائع اهـ. ونقله البرزلي فظاهره أن الشرط باطل في هذه ولو تمسك به المشتري، ولا تتوقف صحة البيع على إسقاط المشتري شرطه.

ـــ وكلُّ ما لَيْسَ لَهُ تَأثيرُ
في ثَمَنٍ جَوَازُهُ مَأثورُ

(وكل ما) أي شرط (ليس له تأثير في) جهل (ثمن) كشرط رهن أو حميل أو كون الثمن إلى أجل معلوم غير بعيد جداً (جوازه) مبتدأ ثان خبره (مأثور) والجملة خبر الأول أي: مروي صحيح، ويشمل كلامه ما يقتضيه العقد كشرط تسليم المبيع والرجوع بدرك العيب والاستحقاق فإن اشتراط ذلك مؤكد.

فإن قلت: شرط الأجل مما يزيد في الثمن وشرط الرهن والحميل مما ينقص منه ومقدار الزيادة والنقصان مجهول. قلت: شرط أن لا يبيع ونحوه لا يعود بمصلحة على أحدهما، بل بمضرة على المشتري بخلاف الحميل والرهن والأجل، فإن لكل منهما فيه مصلحة من توثق ونقص في الثمن وزيادته ولا ترد علينا مسألة إن باعها فهو أحق بها بالثمن لأن فيها تحجيراً أو نفعاً لأن النفع الذي للبائع في الشرط المذكور غير محقق لأن السلعة قد تؤول إلى رخص فيبيعها المشتري بأقل من الثمن الأول، فإذا أخذها البائع بالثمن الأول لم يكن له نفع والنفع الغير المحقق كلا نفع وأحرى لو كان على أن يأخذها بما بيعت به، إذ لا يدري بأي ثمن تباع، وأما مسألة اشتراط السلف في البيع ولو ضمناً كبيعه ممن له عليه دين على شرط أن ينقده الثمن ولا يقاصه به مع حلول دينه، فالمنع فيها ليس لخصوص التأثير في الثمن، بل لما فيها من الربا لأن المسلف ينتفع على سلفه بنقص الثمن أو زيادته وذلك عين الربا، ولذا كان يظهر لنا نقص في قول (خ): أو يخل بالثمن كبيع وسلف الخ. وأن حقه أن يقول: أو يخل بالثمن وفيه ربا كبيع وسلف لتخرج مسألة الأجل وما معها لأنها تخل بالثمن، ولكن لا ربا فيها بل فيها مصلحة لأن هذا انتفع بالأجل والآخر انتفع بزيادة في الثمن أو التوثق. ولذا ورد الشرع بجوازها هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل والله أعلم. فلو قال الناظم:

والبيع والشرط المنافي إن وقع
لما من التحجير ذا فيه امتنع
وكل ما ليس فيه تحجير
ولا ربا جوازه مأثور

لتنزل على ما ذكرنا.

ـــ وَالشَّرْطُ إنْ كانَ حَرَاماً بَطَلاَ
بهِ المبيعُ مُطْلَقاً إنْ جُعِلا

(والشرط إن كان حراماً) كشرط عدم منع الجارية الرفيعة من الدخول والخروج أو شرط أنها مغنية وقصد بذلك الزيادة في الثمن بإقرار أو بينة لا أن قال: قصدت بذلك التبرىء من عيب الغناء أو شرط الخيار إلى أمد بعيد لا يجوز مثله في تلك السلعة، أو بيع الدار على شرط أن تكون مجمعاً لأهل الفساد أو باعها على شرط أجل مجهول كقوله: لا نؤديك الثمن حتى تبيع سلعتك أو أشتري سلعة بثمن مؤجل على أنه إن مات فالثمن صدقة عليه، أو اشتري جارية على أنه إن وطئها فهي حرة أو عليه دينار أو باع الدابة ونحوها على شرط الحمل، أو باع الثوب على شرط أن لا يقلبه ولا ينشره أو على أنه بعشرة نقداً أو أكثر لأجل بشرط الإلزام، وهي مسألة بيعتين في بيعة، أو يبيعه على أن يعطيه شيئاً من الثمن ويشترط على المشتري أنه إن كره البيع لم يعد إليه ما دفعه، وإن أحبه حاسب به من الثمن وهي مسألة بيع العربان وتصويرهم لها يدل على أن البيع وقع على الخيار كما ترى، وهو نص المتيطية. وأما إن كان على اللزوم ويدفع بعض الثمن ويترك السلعة تحت يد البائع حتى يكمل له، فهذا لا يمنع وهو الواقع في زمننا كثيراً فإذا لم يرجع المشتري فهو ظالم فيرفع البائع أمره إلى الحاكم فيبيع السلعة ويقبضه بقية ثمنها بعد أن يثبت الشراء على الحلول وغيبة المشتري ويتبعه بالباقي إن لم يوف متى لقيه أو اشتراه على شرط أن البائع إذا أتاه بالثمن فالمبيع مردود عليه وهي مسألة الثنيا، وستأتي. فهذا كله مما يدخل في النظم فإذا وقع شيء من ذلك (بطلا به المبيع) بمعنى البيع فهو من إطلاق المفعول وإرادة المصدر كالمفتون بمعنى الفتنة، وتقدم نظير ذلك قبيل باب اليمين (مطلقاً) حذف الشرط أم لا أثر في الثمن خللاً أم لا. وإن كان الشرط من حيث هو في الحقيقة لا يخلو عن تأثير لأنه إن كان من البائع أثر الزيادة، وإن كان من المشتري أثر النقصان، ولا يقصد المتبايعان في الغالب، إلى اشتراط ما لا يترتب عليه نقص أو

زيادة والله أعلم. (إن جعلا) أي وقع وقد تحصل مما مرّ أن الشرط الحرام يبطل معه البيع ولو حذف، والشرط المنافي للمقصود وشرط السلف في البيع يبطل معه البيع ما لم يحذف الشرط، وإذا بطل فيرد ولا غلة تصحبه، ولو علم المشتري بالفساد كما يأتي في الحبس والشرط الحلال الذي لا ينافي العقد بل يعود عليه بمصلحة كالرهن ونحوه يصح فيه البيع والشرط؛ فهذه ثلاثة أقسام وبقي قسم رابع فيصح فيه البيع ويبطل الشرط وهو ما أشار له (خ) في التناول بقوله: والعبد ثياب مهنته. وهل يوفي بشرط عدمها وهو الأظهر أو لا. كمشترط زكاة ما لم يطب وأن لا عهدة أي إسلام من عيب أو استحقاق أو لا مواضعة أو لا جائحة، أو إن لم يأت بالثمن لكذا فلا بيع الخ. أي: فالبيع في ذلك كله صحيح والشرط باطل، ومعنى الأخير منها ما قاله أبو الحسن في شرح خلع المدونة عند قولها: أو الوعد إن ورطها. قال: يقوم منها أن من باع سلعة بشرط أن لا ينعقد البيع إلا عند دفع الثمن أن ذلك جائز كما قال في الخلع بخلاف ما إذا انعقد البيع بينهما، ثم قال: إن لم تأت بالثمن لكذا فلا بيع؛ فهذا يبطل فيه الشرط ويصح فيه البيع اهـ. ابن عرفة: والبيع بشرط أن لا يبيع إن لم ينعقد إلى أجل قريب في فسخه وتمامه بشرطه تمامه بإبطاله. رابعها: يوقف المشتري إن نقد مضى وإلا رد ثم قال في البيوع الفاسدة منها لمالك: من اشترى سلعة على أن لم ينقد ثمنها إلى ثلاثة أيام، وفي موضع آخر إلى عشرة أيام، فلا بيع بيننا لا يعجبني البيع على هذا فإن نزل جاز البيع وبطل الشراء اهـ.

وضمان السلعة وإن كانت حيواناً من البائع حتى يقبضها المبتاع بخلاف البيع الصحيح تحبس فيه بالثمن، فإن هلاكها من المبتاع بعد عقده البيع اهـ كلامه. فظاهره أن السلعة إذا هلكت قبل قبضها في المسألة المذكورة فإن ضمانها من المبتاع لحكمه لصحة البيع فيها على هذا القول، ولا معنى للصحة إلا ترتيب آثارها عليها وغيره فتأمله والله أعلم.

تنبيه: بيع الجارية لمن يعلم أنه يسامحها في الزنا ولا يمنعها الدخول والخروج ممنوع، وإن لم يشترط البائع ذلك عليه، وكذا بيع العنب لمن يعصرها خمراً وبيع السلاح من الكفرة وعصاة الإسلام وغير ذلك من كل ما يتأذى به مسلم، وكذا بيع الدار لمن يعلم أنه يتخذها مجمعاً لأهل الفساد وإن لم يشترط عليه أن يتخذها أو يتخذها كنيسة، وكذا الخشبة لمن يتخذها صليباً والنحاس لمن يتخذه ناقوساً وكل شيء يعلم أن المشتري قصد به أمراً لا يجوز. ولما ذكر أنه لا يجوز اجتماع البيع مع الشرط الحرام أو المنافي للمقصود ذكر أنه لا يجوز أيضاً اجتماعه مع شيء من عقود ستة فقال:

ـــ وَجَمْعُ بَيْعٍ مَعَ شَرْكَةٍ وَمَعْ
صَرْفٍ وَجُعْلٍ وَنِكاحٍ امْتَنَعْ
ـــ وَمَعْ مُسَاقَاةٍ وَمَعْ قِرَاضِ

وَأَشْهَبُ الجَوازُ عَنْهُ مَاضِ أي: لا يجوز اجتماع البيع مع واحد من هذه العقود الستة خلافاً لأشهب لتنافي أحكامها لأن حكم الصرف المناجزة، ويجوز في البيع التأخير والمناجزة، وإذا استحقت السلعة المبيعة مع الصرف لم يجز التمسك بالصرف، ولا يجوز الخيار في الصرف، ويجوز في البيع ويجوز التصديق في البيع ولا يجوز في الصرف. وأما الجعل؛ فحكمه عدم اللزوم بخلاف البيع ولا يكون في الجعل أجل بخلاف البيع والجعل على الأمانة بخلاف البيع، ويجوز فيه الغرر المنفرد به بخلاف البيع. وأما النكاح؛ فعلة عدم اجتماعه أيضاً مع البيع أن النكاح على المكارمة والبيع على المكايسة، ويجوز أن لا يدخل بالمرأة إلى سنة لموجب من صغر ونحوه، ولا يجوز تأخير القبض في المبيع المعين الحاضر. وأما المساقاة فلأنه يجوز فيها الغرر دون البيع وفيها بيع التمرة قبل الطيب، ولا يجوز ذلك في البيع وهي مستثناة من الإجارة المجهولة والبيع أصل في نفسه. وأما الشركة؛ فلأنها على الأمانة ولا كذلك البيع، ويجوز فيه الأجل دون الشركة فلا تكون إلى أجل. وأما القراض؛ فلأنه على الأمانة دون البيع وهو مستثنى من الإجارة المجهولة بخلاف البيع فهو أصل في نفسه. هذا معنى تنافي الأحكام، ووجه قول أشهب بجواز اجتماع هذه العقود أنه لما جاز كل عقد على انفراده جاز مجتمعاً. ابن الحاج: من اشترى نصف كرم واشترط على البائع زيادة في الغرس والتزريب لا يجوز لأن المغارسة من ناحية الجمل قارنها بيع فلا يجوز اجتماعهما، فإن فاتت وجب تصحيحها بالقيمة في نصف الكرم يوم القبض على المبتاع وغراسه له، وللمبتاع قيمة الغرس في النصف الآخر على البائع قائماً يوم الحكم على حاله اهـ من البرزلي.
القرافي: ويجمعها قولك: جص مشنق ونظمها بعضهم فقال:
عقود منعناها مع البيع ستة

ويجمعها في اللفظ جص مشنق
فجعل وصرف والمساقاة شركة
نكاح قراض منع هذا محقق

وزاد أبو الحسن القرض أي السلف، فلا يجتمع مع البيع، ويمكن أن يكون استغنى عنه الناظم بدخوله فيما قبله من الشرط الحرام، وكما لا يجتمع البيع مع واحد من هذه السبع بزيادة القرض، كذلك لا يجتمع اثنان منها في عقد واحد لافتراق أحكامها كما علمته مما مرّ أيضاً، وعليه فينبغي أن يقال: ثمانية عقود لا يجتمع اثنان منها في عقد واحد ونظمها (ح) فقال:
عقود منعن اثنين منها بعقدة
لكون معانيها معاً تتفرق
فجعل وصرف والمساقاة شركة
نكاح قراض قرض بيع محقق
قال: وقرض يقرأ بغير تنوين ومعاً بمعنى جميعاً. قلت: وكما لا يجتمع الصرف مع واحد مما ذكر كذلك لا يجتمع مع الهبة. البرزلي: وكذا لا يجتمع بيع الخيار وبيع البت ولا بيع السلم وبيع النقد قال:
ـــ وَنَجَسٌ صَفْقَتُهُ مَحْظُورَه

وَرَخَّصُوا فِي الزِّبْلِ لِلضَّرُورَه (ونجس) بفتح الجيم أي عين النجاسة كالميتة وجلدها ولو دبغ أو متنجس لا يقبل التطهير كالزيت المتنجس ونحوه من سائر المائعات التي حلتها النجاسة (صفقته محظورة) أي ممنوعة على المشهور، وقيل: بجواز بيعه وهي رواية ابن وهب انظر شارح العمل عند قوله: والغسل بالصابون قد صنعه الخ. وأما المتنجس الذي يقبل التطهير كالثوب المتنجس فيجوز بيعه مع البيان إن كان جديداً مطلقاً كغيره إن أفسده الغسل، وإن لم يبين فلمشتريه الرد لأنه عيب، فإن كان غير جديد ولا يفسده الغسل فليس بعيب، ولكن يجب البيان خشية أن يصلي فيه خصوصاً إن كان بائعه ممن يصلي قال (ح): وانظر أواخر بيوع العلمي فإنه ذكر أن العمل جار على جواز بيع الزيت المتنجس ممن يصلح به القناة أو يستصبح به أو يعمل منه الصابون، وذلك كله إذا كان المشتري ممن يوثق به ولا يغش، ونحوه في العلميات حيث قال: والغسل بالصابون الخ. (ورخصوا في الزبل) أي فضلات الدواب الغير المأكولات اللحم ورجيع بني آدم (للضرورة) أي الانتفاع به، والماء المضاف بالنجاسات كالزبل في جواز بيعه للسقي به لضرورة الناس إليه قاله في المقرب. قال ابن القاسم: سمعت مالكاً يكره بيع رجيع بني آدم ولم أسمع منه في الزبل شيئاً ولا أرى به بأساً اهـ. وفي النوادر عن ابن القاسم: لا بأس بأكل ما زبل به أي برجيع بني آدم. وقال أشهب: أكره بيع رجيع بني آدم إلا من اضطر إليه، والمبتاع أعذر في شرائه من بائعه. قال (ح): ويتحصل في بيع العذرة أربعة أقوال. المنع لمالك على فهم الأكثر من أن الكراهة على التحريم والكراهة على فهم أبي الحسن وهو ظاهر اللخمي من أن الكراهة على بابها والجواز لابن الماجشون. والفرق بين الاضطرار فيجوز وعدمه فيمنع لأشهب.

قال: وأما الزبل ففيه ثلاثة أقوال. قاسه ابن القاسم على العذرة في المنع عند مالك، وعليه درج (خ) في قوله: لا كزبل الخ. وقول ابن القاسم بجوازه، وقول

أشهب المتقدم وأن المشتري أعذر من البائع، وعلى ما ذكره أبو الحسن وهو ظاهر اللخمي من أن الكراهة على بابها تكون الأقوال في الزبل أربعة أيضاً اهـ. ببعض اختصار، وزيادة في الإيضاح، وعليه فلا يبعد أن يكون الناظم أراد بالزبل ما يشمل العذرة كما قررنا، وأما بيع زبل المأكول اللحم وهو الأنعام من بقر وإبل وغنم فجائز اتفاقاً في المذهب.
تنبيه: ما تقدم من عدم جواز بيع جلد الميتة ولو دبغ هو المشهور، وقال ابن وهب: يجوز بيعه بعد الدبغ بشرط البيان، وعلى المشهور من عدم جواز بيعه فإن وقع واشترى بثمنه غنماً مثلاً فتوالدت وتعذر رده فإنه يتصدق بالثمن فقط نقله (ح). ومن استهلكه قبل الدبغ أو بعده فعليه قيمته. قال ابن ناجي في آخر كتاب الضحايا عند قولها: وإن كان أي الكلب مأذوناً في اتخاذه وقته غرم قيمته ما نصه: يقوم منها أن من قتل أم ولد رجل يغرم قيمتها، وأن من استهلك لحم أضحية فكذلك، وكذلك من استهلك زيتاً نجساً أو جلد ميتة أو زرعاً قبل بدو صلاحه اهـ. وانظر تكميل المنهج أول البيوع.

فصل في بيع الأصول

الأرض وما اتصل بها فيشمل الدور والحوانيت والفنادق والجنات.

ـــ البَيْعُ في الأُصُولِ جَازَ مُطْلَقَا
إلاَّ بِشَرْطٍ فِي البُيُوعِ مُتَّقَى

(البيع) الذي عقد معاوضة كما مر (في الأصول) المذكورة (جاز مطلقا) يأتي تفسيره في البيت بعده (إلا بشرط في البيوع يتقى) يمنع لكونه ينافي المقصود أو حراماً كما مر. وانظر ما تقدم عند قوله في الضمان: ويسقط الضمان في فساد الخ. وهذا الاستثناء مستغنى عنه بما مر، ولعله إنما ذكره لئلا يتوهم شمول الإطلاق له.

ـــ بِأَضْرُبِ الأَثْمَانِ وَالآجَالِ
مِمَّنْ لَهُ تَصَرُّفٌ فِي المَالِ

(بأضرب الأثمان) يتعلق بجاز وهو وما بعده تفسير للإطلاق أي: يجوز بيع الأصول بأصول مثلها أو بعين أو بعرض أو طعام أو حيوان عاقل أو غير عاقل بالحلول (و)بـ (الآجال) المعلومة نصاً أو عرفاً كان المؤجل هو المثمن كقول (خ) في الإجارة: وبيع دار لتقبض بعد عام أو الثمن كبيعها بعشرة إلى شهر مثلاً. ابن عرفة: فمجهول الأجل فاسد ومعروفه بالشخص واضح، وبالعرف كاف. روى محمد: لا بأس ببيع أهل السوق على التقاضي وقد عرفوا ذلك بينهم، ثم قال: وبعيد الأجل ممنوع فيها، ويجوز بيع السلعة إلى عشر سنين أو عشرين، وسمع أصبغ ابن القاسم: أكره العشرين ولا أفسخه ولو كان للسبعين لفسخته أنظر (ح) أوائل بيوع الآجال.
وقوله: وقد عرفوا قدر ذلك بينهم الخ. في البيوع الفاسدة من المدونة عن ابن عمر رضي الله عنه، أنه كان يبتاع ويشترط على البائع أنه يعطيه الثمن إذا

خرجت غلته أو إلى خروج عطائه. ابن عتاب: العطاء كان وقتئذ مأموناً خروجه في وقته المعلوم لا يتخلف في الأغلب. وذكر ابن حبيب في كتابه عن أشهب، أنه سئل عمن باع رزقه الذي يخرج له سنتين ثم مات فقام الغريم على الورثة في ذلك أيكون ذلك حلالاً؟ قال: نعم ذلك له عليهم من مال الميت يعطونه قمحاً مثل القمح الذي باعه من رزقه وعلى صفته قال فضل: هذا يدل على أنه إذا قطعه السلطان عنه بعد ما باعه فإن البائع يؤخذ بمثل ذلك عند الأجل الذي هو وقت خروجه اهـ. نقله البرزلي.
تنبيهات. الأول: العروض مثل الأصول في هذا العموم الذي في النظم بخلاف الطعام، وبعض الحيوانات كبيع صغير بكبير من جنسه إلى أجل يصير فيه الصغير كبيراً أو يلد فيه الكبير صغيراً.

الثاني: إن تعددت السكك في البلد ولم يبين فإن اتحدت رواجاً قضاه من أيها شاء، وإن اختلفت قضاه من الغالب إن كان وإلاَّ فسد البيع لعدم البيان وهو قول (خ) وجهل بمثمن أو ثمن، وانظر ما مر عند قوله: وكل ما يصح ملكاً يمهر. فقد نقلنا هناك كلام المتيطية. البرزلي: هذا إذا كانت تختلف اختلافاً كثيراً وإن كان يسيراً جداً جاز لأنه من الغرر اليسير الذي قل أن تخلو منه المبيعات على ما أصله الفقهاء. انظر الورقة الثامنة عشر من أنكحته.
الثالث: لو اختلف البائع والمشتري في قبض الثمن بعد مضي عام ونحوه من يوم البيع فقال المشتري: دفعته لك. وقال البائع: لم تدفعه لي فإن القول للمشتري على المعتمد كما في حاشية الصعيدي و(ز) عند قول (خ) في العيوب، ثم قضاه إن أثبت عهدة مؤرخة الخ. خلافاً لابن القاسم في قوله: إن القول قول البائع إلى عشر سنين أو عشرين، وعليه اقتصر ابن سلمون فإنه ضعيف.

الرابع: ظاهر قول الناظم. بأضرب الأثمان والآجال. أنه لا فرق بين أن يكون الأصل هو المؤجل أو الثمن هو المؤجل، وهو كذلك كما قررنا، ولكن إذا كان الأصل هو المؤجل فهو من بيع معين يتأخر قبضه وفيه تفصيل فإن تأخر لما يتغير فيه امتنع وإلاَّ جاز، فالدار مثلاً يجوز بيعها لمدة لا تتغير فيها غالباً وذلك يختلف باختلاف صحتها وجدتها وعدم ذلك فلا مفهوم لعام في قول (خ): ودار لتقبض بعد عام فالمعتبر في أجل منفعة الربع ما لا يتغير فيه غالباً، فيجوز فيه العقد والنقد وما لا يؤمن تغيره لطول مدته أو ضعف بنائه جاز فيه العقد لا النقد، وما غلب على الظن عدم بقائه لمدة لم يجز العقد عليه لتلك المدة قاله ابن عرفة. وكذا الأرض يجوز بيعها لتقبض بعد عشرين سنة كما في (خ) أيضاً فاغتفر ذلك فيهما لانتفاء الغرر إذ لا يتغيران في تلك المدة غالباً وإنما جاز ذلك فيهما لغلبة سلامتهما في تلك المدة، وأما الحيوان فيجوز بيعه واستثناء ركوبه الثلاثة لا جمعة وكره المتوسط، ويجوز كراء الدابة واستثناء ركوبها شهراً إن لم ينقد كما في (خ) ففرق بين البيع والكراء ففي البيع لا يجوز إلا استثناء الثلاثة، وفي الكراء يجوز استثناء الشهر إن لم ينقد كما ترى. والفرق أن ضمانها في مدة الاستثناء من المشتري بخلافه في الكراء فضمانها من المالك، وعلى كل حال ففي ذلك بيع ذات المعين أو منفعته يتأخر قبضه، وأما غير ذلك من السلع

فيجوز إلى ثلاثة أيام. قال في السلم الأول من المدونة: وإن شرط قبض السلعة المبيعة بعد اليومين جاز بقرب الأجل ولو شرط في طعام بعينه كيله إلى ثلاثة أيام جاز، وكذا السلع كلها شرط ذلك البائع أو المبتاع اهـ. هذا ضابط ما يمتنع فيه بيع معين بشرط تأخير قبضه فقد دعتني القريحة إلى تحصيله لأن كلام الفقهاء مشحون به، وقد تعرض إلى تفصيله ابن عرفة مع ذكر الاختلاف والمعتمد ما تقدم. قال طفي عند قول (خ) في الصداق: ووجب تسليمه أن تعين ما نصه ظاهره أن

وجوب التسليم حق لله وأن العقد يفسد بالتأخير، وهذا إنما يأتي إذا وقع العقد بشرط التأخير وإلاَّ فالحق في التعجيل ولا محظور في ذلك لدخوله في ضمانها بالعقد فلها أن تتركه عند الزوج على وجه الأمانة، ومحل فساده باشتراط التأخير حيث لم يكن مؤجلاً بأجل معلوم يجوز التأخير إليه كبيع دار لتقبض بعد عام الخ. وقال طفي أيضاً قبل بيوع الآجال بعد نقله كلام ابن عرفة ما نصه: ويفهم من منعه تأخير المعين مع الشرط أن من اشترى شيئاً معيناً ولم يقبضه لا محظور فيه وهو كذلك إذا لم يأخذه في دين ففي البيوع الفاسدة منها وإن ابتعت ثوباً بعينه بدينار إلى أجل فتأخر قبض الثوب فلك قبضه والبيع تام اهـ. فظاهره ولو تأخر أكثر من خمسة عشر يوماً.
قلت: ولذا قالوا يجوز تأخير رأس المال المعين في السلم بلا شرط ولو إلى حلول أجل السلم كما في (ح) وغيره. وسيأتي إن شاء الله في فصل السلم. وأما المأخوذ في الدين فلا يجوز التأخير بشرط أو غيره على ظاهر كلامهم الآتي في فصل التصبير، وسيأتي هناك ما يدل على جواز التأخير بلا شرط في المأخوذ عن الدين أيضاً فانظره هناك وفي البيوع الفاسدة أيضاً، ولا بأس أن يشتري زرعاً قد استحصد كل قفيز بكذا نقدته الثمن أم لا. وإن تأخر جذاذه إلى خمسة عشر يوماً، وكذا في قسم الصوف على ظهر الغنم اهـ. باختصار، وبعض زيادة للإيضاح، ثم اذا هلك المشترط تأخيره في المدة الجائزة فضمانه من المشتري وفي غيرها من البائع لأنه بيع فاسد فلا ينتقل ضمانه إلا بالقبض.

الخامس: إذا وقع العقد بثمن إلى أجل في وثيقة بيع أو سلف ونحوه وبعد انقضاء الأجل بمدة طويلة كالثلاثين سنة والأربعين مع قيام الأحكام وحضور رب الدين والمدين قام يطلبه بتلك الوثيقة فقال المدين: قضيتك وباد شهودي ونحو ذلك فهل يصدق المدين؟ وعليه اقتصر ابن سلمون في أول وثيقة من البيوع، وفي أنكحة الزياتي عن بعضهم أنه الذي جرى به العمل، ومثله في الكراس الثاني من بيوع البرزلي عن المازري، أو لا يصدق ويقضى عليه بدفعه لعموم قوله عليه السلام: «لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم». وفي أنكحة الزياتي أيضاً عن العبدوسي ونحوه في دعاوى المعيار أن به القضاء والعمل قال (ت): وبه أفتى شيوخنا.
قلت: يجب أن يقيد القول الثاني بقيود أن يكون الدين ثابتاً بإشهاد المدين كما أشرنا في أصل المسألة فإن كان بغير كتاب أصلاً أو بكتاب شهدت بينة بالمداينة على جهة الاتفاق لا بإشهاد المدين إياها، فإن القول للمدين ولو لم يطل إلا العام والعامين كما مرّ في التنبيه الثالث، وذكر الامام الخرشي في

شرحه عند قوله في الإقرار أو يقرض شكراً على الأرجح ما نصه: فلو أقر أنه كان تسلف من فلان الميت مالاً وقضاه إياه، فإن كان ما يذكره من ذلك حديثاً لم يطل زمنه لم يقبل قوله، قضيته إلا أن يقيم بينة بالقضاء، وإن كان زمن ذلك طويلاً حلف المقر وبرىء اهـ. القيد الثاني: أن لا يكون رب الدين معلوماً بالحرص على قبض ديونه إذا خلت كما هي عادة كثير من تجار زمننا اليوم، وإلاَّ فالقول لمدعي القضاء. القيد الثالث: أن لا يكون وقع بين ربه والمدين شنآن وخصومة وإلا فالقول للمدين أيضاً ففي أنكحة المعيار في من طلق زوجته فماتت وقام وارثها عليه بصداقها فادعى الزوج دفعه أنه لا يقبل قوله إلا أن يثبت أنه كان بينهما شنآن والله أعلم.

السادس: إذا وقع عند المعاملة إلى أجل فتغيرت السكة الجارية وقت العقد لزيادة أو نقصان أو بطلت بالكلية قبل الأجل أو بعده، فإنه يجب على المشتري أو المتسلف أن يقضيه من تلك السكة ولا يعتد بزيادتها كما لا يغرم نقصانها (خ): وإن بطلت فلوس فالمثل أو عدمت فالقيمة الخ. وقيد الوانوغي عدم غرمه نقصانها أو غرمها من أصلها إذا أبطلت السكة بالكلية بما إذا لم يحصل من المشتري أو المتسلف مطل بعد حلولها، وإلا بأن حصل منه مطل بعد الحلول فتغيرت في مدة مطله فإنه يغرم لأنه متعد ظالم لقوله عليه الصلاة والسلام: «مطل الغني ظلم». وارتضى تقييده المذكور ابن غازي وغيره، وبحث فيه البدر القرافي وتبعه الشيخ بناني وغيره بأن المماطل لا يكون أسوأ حالاً من الغاصب، وقد قال (خ) في الغاصب: والمثلى ولو بغلاء بمثله الخ.

قلت: يرد بحثهم بأن المسألة من باب التعدي لا من باب الغصب، والمتعدي يضمن ما آل الأمر إليه. ألا ترى أن المتعدي على المنفعة يضمن الذات آل الأمر إلى تلفها، والمطل من ذلك لأنه يماطله لينتفع ويتوسع حتى آل إلى التلف للكل أو البعض، وقد علمت أنه لا يقاس التعدي على الغصب ولا العكس لاختلاف أحكامهما، وبحثهم أيضاً بأن تقييد الوانوغي خلاف ظاهر المدونة، وقد تقرر أن ظاهرها كالنص عندهم الخ. يرد بأن المطلق على إطلاقه ما لم يقم دليل على تقييده، وقد قام الدليل على تقييدها من مواضع لا تحصى، ألا ترى أن المماطل تسبب بمطله في إتلاف الثمن أو بعضه على ربه فهو كمانع مدية الذكاة حتى تلف المذكى، وكالملد يتسبب في غرم الطالب أجرة العون، وكالولي يؤخر دفع مال اليتيم إليه بعد رشده حتى تلف، وكالمودع عنده يؤخر دفع الوديعة لربها بعد طلبه إياها فوجب الغرم على المتسبب في ذلك كله، بل ذكر السيوطي أن ناظر الوقف إذا قبض كراء ربع الوقف وأخر صرفه لأربابه عن وقته المشروط صرفه فيه مع إمكانه حتى تغير النقد بنقص فإنه يضمن النقص في ماله لتعديه، وهو نص في النازلة جار على مذهبنا لما مر فيمن أخر مال اليتيم، وكذا لو بور الولي رباع اليتيم حتى دثرت مع إمكانه صيانتها فإنه ضامن لتعديه بعدم فعل ما وجب عليه. وقد نص الإمام مالك وأصحابه على مثل التقييد المذكور في نظير المسألة ففي المسائل الملقوطة. ونقله (ح) أواخر العيوب مسلماً ما معناه: ومن عليه طعام ومكنه من ربه مراراً فأبى ربه من قبضه حتى غلا قال مالك: ليس لربه المكيلة وإنما له قيمته يوم امتنع من

أخذه ولم يختلف في هذا اهـ. فهذه وقع المطل فيها من القابض وما نحن فيه وقع فيه المطل من الدافع وهما سواء في المعنى، فالقيد المذكور سلمه الأكابر ووجهه ظاهر، ولا سيما على ما مر عن المسائل الملقوطة من عدم الاختلاف في ذلك والتفريق بين مطل الدافع ومطل القابض عملاً باليد لا يصح بحال وبحثهم أيضاً

بأن ربه كان له طلبه عند الحاكم وأنه دخل على أن يماطله أو يفلس كله لا يخفى ما فيه لأن المماطل إنما ضمن بسبب تعديه بترك فعل ما وجب عليه من الأداء بعد طلبه، ومطل الغني ظلم، ولا يخفى أنه لم يدخل معه على المماطلة المؤدية لتلف شيئه، ولو كان عدم الدفع للحاكم حجة لم يكن لمطل القابض أثر ولم يضمن الولي بتأخير الدفع للرشيد لأنه لم يرفعه والله أعلم.
السابع: إذا وقع عقد المعاملة في وقت يتسامح الناس في اقتضاء الدراهم الناقصة، وكان القضاء بعد النداء على التعامل بالوازن فقال ابن لب: يجب أن ينظر إلى زمن العقد فإن كانت الدراهم يومئذ ناقصة وكاملة قضى بالكاملة لأن قبضه للناقصة يومئذ إنما هو معروف ولا يقضى به، وإن كانت كلها يومئذ ناقصة لم يقض عليه إلا بها اهـ..
قلت: قوله يتسامح الناس الخ. فيه إشعار بأن الناس كانوا يقبضون الناقص على وجه التسامح والمعروف، ويفهم منه أنهم إذا كانوا يقبضونه لا على التسامح بل لكونه يروج عندهم، فالحكم هو ما تقدم في التنبيه الثاني لأنه من تعدد السكك حينئذ والله أعلم.

الثامن: إذا وقع البيع فاسداً لبعد أجله ونحو ذلك وفات المبيع بالقيمة، فأجرة المقوم على البائع كما نص عليه في أقضية المعيار: (ممن له تصرف في المال) متعلق بمقدر بعد قوله: جاز أي عقد المعاوضة في الأصول جاز ولزم ممن له تصرف في المال الخ. وهو الرشيد الذي لا حجر عليه فلا يلزم عقد المعاوضة من غير الرشيد وإن كان عقده جائزاً صحيحاً حيث كان مميزاً، ولا من الرشيد المحجر عليه كالمفلس، بل يتوقف لزوم بيعهما وشرائهما على إجازة الولي والغرماء. وهذا الشرط ليس خاصاً ببيع الأصول بل هو عام فيها وفي غيرها، فإن غفل الولي عن رد تصرف محجوره فله هو رده بعد رشده، والغلة الحاصلة فيما بين تصرفه ورد فعله للمشتري إن لم يعلم بحجره فإن علم رد الغلة ويرد الغنم مع نسلها والأرض ولو بنيت وله قيمة بنائه وغرسه مقلوعاً لأنه كالغاصب، وأما المشتري من غير المميز فيرد الغلة مطلقاً علم أو لم يعلم لأن بيعه باطل لم يصح، ثم محل الرد للمحجور بعد رشده إذا صرف الثمن فيما له غنى عنه، وأما إن صرف فيما لا غنى له عنه بحيث لو رفع إلى الحاكم لكان يفعله فإنه يمضي بيعه ولا قيام له قاله في الاستغناء. ونقله (ت) في اختلاف المتبايعين وهو جار على القاعدة التي ذكرها البرزلي وغيره وهي أن كل من فعل فعلاً لو رفع إلى الحاكم لم يفعل غيره ففعله ماض ونقلها (ق) عند قول المتن في الخلع: وجاز من الأب عن المجبرة.
ـــ وَجائِزٌ أَنْ يُشْتَرَى الهَواءُ
لأَنْ يُقَامَ مَعَهُ الْبِنَاءُ

(وجائز أن يشترى الهواء) بالمد وهو ما بين السماء والأرض، وأما بالقصر فهو ما تحبه النفس وتهواه. قال ابن مالك في قصيدته في المقصور والممدود: أطعت الهوى فالقلب منك هواء أي: تلطف قلبك ولان حتى صار كالهواء الذي بين السماء والأرض. قسا كصفا قد بان عنه صفاء. (لأن يقام معه البناء) أي: يجوز شراء عشرة أذرع مثلاً من هواء فوق سقف بيت موجود لأجل أن يقيم المشتري في ذلك الهواء بناء موصوفاً، فمع بمعنى «في». وكذا يجوز شراء هواء فوق هواء كشراء عشرة أذرع مثلاً فوق عشرة أذرع يبنيها البائع إذا وصف البناء الأسفل والأعلى في هذه لرغبة صاحب الأعلى في وثاقة بناء الأسفل، ورغبة صاحب الأسفل في خفة بناء الأعلى ويملك صاحب الأعلى ما فوقه من الهواء في الصورتين، ولكن لا يبني فيه إلا برضا صاحب الأسفل. وهذا يفيد أن من ملك أرضاً يملك هواءها إلى ما لا نهاية له. ولذا جاز له بيعه، وكذا يملك باطنها على المعتمد، إذا تهدم بناء الأسفل فيقضي عليه أو على وارثه أو المشتري منه بإعادته لأنه مضمون كما قال (خ): وهواء فوق هواء إلى قوله وهو مضمون إلا أن يذكر المدة بإجارة تنفسخ بانهدامه.

ـــــ وَمَا على الجِزَافِ والتَّكْسِيرِ
يُبَاعُ مَفْسُوخٌ لَدَى الجُمْهُورِ

(وما) مبتدأ (على الجزاف والتكسير) أي الكيل يتعلق بقوله: (يباع مفسوخ) خبرها ما وهي واقعة على الأصول لأن الفصل معقود لها أي: والأصول التي يباع بعضها على الجزاف وبعضها على التكسير صفقة واحدة مفسوخ بيعها كقوله: أبيعك هذه القطعة من الأرض جزافاً بدرهم على أن تشتري مني القطعة الأخرى كل ذراع أو فدان أو مرجع منها بدرهم أو قال: أبيعك هذه الأرض كل ذراع بدرهم على أن تشتري مني الشجر الفلاني أو الكرم الفلاني بدينار، ومفهوم الأصول أن غيرها يجوز بيعه على الجزاف والتكسير وهو كذلك على تفصيل، فيجوز بيع أرض جزافاً مع طعام كيلاً أو وزناً لمجيء كل منهما على الأصل ويمتنع بيع حبه جزافاً مع حب أو أرض كيلاً، فالصور أربع يمتنع منها ثلاث وهي أرض جزافاً مع أخرى كيلاً وهي منطوق النظم، أو حب جزافاً مع حب أو أرض كيلاً. وهاتان داخلتان في مفهومه وهما ممنوعتان أيضاً، وتدخل فيه صورة أخرى وهي أرض جزافاً مع حب كيلاً أو وزناً، وهي جائزة فقد اشتمل منطوقه على واحدة، ومفهومه على ثلاث يمتنع منها اثنتان أيضاً، وتجوز واحدة. وقد استوفاها (خ) عاطفاً على الممنوع بقوله: وجزاف حب مع مكيل منه أو أرض مع مكيلة لا مع حب الخ. وحاصلها أنه إذا اجتمع معلوم ومجهول فإن جاء كل واحد منهما على أصله، فالجواز، فإن خرجا عن أصلهما أو أحدهما فالمنع كالصور الثلاث، وعلة المنع فيها الخروج عن الرخصة لأن الأصل في الجزاف المنع فإضافة غيره إليه كما في الصور الثلاث خروج عن المحل الوارد فيه قاله (تت) وعلله المازري بأن المكيل معلوم مبلغه والجزاف مظنون، واجتماع معلوم ومظنون في عقد واحد يصير في المعلوم غرراً لم يكن فيه اهـ. وأما الصورة الجائزة فليس فيها خروج عن الرخصة لأن الأصل في الأرض الجزاف، وفي الحب الكيل، فإذا قال: أبيعك هذه القطعة من الأرض بدرهم

على أن تشتري مني هذه الصبرة كل قفيز بكذا جاز والله أعلم. (لدى الجمهور) وهو المعمول به كما في ابن

سلمون، وفهم منه أن غير الجمهور من العلماء يقول بجواز ذلك. وتقدم أن الوزن كالكيل فلا يجوز بيع آنية من سمن جزافاً مع أخرى وزناً، ولا شراء قربة لبن جزافاً بدرهم على وزن زبدها كل رطل بدرهم، وإنما يشتري الجميع جزافاً أو اللبن كيلاً على حدته والسمن وزناً كذلك قال (ق): انظر مسألة تعم بها البلوى وهي أن المرء يشتري من العطار وزناً معلوماً من شيء ويفضل له درهم فيقول له: أعطني به أبزاراً والأبزار بالدرهم تكون جزافاً، فهذا جائز إن لم يدخلا على ذلك في أصل العقد اهـ..
تنبيه: قال ابن العطار: لا يجوز بيع الأرض على التكسير حتى يعرف طيب الأرض ومتوسطها من رديئها كالذي يشتري صبرة شعير وصبرة قمح كل قفيز بدرهم ولا يعرف كيل كل صبرة، فإنه لا يحل ذلك كبيع الأرض المختلفة الأثمان على التكسير اهـ. ونقله ابن سلمون.
قلت: قال في النكت: إنما لم يجز بيع صبرة قمح وصبرة شعير كل قفيز بكذا لما في ذلك من التخاطر بين المتعاقدين لأن المشتري يطمع أن يكون القمح أكثر فيكون أخذه بسعر الشعير، والبائع يطمع أن يكون الشعير أكثر فيكون باعه بسعر القمح اهـ. والأرض المختلفة في الجودة والرداء كذلك. هذا وجه ما قاله ابن العطار وهو ظاهر.
وقوله: ولا يعرف كيل كل صبرة يعني وقت العقد، ومفهومه أنه إذا كان كيل كل صبرة محصوراً عنده معروفاً جاز، وكذا لو باع له بعشرة مثلاً قطعة أرض جزافاً مع أربعة أذرع مثلاً من أخرى بعد كيلها كل ذراع بدرهم لأنهما يعلمان أن الأربعة الأذرع ينوبها من العشرة أربعة، والباقي وهو ستة للأرض الجزاف فلا جهل فيجوز فيما يظهر ولم أقف عليه منصوصاً والله أعلم.d
ـــ وَآبِرٌ مِنْ زَرْعٍ أَوْ مِنْ شَجَرِ
لِبَائِعٍ إِلاَّ بِشَرْطِ الْمُشْتَرِي

(وآبر) بمعنى مأبور كدافق بمعنى مدفوق وهو صفة لمحذوف أي: وثمر آبر (من زرع أو من شجر) وسيأتي للناظم أن التأبير في الزرع هو ظهوره للعيان، وفي ثمار الشجر عقدها وثبوت ما يثبت منها فمن باع أرضاً فيها زرع أو شجراً فيها ثمر ولم يتعرض للثمار ولا للزرع فما كان من ذلك مؤبراً فذلك كله (لبائع إلا بشرط المشتري) إدخاله في البيع لقوله عليه الصلاة والسلام: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» اهـ. وأبرت في الحديث الكريم بضم الهمزة وتشديد الموحدة، ولأبي ذر: أبرت بضم الهمزة وتخفيف الموحدة وهو الأكثر قاله القسطلاني، وإنما جاز للمشتري اشتراطه مع أنه لا يصح بيعه لعدم بدو صلاحه لأنه حينئذ تبع للأصل وليس بمقصود في نفسه، ولهذا لا بد أن يشترط جميع الثمر أو الزرع، فإن اشترط بعض ما أبر وترك غيره فسد البيع كما قال:
ـــ وَلاَ يَسُوغُ بِاشْتِرَاطِ بَعْضِهِ
وَإِنْ جَرَى فَلا غِنَى عَنْ نَقْضِهِ

(ولا يسوغ) البيع (باشتراط بعضه وإن جرى) أي: وقع اشتراط البيع (فلا غنى عن نقضه) وفسخ ذلك البيع من أصله لأنه باشتراط بعضه قصد لبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وكذا لا يجوز اشتراطها إذا اشترى الأصل بطعام أو شراب أبرت أم لا، إلا أن يشترط الجذ مكانه.
تنبيه: إذا أبرّ البعض دون البعض فإن كان المأبور قدر الثلث فدون كان تابعاً للأكثر ويكون الجميع للمبتاع، وإن كان المأبور الأكثر كان للبائع إلا بشرط المبتاع، وإن تساويا نظرت فإن كان المأبور على حدة كان للبائع وما لم يؤبر كان للمبتاع، وإن كان مختلطاً فقيل للبائع وقيل للمبتاع ثالثها للعتبية والموازية أن البيع لا يجوز إلا أن يرضى البائع أن يسلم الجميع للمبتاع. قال ابن العطار: أو يرضى المبتاع أن يترك ذلك للبائع فيصح به البيع. المتيطي: وبهذا القضاء اهـ.
ـــ وَغَيْرُ مَا أُبِّرَ لِلْمُبْتَاعِ
بِنَفْسِ عَقْدِهِ بِلاَ نِزَاعِ

(وغير ما أبر) من زرع أو ثمر فهو (للمبتاع بنفس عقده) على الأصل من غير احتياج إلى شرطه (بلا نزاع) بين الفقهاء أخذاً بمفهوم الحديث المتقدم لأنه لما قال فيه: تكون للبائع دل ذلك على أنها تكون للمبتاع إذا لم تؤبر، واشتراط المبتاع له زيادة تأكيد كما هو ظاهر. قال ابن فتحون: وإذا كان في الشجر ثمرة لم تؤبر أو زرع لم يظهر فلا يجوز للبائع استثناء ذلك كالجنين في بطن أمه وهو للمشتري بمقتضى العقد، ولا يجوز للمبتاع اشتراطه لئلا تقع له حصة من الثمن، وقد يمكن أن لا يثبت فيكون من الغرر اهـ. ونحوه في المتيطية قال ابن عتاب: وفي نوازل سحنون أنه جاز اشتراطه في العقد، ولم يذكر ابن رشد غيره اهـ.
قلت: وهو ظاهر لأنه إذا كان غير المأبور يجب للمشتري بالعقد فاشتراطه زيادة تأكيد، وقولهم: اشتراطه يوجب له حصة من الثمن يقال عليه كونه له حصة من الثمن ثابت بانعقاد ضمائرهما عليه، ولو لم يكن هناك اشتراط إذ البائع يقصد إلى بيع الأرض ببذرها والمشتري كذلك، فهذا وجه ما لسحنون. واقتصر عليه ابن رشد ولا ينبغي العدول عنه إذ الأحكام إنما تدور على المقاصد ولو خالفت الألفاظ فكيف إذا وافقتها.
ـــ وَلاَ يَجُوزُ شَرطهُ لِلْبَائِعِ
وَالْبَيْعُ مَفْسُوخٌ بِهِ فِي الْوَاقِعِ

(ولا يجوز شرطه للبائع) أي لا يجوز للبائع أن يشترط على المشتري إبقاء غير المأبور من الثمر والزرع لنفسه (والبيع مفسوخ به) أي بشرط غير المأبور للبائع (وفي الواقع) لأنه استثنى حينئذ في الزرع ما في بطن الأرض، وذلك لا يجوز كما لا يجوز بيع الحامل واستثناء جنينها، وأما في الثمر فإنما يتمشى على القول بأن المستثنى مشترى لأنه حينئذ يكون فيه شراء الثمرة قبل بدو صلاحها بل وقبل أبارها لا على القول الآخر من كون المستثنى مبقى. قال الشارح: وهو الأظهر والأول مشكل، وبالجملة فالشارح استظهر كون المستثنى مبقى وضعف كونه مشترى، وظاهره في هذه المسألة وفي غيرها وهو الذي يجب

اعتماده.
ـــ وفي الثِّمَارِ عَقْدُهَا الإِبَّارُ
والزَّرْعُ أَنْ تُدْرِكَهُ الأَبْصَارُ
(وفي الثمار) يتعلق بالخبر بعده (عقدها) مبتدأ خبره (الأبار و) الأبار في (الزرع أن تدركه الأبصار). حاصله أن الأبار في النخل تذكيره أي تعليق الذكر على الأنثى، وفي سائر الأشجار العقد وثبوت ما يثبت منه بعد سقوط ما يسقط وهو المعبر عنه في قول القدماء باللقاح، وفي الزرع خروجه من الأرض وإدراكه بالأبصار قاله في المفيد وغيره.
ـــ كَذَا قَلِيبُ الأَرْضِ لِلمُبْتَاعِ
دُونَ اشْتِرَاط فِي الاَبْتِيَاعِ

(كذا) حال من الاستقرار بعده والإشارة لما لم يؤبر (قليب الأرض) مبتدأ (للمبتاع) خبره (دون اشتراطه) يتعلق بالاستقرار أيضاً (في الابتياع) يتعلق باشتراطه والتقدير قليب الأرض كائن للمبتاع دون اشتراطه كالثمرة التي لم تؤبر. ابن عات: وإن كان في المبيع أرض مقلوبة فالقليب للمبتاع وإن كان لم يشترطه ولا كلام فيه للبائع قاله حمديس وغيره وبه الفتوى. ونحوه في ابن سلمون، وعليه فالمراد بالقليب أن تكون الأرض مقلوبة أي محروثة بلا بذر فيبيعها ربها بعد حرثها وقبل بذرها فلا كلام للبائع في أن القليب لم يدخل في الابتياع وأنه ينتفع بزراعة قليبه، ثم يسلم الأرض لمشتريها حيث لم يشترط ذلك في العقد فإن اشترطه كان له شرطه لأنه يجوز بيع الأرض على أن تقبض بعد عشر سنين فدون كما مر، ويحتمل أن يكون المراد بالقليب البئر التي تسقى بها الأرض، والإضافة حينئذ على معنى «في» أي فمن باع أرضاً وفيها بئر لم يستثنها، فإن العقد يتناولها وتكون للمبتاع كتناول الأرض للأشجار والنقل شاهد لكل من الاحتمالين، لأن الأول نص عليه ابن عات وغيره كما مرّ، والثاني هو قول (خ) وتناولتهما أي تناولت الأرض أي بيعها ما فيها من بناء وغرس وبئر وعين وغير ذلك إلا أن يستثنيه البائع عند العقد، لكن الحمل الأول يضعف من جهة أنه إذا كان الزرع الغير المأبور للمبتاع فأحرى القليب المذكور لأن غايته أنه صفة للمبيع فهو مفهوم مما قبله بالأخرى بخلاف الحمل الثاني والله أعلم.
ـــ والماءُ إنْ كانَ يَزِيدُ وَيَقِلْ
فَبَيْعُهُ لِجَهْلِهِ لَيْسَ يَحِلْ

(والماء إن كان يزيد) أي يكثر في بعض الأوقات (ويقل) في بعضها (فبيعه) استقلالاً (لجهله ليس يحل) قال ابن سلمون: فإن كان المبيع شرب عين أو حظاً من ماء فتقول: اشتري جميع شرب العين أو البئر أو نصفه أو ربعه، ثم قال ابن فتحون: وتقول في النص أي في الوثيقة بعد الوقوف على قلة الماء وكثرته والاختبار له في كل وقت وزمان وإحاطة علم المشتري به وإن كان يقل ويكثر ولا يوقف على الحقيقة منه لم يجز بيعه لأنه مجهول اهـ. ونحوه في نقل الشارح على المتيطية وقال عقبه: هذا مما يشكل عليه بيع شراب مواضع من المرية وغيرها فإنها تقل في السنين الجدبة وتكثر في غيرها والظاهر جواز المعاوضة فيها لارتباطها بما أجرى الله تعالى من العادة فيها، فالمتعاقدان

يعلمان ذلك ويدخلان عليه، فهذا كالغرر المغتفر في بيع الأصول، إذ قد لا تكون لها غلة في بعض السنين، ويحمل البيت والنص على ما إذا جهل المتعاقدان معاً قلته وكثرته ويكون من التلون بحيث لا يأخذه الضبط اهـ. فقوله: إذ قد لا تكون لها غلة الخ. الصواب حذفه لأن المشترى هو الأصول لا الغلة قاله ابن رحال قال: وما استظهره الشارح من جواز المعاوضة فيه هو المتعين اهـ.

قلت: ما استظهره الشارح هو عين ما مرّ عن ابن سلمون لأنهم إنما أناطوا منع بيعه بعدم علم حقيقته بحيث يقل في أيام الشتاء ويكثر في بعضها يوماً بيوم وشهراً بشهر، وكذا هو حكمه وعادته في سائر السنة ولا تضبط قلته ولا كثرته فيهما فمثل هذا هو الذي لا تعلم حقيقته، وأما إن علمت بالاختبار وعلم المشتري بقلته في بعض الأوقات كالصيف وكثرته في بعضها كالشتاء والربيع على ما هو المعتاد فلا منع إذ ذاك إذ لا يجهله المتعاقدان، وكذا قلّته في السنين الجدبة وكثرته في غيرها لا يخفى على أحدهما لأن المياه في السنين الجدبة ربما يبست بالكلية فضلاً عن قلتها، والسنون الجدبة بالنسبة لغيرها نادرة فلا حكم لها، وحينئذ فلا محل للإشكال ولا للاستظهار لأنه استظهار في محل النص والله أعلم. ابن سلمون: إثر ما مرّ ولا يجوز بيع الأنهار العامة إلا أن يصرف منها شيء ويملك بالإسداد فيجوز بيعه.

ـــ وَشَرْطُ إِبْقَاءِ المَبِيعِ بِالثَّمَنْ
رَهْناً سِوَى الأُصُولِ بِالمَنْعِ اقْتَرَنْ (وشرط إبقاء المبيع) المصدران مضافان لمفعوليهما (في الثمن) يتعلق بقوله (رهناً) بمعنى مرهون مفعول ثان بإبقاء (سوى الأصول) حال من المبيع (بالمنع) يتعلق بقوله (اقترن) والجملة خبر شرط والتقدير؛ وشرط البائع أن يبقي بضم الياء المبيع مرهوناً في الثمن بيده أو بيد أمين حال كون المبيع غير الأصول اقترن بالمنع، وظاهره كان البيع حالاً أو لأجل وليس كذلك، بل محله إذا كان لأجل لا يجوز استثناء منفعة المبيع إليه على ما مر تفصيله في أول هذا الفصل، وأما إذا كان حالاً فللبائع أن يحبس سلعته إلى أن يقبض ثمنها ولو لم يشترط ذلك كما قال (خ): وبرىء المشتري للتنازع الخ. فاشتراطه ذلك حينئذ مؤكد، وإذا هلكت وقت حبسها فيضمنها البائع ضمان الرهان كما قال (خ): وضمن بالعقد إلا المحبوسة للثمن فكالرهن.

ـــ وَقِيلَ بالجَوَازِ مَهْمَا اتّفَقَا
في وَضْعِهِ عِنْدَ أَمِينٍ مُطْلَقَا

أصلاً كان أو غيره وهو مستغنى منه لأن الكلام في غير الأصول كما هو موضوعه، قال ابن سلمون: ولا يجوز للبائع أن يشترط على المشتري أن تبقى الدابة رهناً بيده في الثمن إلى أجله، وكذلك لا يجوز في سائر الحيوان والعروض والبيع على ذلك مفسوخ روى ذلك ابن وهب عن مالك في الحيوان. وقاله ابن القاسم في العروض. قال ابن رشد: وذلك جائز في الأصول كلها لأنه يجوز أن تباع على أن تقبض إلى أجل قال: فإن وضعت هذه الأشياء التي لا يجوز ارتهانها عند بيعها على يد عدل كان ذلك جائزاً، وقيل: إنه لا يجوز أن يبيع الرجل شيئاً من الأشياء على أن يكون رهناً بحقه إلى أجل وإن وضع ذلك بيد عدل، وهو قول أصبغ. ورواه عن أشهب وسماع سحنون اهـ.

قلت: قد علمت مما مرّ في أول الفصل أن إبقاء المبيع رهناً في الثمن لأجله هو من بيع معين يتأخر قبضه وتقدم هناك تحصيله وعليه فيفصل في الأجل، فإن كان يتغير المبيع إليه غالباً كما لو زاد على الشهر في الحيوان وعلى ثلاثة أيام في العروض وعلى العشر سنين في الأرض ونحوها، فيمنع ذلك ويفسخ معه البيع وهو مراد الناظم وغيره ههنا وإن كان المبيع لا يتغير إلى ذلك الأجل غالباً كما لو قصر الأجل عن تلك الحدود جاز إبقائه رهناً إذ لا غرر في ذلك، وإذا تقرر هذا فظاهر رواية ابن وهب في الحيوان، وقول ابن القاسم في العروض أن ذلك لا يجوز يعني للأجل الذي يتغيران إليه كان بيد عدل أو عند البائع وهو المعتمد لأنه غرر، وقول ابن رشد يجوز ذلك إن وضعت تحت يد عدل لا يجري على ما تقدم لأن الأجل الذي يتغير إليه المبيع لا يجوز على الراجح، ولو وضع بيد عدل، ولا يحمل كلامه على الأجل الجائز لأن الجائز يجوز اشتراطه ولو بقي بيد البائع. وقوله في الأصول لأنه يجوز أن تباع على أن تقبض إلى أجل الخ. يعني الأجل الذي لا تتغير إليه كالعشر، والكلام إنما هو فيما يتغير إليه كالعشرين، وحينئذ فكان على الناظم أن لا يتبعه في الوضع عند أمين وأن لا يستثني الأصول، وأن يقتصر على صريح القول الآخر في كلام ابن سلمون من أن ذلك لا يجوز في الأصول وغيرها لأن النكرة في سياق النفي تعم، ولأن الأجل في كلامهم محمول على ما يتغير المبيع إليه غالباً وذلك يختلف باختلاف المبيع فلو قال:

وشرط إبقاء المبيع مرتهن
لأجل بعطب فيه فامنعن
لوفى بما مر.

ـــــ وَجَائِزٌ فِي الدَّارِ أَنْ يُسْتَثْنَى
سُكْنَى بِهَا كَسَنَةٍ أَوْ أَدْنَى

(وجائز في الدار) أن تباع إلى أجل بل ولو نقداً ونقد بالفعل كما في (ق) عن سماع يحيى (ان يستثنى) بضم الياء مبنياً للمفعول (سكنى بها) مدة لا تتغير فيها غالباً (كسنة أو أدنى) أو أكثر كسنتين وقيل غير ذلك. قال في ضيح: والخلاف خلاف في حال فإن كانت المدة لا تتغير فيها غالباً جاز انتهى. ونحوه في (ق) عن المدونة فالتحديد بالسنة في النظم و(خ) غير معتمد كما مرّ في أول الفصل. ابن سلمون: فإن التزم المشتري أن لا يبيعها حتى ينصف البائع من الثمن، ومتى فعل ذلك فقد حل عليه الثمن فلا يجوز ذلك إلا أن يكون طوعاً بعد العقد، ثم قال: فإن اختلفا فقال البائع: وقع طوعاً. وقال المشتري: بل شرطاً في العقد فالقول قول مدعي الشرط إن كان يدعي الفساد لأنه العرف اهـ.

تنبيه: فإن انهدمت الدار فضمانها في مدة الاستثناء الجائز من المشتري ولا رجوع للبائع على المبتاع بما اشترطه من السكنى في قول ابن القاسم إلا أن يبيعها المبتاع في أثناء المدة الجائزة فلا يخرج منها البائع حتى يستوفي مدته. وأما إن تهدمت في استثناء المدة الغير الجائزة فضمانها من البائع إلا أن تنهدم بعد أن قبضها المشتري، ولو قبل انقضاء مدة الاستثناء فضمانها منه لأنه بيع فاسد يضمن بالقبض. ولما قدم في قوله: وآبر من زرع أو من شجر. حكم من

اشترى أرضاً فيها زرع في عقد واحد أو شجر فيها ثمر، كذلك أشار هنا إلى ما إذا اشترى الأرض وحدها ثم اشترى زرعها أو الشجر وحدها ثم ثمرها فقال:

ـــ وَمُشْتَرِي الأَصْلِ شِرَاؤُهُ الثَّمَرْ
قَبْلَ الصَّلاَحِ جَائِزٌ فيما اشْتَهَرْ

(ومشتري الأصل) ووجد فيه ثمر مؤبر لم يشترطه وبقي لبائعه (شراؤه) ذلك (الثمر) المؤبر بعد ذلك (قبل) بدو (الصلاح) فيها (جائز) مطلقاً قرب ما بين العقد على الأصل والثمار أم لا. (فيما اشتهر) من أقوال ثلاثة. ثانيها: المنع مطلقاً. ثالثها: يجوز إذا قرب ما بين العقدين كالعشرين يوماً لا فيما بعد.

ـــ والزَّرْعُ فِي ذَلِكَ مِثْلُ الشَّجَرِ
ولا رُجُوعَ إنْ تُصِبْ لِلْمُشْتَرِي

(فالزرع) المؤبر الذي لم يشترطه المبتاع عند شراء أرضه يجري (في) جواز شرائه منه بعد (ذلك مثل) ما جرى في شراء ثمر (الشجر) بعد شرائها وحدها من جريان الأقوال المذكورة (خ): وصح بيع ثمر ونحوه بدا صلاحه وقبله مع أصله أو ألحق به الخ. فقوله: مع أصله هو ما تقدم للناظم في قوله: إلا بشرط المشتري.

وقوله: أو ألحق به هو ما ذكره الناظم ههنا، فكل منهما تكلم على الصورتين رحمهما الله، ووجهه في الأولى أنهما تبع للأصل، وفي الثانية أن اللاحق للعقد كالواقع فيه، وفهم منهما أنه لو اشترى الزرع أو الثمر قبل بدوه أولاً ثم اشترى الأرض والشجر لم يجز وهو كذلك، وإذا أجيحت الثمرة المشتراة مع الأصل أو التي ألحقت به فلا قيام له بالجائحة كما قال: (ولا رجوع أن تصب) بضم التاء وفتح الصاد مبنياً للمفعول ونائبه ضمير الثمر ومتعلقه محذوف أي بالجائحة (للمشتري) خبر لا وعلل عدم الرجوع بالجائحة فيها لأنها تبع للأصل، وما كان تبعاً لا جائحة فيه. وفي طرر ابن عات عن ابن محرز أن الجائحة لم تسقط هنا عن البائع لأجل أن الثمرة تبع للمبيع، وقول من قال ذلك فاسد ويدل على ذلك أنه لو اشترى ثمرة ومعها عروض كثيرة فكانت الثمرة تبعاً لجميع الصفقة لكانت فيها الجائحة، وإنما سقطت الجائحة هنا لانقطاع السقي عن البائع، ويدل على ذلك أن الثمرة لو بيعت وحدها وقد استغنت عن السقي لم يكن فيها جائحة اهـ.

ـــ وَبَيْعُ مِلْكٍ غَابَ جَازَ بِالصِّفَهْ
أَوْ رُؤْيَةٍ تَقَدَمَتْ أَوْ مَعْرِفَهْ

(وبيع ملك) بكسر الميم وضمها الشيء المملوك عقاراً كان أو غيره إلا أنه لا يستعمل بالضم إلا في مواضع الكثرة وسعة السلطان يقال لفلان ملك عظيم أي مملوك كبير قاله أبو البقاء في إعراب القرآن (غاب) عن مجلس العقد أو البلد كما هو ظاهره ولم يبعد جداً كخراسان من إفريقية (جاز) بيعه على اللزوم (بالصفة) الكاشفة لأحواله ككونه إن كان أرضاً قريباً من الماء أو بعيداً، وكون أرضه مستوية أو معلقة ذات حجارة أو دونها قريبة من العمارة أو بعيدة عنها وإن أذرعها، كذا وأن مساحة الدار إن كان داراً كذا وكذا ذراعاً وأن طولها كذا وعرضها كذا، وطول بيتها القبلي كذا وعرضه كذا وعلوه كذا، وبناؤها

بالحجارة أو الآجر أو طابية وأن لون الحيوان إن كان حيواناً كذا وسنه كذا، وهكذا حتى يأتي على جميع الأوصاف التي تختلف بها الأغراض في السلم لأن بيع الغائب مقيس على السلم، وسواء كان الوصف من غير البائع أو من البائع كما هو ظاهره أيضاً، لكن لا يجوز النقد فيه بوصف البائع ربعاً كان أو غيره. (أو) بـ(رؤية تقدمت) قبل عقد البيع بحيث لا يتغير بعدها ولم يبعد جداً كما في (ز). (أو معرفة) من عطف العام على الخاص وكأنه أراد بالرؤية مرة أو مرتين وبالمعرفة ما هو أكثر، فإن كان يتغير بعدها قطعاً أو شكاً أو بعدت مسافته جداً كخراسان من إفريقية لم يجز بيعه باللزوم استناداً للرؤية السابقة. نعم يجوز بيعه على خياره بالرؤية.

واعلم أن بيع الغائب لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يكون على الخيار بالرؤية أو على الصفة باللزوم أو على رؤية سابقة، فالقسم الأول لم يتعرض له الناظم لأنه على خيار المشتري فالبيع لازم للبائع منحل من جهة المشتري فله أن يرجع قبل الرؤية وبعدها كما في النقل قاله (ز) ولا يشترط فيه وصف ولا رؤية سابقة ولا عدم البعد جداً. وأما القسم الثاني، وهو ما بيع على الصفة باللزوم فيشترط فيه عدم البعد جداً كما مر ولا يشترط فيه الغيبة عن البلد، بل عن المجلس فقط على المعتمد كان حاضراً بالبلد أو على مسافة عشرة أيام أو على أكثر مما لم يبعد جداً، وسواء وصفه للبائع أو غيره كما مرّ. نعم إذا كان حاضراً مجلس العقد فلا بد من رؤيته ولا تكفي فيه الصفة إلا إذا كان في فتحه مشقة كعدل البرنامج الذي يشق فتحه وشده أو فساد كقلل الخل المطينة. وأما القسم الثالث، وهو ما بيع على رؤية سابقة فيشترط أن لا يتغير من وقت الرؤية لوقت العقد وأن لا يبعد جداً كما مر ويظهر لي أن عدم التغير بعدها يغني عن البعد جداً لأنه يلزم من البعد جداً تغيره تحقيقاً أو شكاً فتأمله. ولا يشترط فيه غيبته عن المجلس، بل يجوز ولو حاضراً بالمجلس، وبهذا تعلم أن الناظم أخل بقيد عدم البعد جداً في القسمين الأخيرين معاً على ما فيه ويقيد عدم التغير في الرؤية السابقة.

ـــــ وَجَازَ شَرْطُ النَّقْدِ فِي المَشْهُورِ
وَمُشتَرٍ يَضْمَنُ لِلْجُمْهُورِ

(وجاز شرط النقد في) العقار المبيع على اللزوم برؤية سابقة أو بوصف غير البائع وإن بعد لا جداً، وأما بوصف البائع فلا يجوز النقد فيه ولو تطوعاً على (المشهور) خلافاً لأشهب في منعه اشتراط النقد فيه مع البعد لا جداً، وسواء على المشهور بيع العقار جزافاً أو مذارعة لأن المقصود من الذرع في العقار إنما هو وصفه وتحديده كما مرّ قاله طفي، وكذا لا يجوز شرط النقد في المبيع غائباً غير العقار إن قرب كاليومين كما في (خ).

(تنبيهان. الأول): إذا اجتمع البيع بوصف أو برؤية سابقة مع الخيار بالرؤية فالحكم للخيار بالرؤية.

الثاني: ضمان المبيع غير العقار من البائع في الأقسام الثلاثة حتى يقبضه المشتري، فإذا هلك قبل القبض في البيع على رؤية سابقة فضمانه من بائعه، وإذا تغير وتنازعا فقال البائع: هذه الصفة التي هو عليها الآن أي وقت القبض

هي الصفة التي كان عليها وقت رؤيتك إياه، وقال المشتري: بل تغير عن الصفة التي كان عليها وقت الرؤية فالقول للبائع، وأما العقار فضمانه من المشتري كما قال:

Y

(ومشتر) عقاراً غائباً برؤية سابقة أو بوصف (يضمن) ما هلك منه قبل قبضه حيث تحقق أن العقد أدركه سالماً (للجمهور) وهو ما حكاه الناس عن مالك أولاً وأنه كان يقول الضمان من المشتري إلا أن يشترطه على البائع، ثم رجع إلى العكس وأنه من البائع إلا أن يشترطه على المشتري، وفي (ق) لم يختلف قول مالك في الرباع والدور والأرضين والعقار أن ضمانها من المبتاع من يوم العقد وإن بعدت، وقولي حيث تحقق أن العقد أدركه سالماً أي بإقرارهما أو بقيام البينة احترازاً مما إذا تنازعا فقال المشتري: أدركته الصفقة معيباً. وقال البائع: بل سالماً، فإن القول للمشتري في المبيع على صفة وللبائع في المبيع على رؤية سابقة كما مرّ. فإن قلت: ما الفرق بينهما؟ قلت: قال في ضيح: الفرق بينهما أن البيع في مسألة الرؤية معلق على بقاء صفة المبيع الذي رآه عليها والأصل بقاؤها، فمن ادعى الانتقال منهما فهو مدع وهو المشتري بخلاف البيع على الصفة، فإن الأصل عدم وجود تلك الصفة وهو الموافق لقول المشتري.

ـــ والأَجْنَبِيُّ جَائزٌ مِنْهُ الشَرَا
مَلتزِمَ العُهْدَةِ فِيمَا يُشْتَرَى

(والأجنبي جائز منه الشرا)ء لغيره حال كونه (ملتزم العهدة فيما يشترى) قال الشارح ما حاصله: لفظ الشراء محتمل لمعناه المتبادر منه عرفاً، والمعنى عليه أنه يجوز للرجال أن ينوب عن غيره في شراء دابة ونحوها ويلتزم له عهدة العيب والاستحقاق، وأنه إن حصل أحدهما غرم له الثمن، ويحتمل لأن يكون بمعنى البيع على حد قوله تعالى: وشروه بثمن بخس} (يوسف:20) أي باعوه، والمعنى عليه أن الأجنبي يجوز البيع منه حيث اشترى لغيره حالة كونه ملتزم عهدة العيب والاستحقاق فيما يشتريه لذلك الغير، وأنه إن حصل عيب أو استحقاق غرم له الثمن أيضاً، وقد علمت منه أن مآل الاحتمالين واحد وأن الأجنبي مشتر على كل حال، وإنما تغاير الاحتمالان عنده من جهة أن الشراء في كلام الناظم هل هو بمعناه العرفي فيجوز للأجنبي أن يشتري لغيره دابة مثلاً ملتزماً العهدة له، أو بمعنى البيع فيجوز لشخص أن يبيع من الأجنبي دابة يشتريها لغيره ملتزماً العهدة له أيضاً فجاء الاحتمالان باعتبار متعلق الجواز وذلك باختلاف معنى الشراء في النظم، وهذا قليل الجدوى والصواب أن يقال: أن كلاًّ من المتعاقدين بائع لما خرج من يده مشتر لما بيد غيره كما تقدم أول الباب، فالأجنبي حينئذ بائع مشتر فتارة يلتزم العهدة لمن اشترى له وتارة يلتزمها لمن اشترى منه، فالأجنبي النائب عن غيره إذا اشترى مثلاً دابة من عمرو لخالد بثوب أو دراهم فهو بائع للثوب أو الدراهم مشتر للدابة، فتارة يلتزم العهدة في الدابة للذي اشترى له وهو خالد، وتارة يلتزم العهدة في الثوب أو الدراهم للذي اشتراهما منه وهو عمرو، وسواء حينئذ حملنا الشراء في النظم على معناه العرفي أو على البيع. ولذا بنى الناظم يشترى للمفعول ليشمل ما إذا التزم العهدة فيما يشتريه للغير أو فيما يشتريه الغير منه كما

ترى، وسواء التزم في هذا الثاني العهدة ابتداء أو انتهاء كما إذا لم يعلم المشتري منه بأنه وكيل في البيع عن غيره، ثم أثبت أنه

وكيل فإن المشتري يخير في الرد أو التماسك لأن من حجته أن يقول: إنما اشتريت على أن تكون عهدتي على متولي البيع، ولا أرضى أن تكون على المنوب عنه لعسره وقلة ذات يده أو لدده، فإذا رضي الوكيل بأن تكون العهدة عليه سقط الخيار ولزم البيع للمشتري، وهذا هو المراد بالالتزام انتهاء، وإنما قلنا ثم أثبت أنه وكيل الخ. احترازاً مما إذا لم يثبت ذلك فإن العهدة لا تنتفي عنه ولا يثبت الخيار لأنه يتهم أن يكون هو المالك، ولكنه ندم في البيع فادعى أنه نائب فيه عن غيره، لعل المشتري لا يرضاه ويفسخ البيع فكلام الناظم شامل لهذا كله إلا أنه أطلق الجواز على حقيقته وذلك في الالتزام ابتداء وعلى مجازه وذلك في الالتزام انتهاء لأن الجواز فيه بمعنى اللزوم، والله أعلم.
تنبيه: التزام الأجنبي للعهدة المذكورة هو من ضمان درك العيب والاستحقاق أي ضمان ما يترتب عليهما وهو جائز كما تقدم أول باب الضمان، والله تعالى أعلم.

فصل في بيع العروض

جمع عرض وهو في الاصطلاح ما عدا العين والطعام من الأشياء كلها، والناظم أراد به هنا ما عدا الأمور الخمسة المذكورة في قوله: ما يستجاز بيعه أقسام الخ. ولذا قال: (من الثياب وسائر السلع)، بيان لما قبله:

ـــ بَيْعُ العُروضِ بالعُرُوضِ إنْ قُصِدْ
تَعاوُضٌ وَحُكْمُهُ بَعْدُ يَرِدْ

(بيع العروض بالعروض) مبتدأ (إن قصد) شرط حذف جوابه للدلالة عليه (تعاوض) خبر المبتدأ وهذا هو المختار في مثل هذا التركيب كقوله تعالى: وإنا إن شاء الله لمهتدون} (البقرة:70) ويجوز أن يكون تعاوض خبراً لمبتدأ محذوف جواب الشرط أي: فهو تعاوض، والجملة من الشرط وجوابه خبر المبتدأ. وعليه اقتصر اليزناسني. (وحكمه بعد يرد) وحاصل صوره ثمانية لأن العرض بالعرض إما يداً بيد وإما أن يتأخر أحدهما، وفي كل إما أن يكونا واحداً بواحد أو بأكثر، وفي كل إما أن يكونا من جنس واحد أو من جنسين.

ـــ فإنْ يَكُنْ مَبيعُهَا يَداً بِيَدْ

فإنَّ ذَاكَ جَائِزٌ كَيْفَ انْعَقَدْ

(فإن يكن مبيعها) أي العروض (يداً بيد، فإن ذاك جائز) مع اتحاد الجنس واختلافه والتماثل والتفاضل (كيف انعقد) فإن كان واحداً بواحد كثوب هروي بهروي أو مروي بمروي أو واحد بمتعدد كهروي بمرويين فأكثر أو مرويين فأكثر، وهذه أربع صور، ومفهوم قوله: يداً بيد صورتان إحداهما أن يكونا مؤجلين معاً وفيهما أربع صور زيادة على الثمان المتقدمة، ولم يتعرض لها الناظم. وليس فيها إلا المنع لابتداء الدين بالدين، والثانية أن يعجل أحدهما ويؤجل الآخر وهو ما أشار إليه بقوله:

ـــ وَإنْ يَكُنْ مُؤَجَّلاَ وَتَخْتَلِفْ

أجُنَاسُهُ فَما تَفَاضُلُ أُنِفْ
(وإن يكن) أحد العوضين (مؤجلاً) والآخر نقداً أي حالاً فإما أن تتحد أجناسه وسيأتي في البيت بعده: (و) إما (تختلف أجناسه) كتعجيل ثوب من حرير في ثوب أو ثوبين فأكثر من صوف، أو تعجيل هروي في مروي أو مرويين فأكثر (فما تفاضل أنف) أي منع كما لا يمنع التماثل بالأحرى إذ لا موجب للمنع مع اختلاف الجنس، وهاتان صورتان من الأربع الباقية. ثم أشار إلى مفهوم قوله: وتختلف أجناسه وفيه صورتان وبهما تتم الصور الثمان فقال:
ـــ وَالْجِنْسُ مِنْ ذَاكَ بِجِنْسٍ لِلأَمَدْ
مُمْتَنِعٌ فِيهِ تَفاضُلٌ فقدْ
(والجنس) أي وبيع الجنس (من ذاك) المذكور من العروض (بجنس) مماثل له (لأمد) أي لأجل: (ممتنع فيه تفاضل فقد) فحسب أي لا غير كثوب من حرير معجل في ثوبين منه إلى أجل للسلف بمنفعة وعكسه لضمان بجعل، ومفهوم تفاضل أنه مع التماثل كثوب من صوف معجل في ثوب مثله، ولم يشترط عليه أجود من المعجل ولا أدنى جائز لأنه محض سلف، ثم استثنى من منع التفاضل في الجنس الواحد فقال:
ـــ إلاّ إذَا تَخْتَلِفُ المنافِعُ
وَمَا لِبَيْعٍ قَبْلَ قَبضٍ مَانِعُ

(إلا إذا تختلف المنافع) كسيف قاطع معجل في اثنين دونه في القطع والجوهرية إلى أجل، وكجذع من الخشب طويل غليظ معجل في جذع أو جذوع صغار إلى أجل، وكثوب غليظ من الكتان معجل في ثوب رقيق منه إلى أجل، أو غزل غليظ في رقيق من جنسه وبالعكس فإن ذلك كله جائز لاختلاف المنفعة لأن اختلافها يصير الجنس الواحد كجنسين، ولا يدخل في النظم هنا بيع صغير بكبير من جنسه وعكسه إلى أجل، لأن الكلام في العروض لا في الحيوان (وما لبيع قبل قبض مانع) مبتدأ والمجرور قبله خبره، والمعنى أنه يجوز بيع العروض قبل قبضها كان المعجل فيها عرضاً أيضاً أو دراهم أو حيواناً أو طعاماً من بيع أو سلم بخلاف الطعام، فإنه لا يجوز بيعه قبل قبضه مطلقاً حيث كان من معاوضة لا من قرض فيجوز نقداً فقط وظاهره أنه يجوز بيع العرض قبل قبضه لمن هو عليه ولغيره نقداً وإلى أجل قبل حلوله وبعده وليس كذلك بل فيه تفصيل، فإن كان لمن هو عليه فيجوز بعد حلول أجله وقبله بشرط أن يكون الثمن المأخوذ في العرض نقداً وأن يكون مما يصح بيعه بالثمن المعجل في العرض المذكور فإذا عجل دراهم أو حيواناً في ثوب من صوف لأجل مثلاً، فيجوز أن يأخذ عن الثوب بعد الحلول أو قبله ثوباً من كتان وحرير لا دنانير أو لحماً غير مطبوخ من جنسه لما فيه من الصرف المؤخر فيما إذا كان المعجل دراهم والمأخوذ دنانير وبالعكس، ولما فيه من بيع اللحم بالحيوان فيما إذا كان المعجل حيواناً والمأخوذ لحماً من جنسه وبالعكس، وقولي نقداً احترازاً مما إذا كان لأجل فإنه لا يجوز لما فيه من فسخ الدين في الدين حيث كان المأخوذ أكثر مما في الذمة أو من غير الجنس فإن كان مثل ما في الذمة جاز بعد الأجل ولا إشكال لأنه قضاء عما فيها وكذا قبل الأجل حيث كان القضاء في محله أي بلده لا إن كان بغير محله فلا يجوز، وإن حل لما فيه من سلف جر نفعاً لأن المعجل قبل البلد يعد مسلفاً كالمعجل قبل الأجل فقد انتفع بإسقاط الحمولة عنه.

هذا محصل ما أشار له (خ) في آخر السلم بقوله: وبغير الجنس إن جاز بيعه الخ. وبقوله قبله وجاز قبل زمانه قبول صفته فقط كقبل محله في العرض. الخ. وهذا كله فيما إذا باعه لمن هو عليه، وأما إذا باعه لغير من هو عليه فيجوز قبل الأجل وبعده أيضاً بشرط أن يكون الثمن نقداً لا مؤجلاً فيمنع مطلقاً لأنه من بيع الدين بالدين، وأن يكون من هو عليه حاضراً مقراً وبيع بغير جنسه وليس ذهباً بفضة ولا عكسه، وليس بين مشتريه وبين من هو عليه عداوة ولا قصد إعانته كما أشار له (خ) أيضاً بقوله: ومنع بيع دين ميت وغائب ولو قربت غيبته وحاضر إلا أن يقر الخ.

ـــ وَبَيْعُ كُلَ جَائِزٌ بالْمَالِ
عَلَى الْحُلُولِ وَإلى الآجَالِ

(وبيع كل) من العروض (جائز بالمال) من الذهب والفضة والحيوان العاقل وغيره، وأما بيعه بعرض آخر فهو ما قبله (على الحلول وإلى الآجال) المعلومة غير البعيدة جداً كالسبعين والستين سنة كما مرّ عند قوله: بأضرب الأثمان والآجال الخ.

ـــ وَمَنْ يُقَلِّبْ مَا يُفيتُ شَكْلَهُ
لَمْ يَضْمَنْ إلاّ حَيْثُ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ

(ومن يقلب ما) أي فخاراً أو زجاجاً أو سيفاً أو دابة ونحو ذلك (يفيت) بضم الياء مضارع أفات، وفاعله ضمير التقليب ومعنى الإفاتة الهلاك (شكله) مفعوله (ولم يضمن) ما سقط من يده حين التقليب فانكسر، أو ماتت الدابة حين الركوب (إلا حيث لم يؤذن له) في التقليب المذكور والركوب ونحو ذلك أما مع الإذن نصاً فلا ضمان عليه فيما سقط من يده، وإنما يضمن ما سقط عليه لأنه خطأ وهو كالعمد (خ): وضمن بسقوط شيء من يده عليها الخ. وأما مع الإذن حكماً كأن يقلبها وصاحبها ساكت ينظر. فقولان مشهوران مبنيان على أن السكوت هل هو إذن أم لا؟ أرجحهما أنه ليس بإذن قال في إيضاح المسالك، قال ابن رشد في كتاب الدعوى: والصلح من البيان لا خلاف أن السكوت ليس برضا لأن الإنسان قد يسكت مع كونه غير راض، وإنما اختلف في السكوت هل هو إذن أم لا؟ ورجح كونه ليس بإذن اهـ. ابن سلمون: ومن أخذ قوساً أو سيفاً أو آنية ليقلبها فانكسر القوس أو السيف عند الرمي به أو الفخار، فإن كان ذلك بإذن صاحبه فلا شيء عليه، وإن كان بغير إذنه فهو ضامن، وكذلك الدابة. قال أصبغ: وكذلك إن أخذ الفخار وصاحبه يراه وإن لم يأذن له وسقط وانكسر فلا شيء عليه، وروى عيسى عن ابن القاسم في ذلك أنه ضامن إلا أن يأذن له اهـ. وما رواه عيسى هو الذي رجحه ابن رشد كما مرّ، وكذلك يضمن إن سقط من يده عند التقليب بسبب تغريره كأن يرفع القلة الكبيرة من أذن واحدة أو بأصبع واحد فتنكسر ويضمن ما سقطت عليه على كل حال فإن ادعى عليه رب الزجاجة ونحوها حيث أذن له في تقليبها أنه تعمد طرحها أو فرط حتى سقطت فعليه اليمين فإن نكل غرم بمجرد نكوله لأنها يمين تهمة.

ـــ وَالبَيْعُ جَائِزٌ عَلَى أَنْ يَنْتَقِدْ
في مَوْضَع آخَرَ إنْ حُدَّ الأَمَدْ

(والبيع جائز على) شرط (أن ينتقد) الثمن أو المثمن (في موضع) أي بلد (آخر) غير بلد العقد (إن حدّ الأمد) أي الأجل وإلاّ لم يجز، قال في التهذيب: ومن باع سلعة بعين على أن يأخذه ببلد آخر فإن سمى البلد ولم يضرب لذلك أجلاً لم يجز، وإن ضرب لذلك أجلاً جاز سمى البلد أو لم يسمها، فإن حل الأجل فله أخذه بالعين أينما لقيه، وإن باع السلعة بعرض وشرط قبضه ببلد آخر إلى أجل فليس له أخذه به بعد الأجل إلا في البلد المشترط فإن أبى الذي عليه العرض بعد الأجل أن يخرج إلى ذلك البلد أجبر على أن يخرج أو يوكل من يخرج فيوفي صاحبه اهـ. وحاصله أن الأجل لا بد منه كما قال الناظم: سواء كان البيع بالعين أو بالعرض إلا أن شرط قبض العين ببلد آخر ملغى غير معتبر بخلافه في العرض فإنه معتبر، وظاهر النظم كان الأجل نصف شهر أو أقل أو أكثر وهو كذلك لأنه سلم فلا بد أن يكون أجله نصف شهر فأكثر (خ): إلا أن يقبض ببلد كيومين إن خرج حينئذ ببر بغير ريح، فيجوز أقل من نصف شهر بالشروط المذكورة.

تنبيه: ما مر من أنه لم يضربا لذلك أجلاً فسد البيع حكى عليه عياض الاتفاق كما في ابن عرفة، ثم ذكر عقبه عن اللخمي أنه إذا قال: أشتري منك بالعين لأقضي بموضع كذا لأن لي به مالاً وإنما معي ههنا ما أتوصل به لذلك الموضع أو ليس معي ما أقضي به ههنا إلا داري أو ربعي ولا أحب بيعه لم يجبر على القضاء إلا بالموضع الذي سمى، ويجوز البيع وإن لم يضربا أجلاً كمن باع على دنانير بأعيانها غائبة، وإن شرط البائع القبض ببلد معين لاحتياجه فيه لوجه كذا فعجلها المشتري بغيره لم يلزم البائع قبولها لخوفه في وصولها إلى هناك، وقد اشترط شرطاً جائزاً فيوفي له به اهـ. ونقله (ح) أول بيوع الأجل مستظهراً له قائلاً: فيقيد به قول المتن في القرض كأخذه بغير محله إلا العين اهـ.

قلت: وكذا يقيد به قول الناظم فيما مر وحيث يلغيه بما في الذمة يطلبه الخ. وتأمل قول اللخمي: ويجوز البيع وإن لم يضربا لذلك أجلاً. وقوله بعد: وإن شرط البائع القبض ببلد معين الخ. فالظاهر حمل ذاك على ما إذا كان بصدد الذهاب للبلد المعين عن قرب وأن مسافته معلومة عندهما لئلا يؤدي ذلك للبيع بأجل مجهول فيخالف ما مرّ من الاتفاق والله أعلم.

ـــ وَبَيْعُ ما يُجْهَلُ ذَاتاً بالرِّضا
بالثَّمَنِ البَخْسِ أوِ العالي مَضَى

(وبيع ما يجهل) بالبناء للمجهول (ذاتاً) تمييز محول عن الفاعل (بالرضا) يتعلق ببيع وكذا (بالثمن البخس أو الغالي) وقوله (مضى) خبر عن بيع، والمعنى أن بيع الشيء الذي يجهل المتعاقدان أو أحدهما ذاته أي حقيقته المتضمن ذلك لجهل قيمته ماض لا يرد حيث سمياه أو أحدهما باسمه العام، سواء بيع ببخس أو غلاء كما لو قال البائع لشخص: أبيعك هذا الحجر، أو قال المشتري: بع مني هذا الحجر فيشتريه وهو يظنه ياقوتة أو زبرجدة فيجده غير ياقوتة، أو يبيعه البائع يظن أنه غير ياقوتة أو زبرجدة فإذا هو غير ذلك، فيلزم المشتري الشراء في الصورة الأولى، وإن علم البائع حين البيع أنه غير ياقوتة وكذا يلزم البيع للبائع في الثانية، وإن علم المشتري حين الشراء أنه ياقوتة لأن كلاًّ منهما سماه في القرض المذكور باسمه العام لأن الياقوت يسمى حجراً، وهذا إذا

كان البائع أو المشتري غير وكيل، وإلاَّ لم يلزم البيع بلا نزاع، وأما لو سمي بغير اسمه العام بل باسمه الخاص أو بغير اسمه أصلاً كقوله: أبيعك هذه الياقوتة أو أشتري منك هذه الزجاجة فتبين في الأولى أنها غير ياقوتة، وفي الثانية أنها ياقوتة، فللمشتري في الأولى القيام وكذا البائع في الثانية كما قال:

ـــ وَمَا يُبَاعُ أنه ياقوتَهْ
أوْ أَنَّهُ زُجَاجَةٌ مَنْحوتَهْ

(وما يباع) على (أنه ياقوتة أو) على (أنه زجاجة منحوته.

ـــ وَيَظْهَرُ العَكْسُ بِكُلَ منْهما

جَازَ به قيامُ مِنْ تَظَلَّمَا

ويظهر العكس بكل منهما جاز به) أي بسببه (قيام من تظلما) أي شكا أنه مظلوم، وأنه لم يعلم بحقيقة ذلك وقت البيع فإن ادعى عليه العلم فعليه اليمين. والفرق أن التسمية بغير اسمه مظنة الجهل به فكان له القيام بخلاف تسميته باسمه العام فإنها مظنة معرفته فلا يقبل دعواه خلافها لأنه خلاف الغالب وكان من حقه أن يتثبت لنفسه، والفرق بين حقيقة هذا البيع وبين حقيقة الغبن الآتي في فصله: أن المبيع في الغبن معلوم في الحقيقة والاسم لكل منهما، والجهل متعلق بالقيمة فقط. وهنا الجهل منهما أو من أحدهما تعلق بحقيقته، ولكن لما عبر عنها باسمها العام لم يصدق مدعي الجهل كما مر قال: معناه (ز) ثم. يبقى أن يقال ما الفرق بين الغلط والغبن على ما به العمل من وجوب القيام به كما يأتي. فالجواب: أن الفرق إنما يطلب بينهما لو اختلفا في المشهور أما حيث كان المشهور فيهما عدم القيام فلا، لكن ينبغي حيث جرى العمل بالقيام بالغبن أن يجري العمل بالقيام بالغلط أيضاً إذ كل منهما يتثبت بالسؤال لنفسه عن حقيقة الأمر، والخلاف موجود في الغبن والغلط كما في (خ) وغيره والله أعلم.

تنبيهان. الأول: قال ابن رشد: واختلف فيما إذا أبهم أحدهما لصاحبه بالتسمية ولم يصرح فقال ابن حبيب: إن ذلك يوجب الرد كالصريح، وحكي عن شريح القاضي أن رجلاً مر برجل معه ثوب مصبوغ بالصبغ الهروي فقال: بكم هذا الهروي؟ فقال: بكذا فاشترى، ثم تبين أنه ليس بهروي وإنما صبغ بالصبغ الهروي فأجاز بيعه قال عبد الملك: لأنه إنما باعه هروي الصبغ حتى يقول هروي النسج فعند ذلك يرده.

الثاني: قال مالك: في البزاز يبيع ثوباً فيأمر بعض خدمته يدفعه إلى المبتاع أو يدفعه هو بنفسه ثم يقول بعد انصراف المبتاع: إن الثوب الذي دفع إليك ليس هو المبيع، بل وقع غلط فيه قال: إن كان أمر بدفعه حلف ورد ثوبه وإن كان هو الذي دفعه فلا قول له إلا أن يكون عليه رقم أكثر مما باع به أو شهادة قوم عرفوا ذلك. انظر (ح) عند قول المتن ولم يرد بغلط إن سمي باسم الخ.

فصل في حكم (بيع الطعام)

حاصل حكمه أن بيع الطعام بالطعام بالتأخير ممتنع مطلقاً وهو قوله:

ـــ البَيْعُ لِلطَّعام بالطَّعَامِ

دون تناجُزٍ مِنَ الْحَرَامِ
(البيع للطعام بالطعام) حال كونه (دون تناجز من الحرام) كيف ما كان متماثلاً أو متفاضلاً ربوياً كقمح بفول أو شعير، أو غير ربوي كتفاح بمشمش، أو أحدهما كقمح بمشمش لحرمة ربا النساء فيه مطلقاً، ومفهوم قوله: دون تناجز أنه إذا كان يداً بيد فإما أن يكون جنساً واحداً أو جنسين، وفي كل إما مثلاً بمثل أم لا. فالجنس الواحد مثلاً بمثل كمد من قمح بمثله أو بمد من شعير هو قوله:
ـــ والبَيْعُ لِلصِّنْفِ بِصِنْفِهِ وَرَدْ
مِثْلاً بِمِثْلٍ مُقْتَضَى يَداً بِيَدْ

(والبيع) مبتدأ (للصنف بصنفه) يتعلقان بقوله (ورد) خبر أي ورد جوازه حال كونه (مثلاً بمثل) وحال كونه (مقتضى يداً بيد) لقوله عليه الصلاة والسلام كما في الصحيح: «البر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»، ومفهوم مثلاً بمثل أنه يمنع التفاضل فيه، وهو معنى قوله بعد: والجنس بالجنس تفاضلاً منع الخ. لكن محل المنع إن كان مقتاتاً مدخراً وإلا فهو قوله: وغير مقتات ولا مدخر الخ. ومفهوم قوله هنا بصنفه أنه مع اختلاف صنفه يجوز وهو معنى قوله: وفي اختلاف الجنس بالإطلاق الخ.u ومعنى الإطلاق فيه سواء كان مثلاً بمثل أم لا. كان مقتاتاً مدخراً أم لا. ربوياً أم لا. وبهذا التقرير ينتفي التداخل والتكرار في كلام الناظم فقوله ههنا: مقتضى يداً بيد هو موضوع هذا البيت والأبيات الثلاثة بعده. أعني قوله: والجنس بالجنس إلى قوله: باتفاق، وحينئذ فكأنه يقول: فإن لم يكن دون تناجز بل كان مقتضى يداً بيد فإن كان صنفاً بصنفه مثلاً بمثل جاز، وإن كان ليس مثلاً بمثل امتنع بشرط الاقتيات والادخار، وإن كان صنفاً بغير صنفه جاز مطلقاً مثلاً بمثل أم لا. مدخراً مقتاتاً أم لا غير أن حقه أن يسقط قوله مع الإنجاز لأنه موضوع الأبيات الأربعة كما ترى كما أن حقه يؤخر عنها قوله:
ـــ والبَيْعُ لِلطَّعام قَبْلَ القَبْضِ
مُمْتَنِعٌ ما لَمْ يَكُنْ عنْ قَرْضِ

(والبيع للطعام) ربوي كقمح وشعير وزيت ولبن أو غيره كتفاح ورمان (قبل القبض) له بكيل أو وزن أو عد حيث اشترى على ذلك أو أخذ في صداق أو خلع أو في صلح عن دم عمداً، وفي كراء دابة أو في رزق قاض أو جند أو إمام مسجد أو مؤذن أو مدرس ونحو ذلك. فكل ذلك (ممتنع) لا يجوز بيعه قبل قبضه بكيل ونحوه لا ممن هو عليه ولا من غيره، وسواء كان معيناً أو مضموناً في الذمة كطعام السلم لا إن وجب للمرأة في نفقتها أو نفقة أولادها فيجوز لها أن تبيعه قبل أن تقبضه من زوجها بكيل ونحوه، ولا إن اشترى جزافاً لأنه مقبوض بنفس العقد وليس فيه حق توفية، ولا إن أخذ عن طعام مستهلك عمداً أو خطأ فيجوز أيضاً (ما لم يكن) الطعام ترتب (عن قرض) وأحرى من هبة أو صدقة فيجوز لمن تسلف طعاماً أن يبيعه قبل أن يقبضه من مقرضه، ثم لا يبيعه مشتريه حتى يستوفيه لأن ضابط المنع أن يتوالى عقدتا بيع لم يتخللهما قبض، وكذا يجوز لمن اشترى طعاماً أن يسلفه لغيره قبل أن يقبضه هو من

الذي باعه له ولكن لا يبيعه لمتسلفه ولا لغيره إلا بعد قبضه، وكذا يجوز لمن اشتراه أيضاً أن يقضي به طعاماً في ذمته قبل أن يقبضه من البائع أيضاً ولا يبيعه المقتضي له إلا بعد قبضه لئلا يتوالى عقدتا بيع لا قبض بينهما كما مرّ. وهذه التي قبلها ليستا من البيع قبل القبض بل من السلف قبل القبض أو القضاء قبل القبض وكذا يجوز لمن سلف لغيره طعاماً أن يبيعه قبل قبضه من المتسلف، فهذه الفروع الأربعة لا يشمل كلام الناظم منها إلا الأولى والرابعة، وأما الطعام الهبة والصدقة فلا إشكال في جواز بيعهما قبل قبضهما من المواهب والمتصدق ثم لا يبيعه مشتريه إلا بعد قبضه أيضاً، وحيث جاز البيع قبل القبض فيما ذكر فلا بد من تعجيل الثمن لئلا يؤدي لبيع الدين بالدين وتجوز الإقالة والتولية والشركة في الطعام قبل قبضه لأنها معروف فاغتفر فيها ذلك.

ثم رجع الناظم لإتمام أقسام بيع الطعام مشيراً لمفهوم مثلاً بمثل في البيت الثاني فقال:

ـــ والجِنْسُ بالجِنْسِ تَفَاضُلاً مُنِعْ
حَيْثُ اقْتِيَاتٌ وَادِّخَارٌ يجْتَمِعْ

(والجنس بالجنس) أي وبيع الجنس بجنسه أي بصنفه كقمح بشعير لا مثلاً بمثل بل (تفاضلاً) كمد قمح بمدين من الشعير (منع حيث اقتيات) وهو أن تقوم به البنية أي عنده لا به (وادخار) وهو أن يحبس ولا يفسد لمدة حدها بعضهم بستة أشهر فأكثر (يجتمع) خبر عن اقتيات وادخار، وأفرد الضمير باعتبار ما ذكر، والجملة في محل جر بإضافة حيث إليها وجوابها محذوف للدلالة عليها أي منع بيع الجنس بجنسه متفاضلاً حيث اقتيات وادخار يجتمعان فيه فيمنع.

ـــ وغَيْرُ مُقْتَاتٍ ولا مُدَّخَرِ
يجُوزُ مَعْ تَفاضُلٍ كَالْخُضَرِ

(وغير مقتات ولا مدخر) كمشماش وقثاء أو مقتات غير مدخر كلفت أو مدخر غير مقتات كلوز وجوز، وأما التين فهو مقتات مدخر على المذهب ولو لم ييبس خلافاً لما في (خ) من عدم ربويته (يجوز) بيعه (مع تفاضل) اتحد الجنس كقنطار من تفاح بقنطارين منه وأحرى لو اختلف (كالخضر) من قثاء ونحوها بمشماش.

ـــ وفي اخْتِلاَفِ الجِنْسِ بالإِطْلاَقِ
جَازَ مَعَ الإِنْجَازِ باتِّفَاقِ

(وفي اختلاف الجنس بالإطلاق) يتعلقان بقوله: (جاز مع الإنجاز باتفاق) أي: وجاز التفاضل في اختلاف الجنس مطلقاً من غير تقييد بربوي ولا غيره بشرط المناجزة لأن المناجزة هي موضوع هذه الأبيات كما مرّ تحصيله في البيت الثاني، وإنما جاز مع اختلاف الجنس لقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المتقدم: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إن كان يداً بيد». قال العلماء: لما نص عليه الصلاة والسلام على الأربعة المسماة في الحديث، أضاف العلماء إليها ما كان في معناها على ما فهموا من خطابه وعللوها بأنها مقتاتة مدخرة للعيش غالباً فنصه {صلى الله عليه وسلم} على البر والشعير تنبيه على كل مقتات مدخر كالذرة والدخن والأرز والسمسم والقطاني كلها

كالفول والعدس واللوبيا وكرسنة والحمص، وكل واحد من هذه الأفراد جنس على حدته ما عدا القمح والشعير فهما جنس واحد على المشهور، وكذلك الأدم كلها كاللحوم والخلول والألبان والزيوت والرب كل واحد جنس على حدته، وكذا البصل والثوم لهما حكم المقتات المدخر وكل منهما جنس على حدته، ونصه عليه الصلاة والسلام على التمر تنبيه منه على كل حلاوة مقتاتة مدخرة للعيش غالباً فيلحق به التين والزبيب والعسل والسكر، وما في معناها. وكل واحد جنس على حدته ونصه عليه الصلاة والسلام على الملح تنبيه على مصلح الطعام المقتات فيلحق به التوابل من فلفل وكزبرة وكراوياء وأنيسون وهو المسمى بحبة الحلاوة عندنا وشمار كسحاب وكمونين ونحوها.

ـــ وَبَيْعُ مَعْلُومٍ بما قَدْ جُهِلاَ
مِنْ جِنْسِهِ تَزَابُنٌ لَنْ يُقْبَلاَ

(وبيع) شيء (معلوم) قدره بكيل أو وزن أو عدد (بما) أي شيء (قد جهلا) قدره ومبلغه (من جنسه) أي من جنس المبيع به (تزابن) أي يسمى بذلك (لن يقبلا) شرعاً أي لا يجوز ولو كان يداً بيد مأخوذ من الزبن بمعنى المخاطرة أو بمعنى الدفع لأن كلاً من المتعاقدين يخاطر صاحبه أو يدافعه عن مراده ويعتقد أنه الغالب ومنه الزبانية لدفعهم الكفار في النار، وإذا امتنع بيع المعلوم بالمجهول فأحرى بيع المجهول بالمجهول. وفي صحيح مسلم، نهى رسول الله {صلى الله عليه وسلم} عن المزابنة وهي بيع العنب بالزبيب كيلاً. المازري: المزابنة عندنا بيع معلوم بمجهول أو مجهول من جنس واحد. ابن عرفة: يبطل عكسه بيع الشيء بما يخرج منه ويكون في الربوي وغيره الخ. فمن المزابنة في الربوي بيع الرطب باليابس كشراء رطب تمر أو تين أو عنب في شجره بيابس من جنس كل كيلاً لأن الرطب مجهول قدره إذ لا يدري قدره بعد يبسه هل هو قدر كيل التمر اليابس أو التين اليابس أو الزبيب أو أقل أو أكثر، ومنها أيضاً بيع زرع قائم أو محصود بكيل من البر أو زيتون في شجره بكيل من الزيتون رطباً أو جافاً، ومنها في غير الربا بيع قنطار من مشماش بصبرة منه غير معلومة الوزن أو بما في رؤوس شجره لأنه وإن جاز فيه التفاضل لكن منع لما فيه من الغرر والمخاطرة والمغالبة، ولذا إذا كثر أحدهما كثرة بينة بحيث لا يشك أحد أن أحد الجهتين أكثر جاز لانتفاء الغرر والمخاطرة، ومنها في غير المطعومين بيع قنطار من كتان أو حرير بكتان أو حرير مجهولي الوزن إلا أن يكثر أحدهما كثرة بينة كما مر في الذي قبله، ومنها أيضاً سلم الشيء فيما يخرج منه كسلم حديد في سيف أو شعر في غزله ولو كانا معلومين وزناً، وكذا سلم حب في دهنه ولو علما، وبهذا اعترض ابن عرفة على المازري بأن حده للمزابنة غير جامع إذ لا يشمل بيع الشيء بما يخرج منه مع أنه مزابنة، وعدم شموله إنما هو من جهة أن بيع الشيء بما يخرج منه لا يتقيد بكونهما

مجهولين أو مجهول أحدهما، بل يمتنع ذلك، ولو علما كما مر، ومفهوم قول الناظم من جنسه إنما هو بغير جنسه جائز وهو كذلك فيجوز بيع العنب بيابس التمر صبرة، وكذا بيع صبرة تفاح بصبرة مشماش مثلاً لكن بشرط المناجزة كما تقدم لامتناع النساء فيهما، ويجوز أيضاً بيع قنطار من صوف بشيء من

الحرير مجهول الوزن بالمناجزة أو التأخير (خ) عاطفاً على المنهي عنه:
وكمزابنة مجهول بمعلوم أو مجهول من جنسه وجاز إن كثر أحدهما في غير ربوي قال (م): فلو زاد الناظم بعد هذا البيت:
كذاك مجهول بمجهول عدا
إن كثر الفضل فلا منع بدا
وسلم الشيء بشيء يخرج
منه تزابن وذاك المنهج
لوفى بيع مجهول بمجهول أو بما يخرج منه.
قلت: والذي ينبغي التنصيص عليه ههنا هو بيع الشيء بما يخرج منه، وأما المجهول فقدم ما يفيد عدم جوازه في أول الباب إذ من شرط صحة البيع مطلقاً علم عوضه.

فصل في بيع النقدين

أي المسكوك من الذهب والفضة. (والحلى) أي المصوغ منها (وشبهه) وهو المحلى بأحد النقدين أو بهما.
ـــ الصَّرْفُ أَخْذ فِضّةٍ بِذَهَب
أَوْ عَكْسُهُ وَمَا تَفَاضَلَ أَبِي
(الصرف أخذ) أي بيع (فضة بذهب أو عكسه) أي أخذ فضة في ذهب، إنما يحتاج للتنصيص على العكس إذا اعتبر آخذ معين وإلا فهو عين ما قبله (وما تفاضل أبي) بضم الهمزة أي لا يمتنع فيه التفاضل فيجوز أوقية من فضة بأوقيتين من ذهب. وإنما يمتنع فيه التأخير كما سيقوله:
ـــ والجِنْسُ بالجِنْسِ هُوَ الْمُرَاطَلَهْ
بالوَزْنِ أو بالعَدِّ فالْمُبَادَلَهْ

(والجنس بالجنس) أي بيع الذهب بمثله أو الفضة بمثلها (هو المراطلة) إذا كان ذلك (بالوزن) ولها صورتان إحداهما أن يجعل رطل ذهب في كفة حتى يعتدلا، والأخرى أن يجعل أحد الذهبين في كفة والحجر في كفة فإذا عادله نزع ويجعل ذهب الآخر مكانه حتى يعادل الحجر أيضاً، وهذه الصورة كما لابن رشد أرجح (خ): ومراطلة عين بمثله بصنجة أو كفتين الخ. وسواء كانت الصنجة أو الحجر معلومة القدر أم لا كان الذهب والفضة مسكوكين أو أحدهما أم لا. كان التعامل وزناً أو عدداً، وإنما يشترط أن لا يدور الفضل من الجانبين كسكة متوسطة في الجودة تراطل بأدنى منها أو أجود. (أو) أي وأن بيع الجنس بالجنس (بالعد فـ) ـــهو (المبادلة) وهي جائزة في القليل والكثير إذا اتفق وزن الآحاد وكان التعامل بها عدداً فإن كان التعامل بالوزن لم يجز إلا بالوزن وتعود مراطلة كما في ضيح، وإن كان أحد العوضين أو بعضه أوزن من العوض الآخر بسدس فأقل والبعض الآخر مساوٍ امتنعت إلا في اليسير وهو ستة فدون على المشهور (خ): وجازت مبادلة القليل المعدود دون سبعة بأوزن منها الخ. وعليه فإذا بادله عشرين بعشرين وعشرة منها أوزن بأن يكون كل دينار أو درهم منها يزيد بسدس فأكثر على مقابله من الجانب الآخر امتنعت، وإن كان ستة منها فدون يزيد كل واحد منها بسدس فدون على مقابلة جازت بشرط أن يكون التعامل بالعدد كما مر، وأن تكون بلفظ المبادلة وأن يكون الزائد لمحض المعروف وأن تكون في مسكوك لا في مكسور وتبر، ولا يشترط اتحاد السكة

كما في (ز) وأن تكون واحداً بواحد أو اثنين باثنين وهكذا إلى ستة لا واحد باثنين على مذهب مالك لأنه كره إبدال الدينار بأربعة وعشرين قيراطاً ولم يرخص فيه، وقال ابن القاسم: لا أرى به بأساً. ابن رشد: معناه في القراريط التي تضرب من الذهب كل قيراط من ثلاث جهات فتكون زنة المثقال أي الدينار أربعة وعشرين قيراطاً فيعطى الرجل المثقال ويأخذ أربعة وعشرين قيراطاً فكره

ذلك مالك إذ لا يخلو من أن تزيد على المثقال أو تنقص عنه لأن الشيء إذا وزن مجتمعاً ثم فرق زاد أو نقص فقول مالك بكراهة ذلك هو القياس، لا سيما والصيرفيون يزعمون أن الدراهم إذا وزنت مفترقة ثم جمعت نقصت فيكون صاحب القراريط إنما ترك فضل عدد قراريطه لفضل الدينار الوازن وما يرجوه من زيادة وزنه على وزن قيراطه، وأجازه ابن القاسم استحساناً على وجه المعروف في الدينار الواحد كما أجازوا مبادلة الدينار الناقص بالوازن على وجه المعروف اهـ. قال القباب: فحاصله أن في الدنانير بالقراريط غير مراطلة قولين، وإذا قيل بالجواز في دينار بأربعة وعشرين قيراطاً فبكبير من الدراهم بصغيرين أحرى في الجواز، وكذا كبير من الدراهم بأربعة قراريط فضة ما لم يتبين أن الدنانير أنقص من القراريط أو بالعكس فتقبح المسألة اهـ.

وحاصله: أن كلام ابن رشد وتعليله بدوران الفضل يدل على أن محل الخلاف إذا اتحد وزن الدينار والقراريط فمالك منعه لدوران الفضل وابن القاسم أجازه على وجه المعروف ومراده بالفضل الفضل المترقب لا الحاصل كما يدل عليه قوله: وما يرجوه من زيادة وزنه الخ. قاله أبو العباس الملوي في بعض طرره، وقول القباب ما لم يتبين أن الدينار أنقص الخ. ظاهره ولو كان أنقص بسدس فدون فتمتنع المسألة لأنه اجتمع للمنع علتان دوران الفضل، وكون الدينار أو القراريط أنقص ولا يلزم اغتفار أحد الأمرين مع اتحاده اغتفاره إذا اجتمع مع غيره، وهذا الذي فهمه القباب نحوه في نوازل البرزلي قال: اختلف في استصراف الجملة بالأجزاء مثل أن يعطي دينارين فيأخذ نصفين أو درهماً بقيراطين فأجازه ابن القاسم دون وزن كبدل الناقص بالوازن على وجه المعروف وكرهه مالك الخ. ثم قال: بيع الدرهم بقيراطين دون مراطلة جائز وإن احتمل أن يكون بينهما تفاضل في الوزن إذ الغالب التساوي الخ. ثم ذكر في موضع آخر عن ابن عرفة أنه سئل هل يجوز صرف الدينار بالربيعيات من سكة بغير مراطلة اعتماداً على دار السكة؟ فأجاب بأن فعل ذلك من غير مراطلة اتكالاً على دار الضرب لا يجوز قبل اليوم وأحرى اليوم لظهور فعل الفسقة بالقطع من موزونات دار الضرب ذهباً أو فضة في الأجزاء وغيرها اهـ. البرزلي: وما ذكره من منع اقتضاء الأجزاء اليوم واضح وأحرى إذا بادل بها من غير مراطلة، ومسألة ابن القاسم في العتبية هي مع السلامة من النقص اهـ. بنقل الملوي فقف على قوله، ومسألة ابن القاسم... الخ. فكلام البرزلي هذا موافق لما مر عن القباب، وأن معنى مسألة ابن القاسم إذا اتفقت الأجزاء مع الدينار في الوزن، وصريح كلام (م) ههنا مع من تبعه وهو ظاهر فتوى الإمام القصار. وكلام غير واحد من شراح (خ) أن مسألة ابن القاسم أعم مما إذا

تساوى العوضان وزناً أو كان أحدهما أوزن لأن الشراح قالوا: إذا تساوى العوضان وزناً جازت

المبادلة في القليل والكثير ولا يشترط فيهما واحد بواحد ولا غير ذلك من الشروط المتقدمة، وظاهرهم اتفاقاً فلا يعتبر الدوران حينئذ ولا غيره، وكذا الإمام القصار أطلق في فتواه على ما نقلوه عنه فظاهره العموم وصرح به (م) ههنا فقال بعد نقله كلام ابن رشد المتقدم ما نصه: هذا صريح في جواز إبدال الدينار بنصفي دينار أو بأربعة أرباعه وإن لم يتساو العوضان في الوزن، وعلى هذا اعتمد الإمام أبو عبد الله القصار في فتواه بجواز إبدال ريال كبير بعشرين موزونة. يعني: أو بأكثر حين صغرت الدراهم وذلك في ريال واحد لا في أكثر، ومأخذه في ذلك ظاهر والله أعلم اهـ.

فهؤلاء الأئمة فهموا مسألة ابن القاسم على العموم كما ترى ووجهه ظاهر لأنه إذا اغتفر ابن القاسم دوران الفضل على ما قرره ابن رشد، فكذلك يغتفر النقص المقارن له من أحد الجانبين الذي اتفق هو ومالك على اغتفاره لأنه الموضوع، إذ اغتفار الدوران معروف عنده، واغتفار السدس فدون كذلك عند الجميع، فإذا اغتفر ابن القاسم كلاًّ على الانفراد فكذلك عند الاجتماع والله أعلم، ويمكن أن يقال معنى قول القباب: ما لم يتبين أن الدينار أنقص الخ. يعني بأكثر من سدس فيوافق حينئذ هؤلاء على أن اللخمي والمازري والجلاب وصاحب التلقين وغير واحد كلهم أطلقوا القول في قدر النقص فلم يحدوه بسدس ولا غيره، وأجازوا مبادلة الستة فدون بأنقص منها، وما ذاك والله أعلم، إلا لكون الزيادة غير منتفع بها ولو كانت أكثر من سدس وخلافهم رحمة والله أعلم، ويترجح حينئذ حمل مسألة ابن القاسم على العموم وهو ما عليه العامة الآن ولا يستطيع أن يردهم عن ذلك أحد، وانظر ما وجه المنع في إبدال ريالين مثلاً باثنين وثلاثين درهماً حيث كان صرفه بستة عشر درهماً كما في زمننا هذا مع اتحاد الجانبين في الوزن أو كون أحدهما أزيد بسدس، والظاهر الجواز مع اتحاد الوزن مطلقاً أو إلى ستة مع زيادة أحد الجانبين بسدس فدون لأن المسألة إنما أجيزت على مذهب ابن القاسم للمعروف وهو لا يختص بالواحد والله أعلم.

وبالجملة فاشتراط لفظ المبادلة إنما هو لكونه دالاً على عدم المماكسة، وفيه إشعار بقصد المعروف، ولكن العامة اليوم يعبرون عنها بلفظ الصرف فيقولون: صرِّف لي هذه الدراهم بمثلها أو بريال مثلاً، والظاهر أنه لا ينقض عقدهم لإخلالهم بالشرط المذكور لأن المدار في العقود على المقاصد والمعاني لا الألفاظ، وأما الريال بالدراهم الصغار فعلى ما لهؤلاء إن كان الريال يوافق وزن العدد فلا إشكال وإن كان هو أزيد بسدس فدون فكذلك، وإن كانت الدراهم أي مجموعها أزيد بسدس فكذلك أيضاً، وإن كان ظاهر المصنف المنع لأنها أزيد من ستة وإن كان كل واحد من أفرد الدراهم يزيد بسدس فيحتمل المنع لأن الدراهم الستة عشر تكون زائدة على الريال بثلاثة دراهم غير ثلث

درهم، وذلك لا تسمح به النفوس غالباً، ويحتمل الجواز وهو الظاهر لأن الزيادة المذكورة غير منتفع بها كما لا يجوز إبدال ستة ريالات بستة أخرى أو بدراهم مع كون كل واحد من ريال إحدى الجهتين زائداً على مقابله بسدس، فيجتمع في تلك الأسداس ريال كامل، وكذلك الدنانير ولو شرعية يجتمع فيها دينار كامل وذلك مما لا تسمح به النفوس، ولكنك قد علمت أن المدار على كون الزائد لا ينتفع به في التعامل، وكل ما كان كذلك تسمح به النفس غالباً، ويحتمل الجواز فتأمل ذلك. ولو شك في أحد الجانبين هل هو أوزن من الآخر بسدس أو أكثر أو مساوٍ؟ فينظر للغالب فإن غلب التقصيص في الدراهم امتنع وإلاَّ جاز كما تقدم، ودراهم زمننا اليوم لا تزيد عليه ولا يزيد عليها في الغالب إلا بالشيء التافه.

فرع: وفي المعيار عن التونسي: يجوز مراطلة الدراهم القديمة وهي أكثر فضة بالجديدة قائلاً لأن معطى الجديدة متفضل لا انتفاع له بما في القديمة من زيادة الفضة، إذ لو سكت القديمة لخسر فيها ويغرم عليها لتصير جديدة قال: ويجوز قضاء الجديدة عن القديمة، ومن باع قبل قطعها فليس له إلا هي اهـ باختصار. ونقله (ح) قال (ت): وهذه الفتوى مخالفة للمشهور اهـ.
قلت: وجه مخالفتها دوران الفضل من الجانبين.
ـــ والشَّرْطُ في الصَّرْفِ تَناجُزٌ فَقَطْ
وَمَعَهُ المثْلُ بِثَانٍ يُشْتَرَطْ
(والشرط في الصرف) المذكور أولاً (تناجز) فلا يجوز التأخير في القبض للعوضين أو أحدهما مع افتراق ولو قريباً فإن كان التأخير بالمجلس من غير افتراق فيمنع الطويل ويكره القريب. قال في المدونة في الذي يصرف ديناراً من الصيرفي فيدخله تابوته ثم يخرج الدراهم: لا يعجبني، ولكن يتركه حتى يرى الدراهم فيأخذ ويعطي. (فقط) أي انته عن الزيادة على اشتراط التناجز في الصرف فلا تشترط فيه المماثلة، إذ يجوز فيه التفاضل كدرهم بدينارين (ومعه المثل) مبتدأ والظرف قبله مع المجرور في قوله (بثان) يتعلقان بقوله (يشترط) والجملة خبر والباء ظرفية بمعنى «في» أي: والمثل يشترط مع التناجز في الثاني وهو بيع الجنس بالجنس فلا يجوز فيه التأخير ولا التفاضل معدودين كانا أو مصوغين أو مختلفين إلا ما تقدم من رخصة المبادلة في ستة فدون بشروطها المتقدمة فوق هذا البيت.
ـــ وبَيْعُ مَا حُلِّيَ مِمَّا اتُّخِذَا
بِغَيْرِ جِنْسِهِ بِنَقْدٍ نفَذا

(وبيع) مبتدأ (ما) شيء (حلي) بذهب أو فضة وكان يخرج منه شيء منهما عند سبكه أي حرقه وكان مستمراً بحيث لا ينزع إلا بفساد (مما اتخذا) يتعلق بمحذوف حال من ما (بغير جنسه) يتعلق ببيع وكذا (بنقد) وقوله (نفذا) خبر المبتدأ وهو بالبناء للمفعول مع تشديد الفاء، ويجوز بناؤه للفاعل مع تخفيف الفاء والتقدير: وبيع شيء محلى حال كونه مما يجوز اتخاذه كالمصحف مطلقاً والسيف للرجال والثوب للمرأة بغير جنسه بمعجل نافذ جائز كانت الحلية تابعة أو متبوعة ولا يشترط أن يكون الجميع ديناراً أو يجتمعا فيه للضرورة فرخص

فيه لذلك، واحترزت بقولي: وكان يخرج منه الخ.o مما إذا كان لا يخرج منه شيء عند الحرق فإنه لا يعتبر حينئذ من الذهب والفضة ويباع بمؤجل ومعجل بصنفه وبغيره وبقولي: مسمراً الخ. مما لو كان غير مسمر كقلادة مثلاً أو لا فساد في نزعه فإنه لا يباع بجنسه ولا بغيره إلا على حكم اجتماع البيع والصرف. نعم بالعرض يجوز وبقوله: مما اتخذا الخ. مما إذا لم يجز اتخاذه كدواة محلاة أو سرج ونحوهما، فإنه لا يجوز بصنفه ولا بغيره بل بعرض إلا أن يقل عن صرف دينار كاجتماع البيع والصرف أيضاً، وبقوله: بغير جنسه يعني كالمحلى بالذهب يباع بالفضة وبالعكس احترازاً مما لو بيع بجنس غير الحلية التي فيه كبيع المحلى بذهب أو المحلى بفضة، فإنه لا يجوز لما فيه من بيع ذهب وعرض بذهب أو فضة وعرض بفضة وهو الربا المعنوي المشار له بقوله.
(خ): كدينار ودرهم أو غيره بمثلهما هذا كله مع تحقق التماثل فكيف به مع الشك فيه كما هنا لأن الحلية لا يتأتى معرفة قدرها إلا بالتحري كما يأتي، اللهم إلا إذا كانت الحلية الثلث فدون لأنها حينئذ تبع، وهل يعتبر الثلث بالقيمة أو بالوزن؟ خلاف فإن كان وزن الحلية عشرين ولصياغتها تساوي ثلاثين، وقيمة النصل أربعون فالمجتمع سبعون، فإذا نسبت قيمة الحلية وهي ثلاثون للسبعين كانت أكثر من الثلث فلا يجوز على الأول وجاز على الثاني لأنه

يعتبر الوزن ووزنها عشرون وهي ثلث، ثم إن الوزن على القول به يعتبر بالتحري فإن لم يكن تحريه لعدم وجود من هو أهل صنعته فتعتبر القيمة حينئذ اتفاقاً، واحترز بقوله: بنقد أي بمعجل مما لو بيع بمؤجل، فإنه لا يجوز بصنفه ولا بغيره لما فيه من ربا النساء. نعم يجوز بعرض وإلى المسألة بشروطها أشار (خ) بقوله: وجاز محلى وإن كان ثوباً يخرج منه عين إن سبك بأحد النقدين إن أبيحت وسمرت وعجل بغير صنفه مطلقاً وبصنفه إن كانت الثلث فأقل وهل بالقيمة أو بالوزن؟ خلاف.

ـــــ وكُلُّ ما الْفِضّةُ فيهِ والذَّهبْ
فبالعُرُوضِ البَيْعُ في ذَاكَ وجَبْ

(وكل ما) أي محلى (الفضة فيه والذهب فبالعروض البيع فيه قد وجب) نقداً أو إلى أجل، ولا يجوز بذهب ولا فضة ولو نقداً لما يلزم عليه من الربا المعنوي، لأنه حينئذ بيع ذهب وفضة وعرض بذهب أو بيع فضة وعرض وذهب بفضة، اللهم إلا أن يكون مجموعهما تبعاً لقيمة المحلى، فيجوز حينئذ بيعه بأحدهما لا بهما معاً، ومحل جوازه بأحدهما مع التبعية إذا توفرت الشروط الثلاثة التي هي الإباحة والتسمير والتعجيل (خ): وإن حلي بهما لم يجز بأحدهما إلا أن تبعا الجوهر.

فصل في بيع الثمار وما يلحق بها

من المقاثي والخضر وذي النور كالورد ونحوه.

ـــــ بَيْعُ الثِّمَار والمَقاثِي والْخُضَرْ
بَدْوُ الصَّلاَحِ فِيهِ شَرْطٌ مُعْتَبَرْ

(بيع الثمار) من عنب أو تمر أو تفاح أو مشمش (والمقاثي) كالبطيخ والفقوس (والخضر) كاللفت والجزر والبصل والفجل (بدو) أي ظهور (الصلاح) (خ): وهو الزهو وظهور الحلاوة والتهيؤ للنضج، وفي ذي النور بانفتاحه والبقول بإطعامها (فيه) أي في جواز بيع جميع ما ذكر (شرط معتبر) لا بد منه (خ): وصح بيع ثمر

ونحوه بدا صلاحه إن لم يستتر ولا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه كما قال:
ـــ وحَيْثُ لَمْ يَبْدُ صَلاَحُها امْتَنَعْ
مَا لَمْ يَكُنْ بالشَّرْطِ لِلْقَطْعِ وَقَعْ

(وحيث لم يبد صلاحها امتنع) بيعها، وأما بدوه في بعض جنس ولو في نخلة واحدة أو دالية أو اسوداد عنقود أو حبات منه، فذلك كاف في ذلك الجنس كله وفي مجاوره إن لم تكن باكورة. (خ): وبدوه في بعض حائط كاف في جنسه إن لم تبكر الخ. ويدخل في الثمار الحبوب كالقمح ونحوه. وبدو الصلاح فيها اليبس فإن بيع قبله فلا يجوز إلا أن يكون البيع فيه وقع بعد الإفراك على أن يتركه حتى ييبس أو يكون ذلك لعرف فيه فيمضي بقبضه كما قال (خ): ومضى بيع حب أفرك قبل يبسه بقبضه، وأما إن لم يشترط تركه ولا كان العرف ذلك فالبيع فيه جائز وإن تركه مشتريه حتى ييبس قاله ابن رشد، (ما لم يكن) البيع للذي لم يبد صلاحه (بالشرط للقطع وقع) فإنه يجوز بشروط ثلاثة. أن ينتفع به في الحين كالحصرم والفول الأخضر والفريك، وأن يضطر أي يحتاج المتبايعان أو أحدهما لبيعه كذلك، وأن لا يقع من غير أهل محله أو أكثرهم التوافق على بيعه للقطع قبل بدوه أو يعتادون ذلك، فان اختل شرط من هذه الثلاثة لم يجز لما في ذلك من الفساد وإضاعة المال فتحصل مما هنا ومما مرّ أن الثمرة يجوز بيعها قبل بدو صلاحها في ثلاثة مواضع. أحدها: إذا بيعت مفردة على شرط القطع كما هنا. ثانيها وثالثها: أن تباع مع أصلها أو تلحق به كما مرّ في قوله:
ومشتري الأصل شراؤه الثمر
قبل الصلاح جائز فيما اشتهر
(خ): وصح بيعه قبل الصلاح مع أصله أو ألحق به أو على قطعه إن نفع واضطر له ولم يتمالأ عليه لا على التبقية أو الإطلاق.
ـــ وَخِلْفَةُ القَصيل ملْكُهُ حَرِي
لِبَائِعٍ إلاّ بِشَرْطِ المُشْتَرِي

(وخلفة القصيل ملكه حري) أي حقيق (البائع) فإذا بيع القصيل ونحوه مما يجز ويخلف كالقرط والقضب فخلفته مملوكة للبائع، وإنما يملك المشتري الجزة الأولى (إلا بشرط المشتري) عند العقد أنه يشتري القصيل بخلفته فتكون له الخلفة حينئذ، ثم إنه يشترط في جواز شراء القصيل شرطان: أحدهما: أن يبلغ حد الانتفاع به، وثانيهما: أن لا يشترط تركه إلى أن يحبب لأنه حينئذ بيع للحب قبل وجوده، فإذا وجد الشرطان وبيع بخلفته فيشترط في جواز اشتراطها ثلاثة شروط. أن تكون مأمونة كأرض سقي بغير مطر، وأن يشترطها كلها لا بعضها، وأن لا يشترط ترك الخلفة إلى أن تجب أيضاً للعلة المتقدمة، وكذا تشترط هذه الثلاثة فيما إذا اشترى الخلفة بعد شراء القصيل، لكن إنما يجوز له شراؤها بشروطها المذكورة قبل جز القصيل لا بعده لأنه حينئذ غرر غير تابع، فإن اختل شرط من شرطي القصيل فسد العقد وفسخ إلا أن يفوت ففيه القيمة، وكذا إن اختل شرط من شروط الخلفة، وكلام (ز) فيه خلل والله أعلم. والقضب بفتح القاف وسكون الضاد ما يقضب أي يقطع مرة بعد مرة، والقرط بضم

الطاء العشب الذي تأكله الدواب، ثم إن أرض المغرب ملحقة عندهم بأرض السقي، وعليه فإذا كان القصيل في فصل الشتاء بلغ حد الانتفاع به فيجوز بيعه مع خلفته التي يخلفها قبل فصل الصيف لأنهم جعلوا أرض المغرب مما يجوز كراؤها بشرط النقد كما يأتي في الإجارة إن شاء الله.

ـــ وَلا يَجُوزُ في الثِّمَار الأَجَلُ

إلاّ بِما إثْمارُه مُتَّصِلُ (ولا يجوز في) بيع (الثمار) التي تطعم بطوناً كالمقاثي والياسمين (الأجل) كأن يبيعه ما تطعمه المقاثي أو الياسمين شهراً لاختلاف حملها قلة وكثرة كما في المدونة، بل إنما يجوز شراؤها على الإطلاق، ويكون المشتري جميع بطونها ولو لم يشترطها (إلا بما) أي إلا في الشجر الذي (إثماره متصل) لا ينقطع في سائر السنة كالموز فلا بد فيه من ضرب الأجل لاستمرار إطعامه وعدم تمييز بطونه (خ): وللمشتري بطون كياسمين ومقثاة، ولا يجوز بكشهر ووجب ضرب الأجل إن استمر كالموز.

ـــ وَغَائِبٌ في الأَرْضِ لا يُبَاعُ
إلاّ إذَا يَحْصُلُ الانْتِفَاعُ

(وغائب في الأرض) كاللفت والجزر والفجل والبصل والثوم (لا يباع إلا إذا) بدا صلاحه وبدوه كما للباجي أن يستقل ورقه ويتم و(يحصل الانتفاع) به ولم يكن في قلعه فساد، وهذا فيه نوع تكرار مع ما قدمه أول الفصل.

ـــ وَجَائِزٌ في ذَاكَ أَنْ يُسْتُثْنَى
أَكْثَرُ مِنْ نِصْفٍ لَهُ أَوْ أَدْنَى

(وجائز في ذاك) المبيع المتقدم من التمر والمقاثي والخضر (أن يستثنى) البائع منه (أكثر من نصف له) أي لنفسه (أو أدنى) من نصف كربع وثلث، وهذا في استثناء الشائع بدليل قوله:

ـــ وَدُونَ ثُلْثٍ إنْ يَكُنْ ما اسْتُثْنِي
بِعَدَدٍ أَوْ كَيْلٍ أَوْ بِوَزْنِ

(ودون) صوابه وقدر كما في (خ) الخ. (ثلث إن يكن ما) أي القدر الذي (استثني) معيناً محصوراً بدليل قوله: (بعدد) كأن يبيعه بستان الجوز ويستثني منه عشرة آلاف جوزة أو يبيعه مقثاة ويستثني منها مائة بطيخة (أو) محصوراً بـ(كيل) كبيعه فدان زرع قائم بعد يبسه ويستثني منه وسقاً (أو بوزن) كبيعه ثمر حائطه ويستثني منه قنطاراً أو نحوه، فإن حزر أن عشرة آلاف من الجوز هي قدر ثلث البستان فدون، والمائة بطيخة قدر ثلث المقتاة فدون، والوسق قدر ثلث زرع الفدان فدون جاز الاستثناء المذكور وإلاَّ امتنع لكثرة الغرر، إذ لا يدري المشتري ما يبقى له بعد دفعه المستثنى فتحصل من النظم أن القدر الشائع يجوز استثناؤه مطلقاً وأن القدر المعين المحصور بعدد ونحوه يجوز استثناؤه إذا كان قدر ثلث فدون وإلى المسألتين أشار (خ) عاطفاً على الجائز بقوله وبيع صبرة وثمرة واستثناء قدر ثلث الخ. ثم قال: وجزء مطلقاً.

تنبيه: إذا كانت الثمرة أنواعاً واستثنى من نوع منها أكثر من ثلثه إلا أنه ثلث الجميع فأقل فاختلف فيه قول مالك، وأخذ ابن القاسم وأشهب بالمنع نقله (ز) قال: ومثل الاستثناء في العقد إذا أراد لما ذكر بعد العقد قبل قبض الثمن أو

بعده وقبل التفرق الخ. أي فإنه يجوز إذا كان العدد أو الوزن المشترى قدر الثلث فدون لأن اللاحق للعقد كالواقع فيه انظره.
ـــ وَإِنْ يَكُنْ لِثَمَراتٍ عَيَّنا
فَمُطْلَقاً يَسُوغُ مَا تَعَيَّنَا

(وإن يكن) البائع (لشجرات عينا) أي استثنى ثمر شجرات بأعيانها (فمطلقاً يسوغ) استثناء (ما تعينا) من الشجرات كهذه النخلة وهذه كان قدر الثلث أو أكثر لأن المبيع هو ما سواه وهو معين أيضاً، فهذه ثلاث مسائل: استثناء الجزء الشائع كربع ونحوه، واستثناء القدر المحصور بعدد أو كيل أو وزن، واستثناء نخلات بأعيانها، وبقيت مسألة رابعة لم يذكرها الناظم وهي: أن يبيعه أصل حائطه مع ثمرته أو ثمرته فقط على أن للبائع ثمر خمس نخلات أو سبع ونحوها يختارها منه، فيجوز بشرط أن تكون ثمرتها قدر الثلث فدون (خ): إلا البائع يستثنى خمساً من جنابه أي فيجوز إلا أنه لا مفهوم للخمس في كلامه، بل المدار على كون ثمرة ما يختاره ثلثاً فدون كما في المتيطية وغيرها.
ـــ وفي عَصيرِ الكَرَمِ يُشْرَى بالذَّهَبْ
أوْ فِضَّةٍ أخْذُ الطَّعَامِ يُجْتَنَبْ
(وفي عصير الكرم) أو غيره من الأطعمة والأشربة ما عدا الماء (يشرى) أي يباع (بالذهب أو فضة) أو عرض (أخذ الطعام) كقمح أو تفاح أو غيرهما (يجتنب) لما فيه من اقتضاء الطعام عن ثمن الطعام وهو ممنوع للتهمة على بيع الطعام بالطعام نسيئة فلا مفهوم لعصير الكرم. قال في المدونة: لا يجوز لمن باع طعاماً أن يقبض فيه طعاماً من صنفه أو من غير صنفه إلا أن يأخذ منه ما باعه صفة وقدراً إن محمولة فمحمولة وإن سمراء فسمراء وهي إقالة اهـ. وسواء أخذ ذلك قبل الأجل أو بعده. ابن عرفة في بيوع الآجال: ضابطة جعل المقتضى ثمناً للمبيع، ولذا امتنع أخذه عن كراء أرض بعين أو عرض، وكذا أخذ اللحم عن ثمن الحيوان من جنسه وعكسه اهـ. وكذا لو أخذ الدراهم عن الذهب الذي هو ثمن الثوب وعكسه، أو أخذ ثوب القطن عن غزله إذا كان بعد مدة يمكن أن ينسج فيها لأنهما يتهمان على بيع الشيء بما يخرج منه وهو مزابنة كما مر.

تنبيه: قال فيها أيضاً: وإن أحلت على ثمن طعام لك من له عليك مثل الثمن من بيع أو من قرض لم يجز للمحال به أن يأخذه له من الطعام إلا ما كان يجوز لك أن تأخذه من غريمك اهـ.
تنبيه آخر: قال البرزلي: كان شيخنا يعني ابن عرفة يجيز لمن عليه طعام أن يرسل من يشتري طعاماً بمال الطالب ثم يتقاضاه منه الطالب قال: وظاهره ولو كان من ناحيته وسببه ولعله خففه مراعاة لمن يجيز أن يقتضي من ثمن الطعام طعاماً وهو قول خارج المذهب والله أعلم. ونقله العلمي في نوازله وفي البرزلي أيضاً سئل المازري عمن اضطرته الحاجة إلى اقتضاء الطعام من ثمن الطعام؟ فأجاب بأنه لا يجوز ثم قال في آخر كلامه: ولكن إن لم يقدر على خلاص الثمن إلا بالطعام فيفعلانه على وجه سائغ يأخذ الطعام ويوكل به من يبيعه على ملك ربه فينفذه للحاضر ويقضي البائع ويفعله بإشهاد من غير تحيل

على إظهار ما يجوز وإبطال ما لا يجوز.
قلت: مثله يقع اليوم عندنا يعطي الزرع للبادية فلا يجد ما يأخذه فيعطيه الحيوان والسؤال كالسؤال والجواب كالجواب اهـ. ونقله الملوي في مسائل التصيير.

فصل في الجائحة في ذلك

أي في الثمار وما ألحق بها.
ـــ وكُلُّ مَا لاَ يُسْتَطَاعُ الدَّفْعُ لَهْ
جَائِحَةٌ مِثْلُ الرِّياح المُرْسَلَه
(وكل ما) أي شيء (لا يستطاع الدفع له) والاحتراز منه إذا أصاب الثمر فأتلف ثلثها فأكثر فهو (جائحة) لها وذلك (مثل الرياح المرسله) تسقط الثمرة بها والثلج والبرد والمطر الغالب والعفن والجراد والدود والطير والفأر والنار وغاصب وسارق.
ـــ وَالجَيْشُ مَعْدُودٌ مِع الجَوائِحِ
كَفِتْنَةٍ وكالعَدُوِّ الكاشِحِ

(والجيش) يمر بالنخل ليأخذ ثمرته (معدود من الجوائح) لأنه لا يستطاع دفعه (كفتنة) تقع في البلد فينجلي عنه أهله أو يقل وارده بسببها فلا يجد مشتري الثمرة من يبيعها له كمن اكترى فندقاً أو حماماً فانجلى أهل البلد عنه أو قل وارده ولم يجد من يسكنه فلا كراء علية انظر شرح الشامل. (وكالعدو الكاشح) يمنع مشتري الثمرة من الوصول إليها حتى سقطت الثمرة وتلفت، والكاشح المضمر للعداوة ولبعضهم في نظم الجوائح ما نصه:
جوائح أشجار الثمار كثيرة
وعدتها ست وعشر فهاكها
فقحط وثلج ثم غيث وبردها
وعفن وريح والجراد وفارها
ودود وطير غاصب ثم سارق
وغرق وجيش والمحارب نارها والمحارب داخل في العدو، والكاشح وقد ذكر (خ) منها أموراً زائدة على هذا فانظر ولا بد ومحل كون السارق والجيش جائحة ما لم يعرف السارق أو واحد من الجيش وإلا اتبع السارق بقيمة ما سرق ولو معدماً ولا يكون جائحة، وكذا الواحد من الجيش يتبع بالجميع لأنهم كالحملاء عن بعضهم بعضاً ما لم يكن ذلك الواحد معدماً غير مرجو يسره عن قرب، فالأظهر أنه جائحة قاله ابن عرفة.
ـــ فإنْ يَكُنْ مِنْ عَطَشٍ ما اتَّفَقَا
فالوَضْعُ لِلثَّمن فِيهِ مُطْلَقَا
(وإن يكن من عطش ما اتفقا) أي وإن يكن ما وقع من الجائحة حصل من العطش (فالوضع للثمن فيه مطلقا) بلغ الثلث أو لا. كأن المجاح ثمرة أو ما ألحق بها من بقول ونحوه لأنه لما كان سقي الثمرة على البائع أشبه ما فيه حق توفية قاله في ضيح.
ـــ وإنْ تَكُنْ مِنْ غَيْرِهِ فَفِي الثَّمَرْ
ما بَلَغَ الثُّلُثَ فَأَعْلَى المُعْتَبَرْ

(وإن تكن) الجائحة (من غيره) أي العطش (ففي الثمر) والفول الأخضر والفريك ونحوها لا يوضع منها إلا (ما بلغ الثلث) من مكيله (فأعلى) لأن ثلث المكيلة فأكثر هو (المعتبر) عندهم في وضعها مما ذكر (خ) وتوضع جائحة الثمار إلى قوله: إن بلغت ثلث المكيلة الخ. أي: ولا توضع فيما نقص عن ثلث المكيلة ولو كانت قيمته ثلثاً فأكثر كما لو أجيح سدس الثمرة الذي طاب أو لا. وقيمته لغلائه عشرة وقيمة ما بقي لرخصه بتأخيره في الطيب عشرون لم توضع على المشهور.

ـــ وَفِي البُقولِ الوَضْعُ في الكَثِيرِ
وَفي الَّذِي قَلَّ عَلَى الْمَشْهُورِ

(وفي البقول) وهي التي يؤكل ما خرج منها فوق الأرض دون الداخل فيها وذلك كالكرنب والخس والهندبا ونحو ذلك (الوضع في) المجاح (الكثير) الذي بلغ الثلث فأكثر (وفي الذي قل) عن الثلث كالسدس ونحوه (على المشهور) وإنما وضعت في البقول مطلقاً لأن غالبها من العطش وحمل ما أجيح منها بغيره عليه.

ـــ وَأَلْحَقُوا نَوْعَ المَقَاثي بالثَّمَرْ
هِنَا وَمَا كالْيَاسَمِين والجَزَرْ

(وألحقوا نوع المقاثي) وهي التي تطعم بطناً بعد بطن كبطيخ وفقوس وقرع وباذنجان ونحوها (بالثمر هنا) فلا توضع الجائحة فيها إلا إذا بلغت الثلث (و) ألحقوا بها أيضاً (ما) كان (كالياسمين) والورد من كل ما يجنى ويبقى أصله (و) ألحقوا بها أيضاً مغيب الأصل كالبصل (والجزر) واللفت ونحوها. وهذا القول من أن مغيب الأصل كالجزر واللفت والفجل ملحق بالثمار. قال في المتيطية: هو الذي القضاء ومقابله أنها كالبقول وهو المشهور ومذهب الدونة، قال فيها: وأما جائحة البقول والسلق والبصل والجزر والفجل والكراث وغيرها فيوضع قليل ما أجيح منه وكثيره اهـ. وعليه اقتصر (خ) إذ قال: وتوضع جائحة الثمار وإن قلت كالبقول والزعفران والريحان والقرط وورق التوت ومغيب الأصل كالجزر الخ. فتحصل أن المقاثي وهي ما تطعم بطناً بعد بطن ملحقة بالثمار وأن مغيب الأصل كالبصل والكراث والجزر فيه قولان. وأن الجائحة توضع من العطش مطلقاً وإن كانت من غيره ففي الثمار والمقاثي لا يرجع بها إلا إذا بلغت الثلث، وفي البقول وهي التي يؤكل ما خرج منها فوق الأرض يرجع بها مطلقاً.

ـــ والقَصَبُ الحُلْوُ بِهِ قوْلانِ
كَوَرَقِ التُّوتِ هُما سِيَّانِ

(والقصب الحلو به) أي فيه (قولان) مذهب المدونة، وعليه اقتصر (خ) أنه لا جائحة فيه لأنه إنما يباع بعد بدو صلاحه بظهور الحلاوة فيه فهو بمنزلة ما تناهى طيبه وما أجيح بعد تناهي الطيب لا جائحة فيه كما يأتي. وقال ابن القاسم: توضع الجائحة في القصب الحلو. ابن يونس: وهو القياس، وصحح في الشامل

أنه كالبقول إذ قال: وتوضع من بقول وقصب سكر أو غيره، وإن قلت على الأصح وثالثها كالثمار اهـ. وانظر ما مراده بقوله: أو غيره لأن غير القصب الحلو هو القصب الفارسي وهو لا جائحة فيه لأنه خشب (كورق التوت) التشبيه في القولين (هما) أي القولان (سيان) في القصب الحلو وورق التوت من غير ترجيح، وقد علمت أن المشهور منهما في القصب الحلو عدم الجائحة وأن المشهور منهما في ورق التوت هو الجائحة كما مر عن (خ).
تنبيه: موت دود الحرير هو من جائحة ورقة كمن اكترى حماماً فلم يجد من يسكنه كما مرّ، ولما كانت الجائحة إنما توضع إذا حصلت قبل انتهاء الطيب كما قال (خ) إن تناهت الثمرة فلا جائحة الخ. نبه الناظم على ذلك فقال:

ـــ وَكُلُّهَا البَائِعُ ضَامِنٌ لها
إنْ كانَ ما أُجِيحَ قَبْلَ الانْتِهَا

(و) الثمار (كلها البائع ضامن لها وإن كان ما أجيح قبل الانتها)، فمفهومه إنه إذا أجيحت بعده فلا ضمان عليه وظاهره كظاهر (خ) أنها بانتهاء الطيب تخرج من ضمان البائع وإن لم يمض من الزمان ما يمكن قطعها فيه وهو أحد أقوال ثلاثة. والثاني حتى يمضي ذلك، والثالث حتى يمضي ذلك ويمضي ما يجري العرف بالتأخير إليه، وأشار إلى هذا الخلاف ابن عرفة بقوله: ففي كون ضمان الثمرة من مبتاعها بتناهي طيبها وإن لم يمض ما يمكنه فيه جذها أو بمضيها ثالثها بمضي ذلك وما يجري العرف بالتأخير إليه اهـ. وهذا القول هو المعتمد وعليه اقتصر اللخمي فقال: وكذلك العنب إن أجيح قبل أن تستكمل عسيلته كان ضمانه من البائع، وإن استكملها وكان بقاؤه ليأخذه على قدر حاجته لئلا يفسد عليه إن قطعه دفعة واحدة كان على البائع أيضاً إن كانت العادة بقاءه لمثل ذلك، وإن كانت العادة جذه حينئذ جميعاً فأخره ليأخذه على قدر حاجته كان من المشتري اهـ. وعليه فإذا أخرها بعد انتهاء طيبها ومضى ما يمكن جذها فيه لجريان عرف الناس بالتأخير لبقاء النضارة والرطوبة فيأخذها بقدر حاجته، فالجائحة فيها وهي رواية سحنون وهو المذهب كما يفيده (خ) وغيره، ويفيده كلام المتيطي في نهايته لقوله: إذا أجيحت بعد انتهاء طيبها وإمكان جذاذها بمضي مدة يمكنه جذها فيها قبل بلوغ الحد، الذي يعرف من التراخي في جذها فتجب الجائحة على قول مالك بالجائحة في البقول اهـ. وأما إن كان تأخيره لشغل عرض له أو لسوق يرجو إنفاقها فلا جائحة كما في (خ) والبرزلي وغيرهما، فمفهوم الناظم فيه تفصيل بين أن تجتاح بعد انتهاء الطيب وبعد مضي ما جرت العادة بالتأخير إليه فلا ضمان على البائع وبين أن تجتاح قبل مضي ما جرت العادة بالتأخير إليه فالضمان منه، وأما منطوقه فمسلم لأن ما أجيح قبل انتهاء الطيب ضمانه من البائع اتفاقاً، ثم اعلم أن الثمار على قسمين: ما شأنه أن ييبس ويدخر ويحبس أوله على آخره كالتمر والعنب

والزيتون والجوز واللوز، فهذا إذا أجيح منه ثلث المكيلة فأكثر وضع على المشتري بنسبة ذلك فإن أجيح الثلث وضع عنه ثلث الثمن أو النصف فنصف الثمن وهكذا، ولا يلتفت هنا إلى القيمة اتفاقاً وإن أجيح أقل من الثلث فلا يوضع عنه شيء. الثاني: ما لا يحبس أوله على آخره كالمقاثي والورد

والياسمين والتفاح والرمان والخوخ والتين والعنب في بعض البلدان ونحو ذلك مما تختلف أسواقه في أول مجناه ووسطه وآخره فإن كان الذاهب ثلث المكيلة أو وزنه أو عدده فإنه ينسب في ذلك قيمة ما أجيح إلى قيمة ما بقي سليماً وتعتبر قيمة المجاح في زمنه وقيمة غيره في زمنه أيضاً، فإذا أجيح بطن من مقثاة اشتريت بتسعة مثلاً فإنه يحفظ عدده، ثم إذا جنى بطنين وانقطعت فإنه يحفظ عددهما أيضاً وينظر حينئذ إلى البطن المجاح من البطنين السالمين، فإن كان المجاح ثلث عدد بطون المقثاة أو ثلث وزنها إن كانت تباع وزناً فيقال حينئذ: ما قيمة البطن المجاح يوم الجائحة وما قيمة الثاني والثالث يوم جذاذهما؟ فإذا قيل قيمة الأول يوم الجائحة ثلاثة لغلائه في وقته، وقيمة الثاني في زمنه اثنان لرخصه عن الأول، وقيمة الثالث في زمنه أيضاً واحد فإنه يرجع عليه بنصف التسعة، وكذا إن كانت قيمة الثلث المجاح خمسة أسداس القيمة فإنه يرجع عليه بخمسة أسداس الثمن. وهكذا. وأما إن كان المجاح أقل من الثلث فإنه لا يوضع شيء هذا حكم ما له بطون، وكذا النوع الواحد الذي لا يحبس أوله على آخره كالعنب ونحوه في بعض البلدان لأنه قد تكون عادتهم جارية باستعجال بيع ما طاب منه وأن كل ما طاب منه شيء أتى به للسوق فيكون حكمه كذوي البطون.

تنبيهان. الأول: قال في النهاية: فإن ادعى البائع أن المبتاع كان جذ قبل الجائحة كثيراً من الثمرة لو أضيف إلى ما بقي بعد الجائحة لم يبلغ المجاح منها الثلث فهنا يقال للمبتاع: أثبت أن ما أدركته الجائحة في الثمرة ووقف الشهود عليه هو جميع ما ابتعته منها فإن قدر على ذلك دون مدفع للبائع فيه حكم له بالجائحة وإن عجز عن إثبات ما ادعاه من أنه لم يجذ من الثمرة شيئاً أو جذ منها شيئاً يسيراً حلف له البائع ولا تحط له الجائحة وله قلب اليمين عليه اهـ. وعن ابن الحاج أن أرباب المعرفة يتحروا التحقيق فيما جنى المبتاع قبل ويقولون في شهادتهم أن الذي أذهبت الجائحة ثلث ثمر الجنة المبيعة مع ما أكل المبتاع قبل الجائحة، فإذا شهدوا هكذا وجب الحكم بالجائحة وإن قصروا في تخمين ما أكله المبتاع. وإنما شهدوا أن الجائحة في ثلث ما بقي فهي شهادة ناقصة والواجب أن يحلف البائع أن الجائحة أقل من ثلث الباقي مع ما جنى المبتاع وتسقط الجائحة، فإن نكل حلف المبتاع أنها في الثلث وحكم بها ولو أجيحت الجنة كلها فاختلفا، فالبائع يدعي أن المبتاع جنى منها والمبتاع ينفي ذلك أو يدعي قليلاً، فإن القول للمبتاع في ذلك. ولو اختلف المقومون هل المجاح الثلث أو أقل فيحتمل أن يقضي بأعدل البينتين أو يحكم ببينة الثلث لإيجابها حكماً، وهو الأظهر إلا أن يقال ينظر للأعدل مراعاة لمن يقول لا جائحة، ولأن الشهادة في عين واحدة كالشهادة على قدم الضرر وحدوثه اهـ. وذكر ابن فتحون أن تقدير جائحة الثمرة يكون بوجهين. أحدهما: تقديرهم ما تحمل هذه الثمرة على التوسط من حملها في السنين فيقال وهو كذا. والثاني: تقديرهم أن هذا الذي عاينوه مجاحاً ساقطاً في أصول الثمرة أو فاسداً في رؤوسها هو الثلث الذي قدروه من حملها على التوسط وأما لو قدروا هذا المجاح فيما بقي صحيحاً في رؤوس الثمرة بحسب ما أعطاهم ما عاينوه فيها من السالم أو المجاح لم يعمل هذا العقد شيئاً بمجرده

وافتقر إلى تسليم البائع أن المبتاع لم يجذ من الثمرة شيئاً اهـ. وقد تحصل من هذا كله أن الثمرة إذا أجيحت كلها فالقول للمبتاع أنه لم يجذ منها شيئاً بيمينه أو أنه جذ شيئاً قدره كذا، وأما إن أجيح بعضها وادعى البائع أن المبتاع قد جذ من الثمرة قبل الجائحة وأنكر المبتاع ذلك أو ادعى أنه جذ شيئاً يسيراً، فإن المبتاع يكلف بإثبات ذلك كما مرّ عن المتيطية، وكيفية إثباته إما بأن يشهد الشهود بأنهم عاينوا الثمرة وقت المبيع والساقط منها الآن والباقي في رؤوسها وأن ذلك كله هو القدر الذي رأوه أولاً. وإن كان الساقط هو نصف ما كان وقت البيع والباقي في رؤوسها هو ربعه فيكون ما جناه المبتاع هو الربع الآخر، وإما بأن يتحروا التحقيق فيما جنى المبتاع حيث لم يعاينوها وقت البيع كما مرّ عن ابن الحاج. وكيفية تحريه هو ما ذكره ابن فتحون فيقولون: ما تحمله هذه الثمرة على التوسط من حملها في السنين قنطاراً أو وسقاً مثلاً، وقدر الباقي منه ربعه والساقط بالجائحة نصفه فيكون الربع الآخر جناه المبتاع، وهكذا إذا أقر المبتاع بأنه قد جنى منها أو نكل عن اليمين التي قلبها عليه البائع وإن ادعى أنه لا يدري قدر ما جنى أو غاب أو مات، فإن الشهود يتحرون التحقيق فيما جناه كما قال ابن الحاج. وكيفية التحري لذلك هو ما تقدم عن ابن فتحون. هذا ما ظهر لي في فهم هذه الأنقال والتوفيق بينها، وإنما أطلت في هذه المسألة لأنها كثيرة الوقوع.

الثاني: لا بد من قطع الشهود بحصول السبب الذي أجيحت ولا يكفي قولهم: ظهر لنا أنها أجيحت من العطش ونحوه إذ قد يكون إنما عطش من عدم إيصال الماء وقد قال في النهاية في صفة الشهادة بذلك ما نصه: فمن علم نزول المطر أو البرد في الجهة المذكورة وأن الجائحة كانت بسببه قيده لسائله الخ. وقال في العطش: وإنها قحطت بذهاب سد نهرها الذي كانت تسقى منه أو بانهرار بئرها أو تغوير مائها وقد رأوا ما ذكر من ذهاب السد وانهرار البئر وتغوير الماء الخ.

فصل في بيع الرقيق وسائر الحيوان

وبدأ بالأول فقال:

ـــ بَيْعُ الرَّقِيقِ أَصْلُهُ السَّلامَهْ
وَحَيْثُ لَمْ تُذْكَرْ فَلاَ مَلاَمَهْ

(بيع الرقيق أصله السلامة) من جميع العيوب الآتية وحينئذ، فإذا نص في العقد على السلامة فلا إشكال أنه يقوم بكل عيب قديم يجده (وحيث لم تذكر) السلامة في العقد ولا شرطها ولم تذكر البراءة أيضاً (فـ)ـــإن للمشتري أن يقوم بكل عيب يجده و(لا ملامة) عليه في ذلك لأن شراءه محمول على السلامة حيث لم تذكر هي ولا البراءة كما قال:

ـــ وَهُوَ مُبِيحٌ لِلْقِيَامِ عِنْدَمَا
يُوجِدُ عَيْبٌ بِالمَبِيعِ قَدُمَا

(وهو) أي البيع المحمول على السلامة (مبيح للقيام) بالعيب (عندما يوجد عيب بالمبيع قدما) بضم الدال فإن اشترى على شرط البراءة فلا قيام له حينئذ بما

يظهر من عيب قديم إلا أن يثبت علم البائع به حين العقد فللمشتري القيام لأن البائع مدلس حينئذ كما يأتي في قوله: والبيع مع براءة إن نصت الخ. وكذا لا قيام للمشتري إذا بين البائع له عيوبه ووصفها حيث كانت تخفى كإباق وسرقة وصفاً كاشفاً شافياً وحيث كان ظاهراً أراه إياه أو وقفه عليه ولم يجمله في نفسه كسارق أو آبق حتى يبين جنس سرقته وقدر إباقه ولا مع غيره بأن يقول: سارق آبق وهو سارق فقط أو آبق فقط لأن المشتري قد يعلم براءته من الأول فيظن أن الثاني كذلك (خ): وإذا علمه بين أنه به ووصفه أو أراه له ولم يجمله اهـ. وفي المعيار: إن كان العيب يتفاوت فلا بد من التوقيف على مقداره طولاً وعرضاً وعمقاً وإن كان لا يتفاوت في نفسه فالمذهب أنه يكتفي فيه بذكره اهـ. ونحوه في ابن عرفة قال: البراءة من العيب المعين إن لم يقبل التفاوت برىء بذكره الباجي: كالعور يعني والزنا وإلا لم يبع حتى يبين قدره كالكي المتفاحش وغيره ولا يبرأ إلا أن يخبره بشنيع الكي أو يريه إياه اهـ. والإباق والسرقة من العيوب المتفاوتة، فلذلك كان لا يكتفي بقوله سارق بل حتى يبين قدرها، إذ ربما تكون عادته سرقة الشيء القليل كالرغيف ونحوه فقوله: سارق حينئذ إنما ينفعه في سرقة الشيء القليل دون الكثير، وكذا الإباق إذ قد تكون عادته الإباق للموضع القريب دون البعيد، وكذا لو قال له: أبيعك عبداً معيباً بجميع العيوب أو عظاماً في قفة ونحو ذلك فلا ينفعه ذلك. قال في المدينة: لو كثر في براءته من ذكر أسماء العيوب لم يبرأ إلا من عيب يريه إياه ويوقفه عليه وإلاَّ فله الرد إن شاء، وقد منع عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أن يذكر في البراءة عيوباً ليست في المبيع إرادة التلفيق قال اللخمي: لو قال له أبيعك لحماً على بارية لم

يبرأ حتى يسمي العيب. قال شريح: حتى يضع يده عليه. عياض: بارية قيل الحصير يقطع عليه اللحم اهـ.
تنبيهان. الأول: الإباق والسرقة عيب ولو وقعا من صغير في حال صغره كما يأتي عن اللخمي عند قوله: والإباق.
الثاني: هل يصح التبرىء من عيب يشك في برئه، فذكر ابن عرفة في عيوب الزوجين عن اللخمي: إن من اشترى عبداً بعيب مشكوك في زواله وبرئه منه أنه لا رد له بعدم برئه منه اهـ. وهذا مما يقع كثيراً يشتري الرجل الدابة أو العبد وبهما ورم مشكوك في برئه فإنه لا رد له به إذا لم يبرأ، اللهم إلا أن يشترط عليه رده إذا لم يبرأ فيعمل بشرطه. وفي البرزلي فيمن اشترى بغلة بها ورم تبرأ له منه البائع وأراه إياه، وشهد أهل المعرفة بأنه لا يمكن التبرؤ منه لعدم الإحاطة به. قال: إن قال أهل المعرفة بعيوب الدواب أن الأورام التي تكون في هذا الموضع تختلف فتبرأ في بعضها ولا تبرأ من بعض، فلا تصح البراءة مما تبرأ منه إلا ببيان اهـ. يعني: إلا ببيان أنها تبرأ من بعض ولا تبرأ من بعض فتجري على ما مر عن اللخمي ولا رد له لأنه بمنزلة من اشترى مريضاً لم يبلغ حد السياق ومثله في المعيار والله أعلم.

ـــ وَالْعَيْبُ إِمَّا ذُو تَعَلُّقٍ حَصلْ
ثُبُوتُهُ فِيمَا يُبَاعُ كالشَّلَلْ

(والعيب) في الرقيق لا يخلو من ثلاثة أوجه لأنه (إما ذو تعلق) واتصال (حصل ثبوته فيما) الرقيق الذي (يباع) لا ينتقل عنه بحال (كالشلل) والقطع والكي والعور والبرص والعمى والحول والقتل، وهو قريب من الحول والميل، وهو أن

يميل أحد الخدين إلى جهة الأذن، والصور وهو أن يميل العنق إلى أحد الشقين، والدور وهو أن يميل المنكب إلى أحد الشقين، والصدر وهو أن يكون في الصدر إشراف ونتوء، والعجر وهو كالحدبة في الظهر، والعسر وهو البطش باليد اليسرى، والحبط وهو أثر الجرح بعد البرء إذا خالف لون الجسد ونحو ذلك قاله في المتيطية.

ـــ أَوْ مَا لَهُ تَعَلُّقٌ لَكِنَّه

مُنْتَقِلٌ عَنْهُ كَمِثْلِ الْجِنَّهْ

(أو ما) أي عيب (له تعلق) بالرقيق واتصال به (لكنه منتقل عنه) يفارقه في بعض الأوقات دون بعض (كمثل الجنة) أو البول في الفراش والأمراض المختلفة في بعض الأوقات ونحو ذلك.

ـــ أَوْ بائِنٌ كالزَّوْجِ وَالإباقِ

فالرَّدُّ في الجَمِيعِ بالإطْلاَقِ

(أو) عيب (بائن) عنه أي ليس متعلقاً به حساً بل معنى فقط (كالزوج) والسرقة (والإباق) وظاهره ولو من صغير وهو كذلك. اللخمي: والعبد الكبير إذا بيع وقد أبق في صغره فذلك عيب وكذلك السرقة فيرد بذلك لأنه باق على تلك العادة إلا أن تكون من الصغير بحيث لو اختبر ذلك منه فلا ينقص من ثمنه اهـ. ونقله (ح) ونحوه في المتيطية والمفيد وإذا أثبت المشتري شيئاً من هذه الوجوه الثلاثة (فالرد) ثابت له (في الجميع بالإطلاق) كان عارفاً بالعيوب أم لا. قلب أم لا. ثم استثنى العارف بالعيوب من الوجه الأول فإنه لا رد له بالعيب الظاهر منه حيث رأى المبيع وقلبه فقال:

ـــ إلاَّ بِأَوَّلٍ بِمَا مِنْهُ ظَهَرْ

لِمَنْ يَكُونُ بِالْعُيُوبِ ذَا بَصَرْ

(إلا بالأول) أي إلا في الوجه الأول (فما) أي فالعيب الذي (منه ظهر) لا رد به (لمن يكون بالعيوب ذا بصر.

ـــ وَالْحُلْفُ فِي الْخَفِيِّ مِنْهُ وَالحَلِفْ

يَلْزَمُ إلاَّ مَعَ تَدَيُّنٍ عُرِفْ

والخلف في الخفي منه) أي من القسم الأول أي: والموضوع بحاله من كون المشتري ذا بصيرة، فروى ابن حبيب وغيره عن مالك أنه لا رد له، وقال ابن القاسم: يرده بعد أن يحلف ما رآه إلا أن يكون مع بصره غير متهم لتدينه فله الرد في الظاهر والخفي دون يمين وهو معنى قوله: (والحلف يلزم إلا مع تدين عرف) وهكذا نقله ابن سلمون، وتبعه الناظم، وظاهرهما أن غير ذي البصيرة بالعيوب له الرد بالعيب الظاهر والخفي مع أن العيب الظاهر قسمان. قسم منه لا يخفى على كل من قلب المبيع كان ذا بصيرة أم لا. كالإقعاد وقطع اليدين أو الرجلين، وقسم يخفى عند التقليب على من لم يتأمل، ولا يخفى غالباً على من تأمل كالحول والفتل ونحوهما مما تقدم، والعيب الظاهر يطلق عندهم على القسمين معاً، فالقسم الأول لا رد به للجاهل فضلاً عن العارف، والقسم الثاني يثبت الرد به على ما لابن عرفة معترضاً على ابن عبد السلام إذ قال ما نصه: وكلام المتقدمين والمتأخرين يدل على أن العيب الظاهر مشترك

أو مشكك يطلق على الظاهر الذي لا يخفى غالباً على كل من اختبر المبيع تقليباً ككون العبد مقعداً أو مطموس العينين، وعلى ما يخفى عند التقليب على من لم يتأمل ولا يخفى غالباً على من تأمل ككونه أعمى وهو قائم العينين، فالأول لا قيام له به والثاني يقام به اتفاقاً فيهما اهـ. والتثنية في قوله فيهما ترجع للأول والثاني فقول الناظم: فما منه ظهر الخ. شامل للقسمين المذكورين مع أن القسم الأول لا رد به للجاهل ولا للعارف، ثم قال ابن عرفة. إثر ما مر عنه ما نصه: ثم وقفت على نقل ابن الحاج في نوازله عن ابن أبي زمنين قال ما نصه: من اشترى شيئاً وأشهد على نفسه أنه قلب ورضي ثم وجد عيباً مثله يخفى عند التقليب حلف ما رآه، ورده إن أحب وإن كان ظاهراً مثله لا يخفى عند التقليب لزمه ولا رد له، وإن لم يشهد أنه قلب ورضي رد من الأمرين معاً قاله عبد الملك وأصبغ اهـ.

قلت: فالمراد بالعيب الظاهر في كلام ابن أبي زمنين هو العيب الظاهر الذي يخفى على من لم يتأمل ولا يخفى على غيره وهو القسم الثاني في كلام ابن عرفة بدليل قوله فيما بعد رد من الأمرين معاً فيكون قادحاً في الاتفاق الذي حكاه ابن عرفة على الرد في القسم الثاني ولعله لذلك قال: ثم وقفت الخ. وقوله عن ابن أبي زمنين: حلف ما رآه ورده الخ. ظاهره أنه يحلف مطلقاً كان ديناً أم لا. وهو الموافق للمشهور المعمول به من أن يمين التهمة تتوجه اليوم مطلقاً وما مر عن ابن سلمون والناظم مبني على أن يمين التهمة لا تتوجه إلا على أهل التهم، وقوله مثله لا يخفى عند التقليب الخ. يعني على ذي البصيرة والله أعلم. وبالجملة، فالتقليب والتأمل بمعنى واحد، فالعيب الظاهر الذي لا يخفى على كل من له نظر إلى المبيع لا قيام به مطلقاً كما مرّ في القسم الأول عن ابن عرفة، والعيب الظاهر الذي لا يخفى على من تأمل وقلب وهو القسم الثاني في كلام ابن عرفة فإن ثبت تقليبه وتأمله وكان المشتري ذا بصيرة فلا رد له أيضاً كما قال الناظم وابن سلمون، وبه يقيد إطلاق ابن أبي زمنين كما مرّ ولا يعول على ظاهر الاتفاق الذي لابن عرفة بعدم الرد وإن كان المشتري ليس ذا بصيرة فله الرد لأنه يقول لا علم لي بأن ذلك عيب كما أن له الرد إذا لم يشهد بالتقليب والتأمل كان ذا بصيرة أم لا. هذا كله في القسم الثاني من قسمي الظاهر، وأما الخفي فحكى الناظم قولين في ذي البصيرة، وظاهر ابن أبي زمنين أنه يرد من غير خلاف فيدل ذلك على أن الراجح هو الرد هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل، وعليه فيستثنى من كلام الناظم العيب الظاهر الذي لا يخفى على كل من اختبر المبيع وهو القسم الأول عند ابن عرفة، وقول ابن عرفة والثاني يقام به يعني بعد اليمين وقوله اتفاقاً فيهما ظاهره أن له القيام في القسم الثاني كان ذا بصيرة أم لا. وفيه مخالفة لما مر عن ابن سلمون والناظم وابن أبي زمنين، اللهم إلا

أن يحمل الاتفاق على غير ذي البصيرة، وانظر فصل العيوب فقد نقلنا عن المازري أن كتب الموثق قلب ورضي هو من التلفيق الذي لا يعتد به.
تنبيهات. الأول: لا خصوصية للرقيق بهذا التفصيل الذي في النظم بل غيره من الحيوان والعروض كذلك.

الثاني: قال ابن عرفة: روى محمد، إن ابتاع نخاس غلاماً فأقام عنده ثلاثة أشهر حتى صرع ونقص حاله فلا رد له لأنه يشترى فإن وجد ربحاً باع وإلا خاصم اهـ. يعني لأنه محمول على أنه اطلع على العيب ورضيه، وهذا في العيب الظاهر المتعلق بالمبيع الذي لا يخفى عند التقليب كما مرّ عن الناظم وغيره، وأما غيره مما يخفى كالجنون والإباق ونحوهما فله القيام بعد اليمين.
الثالث: إذا تنازعا فقال البائع: لقد علم بالعيب ورضيه وأنكر المشتري ذلك فطلب البائع يمينه أنه ما علمه ولا رضيه ففي (خ) ولم يحلف مشتر ادعيت رؤيته إلا بدعوى الإراءة ولا الرضا به إلا بدعوى مخبر الخ. قلت: وهذا مبني والله أعلم على أن يمين التهمة لا تتوجه، وهذا أحد قولين فيها والمعمول به توجهها مطلقاً وعليه فله أن يحلفه وإن لم يدع إراءاته إياه ولا إخبار غيره أنه رضيه.
الرابع: من ابتاع دابة وبقي عليه بعض الثمن فاطلع فيها على عيب وقام ليرد فقال البائع: ادفع ما بقي لي وحينئذ أحاكمك فيه، فينظر فإن كان العيب ظاهراً لا طول في القيام به فلا يدفع له الباقي حتى يحاكمه، وإن كان خفياً فيه طول فقولان قاله ابن عات ونظمه في اللامية.
الخامس: سئل القاضي أبو يحيى بن عاصم ولد الناظم رحمهما الله عمن ابتاع سلعة فوجد فيها عيباً فطلب من البائع الإقالة فأبى أن يقيله، ثم أراد أن يقوم عليه بالعيب؟ فقال: ذلك له ويحلف ما كان ذلك منه رضا بالعيب ويرده اهـ.
وإذا اختلفا في قدم العيب وحدوثه فالقول للبائع في نفي قدمه كما قال.

ـــ وَحَيْثُ لا يَثْبُتُ فِي الْغَيْبِ الْقِدَمْ
كانَ عَلَى الْبَائِعِ في ذَاكَ الْقَسَمْ

(وحيث لا يثبت في العيب القدم) الذي ادعاه المشتري وادعى البائع حدوثه (كان على البائع في) دعواه (ذاك) الحدوث (القسم) لأن القول له في نفي العيب ونفي قدمه وكيفية قسمه أن يقول في غير ذي التوفية: لقد بعته وما هو به، وفي ذي التوفية: لقد بعته وأقبضته وما هو به بثاً في العيب الظاهر وعلى نفي العلم في العيب الخفي كما قال:

ـــ وَهْوَ عَلَى الْعِلْمِ بِمَا يَخفى وفي
غَيْرِ الخَفِيِّ الحَلْفُ بِالْبَتِّ اقْتُفِي

(وهو) أي القسم (على) نفي (العلم بما) أي في العيب الذي (يخفى) كالزنا والسرقة والبول في الفراش (وفي غير) العيب (الخفي) وهو القسم الثاني من قسمي الظاهر ككونه أعمى وهو قائم العينين أو في عينه حَوَل أو فتل ونحو ذلك. (الحلف) بسكون اللام (بالبت اقتفي) أي اتبع، وأما القسم الأول من قسمي الظاهر فلا رد به ولا يمين فيه على البائع.k

ـــ وفي نُكول بَائِعٍ مَنِ اشْترى
يَحْلِفُ وَالحَلْفُ عَلَى مَا قُرِّرَا (وفي نكول بائع) يتعلق بيحلف (من اشترى) مبتدأ خبره (يحلف) أي من اشترى يحلف في نكول بائع على ما ادعاه أن العيب قديم (والحلف) منه كائن (على ما قررا) في حلف البائع، فإذا كان العيب ظاهراً فيحلف على البت أنه قديم، وإذا كان خفياً فيحلف على نفي العلم فيقول: ما أعلمه حدث عندي وهذا هو الذي في كتاب محمد، وبه القضاء.
وقيل: يحلف على البت فيهما، وقيل: على نفي العلم فيهما.

ـــ وَلَيْسَ في صَغِيرَةٍ مُوَاضِعَهْ

وَلاَ لِوَحْشٍ حَيْث لاَ مُجَامَعَهْ فيها أي في الوخش فأطلق في الصغيرة، والمراد بها التي لا تطيق الوطء كبنت ثمانية أعوام، وظاهره أنه لا مواضعة فيها مطلقاً علياً كانت أو وحشاً أقر البائع بوطئها أم لا للأمن من حملها إذ وطؤها قبل الإطاقة كالعدم، وأما الوخش فلا مواضعة فيها أيضاً حيث لم يقر البائع بوطئها، ومفهومه أنه إذا كانت علياً تراد للفراش وليست صغيرة وجبت المواضعة سواء أقر البائع بوطئها أم لا. بل ولو كان البائع لا يتأتى منه الوطء كالصبي والمرأة، وكذا تجب إذا كانت وخشاً أقر البائع بوطئها (خ): وتتواضع العلية أو وخش أقر البائع بوطئها اهـ. ابن عرفة: المواضعة جعل الأمة مدة استبرائها في حرز مقبول خبره عن حيضتها. قال في المدونة: والشأن كونها على يد امرأة فإن وضعت على يد رجل له أهل ينظرونها أجزأ، وكذا لا مواضعة أيضاً في متزوجة ولا حامل ومعتدة وزانية كمردودة بعيب أو فساد أو إقالة إن لم يغب المشتري كما في (خ) وغيره.

ـــــ وَلاَ يَجُوزُ شَرْطُ تَعْجِيلِ الثَّمَنْ
وَإِنْ يَكنْ ذَاكَ بِطَوْعٍ فَحَسَنْ

(ولا يجوز) لبائع الأمة التي تحتاج إلى المواضعة (شرط تعجيل الثمن) على المشتري فإن باعها بشرط تعجيله فسد البيع لتردده بين السلفية إذا ماتت أو لم تحض والثمنية إذا سلمت وحاضت وكل ما تردد بين السلفية والثمنية يرجح فيه جانب السلفية لأن الشيء إذا دار بين المنع والجواز يغلب فيه جانب المنع، وحينئذ فكأنه اشترط السلف في العقد صراحة فينفسد العقد بالشرط وإن لم ينقد بالفعل (وإن يكن ذاك) التعجيل للثمن (بطوع) من المشتري بعد العقد (فحسن) أي فجائز (خ): وفسد إن نقد بشرط لا تطوعاً الخ. إلا أن صوابه وفسد بشرط النقد لأن المضر هو الشرط، وإن لم ينقد بالفعل كما مرّ، وعبارته غير موفية بذلك لأنها تقتضي أنه إنما يفسد إذا نقد بالفعل بسبب الشرط، ولفساد النقد بالشرط وجوازه بالطوع نظائر أشار لها (خ) في باب الخيار بقوله: وفسد أي بيع الخيار بشرط نقد كغائب وعهدة ثلاث ومواضعة وأرض لم يؤمن ريها، وجعل وإجارة محرز زرع وأجير تأخر شهراً الخ. فهذه المسائل تفسد البيع بشرط النقد فيها ويجوز تطوعاً.

ـــــ والفَسْخُ إنْ عَيْبٌ بدا من حُكْمِهِ
مع اعترافٍ أو ثُبوتِ عِلْمِهِ

(والبيع مع براءة) من كل عيب قديم يظهر بالمبيع ولا علم به للبائع (إن نصت) أي شرطت في أصل العقد أو جرت العادة بها لأنها كالشرط (على الأصح بالرقيق) يتعلقان بقوله: (اختصت) وفاعله ضمير البراءة على حذف مضاف أي اختص بيعها، والجملة خبر عن البيع، ومفهوم براءة أن البيع إذا وقع على غير شرطها فللمبتاع القيام بكل عيب قديم يجده إلا أن يكون البائع قد بينه له ولم يجمله كما تقدم أول الفصل، وما ذكره الناظم من أن الأصح اختصاصها بالرقيق هو المشهور، ومذهب المدونة ومقابله يأتي في قوله: وبعضهم فيها

الجواز أطلقا، ومحل عدم جوازها في غيره إذا لم يتطوع بها بعد العقد وإلاَّ جاز حيث لم يكن التطوع بها في مقابلة إسقاط شيء من الثمن، وإلاَّ لم يجز كما في شارح العمل عند قوله في الجامع: وترك شيء للتطوع فشا الخ. فانظره وانظر شراح اللامية، ثم إذا وقع بيع الرقيق على شرط البراءة المذكورة فلا قيام للمشتري بعيب قديم يجده إذا لم يكن البائع عالماً به، فإن كان عالماً به فهو قوله:

ـــ والفَسْخُ إنْ عَيْبٌ بدا من حُكْمِهِ
مع اعترافٍ أو ثُبوتٌ عِلْمِهِ (والفسخ) لبيع البراءة (إن) بدا (عيب) قديم (بدا) كائن (من حكمه) فالمجرور يتعلق بمحذوف خبر عن قوله: والفسخ، ولفظ عيب فاعل بفعل محذوف يفسره بدا كقوله تعالى: وإن أحد من المشركين استجارك} (التوبة:6) (مع اعتراف) من البائع بعلم قدمه (أو ثبوت علمه) لقدمه ببينة فإن لم تكن بينة ولا إقرار وادعى المشتري أن البائع عالم بقدمه ودلس، وادعى البائع أنه جاهل لقدمه فإنما على البائع اليمين كما قال:

ـــ وَيَحْلِفُ الْبَائِعُ مَع جَهل الخَفِي
بِالْعِلم وَالظّاهِرُ بِالْبَتِّ حَفِي

(ويحلف البائع مع جهل) أي مع دعوى جهله العيب. (الخفي بالعلم) يتعلق بيحلف وباؤه بمعنى على كقوله تعالى: ومن أهل الكتاب من أن تأمنه بقنطار} (آل عمران:75) (والظاهر) مبتدأ (بالبت) يتعلق بقوله (حفي) بالحاء المهملة والبناء للمفعول خبر المبتدأ، ومعنى حفي أظهر واستخرج أي: والعيب الظاهر حفيت وأظهرت يمين البائع فيه على البت، وهذه التفرقة لابن العطار، واعترض عليه ابن الفخار وقال: يحلف بائع البراءة على العلم أنه لم يعلم به ظاهراً كان العيب أو خفياً لأنه إنما تبرأ مما لم يعلم وإنما تفترق اليمين في العيب الظاهر والخفي فيما بيع من العبيد بغير البراءة اهـ. فما ذكره الناظم تبعاً لابن العطار لا يعول عليه، ثم إذا نكل البائع عن اليمين المذكورة فإن المبيع يرد عليه بمجرد نكوله لأنها يمين تهمة لا تنقلب كما قال:

ـــ وَحَيْثُمَا نُكُولُهُ تَبَدَّا
به المَبِيعُ لا الْيَمِينُ رُدَّا
(وحيثما نكوله) أي البائع (تبدا) أي ظهر (به) أي بسبب نكوله (المبيع لا اليمين ردا) بالبناء للمفعول خبر عن المبيع أي رد عليه المبيع بسبب نكوله لا اليمين فلا ترد على المشتري لأنها غير منقلبة، ثم أشار إلى مقابل الأصح فقال:

ـــ وَبَعْضُهُمْ فِيهَا الجَوَازَ أَطْلَقَا
وَشرطُهَا مَكْثٌ بِمِلْكٍ مُطْلَقَا

(وبعضهم) وهو ابن وهب ورواه ابن حبيب عن مالك (فيها الجواز) مفعول بقوله: (أطلقا) فقال: إن البراءة جائزة في كل شيء ولعبد الوهاب أنها لا تجوز في شيء، وفي الموطأ أنها جائزة في الحيوان مطلقاً ذكر هذه الأقوال ابن سلمون. فإن وقع ونزل واشترطت في غير الرقيق فقال اللخمي: واختلف بعد القول بالمنع إذا وقع البيع بشرط البراءة في غير الرقيق فقال أشهب في كتاب محمد: إن وقع في الحيوان لم أفسخه وفي العروض يفسخ إلا أن يفوت

فلا يفسخ، وقال ابن القاسم: البيع صحيح والشرط باطل. قال محمد: وفسخ الجميع أحسن اهـ بنقل المتيطية. وما تقدم في النظم من اختصاصها بالرقيق على الأصح هو الذي اقتصر عليه (خ) حيث قال: وتبرأ غيرهما فيه أي في الرقيق مما لم يعلم إن طالت إقامته الخ. وإلى شرط طول الإقامة أشار الناظم بقوله: (وشرطها) أي البراءة في الرقيق (مكث) لذلك الرقيق زماناً (بملك) البائع بحيث يغلب على الظن أنه لو كان به عيب لظهر كستة أشهر (مطلقا) اختصت بالرقيق أم لا. وفهم منه أنه لو لم يطل مكثه عند البائع بل باعه بالبراءة بفور شرائه أنها لا تنفعه، وهو كذلك على المشهور. وقيل: تنفعه وبه العمل بفاس فلا يشترط عندهم طول المكث عند البائع كما قال ناظم العمل:

ومنع الإشهاد في بيع الرقيق
إلا على براءة كما يليق

أي: منع الشهود أن يشهدوا في بيع الرقيق على العهدة، وإنما يشهدون على البراءة ولو لم تطل الإقامة، وظاهر العمل المذكور أنها جارية في جميع عيوب الرقيق والذي عول عليه عملهم اليوم في حدود الخمسين بعد الألف والمائتين أنها معمول بها فيما عدا عيوب أربعة، ولذا يكتب موثقهم في ذلك ما نصه: وعلى البراءة مما عدا الحمل والجنون والجذام والبرص أي: فإذا اطلع المشتري على قدم واحد من الأربعة فإنه يرجع به، ثم إذا اشترط البائع بالبراءة سقوط اليمين المتقدمة عنه ثم عثر المبتاع على عيب قديم فروى أشهب وابن نافع عن مالك في المستخرجة؛ أنه ينفعه شرطه. المتيطي عن ابن الهندي: وبه كان يفتي ابن لبابة وابن زرب، وقيل: لا ينفعه شرطه إن كان متهماً.
المتيطي: وتعقد في الجائز من ذلك على ما تقدم من رواية أشهب وابن نافع المعمول بها ما نصه: وعلى أن لا يمين تلحقه فيما يطلع عليه المبتاع من عيب قديم اهـ.
تنبيهات. الأول: مفهوم قوله إن نصت أنها إذا لم تشترط حقيقة ولا حكماً لا يعمل بها، وهو كذلك كما مر إلا فيما يبيعه القاضي على مفلس ونحوه أو يبيعه الوصي لإنفاذ وصية أو وارث لقضاء دين فهو بيع براءة، وإن لم تشترط كما يأتي للناظم في فصل مسائل من أحكام البيع حيث قال:

وكلما القاضي يبيع مطلقا
بيع براءة به محققا

إلا أن ظاهره هناك أن بيع القاضي بيع البراءة في الرقيق وغيره، والمشهور أن بيعه بيع براءة في الرقيق فقط كما قال (خ) ومنع منه أي من الرد بالعيب بيع حاكم، ووارث رقيقاً فقط الخ. وسيأتي ما في ذلك إن شاء الله تعالى.

الثاني: ذكرنا ناظم العمل إثر ما مر عنه أنه لا عهدة في سنة ولا ثلاث عند أهل فاس ومحل ذلك إذا لم يكن شرط ولا عادة إما مع الشرط فتلزمان به ولو فيمن عرفهم البيع على البراءة كأهل فاس، وأما مع العادة فتلزم عهدة الثلاث أيضاً لأنها يرد فيها بكل حادث، وأما عهدة السنة فكذلك بالنسبة لما حدث في السنة من جنون وجذام وبرص، وكذا بما كان قديماً من هذه الثلاثة على ما مرّ

أن عادتهم اليوم البيع على البراءة مما عدا الحمل وهذه الثلاثة.
الثالث: ظاهر قول الناظم: إن نصت الخ. وقول ناظم العمل: ومنع الإشهاد الخ. إن البراءة تنفع في سائر العيوب حتى في حمل الرائعة، والمشهور كما في المتيطية والالتزامات أن حمل الرائعة لا تصح البراءة منه حتى يكون ظاهراً وإلاَّ فسد البيع لأن الرائعة ممن يتنافس في ثمنها وينقص الجمل من ثمنها نقصاً كثيراً، وربما أتى على معظم قيمتها فإذا لم يكن ظاهراً فقد دخل البائع والمشتري على غرر، ولذا قال في المدونة: ولا يجوز بيع أمة رائعة بالبراءة من الحمل ولا بأس بذلك في الوخش اهـ. وفي المتيطية عن اللخمي: ولم يختلف أن العلى من الجواري لا يبعن على البراءة من الحمل، وسواء في ذلك بيع السلطان وغيره إلا أن تكون لامرأة أو صبي أو بيعت في السبي اهـ.
قلت: وهذا في غير ما عليه العمل في فاس اليوم لما مر أن البراءة عندهم إنما هي فيما عدا العيوب الأربعة، وأما هي فلا براءة فيها عندهم من غير فرق بين وخش ورائعة.

الرابع: من اشترى بالبراءة لا يبيع بالعهدة وإن فعل فللمشتري الخيار إذا علم لأنه يقول: قد تعدم فلا أجد من أرجع عليه غيرك لأن غريم الغريم غريم وهو معنى قول (خ) كبيعه بعهدة ما اشتراه ببراءة الخ. وكذلك الحكم فيمن باع عبداً قد وهب له ولم يبين ذلك عند البيع إذ لا عهدة على الواهب قاله في المتيطية، وأما العكس وهو أن يبيع بالبراءة ما اشتراه بالعهدة ففيه قولان. أرجحهما الجواز على ما يظهر من كلامهم إذ لم يشترطوا في بيع البراءة إلا طول المكث، ومع ذلك العمل على خلافه ولو كان يشترط في بيع البراءة أن لا يشتريه بالعهدة لنبهوا عليه والله أعلم.
الخامس: تقدم أن البراءة إذا لم تشترط ولم تجر بها عادة فله القيام بكل عيب قديم يجده وظاهره ولو اطلع عليه بعد مدة طويلة. وذكر الإمام الأبار في حاشيته على المختصر: إن العمل جرى بعدم الرد في الرقيق بعد ستة أشهر، وبعدم الرد في الربع والعقار بعد سنة كما لا ترد الدواب بعد شهر.
قلت: وما ذكر هو اللائق بهذه الأزمنة فلا ينبغي أن يعدل عنه إذ تلك المدة مظنة الاطلاع والرضا وإن كان ناظم العمل لم يتعرض للأولين وإنما تعرض للثالث حيث قال:

وبعد شهر الدواب بالخصوص
بالعيب لا ترد فافهم النصوص

إذ لا يلزم من عدم تعرضه لذلك عدم صحة العمل المذكور فيهما إذ الإمام الأبار أمين، ولا يحكي إلا ما ثبت فلعل العمل الذي قاله الأبار في الرقيق والربع لم يطلع عليه ناظم العمل، إذ لا يلزم أن يطلع على جميع ما به العمل في وقته، ثم محل عدم الرجوع بعد المدة المذكورة إذا لم يكن البائع مدلساً وإلاَّ وجب الرجوع كما نقله شارح نظم العمل.

ـــ وَالْيَوْمُ وَالْيَوْمَانِ في المَرْكُوبِ
وَشِبْهِهِ اسْتُثْنِيَ لِلرُّكُوبِ

(واليوم) مبتدأ (واليومان) معطوف عليه (في المركوب) يتعلق باستثنى (وشبهه) بالجر معطوف على المركوب، ويحتمل رفعه بالعطف على اليومين، وأفرد الضمير باعتبار ما ذكر (استثني) بالبناء للمفعول ونائبه يعود على اليوم واليومين، وأفرده أيضاً باعتبار ما ذكر (للركوب) يتعلق بما قبله، والتقدير واليوم واليومان وشبههما وهو الثلاثة استثني هو أي ما ذكر من اليوم واليومين في المركوب وشبهه كالثور والثوب لأجل الركوب أو الحرث أو اللبس (خ): وجاز بيعها واستثناء ركوبها الثلاثة لا الجمعة وكره المتوسط الخ. فإن تلفت الدابة فضمانها من المبتاع فيما يجوز استثناؤه ولا رجوع للبائع على المبتاع بما ينوب الركوب أو الحرث أو اللبس في الثوب، وفيما لا يجوز استثناؤه ضمانها من البائع إلا أن تهلك بيد المشتري فإن قبضها ولو قبل مدة الشرط فالضمان منه لأنه بيع فاسد يضمن بالقبض.

ـــ وَلَمْ يَجُزْ فِي الحَيَوانِ كُلِّهِ
شِرَاؤهُ عَلَى اشْتِرَاطِ حَمْلِهِ

(ولم يجز في الحيوان كله) عاقلاً أم لا مأكولاً أم لا (شراؤه على اشتراط حمله) لأنه بالشرط يكون قد أخذ للجنين ثمناً فيكون من بيع الأجنة وهو ممنوع للغرر، والشرط المذكور في غير العاقل لا يكون إلا للاستزادة في الثمن في العادة بخلافه في العاقل فإنه تارة يكون للاستزادة في الثمن فيمنع، وسواء كان المشترط هو البائع كأن يقول: أبيعكها بشرط أنها حامل، أو كان المشترط هو المشتري وتارة للتبرىء من حملها وخشاً كانت أو علياً فلا يمنع لأن الحمل عيب في الرقيق بالإطلاق كما يأتي في قوله: والحمل عيب قيل بالإطلاق الخ. فإن لم يعلم هل قصد بالشرط التبرىء أو الاستزادة فالذي للخمي كما لابن عرفة أنه ينظر لعادة أمثالهم من الرغبة في الحمل كأهل البادية فشرطه محمول على الاستزادة، ومن عدم الرغبة فيه كأهل الحاضرة فشرطه محمول على التبرىء (خ): وكبيع الحامل بشرط الحمل الخ. وظاهره كالناظم أن ذلك لا يجوز لو كانت ظاهرة الحمل، وهو قول ابن القاسم وروايته في المدونة، وصرح غير واحد بأنه المشهور. وقال أشهب: يجوز ذلك مطلقاً وله ردها إن لم يجدها حاملاً. وقال سحنون: يجوز ذلك إن كانت ظاهرة الحمل. واستظهره ابن رشد ولعل وجهه أن اشتراطه في ظاهرة الحمل إخبار بمعلوم فلا يؤثر اشتراطه منعاً، واحتمال كونه ينفش مع ظهوره ظهوراً بيناً نادر، والنادر لا حكم له، فالحمد لله على اختلاف العلماء فإن اشتراط الحمل قد ارتكبه العوام كثيراً.

ولما تضمن هذا البيت أنه لا يجوز بيع ما فيه غرر، وكان بعض البيعات يتوهم فيها الغرر كالحامل التي قرب وضعها والمريض والعبد الآبق رفع ذلك التوهم بقوله:

ـــ وَذَاتُ حَمْلٍ قَدْ تَدَانَى وَضْعُهَا
لَمْ يَمْتَنِعْ عَلَى الأصَحِّ بَيْعُهَا

(و) أمة (ذات حمل) من نعتها وصفتها (قد تدانى) أي قرب (وضعها) بأن مضت له ستة أشهر فأكثر (لم يمتنع على الأصح بيعها) مصدر مضاف للمفعول أي:

لم يمتنع أن تباع وإن احتمل موتها من الولادة فإن ذلك نادر (خ) وجاز بيع هر وحامل مقرب الخ..
قلت: وتفهم مسألة الحامل المقرب من مسألة المريض في غير السياق بالأحرى التي أشار إليها بقوله:
ـــ كَذَا الْمريضُ في سِوَى السِّياقِ
يَصِحُّ بِيْعُهُ عَلى الإطْلاَقِ
(كذا المريض في سوى) حد (السياق) أي لم يشرف على الموت (يصح بيعه) مصدر مضاف للمفعول أيضاً (على الإطلاق) كان مأكول اللحم أم لا، ومفهومه أنه إذا بلغ حد السياق لم يجز بيعه مطلقاً أيضاً، وهو كذلك للغرر في حصول الغرض من حياته أو صيرورته لحماً في حصول ذكاته لاحتمال عدم حركته بعد ذبحه قاله ابن عرفة خلافاً لما في (خ) حيث قال: وانتفاع به لا كمحرم أشرف الخ. وصوابه لا كحيوان أشرف أي بلغ حد السياق فلا يجوز بيعه ليوافق المنصوص لابن عرفة وغيره.
تنبيه: قال ابن رحال: السياق عند الفقهاء ليس هو أن صاحبه يموت قطعاً بحسب العادة، وإنما هو عندهم أعلى المرض وإن كان يعيش في بعض الأحيان، ويدل له قول ابن يونس: إذا مرض العبد فبلغ حد السياق فرجع مشتريه بقيمة العيب ثم صح أن ذلك حكم مضى اهـ.
ـــ وَالعَبْدُ في الإباق مَعْ عِلْم مَحَلْ
قَرَارِهِ مِمَّا ابْتياعٌ فِيهِ حَلْ
(والعبد) حال كونه (في الإباق مع علم محل قراره) وعلم أنه موقوف لمالكه ومع علم صفته ولو بوصف بائعة كما مر في بيع الغائب (مما ابتياع فيه حل) خبر المبتدأ أي مما يجوز فيه البيع والشراء.
ـــ وَالبائِعُ الضَّامِنُ حَتَّى يُقْبَضَا
وَإنْ تَقَعْ إقَالَةٌ لاَ تُرْتَضى

(والبائع) هو (الضامن) له إن هلك (حتى) إلى أن (يقبضا) وهذا نص المتيطية قال فيها: ويجوز بيع العبد الآبق إذا علم المبتاع موضعه وصفته فإن وجد هذا الآبق على الصفة التي علمها المبتاع قبضه وصح البيع فيه، وإن وجده قد تغير أو تلف كان من البائع ويسترجع المبتاع الثمن. وقال سحنون: إنما يجوز ابتياع الآبق إذا كان في وثاق اهـ. ومثله في ابن سلمون وقال المتيطي: ويجوز بيع الحيوان الغائب على الصفة إذا علم صاحبه مكانه وصفته اهـ. ثم محل ما في النظم كما لأبي محمد صالح وغيره إذا كان الذي عنده الآبق قد أوقفه لمالكه وعلم أنه له كما قررنا وإلاّ كان من شراء ما فيه خصومة وهو ممنوع على المشهور، فقول سحنون: إنما يجوز بيعه إذا كان في وثاق تقييد للمذهب لا خلاف له كما يقتضيه المتيطي أي إلا إذا كان موقوفاً لأجل مالكه وهو معنى قوله في وثاق ولذا قال في الوثائق المجموعة: ولم يجز سحنون بيع الآبق وإن عرف المبتاع موضعه إلا أن يكون موقوفاً لصاحبه عند غير ذي سلطان لا خصومة فيه لأحد، فإن وقف عند السلطان أو كانت فيه خصومة لأحد لم يجز بيعه اهـ. وبهذا يقيد أيضاً قول (خ) وقدرة عليه لا كآبق وإبل أهملت الخ أي إنما يمتنع بيع الآبق إذا لم يكن موقوفاً لمالكه، أو كان موقوفاً عند سلطان أو عند من يخاصم فيه كما لشراحه فلا مخالفة بينه وبين ما في النظم والله أعلم.

(وإن تقع إقالة) في المبيع غائباً مطلقاً رقيقاً كان أو غيره (لا ترتضى) جواب الشرط أي: فلا تجوز قال في الوثائق المجموعة: لم يختلف قول مالك ولا ابن القاسم أن الإقالة في بيع الغائب غير جائزة لأنه من وجه الدين بالدين. قال ابن سلمون: لأن الثمن قد ثبت على المشتري فلا يجوز أن يصير فيه شيئاً غائباً لا ينجز قبضه ويجوز بيعه من غيره إذا لم ينتقد اهـ. ومفهوم قوله: لأن الثمن قد ثبت الخ. أنه إذا كان المشتري قد دفع الثمن ولو بشرط في العقار أو في غيره إن قرب كاليومين جازت الإقالة وهو كذلك لانتفاء العلة المذكورة، ومفهوم قوله: إذا لم ينتقد الخ. مفهوم موافقة لأنه يجوز حينئذ بالأحرى.

ـــــ وَامْتَنَعَ التَّفْرِيقُ لِلصِّغَارِ
مِنْ أُمِّهِمْ إلاَّ مَعَ الإِثْغَارِ

(وامتنع التفريق للصغار من أمهم) أي لا يجوز للسيد أن يفرق بين أمة وولدها الصغير بأن يبيع الأم دون ولدها أو العكس أو الأم لرجل والولد لرجل آخر وإن لعبده (خ): وكتفريق أم فقط من ولدها بقسمة لحديث: «من فرق بين الأم وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» اهـ.m (إلا مع الإثغار) وهو تمام نبات بدل رواضعه كلها بعد سقوطها ولا يكتفي بنبات البعض ولو المعظم فحينئذ تجوز التفرقة على المشهور، وقال ابن حبيب: يفرق بينهما إذا بلغ سبع سنين، وفي كتاب محمد إذا بلغ عشراً. وروى ابن غانم لا يفرق بينهما قبل البلوغ ولابن عبد الحكم ما عاشا. حكى هذه الأقوال صاحب الجواهر ومنشأ الخلاف هل محمل حديث التفرقة على عمومه وغايته أو على أقله الحديث: «ألا لا توله والدة» الخ. وبه يفهم ما في(ق) عن القرافي من قوله: ولها نظائر تحريم الزوجة وحكايات الأذان والإقرارات وغسل الذكر من المذي ومسح اليدين في التيمم والصعيد الطيب فإن آنستم منهم رشداً فتلزم الثلاث في التحريم ويحكي الأذان كله، ويلزم أكثر الجمع في الإقرار بدراهم مثلاً ويغسل الذكر كله ويمسح اليدين إلى المرفقين ويتيمم على الصعيد الطاهر المثبت وكمال الرشد، أو يحمل على أقل ذلك في الجميع اهـ. ومعنى الكمال في الرشد كونه رشيداً في المال والدين وأدناه الرشد في المال فقط، وهو مذهب مالك ثم المعتبر في الإثغار هو الوقت المعتاد لا أن تعجل أو تأخر عنه.

ـــــ ثُمَّ بالإِجْبارِ عَلَى الْجَمْعِ القَضَا
وَالخَلْفُ إنْ يَكُنْ مِنَ الأُمِّ الرِّضَا

(ثم) إن وقعت التفرقة المنهي عنها أجبر المتبايعان على أن يجمعاهما في ملك بأن يبيع أحدهما الآخر ما في يده أو يبيعا معاً لثالث وإلاَّ فسخ العقد الذي حصلت به التفرقة كما قال ثم: (بالإجبار على الجمع القضا)ء مبتدأ خبره بالإجبار (خ): وفسخ ما لم يجمعاهما في ملك (والخلف) في جواز التفرقة (إن يكن من الأم الرضا) بها فقيل تجوز بناء على أن الحق في الحضانة للحاضن، وصرح المازري وغير واحد هنا بمشهوريته وعليه عول (خ) حيث قال: ما لم ترض، وبه أيضاً صدر الناظم في الحضانة حيث قال: الحق للحاضن في

الحضانة الخ. وقيل الحق للمحضون، وقيل لله تعالى وعليهما فلا تجوز التفرقة ولو رضيت الأم. وفي (ت) عن القلشاني أنه المشهور وهو اختيار ابن يونس، ومفهوم قول الناظم من أمهم أن التفرقة من الأب جائزة وفهم منه أيضاً أن التفرقة في الحيوان البهيمي جائزة وبه صرح ابن سلمون قال: ولا يجوز أن يفرق بين الأم وولدها الصغير بخلاف غيرها من الحيوان اهـ. ونحوه لابن ناجي قال: وروى عيسى عن ابن القاسم أنها لا تجوز وأن الحد فيه أن يستغني عن آبائه بالرعي نقله التادلي.

ـــ وَالْحَمْلُ عَيْبٌ قِيْلَ بالإِطْلاَقِ
وقيلَ في عَلْيةِ ذِي استِرْقَاقِ (والحمل عيب قيل بالإطلاق) وفي وخش الرقيق وعليه وهو قول مالك وابن القاسم وعليه عمل الناس اليوم (وقيل) إنما هو عيب (في علية ذي استرقاق) وهو قول ابن كنانة، ويفهم ضعفه من عدم تصدير الناظم، وانظر ما تقدم عند قوله: ولم يجز في الحيوان كله الخ. وعند قوله: وشرطها مكث بملك الخ.

ـــ والافْتِضَاضُ في سِوَى الوَخْشِ الدَّني

عَيْبٌ لها مُؤَثِّرٌ في الثَّمن (والافتضاض في سوى الوخش الدني) القبيحة المنظر التي تراد للخدمة وغيرها هي الرائعة (عيب لها مؤثر في الثمن) وظاهر أن الثيوبة في الرائعة عيب مطلقاً كانت ممن يفتض مثلها أم لا، وليس كذلك. وإنما هي عيب فيمن لا يفتض مثلها وإلاَّ فهي محمولة على الافتضاض (خ): عاطفاً على ما لا رد فيه وثيوبة إلا فيمن لا يفتض مثلها الخ. وبالجملة فالثيوبة عيب في العلى الغير المطيقة فقط وليست بعيب في الوخش مطلقاً ولا في العلى المطيقة إلا بشرط خلافاً لظاهر (خ) أيضاً من أنها عيب حتى في الوخش التي لا يفتض مثلها.

ـــ والحَمْلُ لا يَثْبُتُ في أَقَلَّ مِنْ
ثَلاَثَةٍ مِنَ الشُّهُورِ فَاسْتَبِنْ
(والحمل) لحرة أو أمة (لا يثبت في أقل من ثلاثة من الشهور فاستبن.

ـــ وَلاَ تَحَرُّكَ لهُ يَثْبُتُ فِي
ما دُونَ عِدَّةِ الوَفَاةِ فاعْرِفِ

ولا تحرك له يثبت في ما دون عدة الوفاة فاعرف) هذا كقول ابن عرفة عن ابن رشد: لا شك أن الحمل عيب ويثبت بشهادة النساء ولا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر ولا يتحرك تحريكاً بيناً يصح القطع على تحريكه في أقل من أربعة أشهر وعشر، فإذا شهدت امرأتان أن بها حملاً بيناً لا يشكان فيه من غير تحريك ردت الأمة فيما دون ثلاثة أشهر أي من يوم الشراء، ولا ترد فيما زاد على ذلك لاحتمال كونه حادثاً عند المشتري أي: إلا إذا وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم الشراء فترد حينئذ، وإذا شهدتا أن بها حملاً يتحرك ردت فيما دون أربعة أشهر وعشر ولم ترد فيما فوق ذلك لاحتمال كونه حادثاً ما لم تضعه لأقل من ستة أشهر من يوم الشراء فإن ردت ثم وجد ذلك الحمل باطلاً لم ترد إلى المشتري إذ لعلها أسقطته اهـ ببعض زيادة للإيضاح. ونقله (ح) وزاد عن النوادر ما نصه: ومن ابتاع أمة فادعت الحمل فليستأن بها، وإذا قالت النساء

أنها حامل ردت بذلك ولا ينتظر بها الوضع، ثم إن أنفش فلا تعاد إلى المبتاع اهـ.
قال (م) فلو زاد الناظم هنا فقال مثلاً:
فإن بين حمل قبيل أشهر
ثلاثة من دون تحريك حري
ردت به كذا إذا تحركا
من قبل أربع وعشر فاسلكا
فإن به ردت وبعد ينتفي

لا رد لاحتمال سقط قد خفي لكان قد صرح بنتيجة معرفة زمن يثبت فيه الحمل أو التحرك اللذان في النظم ثم ما ذكره الناظم تبعاً لمن ذكر مخالف بظاهره لقول القرافي في قواعده: الولد يتحرك لمثل ما يتخلق له ويوضع لمثلي ما يتحرك فيه وهو يتخلق في العادة تارة لشهر فيتحرك لشهرين ويوضع لستة، وتارة لشهر وخمس ليال فيتحرك لشهرين وثلث ويوضع لسبعة، وتارة لشهر ونصف فيتحرك لثلاثة ويوضع لتسعة وهو الغالب، ومع ذلك فالأحكام مبنية على الأول فهو مما قدم فيه النادر على الغالب وله نظائر اهـ. ويمكن الجمع بينه وبين ما مر عن ابن رشد بأن كلام القرافي إنما هو في مطلق التحرك أعم من أن يكون تحركاً بيناً أم لا. وكلام ابن رشد في التحرك البين الذي يصح القطع عليه وهو لا يتبين في أقل من المدة المذكورة كما يمكن الجمع بينه وبين ما في الحديث الكريم «إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً نطفة ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ثم يبعث الله ملكاً فيؤمر بأربع: برزقه وأجله وشقي أم سعيد». ولم يذكر الرابع. وجاء في رواية: أنه ذكر أو أنثى اهـ. بأن الذي في الحديث هو جميع خلقه أي كماله، والذي في كلام القرافي. أول جزء من التخلق فتأمله والله أعلم.
ـــ وَيُثْبِتُ العُيُوبَ أَهْلُ المَعْرِفَهْ
بِهَا ولا يُنْظَرُ فيهِمْ لِصَفَهْ العدالة عند تعذرها (خ) وقيل للضرورة غير عدول وإن مشركين والواحد كاف كما مر عند قوله:
وواحد يجزىء في باب الخبر
واثنان أولى عند كل ذي نظر وانظر ما يأتي في فصل العيوب عند قوله: ثم العيوب كلها لا تعتبر الخ.
فصل وَاتَّفَقُوا أَنَّ كِلاَبَ المَاشِيَهْ
يَجُوزُ بَيْعُها كَكَلْبِ البادِيَهْ

(واتفقوا أن كلاب الماشية) المتخذة لحراستها وحفظها مما يعدو عليها من السارق والسبع ونحوهما (يجوز بيعها ككلب) أهل (البادية) الذي يحرس دورهم وأمتعتهم ليلاً ونهاراً، وما ذكره من الاتفاق هو ظاهر ابن سلمون أيضاً حيث قال: ويجوز بيع كلب الحرس والماشية وفي كلب الصيد والسباع قولان اهـ. إلا أنهم بحثوا مع الناظم في حكاية الاتفاق في بيعه أقوالاً: الجواز والكراهة والمنع وهو أشهرها.
قلت: لعله أراد بالاتفاق اتفاق المتأخرين لقول ابن أبي زيد: لو أدرك مالك زمننا لاتخذ أسداً ضارياً وكل ما يتخذ للانتفاع به انتفاعاً شرعياً تجوز المعاوضة

عليه، فكأنهم فهموا أن كلاب الحراسة لتأكد منفعتها لا ينبغي أن يدخلها الخلاف، وأما ما قيل من أنه أراد بالاتفاق تقوية القول بالجواز إذ قال به ابن كنانة وسحنون وابن نافع، وشهره بعضهم فهو بعيد من لفظه إذ لو كان مقصوده ذلك لقال: ورجحوا أو شهروا أن كلاب الماشية الخ. ثم إن الكلب إذا لم يؤذن في اتخاذه يضمن ربه ما أتلف مطلقاً، وأما ما أتلفه المأذون في اتخاذه فإنه يضمن ربه ما مزقه أو أتلفه إذا علم منه العداء. وتقدم الكلام فيه عند السلطان.

ـــ وَعِنْدَهُمْ قَوْلاَنِ في ابْتِياعِ
كِلابِ الاصْطِيادِ وَالسِّبَاعِ

(وعندهم قولان في ابتياع كلاب الاصطياد) أى الكلاب التي يصطاد بها فالمنع لابن القاسم وروايته عن مالك والجواز لابن كنانة ومن معه (و) عندهم أيضاً قولان في ابتياع (السباع) التي يصطاد بها كالمسمى عند العامة اليوم بالنمس والفهد ونحو ذلك.

ـــ وَبَيْعُ ما كالشَّاةِ واستِثناءِ
ثُلُثِهِ فيهِ الجَوَازُ جاءِ

(وبيع ما) أي حيوان مأكول (كالشاة) والبقرة (واستثناء) أي مع استثناء (ثلثه) أو نصفه أو ثلاثة أرباعه إذ متى كان المستثنى جزءاً شائعاً (فيه الجواز جاء) اتفاقاً. واعلم أن هذه المسألة على ثلاثة أوجه: هذا أحدها. ولا يجبر الآبي منهما على الذبح في هذا الوجه فإن تشاحا فيه بيعت عليهما وأخذ كل واحد من ثمنها ما وجب له. الثاني: أن يستثنى أرطالاً من لحمها وهو معنى قوله:

ـــ أَوْ قَدْرِ رَطْلَيْنِ مَعاً مِنْ شَاةِ
وَيُجْبَرُ الآبي عَلَى الذَّكَاةِ

(أو قدر) بالجر عطف على ثلثه (رطلين معاً) أو ثلاثة أرطال أو أربعة قدر الثلث فدون (من شاة) ونحوها وفي البقرة والناقة يجوز استثناء نحو العشرة، والثمانية الأرطال مما هو قدر الثلث أيضاً فدون لأن ثلث كل شيء بحسبه كما قاله أبو الحسن، وارتضاه الشيخ الرهوني في حاشيته خلافاً لما في الشيخ بناني (و) إذا أراد البائع الذبح ليتوصل للأرطال وامتنع المشتري أو بالعكس فإنه (يجبر الآبي) منهما (على الذكاة) إذ لا يتوصل كل منهما لما دخل عليه من اللحم إلا بها، وأجرة الذبح والسلخ عليهما في هذه وفي التي قبلها بحسب ما لكل، فلو أراد المشتري أن يعطيه لحماً من غيرها لتبقى له الشاة حية لم يجز وهو معنى قوله:

ـــ ولَيسَ يُعْطَى فيه للتَّصْحِيحِ
من غيرِه لحْماً على الصَّحيحِ

(وليس) للمشتري أن (يعطى فيه) أي في المستثنى الذي هو الأرطال (للتصحيح) أي لتصح له الشاة وتبقى له حية (من غيره) أي من غير المستثنى منه وهو الشاة (لحماً) بل ولا غير اللحم كثوب أو دراهم ونحوها (على) القول (الصحيح) وهو لأشهب لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه بناء على أن المستثنى مشترى، وأما على أنه مبقى فالعلة أنه من بيع اللحم المغيب وهو يمنع بلحم وغيره قاله (ز) ومقابل الصحيح رواه مطرف. الثالث: أن يستثنى الجلد والساقط وهما الرأس والأكارع وإليه أشار بقوله:

ـــ وَالخُلْفُ في الْجِلْدِ وَفي الرَّأسِ صَدَرْ

مَشْهُورُها الْجَوَازُ في حَالِ السَّفْرْ
(والخلف في) استثناء (الجلد وفي) استثناء (الرأس) والأكارع (صدر) أي: وقع بالمنع مطلقاً والجواز كذلك ثالثها (مشهورها الجواز في حال السفر) لخفة ثمنه فيه دون الحضر فيمنع فيه، فإن وقع واستثنى في الحضر فظاهر ضيح الفسخ، وفي الموازية أنه يكره، وأبقى أبو الحسن الكراهة على بابها قاله (ز) ومفهوم الجلد والرأس أن استثناء الكرش والكبد ونحوهما حكمها حكم اللحوم فيجري حكمها عليه من كون المستثنى قدر الثلث فدون فيجوز وإلاَّ فلا. وأجرة الذبح والسلخ والحفظ وغير ذلك في هذا الوجه على المشتري لأنه يجبر على الذبح إذ لو شاء دفع جلداً وساقطاً من عنده فصارا كأنهما في ذمته كما في ابن محرز خلافاً لابن يونس من أن الأجر عليهما معاً على قدر قيمة الجلد واللحم (خ) عاطفاً على الجائز ما نصه: وجلد وساقط بسفر فقط وتولاه المشتري.

ـــــ وفي الضَّمانِ إنْ تَفَانَى أَوْ سُلِبْ
ثَالِثُهَا في الْجِلْدِ وَالرَّأسِ يَجِبْ
(وفي الضمان إن تفانى) أي مات الحيوان الذي استثنى أرطال منه أو جلد وساقطه (أو سلب) أي غصب أو سرق ثلاثة أقوال. الضمان من المشتري في الجميع وعدمه في الجميع (ثالثها) وهو مشهورها الضمان (في الجلد والرأس) والأكارع (يجب) عليه فقط لا في الأرطال فلا يضمنها كما لا يضمن في الجزء الشائع اتفاقاً (خ) ولو مات ما استثنى منه معين ضمن المشتري جلداً وساقطاً لا لحماً الخ. ومراده بالمعين الجلد والساقط والأرطال.

فصل في بيع الدين بالدين والمقاصة فيه

أرادوا: اقتضائه والمقاصة فيه فحذف عاطفاً ومعطوفاً بقرينة ذكره بعد قاله (ت) وهو ظاهر.

ـــــ مما يَجُوزُ البيعُ بَيْعُ الدَّيْنِ
مُسَوَّغٌ مِنْ عَرْضٍ أَوْ عَيْنِ

(مما يجوز البيع) يتعلق بقوله مسوغ والعائد من الصلة محذوف (بيع الدين) مبتدأ (مسوغ) خبره (من عرض أو من عين) بيان لما والتقدير بيع الدين مسوغ أي جائز بالشيء الذي يجوز البيع به من عرض إن كان الدين عيناً أو طعاماً، ومن عين إن كان عرضاً أو طعاماً إذ هو لا يباع إلا بغير جنسه كما يأتي في قوله: وبيعه بغير جنس مرعي وهذا في بيعه لغير من هو عليه، وأما بيعه ممن هو عليه فسيأتي في قوله: والاقتضاء للديون الخ. ثم إن مراده بالعرض ما قابل العين فيشمل الطعام فلا دور في كلامه خلافاً لمن ادعاه كما لا يخفى.

ـــــ وإنما يَجوزُ مَعْ حُضورِ مَنْ
أَقَرَّ بِالدَّيْنِ وَتَعْجِيلِ الثَّمَنْ
(وإنما يجوز) بيع الدين لغير من هو عليه بشروط أشار لأولها وثانيها بقوله: (مع حضور من أقر بالدين) أي مع حضور المدين وإقراره فلا يجوز مع غيبة المدين ولا مع إنكاره لأنه مع الغيبة لا يدري حاله من فقر أو غنى، والثمن يختلف باختلاف حاله فيؤدي للجهل قاله المازري وغيره، وعن ابن القاسم في سماع

موسى بن معاوية جواز شراء الدين على الغائب، وبه قال أصبغ في نوازله. ورواه أبو زيد عن مالك وبه العمل في مسألة قلب الرهن كما يأتي، وأما اشتراط الإقرار فلأنه وإن كان ثابتاً ببينة من شراء ما فيه خصومة وهو ممنوع على المشهور وهو معنى قول (خ) ومنع دين ميت وغائب ولو قربت غيبته وحاضر إلا أن يقر الخ. ولثالثها بقوله: (و) مع (تعجيل الثمن) لأنه إذا لم يعجل في الحين كان من بيع الدين بالدين، ولا فرق بين أن يعجل حقيقة أو حكماً كبيعه بمنافع عين أو بمعين يتأخر قبضه إذ لا يمتنع ذلك في بيع الدين بخلاف فسخه. ولرابعها بقوله:

ـــ وكوْنِهِ لَيْسَ طَعَامَ بَيْعِ
وَبَيْعُهُ بِغَيْرِ جِنْسٍ مَرْعِي

(و) مع (كونه ليس طعام بيع) وإلا لم يجز لما تقدم من منع بيع طعام المعاوضة قبل قبضه. ولخامسها بقوله: (وبيعه بغير جنس مرعي) لأنه إذا بيع بجنسه كان سلفاً بزيادة لأن شأن الدين أن يباع بأقل.
وحاصله؛ أنه إذا بيع بجنسه وكان الدين عيناً أو طعاماً امتنع مطلقاً ولو بعد حلوله لما فيه من ربا الفضل والنساء أو النساء فقط، وإن كان الدين عرضاً فكذلك إن بيع بأقل قدراً أو صفة لأن الشيء في مثله قرض فهو سلف بمنفعة، وإن بيع بأكثر قدراً أو صفة لأن الشيء في مثله قرض فهو سلف بمنفعة، وإن بيع بأكثر قدراً أو صفة وكان العرض من سلف فكذلك أيضاً، وإن كان من بيع ولم يحل فكذلك أيضاً لما فيه من حط الضمان وأزيدك، وإن حل جاز كما يجوز بالمثل حل أو لا. لكنه ليس من شأن العقلاء دفع عاجل ليأخذ أقل منه أو مثله في البيع، بل يفعلون ذلك في السلف فقط. وبقي على الناظم شرط سادس وهو أن لا يكون المشتري عدواً للمدين، وسابع وهو أن لا يقصد بالشراء إعناته وضرره وإلاَّ رد بيعه (خ) في الضمان كأدائه رفقاً لا عنتاً فيرد كشرائه، وهل إن علم بائعه وهو الأظهر تأويلان الخ: أي: وإذا رد الشراء فيرجع المشتري على البائع بما دفع له، فإن فات بيده رد له عوضه وإن تعذر رده لغيبة البائع أقام الحاكم من يقبض من المدين ويدفع للمشتري قاله (ز) ونحوه لـ (ح) وضيح عن اللخمي. قال أبو الحسن: وقصد الضرر من أفعال القلوب فلا يثبت إلا بإقرار المشتري أو بقرائن تدل الشهود على أنه قصد ذلك.
تنبيهات. الأول: إذا بيع الدين أو وهب وكان فيه رهن أو حميل لم يدخل واحد منهما إلا بشرط مع حضور الحميل وإقراره بالحمالة وإن لم يرض بالتحمل لمن ملكه للسلامة من شراء ما فيه خصومة لكن لرب الرهن أن يطلب وضعه عند أمين قاله (ز).

الثاني: قال في الدر النثير: انظر مسألة من قال لرجل: بعني دينك الذي على فلان وأنا أعلم وجوبه لك عليه وإقراره به لك، ففي نوازل أصبغ من كتاب جامع البيوع من البيان جواز البيع اتفاقاً وأنه إن أنكر بعده فمصيبة دخلت عليه اهـ.
الثالث: جرى العمل ببيع دين الغائب من غير حضوره ولا إقراره في المسألة الملقبة عند العامة اليوم بقلب الرهن وهي أن يكون بيد إنسان رهن في دين مؤجل فيحتاج إلى دينه قبل الأجل فيبيعه بما يباع به ولو مع غيبة راهنه، ويحل

المشتري للدين محل بائعة في حوز الرهن والمنفعة إن كانت المنفعة جعلت له والبيع للرهن بالتفويض الذي جعل للمرتهن البائع للدين وغير ذلك ويكتب بظهر الوثيقة أو طرتها: اشترى فلان جميع الدين أعلاه أو محوله بكذا وقبض البائع جميع الثمن معاينة أو باعترافه بعد التقليب والرضا كما يجب، وأحل المشتري محله في الرهن والانتفاع به والحوز له والتفويض وتملك المشتري مشتراه إلى آخر الوثيقة قال (م): وهذا مع التنصيص على دخول الرهن في البيع وهو المعمول به في وقتنا، إذ هو المقصود بشراء الدين غالباً قال: وللراهن أن يجعل رهنه بيد المشتري أو يجعله بيد رجل غيره إذا لم تشترط منفعته وإلاّ فلا خيار للراهن حيث باع المرتهن الدين والمنفعة معاً إلا لحقه ضرر بجعله بيد المشتري فيزال الضرر ويكرى ذلك لغير المشتري، والكراء له لأن المنفعة لمشترطها قال: وإن بيع الدين وسكت عن الرهن لم يدخل ويبقى الرهن بيد من هو بيده، وإذا اختلفا هل وقع البيع على شرط دخول الرهن حلفاً وفسخ انتهى باختصار. وإنما وجب التحالف لأن الرهن له حصة من الثمن فيرجع ذلك إلى الاختلاف في قدر الثمن.

ـــ وَفي طَعَامٍ إنْ يَكُنْ من قَرْضِ
يَجُوزُ الابْتِيَاعُ قَبْلَ القَبْضِ

(وفي طعام إن يكن من قرض) يتعلق بقوله: (يجوز الابتياع قبل القبض) وهذا مفهوم قوله فيما مر:

والبيع للطعام قبل القبض
ممتنع ما لم يكن من قرض

فلو استغنى عن هذا بمفهوم ما تقدم لكفاه، وفي معنى القرض كل طعام وجب بغير عوض كطعام الهبة والصدقة كما مرّ.

ـــ وَالاِقْتِضَاءُ لِلدُّيُونِ مُخْتَلِفْ
وَالْحُكْمُ قَبْلَ أَجَلٍ لا يَخْتَلِفْ

(والاقتضاء للديون مختلف) حكمه فمنه ما هو جائز بالجنس وبغيره ومنه ما هو ممنوع كذلك وحاصل الصور العقلية في القضاء بالجنس الذي الكلام الآن فيه أربع وعشرون صورة لأن الدين إما عين أو عرض، وفي كل منهما إما من بيع أو قرض وكل من الأربعة إما حال أو مؤجل، فهذه ثمانية مضروبة في أحوال القضاء لأنه إما بمثل الدين قدراً أو صفة وإما بأقل قدراً أو صفة وإما بأكثر قدراً أو صفة ثلاثة في ثمانية بأربعة وعشرين فصور المثل الثمانية جائزة كلها كما قال: (والحكم قبل أجل لا يختلف) في الجواز والحالة هذه.

ـــ وَالمِثْلُ مَطْلُوبٌ وذُو اعْتِبارِ
في الجَنْسِ وَالصِّفَةِ وَفِي المِقْدَارِ

(و) هي أن (المثل مطلوب) أي موجود (وذو اعتبار) عطف تفسير لو حذفه ما ضره (في الجنس والصفة والمقدار) فالجملة حال مربوطة بالواو كما قررنا ومفهوم قبل الأجل أن القضاء بالمثل بعد الأجل يجوز بالأحرى، فشمل كلامه الصور الثمانية الجائزة: أربعة منها بمنطوقه وأربعة منها بمفهومه ويشملها قول (خ) وقضاء قرض بمساوٍ ثم قال: وثمن المبيع من العين كذلك ومفهوم

قوله: والمثل مطلوب الخ.r أن المثل إذا لم يوجد بل قضاه بأقل قدراً أو صفة أو بأكثر فيهما لم يجز وهو كذلك على تفصيل وهو أن يقال: فإن كان القضاء بأقل قدراً أو صفة جاز صور حلول الأجل الأربع وهي عين أو عرض من بيع أو قرض ومنعت صور ما قبل الأجل كذلك لما فيه من ضع وتعجل لأن المعجل مسلف وقد انتفع على سلفه بأدائه أقل أو أردأ، فهذه ثمانية في القضاء بأقل قدراً أو صفة كما ترى ويشملها أيضاً قول (خ) وإن حل الأجل بأقل صفة أو قدراً فمفهوم الشرط أنه لا يجوز ذلك قبل الحلول، وأما إن كان القضاء بأكثر صفة أو قدراً فيمتنع في الأكثر قدراً في القرض مطلقاً عيناً كان أو عرضاً قبل الأجل أو بعده لقول (خ) لا أزيد عدداً أو وزناً، وكذا يمتنع في العرض من بيع قبل الأجل لما فيه من حط الضمان وأزيدك: وجاز فيه ذلك بعد الأجل كما يجوز في العين من بيع مطلقاً قبل الأجل أو بعده لأن الحق في الأجل في العين لمن هو عليه فلا يدخله حط الضمان وأزيدك: وإن كان بأفضل صفة جاز في القرض مطلقاً وفي البيع بعد الأجل، وكذا قبله وهو عين وإلاَّ منع لما فيه من حط الضمان وأزيدك. والناظم تكلم بمنطوقه ومفهومه على الصور الجائزة الثمانية كما مر وسكت عما عداها في القضاء بالجنس.
وأما القضاء بغير الجنس وهو بيع الدين ممن هو عليه فقد أشار له بقوله:
ـــ وَالعَيْنُ فيهِ مَعْ بُلُوغِ أَجَلا
صَرْفٌ وَمَا تَشَاؤُهُ إنْ عُجِّلاَ

(والعين فيه) الضمير للعين، وفي بمعنى «عن» أي وقضاء العين عن العين (مع بلوغ أجلا) أي مع حلول أجل الدين كقضاء ذهب عن فضة حل أجلها كانت من بيع أو قرض وبالعكس (صرف) جائز إن عجل المأخوذ ولم يقع فيه تأخير فقوله: بعد أن عجل محذوف من هنا لدلالة ما بعده عليه، وهذا هو المعبر عنه في الاصطلاح بصرف ما في الذمة وهو جائز على المشهور خلافاً لأشهب في منعه (وما) مبتدأ والخبر محذوف أو مفعول بفعل محذوف والتقدير ولك أخذ ما (تشاؤه) أي وخذ ما تشاؤه عن دين العين من عرض أو طعام أو حيوان أو عقار (إن عجلا) ذلك المأخوذ والا امتنع لما يلزم عليه من فسخ الدين في الدين إن كان المأخوذ غير معين، وإن كان معيناً فهو التصيير وفي تأخير حوزه وقبضه خلاف يأتي في فصله إن شاء الله.
ـــ وغيرُ عينٍ بَعْدَهُ مِنْ سَلَفِ
خُذْ فيهِ مِنْ مُعَجَّلٍ ما تَصْطَفِي
(وغير عين) مبتدأ على حذف مضاف والجملة الطلبية بعده خبره على وجه مرجوح أي ودين غير العين (بعده) أي بعد الأجل حال كونه (من سلف خذ فيه من معجل) من غير جنسه (ما تصطفي) وتختار من طعام أو عرض أو عقار أو حيوان كأخذك حيواناً عن ثوب في الذمة أو أخذك دراهم عن حيوان في الذمة، وهكذا بشرط التعجيل كما في النظم وإلا امتنع لما فيه من فسخ الدين أو التصيير الغير المقبوض بالفور كما تقدم في الذي قبله، وكلامه في القضاء بغير الجنس كما هو الموضوع، وأما قضاؤه بالجنس الموافق فقد تقدم في الأربع والعشرين صورة. ومفهوم قوله: وغير عين الخ. تقدم في البيت قبله، ومفهوم بعده أنه قبل الأجل لا يجوز وليس كذلك لأنه إذا اختلف الجنس كما هو الموضوع فلا عليك في الأجل والمقدار كما في شراح (خ) عند قوله: وبغير الجنس إن جاز بيعه قبل قبضه الخ. وحينئذ فلا مفهوم للظرف المذكور،

ومفهوم قوله: من سلف هو ما أشار له بقوله:
ـــ وَإِنْ يكنْ مِنْ سَلَمٍ بَعْدَ الأَمَدْ
فالوَصْفُ فيهِ السَّمْحُ جائزٌ فَقَدْ

(وإن يكن) الذي هو غير العين ترتب في الذمة (من سلم) أي بيع (بعد الأمد) أي الأجل يتعلق بقوله جائز (فالوصف) مبتدأ (فيه) يتعلق بقوله جائز أيضاً (السمح) مبتدأ ثان (جائز) خبره (فقد) أي فحسب راجع لقوله: بعد الأمد، والجملة من المبتدأ الثاني وخبره خبر الأول، والجملة من الأول وخبره جواب الشرط، والتقدير؛ وإن يكن الدين الغير العين ترتب في الذمة من بيع فالسمح في وصفه جائز بعد الأجل فقط بأن يأخذ رب الدين أقل من صفة دينه أو يدفع المدين أجود منه، ويفهم منه أنه يجوز بأقل قدراً أو أكثر كذلك أيضاً لأن زيادة الوصف في قضاء دين البيع كزيادة القدر ونقصانه كنقصانه كما قال (خ) وجاز بأكثر وليس قوله: «فقد» راجعاً للوصف حتى يكون المعنى فالسمح جائز في الوصف فقط لا في القدر، بل هو راجع لقوله: بعد الأمد كما قررنا. ومفهوم بعد الأمد أنه قبل الأمد لا يجوز وهو كذلك لما فيه من حط الضمان، وأزيدك أو ضع وتعجل قال في النوادر: وإذا حل الدين وليس بذهب ولا فضة جاز أخذك أرفع أو أدنى أو أقل أو أكثر من صنفه أو من غير صنفه نقداً. وقال في المجموعة: ولو عجل عرضاً قبل أجله لم يجز إلا مع المساواة والانفراد فلو كان أجود أو أردأ وأضيف إليه شيء من أحد الجانبين ولو نفعاً بخطوة أو كلمة لم يجز لأنه منك وضيعة على تعجيل حق، ومنه طرح ضمان بزيادة. ثم إن كلام الناظم ظاهر في القضاء بالجنس فهو داخل في التحصيل المتقدم في القضاء بالجنس، وقد علمت أن الكلام في غيره، فلو قدم هذا البيت قبل قوله: والعين فيه الخ. وقال مثلاً:
وإن يكن بأدنى منه يشترط
حلوله وقبله المنع فقط
ويكون أشار به للصور الثمانية الكائنة في القضاء بأقل قدراً أو صفة كما مر ثم يقول ههنا:
وإن يكن من سلم فيشترط
بيعه بالمسلم فيه مرتبط
وإن يصح سلم رأس المال
والبيع قبل القبض في ذي الحال

لوفى بشروط قضاء السلم بغير جنسه المشار إليها بقول (خ) وبغير جنسه إن جاز بيعه قبل قبضه وبيعه بالمسلم فيه مناجزة، وإن يسلم فيه رأس المال لا طعام ولحم بحيوان وذهب ورأس المال ورق وعكسه الخ. وقد تقدمت الإشارة إليها في فصل العروض عند قوله: وما لبيع قبل قبض مانع. وبهذا يكون الكلام مرتبطاً بعضه ببعض ولا يبقى عليه شيء من شروط القضاء بغير الجنس، وأما بجنسه فقد دخل في التحصيل المتقدم وسلم من قولنا: وإن يصح سلم رأس المال يقرأ بسكون اللام للوزن، والحاصل أن قضاء الدين بغير جنسه وهو بيعه ممن هو عليه إن كان عيناً فإما أن يأخذ عنه عيناً أخرى أو عرضاً فالأول صرف

يشترط فيه حلول الدين وتعجيل المأخوذ، والثاني يشترط تعجيله فقط وإن كان الدين غير عين فيشترط تعجيل المأخوذ أيضاً لا حلوله، ويزاد فيه إن كان من بيع أن يجوز بيعه قبل قبضه، وأن يسلم فيه رأس المال وأن يباع بالمسلم فيه مناجزة الخ والله أعلم.
ولما تكلم على بيع الدين واقتضائه شرع في الكلام على المقاصة فيه فقال:
ـــ قد مضى الدَّيْنُ من الدَّيْنِ وفي
عَيْنٍ وَعَرْضٍ وَطَعَامٍ قَدْ يَفِي
(قد مضى) بالبناء للمفعول (الدين من الدين) أي يقتضي كل من ربي الدين دينه الذي له على صاحبه من نفسه، ويحتمل أن يكون المراد ويقتضي رب الدين دينه الذي له على صاحبه من الدين الذي لصاحبه عليه. هذا مراده وإلاَّ فعبارته تشمل الحوالة مع أن المراد خصوص المقاصة فلو قال:
تطارح الدين لجانبين
بشرطه يجوز بين اثنين

فما يكونان الخ. لكان أحسن. وعرفها ابن عرفة بقوله: متاركة مطلوب بمماثل صنف ما عليه لمآله على طالبه فيما ذكر عليهما. فقوله: بمماثل متعلق بمطلوب وهو صفة لمحذوف أي بدين مماثل،
وقوله: صنف بالرفع فاعل بمماثل، ويحتمل أن يقرأ بالإضافة من إضافة الصفة للموصوف أي مطلوب بصنف ما عليه المماثل لمآله على طالبه فيخرج به المختلفان نوعاً فيقتضي أن المقاصة فيهما لا تصح، وفيه نظر كما يأتي.
وقوله: لمآله على طالبه يتعلق بمماثل على كلا الاحتمالين، واللام زائدة لتقوية العامل، وما مفعول واقعة على الدين، وعلى كون لفظ صنف فاعلاً لو حذف ما عليه وقال بمماثل صنفه لكان أحسن،
وقوله: فيما ذكر متعلق بمتاركة وما ذكر هو الصنفية.
وقوله: عليهما حال مما ذكر أي حال كون ذلك المذكور عليهما احترازاً مما إذا تاركه في حق لهما على شخص آخر فإن كان لهذا عليه عرض وللآخر عليه مثله في الصنفية وأخذ كل منهما ما لصاحبه فليست مقاصة. وهذا الحد لا يخفى ما فيه من التعقيد مع كونه لا يشمل المقاصة في النوعين، اللهم إلا أن يقال المراد بالصنف الجنس فيشمل المقاصة في الذهب والفضة لأنهما جنس واحد، وإذا جازت في مقتفى الجنس فأحرى في مقتفى الصنف، ومعناه حينئذ أن المقاصة هي أن يتارك المطلوب بدين مماثل جنسه ديناً له على طالبه في الجنسية المذكورة لا في القدر فقط حال كون المذكور عليهما وأسهل منه أن يقال هي تطارح المتداينين دينهما المتفق الجنس على أن يأخذ كل منهما ما في ذمته في مقابلة ما له في ذمة صاحبه والله أعلم. (وفي. عين وعرض وطعام قد يفي) أي: يأتي اقتضاء الدين من الدين على وجه المقاصة في العين وفي العرض وفي الطعام وفي كل منهما ست وثلاثون صورة فتنتهي إلى مائة وثمانية.

وبيانها: أن الدينين إذا كانا عينين إما أن يكونا من بيع أو من قرض، أو أحدهما من بيع، والآخر من قرض وفي كل من الثلاثة إما أن يتفق العينان جنساً وقدراً

وصفة أو يختلفا جنساً أو صفة أو قدراً، فهذه الأربع في ثلاث قبلها باثني عشر، وفي كل إما أن يحل الدينان أو يحل أحدهما فقط أو لا يحل واحد منهما ثلاثة في اثني عشر بست وثلاثين، ومثلها إذا كان الدينان عرضين فهما إما من بيع أو قرض أو أحدهما من بيع والآخر من قرض، وفي كل إما أن يتفقا جنساً وقدراً وصفة أو يختلفا جنساً أو صفة أو قدراً باثني عشر، وفي كل إما أن يحل الدينان معاً أو أحدهما أو لا يحل واحد منهما بست وثلاثين أيضاً، وكذا يقال فيما إذا كانا طعامين هكذا حاصل هذه الصور في تكميل التقييد. وقد تكلم الناظم على بعض صور كل من الثلاثة التي في النظم، ولم يستوف جميعها وبدأ منها بالعين فقال:

ـــ فما يكونان بِهِ عَيْناً إلى
مُماثِلٍ وذي اخْتِلَافٍ فُصِّلا

(فما) أي فالوجه الذي (يكونان) أي الدينان (به عيناً إلى مماثل) في القدر والنوع والصفة وفيه ثلاث صور لأنهما حينئذ إما من بيع أو قرض أو أحدهما من بيع والآخر من قرض (و) إلى (ذي اختلاف) في النوع وفيه ثلاث أيضاً، أو في القدر وفيه ثلاث أيضاً، أو في الصفة وفيه ثلاث كذلك (فصلا) بالبناء للمجهول خبر ما والمجرور بإلى متعلق به فالمجموع اثنتا عشرة صورة، وفي كل منها إما أن يحلا أو أحدهما أو لا يحل واحد منهما بست وثلاثين، وقد علمت أن صور المماثل منها تسعة وصور الاختلاف منها سبع وعشرون، فأشار إلى صور المماثل بقوله فيما يأتي: وفي تأخر الذي يماثل الخ. وإلى بعض ما يجوز من صور الاختلاف بقوله:

ـــ فما اخِتلافٌ وَحُلُول عَمَّهْ
يَجُوزُ فيهِ صَرْفُ مَا في الذِّمَّهْ

(فما اختلاف) أي فالوجه الذي عمه اختلاف يعني في النوع أو في الصفة، وذلك كالذهب والفضة أو محمدية ويزيدية (وحلول عمه) أي عمه الاختلاف في النوع أو في الصفة لا في القدر وعمه الحلول بأن كان الدينان معاً حالين. (ويجوز فيه صرف ما في الذمه) أي مبادلة ما في الذمة وفي كل منهما ثلاث صور لأنهما في الاختلاف في النوع إما من بيع أو قرض أو أحدهما، وفي الاختلاف في الصفة كذلك فالمجموع ست صور جائزة كلها إلا أنه في الاختلاف في النوع لا يراعى الاتحاد في القدر، وفي الاختلاف في الصفة لا بد من اتحاده كعشرة دراهم محمدية عن عشرة يزيدية، وتفهم صور الاختلاف في الصفة من صور الاختلاف في النوع بالأحرى لأنه إذا جاز ذلك مع الاختلاف في النوع بشرطه فلأن يجوز مع الاختلاف في الصفة بالأحرى، فصور الاختلاف في الصفة داخلة في النظم كما ترى، ومفهوم حلول الخ. اثنتا عشرة صورة: ست في الاختلاف في النوع وهي عدم حلولهما معاً أو عدم حلول أحدهما، وفي كل إما من بيع أو قرض أو أحدهما، وست في الاختلاف في الصفة كذلك وكلها غير جائزة للصرف أو البدل المؤخرين ويزاد على ذلك تسع صور التي في الاختلاف في القدر، فظاهر النظم جواز ما حل منها لدخولها في عموم قوله: فما اختلاف مع أنها ممنوعة كلها لربا الفضل كدينار في مقابلة دينارين فإما من بيع أو قرض أو أحدهما، وفي كل إما حالين أو مؤجلين أو أحدهما بتسع تضم للاثني عشر قبلها التي هي مفهوم النظم يكون المجموع إحدى وعشرين صورة كلها ممنوعة، ويبقى من صور الاختلاف ست صور جائزة وهي منطوق النظم كما مر والله

أعلم.
ـــ وفي تَأَخُّرِ الذِي يُمَاثِلُ
ما كان أَشْهَبُ بِمَنْعٍ قَائِلُ

ثم أشار إلى تسع صور المماثل فقال: (وفي تأخر) الدين (الذي يماثل) الدين المأخوذ عنه (ما) استفهامية أي كيف ما (كان) التأخير سواء كان في الدينين معاً أو في أحدهما. وفي كلٍّ إما من بيع أو قرض أو أحدهما (أشهب) مبتدأ خبره (بمنع قائل) في هذه الست كلها والمجرور الأول والثاني يتعلقان بالخبر، وفهم من نسبة المنع فيها لأشهب وحده أن ابن القاسم يقول بالجواز وهو المشهور، ومفهوم قوله: وفي تأخر الخ. أنهما إذا حلا معاً وفيه ثلاث صور لأنهما إما من بيع أو قرض أو أحدهما جاز على كلا القولين وإليه أشار بقوله:
ـــ وفي اللَّذَيْنِ في الْحُلُولِ اتَّفَقَا
عَلَى جَوَازِ الانْتِصَافِ اتَّفَقَا
(وفي) العينين (اللذين بالحلول) متعلق بقوله (اتفقا) صلة الموصول (على جواز الانتصاف) أي المقاصة لأن كل واحد ينصف من حقه بها (اتفقا) أي اتفق أشهب وابن القاسم على جواز المقاصة في العينين اللذين اتفقا في الحلول، وقد تماثلا نوعاً وصفة وقدراً كعشرة محمدية عن مثلها أو يزيدية عن مثلها، فهذه التسع التي هي صور التماثل تضم إلى سبعة وعشرين التي هي صور الاختلاف يكون المجموع ستاً وثلاثين، وبها تمت صور العينين وإلى صور التماثل أشار (خ) بقوله: وتجوز المقاصة في ديني العين مطلقاً أي من بيع أو قرض أو أحدهما حلا أو أحدهما أو لا. وأشار إلى صور الاختلاف بقوله: وإن اختلفا صفة مع اتحاد النوع أو اختلافه فكذلك إن حلا وإلا فلا الخ.
ثم أشار الناظم إلى ما إذا كان الدينان عرضا فقال:
ـــ وذاك في العَرْضَيْنِ لا المِثْلَيْنِ حَلْ
بِحيْثُ حلاَّ أوْ توافَقَ الأجلْ

(وذاك) الانتصاف الذي بمعنى المقاصة (في العرضين لا) أي غير (المثلين) كثوب وفرس وكساء وقميص والمجرور يتعلق بالخبر الذي هو (حل) أي جاز (بحيث حلاَّ) أي حل أجل العرضين معاً (أو) تأجلا و (توافق الأجل) فيهما، والتقدير وذاك الانتصاف الذي هو المقاصة جائز في العرضين المختلفين جوازاً مقيداً بحلول الدينين معاً أو توافق أجلهما حين المقاصة، ويدخل في العرضين غير المثلين سبع وعشرون صورة لأن الاختلاف إما في الجنس كثوب وفرس، أو في الصفة كثوب كتان وثوب قطن، ومن ذلك هروي ومروي أو في القدر كثوبين من كتان عن واحد من قطن، وفي كل إما من بيع أو قرض أو أحدهما، فهذه تسع. وفي كل منها إما حالين أو مؤجلين أو أحدهما، فأخبر الناظم أن الجائز منها ست صور وثلاث فيما إذا اختلفا جنساً وحلا حقيقة أو حكماً لتوافق الأجل فإما من بيع أو قرض أو أحدهما. وثلاث فيما إذا اختلفا صفة كذلك، ويفهم منه أن الأحد والعشرين الباقية كلها ممنوعة وهو كذلك في الست الباقية من الاختلاف في الجنس، وهي ما إذا لم يحلا حقيقة ولا حكماً أو حل أحدهما، وفي كل إما من بيع أو قرض أو أحدهما، وكذا في الست الباقية من

الاختلاف في الصفة لما في ذلك من بيع الدين بالدين في الجميع، وأما التسع التي في الاختلاف في القدر وهي كونها من بيع أو قرض أو أحدهما حلا أو لم يحلا معاً أو أحدهما ففيها تفصيل، فإن كانا من بيع وحلا جاز وإن كانا من قرض لم يجز لما فيه من قضاء القرض بأكثر خلافاً لظاهر النظم من جواز ذلك ولو في القرض وأما إن كانا مؤجلين أو أحدهما فيمنع كما هو مفهوم النظم لما فيه من ضع وتعجل مطلقاً أو حط الضمان وأزيدك حيث كانا من بيع.

فإن قيل: تقدم في العين أنها لا تجوز مع التأجيل ولو اتفق الأجل فلم جازت في العرض مع اتفاقه؟ قلنا: لأن اللازم في العين صرف مؤخر وباب الصرف أضيق من بيع الدين اللازم في العرضين، وإنما لم يعتبر بيع الدين في المتفقين أجلاً لأن ذلك حينئذ في معنى المبارأة لأنه لما كان لا يقدر أحدهما على طلب دينه إلا عند أجل الآخر كان ذلك بمنزلة الحالين والله أعلم. ومفهوم قوله: لا المثلين أن العرضين إذا كانا متفقين في الجنس والصفة والقدر جازت المقاصة في تسع صورها كانا من بيع أو قرض أو أحدهما حلا أو لم يحلا أو أحدهما لأن العرضين المتماثلين يبعد قصد المكايسة والمغالبة فيهما، فيكون المقصود هو المعروف فلا تدخل في غير الحالين تهمة من تعجل ما أجل يعد مسلفاً، وإلى المقاصة في العرضين المتماثلين أشار (خ) بقوله: وتجوز في العرضين مطلقاً أي اتحدا جنساً وصفة أي وقدراً، وإلى جوازها في المختلفين بشرط الحلول أو اتفاق الأجل بقوله: كأن اختلفا جنساً واتفقا أجلاً وإن اختلفا أجلاً منعت إن لم يحلا أو أحدهما الخ.
قلت: لو قال أعني (خ): وتجوز في العرضين مطلقاً إن اتفقا قدراً أو جنساً أو صفة لا إن اختلفا قدراً أو جنساً أو صفة ولم يحلا أو لم يتفق الأجل وإلاَّ جاز في الأخيرين كالأول إن وحلا هما من بيع لكفاه.
ثم أشار إلى ما إذا كان الدينان طعاماً وفيه ست وثلاثون أيضاً أشار إلى اثني عشر منها بقوله:
ـــ وفي تَوَافُقِ الطَّعَامَيْنِ اقْتُفِي
حَيْثُ يَكونان معاً مِنْ سَلَفِ
(وفي توافق الطعامين) يتعلق بقوله (اقتفي) بالبناء للمفعول ونائبه يعود على الانتصاف أي اقتفي واتبع الانتصاف الذي بمعنى المقاصة في الطعامين المتفقين في الجنس والقدر والصفة (حيث يكونان معاً من سلف) حلا أو أحدهما أم لا، فهذه ثلاث من الاثني عشر المذكورة.
ـــ وفِي اخِتلافٍ لا يَجوزُ إلاّ
إنْ كان كُلٌّ مِنْهُمَا قَدْ حَلاَ

(وفي اختلاف) يتعلق بقوله (لا يجوز) أي: ولا يجوز الانتصاف في اختلافهما في الجنس كقمح وفول، أو في الصفة كعشرة سمراء عن مثلها محمولة، أو في القدر كخمسة محمولة عن سبعة محمولة ودخلا على إلغاء الزائد على خمسة في الذمة (إلا إن كان كل منهما قد حلا) لأنها حينئذ مبادلة يداً بيد :(خ) والطعامان من قرض كذلك أي فتجوز مع الاتفاق مطلقاً ومع الاختلاف بشرط الحلول فقد دخل في الاختلاف تسع صور لأنهما إذا اختلفا في الجنس وهما من

سلف كما هو الموضوع فإما أن يحلا أو أحدهما أم لا، فهذه ثلاث. ومثلها في الاختلاف في الصفة ومثلها في الإختلاف في القدر بتسع، حكى الجواز فيما إذا حلا معاً وبقيت صور تأجيلهما معاً أو تأجيل أحدهما على حكم المنع لما فيه من بيع الطعام بالطعام نسيئة، واحترزت بقولي: ودخلا على إلغاء الزائد في الذمة الخ. عما إذا لم يدخلا على ذلك فإنه لا يجوز، ولو حلا لما فيه من ربا الفضل، وكذا يقال في الاختلاف في الصفة لا بد أن يدخلا على إلغاء الزائد إن كان هناك زائد وإلا لم يجز لربا الفضل أيضاً، ولا يشترك ذلك في الاختلاف في الجنس، فصورتا الاختلاف في الصفة والقدر يزاد فيهما على شرط الحلول أن يدخلا على عدم إلغاء الزيادة.

ثم أشار إلى الاثنتي عشرة صورة التي في الطعامين من بيع فقال:

ـــ وَإِنْ يَكونا مِنْ مَبيعٍ وَوَقَعْ
فيهِ بالإطْلاَقِ اخْتِلاَفٌ امْتَنَعْ

(وإن يكونا) أي الطعامان (من مبيع) اسم مفعول بمعنى المصدر أي: من بيع (ووقع فيه) يتعلق بوقع (بالإطلاق) يتعلق بامتنع آخر البيت (اختلاف) فاعل وقع (امتنع) جواب الشرط والتقدير: وإن يكن الطعامان من بيع واختلفا في الجنس أو في الصفة أو في القدر امتنعت المقاصة بالإطلاق حلا أو أحدهما أم لا.

فتدخل في الاختلاف تسع صور كما ترى.

وأشار إلى الصور الثلاث الباقية لتمام الاثني عشر وهي: إذا اتحد الطعامان جنساً وصفة وقدراً فإما أن يحلا أو أحدهما أم لا بقوله:

z

ـــ وَفي اتِّفَاقِ أجَلَيْ مَا اتّفقَا
هُوَ لَدَى أَشْهَبَ غَيْرُ مُتَّقَى

(وفي اتفاق أجلي ما) أي الطعامان اللذين (اتفقا) جنساً وصفة وقدراً (هو) مبتدأ عائد على الانتصاف المتقدم (لدى أشهب غير متقى) خبر عن المبتدأ والظرف والمجرور بفي يتعلقان به، والتقدير: وهو أي الانتصاف غير ممنوع عند أشهب في الطعامين المنفقين أجلاً وجنساً وصفة وقدراً بناء على أنها إقالة، وأحرى أن يجوز عنده ذلك إذا حلا معاً، وفهم من تخصيصه الجواز بأشهب أن ابن القاسم يقول بالمنع، وهو المشهور (خ): ومنعا أي الطعامان من بيع ولو متفقين الخ. قال (ز): لعلل ثلاث بيع الطعام قبل قبضه وهذه عامة، وطعام بطعام، ودين بدين نسيئة وهاتين في غير الحالين.

ثم أشار إلى الاثني عشر التي في الطعامين من بيع وقرض وهي كمال ست وثلاثين صورة التي في الطعامين فقال:

ـــ وَشَرْطُ ما من سَلَفٍ وَبَيْع
حُلُول كُلَ وَاتِّفَاقُ النَّوْعِ

(وشرط ما) أي الطعامين اللذين أحدهما (من سلف و) الآخر من (بيع حلول كل) منهما (واتفاق النوع) أي: أو القدر كمحمولة عن مثلها قدراً وصفة، فالمراد بالنوع الصفة إذ لا يكفي الاتفاق في النوع مع الاختلاف في الصفة، وبالجملة فالطعامان من بيع وسلف إذا اتفقا جنساً وصفة وقدراً ففي ذلك ثلاث صور لأنهما إما أن يحلا أو أحدهما أو لا. حكى الجواز في صورة وهي حلولهما معاً وبقيت صورتا تأجيلهما أو أحدهما. حكى في جواز المقاصة فيهما خلافاً بقوله:

ـــ والْخُلْفُ في تَأَخُّرِ مَا كَانَا
ثَالِثُهُمَا مَعْ سَلَمٍ قَدْ حَانَا

(والخلف في تأخر ما كانا) أي كيف كان التأخير في طعام البيع أو طعام القرض أو فيهما أي: والموضوع بحاله من اتفاق الجنس والصفة والقدر، فمنع ذلك ابن القاسم مطلقاً تأخرا معاً أو القرض أو السلم وهو المشهور، وأجاز ذلك أشهب مطلقاً (ثالثهما) لغيرهما تجوز (مع سلم) من نعته وصفته (قد حانا) أي: وصل حينه والفرق على هذا الثالث أن طعام السلف لما كان المدين قادراً على تعجيله جبراً على ربه، وقد حل دين السلم أي البيع صار الدينان حالين معاً في المعنى بخلاف العكس، وعلة المنع عند ابن القاسم أن الأغراض تختلف باختلاف الأجل فيترجح جانب بيع الطعام قبل قبضه بالنسبة لطعام البيع، ولأن المعجل لما في الذمة مسلف، وعلة الجواز عند أشهب تغليب المعروف، وإنما لم ينظر في صورة حلولهما معاً لبيع الطعام قبل قبضه بالنسبة لطعام البيع تغليباً لجانب القرض لأنه معروف وانضم لذلك أن المقاصة معروف أيضاً فجازت هذه الصورة على كل قول، فقول الناظم: واتفاق النوع إما أن يريد بالنوع الجنس فيكون قد حذف الواو ومعطوفيها أي والصفة والقدر، وإما أن يكون أراد بالنوع الصفة فيكون قد حذف الواو ومعطوفاً واحداً كما قررناه إذ الاتفاق في الجنس والقدر لا بد منه لأنهما لو اختلفا قدراً ودخلا على إلغاء الزائد لم يجز، ولو حلا لربا الفضل كما لا يجوز إذا اختلفا جنساً أو صفة، ولو حلا واتفقا قدراً، وقد علمت من هذا أن منطوق الناظم شامل لثلاث صور: حكى الجواز في واحدة منها اتفاقاً، وحكى الخلاف في الصورتين الباقيتين كما مر، ومفهوم قوله: واتفاق النوع أي الجنس أنهما إذا اختلفا فيه أو في الصفة أو في القدر ودخلا على إلغاء الزائد لم تجز ولو حلا وذلك شامل لتسع صور لأنهما في اختلاف الجنس إما أن يحلا أو أحدهما أم لا. ومثلها في اختلاف الصفة، ومثلها في اختلاف القدر حيث دخلا على إلغاء الزائد وكلها ممنوعة، ولو حلا كما أشار لذلك (خ) بقوله: ومن قرض وبيع تجوز إن اتفقا

وحلاّ لا إن لم يحلا أو أحدهما الخ... فتحصل أن الاثنتي عشرة صورة الجارية في طعامي البيع والقرض تجوز منها صورة واحدة وما عداها ممنوع إما اتفاقاً أو على المشهور.

فصل في الحوالة

مأخوذة من التحول عن الشيء لأن الطالب تحول من طلبه لغريمه إلى غريم غريمه قاله عياض، والأصل فيها قوله عليه الصلاة والسلام: «مطل الغني ظلم، ومن أتبع أحدكم على مليء فليتبع». عياض: الصواب تسكين التاء يعني في اللفظتين قال: وبعض المحدثين والرواة يشددها. يقال: تبعت فلاناً بحقي وأنا أتبعه ساكنة التاء، ولا يقال أتبعه بفتحها وتشديدها إلا من المشي خلفه. قال: والأمر فيها للندب عند أكثر شيوخنا، وحملها بعضهم على الإباحة لما أشبهت بيع الدين بالدين. قال: وهي عند أكثر شيوخنا مستثناة من الدين بالدين

وبيع العين بالعين غير يد بيد كما خصت الشركة والتولية والإقالة في بيع الطعام قبل قبضه، وكما خصت العرية من بيع الطعام بالطعام نسيئة لما كان سبيل هذه التخصيصات المعروف، وذهب الباجي إلى أنها ليس حكمها حكم البيع ولا هي من هذا الباب، بل هي عندهم من باب النقد لبراءة المحيل بنفس الإحالة اهـ. وعرفها ابن عرفة بقوله: طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى. قال: ولا ترد المقاصة إذ ليست طرحاً بمثله في أخرى لامتناع تعلق الدين بذمة من هو له اهـ. والطرح فعل الفاعل أي طرح المحال للدين عن ذمة المحيل الخ. واعترض بأنه غير جامع لخروج من تصدق على رجل بشيء ثم أحاله به على من له عليه مثله ولخروج الحوالة بالمنافع، ولذا عرفها في التلقين بأنها تحويل الحق من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى قال في ضيح: لفظ حق أفضل من لفظ الدين الذي عبر به ابن الحاجب، لأن المتبادر من الدين ما قابل المنافع بخلاف لفظ الحق فإنه يشمل المنافع وغيرها اهـ. ولعل ابن عرفة أطلق الدين على دين المنافع وغيرها فلا يرد عليه الاعتراض الثاني.

ـــ وامْنَعْ حَوَالَةً بِشَيْءٍ لم يَحِلْ

وبالَّذِي حَلَّ بالإطلاَقِ أَجلْ (وامنع حوالة بشيء) عين أو عرض أو غيرهما (لم يحل) أجله لأنه حينئذ من بيع ذمة بذمة فيدخله ما نهي عنه من بيع الدين بالدين، ومن بيع العين بالعين غير يد بيد قاله ابن رشد. قال: إلا أن يكون الدين الذي انتقل إليه حالاً ويقبضه قبل أن يعترفا مثل الصرف فيجوز ذلك أي: لأنها إذا خرجت عن محل الرخصة فتجري على حكم أصلها الذي هو البيع كما يأتي (وبالذي حل بالإطلاق) يتعلقان بقوله: (أحل) أي أجزأ لحوالة بما حل مطلقاً كان الدين المحال عليه حالاً أيضاً أم لا لأنه إن حل فظاهر وإن لم يحل فزيادة معروف لأنه قبل الحوالة والتأخير.

ـــ والرِّضا والعِلْمِ مِنْ مُحَالِ
عَلَيْهِ في المَشْهُورِ لاَ تُبَالِ

للاتفاق على أن لصاحب الحق أن يوكل من شاء على قبض دينه، وحكى ابن شعبان قولاً باشتراط رضاه ومحل عدم اشتراط رضا المحال عليه على المشهور إذا لم تكن هناك عداوة بين المحال والمحال عليه، وإلاَّ فلا بد من رضاه وإلاَّ لم تصح كما في الشامل وغيره، ومفهوم النظم أن المحيل والمحال لا بد من رضاهما وبه صرح (خ) حيث قال: شرط الحوالة رضا المحيل والمحال فقط الخ. وظاهر النظم و(خ) أنه لا يشترط حضور المحال عليه ولا إقراره بالدين وهو الذي شهره ابن سلمون، وقيل: لا بد من حضوره وإقراره وصدر به في الشامل وعزاه لابن القاسم فقال: وفي اشتراط حضوره وإقراره كانتفاء عداوة بينهما. قولان لابن القاسم وعبد الملك اهـ. قال ابن عبد السلام: ولعل الخلاف مبني على الخلاف هل الحوالة تستثنى من بيع الدين بالدين أو هي أصل مستقل بنفسه؟ فعلى الأول يسلك بها مسلك البيوع إلا الذي وردت الرخصة فيه، وعلى الثاني لا يشترط الحضور ويبقى حديث الحوالة على عمومه إذ لا معارض له من مخالفة أصل بيع الدين بالدين اهـ. وعلى قول ابن القاسم اقتصر في الاستغناء قائلاً: لا تجوز الحوالة على الغائب وإن وقع ذلك

فسخ حتى يحضر إذ قد يكون للغائب من ذلك براءة اهـ. ونحوه في الإرشاد والكافي والمتيطي وابن فتوح وقبله ابن عرفة وجزم به أبو الحسن في شرح المدونة، والمشذالي في حاشيته عليها كما في (ح) وهذا يفيد أن قول ابن القاسم باشتراط الحضور والإقرار هو المعتمد، وصرح ابن رحال في حاشيته هنا وشرحه لخليل بأن تشهير ابن سلمون خلاف الراجح، وتبعه على ذلك الشيخ بناني وغيره، ورد ذلك الشيخ الرهوني في حاشيته قائلاً، بعد نقله ما لابن رحال وغيره ما نصه: وفي ذلك كله نظر، والظاهر ما قاله ابن سلمون نقلاً ومعنى، أما معنى فلأنهم عللوا اشتراط حضوره بأنه قد يكون للغائب براءة من ذلك، وهذا التعليل يقتضي أن علة المنع إذا لم يحضر ويقل الغرر، وقد علمت أن الحوالة من ناحية المعروف والمعروف

لا يؤثر فيه الغرر، وكونها من المعروف مصرح به في كلام غير واحد ويسلمه هؤلاء المعترضون، ثم نقل عن التونسي والمازري وغيرهما ما يشهد لاعتراضه على زعمه وأطال في ذلك.
قلت: ما ذكره كله للنظر فيه مجال أما أولاً فلأنها وإن كانت معروفاً فإنما يغتفر فيها على قول ابن القاسم ما اغتفره الشارع صلوات الله عليها لأنها عنده بيع فما وردت الرخصة به فيها كعدم المناجزة في العين اغتفر، وما لم ترد به فهي على أصل البيع فيه، وعدم اشتراط المناجزة مصرح به في الحديث الكريم حيث قال: «ومن اتبع منكم» الخ. إذ الاتباع لا مناجزة فيه، وكذا يفهم منه أنه لا يشترط الكشف عن ذمة المحال عليه إذ المطلق على إطلاقه فلا يقيد إلا بنص صريح، وإنما خص المليء بالذكر لأن الغالب في الناس الملاء كما أن الغالب فيهم جحد الديون من أصلها وإرادة الطعن في رسومها أو إثبات البراءة منها، وإن لم يكن هذا غالباً فلا أقل أن يستويا كما هو مشاهد، ولذا أمر الله تعالى بالإشهاد فقال: وأشهدوا إذا تبايعتم} (البقرة:282) وأياً ما كان فهو غرر كثير وليست هي متمحضة للمعروف كالهبة حتى يغتفر فيها الجهل بحصول العوض، بل هي معاوضة حقيقة روعي فيها جانب المعروف بعدم اعتبار بعض شروط البيع فيها، ولو كان كل ما روعي فيه جانب المعروف يغتفر فيه الجهل بحصول العوض لم يشترطوا في العرية أن تباع بخرصها أي بكيلها، إذ لا حاجة له حينئذ ولأجل هذا قال ابن رشد: إذا خرجت الحوالة عن محل الرخصة أي بعدم الحلول يعني أو بعدم الحضور والإقرار على قول ابن القاسم فأجروها على قواعد البيع فإن أدت لممنوع وإلا فأجز اهـ. وأما ثانياً فإن ما ذكره من أنها معروف فإنما ذلك على إحدى الطريقتين كما نقله هو بنفسه عن المازري قائلاً: والحوالة ليست ببيع على إحدى الطريقتين عندنا بل طريقتها المعروف اهـ. ونحوه تقدم عن ابن عبد السلام في سر الخلاف بين ابن القاسم والغير، وغالب النقول التي احتج بها على جواز

الغرر بعدم الإقرار كلها في عدم اشتراط الكشف عن ذمة المحال عليه، ولا يلزم من تشهيرهم عدم الكشف عن ذمته عدم اشتراط حضوره وإقراره، إذ قد يحضر ويقر ولا يدري هل مليء أو معسر، وإنما اغتفروا الكشف عنه على المشهور لأن غالب الناس الملاء والحكم للغالب وكونه عديماً نادر، والغرر

النادر مغتفر في البياعات إذ لو اعتبر الغرر النادر فيها ما جاز بيع بحال إذ ما من مبيع إلا ويجوز استحقاقه أو ظهور عيب به فلا يدري هل يتم فيه البيع أم لا؟ ولكون غالب الناس الملاء علق في الحديث الكريم الاتباع على الملىء كما مر والله أعلم.

ـــ ولا يَجُوزُ أَنْ يُحالَ إلاّ
فِيمَا يُجَانِسُ لِدَيْنٍ حَلاَّ

(ولا يجوز أن يحال إلا فيما يجانس لدين حلا) (خ) عاطفاً على شروطها وتساوي الدينين قدراً وصفة أي: لا تجوز الحوالة إلا إذا كان الدين المحال به مجانساً أي مماثلاً للدين المحال عليه في الجنس والقدر والصفة كذهب وذهب أو فضة وفضة أو عرض على مثله قدراً وصفة فلا يحال بعين على عرض أو على منافع عين لما فيه من فسخ الدين ولا بذهب على فضة ولا بدينار على دينارين لما فيه من ربا الفضل اللهم إلا أن يحيله على أحدهما فقط ويبقى الآخر لصاحبه أو يقبض العوض المحال عليه مكانه، وأما المنافع فلا يجوز لأن قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر ولا بالأدنى صفة على الأعلى كإحالته بيزيدية على محمدية، وفي العكس وهو أن يحيله بالمحمدية على اليزيدية أو بالأكثر قدراً على الأقل منه كإحالته بدينارين على دينار تردد (خ) وفي تحوله على الأدنى أو الأقل تردد أي بالجواز. اللخمي والمازري: لأنه زيادة معروف والمنع لابن رشد وعياض وهو ظاهر العتبية والموازية لأنه يؤدي للتفاضل بين العينين، وظاهر النظم أنه درج على ما لابن رشد لاقتصاره على التجانس أي في القدر والصفة، فيفهم منه أنه الراجح عنده قاله ابن رشد. الثاني من شروط الحوالة: أن يكون الدين الذي يحيله به مثل الذي يحيله عليه في القدر والصفة لا أقل ولا أكثر ولا أدنى ولا أفضل؛ لأنه إن كان أقل أو أكثر أو مخالفاً له في الصفة لم تكن حوالة وكان بيعاً على وجه المكايسة فيدخلها ما نهى عنه من الدين بالدين اهـ. ثم محل المنع في التحول على الأعلى صفة إذا لم يقبضه قبل الافتراق وإلاَّ جاز إن حلا معاً إذ ذاك حينئذٍ مبادلة وشرط جوازها الحلول والقبض، وكذا محل المنع في المختلفين جنساً إذا لم يحلا ويقبضا في الحين كما قال:

ـــ ولا تُحِلْ بِأَحَدِ النَّقْدَيْنِ فِي
ثانِيهِمَا إلاَّ إن القَبْضُ اقْتُفِي

(ولا تحل بأحد النقدين) الحالين (في) أي على (ثانيهما إلا أن القبض اقتفي) أي اتبع بحضرة الثلاثة في مجلس لم يطل، وقولي الحالين احترازاً مما إذا لم يحل المحال عليه، فلا يجوز إذ صرف ما في الذمة شرطه الحلول، وأما حلول المحال به فهو الموضوع.

ـــ وفي الطَّعامِ ما إحَالَةٌ تَفِي
إلاّ إذَا كَانَا مَعاً مِنْ سَلَفِ

(وفي الطعام ما) نافية (إحالة) مبتدأ خبره (تفي) أي تجيء والمجرور يتعلق به أي لا تجيء الحوالة في الطعام ولا تجوز فيه أنفق الطعامان أم لا. استوت رؤوس أموالهما أم لا. حلا أو احدهما أو لا. خلافاً لأشهب في إجازته إياها إذا اتفق الطعامان ورؤوس أموالهما على أنها من معنى الإقالة أو التولية إذ أخذ

المثل عن مثله إقالة أو تولية (إلا إذا كانا) أي الطعامان (معاً من سلف) فتجوز حينئذ، وإن لم يحل الدين المحال عليه لأن طعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه بخلاف ما إذا كانا معاً من بيع فإنها لا تجوز، ولو حلا ولو قبضه المحال بحضرة المحيل والمحال عليه لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه إذ طعام البيع لا يقبضه إلا ربه، فإذا قبضه المحال كان بيعاً له قبل قبضه قال ابن المواز.

ـــ وفي اجْتِمَاعِ سَلَفٍ وَقَرْضِ
يُشْتَرَطُ الحُلُولُ في ذَا الْقَبْضِ

(وفي اجتماع) طعام (سلف و) طعام (قرض يشترط) في جواز الحوالة بأحدهما على الآخر (الحلول) أي في المحال به كما هو الموضوع و (في) الطعام (ذا القبض) أي المقبوض حساً وهو الدين المحال عليه كان هو السلم أو القرض، فلا بد من حلولهما معاً وإلاَّ لم تجز على مذهب ابن القاسم وقال مالك وجميع أصحابه إلا ابن القاسم: تجوز وإن لم يحل المحال عليه بمنزلة ما إذا كانا معاً من سلف. ابن يونس: وقولهم أصوب ووجهه أن العلة التي هي البيع قبل القبض ضعفت عندهم لما كان أحدهما من بيع والآخر من سلم قاله أبو الحسن، وأيضاً فإن العلة جارية ولو مع حلولهما معاً كما قاله (ت) وعلى قولهم عول (خ) حيث قال في تعداد شروطها: وأن لا يكونا طعامين من بيع الخ. أي بل كانا من سلف أو أحدهما، فعلم من هذا أن مذهب ابن القاسم الذي درج عليه الناظم ضعيف، فهذه أربعة شروط في كلام الناظم: حلول المحال به، ورضا المحيل والمحال، وتساوي الدينين وأن لا يكونا طعامين من بيع وبقي عليه شرط خامس وهو الصيغة. قال في الشامل: وشرطها صيغة بلفظها أي الخاص بها كأحلتك بحقك على فلان أو أنت محال به عليه، ومثله في (خ) ابن ناجي: واشتراط الصيغة هو ظاهر الكتاب قال: وعليه لو قال خذ حقك من هذا أو يأمره بالدفع ليس بحوالة لأنه يقول ليس هذا احتيال بالحق، وإنما أردت أن أكفيك التقاضي، وإنما الحوالة أن تقول: أحيلك بالحق على هذا وهو نص سماع يحيى عن ابن القاسم اهـ. وعلى اشتراط الصيغة اقتصر ابن يونس واللخمي وأبو الحسن والفشتالي وفي وثائقه وأبو محمد صالح في شرح الرسالة وابن الفاكهاني، ووقع لابن رشد في البيان أنها تكون بلفظها أو ما يقوم مقامه كخذ من هذا حقك وأنا بريء من دينك واستظهره (ح) وهو ظاهر قول ابن عرفة: الصيغة ما دل على ترك المحال دينه من ذمة المحيل بمثله في ذمة المحال عليه اهـ. وشرط سادس وهو وجود دين للمحيل في ذمة المحال عليه، وكذا للمحال على المحيل فإن لم يكن دين

للمحال على المحيل فهي وكالة لا حوالة وإن لم يكن دين للمحيل على المحال عليه فهي حمالة يشترط فيها رضا المحال عليه، ولذا قالوا: لا يشترط رضا المحال عليه إلا في صورتين إحداهما هذه، والثانية أن تكون بين المحال والمحال عليه عداوة، وإذا كانت حمالة فإذا أعدم المحال عليه رجع المحال بدينه على المحيل، وإذا أدى المحال عليه فإنه يرجع على المحيل بما أدى ولو مقوماً كما تقدم في باب الضمان، وقولي: وجود دين أي كان ثابتاً ببينة أو إقرار أو تصديق المحال (خ) في تعداد شروطها وثبوت دين لازم فإن أعلمه

بعدمه وشرط البراءة صح، ثم فرع على توفر شروط الحوالة قوله: ويتحول حق المحال على المحال عليه وإن أفلس أو جحد إلا أن يعلم المحيل فقط بإفلاسه وحلف على نفيه إن ظن به العلم قال في المدونة: وإذا أحالك غريمك على من له عليه دين فرضيت باتباعه برئت ذمة غريمك ولا ترجع عليه في غيبة المحال عليه أو عدمه اهـ. قال المغيرة: إلا أن يشترط المحال على المحيل الرجوع عليه إن أفلس فله شرطه ويرجع على المحيل، ونقله الباجي كأنه المذهب ابن رشد، وهذا صحيح لا أعلم فيه خلافاً. ابن عرفة: وفيه نظر لأن شرطه مناقض لعقد الحوالة وأصل المذهب في الشرط المناقض أنه يفسده اهـ. وقد ذكر ابن رحال ما يسقط اعتراض ابن عرفة فانظره ولا أقل أن يرد اعتراضه بأنها مع الشرط المذكور حوالة إذن وهي توكيل فلا يرد حينئذ ما قاله ثم مثل العلم بالإفلاس العلم باللدد فيفصل فيه بين أن يعلم به المحيل فقط فيرجع عليه وإلاَّ فلا. وأما علمه بأنه مسيء القضاء ففيه قولان. أحدهما أنه كاللدد والآخر أنه لا يضر، وأما علمه بأنه يجحد فإن كان معناه أنه علم من حاله أنه بعد تمام الحوالة يجحد إقراره الحاصل حين الحوالة، فهذا لا يوجب رجوعه على المحيل فيما يظهر قاله (ز) وإن كان معناه أنه لم يوجد الدين في ذمته لا ببينة ولا بتصديق المحال فإنه لا حوالة حينئذ لاختلال شرطها.

فصل في بيع الخيار

أي: الشرطي وهو كما لابن عرفة بيع وقف بته أولاً على إمضاء يتوقع الخ. فقوله: أولاً متعلق بوقف وخرج به الخيار الحكمي أي خيار النقيصة فإن بته لم يوقف أولاً بل آخراً. فيقال: فيه بيع آيل إلى خيار فهو متأخر عن العقد، وسببه متقدم عليه بخلاف الخيار الشرطي فموجبه الذي هو الشرط مقارن للعقد. (والثنيا) أي وبيع الثنيا وهي خيار في الحقيقة إلا أنه شرط النقد فيه فالخيار إذا لم يشترط فيه نقد الثمن ليس بثنيا، وإن اشترط فيه ذلك وشرط معه أنه إن أتاه بالثمن فمبيعه مردود عليه فهو الثنيا قال فيها: من ابتاع سلعة على أن البائع متى رد له الثمن فالسلعة له لا يجوز بيعه لأنه سلف جر نفعاً اهـ. وهذا المعنى هو الذي خصه الأكثر بالثنيا وهو المعروف اليوم بذلك وإن كان ابن رشد: عممه في جميع الشروط المنافية للمقصود.

ـــ بَيْعُ الْخِيَارِ جَائِزُ الْوُقُوعِ
لأَجَلٍ يَلِيقُ بِالْمَبِيعِ

(بيع الخيار) الذي يشترطه أحد المتبايعين على الآخر أو كل منهما على صاحبه أو جرت العادة باشتراطه لأنها كالشرط صراحة كما في (ز) (جائز الوقوع) حيث كان الخيار مضروباً (لأجل) معلوم (يليق بالمبيع

ـــ كَالشَّهْرِ فِي الأَصْلِ وَبالأَيَّامِ
فِي غَيْرِهِ كَالْعَبْدِ وَالطَّعَامِ

كالشهر في الأصل) من دار ونحوها وأدخلت الكاف ما زاد على الشهر بالشيء اليسير كالخمسة الأيام والستة (و) يؤجل (بالأيام) القلائل (في غيره) أي الأصل (كالعبد) فيؤجل الخيار فيه بالجمعة ونحوها، وفي الدابة والثوب يؤجل الثلاثة الأيام ونحوها.f (والطعام) الذي لا يفسد ويحتاج فيه الناس للمشورة

يكون أجل الخيار فيه بقدر حاجة الناس مما لا يقع فيه تغيير ولا فساد قاله في المدونة. فقوله: لأجل أي معلوم كما في الأمثلة احترازاً من المجهول ككونه بالخيار إلى قدوم زيد أو إلى أن ينفق سوق السلعة الفلانية ولا وقت يعلم قدومه فيه أو نفاق سوق تلك السلعة فيه، فإن البيع فاسد يرد مع القيام ويمضي بالقيمة مع الفوات، ومفهوم قوله لأجل إنه إذا وقع بالخيار ولم يضربا له أجلاً معلوماً ولا مجهولاً يكون فاسداً وليس كذلك ففيها من ابتاع شيئاً بالخيار ولم يضربا له أجلاً جاز البيع وجعل له من الأمد ما ينبغي في تلك السلعة اهـ. فكتب عليه أبو الحسن ما نصه معناه: إذا عثر عليه قبل مضي أمد الخيار، وأما إن لم يعثر عليه حتى مضى القدر الذي يضرب لتلك السلعة فإن الإمام يوقفه فأما أن يختار أو يرد اهـ.
قلت: هذا ظاهر إذا عثر عليه عند انقضاء الأمد المذكور، وأما إن لم يعثر عليه حتى زاد على أمده بكثير فيظهر فساد البيع فتأمله والله أعلم. وإذا علمت هذا وجب أن يعلق قوله لأجل ببيع أو بالخيار لا بمحذوف شرط في الجواز كما هو ظاهره وقررناه عليه، والتقدير بيع الخيار لأجل معلوم يليق بالمبيع جائز الوقوع، فهو حينئذ ساكت عن بيع الخيار الذي لم يضرب له أجل فيستظهر عليه من خارج.

ـــــ وهُوَ بِالاشْتِرَاطِ عِنْدَ الْعَقْدِ
وَلاَ يَجُوزُ فِيهِ شَرْطُ النَّقْدِ

(وهو) أي الخيار (بالاشتراط عند العقد) كما تقدم في حد ابن عرفة فإن لم يشترط فلا خيار ولو بالمجلس على مذهبنا ومذهب أبي حنيفة وهو قول الفقهاء السبعة المجموعين في قول القائل:
ألا كل من لا يقتدي بأئمه

فقسمته ضيزى عن الحق خارجه
فخذهم عبيد الله عروة قاسم
سعيد أبو بكر سليمان خارجه

وخالف الشافعي في ذلك متمسكاً بما ورد في الصحح من قوله عليه الصلاة والسلام: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا». ووافقه على ذلك ابن حبيب وعبد الحميد الصائغ ولما ذكر أبو الحسن الحديث الكريم قال: حمل الشافعي الافتراق في الحديث على الافتراق بالأبدان، وحمله مالك على الافتراق باللفظ اهـ. ولما ذكر مالك الحديث في موطئه قال: والعمل عندنا على خلافه أي عمل أهل المدينة على خلافه، وإلى رد مذهب الشافعي ومن وافقه أشار (خ) بقوله: إنما الخيار بشرط كشهر في دار ولا تسكن وكجمعة في رقيق واستخدمه وكثلاثة في دابة الخ. (ولا يجوز فيه) أي في بيع الخيار (شرط النقد) وظاهره أنه يفسد البيع باشتراطه لأن الأصل فيما لا يجوز الفساد وهو كذلك، وإن لم يحصل النقد بالفعل على المعتمد لتردده مع حصوله بشرط بين السلفية والثمينة ولكون الغالب مع شرطه فقط حصوله فنزل الغالب، وإن لم ينقد فيه حتى مضى زمن الخيار منزلة النقد بالفعل قاله (ز) وظاهره أيضاً أنه لا يصح البيع ولو حذف الشرط وهو كذلك بخلاف مسألة البيع بشرط السلف فإن البيع يصح إذا حذف الشرط كما قال (خ): وصح أن حذف الخ. والفرق أن الغرر في شرط النقد أقوى إذ لا يدري هل المقبوض كله ثمن أو سلف بخلاف البيع بشرط السلف فثمن السلعة مقبوض، والسلف وإن أثر في الثمن زيادة أو

نقصاً فتأثيره موهوم غير محقق إذ يجوز أن يكون الثمن المجعول للسلعة هو ثمنها المعتاد لرغبة المشتري في السلعة يدفع ثمنها المعتاد ويزيده السلف، أو لرغبة البائع في معاملة المشتري لاتصافه ونحو ذلك يبيعها بالمعتاد ويزيده السلف فغرر البيع، والسلف أضعف من الأول كما هو ظاهر، وهذا مراده في ضيح بأن الفساد في مسألة البيع موهوم خارج عن الماهية أي موجب الفساد موهوم لا محقق بخلاف مسألة النقد بشرط، وأما قوله: خارج عن الماهية فلعل الصواب حذفه إلا أن

يقال إنه تأكيد لما قبله لأنه إذا لم يتحقق وجوده في الماهية فهو خارج عنها فتأمله والله أعلم. ومفهوم شرط أنه إذا تطوع له بالنقد لم يمنع وهو كذلك، وفهم منه أنه يجوز النقد بعد العقد تطوعاً وهو كذلك، وفهم من تحديده أجل الخيار بما مر من الشهر والأيام أنه إذا زاد أجل الخيار على ذلك وعلى ما قرب منه يكون البيع فاسداً وهو كذلك (خ) وفسد بشرط مشاورة بعيد عن أمد الخيار، أو مدة زائدة أو مجهولة أو غيبة أحدهما على ما لا يعرف بعينه أو لبس ثوب ورد أجرته ويلزم بانقضائه ورد في كالغد وبشرط نقد الخ. ثم إذا فسد بواحد من هذه الأمور فضمانه من بائعه إن هلك ولو بيد المشتري على الراجح، وقيل: من المشتري إن قبضه انظر (ح) ولا بد، وقول (خ): ويلزم بانقضائه الخ أي بانقضاء أمده المشترط وانقضاء ما ألحق به من اليوم واليومين.
وقوله: وورد في كالغد إنما هو في الزمن الملحق فلا تدافع في كلامه. قال في المدونة: وإن كان أي الرد بعد غروب الشمس من آخر أيام الخيار أو كالغد أو قرب ذلك فذلك له. قال أبو الحسن: يعني بالقرب اليوم واليومين والبعد ثلاثة أيام اهـ. وتقدم أن الخمسة أيام ملحقة بالشهر يعني في الدار يجوز أن يشترط في أجل خيارها شهر أو خمسة أيام مثلاً، والكلام هنا فيما قرب من زمن الانقضاء يعني أنه إذا رد بعد انقضاء الأجل المشترط بيوم أو يومين فله ذلك فلا معارضة والله أعلم. وقد قال أبو الحسن عند قولها في الضمان إن قال للطالب فإن لم أوافك غداً فالذي تدعيه حق، فهذه مخاطرة ولا شيء عليه ما نصه. وانظر ما قاله في بيع الخيار إذا كان الخيار للمبتاع فشرط عليه البائع أنه إن لم يأت بالثوب في آخر أيام الخيار لزمه البيع لم يجز هذا البيع. أرأيت إن مرض أو حبسه سلطان اهـ.

ـــــ والْبَيْعُ بِالثُّنْيَا لِفَسْخٍ دَاعِ
والخَرْجُ بِالضَّمَانِ لِلْمُبْتَاعِ

(والبيع بالثنيا) أي بشرطها بأن يقول له في صلب العقد: أبيعك هذه السلعة على شرط أني إن أتيتك بثمنها وقت كذا أو مهما أتيتك بثمنها فهي مردودة علي (لفسخ داع) لفساده واختلف في علته فعلله في بيوع الآجال منها بالبيع والسلف. أبو الحسن: معناه تارة يكون بيعاً وتارة يكون سلفاً أي لأنه خيار بشرط النقد وجعلا مدته أكثر من مدة الخيار إن حداه بأجل أو لمدة مجهولة إن لم يحداه، وعلله سحنون وابن الماجشون وغيرهما بأنه سلف جر نفعاً، وبه عللت المدونة أيضاً في نصها الأول عند قوله: والثنيا الخ. وعلى الأول فهو بيع فاسد يفسخ ولو أسقط الشرط على المذهب كما مر ما لم يفت فيمضي

بالقيمة وفوات الأصول بالهدم والبناء والغرس لا بحوالة الأسواق، وهل يفوت بطول الزمان كالعشرين سنة؟ قولان. أرجحهما على ما قاله (ت) في تحفة الإخوان فواته بذلك، وقال في المهذب الرائق: ولا يفيت الأصول حوالة الأسواق ولا طول الزمان وبه القضاء. قال ابن أبي زمنين: إلا ما كان مثل عشرين عاماً ونحوها اهـ. وعلى الثاني فهو رهن يفسخ أبداً ولا يفوت بشيء بهدم ولا غيره ويرد المشتري فيه الغلة ولو طال الزمان، والناظم درج على الأول لأنه المشهور المعمول به في وقته ولذا قال: (والخرج) بسكون الراء لغة في الخراج اجتمعتا في قوله تعالى: أم تسألهم خرجاً فخراج ربك خير} (المؤمنون:72) (بالضمان للمبتاع) ظاهره كان لأجل أم لا. أي الغلة فيه للمشتري لأنه بيع فاسد ينتقل ضمانه بالقبض، ومن عليه الضمان فله الغلة إلا ثمرة مأبورة يوم الشراء فإنها ليست بغلة لأن لها حصة من الثمن فيجب ردها معه إن كانت قائمة ورد مكيلتها إن علمت أو قيمتها إن جهلت أو جذت رطباً.

ـــــ ولا كِرَاءَ فِيهِ هَبْهُ لأَجَلْ
أوْ لاَ وَذَا الَّذِي به جَرَى العَمَلْ

(ولا كراء) ولا غلة (فيه) أي في بيع الثنيا ويفوز المشتري بالثمرة بالزهو وهو ظهور الحلاوة وإن ظهر في نخلة واحدة من نخيل كثير على المعروف من المذهب في فوز المشتري بالغلة في البيع الفاسد بذلك، وأما إن طابت فهو أحرى (هبه) أي بيعها (لأجل أو لا وذا) أي كونه لا كراء ولا غلة فيه للبائع على المشتري مطلقاً هو المشهور (الذي به جرى العمل) عند القضاة كما في مختصر المتيطية، وهو قول مالك وابن القاسم وعليه الأكثر، ومقابله أنه رهن لأنه سلف بمنفعة فالغلة للبائع لا للمبتاع قاله الشيخ أحمد زروق وهو المشهور. قال عبد الباقي: وهو ظاهر من جهة المعنى وهو توافقه مع المشتري على أن يرد له المبيع، وعلل أيضاً بأنها ثمن السلف وهو حرام محرم، وفي وثائق ابن مغيث عن القابسي أن حكمه قبل انقضاء أجل الثنيا حكم البيع الصحيح فالغلة فيه للبائع لأنه بمنزلة الرهن وهو بعد انقضاء الأجل بمنزلة البيوع الفاسدة اهـ. أي: فالغلة فيه للمشتري وليس في هذا البيت زيادة على ما أفاده الشطر الذي قبله إلا ما أفاده من الخلاف والتعميم في نفي الغلة نصاً وجريان العمل.

تنبيهات. الأول: يجب أن يقيد الخلاف المذكور بما إذا لم يجر العرف بالرهنية كما عندنا اليوم، ولذا يقع البيع بأقل من الثمن المعتاد بكثير ويسمونه بيعاً وإقالة فيبيع الرجل بالإقالة ما يساوي الألف بخمسمائة أو ما يساوي المائة بستين أو بثلاثين ونحو ذلك. فلا يختلفون أنها رهن حيث اشترطت الإقالة في العقد إذ لم يسمح البائع بسلعته إلا على ذلك وتجد البائع إذا سئل عن سلعته أو أرضه يقول: إنها مرهونة ويطلب زيادة الثمن فيها ويعرضها للبيع وهي بيد مشتريها، وإذا سئل المشتري عنها أيضاً قال: إنها مرهونة عندي أو عندي فيها بيع وإقالة وأن البائع لم يكمل البيع فيها ونحو ذلك فالبيع والإقالة عندهم مرادف للرهن يعبر بأحدهما عن الآخر، فعرف الناس اليوم ومقصودهم في هذا البيع إنما هو الرهنية كما هو مشاهد بالعيان، وإذا كان العرف فيها الرهنية فيتفق على رد الغلة وعدم الفوات لأن الأحكام تدور مع الأعراف ومقاصد

الناس ومن أدل دليل على الرهنية كونه بأقل من الثمن المعتاد بكثير إلى غير ذلك وقد قالوا كما للقرافي وغيره: إن حمل الناس على أعرافهم ومقاصدهم واجب والحكم عليهم بخلاف ذلك من الزيغ والجور، ولهذا لما سئل الإمام قاضي القضاة سيدي عيسى السجستاني حسبما في نوازله عن بيع الثنيا في هذا الزمان هل تفوت بأنواع التفويت لأنها بيع فاسد، وكيف إذا جهل قصد المفوت؟ فقال: الذي أفتي به في بياعات نواحي سوس وجبال درن أنها رهون لأنهم يعتقدون أنها على ملك بائعها ويطلبون فيها زيادة الأثمان والمبيع بيد مشتريه، وإذا كان هكذا فلا يفوت بشيء بل هي على ملك الأول إلا أن يرضى بإمضاء البيع فيها والسلام اهـ. بلفظه. ولا يخفى أنها في نواحي فاس وجبالها كذلك ولا يشك منصف فيه والله أعلم. وفي نوازل الزياتي أيضاً ما نص الغرض منه: سئل بعض الفقهاء عن الغلة في بيع الثنيا وكيف الحكم إن كان عرف البلد الرهنية إلا أنهما تحيلا بكتب البيع مخافة الغلة؟ فأجاب: في

المسألة قولان. قيل: الغلة للمشتري، وقيل: للبائع. وأما إن كان عرف البلد أنهم يعتقدون الثنيا في بيوتهم ويتحرفون بكتب البيع مخافة الغلة فإن الغلة لازمة للمشتري قولاً واحداً مع يمين الراهن أنه كان رهناً في نفس الأمر، وبهذا صدرت الفتوى من أهلها اهـ. بلفظه، وفيه أيضاً عن سيدي علي بن هارون ما نصه: اختلف في بيع الثنيا فقيل إنه من باب البيع الفاسد، وقيل إنه سلف جر منفعة وهو الذي يترجح في هذا البيع لأن مقصود الناس أن يأكلوا الغلة في مقابلة السلف الذي سموه ثمناً ثم قال: فعلى قول ابن القاسم لا يرد الغلة وعلى قول غيره يردها، ويترجح هذا القول كما قدرناه ليعرف الناس والله أعلم. وكتبه علي بن هارون اهـ. باختصار. وهذا مما لا يمكن أن يختلف فيه اثنان في هذه الأزمان لأن العرف كالشرط بلا نزاع، وانظر ما يأتي قريباً عند قوله: فالقول قول مدع للطوع الخ. فإن فيه تأييداً لما قلناه والله أعلم. الثاني: يفهم من قول الناظم وغيره: والخرج بالضمان الخ. أن الغلة إنما تكون للمشتري على القول بأنها بيع فاسد إذا قبض ذلك المبيع لأن الضمان إنما ينتقل للمشتري في الفاسد بالقبض كما في (خ) وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض ورد ولا غلة تصحبه الخ. وأما إذا لم يقبض المشتري ذلك المبيع بل تركه بيد البائع بإجارة أو اشترى منه البستان ونحوه بالثنيا وتركه بيده بمساقاة ونحوها ليأتيه بغلته، فإنه لا غلة للمشتري قولاً واحداً لأنه لم ينتقل ضمانه إليه، وسواء كان الشراء بالثمن المعتاد أو بأقل بكثير أو قليل بدليل التعليل بل لو قبضه ثم رده إليه بعقد إجارة أو مساقاة أو نحوهما لم تكن له غلة لأن ما خرج من اليد عاد إليها لغو كما هو مقرر في بيوع الآجال قاله (ح).

الثالث: على القول بأنه بيع فاسد إذا وقع الإمضاء فيه قبل فسخ العقد الفاسد فإنه لا يصح لأنه تتميم للفساد. قال أبو الحسن: المنصوص في كل موضع أن البيع الفاسد لا يصح إمضاء البيع فيه إلا بعد فسخ العقدة الفاسدة، وإذا لم يتعرض لفسخها فسخت الثانية وبقيت الأولى على فسادها اهـ.

ـــ وَالشَّرْحُ لِلثُّنْيَا رُجُوعُ مِلْكِ مَنْ
بَاعَ إِلَيْهِ عِنْدَ إِحْضَارِ الثَّمَنْ

(والشرح للثنيا) أي لحقيقتها وماهيتها هو (رجوع ملك من باع إليه) أي إلى البائع (عند إحضار) البائع (الثمن) ودفعه للمشتري كما تقدم في نص المدونة، وعليه الأكثر خلافاً لابن رشد حيث عممها في بياعات الشروط كما مرّ. وفي كلام الناظم مخالفة للترتيب الطبيعي إذ هو يقتضي تقديم هذا البيت على قوله: والبيع بالثنيا لفسخ داع الخ. لأن التصور مقدم على الحكم طبعاً فينبغي تقديمه وضعاً كما قال في السلم:

إدراك مفرد تصوراً علم
ودرك نسبة بتصديق وسم
وقدم الأول عند الوضع
لأنه مقدم بالطبع

وتقديمه إنما هو على جهة الأولوية لا على جهة الوجوب، لأنه وارد في العربية، ولا يلزم عليه دور ولا غيره حتى يمنع فهو كقول (خ): يرفع الحدث وحكم الخبث بالمطلق وهو ما صدق عليه اسم ماء بلا قيد وكقوله في الدماء: واقتص من موضحة أوضحت عظم الرأس الخ. وكقوله في الحديث: «لها كلاليب مثل شوك السعدان هل رأيتم شوك السعدان»: فلو قالوا لا لأراهم إياها وصورها لهم، وإذا علمت هذا فالجواب عما ورد من ذلك بأنه من باب تقديم الحكم على التصوير لا على التصور، والممنوع إنما هو الثاني كما قالوه عند قول (خ): يرفع الحدث. الخ. كله غير سديد، لأن ذلك إن كان بالنسبة للمخاطب كما هو المتبادر من كلامهم فالحكم واحد لما علمت من أن التصوير فعل الفاعل وهو أيضاً حد للصورة وشرحه إياها، والتصور حصول صورة الشيء في الذهن بسبب ذلك التصوير أو بغيره فيلزم من التصوير حصول الصورة، والمقدم على الأصل مقدم على الفرع، فيلزم من تقديمه على التصوير تقديمه على التصور، وإنما الجواب الحق أن يقال: تقديم الحكم على التصور بالنسبة للمخاطب غير ممنوع لأن المخاطب قد يكون تصور الشيء من جهة أخرى، وإذا لم يتصوره صوره له المتكلم بعد إن شاء أو إن سأله المخاطب عنه كما فعل الناظم و (خ) وإذا لم يسئل عنه لكونه مصوراً عنده لم يصوره له كما في الحديث، وليس هذا من باب إدخال الحكم في الحد حتى يكون ممنوعاً كما قال في السلم:

وعندهم من جملة المردود
أن تدخل الأحكام في الحدود

لأن الناظم لم يدخل الحكم في الحد كما ترى، وإنما قدمه عليه والله أعلم. وإن كان ذلك بالنسبة للمتكلم فمن أين لنا بأن الناظم ونحوه لم يتصوره بل تصوره عند الحكم بالفسخ ثم صوره للغير بعد ذلك، وعليه فلا حاجة لهذا الإيراد بالكلية إذ لا يحكم أحد على غيره بأنه لم يتصور كذا وهو لم يطلع على ما في ضميره حتى يحتاج للجواب عنه، وحينئذ فقولهم لأن الحكم على الشيء فرع تصوره هذا صحيح بالنسبة للمتكلم إذا اطلعنا على ما في ضميره وأنه حكم قبل أن يتصور حقيقة الشيء المحكوم عليه فيقال له حينئذ: كان ينبغي لك أن لا تحكم على شيء حتى تتصوره، وأما بالنسبة للمخاطب فلا لأنه قد يحكم له على الشيء، ثم بعد ذلك يصور له ذلك الشيء إن لم يكن عرفه، وقد لا يصور

له بالكلية لكونه قد عرفه من جهة أخرى أو يسأل عن حقيقته شخصاً آخر كقولهم: صحت الإجارة، وكقولهم صح وقف مملوك ونحو ذلك مما هو كثير فقد حكموا بالصحة قبل أن يصوروا المحكوم عليه للمخاطب لكونه معروفاً عنده، أو لكونه يسأل عنه الغير.

ـــ وَجَازَ إنْ وَقَعَ بَعْدَ العَقْدِ
طَوْعاً بِحَدْ وَبِغَيْرِ حَدِّ

(وجاز) أي البيع بالثنيا (إن وقع) بين البائع والمشتري (بعد) انبرام (العقد) وتمامه (طوعاً) منهما (بحد) كقول المشتري للبائع: إن جئتني بالثمن لسنة أو عشرين سنة مثلاً فالمبيع مردود عليك (أو بغير حد) كقوله: متى جئتني بالثمن فالمبيع لك قال الفقيه راشد في جواب له نقله في المعيار: وهذه الإقالة يعني التطوع بها بعد العقد قد أجازوها إلى غير غاية وإلى غير حد مؤجل، وأجازوها أيضاً إلى أجل قريب أو بعيد اهـ

ثم إنه في المطلقة متى أتاه بالثمن لزمه رد المبيع إليه، ويجوز للمشتري فيه التفويت بالبيع أو غيره، ويفوت به على البائع المقال إلا أن يفيته بالفور مما يرى أنه أراد قطع ما أوجبه على نفسه كما لابن رشد، ونقله ابن عرفة وغيره وهو قول (خ) لا إن قصد بالبيع الإفاتة. قال ابن رشد القفصي: فإن قام عليه حين أراد التفويت فعلى السلطان منعه من تفويته إذا أحضره البائع الثمن فإن باعه بعد أن منعه السلطان رد وإن باعه قبل القضاء عليه بذلك نفذ البيع اهـ. وأما في المقيدة فلا يجوز له تفويته فإن فوته رد على ما للموثقين، وقيده الباجي بما إذا لم يبعد أجلها كالعشرين سنة فيكون حكمها حكم المبهمة في فواتها على البائع وعدم ردها، وإذا جاءه البائع بالثمن في خلال الأجل أو عند انقضائه أو بعده على القرب منه بيوم ونحوه لا أكثر لزمه قبوله ورد المبيع على بائعه، ولا كلام له في أنه لا يقبض الثمن إلا بعد الأجل كما صرح به المتيطي والقفصي في وثائقهما، وصرح به أيضاً العبدوسي في جواب له، وانظر إذا لم يأت بالثمن حتى انقضى الأجل بأيام فلم يقبل منه وأراد القيام بالغبن هل تعتبر السنة من يوم البيع أو يوم الانقضاء وهو الظاهر لأنه اليوم الذي تم فيه البيع والله أعلم. ثم ما قررناه به من أن كلامه في الثنيا وهو ظاهر سياقه وبه يرتبط الكلام بعضه ببعض، ويحتمل على بعد أنه أشار إلى مسألة الخيار بعد البت المشار إليها بقول (خ): وصح بيع بت الخ. ويكون المعنى وجاز الخيار إن وقع بعد العقد بأجل وبغير أجل، لكن إن وقع بغير أجل لا بد أن يضربا له من الأجل ما يليق بذلك المبيع كما كر أول الفصل فقوله حينئذ: وبغير حد أي وقع الخيار بعد العقد ولم يتعرضا لأجل، لكن يضرب له من الأجل ما يليق بالمبيع كما مر ففيها من اشترى سلعة من رجل ثم جعل أحدهما لصاحبه الخيار بعد تمام البيع، فذلك جائز وهو بيع مؤتنف بمنزلة بيع المشتري لها من غير البائع الخ.

تنبيهات. الأول: قال ابن عرفة: لا أعلم مستنداً لأقوال الشيوخ بصحة الطوع بالثنيا بعد العقد لأن التزامها إن عد من جهة المبتاع عقداً بتاً فهو من جهة البائع خيار فيجب تأجيله لقولها: من اشترى من رجل سلعة إلى آخر ما مرّ قريباً مع قولها من ابتاع سلعة بالخيار ولم يضربا أجلاً جاز وضرب له من الأجل ما ينبغي

في مثل تلك السلعة اهـ. ونقله (ح) في التزاماته وقال عقبه. قلت: الظاهر أنه ليس هنا عقد بيع، وإنما هو معروف أوجبه على نفسه والله أعلم اهـ.
قلت: مستندهم في ذلك ظاهر، وهو أن المشتري إنما أوجب على نفسه البيع عند الإتيان بالثمن كما قاله أبو الفضل راشد في جواب له طويل. ومحصله أنه لا يقع الإيجاب في الإقالة بنفس القول، وإنما يقع الإيجاب بعد المجيء بالثمن وأنه ليس في الحالة الراهنة إلا التزام وتعليق على وجه المعروف، وإنما يوجد البيع في ثاني حال حيث يوجد المعلق عليه.
الثاني: الثمرة المؤبرة الحادثة في الثنيا المتطوع بها بعد العقد كما هو موضوعنا للمشتري المقيل عملاً بقول (خ): ولا الشجر المؤبر الخ.1 وأحرى إذا أزهت أو طابت، وقول ابن هلال في نوازله: والثمرة للبائع المقال مطلقاً أبرت أم لا. لأن المبتاع ألزم نفسه متبرعاً بأن البائع متى أتاه بالثمن فالمبيع مردود عليه، وقد فرقوا بين ما توجبه الأحكام وما يوجبه المرء على نفسه اهـ. تعقبه بعض بأنه كلام غير صحيح لأن الإقالة بيع إلا في الطعام والشفعة والمرابحة ونحوها، فإذا جاء المقال بالثمن فحينئذ يقع البيع كما مر عن أبي الفضل راشد فتكون الثمرة المأبورة للمقيل الذي هو المبتاع إلا أن يشترطها البائع الذي هو المقال اهـ.

الثالث: إذا مات المتطوع بالثنيا قبل الأخذ بها بطلت كانت لأجل أو لغير أجل كما هو ظاهر إطلاقاتهم لأنها هبة لم تقبض قاله أبو الفضل راشد واختاره أبو الحسن. قال القوري حسبما في نوازل الزياتي وبه القضاء والفتوى، وقال أبو ابراهيم الأعرج. لا تبطل بناء على أنها بيع، وأما إذا مات البائع فوارثه بمنزلته اتفاقاً.
الرابع: إذا وقعت الإقالة مطلقة ولم يقل إن أتيتني بالثمن فأفتى فيها بعض بأنها إقالة لازمة للمشتري ولورثته قال: لأن القاعدة المذهبية أن الإقالة بيع إلا في الطعام والشفعة والمرابحة ونحوها وعقود المعاوضات لا تفتقر إلى حيازة وليست هذه من ناحية من أوجب على نفسه الإقالة إذا أتى بالثمن الذي اختلف فيه أبو الفضل راشد وأبو ابراهيم للفرق الظاهر بين المطلقة والمقيدة من وجوه لا تخفى منها: أن الإقالة المختلف فيها بين من ذكر هبة لأنها تجوز لغير أجل بإجماع ولو كانت بيعاً لما جازت لغير أجل، والإقالة المطلقة بخلاف ذلك لأنها بيع يشترط فيها شروطه، ومنها: أن المقيدة إذا تصرف فيها المتطوع ببيع أو نحوه قبل أن يأتيه بالثمن مضى تصرفه حتى قال اللخمي: إن ذلك يجوز له ابتداء إذا وقعت لغير أجل ولو كانت بيعاً محضاً جاز له ذلك لأنه تصرف في ملك الغير، ومنها: أن المقيدة الغلة فيها للمشتري وعليه الضمان ما دام البائع لم يأته بالثمن وذلك دليل على أنها على ملكه بخلاف المطلقة فضمانها من المقال والغلة له من يوم العقد، وهذا أمر لا يختلف فيه. ومنها: أن المقيدة لم تقع فيها إقالة أصلاً وإنما وقع فيها تعليق إنشاء الإقالة عند الإتيان بالثمن، فإذا مات المشتري قبل الإتيان به فقد مات قبل وقوعها وقبل أن يخاطب بها فهي عند موته على ملكه وتنتقل إلى ورثته ففاتت كما تفوت إذا باعها المشتري المقيل، ولا كذلك المطلقة فإنها بيع قد تم بالإيجاب والقبول اهـ. باختصار من خط أبي العباس الملوي رحمه الله.

الخامس: أن المبتاع إذا بنى في الدار أو غرس في الأرض بعد أن طاع بذلك للبائع وقبل انقضاء الأجل فقال ابن رشد: له قيمته منقوضاً لتعديه كما إذا بنى البائع في دار باعها على أن المبتاع بالخيار قبل انقضاء أمد الخيار أو بنى المبتاع قبل انقضاء أمد الخيار وكان الخيار للبائع اهـ.
قلت: هذا إذا كانت مؤجلة بأجل، وأما إذا كانت غير مؤجلة فيفهم منه أن البناء والغرس فوت على المقال فلا سبيل له إليها بمنزلة البيع كما مر.
السادس: الشفعة ثابتة في هذا البيع الذي تطوع فيه بالإقالة، ولو حصلت الإقالة بالفعل ما لم يجر العرف بشرطية ذلك في العقد كما يأتي قريباً وإلاَّ فهو بيع فاسد لا شفعة فيه أصلاً إلا بعد فواته إن قلنا إنها رهن كما مر.
السابع: إذا أحضر البائع الثمن قبل انقضاء الأجل أو عنده أو أحضره في حياة المتطوع في المطلقة فلم يقبله المتطوع المذكور حتى مات أو انقضى الأجل بأيام فقال سيدي يحيى: المتقدم ذكره إذا أثبت البائع أو ورثته ذلك فإنه ينفعهم ويرد إليهم الأصل بذلك ولا يفوت عليهم بموته ولا بانقضاء الأجل.

الثامن: اختلف إذا باعه شيئاً عقاراً أو غيره وطلب البائع الإقالة فقال له: أخاف أن تبيعه لغيري فقال: إن أو إذا بعته لغيرك فهو لك بالثمن الأول وبالذي أبيعه به فأقاله المشتري، فإذا باعه البائع لغيره، فهو له، إن باعه بالقرب على ما في سماع ابن خالد لابن القاسم وابن كنانة لا إن باعها بعد بُعد، والقرب أن يبيعها في زمن تلحقه فيه التهمة، والبعد أن يبيعها بعد زمان تنقطع فيه التهمة عن البائع ويظهر منه حدوث رغبة في البيع كما في المتيطية، هذا إذا عبّر بأن أو إذا كما مرّ، وأما إذا عبر بمتى فهو له ولو باعه بعد بُعد لأن متى لا تقتضي قرب الزمان كما قاله ابن رشد قال: وإنما جاز هذا الشرط في الإقالة لأنها معروف، ولمحمد بن خالد أن الإقالة على هذا الشرط لا تجوز كالبيع اهـ.
البرزلي أوائل البيوع من ديوانه عن المازري، والمشهور من المذهب فساد هذه الإقالة لما في ذلك من التحجير وهي بيع من البيوع، فإذا نزلت فسخت الإقالة وإن طال ذلك وفاتت الأرض ونحوها بالبيع مضى البيع وفاتت الإقالة به لأنه بيع صحيح اهـ. ثم ما تقدم من الفرق بين إن ومتى هو ما فهمه ابن رشد وفهم صاحب ضيح أنه لا فرق بينهما لأنه عبر بمتى وفرق بين القرب والبعد.
وفي الالتزامات لابن رشد قول ثالث وهو أنه إن استقاله فقال: أخشى أنك إنما سألتني الإقالة أو البيع لربح ظهر لك لا لرغبة في المبيع فقال: بل لرغبتي فيه فأقاله أو باعه على أنه أحق به إن باعه فهو أحق به بالقرب وإن لم يقل له شيء من ذلك، وإنما أقاله أو باعه على أنه إن باعه فهو أحق به بالثمن لم يجز ذلك في البيع، ويختلف في الإقالة لأن بابها المعروف لا المكايسة اهـ. وقد تحصل أن في المسألة أقوالاً مشهورها الفساد، والثاني اختيار ابن رشد، والثالث صحة الإقالة ويفرق بين القرب والبعد، وهل يشترط أن يعبر بإن أو إذا لا بمتى وإلا لزمه الشرط، وإن باع بعد طول. وهو فهم ابن رشد أو مطلقاً وهو ظاهر كلام ضيح لأنه

عبر بمتى وفرق بين القرب والعبد، وعلى القول بصحة الإقالة هنا تستثنى هذه المسألة ومسألة التطوع بها بعد العقد من قولهم: لا يقبل البيع تعليقاً كما قيل:

لا يقبل التعليق بيع ونكاح
فلا يصح بعت ذا إن جا فلاح والفرق بين هذه وبين التطوع بالإقالة حتى جرى في هذه خلاف، وجاز التطوع بإجماع ظاهر لأنه في التطوع التزم بعد العقد أن ينشىء المبيع عند الإتيان بالثمن كما مر. وهذه التزم في صلب عقد الإقالة إنه إن باعها فهو أحق بها والله أعلم. وعلى القول بصحة الإقالة فهل تبطل بموت المقال لأنها معروف كما مرّ عن ابن رشد وبه أفتى بعضهم. قال أبو العباس الملوي: ويظهر لي أنها لا تبطل بموته بل هي لازمة لورثته لأن الظاهر في المسألة أنها من باب الالتزام المعلق على فعل الملتزم له، وذلك لأن المقال التزم للمقيل أنه إن باعها فهو أحق بها على شرط أن يقبله فليست المسألة من باب التبرع المحض، وإنما هي من باب هبة الثواب. وقد ذكره في الالتزامات في التنبيه الثالث قبل الكلام على بيع الثنيا أن الالتزام على الفعل المعلق على فعل الملتزم له لا يبطل بالموت لأنه معاوضة، وتقدم قبل التنبيه المذكور: من التزم لغيره مالاً على أن يطلق زوجته لا يفتقر لحيازة وتقدم صدر الالتزامات قول ابن رشد: من التزم نفقة زوجة ولده في صلب العقد فإنها لا تسقط بموته، وتأمل قولهم: لا تفتقر النحلة إلى حيازة فالجاري على قواعد المذهب لزوم ذلك لورثته إن لم يحصل طول لأنه ليس بمعروف صرف حتى يبطل بالموت، وإنما هي معاوضة لأنه ما أقاله إلا ليلتزم، وأما ما ذكروه في الطوع بالثنيا من النزاع بين الفقيه راشد وغيره، فليس من هذا الباب لأن ذلك طوع بالإقالة لا شرط فيه اهـ. باختصار من خطه رحمه الله، وإنما أطلت في هذه المسألة لكثرة وقوعها. ومن الفقهاء المهرة من يقول بصحة الإقالة فيها، ولا سيما وهو قول مالك وابن القاسم قال في الالتزامات بعد نقل قولي مالك وابن القاسم

بالجواز، ونقل كلام ابن رشد واختياره ما نصه: الحاصل أن هذا الشرط لا يجوز في البيع ويفسده وليس في ذلك خلاف، وأما في الإقالة فاختلف قول مالك وابن القاسم بجوازه،ولذلك اقتصر عليه أي على جوازه الشيخ خليل في كلامه السابق في شروط النكاح، واقتصر عليه أيضاً غير واحد من الموثقين، والخلاف جار ولو كان في أمة فإن المسألة مفروضة في سماع محمد بن خالد فيمن يبيعه أرضه أو جاريته ثم يستقيله، ومقتضى كلامهم أن ذلك لا يوجب منع البائع من وطئها بعد الإقالة وهو ظاهر والله أعلم اهـ. فكلامه هذا يفيد أن المعتمد في المسألة هو الجواز، ولذلك اقتصر عليه في ضيح كما قال: ولا سيما وقد ذكره في ضيح في معرض الاحتجاج على أن المرأة إذا وضعت شيئاً من صداقها خوف طلاقها فإن طلقها بالقرب رجعت بما وضعت وإلاَّ فلا. قال: كما قالوا إذا سأل البائع المشتري الإقالة فقال له المشتري: إنما مرادك البيع لغيري، فيقول له البائع: متى بعتها فهي لك بالثمن الأول أنه إن باع عقب الإقالة أو قريباً منها فللبائع شرطه وإن باع بعد طول أو لحدوث سبب فالبيع ماض اهـ. ومثله لابن عبد السلام. ومعلوم أنه لا يحتج بمختلف فيه فقد نزلا القائل بالمنع منزلة العدم ولو كان القول بالمنع مشهوراً كما قال المازري ما صح لهما الاحتجاج، وقد علمت أنه في سماع محمد بن خالد ومثله لسحنون في سماعه عن ابن القاسم أيضاً وأنه قول مالك في سماع أشهب وابن القاسم أيضاً مستدلاً على جواز الإقالة المذكورة بمسألة الوضيعة للطلاق، وصحح استدلاله ابن رشد كما في الالتزامات وذلك كله من أدل دليل على

أرجحيته. ولذا اقتصر عليه الناظم في فصل الإقالة، وكذا اقتصر عليه غير واحد من الموثقين، والاقتصار من علامات التشهير وعليه فاعتراض (ت) والشيخ بناني في حاشيتهما على (ز) الذي اعتمد الجواز في المسألة تبعاً للأجهوري بتشهير المازري، وبقول ابن رشد الذي يوجبه القياس، والنظر عندي أنه لا فرق بين الإقالة

والبيع في هذا الخ. لا يتم ولا يحسن لما علمت من قوة القول بالجواز وتحصيل (ح) يفيد أنه المعتمد، ولأن ابن رشد لم يقتصر على هذا، بل زاد واختار التفصيل الذي تقدم عنه، فاختياره قول ثالث كما مر، ولأنه لما تكلم على ما في سماع سحنون صحح الجواز وعضده، ولأن التحجير الذي في كلام المازري ينتفي بالطول الذي تنتفي معه التهمة فيمضي تصرفه أو لأنه مغتفر لجانب المعروف، ولأن (ح) لم يعرج على تشهير المازري في الالتزامات أصلاً، وكذا لم يذكره ابن عرفة ولا غيره، ولما نقل (ح) كلام المازري عند قول المصنف والإقالة بيع قال: والمسألة مذكورة في ابن عبد السلام وضيح وبهرام الكبير في فصل الصداق إشارة منه إلى أن الجماعة على خلاف تشهيره، وكذا المواق فإنه قال عند قول (خ): كان لا يبيع ما نصه الإقالة بيع فإن أقاله على أن لا يبيع فبينها وبين البيع على هذا الشرط فرق كالزوجة تضع مهرها على شرط أن لا يطلقها الخ. فلم يعرج على تشهير المازري الذي نقله البرزلي مع أنه كثيراً ما ينقل كلامه، بل اعتمد في ذلك نص الرواية ولأنهم قالوا كما للشيخ طفي وغيره: إذا اتفق قول سحنون وابن القاسم لا يعدل عنه فكيف إذا وافقهما قول الإمام؟ ذكر ذلك في باب الزكاة، وبما لمالك في سماع أشهب أفتى سيدي أحمد بن عبد الوهاب الشريف حسبما في نوازل العلمي، وما كان يخفى على مثله ولا على غيره تشهير المازري والله أعلم.

ـــ وَحَيْثُمَا شَرْطٌ عَلَى الطَّوْعِ جُعِلْ
فَالأَحْسَنُ الكَتْبِ بِعَقْدٍ مُسْتَقِلْ

(وحيثما شرط على الطوع جعل) لو قال وحيثما الثنيا لسلم من التدافع الذي بين شرط وطوع قاله (ت) (فالأحسن الكتب) لذلك الطوع (بعقد مستقل) عن رسم البيع قاله ابن مغيث، والذي مضى عليه العمل أن يكتب في عقد الطوع بالثنيا على انفراده لأنه أبعد من المظنة وإن وقع ذلك في عقد الابتياع أي قبل تقييد الإشهاد وبعد وصف البيع بأنه لا شرط فيه ولا ثنيا ولا خيار جاز ذلك اهـ. ونحوه في المتيطية وابن سلمون. ثم إذا كتب ذلك الطوع في عقد مستقل أو في آخر رسم الابتياع وادعى أحدهما أن ذلك إنما كان شرطاً مدخولاً عليه والآخر أنه طوع حقيقي.

ـــ وَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعٍ لِلطَّوْعِ
لا مُدَّعِيَ الشَّرْطِ بِنَفْسِ البَيْعِ

(فالقول قول مدع للطوع) بيمين وقيل بلا يمين للبينة التي قامت له وثالثها يحلف المتهم فقط (لا) قول (مدعي الشرط بنفس البيع) وأنهما دخلا على

الثنيا في أصل العقد. هذا قول ابن العطار قائلاً لأن الأصل في العقود الصحة، وفي طرر ابن عات عن المشاور إن القول لمدعي الشرطية فيحلف ويفسخ البيع لما جرى من عرف الناس قال: وبذلك الفتوى عندنا اهـ. ولذا اعترض الشارح هذا البيت على أبيه قائلاً: إن ابن العطار وقف مع قولهم أن القول لمدعي الصحة دون ما قيد من قولهم إلا حيث يغلب الفساد يعني وهذه المسألة مما يغلب فيها الفساد فيجب أن يكون القول فيها لمدعيه كما قال ابن الفخار اهـ. ومما يرجحه قول ابن فرحون في تبصرته إذا اختلف المتبايعان في صحة العقد وفساده فالقول لمدعي الصحة إلا أن يكون جل أهل ذلك البلد أن معاملتهم على المكروه والحرام فالقول قول مدعي ذلك مع يمينه لأن استفاضة ذلك وشهرته في البلد صار كالبينة القاطعة والشهادة التامة وعلى مدعي الحلال البينة اهـ. هو قول (خ) والقول لمدعي الصحة إلا أن يغلب الفساد اهـ. وظاهر هذا أن الخلاف جار ولو نص في الوثيقة أن البيع وقع دون شرط ولا ثنيا ولا خيار وهو كذلك كما في البرزلي، ونقله العلمي أيضاً. وفي المعيار سئل ابن رشد عما يكتب من الشروط على الطوع والعرف يقتضي شرطيتها فقال: إذا اقتضى العرف شرطيتها فهي محمولة على ذلك ولا ينظر لكتبها على الطوع لأن الكتاب يتساهلون فيها وهو خطأ ممن فعله. وأجاب ابن الحاج بأن الحكم للمكتوب لا للعرف اهـ. وعلى ما لابن رشد عول في اللامية حيث قال:

وشرط نكاح إن نزاع بطوعه
جرى مطلقاً فاعمل على الشرط واعدلا

ولا مفهوم لنكاح، وبهذا كله يعلم ما في قول المتيطية إنه إذا قال في الوثيقة: دون شرط ولا ثنيا ولا خيار فمحل اتفاق أن القول لمدعي الطوع الخ. بل الخلاف موجود كما ترى، وفي نوازل المجاصي أنه سئل عن هذه المسألة فأجاب: بأنه قد تكرر مني جواب بعد جواب غير مرة ولا أدري ما هذا، ورأيي فيها تابع لرأي بعض شيوخنا رحمهم الله، وأنه متى ثبت رسم الإقالة ولو بصورة التطوع فهو محمول على أنه شرط في نفس العقد، وقول المتيطي: ما لم يقل ولا ثنيا ولا خيار الخ. ذلك عرف وقته إذ لا تعرف عامة زمننا الثنيا بل يسمونه بيعاً وإقالة، والشهود يجرون المساطير من غير تحقيق لمعنى ما يكتبون اهـ. ونحوه في (م) و (ت) قالا: ويدل عليه أن البيع يقع بأقل من القيمة بكثير، فلولا أن البائع يعتقد أن ذلك بيد المشتري كالرهن ما رضي بذلك الثمن ولا بما يقرب منه اهـ.
قلت: كون البيع يقع بأقل من القيمة بكثير مما يدل على أنه رهن، وأنه شرط في صلب العقد كما يأتي لا على أنه شرط في العقد فقط، ويؤيد ما نحن بصدده من أن القول لمدعي العرف ما يأتي للناظم في اختلاف المتبايعين:

فالقول قول مدع للأصل
أو صحة في كل فعل فعل
ما لم يكن في ذاك عرف جار
على خلاف ذاك ذو استقرار

ويؤيده أيضاً ما مر عن ابن سلمون عند قوله في بيع الأصول: وجاز في الدار أن يستثنى الخ. أن المشتري إذا التزم أن لا يبيع حتى ينصف من الثمن فإن كان في صلب العقد فهو فاسد وإلاَّ صح فإن اختلفا في كونه في العقد أو بعده

فالقول لمدعي الشرط لأنه العرف اهـ. وظاهره ولو كتب على الطوع فهذا كله يدل على صحة اعتراض الشارح ومن تبعه على الناظم، ولذا قال ابن رحال في حاشيته ههنا ما قال يعني (م) كله صحيح، وعليه المعول في هذه المسائل ولا محيد عنه أصلاً فإنه موافق لكلام المحققين اهـ. ونحوه له في شرح المختصر.

قلت: هذا كله يؤيد ما مر في التنبيه الأول عند قوله: والبيع بالثنيا لفسخ داع الخ. لأنه إذا كان العرف يجب اتباعه في هذه، وإن خالفه المكتوب فكذلك في تلك يجب اتباعه، وإن كتبوا أنها بيع لأن العرف أنهم يتحيلون بكتب البيع على إسقاط الغلة كما مر، وذلك كله إذا كانت الإقالة شرطاً في صلب عقد البيع كما مر، وكذا يقال: إذا كتبت طوعاً بعد العقد وادعى البائع شرطيتها فيه وأنها رهن كتبت بصورة البيع تحيلاً لإسقاط الغلة أو الحيازة فإنه يصدق حيث ثبت العرف بالشرطية والارتهان كما مر، ففي البرزلي ما نصه في أحكام ابن حديد: إذا ادعى البائع أن البيع كان في أصله رهناً فالذي نقول به إن المبتاع إن كان من أهل العينة والعمل بمثل هذا وشبهه، فالقول قول البائع مع يمينه أنه رهن ولا يخفى أن الناس اليوم على ذلك العمل من كونهم لا يتورعون عن اكتساب الأشرية بمكان الارتهان كما هو مشاهد بالعيان.

وفي المعيار عن أبي يوسف الزغبي ما نص: الغرض منه أن بينة البيع هي المعمول بها إلا أن تقوم بينة أن عرف البلد في البيع الذي يقع الحوز فيه بالمعاينة على الرهن، ثم تقع الثنيا بعده أنه رهن في كل ما يقع من ذلك ولا يشذ عن ذلك شيء فحينئذ يحمل الأمر على الرهن اهـ. لكن قوله: ولا يشذ عن ذلك شيء الخ. فيه شيء بل كذلك إذا غلب ذلك لأن الحمل على الغالب واجب، وفي نوازل السجتاني بعد ما مر عنه عند قوله: لفسخ داع الخ. بأوراق أنه سئل عما يفعله أهل الجبال من ارتكابهم البيع الذي تعقبه الإقالة تحيلاً على إسقاط الغلة لو عقدوه بلفظ الرهن، وقصدهم في ذلك، إنما هو الرهن بهذا تقرر عرفهم فقال: حمل أمرهم على ما جرى به عرفهم واجب محتم في القضاء والفتوى لا مندوحة عن ذلك قال تعالى: خذ العفو وأمر بالعرف} (الأعراف:199) وإذا وجب حمل ما يعقدونه من الثنيا الطوعي على الرهن جرى في بيع ذلك على سائر بياعات الرهان من جواز بيعه بيد المرتهن بشرطه، والسكوت عنه السنين الطويلة لا يضر اهـ. فتبين بهذا أن المدار على العرف فإذا جرى بالرهنية فالعمل عليها كانت الثنيا شرطاً في العقد أو طوعاً بعده ويدل على الرهنية المذكورة كون البيع يقع بأقل من القيمة بكثير، وأنهم يبيعونه وهو بيد مشتريه ويقولون: وضع ملكه بيد فلان إلى غير ذلك مما مر عن السجستاني و (م) وكفى به دليلاً على الارتهان المذكور. وتقدم أن ابن رحال صحح جميع ما في (م).

تنبيه: ما تقدم من أن القول لمدعي الشرط والفساد محله إذا لم يكن قد أشهد في عقد الطواعية بإسقاط دعوى الفساد، وإلاَّ فلا يلتفت لدعواه ولو

أثبتها ببينة لأنه قد كذبها قاله في أواخر بيوع المعيار، وأشار له (خ) ومحله أيضاً والله أعلم إذا لم يبعد ما بين التطوع بها والبيع كالأربعة أشهر ونحوها، وإلاَّ فينبغي أن تحمل على التطوع حقيقة حيث كان الثمن هو قيمة المبيع أو ما يقرب منها. وانظر ما تقدم عند قوله في النكاح: ويفسد النكاح بالإمتاع في عقدته الخ.

فصل في بيع الفضولي

وهو الذي يبيع مال غيره بغير توكيل ولا إيصاء عليه. (وما يماثله) كهبة واستفادة الزوج مال زوجته وقسمة تركة المديان قبل أداء الدين.

ـــ وَحَاضِرٌ بِيعَ عَلَيْهِ مَالُهُ
بِمَجْلِسٍ فِيهِ السُّكُوتُ حَالُهُ

(وحاضر) ولو امرأة (بيع عليه ماله بمجلس فيه السكوت حاله) فلم ينكر ولم يغير وهو عالم بأنه ملكه ساكت بلا عذر، فإن كان له عذر فسيذكره. وقد اختلف في السكوت هل هو إذن وإقرار أم لا؟ وأظهر القولين إنه ليس بإذن ولا بإقرار إلا فيما يعلم بمستقر العادة أن أحداً لا يسكت عنه فيكون إذناً وإقراراً كما ذكره (ح) عن ابن رشد في باب الإقرار.

ـــ يَلزَمُ ذَا البَيْعُ وَإنْ أَقَرَّ مَنْ
بَاعَ لَهُ بِالْمَلِكِ أُعْطِيَ الثَّمَنْ

(يلزم ذا) فاعل يلزم (البيع) نعت له أو بدل، والجملة خبر عن قوله: وحاضر الخ. وسواء كان البائع أجنبياً أو شريكاً باع الجميع وانظر آخر الشفعة من ابن سلمون. وقولي: ولو امرأة أعني أجنبية أو زوجة أو أختاً للبائع، ولا مقال للأخت في أنها إنما لم تغير خشية قطيعة أخيها. قال أبو الحسن الصغير: وأما إذا باع الأخ نصيبه ونصيب أخته وعلمت به فالشأن أنهن يقمن على المشتري ولا يسكتن عنه، فيعد سكوتهن رضا إن لم يمنعهن مانع أي بخلاف استغلاله ملك أخته وهي ساكتة عالمة، فلها الرجوع بالغلة لأن عادة نساء البادية والحاضرة أن يطلبن ميراثهن من قرابتهن ولا يطلبن الغلة خوفاً من قطيعة رحمهن اهـ.m باختصار. وانظر الاستحقاق من المعيار فيمن بيع عليها حظها، وقال الشهود: ولا يعلمونها قامت عليه في شيء من ذلك أن قولهم ذلك لا يفيد لاحتمال أن تكون في دارها لا تتصرف، ولا نعلم حتى يقولوا إنها كانت ترى ذلك وتشاهده وتمر عليه ولا تنكره اهـ. فانظر ذلك فيه وراجعه فإن فيه كلاماً حسناً، وظاهر النظم أن الساكت المذكور لا يعذر بالجهل إذا ادعى أنه جهل لزوم البيع بسكوته وهو كذلك كما في التوضيح ونقله (ح) ولها نظائر ذكرها (تت) في باب الطلاق من شرحه على الرسالة، وذكرها في ضيح في النكاح، وسيأتي آخر الفصل ما يخالفه فانظره. وظاهره أيضاً أنه لا كلام للمشتري في حال العقد عن نفسه لانتقال عقدته، وفيه أقوال انظرها في المتيطية في ترجمة عهدة الوصي والوكيل (و) إذا لزم البيع للساكت المذكورة فـ(ـــإن أقر من باع) فاعل بأقر (له بالملك) يتعلقان بأقر (أعطي) المقر له (الثمن) مؤاخذة له بإقراره سواء أقر بالمجلس أو بعده بطول أو قرب قام المالك يطلب الثمن في الحين أو بعد سنين، إذ طول السنين لا يبطل حقه المقر له به.

وأشار إلى مفهوم قوله: وان أقر الخ فقال:

ـــ وإنْ يَكُنْ وَقْتَ المبِيعِ بائِعُهْ
لِنَفْسِهِ ادَّعَاهُ وَهْوَ سَامِعُهْ

(وإن يكن وقت المبيع) هو اسم مفعول بمعنى المصدر كقوله تعالى: بأيكم المفتون} (القلم:6) أي الفتنة. أي: وإن يكن وقت البيع. (بائعه) اسم يكن (لنفسه ادعاه) ولم يقرّ به للمالك بل قال: أنا أبيع ما لي وملكي (وهو) أي المالك (سامعه) حين كان يقول ذلك، ومع ذلك سكت فلم يغير ولم ينكر حتى انقضى المجلس، وتم البيع، فإن قام قبل السنة وأثبت أنه ملكه والبائع لا زال على إنكاره ولكنه لم يجد مطعناً فيما أثبته المالك فيقضي على البائع بدفع الثمن للمالك ولا ينقض البيع لأنه بسكوته لزمه، وأما إن قام بعد السنة من يوم البيع فهو قوله:

ـــ فما لَهُ إنْ قَامَ أيَّ حِينِ
في ثَمنٍ حَقّ وَلاَ مَثْمُونِ

(فما له إن قام أي حين) أي بعد حين وهو السنة (في ثمن حق ولا مثمون) هذا ما يفيده كلام ابن رشد المنقول في (ح) ونصه قال ابن رشد: إن كان حاضر الصفقة فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع وكان له الثمن، وإن سكت بعد انقضاء المجلس حتى مضى العام ونحوه استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه اهـ. زاد (ق) عنه في آخر الشهادات مع يمينه أنه انفرد به بالوجه الذي يذكره من ابتياع أو مقاسمة وما أشبه ذلك اهـ. ومعنى كلامه أنه كان ينكره، ولكن أثبت المالك بعد سكوته أنه ملكه ولم يجد البائع مطعناً فيه، ولكن ادعى أنه صار له بابتياع أو مقاسمة أو هبة ونحوه، فالبيع لازم بسكوته وله الثمن إن قام قبل السنة لا بعدها، وبه يسقط إشكال (ت) الذي أشار له في حاشيته على (ز) من أنه إذا كان البائع يدعي ملكه فلا وجه للتقييد بالسنة إذ القول قوله ولو داخلها لحوزه وتصرفه، وإن كان مقراً بأنه ملك لغيره فالثمن له ولو بعد سنين اهـ. جوابه هو ما تقدم من أنه كان ينكره لكنه لما اتصل سكوته من ابتداء البيع إلى تمام السنة تقوي جانب البائع وصدق في الوجه الذي يذكره، ولم تعتبر بينة المالك بخلاف ما إذا لم يتصل سكوته وقام بالفور، فلو أبدل الناظم أي: ببعد لكن أحسن.

ثم أشار إلى ما إذا لم يحضر للبيع فقال:

ـــ وَغَائِبٌ يَبْلُغهُ مَا عَمِلَهْ
وَقَامَ بَعْدَ مُدّةٍ لاَ شَيْءَ لَهْ

(وغائب) عن مجلس عقد البيع (يبلغه ما عمله) الفضولي في ماله من بيعه وادعائه لنفسه فلم يقم حينئذ (و) إنما (قام بعد انقضاء (مدة) الحيازة وأثبت ملكية ذلك وعجز الفضولي عن الطعن فيها فإنه (لا شيء له) أي المالك لا من ثمن ولا غيره لأن سكوته بعد العلم المدة الطويلة دليل على صدق البائع فيما يذكره من الوجه الذي صار به إليه كما مر. ومفهوم قوله بعد مدة إنه إذا قام قبلها كان له مقال وهو كذلك. قال ابن رشد إثر ما مر عنه: وإن لم يعلم بالبيع إلا بعد وقوعه فقام حين أعلم أخذ حقه وإن لم يقم إلا بعد العام ونحوه لم يكن له إلا الثمن وإن لم يقم حتى مضت مدة الحيازة لم يكن له شيء ويستحقه الحائز بما ادعاه بدليل حيازته إياه اهـ. بنقل

(ح) و (ق) وهكذا نقله أبو الحسن والمتيطي والبرزلي وغيرهم وسلموه، وقوله حين علم أي بفور علمه قبل مضي مدة تدل على رضاه بالبيع وإلاَّ فليس له الثمن، ولو قام قبل السنة على ما يأتي عن أحمد بن عبد الملك في البيت بعده وهو المعتمد،
وقوله: أخذ حقه الخ. يعني إن شاء فسخ البيع وإن شاء أمضاه وأخذ الثمن وهو قول (خ): ووقف ملك غيره على رضاه الخ. وانظر ما مراده بمدة الحيازة، والظاهر أن المراد بهما ما زاد على العام ونحوه زيادة لها بال تدل على صدق البائع وكذبه هو في دعواه لا أنها العشر سنين وإلاَّ حصل التدافع والتعارض في كلامه كما لا يخفى، لأنه إذا كان المراد بها العشر فلا معنى لتحديد كون الثمن له بالعام ونحوه.
ـــ وَغَيْرُ مَنْ فِي عُقْدَةِ الْبَيْعِ حَضَرْ
وبالمبيع بَائِعٌ لَهُ أَقَرْ (وغير من في عقدة البيع حضر) هذا مستغنى عنه لأنه هو قوله: وغائب الخ. وعليه فلو أسقط هذا البيت وقال بدله ما نصه:
إن بائع باع وملكه ذكر
وإن بملك بائع له أقر

وقام بالفور الخ. (وبالمبيع بائع له أقر) بأن قال: أبيع متاع فلان عند العقد أو بعده بقرب أو بعد وصدقه المشتري.
ـــ وَقَامَ بالْفَوْرِ فِذا التَّخْيَيرُ فِي
إمْضائِهِ البَيْعَ أَوِ الْفَسْخَ اقْتُفِي
(وقام) فلان (بالفور) أي بفور علمه (فذا) مبتدأ (التخيير) مبتدأ ثان (في إمضائه البيع أو الفسخ) بالجر عطفاً على إمضائه وأو بمعنى الواو والمجرور متعلق بالتخيير (اقتفي) خبر أي: فهذا الذي قام بالفور التخيير في الإمضاء والفسخ اقتفى له، وظاهره أن البيع جائز ولو علم المشتري بتعدي البائع وهو كذلك على أحد قولين مشهورين وعليه عول (خ) إذ قال: وملك غيره على رضاه ولو علم المشتري الخ. ابن عرفة قال المازري: لو علم المشتري بتعديه ففي إمضائه بإمضاء مستحقه قولان مشهوران، وينبغي حمله على أنهما دخلا على بت البيع مطلقاً وعدم تمكين مستحقة من فسخه، ولو دخلا على تمكينه من فسخه لم ينبغ أن يختلف في فساده اهـ. وعليه فبيع ملك الغير على ثلاثة أقسام: تارة يجهله المبتاع ولا يعلم بتعديه إلا بعد العقد فالبيع لازم للمشتري إن أمضاه ربه، وتارة يعلم المبتاع بتعديه فهو بيع خيار وإن دخلا على عدم تمكين ربه من رده، فالذي عول عليه (خ) هو أحد قولين مشهورين جوازه وهو خيار أيضاً، ولربه إمضاؤه أو فسخه. وكلام الناظم شامل لذلك كله فقوله: وقام بالفور يعني في الأقسام الثلاثة. قال ابن بطال: قال لي أحمد بن عبد الملك: والمراد به أبو عمر الإشبيلي المعروف بابن المكوي في الرجل الذي لم يحضر البيع إذا علم وسكت يوماً أو يومين أو ما قرب فإن له القيام ويفسخ البيع ما لم تكثر الأيام فيلزمه اهـ. وهذا هو المعتمد عند الناظم خلافاً لما لابن زرب من أن له القيام في السنة والسنتين من يوم العلم الخ. وانظر ابن سلمون في فصل بيع الحاضن، وانظر شارح نظم العمل للإمام الرباطي عند قول ناظمه في الصفقة والزم البيع ولا كلاماً الخ. ثم لا بد حيث علم المشتري بالتعدي

أن لا تبعد غيبة المالك وأن لا يشترط البائع على المشتري النقد حينئذ. وأن يكتبا إليه في القريبة وإلا فسد البيع كما مر في الخيار، وهذا والله أعلم هو معنى قول ابن عرفة: ولو دخلا على تمكين المالك من فسخ البيع لم ينبغ أن يختلف في فساد البيع أي لأنه حينئذ بيع خيار بمشورة بعيد أو بشرط النقد أو لمدة مجهولة حيث لم يدخلا على الكتابة إليه في القريبة، وكل ذلك موجب للفساد وفيه مخالفة حينئذ لما مر عن ابن بطال الذي درج عليه الناظم لأنّ ظاهره أن البيع لازم إذا كثرت الأيام، ولو علم المشتري بتعديه لكن ما لابن عرفة هو الذي عليه قولها في الخيار إذا دخلا على الخيار ولم يضربا له أجلاً فإنه يضرب له من الأجل ما يليق بتلك السلعة اهـ. فمفهومه أنه إذا غفلا ولم يضربا لها ما يليق بها كان البيع فاسداً كما مر، وهنا حيث علم المشتري بالتعدي دخلا على خيار المالك وغفلا عن ضرب ما يليق بالمبيع فتأمله. وأما إذا لم يعلم المشتري بالتعدي حين العقد بل بعده أو دخلا على عدم تمكين المالك من فسخه فالشراء لازم له في القريبة ويكتب لمالك كما قاله أبو الحسن، وفي البعيدة: لا يلزمه. وله أن يحل عن نفسه لما يلحقه بسبب الصبر من الضرر كما قاله اللخمي وغيره قال في المتيطية: فإن لم يعلم المشتري حتى قدم الغائب فأمضى البيع فهو ماض ولا مقال للمشتري اهـ.

قلت: ويبقى النظر إذا علم المشتري والغائب البعيد الغيبة ورضي المشتري بالصبر لقدومه فظاهر كلامهم أن البيع صحيح ولو طالت الغيبة أكثر من زمن الخيار في تلك السلعة فتأمله. ولكن ظاهر ما تقدم عن أبي الحسن في الخيار أن البيع يفسد فانظره. وقولي: وصدقه المشتري احترازاً مما إذا أكذبه فإنه لا يمضي قوله عليه كما قال (خ) في الإجارة لا بإقرار المالك أي: لا تنفسخ الإجارة عقدها بإقرار مالك الدابة أو الدار أنهما لغيره والبيع كذلك لا يقبل فيه قول البائع إن المبيع لغيره إلا إذا أقام الغير بينة أنه له فيثبت له الخيار حينئذ وإلاّ فليس له إلا الثمن أو الأجرة.
تنبيه: حيث نقض المالك بيع الفضولي فللمشتري الغلة في جميع الأحوال لأن الضمان منه إلا إذا علم بالتعدي حين العقد، ولم تكن للبائع شبهة من كونه من ناحية المالك أو يتعاطى أموره ونحو ذلك كما في شراح (خ).
ثم أشار إلى مفهوم وقام بالفور فقال:
ـــ وإنْ يَقُمْ مِنْ بَعْدِ أنْ مَضى زَمَنْ
فالبَيْعُ مَاضٍ وَلَهُ أَخْذُ الثَّمَنْ
(وإن) لم (يقم) بالفور وإنما قام (من بعد أن مضى زمن) زاد على الخمسة أيام والستة على ما يظهر من النص السابق (فالبيع ماض وله) أي للمالك (أخذ الثمن) منه لأنه أقر بأنه لا يستحقه ولا يسقطه عنه سكوت المالك ولو طال الزمان كما مرّ أول البيوع. ثم أشار إلى محل لزوم البيع في حق الحاضر والغائب فيما تقدم إذا سكت لغير عذر فقال:
ـــ إنْ كَانَ عَالِماً بِفَعْلِ البَائِعِ
وَسَاكِتاً لغيرِ عُذْرٍ مَانِعِ

(إن كان) المبيع عليه ماله الحاضر أو الغائب (عالماً) حين العقد في الحاضر أو بعده في الغائب (بفعل البائع وساكتاً) حتى انقضى المجلس في الحاضر أو حتى مضت مدة تدل على رضاه في الغائب (من غير عذر مانع) له من التغيير والإنكار، ومفهومه أنه إن لم يعلم بفعل البائع أو علم وسكت لعذر من سطوة البائع أو كان ذلك في بلاد السائبة ونحو ذلك فله القيام وهو كذلك إذا أشهد العدول بأنه غير راض بما فعله البائع وقام بفور زوال العذر والله أعلم.

ـــ وحاضِرٌ لِوَاهِبٍ مِنْ مَالِهِ
وَلَمْ يُغَيِّرْ مَا رَأى مِن حَالِهِ

(و) مالك (حاضر لواهب) فضولي (من ماله) شيئاً كدار أو دابة ونحوهما (ولم يغير ما رأى من حاله) أي حال الواهب ولم ينكره بل هو عالم ساكت بلا عذر.

ـــ الحُكْمُ مَنْعُهُ القِيَامَ بِانْقِضَا
مَجْلِسِهِ إذْ صَمْتُهُ عَيْنُ الرِّضَا

(الحكم منعه القيام) في نقض تلك الهبة وفسخها (بانقضا مجلسه) أي العقد (إذ صمته) وسكوته حتى انقضى المجلس (عين الرضا) بعقد الهبة في ماله وظاهره سواء وهبه الفضولي وهو يدعيه لنفسه أو يدعيه للمالك، وهو كذلك ولا شيء له عليه من قيمة الموهوب ولا غيرها.

ـــ وَالْعِتْقُ مُطْلقاً عَلى السَّوَاءِ
معْ هِبَةٍ وَالْوَطْءِ للإمَاءِ

(والعتق) أي عتق الفضولي لرقيق الغير والمالك حاضر ساكت بلا عذر (مطلقاً) ناجزاً كان أو لأجل أو تدبير أو كتابة (على السواء مع هبة) في اللزوم (والوطء للإماء) كذلك مسقط الحق المالك فيهن حيث كان الواطىء يدعي الملكية للموطوءة، وأن سيدها كان وهبها له أو اشتراها منه ونحو ذلك وسيدها حاضر ساكت بلا عذر ولم يغير ولم ينكر، ثم قام ينازع فلا حق له، وإن قصرت المدة وأثبت الملكية. وأما إذا كان الواطىء لا يدعي شيئاً من ذلك فهو زانٍ وسكوت المالك لا يسقط الحد عنه، ومفهوم قوله: حاضر إنه إذا لم يحضر مجلس عقد الهبة أو العتق أو الوطء ولكن بلغه ذلك فإن قام بفور علمه كاليوم واليومين فله الفسخ والإمضاء وإلا لزمه ذلك كما مر في البيع إلا أنه هنا لا شيء له، لأنه فوته بغير عوض. قال ابن رشد في كتاب الاستحقاق من بيانه إثر ما مر عنه: وأما إذا فوته أي الفضولي بالصدقة أو الهبة أو التدبير أو العتق فإن كان حاضراً فسكت حتى انقضى المجلس لم يكن له شيء، وإن لم يكن حاضراً فقام حين علم كان على حقه، وإن لم يقم إلا بعد العام ونحوه كان القول قول الحائز ولم يكن له هو شيء، وأما إذا فوته بالكتابة فيتخرج ذلك على الاختلاف فيها هل تحمل محمل البيع أو العتق. وكذا إذا حاز الكل بالوطء فهي حيازة، وإن لم تطل المدة اهـ باختصار. وقولي: حين علم الخ. يجري فيه من البحث ما تقدم عند قوله: يبلغه ما عمله الخ. وما ذكره الناظم في الوطء سيأتي له مثله في الحوز حيث قال:

والوطء للإماء باتفاق
مع علمه حوز على الإطلاق

وما تقدم عن ابن رشد هو الذي اقتصر عليه أبو الحسن والبرزلي وغيرهما وهو الموافق للنظم دون ما لمطرف من أنه إذا كان حاضراً حتى انقضى المجلس وقام بحدثانه فإنه يرجع على حقه ويرد ما وقع فيه من بيع ونحوه الخ. فإنه لا يوافق النظم ولا يتنزل عليه، بل قال الرجراجي في منهاجه على قول مطرف ما نصه: لا يخلو إما أن يبادروا بالإنكار حين علمهم أو يتراخوا عنه فإن بادروا في الحال فلهم رد البيع والعتق والصدقة، وإن لم يبادروا بالإنكار في الحال إلا أنهم قاموا بالقرب فلهم الثمن في البيع والقيمة في الإيلاد والعتق بعد أن يحلفوا أنهم ما سوغوه ذلك ولا تركوه ليأخذوا الثمن والقيمة ويردون الهبة والصدقة والإصداق بعد أيمانهم أنهم ما تراخوا عن القيام بنفس العلم إلا للتدبير والتمري في إقامة الحجة وهذا تفسير ما وقع لمطرف في الواضحة فإن تراخوا عن الإنكار مدة طويلة يفهم منها إسقاط الحجة وتسليم الشيء لحائزه وتسويغ فعله فلا خلاف أعلمه في المذهب أن ذلك يدل على مالك الحائز اهـ. فأين هذا من كلام الناظم حتى يشرح به؟
تنبيه: إذا فوت الكل فلا إشكال أن حكمه ما مر للناظم، وإن فوت الأكثر فالأقل تابع له على قول ابن القاسم، وقيل: لا يكون تبعاً وهو ظاهر سماع سحنون وإن فوت الأقل فقيل: لا يكون تبعاً وإن فوت النصف وما قاربه فلا يكون أحدهما تبعاً للآخر بلا خلاف قاله ابن رشد، وهذا الذي ذكره إنما هو فيما إذا كان يدعيه لنفسه لأن الشيء الباقي بلا تفويت يبقى حينئذ للحائز البائع والواهب ولا تسمع دعوى القائم فيه، وأما إن كان يقر به للمالك، فلا يكون شيء من ذاك تبعاً بل الباقي يبقى للمالك والله أعلم.
ـــ وَالزَّوْجَةُ اسْتَفَادَ زَوْجٌ مَا لهَا
وَسَكَتَتْ عَنْ طَلَبٍ لِمَا لهَا

(والزوجة استفاد زوج ما لها) فاستغل حائطها أو حرث أرضها أو تولى كراء رباعها للغير وقبض أكريتها أو قبض لها ديوناً أو أثمان المبيعات (وسكتت عن طلب لما) استقر (لها) في ذلك كله أو في شيء منه فلم تغير ولم تنكر حتى مضى زمان، ثم أرادت أن تقوم عليه.
ـــ لهَا القِيَامُ بَعْدُ في المَنْصُوصِ
وَالخُلْفُ في السُّكْنَى عَلَى الْخُصُوصِ
(لها القيام بعد) سكوتها ولو طال (فِي المنصوص) لمالك من رواية أشهب وابن نافع قال بعضهم: ولم يختلف قول مالك في ذلك قاله في كتاب الشروط من أنكحة المتيطية قال: وكذلك إذا أنفقت عليه من مالها ثم طلبته بذلك أن ذلك لها وإن كان عديماً في حال النفقة بعد يمينها أنها لم تنفق عليه ولا تركته يأكل مالها إلا لترجع عليه اهـ. وفي فصل المتعة أوائل النكاح من ابن سلمون ما نصه: فإن استغل الزوج مال زوجته وازدرعه وانتفع به وهي تحته من غير متعة، ثم قامت تطلبه بالكراء كان ذلك لها، وإن ازدرعه بأمرها وأكله ولا يعلم هل كان عن طيب نفس منها أم لا. ثم طلبته بالكراء كان لها ذلك بعد يمينها أنها لم تهب ذلك ولا خرجت عنه، وسئل بعضهم عن المرأة تعطي زوجها طعاماً أو ذهباً أو ثياباً عن طيب نفس منها إلى أعوام ثم يقع بينهما كلام فتطلب ذلك وتزعم أنه كان سلفاً فقال: القول قولها مع يمينها ولها أخذ ذلك اهـ.
قلت: ما في النظم ظاهر إذا لم يدع أنه كان يدفع لها غلتها وما قبضه من أكرية أراضيها وأثمان ما باعه لها وإلا فإن ادعى هو أو ورثته أن موروثهم دفع ذلك

قبل موته فيجري على ما تقدم في قوله في الوكالة:
والزوج للزوجة كالموكل
فيما من القبض لما باعت يلي

فراجع ذلك هناك، ومحله أيضاً إذا لم تكن بينهما مودة ورحمة وقامت بالقرب وإلاَّ فهو محمول على الصلة والمعروف فلا قيام لها، ففي أقضية البرزلي سئل ابن رشد عمن استغل ربع زوجته ثم قامت تطلب ما استغل لها من تركته؟ فأجاب: إن علم أنه كان يستغل ذلك على سبيل الصلة والمعروف فلا شيء لها، وإن علم استغلاله لذلك ولم يعلم هل كان يصرف ذلك في منافعه أو منافعها؟ فالقول قولها مع يمينها فيما قرب من المدة أنه لم يدفع ذلك ويكون ذلك لها في ماله اهـ. فأنت تراه قيد ذلك بما إذا لم يكن ذلك على وجه الصلة. ومما إذا قامت بالقرب، وبمثله أجاب أبو القاسم عبد الرحمن التازغددي حسبما في الكراس الثالث من معاوضات المعيار قائلاً: إن كان الزوج ممن يسطو عليها ويقهرها فتأخذ جميع ما أكل لها على هذه الصفة وإن كان بينهما من المودة والرحمة ما جرت العادة به بين الزوجين فيكون ما أكله من مالها وفوته بعلمها وعلى عينها ساقط عنه إلا أن يبيع بالثمن الكثير الذي له خطر وتدعي أنها لم تترك ذلك إلا على وجه الأمانة فتحلف على ذلك وتستحقه اهـ. وهو صريح في أنه إذا كانت بينهما مودة لا شيء لها فتأمله مع ما مر عن ابن سلمون، وكل ما لا يطلب إلا عند الشنآن والخصام فهو محمول على الصلة كما في ظني أني وقفت عليه كذلك، ولم أذكر الآن محله، ثم بعد كتبي هذا وقفت عليه نصاً للخمي ونقلته في باب العارية، وانظر ما تقدم عن المعيار في آخر فصل ما تهديه الزوجة لزوجها بعد العقد ولا يخفى أن عادة البوادي أن ذلك للصلة والقضاء بما به العادة واجب كما مرّ في الثنيا، وعليه فما يقع بينهم من النزاع عند الشنآن في رعاية ماشية الزوجة فيطلبها الزوج بأجرة رعايته، وتطلبه هي بما أكل من لبنها وباعه من صوفها وكراء حرثه على بقرها لا يقضي لأحدهما على الآخر بشيء لأن ذلك كله كان على وجه الصلة على ما تقررت به عوائدهم وما يوجد من فتاوى المتأخرين من أنها تحاسبه بالغلة ويحاسبها هو

بالرعاية ومن له فضل أخذه إنما هو إذا علم تسوره عليها وقهره لها ولم تعلم مودة بينهما كما ترى، ولا سيما وقد تقدم أن السكوت ليس بإذن ولا رضا إلا فيما علم بمستقر العادة أن أحداً لا يسكت عنه إلا برضاه والله أعلم. ثم لا خصوصية للزوجة بهذا المعنى بل غيرها مما علم أنه للصلة كذلك وتذكر قول (خ) في النفقات: إلا لصلة الخ. وفي الاستحقاق من العلمي عن الونشريسي أن لورثة الزوجة طلب الزوج بما اغتله من مال زوجته وله استحلافهم إن ادعى عليهم إذنها بأكله بغير عوض وهي من دعوى يمين المعروف ومعروف المذهب توجيهها، وكذا يرجع على بعض الورثة إن استبد باغتلال موروثهم ما لم يكن سكوتهم عنه على وجه الهبة اهـ.
وفي المعيار إثر ما مر عنه بنحو الورقتين عن أبي عبد الله محمد بن عبد الكريم الأغصاوي أنه سئل عن رجل له ابن بالغ متزوج بائن عنه، فكان الابن يحرث أرضاً لوالده ويستغلها لنفسه بمحضر والده وعلمه، وربما حرثها ببقر

والده ثم مات الأب والابن فقام وورثة الأب على ورثة الابن يطلبونهم بغلة الأرض المذكورة، ولا يدري بما استغلها الابن هل بإذن والده أم لا؟ فأجاب: لا شيء لورثة الأب على ورثة الإبن من الغلة التي استغل في حياة أبيه اهـ.
وانظر شارح نظم العمل عند قوله:
وخدمة النساء في البوادي الخ. ففيه أن المرأة لا أجرة لها على زوجها فيما جرت العادة بخدمتها من نسج وغزل ورعاية ونحو ذلك والله أعلم. وانظر نوازل الغصب والتعدي من العلمي إن شئت، وانظر أيضاً ما يأتي في الإجارة عن العبدوسي.

(والخلف) في استغلاله (بالسكنى) معها في دارها (على الخصوص) ففي كتاب العدة منها أن لها الكراء إن كان الزوج معسراً حين السكنى معها وإلاَّ فلا شيء عليه. وفي كتاب كراء الدور منها لا كراء لها عليه، وإن كانت تسكن بالكراء إلا إن تبين له ذلك وعليه عول (خ) إذ قال: وإن تزوج ذات بيت وإن بكراً فلا كراء إلا أن تبين الخ. وهذا إذا كانت رشيدة وإلاَّ فلها الكراء، وظاهر القول بالسقوط الذي عول عليه (خ) أنه لا كراء حيث لم تبين ولو كانت العادة جارية بأن لا يسكن في دارها إلا بالكراء وهو ما عليه ابن لب كما في المعيار قائلاً: لأن القائل بالسقوط أطلق وما فصل ولا قيد وفيما قاله شيء لقول القرافي: الأحكام مبنية على العوائد تدور معها حيث دارت بإجماع. انظر شرحنا للشامل، ومثل دارها دار أمها أو أبيها وأما دار أخيها أو عمها فإن طالت المدة فلا شيء لهما عليه، وإذا قصرت المدة حلفا أنهما إنما أسكناه بالأجر قاله اللخمي.

ـــ كَذَاكَ مَا اسْتَغَلَّهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ
مُتِّعَ إنْ مَاتَ كَمثْلِ مَا سَكَنْ

(كذاك ما استغله) الزوج (من غير أن متع) أي من غير أن تبيح له ذلك الاستغلال وتسقط رجوعها به عليه نصاً أو عادة وهي رشيدة فالحكم فيه (إن مات) الزوج فما من قوله ما استغله مبتدأ صلته ما بعده وخبره (كمثل ما سكن) وقوله.

ـــ فِيهِ خِلافٌ وَالَّذِي بِهِ الْعَمَلْ
فِي المَوْتِ أَخْذُهَا كِرَاءَ مَا اسْتَغَلْ

(فيه خلاف) مبتدأ وخبر.
وقوله: كذاك حال منه أي ما استغله من غير تمتيع إن مات الزوج كائن كمثل ما سكن فيه خلاف حال كونه كالخلاف في السكنى، فعلى ما في المدونة في كتاب العدة لها ذلك، وعلى ما في كتاب كراء الدور لا شيء لها. هكذا أجرى بعضهم الخلاف فيه كما في المتيطية، وحكاية الخلاف ههنا توجب جريانه في قوله لها القيام بعد في المنصوص إذ لا فرق بين ما هنا وما هناك إلا كون الزوج قد مات هنا وهناك لا زال حياً، وليست حياته موجبة اختصاصه بحكم لا يثبت له في موته لأن وارثه قائم مقامه فكأنه حي، فلو استغنى الناظم بما مر عما هنا لكفاه. (والذي به العمل في الموت أخذها كراء ما استغل) وحاصله؛ أن قول مالك لم يختلف في رجوعها بما أكله من مالها كما مر عن المتيطية، لكن خرج

الخلاف فيه من اختلاف قوله في السكنى كان حياً أو ميتاً، ويقيد هذا العمل بما تقدم عن ابن رشد وغيره والله أعلم. ومفهوم قوله: من غير أن متع أنها إن متعته بذلك لا رجوع لها وهو كذلك، إلا أن التمتيع إذا كان في عقد النكاح فإن النكاح فاسد كما مرّ.

فرع: قال في الباب الخامس والعشرين من التبصرة: إذا بنى الرجل في دار امرأته وأنفق في ذلك نفقة ثم قام يطلب ذلك وقالت هي: إن النفقة كانت من مالي، فإن أقر أن البناء لها كان القول قولها مع يمينها على الأظهر من الأقوال، وإن قال: إنما بنيت لنفسي بأمرها وبمالي فالقول قوله إن النفقة من ماله من غير خلاف اهـ.

ـــ وَحَاضِرٌ لِقَسْمٍ مَتْرُوكٍ لَهُ
عَلَيْهِ دَيْنٌ لَمْ يَكُنْ أَهْمَلَهُ

(وحاضر) عالم بدينه ساكت بلا عذر (لقسم) مال (متروك) عن ميت (له) أي لذلك الحاضر (عليه) أي على الميت الذي ترك المال (دين لم يكن أهمله) أي أسقطه بوجه.

ـــ لا يُمْنَعُ الْقِيَامَ بَعْدَ أَنْ بَقِي
لِلْقَسْم قَدْرُ دَيْنِهِ المُحَقَّقِ

(لا يمنع) بالبناء للمفعول (القيام) بدينه (بعد) صدور ذلك القسم (إن بقي للقسم) أي لأجل القسم في المستقبل (قدر دينه المحقق) لأنه يقول: إنما سكت لكون الباقي بلا قسم فيه وفاه بديني.

ـــ وَيَقْتَضِي مِنْ ذَاكَ حَقًّا مَلَكَهْ
بَعْدَ الْيَمِينِ أَنَّهُ مَا تَرَكَهْ

(ويقتضي من ذاك) الباقي بلا قسم (حقاً) أي ديناً (ملكه) وثبت له (بعد اليمين) يتعلق بيقتضي أي يقتضي حقه من ذلك الباقي بعد حلفه (أنه ما تركه) ولا أسقطه بسكوته حال القسم، ثم بعد هذه اليمين يحلف يمين القضاء فعليه يمينان. الأولى لرفع احتمال أن يكون أسقط دينه بسكوته حال القسم، والثانية لرفع احتمال أن يكون اقتضى حقه من الميت في حياته أو أحاله به ونحو ذلك، ومفهوم إن بقي قدر ديته أنه إن بقي أقل فإنه لا يأخذ إلا ذلك الأقل بعد يمينه أيضاً وأنه إن لم يبق شيء فلا شيء له، وظاهره وسواء قسم ذلك الغرماء أو الورثة وهو كذلك ولا مفهوم لدين بل كذلك لو كانت له عنده وديعة ونحوها، أو كان شريكاً معه في دار ونحوها فقسمها الورثة أو الغرماء أو باعوها وهو حاضر ينظر فلا قيام له، بل ذكر في المدونة أن رب الدين إذا حضر تفليس الغريم فلم يقم بطل حقه، وإن لم يحضر القسمة قال فيها: ومن كان من الغرماء حاضراً عالماً بتفليسه فلم يقم مع من قام فلا رجوع له على الغرماء، وذلك رضا منه ببقاء دينه في ذمة الغريم، ابن يونس، قال بعض الفقهاء: اختلف ابن القاسم وغيره إذا كانوا حضوراً حال التفليس ولم يحضروا حال القسمة، فأما إن حضروا حال القسمة وسكتوا فلا رجوع لهم على الغرماء بلا خلاف، وقولي: عالماً بدينه احترازاً مما إذا قال ما علمت بالدين إلا حين وجدت الوثيقة فإنه يحلف ويكون له القيام اتفاقاً فقد قال ابن حارث: اتفقوا على أن من أخذ من رجل مالاً يجب له بقضاء أو بغير قضاء ثم ثبت الحقيقة فإنه يرد ما أخذه اهـ. بل في (ح) أوائل الاستحقاق: أن من اشترى شيئاً وهو يرى أن لا بينة له

ثم وجد بينته فله القيام وأخذ الثمن من البائع، والقول قوله إنه إنما اشتراه لما ذكر اهـ. قال ابن رحال: وأحرى لو اشتراه وهو غير عالم أنه له اهـ. وقولي: بلا عذر احترازاً مما إذا كان له عذر كسلطان يتمنعون به أو لم يعرف شهوده أو كانوا غيباً أو لم يجد ذكر حقه إلا عند قيامه ونحو ذلك مما يعذر به فإنه يحلف ما كان تركه القيام إلا للوجه الذي ذكره، ثم يكون على حقه وإن طال زمانه قاله في التبصرة.
وقوله: أو لم يجد ذكر حقه الخ. نحوه لابن سلمون في فصل الإقرار وهو صريح في أنه لو قال: كنت أعلم ديني ولكن كنت أنتظر الوثيقة وخفت إن قمت عجزني القاضي، أو قال: لم أجد الوثيقة التي نقوم بها فلذلك سكت حين القسم، والآن وجدتها لكان ذلك من العذر الذي لا يبطل به حقه، وهو الذي رجحه الونشريسي في شرح ابن الحاجب، ونقله العلمي في الاستحقاق والغصب من نوازله، ورجحه أيضاً الرهوني في حاشيته فما في (ح) عن الجزولي والشيخ يوسف بن عمر من أن ذلك ليس بعذر لا يعول عليه كما يأتي ذلك إن شاء الله في فصل الحوز.
فإن قلت: قد قال (خ) في باب الصلح: لا إن علم بينة ولم يشهد الخ. والجاري عليه أنه لا يعذر بقوله: إنما لم أقم لعدم وجودي للوثيقة أو لكون الشهود غيباً لعدم إشهاده بذلك.
قلنا: قد يفرق بينهما بأنه في الصلح وجد منه عقد فلا يصدق في ذلك مع عدم الإشهاد، وهذا إنما وجد منه سكوت وهو ليس برضا كما اقتصر عليه ابن رشد، وإنما الخلاف هل هو إذن أم لا؟ وأظهر القولين إنه ليس بإذن إلا فيما علم بمستقر العادة أن أحداً لا يسكت عنه إلا برضا كما في بيع الفضولي وهبته قاله ابن رشد أيضاً، ونقل (ح) بعضه في باب الإقرار فالساكت أضعف من العاقد للصلح والله أعلم.

تنبيهان. الأول: قال في نوازل الاستحقاق من المعيار: سئل ابن الفخار عن إخوة ورثوا عن أبيهم أملاكاً فاعتمروها زماناً واقتسموها فيما بينهم، ولهم أخوات في بيوتهن ساكنات معهم في القرية أو في قرية بائنة بالقرب منهم، ثم يقوم الأخوات على الإخوة بعد القسمة ويحتج الإخوة عليهن بالقسمة ويدعين الجهل وأنهن لم يعلمن أن القسم يقطع حقوقهن. فأجاب: بأنهن يحلفن على ذلك ويأخذن حقوقهن اهـ.
قلت: هذا مخالف لما مر أول الفصل من أن الساكت لا يعذر بجهله، وأن السكوت يقطع حقه، وما لابن الفخار كأنه اعتمد فيه أن من ادعى الجهل فيما يجهله أبناء جنسه صدق، ونحوه لأبي الحسن ونقله عنه في وصايا المعيار في بكر تصدقت بميراثها على إخوتها فتزوجت، واقتسم الأخوة ذلك وباعوا وبعد عشر سنين قامت زاعمة أنها إنما سكتت لجهلها بأن البكر المهملة لا تلزمها صدقتها فقال: القول قولها لأن ما ادعت الجهل فيه مما يجهله العوام غالباً ولا يعرفه إلا أهل الفقه، وقاعدتهم أن من ادعى الجهل فيما يجهله أبناء جنسه غالباً فالقول قوله في جهله والنصوص في ذلك كثيرة اهـ. ومثله في البرزلي في مواضع من ديوانه، فانظره بعد الكلام على بعث الحكمين بأوراق، ولكن لما نقل في المعيار ما مر عن أبي الحسن قال منكتاً عليه ما نصه، قال ابن رشد:

الأصل في هذا أن كل ما يتعلق به حق الغير لا يعذر الجاهل فيه بجهله، وما لا يتعلق به حق الغير فإن كان مما يسعه ترك تعلمه عذر بجهله وإن كان مما لا يسعه ترك تعلمه لم يعذر بجهله، فهذه جملة كافية يرد إليها ما شذ عنها اهـ. قال: فتأمله مع ضابط الشيخ يعني أبا الحسن اهـ. وقد أشار في المنهج إلى هذه القاعدة وصدر بما لابن رشد فانظره وقد قال المقري في قواعده: الجهل بالسبب عذر كتمكين المعتقة جاهلة بالعتق وبالحكم قولان للمالكية كتمكينها جاهلة أن لها الخيار، والصحيح أن الفرق بين ما لا يخفى غالباً كالزنا والسرقة وما قد يخفى مثل تمكينها بأن لها

الخيار اهـ. وقد جرى على هذا التصحيح (خ) في قوله في العيوب: وخير مشتر ظنه غيرهما، وبالجملة فالجهل بالسبب عذر اتفاقاً، والجهل بالحكم غير مؤثر على المشهور كتمكينها جاهلة أن لها الخيار وكإسقاط الشفعة جاهلاً بالبيع عالماً وجوبها، والصحيح الفرق بين ما لا يخفى كجهل الحكم في الزنا والشرب والسرقة وبين ما قد يخفى كجهل المعتقة أن لها الخيار، ولذلك علل ابن العطار المشهور بما إذا اشتهر ثبوت الخيار لها بحيث لا يخفى على أمة وأما إن أمكن جهلها فلا اهـ. قال في ضيح: الأقرب بأن قول ابن العطار تقييد وظاهر ابن الحاجب وغيره أنه مقابل اهـ. وقد جرى على هذا التقييد والتصحيح شراح المتن عند قوله في الشهادات: وليجب عن القصاص العبد، وعن الأرش السيد، وعند قوله: وليبين الحاكم حكمه. وجرى عليه (ح) في الوكالة حيث نقل عن الرعيني أن العامي إذا أنكر أصل المعاملة لا يضره، وأهل التوثيق قاطبة على خلافة وقد أطلقوا وما فصلوا ولا قيدوا، وكذا ما ذكره ابن عبد السلام من أن الشاهد إذا شهد وحلف لا تسقط شهادته وهو خلاف إطلاق (خ) وغيره. انظر العمري من شرح الشامل، وانظر ما ذكره شراح المتن في الراهن لا يقضى عليه بالتعجيل إذا وهب الرهن ظاناً أنه لا يقضى عليه بفكه عند قوله في الهبة ورهناً لم يقبض، ومنها ما قالوه فيمن اشترى شقصاً جاهلاً بأن شريك بائعه متحد مدخله مع بائعه فهو عيب يرد به كما نقلناه في الصفقة من اللامية إلى غير ذلك مما يدخل تحت القاعدة، وقد وقع النزاع في النازلة وقت ولايتنا خطة القضاء بفاس، فكتبت في النازلة ما يعلم بالوقوف عليه في نوازل الحجر من نوازلنا والله أعلم.

الثاني: كثيراً ما يقع في البوادي يقسم الإخوة ونحوهم وتعلم الأخت ونحوها أن حظها خرج مع شقيقها مثلاً وهي ساكتة ثم يبيع الأخ الكل أو البعض، ثم تقوم الأخت وتريد نقض القسمة لأنها لم ترض فلا كلام لها على ما مر عن ضيح وغيره، ولها ذلك على ما لابن الفخار إن جهلت أن السكوت يقطع حقها.

فصل في بيع المضغوط

وهو من أكره على البيع أو على سببه قال في القاموس: الضغطة بالضم الضيق والإكراه والشدة، (وما أشبهه) من بيع المغصوب منه للشيء المغصوب.

ـــ وَمَنْ يَبِعْ فِي غَيْرِ حَقَ شَرْعِي
بالْقَهْرِ مَا لاَ تَحْتَ ضَغْطٍ مَرْعِي

(ومن يبع في غير حق شرعي بالقهر) متعلق بقوله يبع (ما لا) مفعول كان ذلك المال أصلاً أو غيره (تحت ضغط) أي ضيق وشدة (مرعي) أي معتبر بأن يكون كما في (خ) بخوف مؤلم من قتل أو ضرب أو سجن أو قيد أو صفع لذي مروءة بملأ أو قتل ولده أو أخذ ماله، وهل إن كثر تردد اهـ.؟ فإذا خاف نزول شيء به من هذه الأمور حالاً أو مآلاً فباع، وأحرى لو نزل به بعضها بالفعل فإن بيعه غير لازم لعدم تكليفه لأنه مكره والمكره غير مكلف. قال الشارح: والإهانة الملزمة لمن لا تليق به إكراه قال في نوازل الكفالة من البرزلي في قوم تضامنوا لعداوة كانت بينهم: إن ما ذهب لأحدهم ضمنه الآخران الكفالة غير لازمة لوجود الإكراه بالخوف من رجوع العداوة، وسواء استمر التخويف بما تقدم حتى وقع عقد البيع أو لم يستمر بل وقع الإكراه على نفس البيع أو على سببه، ثم تراخى البيع إلى نحو الشهر والشهرين مثلاً كما قاله ولد الناظم، وهو المعتمد خلافاً لما لابن لب من أنه لا ضغط حيث تأخر العقد عنه واحترز بقوله: مرعي مما بيع حياء أو رغبة أو على مال تافه، وأما الخوف على أجنبي فصصح ابن بشير قول أشهب: بأنه لا إكراه، وقال ابن بزيزة: إنه المشهور وأحرى خوفه على قتل أبيه أو عمه، بل صرح ابن فرحون بأن المعرة إكراه ولا يخفى أن قتل الأجنبي عند المؤمن أعظم من صفع قفاه ومفهوم قوله في غير حق شرعي: إن ما إكراه على بيعه لحق شرعي ليس بأكراه كقضاء دين أو لتوسيع مسجد ونحوهما من النظائر التي ذكرها الشارح عند قول (خ): لا إن أجبر عليه جبراً حراماً الخ. وانظر الباب الثاني من التبصرة و (ح) أول الغصب وسائر الشروح عند قوله: ولو عين السرقة أو أخرج القتيل.

ـــ فَالْبَيْعُ إنْ وَقَعَ مَرْدُودٌ وَمَنْ
بَاعَ يَجُوزُ الْمُشْتَرَى دُونَ ثَمَنْ

(فالبيع إن وقع) على وجه الضغط المذكور سواء باع المضغوط بنفسه أو وكل عليه (مردود) على بائعه بإجماع فيما إذا أكره على نفس البيع ويرد الثمن للمشتري إلا أن تقوم البينة على تلفه عند البائع بغير سببه، فإن تقم البينة بذلك بل ادعاه البائع فقط ففي تصديقه قولان لسحنون، ويظهر رجحان الأول لأن الثمن لم يقبضه البائع لحق نفسه إذ هو غير راض به فهو عنده كالأمانة فيصدق في تلفها بغير سببه، وأما إن أكره على سبب البيع كما إذا أكره على إعطاء مال ظلماً فباع أمتعته لذلك، فالمشهور أنه مردود أيضاً ويأخذ البائع شيئه بلا ثمن كما قال: (ومن باع يجوز) الشيء (المشتري) منه (دون ثمن) يدفعه للمشتري، وظاهره أنه يأخذه بلا ثمن ولو لم يعلم المشتري بالضغط وهو الذي لابن رشد في البيان، واقتصر عليه ابن سلمون و (ح) وغير واحد من شراح (خ) قال في الشامل: إلا أن العالم آثم كالغاصب وعليه الضمان مطلقاً ولا غلة له ولغيره الغلة ولا يضمن العقار ويضمن ما أكل أو لبس ويبطل عتقه ووقفه اهـ. خلافاً لما لابن رشد في نوازله من أنه إنما يأخذه دون ثمن إن علم المشتري بالضغط وإلاَّ فلا يأخذه إلا بالثمن، وظاهره أيضاً أنه يأخذه دون ثمن

علم أن الظالم أو وكيله قبضه من المضغوط أو من المشتري أو جهل هل دفعه المشتري للظالم أو لوكيله أو لرب المتاع أو هل دفعه المضغوط للظالم أو بقي عنده، وهل صرفه في مصالحه أو لا؟ وهو كذلك في الجميع ووجهه أنه لما ثبت أصل الضغط حمل على أخذ الظالم له عند الجهل اللهم إلا أن علم ببينة أو إقرار أنه صرفه في مصالح نفسه أو أتلفه عمداً أو خطأ فإنه يأخذه بالثمن حينئذ.

تنبيهان. الأول: ما درج عليه الناظم من أن المبيع مردود عليه بلا ثمن فيما إذا أكره على سبب البيع هو المشهور، وقال ابن كنانة: البيع لازم نافذ والمشتري منه مأجور لأنه أنقذه من العذاب، وبه أفتى السيوري واللخمي، وعليه العمل بفاس ونواحيها قال ناظمه: وبيع مضغوط له نفوذ الخ. وعليه فإذا أسلم للمضغوط في زيتون ونحوه فالسلم لازم له، وإذا تسلف مالاً لفكاك نفسه أو أعطى حميلاً فغرم الحميل عنه فإن المسلف والحميل يرجعان عليه ولا مقال له، وهذا إذا كانت الحمالة والسلف بسؤال من المضغوط وإلاَّ فلا إذا كان يرجى فكاكه بدون مال، وإذا لزمه البيع على ما به العمل فأحرى أن يلزم أباه أو أخاه أو عمه أو أجنبياً إذا باعوا متاع أنفسهم لفكاكه ويرجعون عليه بما غرموا عنه إذ غايته أنهم مسلفون، بل لو أكره الظالم يتيماً مراهقاً أو سفيهاً على إعطاء مال فباع كافله شيئاً من أمتعته لفكاكه وكان البيع على وجه السداد لكان ماضياً عليه كما قاله اللخمي ونقله اليزناسني وغيره، وكذا لو أكره رجلاً على أن يغرم عن أخيه الغائب مالاً فباع الرجل شيئاً من متاع أخيه فالبيع نافذ كما قاله في الاستحقاق من المعيار في رجل أكرهه السلطان على أن يغرم مالاً عن أخيه فباع متاعه ومتاع أخيه أن البيع نافذ ويرجع على أخيه بما غرمه اهـ. وكذا وقفت عليه لبعض فقهاء الفاسيين في امرأة أكرهها الحاكم على أن تؤدي عن ولدها الغائب ثمناً فباعت شيئاً من متاع الولد أن البيع لازم، واحتج بما عن المعيار.

قلت: وعليه فلو أخذ السلطان رجلاً بمال ظلماً أو في جناية اتهم بها فهرب فأخذت جماعة بسببه فباعوا أملاكه على وجه السداد لأداء ما أخذوا به، فالبيع لازم له فتأمله، وما مر عن المعيار نحوه له في الوصايا منه أيضاً في وصي أخذ بسبب محجوره حتى أدى مالاً فإن ذلك يكون في مال المحجور، ومثله في الأقضية منه. وانظر ما كتبناه في أجوبتنا لحاج عبد القادر محيي الدين على الحديث الكريم الذي رواه مسلم، ونقله ابن فرحون وغيره في أحكام السياسة في كون الرجل يؤاخذ بجريرة قومه، وهي أجوبة نفيسة مشتملة على نحو الخمس كراريس تعينك على ضبط هذا الباب وتفيدك عدم معارضة الحديث الكريم لقوله تعالى: ولا تزر وازرة وزر أخرى} (الأنعام:164) أي لا تؤاخذ نفس بذنب غيرها، وفيها الكلام على حكم الفكاك الواقع بين القبائل والله أعلم.

الثاني: الضغط على الشراء كالضغط على البيع، ففي المعيار عن القلشاني أن من اشترى سلعة معينة يدفعها في مظلمة والبائع يعلم بضغطه هو بمنزلة بيع

المضغوط ويرجع بائعها بالثمن أو بأعيانها إن وجدت على الضاغط اهـ. وعلى ما به العمل يكون الشراء لازماً للمشتري المضغوط على شرائها.

قلت: ويبقى النظر إذا أكرها معاً هذا أكره على البيع والآخر أكره على الشراء والثمن يأخذه الضاغط، وذلك لأن الضاغط أراد أن يغرم البائع مالاً فلم يجد البائع من يشتري منه فضغط المشتري أيضاً على الشراء ليدفع الثمن للبائع فيأخذه الضاغط والمشتري عالم بالضغط أو يكون الضاغط إنما أراد أخذ مال المشتري فيكرهه على شراء دار فلان مثلاً، فعلى المشهور لا شك أن البائع لا يلزمه البيع ويرجع المشتري بثمنه على الضاغط فإن تلف المبيع بيده فلا يضمنه البائع، وأما على ما به العمل فانظر هل يكون البيع لازماً له ههنا أيضاً نظراً للسبب أو لا يكون لازماً نظراً إلى كون المشتري مكرهاً، فهو قد دفع الثمن لينقذ نفسه من العذاب فهو المكره في الحقيقة وإكراه الآخر صوري فقط وهو الظاهر، ووقعت هذه المسألة أيام الفتنة سنة ست وثلاثين من هذا القرن فبيعت على الوجه المذكور دور وحوانيت لا تحصى حتى إنهم باعوا حوانيت الأحباس ودور الأيتام ولا يخفى أن المكره في حوانيت الأحباس والأيتام هو المشتري فقط لعدم تعلق الإكراه بالأحباس والأيتام الصغار، وانظر حاشيتنا على (ز): وإذا زال الإكراه فعلى المشهور لا بد من القيام بفور زواله، كما مر في بيع الفضولي إذ زال عذر مالكه والله أعلم. وانظر أواخر الكراس الأول من بيوع البرزلي فإنه ذكر أنه لا يتعرض لنقض معاملة الملوك لقيام الفتنة بذلك، وإن كان الوالي جائراً وذلك راجع إلى كون المضغوط ينفذ بيعه وشراؤه الخ.

ـــــ وَالخُلْفُ في الْبَيْعِ لِشَيْءٍ مُغْتَصَبْ
ثَالِثُهَا جَوَازُهُ مِمَّنْ غَصَبْ

(والخلف في البيع لشيء مغتصب) على ثلاثة أقوال جوازه مطلقاً ومنعه مطلقاً (ثالثها) وهو المشهور (جوازه ممن غصب) (خ) ومغصوب أي لا يجوز بيعه إلا من غاصبه زاد: وهل إن رد لربه مدة تردد، واقتصر في باب الغصب على الجواز بدون الشرط المذكور حيث قال: وملكه إن اشتراه ولو غاب الخ. فيستروح منه عدم اشتراط الشرط المذكور وهو الذي ارتضاه ابن رحال أي: لا يشترط الرد ولا الغرم عليه، ومفهوم قوله ممن غصب أنه لا يجوز بيعه من غير الغاصب قبل قبضه من الغاصب على هذا القول المشهور وهو كذلك، ولو كانت عليه بينة بالغصب وهو ممن تأخذه الأحكام لأنه شراء ما فيه خصومة والمشهور منعه.

فصل في مسائل من أحكام البيع

لو قال في أحكام مسائل من البيع قاله (ت).

ـــــ أَبٌ عَلَى بَنِيهِ فِي وِثَاقِ
حجْرٍ لهُ يَبِيعُ بِالإِطْلاَقِ

(أب) مبتدأ سوغه قصد الجنس (على بنيه في وثاق حجر له يبيع) خبر المبتدأ وعلى بنيه متعلق به، وفي وثاق حال من بنيه (بالإطلاق) ذكر السبب الذي وقع

البيع لأجله أم لا. كان السبب أحد الأسباب التي يبيع لها الوصي أم لا كبيعه ليتجر له بثمنه ونحو ذلك، وشمل قوله: يبيع الخ. هبة الثواب لأنها بيع بخلاف الوصي فليس له أن يهب للثواب، وليس المراد بالإطلاق أنه يبيع لسبب ولغير سبب أصلاً كما قد يتبادر، إذ لا يجوز فيما بينه وبين الله أن يبيع لغير سبب أصلاً.

ـــ وَفِعْلُهُ عَلى السَّدَادِ يُحْمَلُ
وَحَيْثُ لا رَدَّ ابْنُهُ مَا يَفْعَلُ

(وفعله على السداد يحمل) حتى يثبت خلافه إلا أن يكون هو المشتري لمال ابنه أو يشتري لولده من نفسه أن يبيع لأجنبي ليصرف الثمن في مصالح نفسه أو لينفق منه على نفسه لفقره في زعمه فإنه يحمل حينئذ على غير السداد ويرد كان الأب موسراً أو معدماً وليس له بيعه للإنفاق منه على نفسه إلا بعد إثبات العدم، وظاهره أنه يحمل على ما ذكر من السداد وأنه باع لمصلحة الولد، ولو باع باسم نفسه ولم يذكر أنه باع عن ولده وهو كذلك كما في ابن سلمون وضيح عن ابن القاسم وأحرى إذا ذكر أنه يبيعه عن ولده ولا يدري هل باعه لمصلحة نفسه أو لولده كما في المفيد، وظاهر هذا أنه يمضي بيعه ويمكن من قبض ثمنه ولو كان فقيراً، والذي لابن عرفة في نكاح التحكيم ونقله أواسط الكراس الثالث من أنكحة المعيار ونحوه في الفائق عنه، وبه حكم ابن عبد الرفيع أنه لا يمكن من قبض مال ولده حيث كان فقيراً وعليه عول في لامية الزقاق حيث قال:

هكذا منع والد
فقير من أخذ المال للولد اعملا

وحينئذ فيقيد ما مر عن ضيح والمفيد بما إذا كان الأب موسراً لأنه إذا كان فقيراً فالغالب أنه يبيعه لمصلحة نفسه فلا يحمل على السداد وعلى فرض وجود السداد فلا يمكن من قبضه، وهذا شاهد لنزع الوصي الفقير من التقديم كما هو ظاهر ولا يشمل قوله وفعله الخ. الصدقة بمال ولده، وفي معناها البيع بالمحاباة فإن ذلك يرد ابن رشد حكم ما باعه الأب من مال ولده الصغير لمصلحة نفسه أو حابى به حكم ما وهبه أو تصدق به يفسخ في القيام كان الأب موسراً أو معدماً، وحكمه في الفوات ما ذكرته في الهبة والصدقة غير أنه إذا غرم يرجع على الأب بالثمن اهـ. وقال قبل هذا: فرق ابن القاسم بين أن يعتق الرجل عبد ابنه الصغير أو يتصدق به أو يتزوج به فقال: إن العتق ينفذ إذا كان موسراً ويغرم القيمة ويرد إن كان معدماً إلا أن يطول الأمد. قال أصبغ: لاحتمال أن يكون حدث له أثناء ذلك يسر لم يعلم به، وأما إن علم أنه لم يزل عديماً في ذلك الطول فإنه يرد وقال: إن الصدقة ترد كان موسراً أو معدماً فإن تلفت الصدقة بيد المتصدق عليه بأمر من السماء لم يلزمه شيء وغرم الأب القيمة وإن فاتت بيده باستهلاك أو أكل والأب عديم لزمه غرم قيمتها ولم يكن له على الأب رجوع. وقال في التزويج: إن المرأة أحق به دخل بها أم لا معسراً كان الأب أو موسراً ويتبع الابن أباه بقيمته اهـ. من طفي، ثم قال: فالحاصل على مذهب ابن القاسم لا فرق بين يسر الأب وعسره في رد البيع والهبة وعدم رد ما يتزوج به، وإنما الفرق بين اليسر والعسر في العتق وهذا هو

مراد (خ) بقوله: كأبيه إن أيسر الخ. قال: وأطال (ح) بجلب كلام الأخوين وترك مذهب ابن القاسم الذي هو المعتمد وما كان ينبغي له ذلك، ثم إذا وقع البيع بالمحاباة والأب عديم وفات فإن المشتري يضمن المحاباة هذا ما يظهر من كلام ابن رشد المتقدم. وإذا غرمها فلا يرجع على الأب كما هو ظاهر والله أعلم. قال في وكالات المعيار: إذا باع الأب بالمحاباة بالأمر

البين وظهر سوء نظره لم يجز بيعه ونقض ولم يمكنه القاضي بعد من النظر في مال ولده اهـ باختصار.
(وحيث لا) سداد بأن باع لمصلحة نفسه أو بمحاباة وغبن أو جهل، هل باع لمصلحة نفسه أو لولده وهو فقير على ما تقدم عن ابن عرفة (رد ابنه) إن رشد أو القاضي إذا اطلع عليه وكان الابن لم يرشد (ما يفعل) إن كان المبيع قائماً وإن فات فيجري على ما تقدم.
تنبيهان. الأول:إذا شهدت بينة أن البيع عليه سداد وشهدت أخرى أنه غير سداد فإن بينة السداد تقدم حيث نودي عليه المدة المعتبرة في بيع الأصل. قاله في شهادات المعيار ونحوه في البرزلي.
الثاني: ما تقدم من أن الأب إذا اشترى مال ولده لنفسه محمول على غير السداد هو الذي في المتيطية وضيح، واقتصر عليه في الشامل، والذي لابن سهل في أحكامه أن العمل جرى عندهم على أن الأب إذا باع من ابنه أو ابتاع من ماله لنفسه لم يعترض ويحمل أمره على التمام إلا أن يثبت الغبن الذي لا يتغابن الناس بمثله، بخلاف الوصي إذا باع من اليتيم أو ابتاع من ماله لنفسه فالبيع مفسوخ إلا أن يثبت السداد اهـ. ونحوه في الفشتالي قائلاً: وإن عاوض الأب ولده الصغير من نفسه جاز ذلك كالبيع، وبه مضى العمل اهـ. ونحوه لابن مغيث. ونقل ذلك كله ناظم العمل المطلق في شرحه فتأمل ذلك، والذي ينبغي أن يحمل ما في المتيطية وضيح على ما إذا كان الأب ممن يتهم لكونه غير متسع المال، وما في ابن سهل ومن معه على ما إذا كان متسع المال والله أعلم.
ـــ وَبَيْعُ مَنْ وصِّيَ لِلْمَحْجُورِ
إلاّ لِمُقْتَضِ مِنَ المَحْظُورِ

(وبيع من وصي) مبتدأ (للمحجور) يتعلق ببيع واللام بمعنى «على» (إلا) استثناء (لمقتض) يتعلق ببيع مقدر (من المحظور) خبر المبتدأ، والتقدير: وبيع الوصي على محجوره ممنوع إلا أن ببيع لمقتض وموجب أي حاجة لنفقة أو كسوة فيجوز كان المبيع عقاراً أو غيره، ولا يحتاج إلى إثبات الحاجة للنفقة والكسوة إذ لا يعلم ذلك إلا من قوله: وأما إن باع لغيرها من غبطة كما في (خ) أي كثرة في الثمن أو لكونه موظفاً ليوظفه بما لا توظيف عليه، أو لكونه حصة ليبدله بكامل أو لقلة غلته ليبدله مما كثرت غلته، أو لكونه بين ذميين أو جيران سوء وهو للسكنى لا للغلة أو لإرادة شريكه بيعاً ولا مال له يضم به صفقة البيع أو لخشية انتقال العمارة أو لخوف الخراب ولا مال له أو له، والبيع أولى فهل لا بد من إثباته الوجه الذي يبيع له من هذه الوجوه كما هو ظاهر النظم. ولا يكفي مجرد ذكره باللسان كما في (ق) عن ابن رشد وهو قول أبي عمران وغيره،

ومعناه في المدونة كما لأبي الحسن، وعليه فلا يتم البيع حتى يضمن الشهود في الوثيقة معرفة الغبطة والتوظيف ونحو ذلك، وإلا كان على المشتري إثبات ذلك وإلا نقض البيع ولا يحتاج إلى إثبات الوجه الذي يبيع له، بل يكفي ذكره له بلسانه، وإن لم يذكره كان البيع ماضياً لأنه كالأب فيتم بيعه، وإن لم يذكر السبب وعلى المحجور إثبات أنه باع لغير سبب وهو قول الأندلسيين.
الجزيري: وهو المشهور. ابن عاث: وهو قول الشيوخ قديماً وبه العمل، ونحوه لأبي الحسن والبرزلي وغيرهم فهما قولان شهر كل منهما (خ): ثم وصيه وهل كالأب أو إلا الربع فببيان السبب خلاف، ورجح ابن رحال في الحاشية ههنا أنه كالأب فمحل هذا الخلاف إذا باع عقار اليتيم كما ترى، وإلاَّ فلا يحتاج لبيان السبب اتفاقاً، ولكن الذي يجب اعتماده في زماننا هذا هو قول أبي عمران لقلة ديانة الأوصياء وهو ظاهر النظم كما مر. ولذلك قال البرزلي: وقع في أحكام ابن زياد أنه إذا أقيم فيما باعه

الوصي كان على المشتري إثبات أنه ابتاع بيعاً صحيحاً، وأنه باع لغبطة أو فاقة أو حاجة ويتم الشراء اهـ.
قلت: ولقلة ديانتهم جرى العمل بإدخال مال الأيتام في ذمتهم فيقولون في زمام التركة وما صار للمحجور فلان هو في ذمة حاجره فلان إلى أن يبرأ منه بموجب شرعي، وقد نصوا على أنهم إنما أدخلوها في ذمتهم خشية ادعاء ضياعها لقلة ديانتهم والله أعلم. وفي الدر النثير عن أبي الحسن: أن الوصي إذا باع لغير حاجة بل لتزليج الدار فإن بيعه ينقض، وانظر إذا باع المحجور بمحضر وليه في آخر اختلاف المتبايعين عند قوله: وعكس هذا لابن سحنون نمي الخ.

تنبيهات. الأول: قال في الوصايا من المتيطية عن بعض الموثقين ما نصه: الذي جرى به العمل أن حكم مقدم القاضي حكم الوصي في جميع أموره اهـ. وكذا قال ابن رحال في الحاشية: أنه كالوصي، ويظهر منه أنه يجري فيه الخلاف الذي في الوصي هل لا بد من إثبات السبب أم لا؟ وفيه شيء إذ الذي عول عليه (خ) أنه ليس كالوصي لأنه جعل مرتبته بعد مرتبته وشرط فيه شروطاً لم يشترطها في الوصي حيث قال: ثم حاكم وباع بثبوت يتمه وإهماله وملكه لما بيع وأنه الأولى وحيازة الشهود له والتسوق وعدم إلغاء زائد والسداد في الثمن، وفي تصريحه بأسماء الشهود قولان الخ. فعلم منه أن هذه الأمور شروط صحة في بيعه وأن القاضي أو نائبه يبيع لواحد من الأسباب المتقدمة بعد ثبوته اتفاقاً أو على المشهور، إذ حيث كان يجب عليه أن يثبت أنه أولى ما يباع عليه مثلاً ونحوه ولا يصدق في ذلك، فأحرى أنه يجب عليه إثبات السبب الذي وقع البيع لأجله من كونه قد قلت غلته أو بين ذميين ونحو ذلك، ويبعد كل البعد أن يقال يصدق في كون الربع قد قلت غلته على ما للأندلسيين في الوصي حيث قلنا إنه كهو ولا يصدق في التسوق وأنه أولى ما يباع عليه مثلاً على أن الشيخ طفي قال: إنما يبيع للأسباب المتقدمة الوصي، وأما القاضي أو نائبه فإنما يبيعان للحاجة وهو معترض بما لـ (ت) في شرح اللامية وبما في الدر النثير حسبما نقله الشيخ الرهوني في حاشيته والله أعلم. ثم إن المراد

بالسداد في الثمن الخ. أن لا يباع بالمحاباة وأن يكون الثمن عيناً لا عرضاً، ولا يشترط بلوغه القيمة كما يأتي في البيع على الغائب، والظاهر أن المراد بإثبات ملكه إثبات أنه محوز بيده لأن الأصل فيمن حاز شيئاً يدعي ملكيته له أنه له كما يأتي في بيع الغائب.

الثاني: يفهم من كون الأمور المذكورة شروط صحة في بيع الحاكم أنه إذا باع تركة لقضاء الديون أو لحاجة الأيتام ونحو ذلك قبل إثبات الموجبات فإنه ينقض البيع، وإن فات لزمه المثل في المثلى والقيمة في المقوم يوم تعدي، وكذا إذا باع وفرط في قبض الثمن حتى غاب المشترون اهـ. قال السيوري: فظاهره أنه محمول على غير وجودها وهو الصواب خلاف ما في الكراس الأول من معاوضات المعيار ونوازل ابن رشد من أن بيع القاضي محمول على استيفاء الموجبات وعلى من ادعى انخرامها إثباته الخ. ولما نقل بعضهم ما في المعيار أعقب ذلك بقوله: ولكن ما ذكر في غير قضاة الوقت أما هم فيحمل أمره على عدم إثبات الموجبات لأن قصارى أمر بيعهم أن يكون بمنزلة تصريح القاضي بأنه ثبت عندي ما يوجب البيع، وقد ذكروا أن القاضي لا يصدق في قوله ثبت عندي على المعمول به، وإن كان في المتيطية ذكر أنه يصدق، لكن قال الجلاب وابن القصار: لا يصدق ومال إليه المازري وقال اللخمي: أنه الأشبه بقضاة الوقت. قال النالي وابن حجوا: هو المعمول به، ثم قال المتعقب المذكور ثم اطلعت على أوائل مسائل الصلح من المازونية فوجدته ذكر أجوبة متعددة عن سؤال مضمنها أنه يجب على المشتري من القضاة إثبات موجبات البيع فإن لم يثبت ذلك رد البيع اهـ. والأجوبة في المازونية لسيدي علي بن عثمان وسيدي سعيد العقباني وأبي الفضل العقباني. زاد أبو الفضل: إذا علم المشتري بأن القاضي باع منه قبل إثبات الموجبات فإنه يرد الغلة اهـ. من خط أبي العباس الملوي رحمه الله، وينبغي أن يقيد بغير إثبات ملكه لأن الأصل فيمن حاز شيئاً أنه يملكه كما يأتي في البيع على الغائب، وفي باب القسمة أيضاً وأن يقيد أيضاً بغير البيع للحاجة للإنفاق وإلاَّ فهو مصدق إذ لا يعلم ذلك إلا من قوله كما مر، لكن لا بد من ثبوت التسوق وعدم إلغاء زائد الخ.

قلت: ولا بد في بيعه للملوك الذي غاب سيده أن يكلفه إثبات كون سيده لم يترك له نفقة، وأنه ليس له صنعة تقوم بنفقته كما يأتي في أواخر فصل البيع على الغائب،
وقوله: ينقض البيع الخ. محله إذا لم يثبت المشتري الموجبات من كونه باع لحاجة أو غبطة وإلاَّ صح البيع كما في ضيح، وسيأتي نحوه في بيع الحاضن، وإذا صح ذلك في بيع الحاضن فأحرى أن يصح في الحاكم لأنه أقوى منه، وقوله لزمه المثل في المثلى والقيمة في المقوم الخ. يعني إذا كانت القيمة أكثر من الثمن يضمن الزائد، والظاهر أن محل ضمانه حيث كان من قضاة العدل وأهل العلم إذا تحقق تعديه كما لو تبين أنه باع ما ليس أولى بالبيع مثلاً وإلاَّ بأن بقي الأمر محتملاً فلا، كما بيناه في حاشية اللامية.
الثالث: مقدم القاضي كهو في كونه لا يبيع إلا بعد إثبات الموجبات المتقدمة، ويزاد أنه لا يبيع ربع الأيتام إلا بمشورة القاضي لأنه كوكيل مخصوص على

شيء بعينه وهو قول القاضي إسماعيل، وبه العمل اليوم قال ناظم العمل المطلق:

وليس كالوصي ذا التقديم
فلا يبع ربعاً على اليتيم
إلا إذا ما أذن القاضي له
فيه وإلا فيرد فعله

وقيده ابن كوثر بما إذا أمكنه الرفع إلى القاضي ولم يفعل، وقيده ابن الحاج بما إذا لم يثبت عند القاضي ما يوجب البيع وإلاَّ فلا يرد بيعه كما في المعيار في نوازل الصلح منه.

الرابع: إذا زعم الوصي أو مقدم القاضي أنه دفع عن اليتيم العشر والمغارم والجعائل للمخزن فإنهما يصدقان إذا كان ذلك معروفاً بالبلد وادعيا ما يشبه قاله ابن زرب، ونقله العلمي في البيوع.

ـــ وَجَازَ بَيْعُ حَاضِنٍ بِشَرْطِ أَنْ
أُهْمِلَ مَحْضُونٌ وَلاَ يَعْلُو الثَّمَنْ

(وجاز بيع حاضن) أو حاضنة عقار يتيمه كان الحاضن قريباً أو أجنبياً في بدو أو حضر (بشرط أن) بفتح الهمزة (أهمل) بالبناء للمفعول (محضون) أي بأن لا يكون له ولي من وصي أو مقدم (و) أن (لا يعلو الثمن) بل لا بد أن يكون يسيراً مثل.

ـــــ عِشْرِينَ دِينَاراً مِنَ الشَّرْعِيِّ
فِضَيَّةً وَذَا عَلَى المَرْضِيِّ

(عشرين ديناراً) فدون عند ابن العطار وعليه الأكثر، ولابن زرب ثلاثون، ولابن الهندي عشرة وأن يثبت السداد في الثمن، وأنه أولى ما يباع عليه، وأنه محتاج إلى بيعه لكونه لا يمكنه التوصل إلى معيشته بصناعة ولا بتصرف ما فلا بد أن تشهد بينة معتبرة بهذه الشروط كلها، فحينئذ يصح البيع ويتم للمشتري ملكه، وإذا اختل شرط منها فلا يتم للمشتري ملكه إلا بإثباته، وإلاَّ فللمحضون إذا كبر الخيار في رد البيع أو إمضائه قاله أبو الحسن وابن رشد وغيرهما. زاد في المفيد وأصله لابن رشد عن ابن العطار: إن من الشروط أن تشهد البينة أن الحاضن أنفق الثمن على اليتيم وأدخله في مصالحه وإلاَّ فللمحجور القيام وهو شرط غريب أسقطه كثير من المحققين فلم يذكره في الوثائق المجموعة، ولا أبو الحسن ولا ابن هلال ولا إسحاق بن إبراهيم بن إسحاق، وإنما ذكروا ما عداه من الشروط المتقدمة، وذلك يدل على ضعفه قاله أبو العباس الملوي رحمه الله.

قلت: وصدق رحمه الله في كونه شرطاً ضعيفاً وإن نقله في ضيح والشامل والتبصرة وسلموه، إذ لا وجه لاشتراطه مع عسر الشهادة به، وغايته أنه حيث جاز بيعه فهو كالمقوم ولا يشترط في المقوم إلا ما مر عن (خ) من ثبوت يتمه وإهماله الخ. وظاهر النظم أن بيع الحاضن بالشروط المذكورة جائز ولو كان القاضي بالبلد ولا يحتاج إلى أن يرفع الأمر إليه ولا إلى ثبوت ملكه لما بيع ولا إلى التسوق وعدم إلغاء زائد وهو كذلك. ابن رشد: لما رأى الفقهاء أن اليتيم

ربما ضاع قبل إثبات ذلك عند القاضي أجازوا للحاضن البيع دون مطالعته إذ لو طولع بذلك لم يكن له بد من ثبوت تلك الموجبات التي تشترط في بيع القاضي (من) الدينار (الشرعي) عند أهل قرطبة وصرفه عندهم ثمانية دراهم وزنة الدرهم الواحد وقت حكمهم في المسألة ست وثلاثون حبة. قال في المتيطية: ولذا قال (غ): المراد بالدينار هنا هو ثمانية دراهم من دراهم دخل أربعين، ومعناه أن مائة وأربعين منها تعدل مائة كيلاً أي شرعية وزنة الدرهم الواحد منها ست وثلاثون حبة وهو خمسة أسباع درهم الكيل ودرهم الكيل منها مثل وخمسا المثل، وهو معنى قوله: (فضية) أي فالدينار هنا أقل منه في باب الزكاة لأن صرفه هناك عشرة دراهم وهنا ثمانية فينقص الخمس، ثم وزن الدرهم هناك خمسون وخمسا حبة وهنا ست وثلاثون بنقص سبعيه، فصارت العشرون ديناراً قرطبية أحد عشر ديناراً شرعية وثلاثة أسباع الدينار، وبيانها أن صرف العشرين ديناراً شرعية في الزكاة مائة درهم شرعي، وصرف العشرين ديناراً قرطبية في الحضانة مائة وستون درهماً لأن صرفه هناك عشرة وصرفه هنا ثمانية فقد نقصت الخمس عن صرفها في الزكاة، ثم هذه المائة والستون يحط سبعاها لأن كل درهم منها ينقص سبعين عن الدرهم الشرعي وسبعاها ستة وأربعون درهماً يبقى بعد حط ما ذكر مائة درهم وأربعة عشر درهماً فمائة وعشرة بأحد عشر ديناراً، والأربعة دراهم الباقية هي ثلاثة أسباع الدينار والله أعلم.

(وذا) أي ما ذكر من جواميع الحاضن بالشروط المذكورة (على) القول (المرضي) من أقوال أربعة: الجواز مطلقاً والمنع مطلقاً والجواز في بلد لا سلطان فيه والجواز في اليسير الذي قدره عشرون ديناراً وهو المرضي المعمول به.

تنبيه: القول بالجواز مطلقاً رجحه ابن سهل في أحكامه الكبرى كما في (ق) آخر القسمة، وبه أفتى أبو الحسن في آخر مسألة من نوازله، ثم نقل رواية ابن غانم عن مالك أن الكافل بمنزلة الوصي، ونقل عن شيخه أبي الفضل راشد أن أبا محمد صالحاً قال: هذه الرواية جيدة لأهل البادية لإهمالهم الإيصاء والتقديم اهـ. وقال ابن هلال: وبذلك أقول وأتقلد الفتوى به في بلدنا اليوم لأنه كالبادية، فالصواب الآن العمل بقول من أنزل الكافل بمنزلة الوصي في البيع والقسمة وغير ذلك اهـ.انظر شرح الشامل.

ـــ وَمَا اشْتَرَى المَرِيضُ أَوْ مَا بَاعَا
إنْ هُوَ مَاتَ يَأْبَى الاَمْتِنَاعَا

(وما اشترى المريض) في مرضه ولو مخوفاً، وتقدم بيانه في الخلع وسيأتي أيضاً في فصل الصدقة والهبة إن شاء الله (أو ما باعا) في مرضه (إن هو مات) منه، وأحرى إذا مات بعد أن صح منه (يأبى) ذلك البيع (الامتناعا) والفسخ، بل يجب نفوذه ومضيه بالثمن الذي وقع به إن لم يكن فيه محاباة إذ لا حجر على المريض في المعاوضات كما أفاده (خ) بمفهوم قوله: وحجر على مريض في غير مؤنته وتداويه ومعاوضة مالية الخ.

ـــ فَإنْ يَكُنْ حَابَى بِهِ فَالأَجْنَبي
مِنْ ثُلُثِهِ يَأْخُذُ مَا بِهِ حُبِي

(فإن يكن حابى به) أي فيه بأن باع أقل من القيمة بكثير بقصد نفع المشتري أو يشتري بأكثر من ذلك بقصد نفع البائع فما نقص عن القيمة أو زاد عليها أو هبة يجري على حكمها فإن لم يكن ذلك بقصد نفع من ذكر بل للجهل بالقيمة فهو الغبن الآتي قاله ميارة، فإن كانت المحاباة المذكورة لأجنبي (فالأجنبي من ثلثه) أي الميت (يأخذ ما به حُبي) لأن المحاباة عطية والعطية في المرض المخوف حكمها حكم الوصية تجري على حكمها، وأما في غير المخوف فحكمها حكم العطية في الصحة تفتقر للحيازة قبل حصول المانع وإلاَّ بطلت، وعليه فإذا زادت المحاباة في المخوف على الثلث فإنه ينفذ منها ما حمله الثلث ويبطل الزائد، ولو حازه الأجنبي قبل الموت إذ لا حكم لحيازة العطية في المخوف، فإن أجاز الورثة له ذلك الزائد فهو ابتداء عطية تفتقر للحوز على المشهور.4

ـــ وَمَا بِهِ الْوَارِثَ حَابَى مُنِعَا
وَإِنْ يُجزْهُ الوَارِثُونَ اتُّبِعَا

(وما به الوارث) مفعول بقوله (حابى) زاد ما حابى به على الثلث أو نقص (منعا) أي منعت المحاباة فقط، ويصح ما عداها فإذا باعه بمائة ما يساوي مائتين مثلاً فيكون للوارث نصف المبيع فقط ويبطل النصف الآخر، وأما في الأجنبي فإنه لا يبطل النصف الآخر بل يكون له منه ما حمله الثلث، وإنما بطلت في الوارث لأنها وصية له وهي ممنوعة. (وإن يجزه الوارثون اتبعا) فعلهم في الوارث والأجنبي وهو ابتداء عطية منهم يعتبر فيها الحوز.

تنبيهات. الأول: ظاهر قوله: يأخذ ما به حُبي الخ. بل صريحه أنه لا يبطل البيع وهو معارض لما يأتي في الإقرار حيث قال:

وبيع من حابى من المردود

أو ثبت التوليج بالشهود فصرح هناك بأنه يبطل، وظاهره لو كان لوارث أو غيره في الصحة أو في المرض، فإذا باعه بمائة ما يساوي مائتين ولم يجزه حتى مات، فإنه يبطل الجميع ويرد إلى المشتري ما دفع من الثمن، وهو الذي في الفائق عن ابن القاسم قائلاً: إن للورثة نقض البيع كله لأنه أراد به التوليج، ولو أتم هو بقية الثمن ما كان ذلك له لأن أصل البيع على التوليج إليه اهـ. ونحوه لأبي الحسن وابن هلال في الدر النثير، ومثله في المعاوضات من المعيار في الكراس الحادي عشر من مسألة الوصايا اختلف فيها أهل بجاية، والذي لابن عرفة وابن ناجي عن ابن القاسم أيضاً أنه يكون له من المبيع بقدر ما دفع من الثمن ويبطل الزائد في الوارث، ويكون للأجنبي منه ما حمله الثلث. هذا كله إذا لم يجزه حتى مات كما مر، وأما إن حازه المشتري في الصحة حوزاً تاماً فيختص به على الراجح لا أن حازه في المرض فكأنه لم يجزه حتى مات، ثم ما للناظم هنا هو الموافق لما لابن عرفة وابن ناجي كما ترى، وهو الذي عول عليه (خ) وشراحه وغيرهم، فتحصل أنهما قولان بالبطلان مطلقاً وبالصحة مطلقاً درج الناظم هنا على الثاني، وفي باب الإقرار على الأول، وللشيخ الرهوني في حاشيته بعد نقول تحرير عجيب ملخصه ما ذكرنا، إلا أنه رجح في المحاباة في الصحة ما تضمنه الناظم في باب الإقرار وهو ما للفائق ومن معه، ورجح في المحاباة في المرض للوارث، والأجنبي ما للناظم هنا وهو ما لابن عرفة ومن معه، ولكن يلزم من رجح البطلان في الصحة أن يرجح البطلان في

المرض بالمساواة أو بالأحرى فالأولى التمسك بما عليه ابن عرفة و (خ) وشراحه.

الثاني: ما تقدم للناظم إنما هو في المحاباة في ثمن المبيع كما مرّ في التقرير، وأما إن كانت المحاباة في عين المبيع مثل أن يقصد إلى خيار دوره أو عبيده فيبيعه من ولده بمثل الثمن أو أكثر فللورثة نقض البيع في ذلك قاله اللخمي والتونسي، ومثله في سماع أبي زيد قال محمد: وهذا أحسن نقله في الفائق وغيره مسلماً.
الثالث: محاباة المريض للأجنبي وتبرعه لا ينفذ إلا بعد موته (خ): ووقف تبرعه له إلا لمال مأمون وهو العقار فإن مات فمن الثلث وإلا مضى الخ.
ـــ وَكُلُّ مَا الْقَاضِي يَبِيعُ مُطْلَقَا
بَيْعُ بَرَاءَةٍ بِهِ تَحَقَّقَا

(وكل ما القاضي يبيع) من حيوان أو عقار أو غيرهما (مطلقا) باعه على مفلس أو يتيم أو غائب (بيع براءة به تحققا) فليس للمشتري رده بعيب يجده قديماً فيه وأما بالاستحقاق فإنه يرجع بثمنه ولا إشكال، وظاهره أنه لا رد للمشتري ولو أتى العيب على جل ثمنه وهو كذلك قاله في المتيطية، وما ذكره الناظم من أنه بيع براءة في كل شيء هو أحد روايتين عن مالك، والمشهور أنها خاصة بالرقيق، فعلى الناظم الدرك في اعتماده غير رواية ابن القاسم، قال في النهاية: وأما ما باعه السلطان على مفلس أو في مغنم أو لقضاء دين أو ورثة أو على صغير فهو بيع براءة وإن لم يشترطه وليس للمبتاع رده بعيب قديم ولا في ذلك عهدة ثلاث ولا سنة. هذا قول مالك المشهور المعمول به في المدونة وغيرها، ثم قال: فإن قلنا بالقول المشهور المعمول به فهل يكون بيع السلطان بيع براءة في كل شيء أو في بيع الرقيق خاصة؟ عن مالك في ذلك روايتان. أحدهما: أنها في كل شيء رواها ابن حبيب عن مالك وهو قول ابن الماجشون ومطرف وأصبغ وغيرهم، والأخرى أنها لا تكون إلا في الرقيق خاصة رواها ابن القاسم وأشهب عنه وهو قول ابن القاسم اهـ. فوجب صرف التشهير والعمل لرواية ابن القاسم لأنها مقدمة على رواية غيره، ولذا عول عليها (خ) حيث قال: ومنع منه أي من الرد بالعيب بيع حاكم ووارث رقيقاً فقط بين أنه إرث الخ. ومحل كون بيع القاضي بيع براءة إذا لم يعلم هو أو المفلس بالعيب وإلاَّ فللمشتري الرد، وعن اللخمي أنه لا يكون من الحاكم بيع براءة حتى يسأل المبيع عليه هل علم عيباً أم لا اهـ. وإذا ثبت علمه بالعيب بعد البيع فهل يرجع المشتري بجميع الثمن على الغرماء أو بقيمة العيب؟ روايتان. ففي الموازية يرجع بالثمن، وفي المدونة بقيمة العيب فقط ويرجعون هم به على المفلس، وقاله ابن القاسم وابن نافع في المتيطية.
ـــ وَالْحُلْفُ فِيما باعَهُ الوَصِيُّ
أَوْ وَارِثٌ وَمَنْعُهُ المَرْضِيُّ

(والخلف فيما باعه الوصي) للإنفاق على اليتيم أو لقضاء دين أو تنفيذ وصية لا أن باع مال نفسه (أو وارث) باع لما ذكر أيضاً لا أن باعوه للانفصال من شركة بعضهم بعضاً ونحو ذلك فإنه لا يكون بيع براءة إلا أن تشترط كما مر في بيع الرقيق (ومنعه) أي منع كون بيع من ذكر بيع براءة هو (المرضي) المعمول به في كل شيء.

ـــ إلاَّ بِمَا الْبَيْعُ بِهِ يَكُونُ
بِرَسْمِ أَنْ تُقْضَى بِهِ الدُّيُونُ

(إلا بمَا البيع به) البَاء الأولى والثانية ظرفيتان أي: إلا في الشيء الذي البيع فيه (يكون برسم أن تقضى به) أي بثمنه (الديون) هذا محل الخلاف، فلو حذف هذا البيت وأبدل البيت الأول بقوله ما نصه:

كذلك الوارث والوصي
جوازه أن بينا المرضي

لأجاد وأفاد شرط كون بيع الوصي والوارث بيع براءة إذا بينا أن المبيع إرث بخلاف الحاكم فإنه لا يشترط ذلك فيه، ومفهوم قولنا للإنفاق أو لقضاء دين أو تنفيذ وصية الخ. أنه إذا باع للتجارة لليتيم فإن العهدة عليه إذا لم يكن لليتيم مال. قال في المتيطية: فإن تجر الوصي ليتيمه أتبعت ذمته كالوكيل المفوض إليه وهذا بخلاف ما يبيعه للإنفاق على اليتيم لأن ذلك ضرورة اهـ. وأشار الناظم بقوله: ومنعه المرضي الخ. إلى قوله في المتيطية أيضاً. وأما ما باعه الوصي لأيتامه أو الورثة الكبار لقضاء دين الميت أو وصاياه فلا يكون بيع براءة إلا أن يشترطها الوصي، أو يصرح بأنها ميراث، أو يعلم بذلك المبتاع فيكون بيع براءة، وإن لم يعلم المبتاع بأنه بيع ميراث أو سلطان فهو مخير في الرد والإمساك اهـ. وهو معنى قول (خ) وخير مشتر ظنه غيرهما اهـ. قال ابن شاس: وإنما حمل بيع الوارث والحاكم والوصي على البراءة لكون الديون والوصايا يجب تعجيلها لأهلها إن طلبوها فهم مطالبون باستعجال الحق لأهله غير عالمين بأحوال المبيع، فلذلك حمل بيعهم على البراءة بخلاف بيع الإنسان مال نفسه.

تنبيهان. الأول: ظاهر النظم و (خ) أنه لا يعذر إن جهل كون بيع الحاكم أو الوارث بيع براءة. وقال اللخمي: وأرى إن علم المشتري أنه بيع سلطان أو ميراث وجهل أن ذلك بيع براءة أن تكون له العهدة اهـ. ونقله في المتيطية مسلماً.

قلت: وهو جار على القاعدة المتقدمة آخر بيع الفضولي، وإذا ادعى المشتري على الوارث أو الوصي أنهما عالمان بالعيب فعليهما اليمين لأنهما المتوليان للمعاملة إلا أن يشترطا سقوط اليمين عنهما في العقد كما مرّ في فصل بيع الرقيق عند قوله:

والبيع مع براءة إن نصت
على الأصح بالرقيق اختصت

الثاني: قال في المتيطية. إثر ما مر عنه: وأما الوصي إذا باع لمن يلي لنفقته أو لغير ذلك من مؤنة وبين ذلك فلا تباعة عليه ويرجع المبتاع في عين ذلك

الثمن إن كان قائماً فإن أنفقه على الأيتام لم يكن عليه شيء وبيع القاضي كبيع الوصي في أن لا تباعة عليه. قال اللخمي: ويفترق الجواب فيمن أصرف إليه الثمن فإن كان البيع للإنفاق على الأيتام أو الصدقة رجع على من قبض الثمن إن كان قائماً في الاستحقاق والعيب وإن أنفقه لم يرجع عليه بشيء ولو اشترى به رقبة فأعتقت ففي رد العتق قولان. ففي المدونة يرد العتق ولا شيء على الوصي، وفي الموازية لا يرد ويغرم الوصي قال: والأول أحسن وإن كان البيع لإنفاذ ديون على مفلس رجع على قابض المال كان المال قائماً أو استهلكوه أو ضاع منهم اهـ. ونقل بعضه (م): وفي فصل بيع الوصي من ابن سلمون ما نصه: فإن استنفد الثمن في نفقات المحجور ثم استحق المبيع فإنه لا يرجع على الوصي بشيء ويرجع بذلك في مال المحجور إن كان له مال، فإن لم يكن له مال فلا شيء على الوصي فقوله أي المتيطي لا تباعة على الوصي يعني: وإنما التباعة في مال الأيتام. وقوله في الاستحقاق: والعيب يعني في غير عيب الرقيق أو فيه، ولكنه علم بعيبه وكتم وإلاَّ فلا رجوع له على الوصي ولا على الأيتام لأنه بيع براءة كما مر. وانظر هذا كله مع قول ناظم العمل:

ومال ميت إذ ما باعه
وصيه بين كي ينفعه

فإنه جار على المشهور مع أنه بصدد نظم ما به العمل المخالف للمشهور، اللهم إلا أن يكون مراده أنه ينفعه ذلك في الرقيق وغيره، وفي الاستحقاق والعيب فيكون العمل برواية ابن حبيب المتقدمة لأن تعليل ابن شاس المتقدم يدل على جريانها في الوصي والوارث أيضاً أي: فيكون بيع براءة في الرقيق وغيره، وفي الاستحقاق والعيب وإنما العهدة في مال الأيتام إن كان وإلاَّ فلا تباعة على الوصي والوارث حيث بينا وكان البيع للإنفاق أو الدين لا للتجارة كما مرّ.

فصل

ـــ وَمِنْ أصَمَّ أبْكَمَ الْعُقُودُ
جَائِزَةٌ وَيَشْهَدُ الشُّهُودُ

(ومن أصم أبكم العقود) من نكاح وغيره من المعاوضات والتبرعات (جائزة) لأنه يدرك الأشياء ببصره، ويفهم عنه ما أراد بإشارته كما قال: (ويشهد الشهود) عليه بالإيجاب والقبول.

ـــ بِمُقْتَضَى إشارةٍ قد أفْهَمَتْ
مقْصُودَهُ وبرضاهُ أعْلَمَتْ

بحيث لا يشكون في مراده من ذلك.

ـــ فَإنْ يَكُنْ مَعْ ذَاكَ أعْمَى امْتَنَعَا
لِفَقْدِهِ الإفْهَامَ وَالْفَهْمَ مَعَا

(فإن يكن مع ذاك) الصمم والبكم (أعمى امتنعا) أي العقد معه والشهادة عليه (لفقده الأفهام) لغيره (والفهم) منه (معا) وإنما يعقد عليه النكاح ونحوه وليه ومثله في منع معاملته بنفسه إذا كان أصم أعمى لوجود العلة المذكورة، وفهم منه أنه إذا كان أبكم أعمى وهو يسمع تجوز معاملته لأن الإشارة منه ممكنة.

ـــ كَذَاكَ لِلْمَجْنُونِ وَالصَّغِيرِ
يُمْنَعُ وَالسَّكْرَانِ لِلْجُمْهُورِ

(كذاك للمجنون والصغير يمنع) أي يمنع العقد من الصغير والمجنون اللذين لا تمييز معهما بحيث إذا بشيء من مقاصد العقلاء لا يفهمانه ولا يحسنان الجواب عنه، كامتناعه للأصم الأبكم الأعمى (و) كذا يمنع العقد من (السكران) الطافح الذي لا تمييز معه بسبب سكر حرام أدخله على نفسه وتسبب فيه أي لا ينعقد بيعه ولا غيره على ما (للجمهور) بعد أن يحلف بالله أنه ما عقل حين فعل، وهذه طريقة ابن شاس وابن الحاجب وابن شعبان، ومقابل الجمهور قول ابن نافع أنه يصح عقده، وطريقة ابن رشد والباجي أنه لا يصح عقده اتفاقاً. وقولي الذي لا تمييز معه احترازاً مما إذا كان معه ضرب من التمييز فإنه لا خلاف في صحة عقده، وإنما الخلاف في لزومه والمعتمد عدمه قاله (ز). وقولي بسبب سكر حرام احترازاً مما إذا سكر بحلال كشرب خمر يظنه غيره أو لغصة فإن بيعه لا يصح اتفاقاً، وهذا كله بالنسبة لعقوده وإقراره وأما جنايته وعتقه وطلاقه وحدوده فإنها لازمة له، وعليه عول ابن عاشر بقوله:

لا يلزم السكران إقرار عقود
بل ما جنى عتق طلاق وحدود

ـــ وَذو العَمى يَجُوزُ الابْتِياعَ لَهْ
وَبَيْعُهُ وَكُلُّ عَقْدٍ أَعْمَلَهْ

(وذو العمى) فقط (يجوز الابتياع له) أي منه (وبيعه) من غيره (و)يجوز منه أيضاً (كل عقد عمله) من نكاح وهبة وإجارة وغير ذلك، والأعمى هو من تقدم له إبصار، وأما من ولد أعمى فيسمى أكمه والحكم فيهما سواء على المشهور.

ـــ وَبَعْضُهُمْ فَرَّقَ بَيْنَ مَنْ وُلِدْ
أَعْمَى وَمَنْ عَمَاهُ مِنْ بَعْدُ وُجِدْ

(وبعضهم) وهو جعفر الأبهري (فرق بين من ولد أعمى) فلا يصح بيعه، وفي معناه من عمي صغيراً بحيث لا يتخيل الألوان كأبي العلاء المعري (و) بين (من عماه بعد) أي بعد ولادته وتخيله الألوان (قد وجد) فيصح بعه وابتياعه، ومحل الخلاف فيما يتوقف على الرؤية لا فيما يتوقف على شم أو ذوق كمسك وسكر فيجوز مطلقاً قاله (ز).

فصل في اختلاف المتبايعين

لذات أو منفعة تثنية متبايع بالياء المثناة تحت دون همز وهو إما في قدر الثمن أو في جنسه أو في الأجل أو في انقضائه أو في قبض الثمن أو السلعة أو في الصحة والفساد أو في تابع المبيع، وتكلم على هذه الأنواع كلها وبقي عليه اختلافهما في البت أو الخيار واختلافهما في العقد، أما اختلافهما في وقوعه على البت أو الخيار فالقول لمدعي البت لأنه الغالب إلا أن يغلب البيع بالخيار فالقول لمدعيه، وأما اختلافهما في العقد فالقول لمنكره إجماعاً، ولكن يبقى النظر فيما إذا ادعى أحدهما البيع والآخر القرض أو العارية فقال ابن رشد كما في البرزلي: القول لمدعي القرض قولاً واحداً، وسيأتي شيء من ذلك آخر القراض، وكذا القول لمدعي العارية كما في ابن فرحون في الباب الخامس والعشرين، وأما إن قال رب المال هو قرض وقال الذي هو بيده: بل هو قراض أو وديعة وتلف، فإن القول لرب المال. قال ابن القاسم: لأنه قال: أخذت المال مني على الضمان، وقال الآخر: أخذته على غير الضمان فهو قد أقر

بالمال ويدعي نفي الضمان عنه فلا يصدق، وكذا إن ادعى أحدهما البيع والآخر الرهن فإن القول لمدعي الرهنية إلا أن تفوت الأرض بيد مدعي الشراء بالهدم والبناء والغرس قاله في نوازل الدعاوى من المعيار، وكذا إن قال المالك: بعت السلعة الفلانية منك فادفع لي ثمنها، فقال الآخر: لم تبعها مني وإنما أمرتني ببيعها وقد تلفت، ففي سماع عيسى من ابن القاسم وعليه اقتصر في كتاب القراض من المتيطية أن القول لرب السلعة ويحلف أنه باعها منه يريد لينفي دعواه الوكالة فإن نكل حلف الآخر وبرىء.
قلت: فإن حلف صاحب الثوب أنه باعه منه واختلفا في الصفة، قال: يصف المشتري الثوب ويحلف على صفته ثم يقومه أهل البصر.
قلت: فإن نكل؟ قال: يصفه صاحب الثوب وتقوم تلك الصفة ويغرم المشتري.
قال: فإن أتيا جميعاً بما يستنكر في الصفة ونكلا صدق المشتري؟

قلت: فإن كان قيمته أدنى من الثمن الذي باع به؟ قال: يقال للذي باع الثوب اتق الله إن كان أمرك ببيعه كما زعمت فادفع إليه بقية ثمن ثوبه ولا تبخسه ولا يقضى عليه بذلك، لأن صاحب الثوب يدعي أنه باعه منه اهـ. وبه أفتى العقباني ونقله صاحب شرح المغارسة ونحوه في المقرب قائلاً: لو قال رجل لآخر: أعطني ثمن الثوب الذي بعتك. فقال: إنما أمرتني ببيعه حلف أنه باعه وأخذ ثمنه، فإن نكل حلف الآخر وبرىء. وفي الدرر المكنونة فيمن قال لرجل: خلصني في ثمن السلعة التي أخذت مني فإني عاملتك فيها بيعاً وشراء وكنت بعتكها بالذهب، وقال الرجل: إنما كنت تعطيني السلع وتقومها علي بالدراهم لا بالذهب فأبيعها وأعطيك ما كنت قومتها به علي والباقي نقسمه بيننا فهل القول لمدعي البيع؟ وهل يقبل قوله إنها مبيعة بالذهب؟ فقال: قال ابن القاسم في مسألة رجل قال لآخر: أعطني ثمن الثوب الذي بعته منك. فقال: ما بعته مني إنما أمرتني ببيعه القول لرب الثوب مع يمينه والمسألة المسؤول عنها ترجع إلى هذه، فإذا قبل قوله بيمينه يصير الخلاف بينهما في جنس الثمن، وقد علمت أن المنصوص لأهل المذهب التحالف والتفاسخ فيرجع في السلعة إن كانت قائمة، وفي القيمة مع الفوات اهـ. وانظر الكراس الثاني من بيوع البرزلي فإنه ذكر المسألة أيضاً وقال: إن القول لربها بعد أن يحلف أنه ما وكله على بيعها ويأخذ سلعته إن كانت قائمة بيده أو بيد من باعها إليه أو قيمتها إن فاتت.

قلت: وتلخيصه أن المالك إذا حلف أنه باعها منه فإن صدقه الآخر على قدر الثمن فإنه يأخذه منه وهو معنى قوله في المقرب: وأخذ ثمنه وإن كذبه وادعى أقل فإنهما يتحالفان ويتفاسخان ويأخذ المالك حينئذ سلعته إن كانت قائمة وهو معنى قول البرزلي. ويأخذ سلعته إن كانت قائمة فإن فاتت فالقيمة على وصف المشتري كما مر في النص، وإنما ترد مع القيام فيما إذا كان المأمور باعها إذا صدقهما المشتري أنها للمالك أو قامت بذلك بينة وإلاَّ فلا ترد، ويغرم المأمور القيمة ما لم تكن أكثر من الثمن الذي ادعاه ربها انظر البرزلي. وإنما أطلت في هذه المسألة لكثرة وقوعها وقد وقعت في هذا الأوان فادعى القابض للسلعة وكانت عقداً من جوهر أنه قبضه ليبيعه له، وقد تلف وادعى

آخر أنه قبضه ليقلبه وقد تلف قبل إمضاء البيع فيه، فلم يتفطن الحاكم لتلك النصوص، وقد قال (ز) عند قول (خ) أول البيوع وعدم دفع رديء أو ناقص ما نصه: فإن اختلفا في صفة القبض هل ليزنها أو على المفاصلة؟ فالقول للدافع اهـ.

ـــ وَحَيْثُمَا اخْتَلَفَ بَائِعٌ وَمَنْ
مِنْهُ اشْتَرَى إنْ كَانَ فِي قَدْرِ الثَّمَنْ

(وحيثما اختلف بائع ومن منه اشترى إن كان) الاختلاف (في قدر الثمن) كقوله بعشرة وقال المشتري بثمانية، أو كان الاختلاف في قدر المبيع كقوله: هذا الثوب بعشرة. وقال المشتري: بل هو وهذه الشاة بعشرة، فاكتفى الناظم بالثمن عن المثمن لأن كلاًّ من العوضين ثمن للآخر.

ـــ وَلَمْ يَفُتْ مَا بِيعَ فَالْفَسْخُ إذَا
مَا حَلَفَا أَوْ نَكَلاَ قَدْ أُنْفِذَا

(ولم يفت ما بيع) بحوالة سوق فأعلى، وسواء كانت قائمة بيد البائع أو قبضها المشتري، وسواء انتقد البائع الثمن أم لا انتقد كله أو بعضه، ولا يكون انتقاده مرجحاً لقوله فيه ابن رشد لأن ابن القاسم في المدونة لم ير قبض السلعة فوتاً كما أنه لم ير قبض الثمن فوتاً (فـ) ـــالواجب في ذلك كله (الفسخ إذا ما) زائدة (حلفا) معاً (أو نكلا) معاً (قد أنفذا) فإن حلف أحدهما فقط قضى له.

ـــ وَالْبَدْءُ بِالْبَائِعِ ثُمَّ الْمُشْتَرِي
في الأَخْذِ وَالْيَمِينُ ذُو تَخَيُّرِ

(والبدء) في اليمين (بالبائع) على المشهور (ثم المشتري في الأخذ واليمين ذو تخير) أي: ثم إذا حلف البائع فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ المبيع بما حلف عليه البائع وهو عشرة، وإن شاء حلف أن البيع بثمانية.

ـــ ثُمَّ لِكُلٍّ وَاحِدٍ بَعْدُ الرِّضَا
وقِيلَ إنْ تَحَالَفَا الْفَسْخُ مَضَى

(ثم) إذا حلفا معاً (لكل واحد) منهما (بعد) أي بعد حلفهما (الرضا) بما قال صاحبه على الراجح، وهو قول ابن القاسم لأن الفسخ عنده إنما يقع إذا حكم الحاكم به، وعليه عول (خ) حيث قال: حلفا وفسخ إن حكم به. (وقيل) لا يتوقف الفسخ على الحكم به بل (إن تحالفا) أو نكلا معاً وقع (الفسخ) بينهما (ومضى) إنما كان الفسخ يقع بمجرد ذلك التحالف أو النكول لأنه قد.

ـــ وَقِيلَ لاَ يُحْتَاجُ في الْفَسْخِ إلى
حُكْمٍ وَسَحْنُونٌ لَهُ قَدْ نَقَلاَ

(قيل لا يحتاج في الفسخ إلى حكم) كاللعان (وسحنون له) أي عنه (قد نقلا) فالواو في قوله: وقيل للتعليل، ولو حذف الناظم هذا البيت لكان أحسن، ومثل اختلافهما في القدر اختلافهما في الرهن والحميل فيجري على التفصيل المذكور، وإذا فسخ فإنه يفسخ ظاهراً وباطناً، فإذا كان المبيع أمة فيحل للبائع وطؤها فيما بينه وبين الله، ويحل له استخدامها، وهكذا.g وقيل: يفسخ في الظاهر دون الباطن فلا يحل له وطؤها إذ القضاء لا يحل حراماً، وفي المسألة نزاع شهير انظره في الشامل وغيره، وفي أقضية المعيار عن ابن أبي زيد أن

المشتري إذا حلف فإنه يعد ذلك منه تسليماً للجارية بالثمن فيحل حينئذ للبائع وطؤها إن رضي بقبولها في الثمن، وإن لم يقبلها فليبعها ويشهد عدلين أنه إنما باعها على ذلك ويقبض ثمنها الذي باع به أولاً، ويوقف ما زاد عليه فمتى أقر المشتري الأول فهو له اهـ. وهذا التفصيل الذي لابن أبي زيد هو الذي ينبغي اعتماده، ثم أشار إلى مفهوم قوله ولم يفت ما بيع فقال:

ـــ وَإِنْ يَفُتْ فَالْقَوْلُ لِلَّذِي اشْتَرَى
وَذَا الَّذِي بِهِ الْقَضَاءَ قَدْ جَرَى

(وإن يفت) المبيع بيد المشتري أو بيد البائع كما هو ظاهره وهو أحد قولين حكاهما في الشامل (فالقول للذي اشترى) بيمينه إذا أشبه وإلاّ فالقول للبائع إذا أشبه فإن لم يشبها فعلى المبتاع القيمة ويصدق في الصفة، وإن قال عبداً أعمى مقعداً إلا أن تقوم بينة بخلافه كما في المتيطية، وقد تقدم مثله عن ابن القاسم، وقد أخل الناظم بقيد الشبه اتكالاً على أن الغالب عدم الخروج عنه (خ): وصدق مشتر ادعى الأشبه وحلف إن فات. (وذا) القول الذي يقول يصدق المشتري إن أشبه مع الفوات هو أحد روايتين عن مالك وهو: (الذي به القضاء قد جرى) كما في المتيطية وغيرها، ثم أشار إلى ما إذا وقع الخلاف في الجنس فقال:

ـــ وإِنْ يَكُنْ فِي جِنْسِهِ الخُلْفُ بَدَا
تَفَاسَخَا بَعْدَ اليَمِينِ أَبَدَا

(وإن يكن في جنسه الخلف بدا) فقال أحدهما: المبيع هذا الثوب بدينار، وقال الآخر: بل هذا الفرس بدينار أو يقول: اشتريت الثوب بدينار، ويقول الآخر: بل بقفيز من شعير مثلاً أو ادعى أحدهما أن البيع بذهب والآخر بفضة. (تفاسخا بعد اليمين أبدا) كان المبيع قائماً أو فائتاً أشبه أحدهما أم لا. إذ لا ينظر لشبه مع الاختلاف في الجنس إذ ليس قول أحدهما بأولى من قول الآخر. ابن عرفة: إن اختلفا في جنس أحد العوضين كتمر وبر تحالفا وتفاسخا. ابن حارث: اتفاقاً اهـ. واختلافهما في الصنف السمراء والمحمولة كاختلافهما في الجنس كما مر في الشامل، وكذا اختلافهما في ذكران الخيل وإناثها فقال أحدهما: وقع العقد على الذكر، وقال الآخر: على الأنثى فما يكون من المبيع قائماً في ذلك كله ردّ بعينه.

ـــ وَمَا يَفُوتُ وَاقْتَضَى الرُّجُوعَا
بِقِيمَةٍ فَذَاكَ يَوْمَ بِيعَا

(وما يفوت) منه (واقتضى الرجوعا) في مثلي فبمثله أو (بقيمة فذاك) أي فيعتبر قيمته (يوم بيعا) لا يوم الفوات، وأما الاختلاف في الصفة كالجودة والرداءة فيجري على الاختلاف في القدر على المعتمد ابن عرفة عن اللخمي: اختلافهما في الجودة كاختلافهما في الكيل اهـ. فإن اختلفا في السكة فقال أحدهما ببزيدية وقال الآخر بمحمدية، فقد تقدم تفصيل ذلك في صدر البيوع. ثم أشار إلى الاختلاف في الأجل وهو إما في أصله أو في انقضائه أو في قدره فقال:

ـــ وَحَيْثُمَا المبيعُ باقٍ واخْتُلِفْ
في أَجَلٍ تَفَاسَخَا بَعْدَ الحَلِفْ

(وحيثما المبيع باق) قائماً لم يفت (واختلف في) أصل (أجل) فادعى أحدهما البيع بالنقد والآخر بالنسيئة لشهر مثلاً (تفاسخا بعد الحلف) وهذا قول مالك

وابن القاسم.
ـــ وَقِيلَ ذَا إِنِ ادَّعَى المُبْتَاعُ مَا
يَبْعُدُ وَالْعُرْفَ بِهِ قَدْ عُدِمَا

(وقيل) وهو لابن القاسم أيضاً (ذا) أي ما ذكر من التحالف والتفاسخ (إن ادعى المبتاع ما يبعد) من الأجل (و) الحال أن (العرف به قد عدما) أي لم يجر عرف عند الناس في مثل تلك السلعة بالأجل فقط، بل هو جار بالأجل تارة وبعدمه أخرى، أو هو جار في مثلها بالأجل فقط، ولكن لم يجر بذلك الأجل البعيد الذي ادعاه، ومفهومه أنه إن ادعى اجلاً بتبايع الناس إلى مثله فالقول قوله. هذا وجعل في الشامل وغيره القولين فيما إذا لم يكن عرف أصلاً فقال: ولو اختلفا في تعجيله وتأجيله صدق مدعي العرف بيمين، وإن فقد العرف فقيل يتحالفان ويتفاسخان، وقيل القول للبائع الخ. وحينئذ فيجب أن يكون قوله: والعرف به الخ. هو موضوع القولين في هذه وفي التي بعدها وبالجملة إذا كان هناك عرف في مثل تلك السلعة من كونها تباع بالنقد أو بالنسيئة لمثل ذلك الأجل فالقول لمدعيه، وإن لم يكن عرف بالنقد ولا بالنسيئة بل كان التبايع بهما معاً أو كان العرف النسيئة، ولكن ادعى أجلاً بعيداً لا بتبايع الناس إلى مثله فقيل يتحالفان، وقيل القول للبائع والمعتمد منهما أنهما يتحالفان فيما إذا كان التبايع بهما معاً، وأن القول للبائع في العرف بالنسيئة إذا ادعى المبتاع أجلاً بعيداً وادعى هو ما يشبه.
تنبيه: قولهم الأصل في الثمن الحلول كما أشار إليه شراح (خ) عند قوله أول الإجارة بعاقد وأجر كالبيع إنما يتمشى على ما إذا كان العرف جارياً به فقط كما هو الغالب عندنا اليوم فقولهم: الأصل فيه الحلول أي الغالب فيه الحلول، وأشار إلى مفهوم قوله المبيع باق فقال:
ـــ وَإِنْ يَفُتْ فَالْقَوْلُ عِنْدَ مَالِكِ
لِبَائِعٍ نَهْجَ الْيَمِينِ سَالِكِ
(وإن يفت) بوجه من وجوه الفوت كتغير ذات أو حوالة سوق أو خروج عن يد (فالقول عند مالك) من رواية ابن وهب (لبائع نهج اليمين) مفعول بقوله (سالك) أي حال كونه سالكاً نهج اليمين.
ـــ وَقِيلَ لِلْمُبْتَاعِ وَالقَوْلانِ

لِحافِظِ المَذْهَبِ مَنْقُولاَنِ
(وقيل) وهو لابن القاسم القول (للمبتاع والقولان لحافظ المذهب) وهو ابن رشد (منقولان). وظاهر النظم أنه مع الفوات لا ينظر لعرف وليس كذلك، بل إن كان هناك عرف فيتبع ويرجح قول مدعيه كالتي قبلها، وإن لم يكن عرف فيأتي القولان حينئذ، والمعتمد منهما أن القول للمبتاع إن كان ادعى أمداً قريباً لا يتهم فيه فإن ادعى أمداً بعيداً فالقول للبائع، وأشار إلى الاختلاف في انقضائه فقال:
ـــ وفي انْقِضَاءِ أَجَلٍ بِذَا قُضِي
حَتَّى يَقُولَ إِنَّهُ لَمْ يَنْقَضِ
(و) إن اختلفا (في انقضاء أجل) بسبب اختلافهما في مبدئه بعد اتفاقهما على

أصله وقدره كشهر مثلاً أي ولا بينة لواحد منهما وفاتت السلعة (بذا) أي يكون القول للمبتاع بيمينه لأن الإشارة لأقرب مذكور وهو المبتاع في البيت قبله (قضي متى يقول إنه لم ينقض) (خ): وإن اختلفا في انتهاء الأجل فالقول لمنكر التقضي الخ. وشمل المبتاع مبتاع الذات والمنافع فالقول للمكتري في عدم انقضاء أجل الكراء، وظاهره سواء أشبه أم لا. فاتت أم لا. وليس كذلك بل محله إذا أشبه سواء أشبه الآخر أم لا، فإن أشبه البائع وحده فقوله بيمينه، فإن لم يشبه واحد منهما حلفا وغرم القيمة، وهذا كله مع الفوات فإن لم تفت حلفا وفسخ، ولا ينظر لشبه، فإن أقام البينة عمل ببينة البائع لكونها أقدم تاريخاً. وسكت الناظم عن اختلافهما في قدر الأجل بعد اتفاقهما على أصله ومبدئه الذي هو أول رجب مثلاً فقال أحدهما لشعبان، وقال الآخر بل لرمضان، فالمشهور الحلف والفسخ إن لم تفت السلعة فإن فاتت صدق المشتري إن أشبه فالاختلاف في قدر الأجل كالاختلاف في قدر الثمن، ثم أشار إلى الاختلاف في قبض الثمن أو السلعة فقال:

ـــ وَالقَوْلُ قَوْلُ مُشْتَرٍ بَعْدَ الحَلِفْ
في القَبْضِ فِيما بَيْعُهُ نَقْداً عُرِفْ

(فالقول قول مشتر بعد الحلف في القبض) للثمن (فيما) أي مبيع (بيعه نقداً عرف) كالخبز والفاكهة واللحم والخضر والحنطة ونحو ذلك، وظاهره أن القول للمشتري في دفع الثمن فيما عرف بيعه بالنقد سواء كان الاختلاف قبل الافتراق والبينونة أو بعدهما كثر ذلك المبيع أو قل ادعى الدفع قبل قبض اللحم ونحوه أو بعده، وهو كذلك على ما في المنتخب عن مالك ونحوه في اللباب كما في (ح) عن ابن القاسم وهو المعتمد خلافاً لما في الجواهر و (خ) وغيرهما أن محل تصديقه إذا وقع الاختلاف بعد الافتراق وإلاَّ فلا يقبل قوله إن ادعى دفعه بعد قبض اللحم ونحوه فإن ادعى دفعه قبله فأقوال. والحاصل على ما في الجواهر و (خ) وغيرهما أنه إذا وقع الاختلاف بعد الافتراق والبينونة فالقول للمشتري، وإن وقع قبل ذلك فتارة يدعي الدفع بعد قبض اللحم وشبهه فلا يقبل قوله اتفاقاً كما لابن رشد، وحكى غيره في ذلك قولين، وتارة لا يكون قد قبض اللحم ونحوه ويدعي أنه دفع الثمن فلا يقبل قوله اتفاقاً أيضاً، وتارة يدعي الدفع قبل قبض اللحم وشبهه أي: وهو قابض له ففي ذلك أقوال ثلاثة حكاها ابن رشد.

قلت: ومبنى الخلاف في هذا والله أعلم اختلاف عرف الناس في تلك الأزمان، فما للناظم وصاحب المنتخب من تصديق المشتري مطلقاً مبني على أن عرف الناس في ذلك الوقت هو دفع الثمن عند قبض اللحم ونحوه وهو الموافق لوقتنا اليوم فيجب اعتماده، والحكم به في هذه الأزمان وما للجواهر وغيرها مبني على أن العرف التفصيل بين البينونة وعدمها وادعاء الدفع بعد قبض المبيع أو قبله، ولذا قال في المفيد عن بعضهم: الأصل في هذا أن يرجع إلى عرف البلد في بيع ذلك الشيء فيحملان عليه، ثم قال: قال عبد الحق: والصواب في هذا كله مراعاة عرف الناس في انتقاد الثمن وتأخيره فقد تتفق الأقوال على مراعاة هذا وهو من أصل مذهب مالك اهـ. وقال القرافي: اتباع

العرف أمر مجمع عليه لا اختلاف فيه، وإنما يقع الخلاف في تحقيقه هل وجد أم لا؟ قال: والوقوف على المنقولات أي من غير اعتبار عرف فيما يراعى فيه العرف ضلال، وهذا عام في أبواب كثيرة اهـ. وهذا كله فيما الشأن فيه الانتقاد عند القبض كالأمثلة المذكورة، وأما غير ذلك فالقول فيه للبائع كما قال:

ـــ وهو كذا لِبَائِعٍ فِيما عَدَا
مُسْتَصْحَبِ النَّقْدِ وَلَوْ بَعْدَ مَدَا فالضمير في قوله: وهو راجع للقول أي كما أن القول للمشتري في المبيع الذي عرف بيعه بالنقد كالأمثلة المتقدمة، كذلك القول للبائع في عدم قبض ثمن المبيع الذي لم يعرف بيعه بالنقد، ولا باستصحاب تعجيله عند قبضه، بل كان تارة يباع بالنقد وتارة بالتأخير، وأحرى إن كان يعرف بيعه بالتأخير فقط هذا إذا قام البائع يطلبه في الحين، بل ولو قام يطلبه بعد مدة وحين وذلك.

ـــ كَالدُّورِ وَالرَّقِيقِ وَالرِّبَاعِ

مَا لَمْ يُجَاوِزْ حَدِ الابْتِيَاعِ (كالدور والرقيق والرباع) والبز ونحو ذلك مما يعرف بيعه بالوجهين أو بالتأخير فقط كما مرّ، فإن القول للبائع (ما لم يجاوز حدّ الابتياع) الذي لا يمكن الصبر إليه عادة كالعام والعامين عند ابن حبيب والعشرين سنة عند ابن القاسم، فالقول للمشتري حينئذ. ابن بشير: وذلك راجع إلى العوائد، وصرح غير واحد من شراح (خ) عند قوله في العيوب، ثم قضى إن أثبت عهدة مؤرخة الخ. بأن قول ابن القاسم ضعيف، والمعتمد ما ذهب إليه ابن حبيب وهو ظاهر إذ لا تجد أحداً يبيع سلعته بتأخير ثمنها إلى عشر سنين فضلاً عن العشرين، وبالجملة فذلك راجع للعرف الذي يتبايع الناس إلى مثله في ذلك البلد كما مرّ، ولذا قال في الشامل: وإن كان المبيع كدار أو عرض صدق مشتر وافقه عرف إن طال الزمان طولاً يقضي العرف به أي بالانتقاد ودفع الثمن، فإنما أناط ذلك بالعرف ولم يقيد بسنة ولا غيرها، ولما ذكر اللخمي مذهب مالك في الثياب والعروض قال: يريد ما لم يقم دليل على أن المشتري لا يسلم إليه المبيع إلا بعد دفع الثمن ككونه بدوياً أو عربياً لا يعرف، أو كونه فقيراً أو من لا يؤمن إليه، وهذا يعرف عند النزول اهـ. وهو مراد الشامل بقوله: وافقه عرف الخ. وقد أصلح (ز) وغيره قول (خ) وفي قبض الثمن أو السلعة فالأصل بقاؤهما إلا لعرف كلحم وبقل الخ. فقال: لو قال عقب قوله إلا لعرف فيعمل بدعوى موافقة لجرى على ما به الفتوى.

ـــ وَالْقَبْضُ لِلسِّلْعَةِ فِيهِ اخْتُلِفَا
جَازَ كَقَبْضٍ حُكْمُهُ قَدْ سَلَفَا

(والقبض للسلعة في اختلفا) بأن قال المشتري: لم أقبض المبيع، وقال البائع: بل قبضته (جار كـ)ـــالاختلاف في (قبض) الثمن الذي (حكمه قد سلفا) وتقدم فما كان العرف فيه قبض المبيع عند قبض الثمن كاللحم والفاكهة وشبههما، فالقول فيه للبائع وما لم يكن فيه عرف أصلاً بل كان يقع بالوجهين، أو كان العرف تأخير قبض المبيع فالقول فيه للمشتري أنه لم يقبضه.

تنبيهات. الأول: إذا أشهد المشتري بتقرر الثمن في ذمته فذلك مقتض لقبض مثمنه فلا يصدق في عدم قبضه، وإنما له اليمين على البائع إن بادر وقام في

نحو العشرة الأيام من وقت الإشهاد كما في (خ) وغيره. وكذا إذا أشهد المشتري أيضاً بدفع الثمن للبائع، ثم قام يطلب المبيع فالقول للبائع أيضاً أنه دفعه إليه، وكذا إذا أشهد المشتري أيضاً بأنه قبض المبيع ثم قام يطلبه وقال: إنما أشهدت على نفسي بقبضه ثقة مني للبائع فإنه لا يصدق، وإنما له اليمين إن بادر، فهذه ثلاث صور في إشهاد المشتري، وأما إن أشهد البائع بأن المبيع في ذمته على وجه السلم فذلك مقتض لقبض ثمنه أيضاً كما قاله (ز). وكذا إن أشهد البائع أيضاً بدفع المبيع للمشتري ثم قام يطلب الثمن فالقول للمشتري أنه دفعه إليه، وكذا إن أشهد بقبض الثمن ثم قام يطلبه وقال: إنما أشهدت على نفسي به ثقة مني بالمشتري فإنه لا يصدق، وإنما له اليمين على المشتري إن بادر، فهذه ثلاث صور أيضاً في البائع فالمجموع ست صور، وانظر المسألة في الكراس الثاني من بيوع البرزلي.

الثاني: مفهوم أشهد أنه إذا شهدت بينة على رجل من غير إشهاده إياها أن لفلان عليه مائة دينار من ثمن سلعة اشتراها منه لم يلزمه الثمن حتى يقولا وقبض السلعة، وكذا لو أشهد أنه باعه سلعة بكذا لم يقض عليه بالثمن إذ ليس في شهادتهما ما يوجب قبض السلعة اهـ. أي: لأنه إشهاد بوقوع العقد فقط قاله اللخمي عن ابن عبد الحكم. ونقله ابن عرفة وابن فرحون في تبصرته و (ح) في باب القضاء. زاد في المتيطية في باب الرهن: وكذا إن شهدت أنه خاط لفلان ثوباً بدرهم لم يجب للخياط شيء حتى يقولا إنه رد الثوب مخيطاً، وكذلك جميع الصناع اهـ. فإطباقهم على نقله مسلماً يدل على أنه لازم اهـ. وبه تعلم بطلان ما في (ز) من أن الشهادة بمنزلة الإشهاد، لكن قال البرزلي بعد نقله ما مر عن ابن عبد الحكم ما نصه: ووقعت فأفتى شيخنا الفقيه بالعمل بها مطلقاً، وظاهرها أي المدونة أن التوجه في الطلب الإجمالي صحيح خلاف ما حكاه اللخمي عن ابن عبد الحكم أن الطلب لا يقبل إلا مفصلاً اهـ. قيل: وعلى ما لابن عبد الحكم الذي اعتمدوه كذلك لو شهدت أنه قرض لفلان كذا لم يجب للمقرض شيء حتى يقولا إن المفترض أقبضه لأن القرض يلزم بالقول. الثالث: جرت العادة بمصر، وكذا بفاس بكتب الوصول قبل القبض، فإذا ادعى المشهد على نفسه أنه لم يقبض فله أن يحلف مدعي الدفع ولو طال الأمد قاله الناصر اللقاني، وانظر الفرع الرابع والأربعين من الفائق فإنه ذكر جريان هذه العادة في السلم والقرض والقراض قال: فإذا ادعى المعترف بالقبض أنه لم يقبض وتمسك الدافع بظاهر الوثيقة فالقول قول المعترف، ولا ينبغي أن يختلف فيه، وإنما يختلف هل بيمين أم لا؟ ونحوه في المعيار، ونقله ابن رحال في الشرح فتأمله مع ما للناصر.

قلت: ولكن الواجب أن ما في الفائق والمعيار إنما هو إذا فرضنا أن العرف هو كتب الوصول قبل القبض في جميع الافتراضات والبياعات أو غلب ذلك كما مرّ عن أبي يوسف الزغبي آخر الثنيا، فحينئذ يعمل بهذا العرف فيما جرى فيه بعد النظر في كون الكاتب قبل الوصول قام بالقرب فيصدق أو بالبعد فلا يصدق، أما إذا كان العرف جارياً بالكتب قبل الوصول تارة وبعد الوصول أخرى كما هو مشاهد اليوم فلا يشهد العرف لواحد منهما وغاية ما يوجبه هذا العرف اليمين،

ولو طال الأمد فما قاله الناصر يحمل على ما إذا كان العرف جارياً بالوجهين، وما في الفائق والمعيار يحمل على ما إذا تمحض العرف لأحدهما أو غلب فيه كما مر فلا تعارض والله أعلم.
الرابع: لو شهد شاهد بقبض الثمن وزكى وحكم بشهادته ثم استفسر وقال: لم أعاين القبض فإنه لا تبطل شهادته إذ لا تناقض في ذلك مع ما شهد به في الوثيقة وما حكم به القاضي ماض قاله في شهادات المعيار، ويفهم منه أنه إذا استفسر قبل الحكم فلا يعمل بشهادته حتى يذكر مستند علمه على الإقرار أو المعاينة والله أعلم. ثم أشار إلى اختلافهما في الصحة والفساد أو في الشرط وعدمه فقال:

ـــ القَوْلُ قَوْلُ مُدَّعٍ لِلأَصْلِ
أَوْ صِحْةٍ في كُلِّ فِعْلٍ فِعْلِ

(والقول قول مدع للأصل) كدعوى أحدهما أن البيع وقع بشرط الثنيا، أو شرط أن لا يبيع مثلاً، أو بشرط رهن أو حميل أو النكاح وقع بشرط أن يؤثر عليها، أو بشرط إن أخرجها من بلدها فأمرها بيدها وادعى الآخر عدم الاشتراط في ذلك كله، فإن القول له لأن الأصل عدم الشرط، وكذا إذا اختلف الوكيل وموكله فادعى الوكيل أنه أمره بشراء هذه السلعة وأنكره الموكل وقال: لم آمره بشيء، أو ادعى الموكل أنه أمره بشراء حنطة وقال الوكيل: بل بشعير وقد اشتريته فإن القول للموكل في الأولى لأن الأصل عدم الأمر، وللوكيل في الثانية لأن الأصل عدم العداء كما قال (خ) في الوكالة: والقول لك يا موكل إن ادعى الإذن أو صفة له إلا أن يشترى بالثمن فزعمت أنك أمرته بغيره الخ. ولا يحسن شرحه بدعوى أحدهما أن البيع وقع بتاً وادعى الآخر أنه وقع بخيار، فإنه إنما كان القول لمدعي البت كما مرّ أول الفصل لأنه الغالب في بياعات الناس لا لأجل أنه الأصل كما قيل: والغالب والأصل قد يتعارضان وقد تفرد أحدهما كما مر بيانه عند قول الناظم:

وقيل من يقول قد كان ادعى
ولم يكن لمن عليه يدعى

(أو) اختلافهما في (صحة) وفساد فادعى أحدهما فساد العقد لاختلال ركن لدخولهما على عدم علم قدر الثمن مثلاً، أو شرط لدخولهما على عدم المناجزة في الصرف، أو على عدم ضرب الأجل في السلم ونحو ذلك، وادعى الآخر علمهما بقدر الثمن ودخولهما على المناجزة وضرب الأجل، فإن القول لمدعي الصحة لأنها الأصل أي الغالب في عقود المسلمين فقولهم: الأصل في عقود المسلمين الصحة الخ. مرادهم بالأصل الغالب، وذلك ظاهر لأن الأصل عدم علم قدر الثمن وعدم ضرب الأجل، لكن ذلك الأصل عارضه الغالب وهو علم قدر الثمن في البيع. ووجود ضرب الأجل في السلم والمناجزة في الصرف، فصار الحكم له فصدق مدعيه بمنزلة اختلافهما في العسر واليسر، فالأصل العسر، لكن غلب على الناس الملاء فكأنهم يقولون القول لمدعي الأصل إن لم يعارضه غالب إلاّ فالقول لمدعي الغالب (في كل فعل فعل) أي عند كل عقد عقد بيعاً كان أو غيره كما مرّ، وظاهره اختلف الثمن بهما أم لا؟

فات البيع أم لا؟ والذي عليه الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن وحذاق أهل المذهب كما في المتيطية، والمفيد أن محل كون القول لمدعي الصحة إذا فات المبيع وإلاّ فيتحالفان ويتفاسخان.

ـــ مَا لَمْ يَكُنْ فِي ذَاكَ عُرْفٌ جاري
عَلَى خِلاَفِ ذَاكَ ذُو اسْتِقْرَارِ

(ما لم يكن في ذاك) المبيع (عرف جار) فيه (على خلاف ذاك) الأصل أو الصحة (ذو استقرار) نعت لعرف بعد نعته بجار فإنه يتبع حينئذ ذلك العرف المخالف للأصل كالبيع بشرط الثنيا لأن الأصل هو عدم الشرط أو المخالف للغالب كالصرف لعدم المناجزة، لأن الغالب كان فيه وقوعه على الصحة وهو المناجزة، فإذا غلب في بلد أو وقت وقوعه على عدمها فإنه يتبع ويترجح بذلك قول مدعي عدمها وكذا الجعل مثلاً فإن الغالب كان فيه وقوعه على الصحة بتوفر شروطه وأركانه فكان القول لمدعي صحته، فإذا غلب في بلد أو وقت وقوعه على الفساد باختلال شرط أو ركن كشرط النقد فيه أو عدم علم عوضه، أو ضرب الأجل لعمله، فإنه يترجح قول مدعيه، وهكذا وقد غلب في هذا الأوان وقبله بزمان أن الجعل والمزارعة والمغارسة والشركة والرهن والثنيا وبيع الثمار لا يقع إلا على الوجه الفاسد كما في اللامية وغيرها، ويلحق بها ما عداها.h فإذا جرى العرف في السلم مثلاً بتأخير رأس ماله أكثر من ثلاثة أيام فإنه يترجح بذلك قول مدعي تأخيره، وهكذا في سائر العقود، ولا بد من ثبوت ذلك العرف بعدلين فأكثر، وظاهرهم أن القول لمدعي الفساد إذا غلب وثبتت أغلبيته في عقد، ولو لم يبين وجه فساده. والصواب أنه يسأل عن وجه الفساد فإذا ذكر وجهاً معتبراً كأن يقول: باع لي ثمر جميع الحائط المشتمل على أنواع قبل بدو صلاح بعض أنواع بزهو حبة منه أو ظهور حلاوتها فإنه يتبع قوله وإلاّ فلا. ثم أشار إلى اختلافهما في تابع المبيع فقال:

ـــ وَتَابِعُ الْمبيع كَالسَّرْجِ اخْتُلِفْ
فيهِ يُرَدُّ بَيْعُهُ بَعْدَ الحَلِفْ

(وتابع المبيع كالسرج) والإكاف أي البرذعة واللجام للدابة والثمرة المؤبرة ومال العبد وخلفة القصيل، ونحو ذلك مما لا يتناوله العقد إلا بشرط (اختلف فيه) فادعى المشتري أن البيع وقع على الدابة بلجامها وإكافها، وعلى الأصول بثمرها، وعلى العبد بماله والقصيل بخلفته وادعى البائع أن البيع وقع على الدابة أو الأصول أو العبد أو القصيل فقط (يرد بيعه) ويفسخ (بعد الحلف) أي بعد حلفهما معاً لأن هذا راجع إلى الاختلاف في قدر المثمن، وهو كالاختلاف في قدر الثمن كما مر أول الباب فيجري على حكمه، ولو استغنى عن هذا بما مر لكفاه.

ـــ وذاك إنْ لَمْ يَفُتِ الْمبيعُ
وَيَبْدأُ الْيَمِينَ مَنْ يَبِيعُ

(وذاك) الرد والفسخ (إن لم يفت المبيع) بحوالة سوق فأعلى في غير العقار وبالهدم والبناء والغرس فيه (ويبدأ اليمين من يبيع) كما مر في الاختلاف في الثمن.

ـــ وَذَا الذِي قَالَ بِهِ ابْنُ الْقَاسِمِ
وَإِنْ يَفُتْ فَلِاجْتِهَادِ الْحَاكِمِ
(وذا الذي قال به ابن القاسم) وهو المشهور (وإن يفت) المبيع بشيء مما مر (فلاجتهاد الحاكم) أي فإن الحاكم يجتهد ويتثبت فيمن أشبه منهما، فإن ظهر له أن الشبه للمشتري عمل على قوله مع يمينه سواء أشبه البائع أيضاً أم لا. وكذا إن ظهر له أن الشبه للبائع وحده فإنه يقضي له بيمينه فإن لم يشبها معاً تحالفا ومضى بالقيمة في المقوم والمثل في المثلى إلا السلم فيسلم وسطه كما قال (خ): وإن ادعيا ما لا يشبه في السلم فسلم وسط الخ.
ـــ وَبَيْعُ مَنْ رُشِّدَ كَالدَّارِ ادَّعَى
بِأَنَّهُ فِي سَفَهٍ قَدْ وَقَعَا

(وبيع من رشد كالدار) أي مثل الدار ونحوها فالكاف بمعنى مثل مفعول بقوله بيع ثم بعد بيعه لدارك قام و (ادعى بأنه) أي البيع (في سفه قد وقعا) وأنه لم يحصل له الرشد الذي هو متصف به الآن إلا بعد وقوع ذلك البيع، وإنما ادعى ذلك ليتمكن من رد سلعته إن وجدت أو أخذ قيمتها إن فاتت ويضيع الثمن على المشتري حيث لم يصن به البائع ماله لأنه سفيه على دعواه. وقال المشتري: بل وقع البيع بعد الرشد ولا تاريخ للشراء يدل على تقدمه على تاريخ الترشيد أو تأخره، فإن البينة على البائع أنه باع قبل رشده فإن لم تكن له بينة.
ـــ لِلْمُشْتَرِي القَوْلُ بِهِ مَعْ قَسَمِ
وَعَكْسُ هَذَا لابْنِ سُحْنُونٍ نَمِي
فـ(ـــــللمشتري القول به) أي في هذا البيع (مع قسم) أنه باع وهو رشيد فإن نكل حلف البائع وأخذ المبيع بعد رده الثمن إن كان صون به ماله هذا ظاهره، وهو الذي ينبغي اعتماده خلافاً لما في الفرع السابع من فروع النكاح من الفائق عن ابن زرب أنه لا يمين على المشتري قائلاً: لا أرى اليمين على المبتاع والبيع لازم للبائع ولا تنفعه دعواه. قال: أرأيت لو نكل المبتاع عن اليمين أيكون البائع مولى عليه ويكون بذلك سفيهاً؟ ما أرى اليمين في مثل هذا ولا يفسخ بيعه اهـ. (وعكس هذا) وهو القول للبائع (لابن سحنون نمي) أي نسب قال ولد الناظم: وكأنه رأى أن السفه سابق للبائع والمشتري يسلمه له، فحمل الحال على الاستصحاب اهـ. وما صدر به الناظم هو المعتمد لأن الأصل في العقود الصحة والبائع يدعي عدمها، ومن هذا المعنى ما أجاب به أبو الضياء مصباح في وصي باع على أيتامه أرضهم، وكان فيهم غائب لم يشمله التقديم، فلما بلغ الأيتام قاموا على المبتاع بحق الغائب وأرادوا إيقافه والشفعة، فادعى المبتاع أن الغائب توفي وأقام بينة بذلك، غير أن البينة لم تحقق وقت الموت هل قبل البيع أو بعده؟ فقال: القول قول المبتاع إنه مات قبل البيع وقد باع نصيبهم جميعه الوصي اهـ.

تنبيهات. الأول: لو باع المحجور وصرفه فيما لا غنى له عنه بحيث لو رفع إلى الحاكم لكان يفعله مضى بيعه قاله في الاستغناء. ونقله اليزناسني هنا مقتصراً عليه. قلت: وهذا مخالف لقول (خ) في الحجر: ولو حنث بعد بلوغه أو وقع الموقع الخ. إذ لا يكون قد وقع الموقع إلا إذا باع للحاجة وصرف الثمن فيما لا

غنى له عنه أي: وقع الموقع في سبب البيع وصرف الثمن وإن كان الأول هو الموافق لقولهم: كل من فعل فعلاً لو رفع إلى الحاكم لم يفعل غيره ففعله ماض كما نقله (ق) عن البرزلي في باب الخلع.
الثاني: إذا فعل المحجور ما ليس بمصلحة من بيع ونكاح وغيرهما بمحضر وليه، فإن الولي يضمنه لأنه أمين عليه، وكل أمين إذا ضيع أمانته أو غرر بها أو تعدى عليه بوجه فهو ضامن لها قاله في الطرر.
الثالث: إذا تصرف المحجور بمرأى من وصيه ولم يظهر في تصرفه محاباة ووليه ساكت فإن تصرفه ماض ويلزمه ما لحقه من الدين ويحمل الأمر على أن وليه قصد بسكوته إجازة ذلك. قال البرزلي: وبه العمل. انظر شرح الشامل عند قوله: فإن باع المميز بلا إذن.
ـــ وَمَنْ يَكُنْ بِمَالِ غَيْرِهِ اشْتَرَى
وَالْمُشْتَرَى لَهُ لِلأَمْرِ أَنْكَرَا
(ومن يكن بمال غيره اشترى) شيئاً وادعى أن رب المال أمره بذلك الشراء (والمشترى له) وهو رب المال (للأمر أنكرا) وقال: لم آمره بشراء ذلك بل بحفظ ذلك المال فقط، فإن المشهور أن القول للآمر إذا حلف كما مر عن (خ) عند قوله: والقول قول مدع للأصل الخ. لأن هذا من أفراده وإنما أعاده ليرتب عليه قوله:
ـــ وَحَلَفَ الآمِرُ فَالْمَأْمُورُ
مِنْهُ ارْتِجاعُ مَالِهِ مَأْثُورُ
(و)إذا (حلف الآمر) على أنه لم يأمره بما قال (فالمأمور) وهو المشتري وسماه مأموراً باعتبار دعواه (منه) أي المأمور (ارتجاع ماله) أي الآمر (مأثور) مروي عن أصبغ يعني أنه إذا حلف الآمر فإنه يرتجع ماله ويأخذه من المأمور.
ـــ وَمَا لَهُ شَيْءٌ عَلَى مَنْ بَاعا

مَا لَمْ يَكُنْ قَدْ صَدَّقَ المُبْتاعا
(وما له شيء على من باعا) أي: ولا يرجع على البائع بشيء (ما لم يكن) البائع (قد صدق المبتاعا) في أن المال للآمر فإن صدقه فإن الآمر يأخذ ماله من البائع حينئذ هذا قول أصبغ كما مرّ.
ـــ وَقِيلَ بَلْ يَكُونُ ذَا تَخَيُّرِ
في أَخْذِهِ مِنْ بَائِعٍ أَوْ مُشْتَرِي
(وقيل) وهو لابن الماجشون إذا حلف الآمر فلا يتعين رجوعه على المأمور (بل يكون ذا تخير في أخذه) ماله (من بائع أو) من (مشتر) فإن أخذه من المشتري فلا إشكال وإن أخذه من البائع فإنه يرجع به على المشتري.
ـــ وَالبَيْعُ في القَوْلَيْنِ لَنْ يَنْتَقِضَا
وَالْمُشْتَرِي لَهُ المبيعُ مُقْتضَى
(والبيع في) كل من (القولين لن ينتقضا) بل هو لازم للمتبايعين، سواء قلنا بقول أصبغ أو بقول ابن الماجشون (و) إذا كان لازماً فـ(ـــالمشتري) يكون (له المبيع) حال كونه (مقتضى) ومفهوم قوله: والمشتري له للآمر أنكرا الخ. أنه إذا لم ينكر فإن الشيء المشترى يكون له ولا إشكال، وكذا لو ادعى المأمور أنه إنما اشترى بذلك المال لنفسه لا لموكله لأنه مأذون له في التصرف وكل من أذن له في التصرف كالوكيل والمقارض والمبضع معه إذا ادعى الشراء لنفسه لا يمكن من أخذ الشيء المشترى لأنه لا يربح على تعديه

بالشراء لنفسه كما قال (خ) في القراض: ككل آخذ مالاً للتنمية فتعدى، بخلاف من لم يؤذن له في التصرف كالمودع والوصي والغاصب إذا ادعوا الشراء لأنفسهم فإن الشيء المشترى يكون لهم والربح لهم والخسارة عليهم، وكذا الوكيل إذا أتجر بالثمن الذي باع به أو أخذ مالاً لشراء سلعة فتجر به قبل شرائها فإن الربح له في الصورتين، لأنه كالمودع عنده ما لم يقل الوكيل ونحوه: اشتريته بمالي وكان له مال من غير مال موكله فإنه يصدق قاله (ز) آخر باب الوكالة، وانظر قبل ثمانية أوراق من أواخر الوكالة من ابن عرفة، وانظر ما تقدم في الوكالة عند قوله: ومن خصومة معينة الخ.

فصل في حكم البيع على الغائب

قال (م): الأولى والله أعلم أن يقول: فصل في الحكم على الغائب ليشمل الطلاق عليه والعتق، وقد ذكرهما هنا. وأجاب عن ذلك: بأن الفصل إنما هو للبيع والطلاق والعتق إنما ذكرا استطراداً. واعلم أنه إذا حضر الطالب وحده عند القاضي فلا يخلو المطلوب إما أن يكون تحت إيالته أو خارجاً عنها، فإن كان تحت إيالته فلا يخلو أمره من ثلاثة أحوال، لأنه إما أن يكون حاضراً معه في البلد فيرسل إليه أحد أعوانه، وإما أن يكون خارجاً عن البلد بيسير الأميال مع أمن الطريق فإنه يكتب إليه بأن يحضر أو يوكل، وإما أن يكون بعيداً حساً أو معنى كالخوف، فالحكم أن يكتب القاضي لأمثل أمين هناك أن يفعل ما يجب من إنصاف أو إصلاح أو إزعاج المطلوب للخصام كما تقدم ذلك في فصل رفع المدعى عليه، وأما إن كان خارجاً عن إيالته فله حالتان: إما أن يكون خارجاً عنها لكون ذلك هو وطنه ومحل قراره فهو قوله فيما مر: والحكم في المشهور حيث المدعى عليه الخ. وإما أن يكون خارجاً عنها لزيارة أو تجارة أو نحوهما، وهو متوطن بمحل ولاية القاضي أو له مال بها أو وكيل أو حميل، فهذه محل الأقسام الثلاثة الآتية في النظم، وإلاَّ لم يحكم عليه بل تنقل الشهادة فقط من غير حكم كما في الشامل وغيره.

ـــــ لِطَالِبِ الحُكْمِ عَلَى الغُيَّابِ
يُنْظَرُ في بُعْدٍ وَفِي اقْتِرَاب

(لطالب الحكم على الغياب) جمع غائب كعذال جمع عاذل (ينظر في بُعد) جداً كإفريقيه من مكة أو المدينة أو لا جداً كالعشرة الأيام مع الأمن أو اليومين مع الخوف (وفي اقتراب) كثلاثة أيام مع الأمن.

ـــــ فَمَنْ عَلَى ثَلاَثَةِ الأَيَّام
وَنَحْوِهَا يُدْعَى إلى الأَحْكَامِ

(فمن) كان (على ثلاثة الأيام ونحوها) فهو كالحاضر (يدعى إلى الأحكام) فتسمع البينة وتزكيتها ثم يعلم بها ويعذر إليه في وصولها والطعن فيها، فإن أبدى مطعناً ووكل من يخاصم أو قدم بنفسه فذاك وإلا حكم عليه حتى في استحقاق العقار والطلاق والعتق وبيع عليه ماله من أصول وغيرها لقضاء ديونه أو نفقة زوجته، ولا ترجى له حجة في شيء كما لابن رشد وغيره وهو معنى قوله:

ـــــ وَيُعْذِرُ الحَاكِمُ في وَصُولِهِ

بِنَفْسِهِ لِلحُكْم أَوْ وَكيلِهِ
(ويعذر الحاكم) أي يقطع عذره بضرب أجل يسعه (في وصوله بنفسه للحكم أو وكيله) ويسعه للطعن في بينته.
ـــ فإنْ تَمَادى وَالمَغِيبُ حَالُهُ
بِيعَ بِإطْلاَقٍ عَلَيْهِ مَالُهُ
(فإن تمادى والمغيب حاله) أي تمادى على غيبته ولم يوكل ولم يقدم ولم يطعن (بيع) بالخيار ثلاثاً إذ كل ما يبيعه الحاكم فهو على الخيار ثلاثاً، وإن لم يشترطه إلا أن يجهل المشتري كونه بالخيار فله الرد والإمضاء، فإن باع بغير خيار فلكل من الغائب والغرماء الرد لتضررهم بذلك كذا ينبغي قاله (ز). وانظر حاشيتنا على اللامية عند قولها: ومن غاب عن قرب كمن هو حاضر الخ.
(بإطلاق عليه ماله) أصلاً كان أو غيره، ولكن إنما يباع.
ـــ بَعْدَ ثُبُوتِ المُوجِبَات الأَوَّلِ
كالدَّيْنِ وَالْغَيْبَةِ والتَمَوُّلِ

(بعد ثبوت الموجبات الأول) أي السابقة على البيع المشترطة في بيع الحاكم المشار إليها في قول (خ): وباع بثبوت يتمه وإهماله وملكه لما بيع الخ. فيبدل اليتم والإهمال هنا بالدين والغيبة كما قال: (كالدين والغيبة والتمول) أي كون ذلك المال للغائب فيصير المعنى هكذا: وبيع ماله بعد ثبوت موجبات البيع من الدين أو النفقة والغيبة وقربها أو بعدها، وأنه أعذر له في القريبة فلم يقدم وأن هذا المبيع ملكه وأنه أولى ما يباع عليه وحيازة الشهود له والتسوق وعدم إلغاء زائد والسداد في الثمن وفي تصريحه بأسماء الشهود قولان الخ. والعمل على تصريحه بهما كما مرّ فإن باع بغير ثبوت هذه الموجبات فهو ضامن كما مرّ في فصل مسائل من أحكام البيع، والمراد بالسداد أن لا تكون فيه محاباة وأن يكون عيناً لا عرضاً، وليس المراد بلوغه القيمة فأكثر كما يتوهم، ففي البرزلي عن السيوري أنه سئل عن بيع القاضي على غائب أو محجور بما أعطى فيه بعد النداء عليه ولم يلف زيادة من غير شهادة أنه بيع مغالاة واستقصاء، هل يجوز هذا البيع؟ فأجاب: إن ثبت أنه لم يوجد فيه إلا ما بيع به ولم تقع محاباة ولا عجلة في البيع ولا تقصير، فهو نافذ بكل حال اهـ. البرزلي ومثله لابن رشد في بيع ربع اليتيم أو غلاته في نفقة المحجور فقال: يستقصى ويباع ولا ينتظر به بلوغ القيمة، لأنه غاية المقدور اهـ. وكذا قال ابن محرز فيمن بيع عليه ربعه للدين، فإنه يضرب له أجل شهرين، فإذا انقضى الأجل فإنه يباع، ولو لم يبلغ القيمة وجهل من قال ينتظر به بلوغ القيمة اهـ. ثم إذا شهدت بينة بأن الثمن سداد والأخرى أنه على غير سداد فلا يلتفت إلى بينة غير السداد حيث لم يوجد فيه إلا ما بيع به بعد النداء عليه، كما في المعيار عن ابن رشد.

قلت: يفهم من هذا أنه لا قيام بالغبن في هذا البيع إذ الغبن هو أن يباع بأقل مما يساويه وقت البيع، ولا شك أنه وقت البيع لم يساو غير ما وقف عليه فكان ذلك قيمته وقولهم: لا ينتظر به بلوغ القيمة الخ. يعنون القيمة التي كان يعتادها قبل ذلك، ولا شك أن القيمة التي كان يساويها قبل ذلك لا ينظر إليها، ولذلك جهل ابن محرز من قال: ينتظر به بلوغها، وقد تقدمت الإشارة إلى هذا عند

قول الناظم:
وبيع ملك لقضاء دين
قد أجلوا فيه إلى شهرين
وما تقدم من أنه لا بد من ثبوت ملكه لما بيع هو الذي عول عليه غير واحد، وصدر في الشامل بأنه لا يحتاج إلى إثبات ملكه. ابن عبد السلام: وهو ظاهر المذهب بل قال أهل طليطلة: إنه يهجم عليه ويؤخذ له ما يعرف للرجال أو للرجال والنساء اهـ.
قلت: وهو اللائق بزماننا ويدل لرجحانه أن الأصل فيمن حاز شيئاً يدعي ملكيته يصدق في دعواه ويحمل على أنه ملكه، وكونه بيده وديعة أو من غصب أو سرقة على خلاف الأصل، وقاله ابن رحال في ارتفاقه.
ـــ وَمَا مِنَ الدَّيْنِ عَلَيْهِ قُضِيَا
وكالطَّلاقِ والعِتَاقِ أُمْضِيَا

(و) إذا قبض الثمن فإن (ما) ثبت (من الدين عليه قضيا) بذلك الثمن بعد الإعذار للغرماء في بعضهم بعضاً حيث ضاق ماله عن ديونه وبعد يمين القضاء، لأن هذا الغائب وإن كان كالحاضر فيحلف كل واحد من الغرماء لحق غيره لا لحق الغائب المذكور خشية كون الغائب أو المفلس حاباه بعدم طلبه يمينه، وإذا حلفوا فهل يستأني بقسم المال عليهم؟ فإن لم يعرف بالدين فلا استيناء وإن عرف به فالمشهور أنه يستأني به في الموت فقط (خ): واستؤني به أي بالقسم إن عرف بالدين في الموت فقط. (وكالطلاق) الكاف اسم بمعنى مثل مبتدأ (والعتاق) تقوم البينة بهما أو بأحدهما على الغائب المذكور فيعذر إليه ويستمر على غيبته (أمضيا) عليه بحكم الحاكم بعد ثبوت الموجبات أيضاً من كون هذه المرأة زوجة له وثبوت شرطها عليه الطلاق بغيبته إن كان الطلاق به، أو ثبوت الإعسار بالنفقة إن كان الطلاق به واليمين على نصه كما مرّ في الطلاق بالإعسار، ومن ثبوت غيبة السيد في العتق وثبوت ملكه لهذا المملوك، وثبوت حرية هذا المملوك بالإصالة أو الشهادة على السيد بعتقه أو عدم النفقة لأم ولده التي لا صنعة لها أو لها صنعة لا تقوم بنفقتها.
ـــ وَمَا لَهُ لِحُجَّةٍ إرْجاءُ
فِي شَأْنِ ما جَرَى بِهِ القَضَاءُ
(و) إذا بيع ماله وقضيت ديونهم وقدم فـ(ـــما له) أي الغائب المذكور (بحجة) متعلق بقوله (إرجاء في شأن ما جرى به القضاء) والطلاق أو العتق عليه ماض وكذا البيع. ولو أثبت البراءة من الدين أو النفقة أو جرح شهود الطلاق أو العتق ونحو ذلك.
ـــ إلاّ مع اعْتِقَالِهِ مِنْ عُذْرِ
مِثْلِ العَدْوِّ وَارْتِجَاجِ البَحْرِ

(إلا مع اعتقاله) عن القدوم والتوكيل (من) أجل (عذر) حصل له وقت الإعذار له (مثل) الإغماء والجنون والمرض الفادح أو (العدو) الكافر أو اللصوص أ(و ارتجاج البحر) بأن يكون الوقت لا يركب فيه لكثرة هوله، ونحو ذلك من الإعذار فإنه ترجى له الحجة حينئذ لما تقدم من أن اليومين مع الخوف بمنزلة البعد،

ويرد الطلاق والعتق ويرجع بالثمن على من قبضه من المشتري في البيع كما يأتي قريباً. ثم أشار إلى الغيبة البعيدة لا جداً فقال:

ـــ والحُكْمُ مِثْل الحَالَةِ المُقَرَّرَه
فِيمَنْ عَلَى مَسَافَةٍ كَالْعَشَرَهْ

(والحكم) مبتدأ خبره (مثل الحالة المقررة) لقريب الغيبة وقوله (فيمن) متعلق بالحكم أي والحكم فيمن غاب غيبة متوسطة وهو ما كان (على مسافة كالعشرة) الأيام مع الأمن أو اليومين مع الخوف مماثل للحالة المقررة في قريب الغيبة إلا أن الأول يحكم عليه في كل شيء كما مر.

ـــ وفي سِوَى اسْتِحْقَاقِ أَصْلٍ أَعْمِلاَ
والخُلْفُ في التَّفْلِيسِ مح عِلْمِ المَلاَ

(و) هذا (في سوى استحقاق أصل أعملا) الحكم عليه (خ): والقريب كالحاضر ثم قال: والعشرة أيام أو اليومان مع الخوف يقضي عليه مع يمين القضاء في غير استحقاق العقار الخ. أي: وأما استحقاق العقار فلا يقضي عليه فيه لكثرة المشاحة فيه، بل تسمع بينة القائم وليشهد بما ثبت عنده، ثم يصبر حتى يقدم الغائب، وأشعر قوله في غير استحقاق العقار أنه يقضي عليه ببيع العقار لقضاء دين أو دفع نفقة زوجة كما يحكم بذلك على حاضر ملد بالحق قاله (ز).

(والخلف في التفليس) لهذا الغائب غيبة متوسطة (مع علم الملا) حين خروجه للسفر فقيل: يفلس فتحل ديونه المؤجلة، ومن وجد سلعته قائمة فهو أحق بها. وقيل: لا يفلس حتى يكتب إليه ويكشف عن حاله وهو المعتمد في موضع النظم الذي هو علم الملاء كما أن قريب الغيبة لا يفلس حتى يكشف عن حاله كان معلوم الملاء حين خروجه أم لا. ومفهوم علم الملاء أنه في المتوسطة إذا علم عدمه حين خروجه أو جهل حاله يفلس من غير خلاف، وأما بعيد الغيبة كمن على شهر أو أكثر فيفلس ولو علم ملاؤه اتفاقاً عند ابن رشد، وعند اللخمي: إنما يفلس إذا لم يعلم ملاؤه حين خروجه أيضاً كالمتوسطة، وبالجملة فيتفق الشيخان في القريبة على أنه لا يفلس حتى يكشف عن حاله، وأن المتوسطة مقيدة بما إذا لم يعلم ملاؤه، وأما إن علم فلا يفلس على المشهور ويختلفان في البعيدة، فاللخمي يقيدها كالمتوسطة، وابن رشد لا يقيدها، وعلى ما للخمي درج ابن الحاجب وابن شاس وهو ظاهر قول (خ) وفلس حضر أو غاب إن لم يعلم ملاؤه الخ.

ـــ وذا لهُ الْحُجَّةُ تُرْجى والذِي
بِيعَ عَلَيْهِ مَالَهُ مِنْ مُنْقِذِ

(وذا) أي الذي على مسافة كالعشرة (له الحجة ترجى) فيرد عتقه وطلاقه إن أبطل البينة الشاهدة عليه بهما (و)أما (الذي بيع عليه) من أصل أو غيره لقضاء دينه أو نفقة زوجته وفات بيد مشتريه بتغير ذات ونحوه لا بحوالة سوق فـ(ـــما له من منقذ) أي مخلص، وإنما له الرجوع بالثمن حيث أثبت البراءة أو أبطل الشهادة على من قبضه من رب زوجة أو رب دين كما قال:

a

ـــ وَيَقْتَضِي بِمُوجِبِ الرُّجُوعِ

مِنَ الغَرِيمِ ثَمَنُ المَبِيعِ
(ويقتضي) هو أي الغائب (بموجب الرجوع من الغريم) وهو رب الدين هنا أو الزوجة (ثمن المبيع) مفعول يقتضي والمجروران يتعلقان به، وقولي: وفات الخ. احترازاً مما إذا لم يفت المبيع بل كان قائماً بيد المشتري فإنه ينقض البيع ويرد إلى الغائب بعد أن يرد الثمن للمشتري على المعتمد كما في ابن رحال وغيره وقاله (ز) أيضاً عند قول (خ) في النفقات: وبيعت داره بعد ثبوت ملكه الخ. وهو المأخوذ من قول (خ) في الاستحقاق: وإن أنفذت وصية مستحق برق لم يضمن وصي وحاج إن عرفا بالحرية، وأخذ السيد ما بيع عليه إلى قوله: وما فات فالثمن الخ. وهذا خلاف إطلاق الناظم، وإن كان الإطلاق هو الذي لابن الحاج وغيره، وكان وجه الإطلاق أنه لو رد البيع مع حكم الحاكم به ما اشترى أحد مبيعه لتوقع فسخه ولا يخفى ما في ذلك لأن توقع الفسخ بإثبات البراءة أو تجريح البينة نادر كتوقعه بثبوت الاستحقاق والعيب النادر لا حكم له. ثم أشار إلى البعيدة جداً فقال.

ـــ وَغَائِبُ مِنْ مِثْلِ قُطْرِ المَغْرِبِ
لِمِثْلِ مَكَّةَ وَمِثْلِ يَثْرِبِ

(وغائب) غيبة بعيدة (من مثل قطر المغرب لمثل مكة ومثل يثرب) على صاحبها أفضل الصلاة والسلام.

ـــ ما الحُكْمُ في شيءٍ عَلَيْه يَمْتَنِعْ
وهُوَ عَلَى حُجَّتِهِ ما تَنْقَطِعْ

(ما) نافية أي ليس (الحكم في شيء) من الأشياء حتى استحقاق العقار (عليه يمتنع) بعد ثبوت الموجبات المتقدمة ويمين القضاء، ومثل الغائب المذكور المحجور ولو كان له وصي أو مقدم (وهو) أي الغائب ومن هو في حكمه (على حجته) إذا قدم (ما تنقطع) له بطول الغيبة. وظاهره أنه يحكم عليه في هذه وفي التي قبلها، ولا يقيم له وكيلاً يخاصم عنه، وهو كذلك على المشهور. ومذهب المدونة لأن الوكيل وكذا الوصي والمقدم لا يعرفون الحجج التي يقام بها. وقال سحنون وابن الماجشون: يقيم لهم وكيلاً ولا ترجى لهم حجة. قال ابن ناجي: والعمل عندنا بالقيروان على الجمع بين القولين فيقيم لهم وكيلاً على قول سحنون وترجى لهم الحجة على مذهب المدونة اهـ.
قلت: وبهذا شاهدنا العمل بفاس ويسمى عندهم وكيل الغياب والمحاجير.

ـــ والحُكْمُ مَاضٍ أَبَدَاً لا يُنْقَضُ
وَمَا بِهِ أُفِيتَ لا يَنْتَقِضُ

(والحكم) بالبيع لمتاع هذا الغائب (ماض) عليه (أبداً لا ينقض) يعني إذا فات المبيع بيد مشتريه بتغير ذات وإلاَّ فينقض كما مر في التي قبلها (وما به) أي الحكم (أفيت لا ينتقض) هذا الشطر تأكيد للشطر الذي قبله وليس فيه معنى زائد عليه.

ـــ لَكِنَّ مَعْ برَاءَةٍ يُقْضَى لَهُ
بِأَخْذِهِ مِنَ الغَرِيمِ ما لَهُ

(لكن مع) إثبات (براءة) ذمة الغائب من الدين أو النفقة اللذين بيع ما له فيهما وأبطل الشهادة عليه بتجريح شهودها (يقضى له بأخذه من الغريم ماله) وقولي بالبيع احترازاً من حكمه باستحقاق العقار أو غير فإنه ينقض فات بالهدم والغرس أم لا. وقولي: هذا الغائب احترازاً من حكمه ببيع متاع المحجور لقضاء دين ونحوه، ثم ظهرت البراءة منه فإن للمحجور إذا رشد أن ينقض البيع ولو فات كما يؤخذ من قول (خ) وغيره في الحجر، وله إن رشد ولو حنث بعد بلوغه أو وقع الموقع الخ فتأمله. والله أعلم. وإلى هذا القسم الثالث من أقسام الغائب أشار (خ) بقوله: والبعيد جداً كإفريقية قضى عليه بيمين القضاء وسمى الشهود وإلاَّ نقض الخ. وهل يمين القضاء واجبة أي لا يصح الحكم بدونها وهو المعتمد أو هي استظهار واحتياط فيتم الحكم بدونها؟ قيل: وبه العمل لأنه يقول: لا تحلفني إذ لعله يقر بأن حقي باق عليه.

تنبيه: إذا صير الحاكم دار المدين الغائب لرب الدين في دينه، فلما قدم الغائب أثبت البراءة من دينه أو جرح شهوده، فإن الدار ترد إلى ربها ما لم تفت بهدم أو بناء فيمضي بالقيمة كما يفهم من كلام الشارح لأنه جعلها من قبيل مسألة الجارية الواقعة لشيخه قاضي الجماعة أبي القاسم بن سراج وصورتها: تاجر تسرى جارية بغرناطة وغاب بناحية تونس وادعت الضيعة فكفلها بعض حاشية السلطان ممن له وجاهه، وكتب على سيدها النفقة إلى أن تجمل له قريب من ثمنها فرفع أمره إلى القاضي وأثبت دينه ذلك وغيبة المالك وملكه للجارية، وحلف على المتجمل له وقومت الجارية وصيرت في النفقة لكافلها فأعتقها وتزوجها، ثم قدم مالكها فتظلم من بيعها على الوجه المذكور وادعى أنه ترك لها ما يقوم بنفقتها لأكثر من مدة مغيبه وأن لها صنعة تقوم بها أو يمكنها إتمام نفقتها منها، وتعلق من الدولة بجهة لا تقصر عن جهة خصمه، فكان هذا الخصام مكافئاً في الاستظهار بالوجاهة بين هذين الخصمين اللذين بغى بعضهما على بعض، وثبت القاضي المذكور على حكمه من تصيير الجارية وخالفه غيره قال: ولم يلم القاضي المذكور بإثبات عجزها عن النفقة من صنعة يدها ولا إثبات كون مالكها لم يترك لها نفقة، وقد قال ابن عبد الرفيع في معينه: إذا قامت مملوكة عند القاضي وذكرت غيبة مالكها وأنه لم يترك لها نفقة كلفها إثبات غيبته وبعدها وملكه لها، وأنه لم يخلف لها نفقة ولا بعث لها بشيء، ثم يأمر ببيعها وإيقاف ثمنها للغائب. وزاد غيره أنه يكفلها أيضاً إثبات كونها عاجزة عن استعمالها فيما يستعمل فيه مثلها لتنفق منه على نفسها قاله ابن عتاب في أم الولد. فالمملوكة أحرى وأولى بهذا الحكم اهـ..

قلت: قد فقد من تصيير القاضي المذكور أيضاً التسوق وعدم إلغاء الزائد، إذ لا يلزم ربها بيعها بقيمتها من غير تسويق، وفقد منه أيضاً أنها أولى ما يباع عليه أو ليس له غيرها، لكن هذا الثاني قد لا يتجه لأنه لو كان له غيرها لكان قد ترك لها نفقة فهو داخل في قوله: وإنه لم يترك لها نفقة، ثم قال الشارح: حكم الحاكم إذا لم يصادف محلاً لكونه مبنياً على أمور مظنونة، ثم ينجلي الأمر بخلاف ذلك كمسألة المفقود تعتد بعد ضرب الأجل وتتزوج ثم يقدم الزوج الأول، وكمسألة الحكم بالنفقة للحامل ثم ينفش، وكمسألة البيع على الغائب ثم تظهر البراءة

وكمسألة الخارص يخرص أربعة أوسق ثم يظهر أكثر، وكمسألة مثبت العيب في العبد الذي اشتراه وقد مرض العبد أو كاتبه فغرم قيمته، ثم صح العبد أو عجز عن الكتابة فرق وذهب عنه البيع، فلا رجوع للبائع في القيمة لأنه حكم نفذ. وكمسألة الرحى تحدث بحكم الحاكم لعدم ضررها بالتي فوقها بشهادة أهل المعرفة، ثم يتبين ضررها بالتي قبلها وقطعت الماء عنها فإنها لا تنقض. وكمسألة من نزل الماء في عينه بسبب ضربة فأخذ ديتها ثم برئت ورجعت لحالها، فإن الدية ترد. وكمسألة المشهود بموته فتقسم تركته وتباع عروضه وتتزوج زوجته ولم تعذر البينة، بل ظهر تعمدها للزور فإنه يرد له جميع ذلك كما في (خ). وكمسألة اختلاف المتبايعين في موت العبد في عهدة الثلاث فيرد ثمنه، ثم يأتي حياً فإن رد الثمن بحكم فهو للمبتاع وإلاَّ فللبائع على ما قاله ابن رشد. وكمسألة من ادعى نكاح امرأة فأنكرته فادعى بينة بعيدة لا تؤمر المرأة بانتظارها، فحكم القاضي بسقوط دعواه، ثم قدمت البينة فإنها ترد إليه تزوجت أم لا. ونحو ذلك لا يخلو حكمه المذكور من كونه مبنياً على موجب قطعي أو ظني، فإن كان الأول فإما أن يعارضه قطعي أو ظني فالأول محال وجوده لأنه لا يمكن أن يقع التعارض بين قطعيين، وأما الثاني فلا ينقض بموجب ظني ما ثبت أو لا بموجب قطعي، وليس في هذه

المسائل مثال لواحد من هذين القسمين، وأما الثاني من القسم الأول، وهو ما ثبت بموجب ظني فلا يخلو إما أن يعارضه قطعي أو ظني وأيّاً ما كان فإما أن يتعلق به حق الغير أو يطرأ فوت أو يعتبر خوف تفويت مصلحة نصب الإمام، فالأول وهو ما إذا عارض القطعي الظني ولم يتعلق به حق الغير، ولا طرأ فوت ولا غيره فينقض الحكم وذلك كمسألة المفقود تعتد زوجته بعد الأجل وقبل أن تتزوج أو بعد العقد، وقبل دخول الثاني قدم الأول فإنها ترد للأول لأنه تبين للعيان خلاف الظني الذي بنى عليه الحكم، وكذا انفشاش حمل المطلقة وكون العبد للمتاع في مسألة عهدة الثلاث، وكذا خارص الأربعة أوسق لأنه انكشف خطؤه اهـ.
قلت: وكذا مسألة نزول الماء في العين، وأما إذا عارض القطعي الظني وتعلق به حق الغير أو طرأ الفوت فذلك كمسألة المفقود بعد دخول الثاني بها فإن الحكم لا ينقض.

قلت: وعليه تنزل مسألة الرحى أيضاً، ومسألة مثبت العيب في العبد وقد مرض أو كاتبه، وكذلك مسألة الغسال يتلف بيده الثوب فيغرم قيمته ثم يجده، فإن الثوب يكون له، وكذا من فرط في أمانة فيغرم قيمتها ثم وجدت. وأما القسم الثالث: وهو ما إذا عارض الظني الظني ولم يتعلق به حق الغير، ولا طرأ الفوت، ولا اعتبر خوف تفويت مصلحة نصب الإمام، فذلك كتصيير دار الغائب لرد الدين ثم يقدم ويثبت البراءة فلا إشكال في نقض البيع، وكمسألة الجارية المتقدمة إذا فرضنا أن مالكها ترك لها نفقة أو لها صنعة تقوم بها فلا إشكال في النقض حيث لم يحدث فيها عتق أو تزويج، وإلاَّ فهي من القسم الذي بعده، ومن هذا القسم مسألة الزوجة تطلق بعدم النفقة ثم يظهر إسقاطها فإنها ترد إليه، وأما القسم الرابع: وهو ما إذا عارض الظني الظني

وتعلق به حق الغير أو طرأ الفوت أو اعتبر خوف تفويت مصلحة نصب الإمام، فذلك كمسألة دار الغائب إذا بيعت لغير رب الدين فإنها لا ترد لربها إذا أثبت البراءة على أحد قولين تقدما، ولو لم تفت لتعلق حق الغير بها ولخوف تفويت مصلحة نصب الإمام على هذا القول، وهو ظاهر النظم كما مرّ. قال الشارح: ولا يخلو هذا القول من استحسان، والقول بنقض البيع أقيس، ولا سيما مع تزوير بينة أصل الدين. وكمسألة الجارية المتقدمة لأنه طرأ فوتها بالعتق والتزويج اهـ. ما للشارح ههنا باختصار. وزيادة للإيضاح إلا أنه أورد على مسألة المفقود بعد دخول الثاني من قال: عائشة طالق. وقال: أردت زوجة لي غائبة اسمها عائشة فطلقت عليه الحاضرة لعدم تصديقه، ثم ظهر صدقه فيما قال، فإن التي طلقت عليه ترد إليه ولو تزوجت ودخل بها، فإن قلنا بالرد في هذه؟ فيقال: بالرد في مسألة المفقود بالأحرى لاحتمال أن يكون طلق عائشة الحاضرة ثم ندم، بخلاف مسألة المفقود فلا احتمال فيها أصلاً، ثم ظاهر ما مر عن ابن سراج والشارح ومن وافقهما أنهم حملوا بيع القاضي على استيفاء الموجبات، وإن

على من ادعى انخرامها إثبات ذلك، وهو خلاف ما مر عن السيوري في فصل مسائل من أحكام البيع من أنه محمول على عدم استيفائها، وعليه فيغرم ما زاده ثمنها على قيمتها بتقدير تسويقها ولا يكلف ربها إثبات أنها لها صنعة تقوم بها فتأمل ذلك والله أعلم.

فصل في العيوب

أي عيوب غير الحيوان، وأما عيوب الحيوان من رقيق وغيره، فقد تقدم الكلام عليها في فصل بيع الرقيق وغيره من سائر الحيوان، فمراده هنا عيوب الأصول والعروض لا غير، ثم إن الناظم كغير واحد من أهل المذهب قسم عيوب الأصول إلى ثلاثة أقسام: قليل فهو كالعدم، وكثير يثبت له به الرد، ومتوسط يتعين فيه الرجوع بالأرش فقال:

ـــ وَمَا مِنَ الأُصُولِ بِيعَ وَظَهَرْ
لِلْمُشْتَرِي عَيْبٌ بِهِ كَانَ اسْتَتَرْ

(وما من الأصول بيع وظهر للمشتري) بعد عقد الشراء (عيب به كان استتر) ويخفى عند التقليب ومثل المشتري من لا يعرف ذلك العيب وإلاَّ فلا قيام له به كما مر تفصيله في عيوب الرقيق، وإذا ادعى البائع أن المشتري أحاط بالدار معرفة وعلماً، وقد كتب في الوثيقة مثل ذلك فإن ذلك لا ينفعه إذا كان العيب مما يخفى قاله البرزلي عن المازري قائلاً: ولا حجة في قول الموثق إنه أحاط بها علماً إذ ذاك من تلفيقهم، والعادة تقتضي عدم قصده بالإشهاد اهـ.

قلت: وكذا قول الموثق قلب ورضى هو من التلفيق أيضاً، إذ هو من معنى قولهم: أحاط بها علماً قاله أبو العباس الملوي.

ـــ فإنْ يَكُنْ لَيْسَ لَهُ تَأْثِيرُ
في ثَمَنٍ فَخَطْبُهُ يَسِيرُ

(فإن يكن) ذاك العيب الذي اطلع عليه المشتري (ليس له تأثير في ثمن) كسقوط شرافات أو شق يسير أو نحوهما (فخطبه) قال في القاموس: الخطب الشأن والأمر (يسير) لا يعتبر لأنه كالعدم.

ـــ وَمَا لِمَنْ صَارَ لَهُ الْمَبِيعُ
رَدٌّ وَلاَ بِقِيمَةٍ رُجُوعُ

(وما لمن صار له المبيع) وهو المشتري (رد) بذلك العيب (ولا) له (بقيمة رجوع) على بائعه.

ـــ وَإِنْ يَكُنْ يَنْقُصُ بَعْضُ الثَّمَنِ
كالعَيْبِ عَنْ صَدْعِ جِدَارٍ بَيِّنِ
(وإن يكن) ذلك العيب (ينقص بعض الثمن كالعيب) الناشىء (عن صدع) شق (جدار بين) ظاهر إذا لم تبلغ قيمته ثلث الثمن وليس هو وجاهة الدار ولا خيف عليها منها السقوط، فحينئذ يكون من المتوسط المشار إلى حكمه بقوله:
ـــ فالمُشْتري لَهُ الرجُوعُ هاهنا
بقيمةِ العَيْبِ الّذي تَعَيَّنا
(فالمشتري) يتعين (له) أي عليه (الرجوع ههنا بقيمة العيب الذي تعينا) فيقوم سالماً بعشرة مثلاً ومعيباً بثمانية، ويرجع بما نقصه العيب وهو خمس الثمن في المثال كان الثمن عشرة أو أكثر أو أقل، وقولي: إذا لم تبلغ قيمته ثلث الثمن الخ. احترازاً مما إذا بلغت ثلثه فهو حينئذ من الكثير على ما لأبي بكر بن عبد الرحمن وهو المذهب كما يأتي بعد، وكذا إن كان وجاهة الدار أي في مهماتها أو خيف عليها منه كما قال (خ) عاطفاً على ما لا رد به وعيب قل بدار ورجع بقيمته كصدع جدار لم يخف عليها منه الخ. وظاهره كالنظم أنه يجبر الآبي على أخذ الأرش في العيب المتوسط كان الآبي هو البائع أو المشتري، وهو كذلك على المشهور، والذي لابن الحاج في نوازله أن البائع لا يجبر على أخذ قيمة العيب، وإنما هو بالخيار إن شاء رد القيمة وإن شاء قال للمشتري: اصرف على المبيع وخذ جميع ثمنك إلا أن يفوت المبيع فيتعين الرجوع بالأرش اهـ. قال (ق): وهذا هو الذي أتحمل عهدته لكثرة الحيل يكون المشتري مغتبطاً بالمبيع ويطلب مع ذلك عيوباً ليحط عنه شيء من الثمن. قال (م): وبفتوى ابن الحاج هذه جرى العمل عندنا بفاس اهـ. ونقله عنه في شرح العمليات ثم قال: وقال شيخنا ابن سودة: الذي به العمل هو الرد بالمتوسط كالكثير فلا يغتفر إلا القليل كالشرافات. قال ابن رحال: وما قاله ابن سودة صحيح وهو قول في المذهب حكاه الباجي وابن الحاجب وابن عرفة وغيرهم. وقال المازري: إنه مقتضى القياس وعلى ما لابن سودة اقتصر في نظم العمل

فقال:
وبالكثير المتوسط لحق
فيما من العيب الأصول قد لحق
قلت: ولا زال العمل على ما لابن سودة إلى الآن والفرق بين ما لابن الحاج وما لابن سودة أن المشتري على الأول لا يمكن من الرد، وإنما يمكن من الرجوع بقيمة العيب، لكن إنما يمكن منه إذا لم يقل له البائع إما أن تتمسك بالمبيع أو ترده وتأخذ ثمنك، وإلاَّ فلا رجوع له بشيء، وإنما يتمسك أو يرد ويأخذ ثمنه بخلافه على الثاني فهو بالخيار بين الرد والتماسك ابتداء.
ـــ وَإِنْ يَكُنْ لِنَقْصِ ثُلْثِهِ اقْتَضَى
فما عَلاَ فَالرَّدُّ حَتْمٌ بالقَضَا
(وإن يكن) العيب (لنقص ثلثه) أي الثمن (اقتضى فما علا) عطف على ثلثه

مدخول لنقص واللام فيه زائدة أي: وإن يكن العيب اقتضى نقص ثلث الثمن فأعلى (فالرد حتم) واجب للمشتري (بالقضا)ء وما اقتصر عليه الناظم في حد الكثير بالثلث فأعلى هو قول أبي بكر بن عبد الرحمن كما مر، وهو أحد أقوال خمسة ذكرها ابن عرفة وغيره، وانظر الكراس الخامس من بيوع البرزلي فإنه ذكر للدور عيوباً، وربما ننقل بعضها عند قوله: والبق عيب الخ. وظاهر النظم كغيره أن له الرد بالكثير، ولو اطلع عليه بعد سنة أو أكثر من يوم الشراء، وهو كذلك وتقدم عن الأبار عند قوله: والبيع من براءة إن نصت الخ. أن العمل على عدم الرد بعد سنة في الدور وفي الرقيق بعد ستة أشهر.

ـــ وَكُلُّ عَيْبٍ يَنْقُصُ الأَثْمَانَا
في غَيْرِهَا رُدَّ بِهِ مَا كَانَا

(وكل عيب ينقص الأثمانا في غيرها) أي في غير الأصول من العروض والحيوان والمثليات (رد) ذلك المبيع (به ما كانا) نقص عن العشر مثلاً أو زاد عليه إذا كان يخفى عند التقليب كما مر، وقام بفور اطلاعه عليه كما يقوله، فعيوب غير الأصول قسمان قليل لا قيمة له فلا شيء فيه وكثير وهو ما نقص من الثمن نقصاً له بال فيرد به. ابن سلمون: كل عيب ينقص الثمن فالرد به واجب اهـ. ونحوه في المتيطية والمقرب عن ابن القاسم وانظر ما يأتي عند قوله: والبق عيب الخ.

ـــ وَبَعْضُهُمْ بِالأَصْلِ عَرْضاً أَلْحَقَا
في أَخْذِ قِيمَةٍ عَلى مَا سَبَقَا

(وبعضهم بالأصل عرضاً ألحقا في أخذ قيمة) للمعيب إن كان متوسطاً، وفي الرد به إن كثيراً والكثير الثلث فأكثر (على ما سبقا) في عيب الأصول ففي المفيد روى زياد عن مالك فيمن باع ثوباً فإذا فيه خرق يسير يخرج في القطع لم يرد به، ووضع عنه قدر العيب اهـ. وهو خلاف المعتمد الذي صدر به الناظم، والفرق على المشهور بين الأصول وغيرها، حتى كان الرد في غيرها بكل ما نقص الثمن بخلافها، فإنما يرد فيها بالثلث فأكثر أن الأصول لا تنفك عن عيب غالباً، ولأن عيبها المتوسط يزول بالإصلاح، فلو ردت به لأضر ذلك بالبائع قاله (ح).

ـــ ثُمَّ العُيوبُ كُلُّهَا لاَ تُعْتَبَرْ
إلاَّ بِقَوْلِ مَنْ لَهُ بِهَا بَصَرْ

(ثم العيوب) التي من شأنها أن تخفى عند التقليب لا ما كان ظاهراً لا يخفى كما مر في فصل بيع الرقيق (كلها لا تعتبر إلا بقول من له بها بصر) ولو كانوا غير عدول حيث تعذر العدول كما مر في قوله:

ويثبت العيوب أهل المعرفه
بها ولا ينظر فيهم لصفه

ثم إنه يقدح في غير العدول بجرحة الكذب اتفاقاً كما في ابن عرفة، وكذا يعذر فيهم ليأتي المطلوب بمن هو أتقى منهم أو أثبت ومحل قبول غير العدول من أرباب البصر إذا كان الحيوان المشهود بعيبه حياً حاضراً فإن كان ميتاً أو غائباً فلا يقبل غير العدول كما قاله في الطرر وشراح (خ) وابن فرحون وغيرهم.

ونقله شارح نظم عمل فاس عند قوله: ويتساهل بأرباب البصر. فانظره هناك وانظره أيضاً عند قوله: كذاك في محتمل الشهادة وعند قوله:
واختص عدل بالشهادة على
أرباب الأبصار كما قد انجلى
وذلك كله في باب القضاء من العمل المذكور، ثم محل كون الميت كالغائب في أنه لا بد فيه من عدلين من أهل المعرفة إذا دفن أو تغير حاله بحيث يخفى العيب معها، أو كان العيب يخفى بموته، وإن لم يتغير حاله فإن لم يدفن ولا تغير حاله ولا كان العيب يخفى بموته فإنه حينئذ كالحي فيكفي فيه ولو الواحد الموجه من قبل القاضي لا إن أوقفه المبتاع من ذات نفسه، فإنه لا يكفي كما قاله غير واحد، وإذا كان كالحي فلا تقبل الشهادة بعيبه حتى يقولوا وقفنا عليه بفور الموت قبل تغيره وطول موته اليوم ونحوه، وأنه بذلك العيب مات، وأنه أقدم من أمد التبايع لأن الحيوان سريع التغير في الحياة، فكيف بعد الممات فلا تقبل فيه الشهادة من البياطرة مجملة، ولما قال في نظم العمل:
وبعد شهر الدواب بالخصوص
بالعيب لا ترد فافهم النصوص

قال ابن رحال: يستثنى من ذلك عيب الذباب فإن الدواب ترد به ولو بعد شهر ذكر ذلك أواخر تأليفه في تضمين الضياع، وانتقد عليه ذلك بعض المتأخرين بأن كل من أفتى من المتأخرين بأن الدواب لا ترد بعد شهر كالعبدوسي
والمكناسي والشيخ عبد القادر الفاسي وأبي عبد الله القوري وسيدي علي بن هارون وغيرهم لم يفرقوا بين عيب الذباب وغيره، وتعليلهم ذلك بأن الحيوان لا يكاد يبقى على حال مع قول مالك في الذي يشتري، فإن وجد ربحاً وإلاّ خاصم مع جهل البياطرة وكثرة جرأتهم وقلة صدقهم وكثرة احتيال النخاسين
واستهاناتهم للدواب بالخدمة، مع ما قاله ابن هارون من كون الرجل يشتري الدابة ويسخرها وينهكها ويقضي بها وطره، ثم يلطم بها وجه صاحبها دليل على استواء العيوب كلها ذبابها وغيره انتهى باختصار.x وما قاله هذا المنتقد ظاهر من حال العامة فإنهم لما تفطنوا لما قاله ابن رحال صاروا لا يقومون بعد موت الحيوان إلا بعيب الذباب ويبقرون على الدابة بعد موتها، ويشهد البياطرة بأن في مجنتها دوداً هو المسمى بالذباب، ولا تجد أحداً ماتت له دابة إلا وقام بذلك، وربما لا يبقرونها إلا بعد يوم أو يومين من موتها، وربما كان ذلك الدود متولداً أي شيئاً يشبه الدود كما يوجد ذلك بخياشم الشاة الصحيحة، وربما يكون أيضاً حدث بعد الموت لسرعة تغيره وهكذا. وقولي: وإنه من ذلك العيب مات أعني: ويرجع بجميع ثمنه إن كان البائع مدلساً وإلاّ فلا يرجع إلا بأرش العيب كما قال (خ): وفرق بين مدلس وغيره أن نقص كهلاكه بعيب التدليس الخ.
تنبيهات. الأول: قال ابن عرفة: إنكار البائع ما رد عليه أنه مبيعه مقبول. ابن عات: إن قال أشك أنه المبيع رد عليه اهـ..

الثاني: هذا التفصيل الذي في الحيوان بين حياته وموته يجري في غيره من الدور وشبهها، فإذا تهدمت الدار مثلاً فلا يقبل في أنها كانت معينة إلا اثنان عدلان، وإن كان شارح العمل توقف في ذلك لكن لا وجه للتوقف كما لا يخفى،

إذ المدار على فوات المبيع وعدم قيام عينه فيفرق فيها حينئذ بين المدلس وغيره والله أعلم.
الثالث: قال في الأقضية من البرزلي: إذا شهدت بينة بأن العيب قديم وشهدت الأخرى بأنه حادث فأجاب ابن عات: بأن الأصل السلامة إذا شهد عدلان بأنه لم يكن به شيء يوم البيع. وأجاب ابن القطان: لأصحابنا في ذلك مذهبان، وظاهر المدونة أن بينة القدم أعمل. وأجاب ابن مالك: بأن بينة القدم أعمل إذا شهد كل واحد منهما عن علمه لمعرفته بالدابة، أو شهدت كل بينة بالدليل، وأما إن شهدت بينة بالدليل والأخرى بالقطع، فبينة القطع أولى، البرزلي: يريد ابن القطان من مسائل المدونة أن من أثبت أولى ممن نفى قال: ولو قالت هذه يجب به الرد، وقالت الأخرى هو عيب لا يجب به الرد، فهو تكاذب ولا يرد حتى يثبت، ونحوه في المتيطية والباب الثامن والخمسين من التبصرة قال: وكذا لو شهد شاهدان بأن الدرهم جيد وآخران بأنه رديء لم يلزم القابض قبوله حتى يتفقا على جودته، وكذا لو قبضه ورده لم يلزم المردود عليه قبوله حتى يتفقا على رداءته، ثم قال: ولو شهد شاهد بعيب قديم وشهد آخر بعيب غير الأول، فلا توجب شهادتهما حكماً حتى يشهدا على عيب واحد، وقال في باب التدليس بالعيوب عن الغرناطي: لا يفتي الفقيه في الرد بالعيب في الأمة إلا بشروط أن ينظر إلى العيب امرأتان ويشهدان عند القاضي على عين الأمة بصفة عيبها، ويشهد طبيبان أن هذه الصفة تدل على أن العيب أقدم من زمن البيع، وأن يشهد تجار الرقيق أنه يسقط من الثمن فيفتي حينئذ بوجوب الرد بعد الإعذار اهـ. فهو صريح في وجوب الإعذار في أرباب البصر، وسيأتي آخر الفصل.

ولما كان للرد بالعيب موانع أحدها: البراءة وقد تقدمت، وأنها خاصة بالرقيق ولا تصح في غيره إلا إذا تطوع بها بعد العقد كما مر. الثاني: زوال العيب كنزول الماء في العين ثم يبرأ بعد الرد برأ لا يحتمل معه رجوع ونحو ذلك. الثالث: فوت المبيع حساً قبل الاطلاع كالهدم في الدار والموت في الحيوان فيتعين الرجوع بالأرش فقط كما مرّ أو حكماً كالعتق والاستيلاء، فيرجع بالأرش أيضاً. الرابع: ما يدل على الرضا. ولم يتعرض الناظم للثاني والثالث، وأشار إلى الرابع بقوله:
ـــ وَالْمُشْتَرِي الشَّيْءَ وبَعْدُ يَطَّلِعْ
فِيهِ عَلَى عَيْبٍ قِيَامُهُ مُنِعْ (والمشتري الشيء) أي شيء كان (وبعد يطلع فيه على عيب) قديم (قيامه) مبتدأ ثان (منع) خبره والثاني وخبره خبر الأول والرابط الضمير في قيامه، وإنما يمنع قيامه بذلك العيب إذا تصرف أو سكت مدة تدل على الرضا كاليومين ونحوهما من غير عذر، ولذا قال:
ـــ إلاَّ مَعَ الفَوْرِ وَمَهْمَا اسْتَعْمَلا
بَعْدَ اطِّلاَعِهِ المعِيبَ بَطَلاَ (إلا مع) قيامه بـ(ـــالفور ومهما استعملا) استعمالاً منقصاً (بعد اطلاعه المعيب) مفعول باستعملا أي: متى استعمل المعيب الاستعمال المنقص بعد اطلاعه على عيبه سواء استعمله زمن الخصام أو قبله (بطلا) الرد بالعيب لأن الاستعمال أو السكوت من غير عذر دليل على الرضا بالعيب ومثل للاستعمال المنقص بقوله:
ـــ كاللُّبْسِ وَالرُّكُوبِ وَالبِنَاءِ

وَالهَدْمِ وَالجِمَاعِ لِلإِمَاءِ (كاللبس) للثوب (والركوب) للدابة في الحضر اختياراً وكذا لو تسوق أو سافر بعد الاطلاع، ومفهوم اختياراً أنه لو اضطر لركوب الدابة أو الحمل عليها لاطلاعه على عيبها في سفره أو لتعذر قودها في الحضر، فإنه لا يمنع من الرد وهو كذلك على رواية ابن القاسم، ومفهوم كاللبس أن الاستعمال الذي لا ينقص المبيع كسكنى الدار واقتطاف الثمرة ولبن الشاة ومناظرة في كتب لا يمنع الرد، وهو كذلك إن كان في زمن الخصام، فإن كان قبله منع (خ) عاطفاً على ما يمنع الرد ما نصه: وما يدل على الرضا إلا ما لا ينقص كسكنى الدار وحلف إن سكت بلا عذر في كاليومين لا كمسافر اضطر لها أو تعذر قودها لحاضر الخ. والحاصل أن الاستعمال قبل الاطلاع لا يمنع الرد مطلقاً وبعده فيه تفصيل، فإن كان منقصاً كاستخدام العبد والدابة ولبس الثوب منع مطلقاً طال أم لا، كان زمن الخصام أو قبله إلا لعذر كسفر، وإن كان غير منقص كحلب الشاة وسكنى الدار بنفسه أو كرائها لغيره، فإن كان زمن الخصام فله الرد، وإن كان قبله مع السكوت يومين فأكثر فلا رد، وإن كان اليوم فدون فله الرد بعد يمينه كما أنه له الرد إذا سكت أكثر لعذر من خوف ونحوه وثبت عذره وما مر من أن الاضطرار في السفر لا يمنع الرد ظاهراً، ولو كان ذلك الاضطرار في الذهاب وهو كذلك قال في الشامل: وعذر مسافر ولا يلزمه ردها إلا فيما قرب وخفت مؤنته، ويستحب له أن يشهد أن ذلك ليس رضاً منه اهـ. ولكن إذا رجعت لحالها ردها ولا شيء عليه، وإن عجفت ردها وما نقصها أو يأخذ قيمة العيب قاله ابن القاسم. (والبناء والهدم والجماع للإماء) يعني التصرف بهذه الأمور بعد الاطلاع، ولو زمن الخصام مما يدل على الرضا ويمنع الرد بالعيب، ولا شيء له من أرش ولا غيره، وكذا العتق بعد الاطلاع.

تنبيه: فإن غاب بائع المعيب فالمشتري بالخيار إن شاء صبر إلى قدومه ويستحب له الإشهاد بأنه لم يرض، وإن شاء رفع أمره للحاكم فيكتب لقريب الغيبة ويبيع المعيب على بعيدها ويقضي منه الثمن، فإن فضلت فضلة بقيت بيد الحاكم كما في اللامية. قال أبو الحسن: يتم الحكم بالبيع في هذه المسألة بتسعة شروط، وثلاثة أيمان. أحدها: أن يثبت أنه ابتاع. الثاني: مقدار الثمن، الثالث: أنه نقده. الرابع: أمد التبايع. قلت: وهذه الأربعة يتضمنها عقد الشراء في الغالب، والخامس: ثبوت العيب: السادس: أنه ينقص من الثمن. السابع: أن العيب أقدم من أمد التبايع. قلت: وهذه السبعة يشاركه فيها الحاضر. الثامن: ثبوت الغيبة. التاسع: كونها بعيدة أو بحيث لا يعلم، وأما ثلاثة أيمان؛ فإنه يحلف أنه ابتاع بيعاً صحيحاً وأنه لم يتبرأ إليه من العيب ولا بينة له ولا أراه إياه. والثالثة أنه ما رضي بالعيب حين علم به، وله أن يجمعها في يمين واحدة انظر ضيح و (ح).

قلت: ظاهره أنه يحلف أنه ما أراه إياه وأنه ما رضي به، ولا تتوقف يمينه على دعوى المخبر ولا الإراءة، وهو كذلك لأن هذا غائب فلا أقل لو حضر أن يدعي أنه أخبره برضاه مخبر، أو أنه أراه إياه بخلاف الحاضر فليس له أن يحلفه على ذلك إلا بدعوى المخبر والإراءة كما قال (خ): ولم يحلف مشتر ادعيت رؤيته بدعوى الإراءة، ولا الرضا به إلا بدعوى مخبر الخ. وتقدم في عيوب الرقيق أن

هذا إنما يجري على أن يمين التهمة لا تتوجه، وظاهره أيضاً أنه لا يحتاج إلى ثبوت ملك البائع لما باع إلى وقت بيعه خلافاً لما في ضيح تبعاً لابن عبد السلام، من أنه لا بد منه زيادة على التسعة المتقدمة، وهو مما لا وجه له لأن الأصل فيمن باع شيئاً أنه إنما باع ما يملكه، وكونه باع غير ملكه خلاف الأصل، كما في الارتفاق. وتقدم ذلك في البيع على الغائب، ولأن هذا يملك الرد عليه باع ملك نفسه أو ملك غيره بوكالة أو نحوها حيث لم يعلم المشتري بوكالته أو بأنه يبيع ملك غيره، وقد يكون للإنسان السلعة أو الدار ويبيعها بفور شرائهما قبل أن يعرف الناس أنهما ملكه ويغيب بعد ذلك فيتعذر على القائم ثبوت ملك البائع، فلعل ما لابن عبد السلام إنما هو إذا أبى أن يحلف أنه ما بين له أنه يبيع ملك الغير لتكون العهدة على ذلك الغير لا على الغائب والله أعلم.

تنبيهان. الأول: قال البرزلي: ومن ابتاع ثياباً وسافر بها لمصر مثلاً فوجد ببعضها عيباً فإنه يشهد على المعيب منها ويبيعها على بائعها لا أنه رضي بها فإن رجع قام على البائع فإن دلس فعليه كراؤها. وإن لم يدلس فلا كراء عليه اهـ. يعني عليه كراؤها وما نقصه العيب انظر تمامه في الكراس السادس من بيوعه فإنه زاد إثر ما مر ما نصه: إن كان النقص يسيراً ردها ولا شيء عليه، ونقلها على البائع وإن كان له مؤنة كثيرة فهو كالعيب الكثير يحدث فيخير بين الأخذ والإمساك والرجوع بقيمة العيب أو يردها، وقيمة العيب وردها لموضعها هو قيمة العيب وسواء دلس أم لا اهـ.
الثاني: قال في نوازل الزياتي: سئل الفقيه أبو جعفر عمر الزويري عن السلعة المبيعة إذا ردت بعيب وضاعت في الطريق بسرقة أو لصوص أو غير ذلك فممن يكون الضمان؟ فقال: إذا ردها المبتاع لم يفعل فعلاً يدل على رضاه فهي مصيبة نزلت للبائع اهـ.

ـــ وكامِنٌ يَبدُو مع التَّغْيِيرِ
كَالسُّوسِ لاَ يُرَدُّ فِي المَأْثُورِ

(و) عيب (كامن) يستوي المتبايعان في الجهل به عند العقد و(يبدو) ويظهر (مع التغيير كالسوس) يظهر في الخشب بعد شقه والفساد يظهر في الجوز بعد كسره والقثاء تظهر مرارتها بعد كسرها (لا يرد في المأثور) من المذهب، ومفهوم قوله يبدو مع التغيير أنه إذا كان يعرف فساده قبل التغيير كالبيض فإنه يرد (خ) عاطفاً على ما لا رد به، وما لا يطلع عليه إلا بتغيير كسوس الخشب والجوز ومر قثاء ورد البيض الخ. وما مر من عدم الرد إنما هو إذا لم يشترط المشتري السلامة من ذلك، وإلاَّ فله الرد والعادة كالشرط، ولذا تجد الناس اليوم يردون القثاء بسبب مرارتها بل ذكر البرزلي عن ابن المواز ما نصه: إذا ابتاع قثاء فوجده كله مرّاً فإنه يرده بذلك لأن صاحبه يعرفه اهـ. ويدخل تحت الكاف أيضاً من اشترى شاة فوجدها عجفاء أو جوفها أخضر فإنه لا رد له كما في سماع أشهب قاله (ق) قال: وانظر اضطراب الشيوخ فيمن اشترى أضحية فوجدها عجفاء لا تجزىء أضحية في باب العيوب من ابن سهل اهـ.

فرع: قال (عج): من اشترى شعيراً بشرط أنه للزراعة أو في أبانها بثمن ما يراد لها فلم ينبت فإن كان البائع مدلساً رجع عليه المشتري بجميع الثمن وأجرة الأرض وما صرفه في زرعه، وإن كان غير مدلس فإن كان المبيع لا ينتفع به في غيرها كزريعة الحناء والبرسيم رجع المشتري بثمنه ولا يدفع عوضاً للمبيع، وإن كان ينتفع به في غيرها كأكله أو علفه، فهل يرجع بثمن الجميع أيضاً، ولكن يرجع البائع بمثل متاعه وهو قول ابن القاسم، أو يرجع المبتاع بما بين قيمته نابتاً وغير نابت من الثمن وهو قول سحنون. قولان اهـ. وقال ابن عبد الرفيع: يقال لمن اشترى زريعة فلم تنبت أثبت أنك زرعت الزريعة التي اشتريتها من هذا بعينها، وأنك زرعتها في الأبان، وفي أرض ثرية، وأنها لم تنبت ولك الرجوع اهـ. ونقله (م) عن القلشاني وأصله في الجزيرية كما في البرزلي قال فيمن ابتاع زريعة بصل، وزعم المشتري أنها لم تنبت ما نصه: إن كانت البينة لم تفارقه حتى زرعها في أرض مذللة ناعمة ولم يضيع سقيها في وقت السقي رجع بالثمن على البائع، ولم يكن عليه مثل زريعته إذ لا فائدة فيها، وإن فارقته البينة ونظر العدول إلى الأرض ورأوها لم يصلح نباتها حلف البائع أنه لم يغره وأنه أعطاه زريعة جيدة في علمه، وإن لم يكن هذا ولا هذا فلا يمين فيها اهـ. وهذا كله إذا لم يبق من الزرع شيء وإلاَّ فيجرب ليعلم صدق المشتري أو كذبه كما لابن رشد قال: فإن عرف كذبه فلا شيء له، وإن عرف صدقه بالتجربة المذكورة رجع بقيمة العيب إن لم يدلس البائع وإن دلس رجع بجميع الثمن اهـ. ففيه إشارة إلى ترجيح قول سحنون المتقدم، وقول (عج) أو في إبانها الخ. يعني لأنه إذا اشتراها في الإبان فكأنه اشترط زراعتها كمن اشترى ثوراً في إبان الحراثة فوجده لا يحرث فإن له رده، وإن لم يشترط أنه للحراثة قاله ابن الحاج وغيره، وزراعة دود الحرير يذكر بائعها أنها جيدة ثم يظهر نسجها فاسداً تجري على ما تقدم من زراعة

الحناء ونحوها قاله (ت).
قلت: بل ولو لم يذكر بائعها ذلك لأنها إنما تشترى في الأبان على أن نسجها صالح كمسألة الثور المتقدمة والله أعلم. وانظر العلمي في المحاباة والتوليج.
ـــ وَالبَقُّ عَيْبٌ مِنْ عُيُوبِ الدُّورِ
وَيُوجِبُ الرَّدَّ عَلَى المَشْهُورِ
(والبق) والنمل (عيب من عيوب الدور ويوجب الرد على المشهور) ومراده بالمشهور ما وقع الحكم به لا المشهور المصطلح عليه من كونه الذي قوي دليله أو كثر قائله أو مذهب المدونة، وظاهره أن البق عيب ولو قل، والذي في الطرر ناقلاً عن الموازية هو ما نصه: وسوء الجار في الدار المكتراة عيب إذا لم يعلم به وقال غيره: ليس ذلك عيباً في المبيع وقد قال أبو صالح الجواني: سمعت مالكاً يقول: ترد الدار من سوء الجيران والحفرة، والبئر والمرحاض بقرب حيطان الدار عيب، وكذا جرى ماء غيرها عليها عيب فيها وكثرة البق عيب فيها، ونزلت بقرطبة وحكم بردها. وأخبرني الثقات أن العمل بقرطبة أيضاً برد السرير المبقق وإن نحت وبيع ولم يبين رد أيضاً وحكم به فيها. وعن ابن عبد الغفور عن بعض أصحابنا أن كثرة القمل في الثياب ترد به بزاً كانت أو صوفاً أو كتاناً المشاور والغفائر الغسيلة المصبوغة بالسواد إن بين بائعها وإلاَّ وجب الرد لأنه عيب وغش قال: والصيبان في الثوب عيب لأنه ملازم كالقمل اهـ. بنقل البرزلي، فظاهره أن قليل البق لا رد به، ولذا أصلحه ولده بقوله:

وكثرة البق تعيب الدورا
وتوجب الرد لأهل الشورى

قلت: لعل الناظم فهم أن التعبير بالكثرة في النص غير مقصود، ويدل له ما قاله في السرير وما ذاك إلا لكون البق لا ينضبط ولا يستقر على حال، فهو وإن قل في وقت يكثر في الحين فما للناظم من الإطلاق أحسن وما ذكره في الجار السوء نحوه في العتبية. قال ابن رشد: المحنة بالجار السوء عظيمة، وقد روي عن مالك أن الدار ترد من سوء الجار اهـ. باختصار. ثم قال البرزلي: وفي المجالس أن من ابتاع داراً بمدينة أو قرية بناحية واد فحمل الوادي في بعض الزمان ووصل إليها، فإن ثبت أنه بلغ إليها فيما مضى ولو مرة كان له ردها، وإن لم يعلم ذلك فهي مصيبة نزلت بالمبتاع. ولابن رشد فيمن ابتاع كرماً فظهر أنه شارف فقال: إنه من العيوب الظاهرة التي لا رد بها، وفي الطرر أن الرحى المتربة ترد بكل حال علم المشتري بتتريبها أم لا. لأنه لا نفع بها إذ هي إنما تباع للطحن فإذا كانت متربة لم تسو إلا قيمة حجر ملقى، فإن فاتت رجع بقدر العيب وهذا القول أولى وبه العمل اهـ. وفي الكراس الثاني من معاوضات المعيار أن الدار المعتادة لنزول الأجناد ترد لأن ذلك عيب، وفي المعيار أيضاً أن الحديد إذا وجده مبتاعه أحرش فإن له رده على بائعه، وهكذا حتى يرد على الذي أخرجه من المعدن، وما مر من أن النمل ترد به كالبق هو ما أفتى به ابن لب قائلاً: إذا قال الجيران إن ذلك قديم بها يظهر من فصل الربيع إلى الخريف الخ. وهذا كله يدخل تحت قول الناظم فيما مر: وكل عيب ينقص الأثمانا الخ. لكن لا تجد أحداً عندنا اليوم يقوم بعيب البق والنمل ولعله لعدم نقصان ثمن الدار بذلك عادة عندهم، وأما قتل الإنسان في دار أو بستان فإن ذلك ليس عيباً فلا حجة للمشتري في أن الدار صارت بسبب القتل المذكور موحشة تنفر النفوس منها وتظهر للعيال بسبب ذلك خيالات ونحو ذلك كما في الشارح.

ـــ وَأُجْرَةُ السِّمْسَارِ تُسْتَرَدُّ
حَيْثُ يَكونُ لِلْمَبِيعِ رَدُّ

(وأجرة السمسار تسترد حيث يكون للمبيع رد) وهذا إذا كانت الأجرة على وجه الجعالة ولم يدلس وكان الرد بالبيع بحكم حاكم فإن دلس البائع فلا يرد السمسار الجعل ما لم يتفق مع البائع على التدليس فإنه يرده قاله في المتيطية، وكذا لا يرد الجعل إن كان على وجه الإجارة كما لو أجره بدرهم على سمسرة الدار عشرة أيام مثلاً وبيعت في آخرها، ثم ردت بعيب فإن بيعت في أثنائها فله من الدرهم بحساب ذلك، وكذا إن قبله البائع بغير حكم فإنه لا يرده كما لو أقاله أو استحق قاله في المتيطية أيضاً. قال فيها أيضاً: وللسمسار تحليف البائع أنه لم يدلس اهـ. قال (ز): وأما ما دفعه المشتري حلاوة للسمسار على تحصيل المبيع فلا يرجع به إلا أن يعلم السمسار عيباً بالمبيع اهـ. أي: وللمشتري تحليفه على عدم علمه به أيضاً فإن نادى السمسار على السلعة فلم يجد فيها البيع وردها إلى ربها فباعها ربها بالذي وقعت عليه أو بأقل أو بأكثر، فإن باعها في ذلك السوق بالقرب فللسمسار الجعل وإن باعها بعد

بعُد أو في غير ذلك السوق فلا جعل له قاله في المعيار.
ـــ وَحَيْثُمَا عَيَّنَ قَاضٍ شُهِدَا
لِلْعَيْبِ فَالإِعْذَارُ فِيهِمْ عُهِدَا

(وحيثما عين قاض شهدا للعيب) أي لإثباته وشهدوا به (فالإعذار) والقدح (فيهم) من جهة المعرفة وبجرحة الكذب (عهدا) عند الأئمة لا من جهة العدالة لأنه مدخول فيهم على عدمها كما مر عند قوله: ثم العيوب كلها لا تعتبر الخ. فالإعذار المعهود فيهم ولو مشركين إنما هو من جهة المعرفة والكذب لا من جهة العدالة. قال في المتيطية: والإعذار فيهم من طريق العلم لا من طريق العدالة فإن أتى البائع ممن هو أعلم من هؤلاء الشهود سمع منه وإلاّ فلا حجة له اهـ. وكلامه صريح في كونهم موجهين من قبل القاضي لأنهم إذا لم يكونوا موجهين من قبله، بل أوقفهم المبتاع من ذات نفسه فلا يقبل غير العدول باتفاق من مالك وأصحابه كما صرح به هو نفسه، والإعذار فيهم حينئذ من جهة العدالة والمعرفة فالتفصيل في الإعذار من طريق العلم لا من طريق العدالة إنما هو في شهود العيب الموجهين من قبل القاضي، وإذا علمت هذا فما في ابن سلمون من أنهما إذا كان القاضي قد نصبهما إلى ذلك فشهدا عنده بالعيب، وأراد البائع أن يعذر إليه في شهادتهما ويدعو غيرهما إلى الشهادة عند القاضي فليس له ذلك اهـ.مخالف لما مر عن المتيطية والناظم فيجب حمله على ما إذا أراد الإعذار فيهم من جهة العدالة، فإذا قدح فيهما وأبطل شهادتهما دعا غيرهما إلى الشهادة بنقيض ما شهد به المقدوح فيهما، وإلاّ فهو مخالف للمذهب لأن أرباب البصر إنما يشهدان بما خلص لهما باجتهادهما وقد يخطئان هذا في المعروفين بالتقوى والدين، فكيف بمن عرف بعدم العدالة أو كان مشركاً بخلاف الموجهين للحيازة والتحليف فيشهدان بأمر محسوس لا اجتهاد فيه والله أعلم.

تنبيه: إذا شهد أرباب البصر بأنه عيب وأنه ينقص من الثمن كثيراً جازت الشهادة، وقيل إنما على الطبيب صفة الداء خاصة وأنه قديم وأما نقصان الثمن فيشهد به عدلان سواء بعد أن يصف لهما الداء لأن الضرورة قد ارتفعت في هذه الزيادة قال بعض الموثقين: والأول أحسن لأن من لا يدري الداء كيف يدري نقص الثمن بسببه قاله في النهاية. وانظر اعتراض ابن سهل فيها أيضاً وفي الباب الثامن والخمسين من التبصرة وبعضه في العمل المطلق. وقال ابن سلمون: إن كان الطبيبان لا يعرفان القيمة فيشهد الطبيبان بالعيب ويشهد عدلان من أهل المعرفة بالقيمة بنقص الثمن اهـ. فمفهومه أنهما إذا كانا يعرفان القيمة فتقبل شهادتهما في العيب والقيمة، وهذا يبين كلام الغرناطي الذي قدمناه عند قوله: ثم العيوب كلها لا تعتبر الخ.l

---

فصل في الغبن

بفتح الغين وسكون الباء الموحدة وهو عبارة عن شراء السلعة بأكثر من القيمة بكثير فيغبن المشتري أو يبيع بأقل من القيمة بكثير فيغبن البائع قاله

(م) وهو يقتضي أن لكل من البائع والمشتري القيام بالغبن. ولا يقال الثمن يتبع الرغبات فقد يرغب المشتري في الشيء فيعطي فيه أكثر من قيمته بكثير، فكيف يصدق في الغبن وأنه لم يكن له رغبة فيه؟ لأنا نقول ثبوت كونه جاهلاً بالقيمة ينفي عنه إذ لا يقال زاد على القيمة للرغبة حتى يكون عارفاً بها، وإذا قلنا إن كلاً من العوضين مبيع بالآخر كما مرّ أول البيوع فيكون هذا الحد شاملاً لما تقدم في فصل بيع العروض من قوله: وبيع ما يجهل ذاتاً بالرضا الخ. فإذا جرى العمل بالقيام بالغبن في الثمن فكذلك يجري به في المثمن كما مر التنبيه عليه والله أعلم. ثم المشهور عدم القيام بالغبن كما قال (خ) ولم يرد بغلط إن سمي باسمه ولا بغبن ولو خالف العادة الخ. وهذا كله إذا لم يستأمنه ويخبره بجهله بالقيمة فيقول له: إن قيمته كذا والأمر بخلافه، وإلاَّ فله القيام باتفاق عند ابن رشد من غير شرط من الشروط الآتية فمحل الشروط إنما هو إذا درجنا على مقابل المشهور كما قال:

ـــ وَمَنْ بِغَبْنٍ في مَبِيعٍ قَامَا
فَشَرْطُهُ أَنْ لاَ يَجُوزَ العَامَا

(ومن يغبن في مبيع) عقاراً أو حيواناً أو غيرهما (قاما) وأراد الرد به (فشرطه) أي القيام به (أن لا يجوز العاما/

ـــ وَأَنْ يَكُونَ جَاهِلاً بِمَا صَنَعْ
وَاغَبْنُ بالثُلْثِ فَمَا زَادَ وَقَعْ

وأن يكون) القائم (جاهلاً بما صنع) من بيعه بأقل من القيمة أو شرائه بأكثر منها (و)أن يكون (الغبن بالثلث) يتعلق بقوله وقع (فما زاد وقع) وقيل: لا قيام به إلا إذا زاد على الثلث، وقيل يقام به مطلقاً وعلى ما للناظم فالثلث هنا كثير فيزاد على قول ابن غازي:

والثلث نزر في سوى المعاقله
وفي الجوائح وحمل العاقله

وكذا يزاد عليه ما مر في قول الناظم في عيب الأصول:

وإن يكن لنقص ثلثه اقتضى
فما علا فالرد حتم بالقضا الخ

وظاهر النظم أنه إذا وجدت الشروط الثلاثة ثبت له القيام كان البيع بالمزايدة أو بالمساومة عرض البائع سلعته على أناس شتى أم لا. والذي في الكراس الثالث من معاوضات المعيار مسلماً ما نصه: سئل الفقيه بركات البازوي عن القيام بالغبن هل يعم جميع البيوع أو يختص بغير بيع المزايدة، وهل يتنزل منزل بيع المزايدة تعويض صاحب السلعة ببيعها على أناس شتى وترغيبه إياهم فيها وهي أصل أو غيره، وهل تنفع شهادة من عرضت عليه إن أنكر القائم ذلك؟ فأجاب: أما بيع المزايدة فلا يتصور فيه غبن وكذلك غيره في معروف المذهب ولا بيع الاستئمان، وفيه ورد الحديث: ومشهر سلعته لا غبن فيه، وشهادة من عرضت عليه حائزة اهـ. فقوله: لا يتصور فيه غبن يعني اتفاقاً بدليل قوله: وكذلك غيره في معروف المذهب لأنه إنما حكى الخلاف في غيره وهو المساومة،

وقوله: ولا بيع الاستئمان الخ. إنما يتمشى على ما لابن عبد السلام من أن المشهور عدم القيام بالغبن، وظاهره ولو استأمنه واسترسله، وبالجملة فهذه الفتوى جارية في بيع المساومة على المشهور وفي الاستئمان على ظاهر ما

لابن عبد السلام، والمقصود منها أن بيع المزايدة لا يتصور فيه غبن وما ذاك إلا لكون قيمته هي ما وقفت عليه، ولا سيما في الأصول بعد المناداة عليها الشهر والشهرين، ويؤيده ما مر عن السيوري وابن رشد في البيع على الغائب والمحجور والمفلس بعد المناداة وعدم إلغاء زائد خلافاً لما في الكراس الثاني عشر من المعيار أيضاً عن ابن البراء من أن الغائب له القيام بالغبن إذا أثبته اللهم إلا أن يحمل ما لابن البراء على أن الغرماء باعوا بغير تسويق ولا مناداة إذ ليس في السؤال أنهم باعوا الدار بعد تسويقها فيكون حينئذ موافقاً لما قبله والله أعلم. وإذا علمت هذا بطل ما يفعله أرباب البصر من شهادتهم بالغبن في الدور والأجنات التي وقع النداء عليها الشهر والشهرين ونحو

ذلك،
وقوله: ولا بيع الاستئمان الخ. تقدم أن هذا محل اتفاق عند ابن رشد، وأنه لا يحتاج فيه لشرط، والاستئمان والاسترسال والاستسلام بمعنى واحد خلافاً فالظاهر (خ)
وقوله: وفيه ورد الحديث يعني قوله {صلى الله عليه وسلم}: «عين المسترسل ظلم» الخ. والاسترسال أن يقول له: بعني كما تبيع الناس أو اشتر مني كما تشتري من الناس. فيقول: نشتري من الناس بكذا ونبيع منهم بكذا، ويظهر الأمر بخلاف ذلك.
تنبيهات. الأول: كلام الناظم إنما هو في الغبن الواقع في بيع الرشيد متاع نفسه، وأما بيع الوصي والوكيل فالغبن فيه ما نقص عن القيمة نقصاً بيناً، وإن لم يبلغ الثلث. وتأمل قول (خ) في الوكالة: وتعين في المطلق نقد البلد ولائق به وثمن المثل الخ. وانظر (ح) وشراح نظم العمل قبل جامع مسائل من أبواب قال (ق): وانظر قد نصوا أن بيت المال أولى ما يحتاط له، فالبيع عليه كالبيع على المحجور قال: وانظر إذا لم يقم المحجور إلا بعد أعوام، فقد سئل ابن لب عن دار مشتركة بين قوم منهم مالك أمر نفسه، ومنهم محجور باعوها من الغير ثم قاموا عليه بعد أعوام؟ فأجاب: بأن المالك أمر نفسه مرور العام قاطع لحكم قيامه، وأما المحجور فينظر له، لكن ترك الوصي النظر لمحجوره من غير عذر معلوم كأنه مشعر بتفريط حق المحجور بطول المدة وتصرف المشتري طول عمارته في ذلك، فالصواب أن لا يتعرض للمشتري وأن تكون التباعة للمحجور بما نقصه على الناظر عليه اهـ. فظاهره أنه لا تباعة له على المشتري ولا ينقض البيع ولو لم يفت وهو مخالف لما في نوازل العلمي عن المجاصي وغيره من أن طول المدة لا يضر، يعني إذا قام قبل مضي العام من رشده قال: فإن فات المبيع فلا ينقض البيع فيه، وإنما تكمل القيمة على المشتري فإن تعذر تكميلها فعلى الناظر على المحجور أيّاً كان أو غيره لتفريطه وليحتفظ القاضي على عدم نقض العقود ما استطاع فإنها لا تنتقض إلا بالأمر البين اهـ. فعلم منه أن طول المدة إنما يمنع

القيام مع الفوات لا مع عدمه، وعليه يحمل قول العلمي أواخر البيوع من نوازله ما نصه: وأما السفيه يبيع عنه وصيه فله القيام ولو بعد السنة إذا باع بما لا يتغابن الناس بمثله ولو لم يبلغ الثلث اهـ. وهذا كله إذا تحقق الغبن مع طول

المدة ولم يقع فيه اشتباه ولا شك، وإلاَّ ففيه أيضاً بعد هذا عن سيدي العربي يرد له في محجور قام بالغبن ما نصه: القيام بالغبن فيما باعه الإنسان من غيره معمول به، لكن مع طول المدة وهو ضعيف من جهة عدم تحققه لأن الناس سيما العامة يغلب عليهم الميل إلى الحالة الراهنة، ويشتبه عليهم حال المدة الماضية لا سيما مع طول المدة، فإذا كان الشيء في الحال مغتبطاً به فربما توهموا أن الاغتباط فيه قديم، ففتح القيام بالغبن مع طول المدة يتسع معه الخرق، لكنني لم أقف على النص في عينها، والله أعلم.
قلت: ولعمري أن هذا لهو الحق لأن الغبن إذا كان يعتبر يوم العقد ومضت المدة المديدة فكيف يمكنهم الجزم بوجود الغبن وقت العقد ولا سيما مع قلة ديانة أرباب البصر في هذا الوقت، ولعل هذا المعنى هو الذي تلمحه ابن لب في فتواه المتقدمة حتى قال: إنه لا يتعرض للمشتري وإنما التباعة على الناظر، وما ذاك إلا لعدم تحقق وجوده مع طول المدة المديدة، وإلاَّ فيفسخ البيع إن لم يفت فإن فات فالتباعة على المشتري أو وجد ملياً وإلا فعلى الناظر كما مر فالناظر متأخر في الغرامة قطعاً لأنه كواهب لمال غيره والله أعلم.

الثاني: قال سيدي محمد بن عبد الصادق في شرحه على المختصر ما نصه: الغبن على القول به إنما يعتبر يوم البيع فلا يعتبر تغير الأسواق بعد ذلك، وعليه فما وقع في عصرنا هذا في شراء الغلة الصيفية وكذلك شراؤهم ورق التوت ومن يشتري ذلك الغالب عليهم أنهم من أهل المعرفة بأثمان ذلك، فحصل كساد كبير أذهب رؤوس الأموال لأربابها فقاموا بذلك فأفتوا بأنهم لا قيام لهم لأنه ليس بجائحة، ولأن الغبن يعتبر فيه وقت العقد، ولأن المشتري لذلك من أهل المعرفة اهـ.
الثالث: ما تقدم من أن الناظر يغرم هو أحد قولين. قال البرزلي عقب قول ابن رشد: والوصي قد أخطأ على مال الأيتام يعني حيث باعه بغبن ما نصه: يريد بعد اجتهاد فلا ضمان عليه ويغرم من حصل تحت يده مع الفوت كما إذا أنفق التركة على الأيتام، ثم ظهر دين ويتخرج على ما في كتاب ابن المواز من كتاب الوصايا أن الوصي هنا يغرم ولا يغرم من حصل في يده لأنه جعل الوصي يغرم في الخطأ وهو يجري على الخلاف في المجتهد يخطىء هل يعزر بخطئه أم لا اهـ. فتأمله مع ما تقدم عن ابن لب والمجاصي وقال (ز) في باب الغصب: لا شيء على مجتهد أتلف شيئاً بفتواه ويضمن غيره إن انتصب وإلا فقولان.
وانظر القسم الثالث من تبصرة ابن فرحون قال فيه ما يخالفه.
ـــ وَعِنْدَ ذَا يُفْسَخُ بِالأَحْكَامِ
وَلَيْسَ لِلْعَارِفِ مِنْ قِيَامِ

(وعند ذا) أي عند اجتماع الشروط المذكورة (يفسخ) البيع (بالأحكام) وظاهره ولو تمم المشتري القيمة وهو كذلك ومحل فسخه ما لم يفت بيد مشتريه بشيء من مفوتات البيع الفاسد، وإلاَّ فيتعين الرجوع بتمام القيمة كما مرّ وقاله ابن رشد وصرح به ابن سلمون وغيره خلاف ما يوهمه (ح) في آخر كلامه حيث قال: وأما القيام بالغبن يفوت بالبيع الخ. فإنه يجب تأويله بأن

المعنى والقيام بفسخ البيع بالغبن يفوت بالبيع الخ. لا الرجوع بتمام القيمة فإنه لا يفوته، ثم إذا فسخ البيع حيث لم يفت فلا شفعة لمن رجعت له حصته فيما باع شريكه بعد الغبن وقبل نقضه ولا لشريكه شفعة أيضاً فيما رجع لمالكه قاله ابن رشد، (ح) والبرزلي وابن عرفة وغيرهم. (وليس للعارف) بقيمة المبيع (من قيام) بالغبن إلا أن يستأمنه ويسترسله فله القيام، ولو كان عارفاً كما مر، وهذا مفهوم قوله: وأن يكون جاهلاً بما صنع.

فصل في الشفعة

بضم فسكون من الشفع وهو ضد الوتر لأن الآخذ بها يضم حصة غيره إلى حصة نفسه فصارت شفعاً بعد أن كانت وتراً والشافع هو الجاعل الوتر شفعاً، والشفيع فعيل بمعنى فاعل. ابن عرفة: هي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه الخ. والمراد بالاستحقاق هنا ثبوت حالة للشريك استحق بها الأخذ بسبب البيع لا ما ذكره هو في حد الاستحقاق من قوله: رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله الخ.

ـــ وَفِي الأَصُولِ شُفْعَةٌ مِمَّا شُرِعْ

في ذِي الشَّيَاعِ وَبِحَدَ تَمْتَنِعْ (وفي الأصول) الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر (شفعة) مبتدأ والمجرور قبله يتعلق به (مما شرع) خبر (في ذي الشياع) يتعلق به، والمعنى أن الشفعة في الأصول مشروعة في ذي الشياع منها حين البيع لا أنها إنما تجب للشريك بجزء شائع لا بأذرع معينة أو غير معينة كما في (ح) أوائل الشفعة، ومن ادعى الشياع فعليه إثباته ليشفع، وإنما تجب أيضاً إذا استمر الشياع إلى حين البيع كما قال: (وبحد تمتنع) أي فلا شفعة فيما قسم وضربت حدوده وصرفت طرقه كما في الحديث لأن كل واحد صار جاراً للآخر، ولا شفعة للجار كما يأتي. وظاهره أن ذا الشياع من الأصول فيه الشفعة كان يقبل القسمة أو لا يقبلها، لكن إذا كان يقبلها ففيه الشفعة باتفاق، وكذا إن كان لا يقبلها في نفسه إلا بفساد وهو تابع لما يقبلها فمحل اتفاق أيضاً كما قال:

ـــ وَمِثْلُ بِئْرٍ وَكَفَحْلِ النَّخْلِ
تَدْخُلُ فِيهَا تَبَعاً لِلأَصْلِ (ومثل بئر وكفحل) أي ذكار (النخل) وأدخلت الكاف ساحة الدار وطريق الدار والبستان ونحو ذلك مما هو تابع لما يقبلها (تدخل) الشفعة (فيها) أي المذكورات (تبعاً للأصل) الذي يقبل القسمة، فإذا باع أحد الشريكين نصيبه من البئر والأرض التي تزرع عليها أو من النخيل والفحل أو من الساحة والدار أو من الطريق والبستان، فإن للشريك الشفعة في التابع والمتبوع اتفاقاً.

ـــ وَالمَاءُ تَابِعٌ لَهَا فِيهِ احْكُمْ

وَوَحْدُهُ إِنْ أَرْضُهُ لَمْ تُقْسَمِ (والماء) الجاري كالعين والساقية من النهر ونحوهما حال كون ذلك الماء (تابع لها) أي للأصول التي تسقى به وتزرع عليه (فيه) أي في ذلك الماء (احكم) بالشفعة أيضاً إذا بيع مع متبوعه لأن هذا التابع المذكور، وإن كان لا يقبل القسمة في نفسه لكنه حكم له بحكم متبوعه حيث بيع معه اتفاقاً (و)كذا يحكم له بحكمه اتفاقاً أيضاً إذا بيع (وحده أن أرضه)

ونحوها من المتبوعات (لم تقسم) ماء كان ذلك التابع الذي لم يقسم متبوعه أو بئراً أو فحلاً أو ساحة أو طريقاً، فإن بيع التابع بعد قسم متبوعه ففيه خلاف. اللخمي: فإن باع أحدهما حظه من الساحة خاصة بعد قسم البيوت كان لشريكه أن يرد بيعه إذا بقي البائع يتصرف إلى البيوت كما كان لأن ذلك ضرر، وإن كان قد أسقط تصرفه من الساحة وتصرف إلى بيوته من دار أخرى، فإن كان بيعه من أهل الدار جاز ولبقية إشراكه الشفعة على أحد قولين في وجوب الشفعة فيما لم ينقسم، وإن كان بيعه من غير أهل الدار فلهم الأخذ بالشفعة أو فسخ بيعه اهـ. وفي الموازية إن قسمت الشجرة فلا شفعة في محل النخل الباقي ولا في ذكار الشجر، وإن كانت مشاعة ففي الفحل والذكار الشفعة وهو كالبئر والعين لا شفعة فيهما إلا أن تكون الأرض مشاعة اهـ. وفي الموازية إنما هو على أنه لا شفعة فيما لا ينقسم الذي صدر به (خ) حيث قال ما نصه: إن انقسم وفيها الإطلاق وعمل به وإلى كون الشفعة جارية فيما لا ينقسم ويدخل في ذلك جميع التوابع المذكورة أشار الناظم بقوله:
ـــ وَالفُرْنُ وَالحَمَّامُ وَالرَّحى القَصَا

بالأَخْذِ بالشُّفْعَةِ فِيهَا قَدْ مَضَى لأنه قول مالك وأشهب وابن الماجشون ومقابله لابن القاسم وأنه لا شفعة وهو المشهور كما صدر به (خ). الباجي: الخلاف في ذلك جار على الاختلاف في الشفعة فيما لا ينقسم كالنخلة والشجرة إذ لا تقسم العين والبئر كما لا تقسم النخلة والشجرة، وقال الرجراجي: من هذا المعنى اختلافهم في الحمام والبيت الصغير والدكان في السوق مما لا ينقسم إلا على ضرر مثل الرحى والشجرة الواحدة والنخلة الواحدة والماجل والبئر الواحدة إذا لم يكن معها أصل ولا أرض، وغير ذلك من الرباع والأصول التي لا تنقسم على قولين. وجوب الشفعة وسقوطها وسبب الخلاف اختلافهم هل شرعت الشفعة لرفع ضرر القسمة أو ضرر الشركة؟ فمن قال بالثاني قال بالشفعة، ومن قال بالأول قال لا شفعة اهـ. باختصار. ونحوه في الكافي قائلاً: والأشهر عن مالك وجوب الشفعة في الحمام، وفي كل ما لا يحمل القسمة اهـ. وإذا تقرر هذا علمت أنه لا خصوصية للفرن والحمام والرحى، بل المدار على كونه لا يقبل القسمة فيدخل في ذلك جميع التوابع المذكورة كما مر، وسواء كانت البئر واحدة أو متعددة كان لها فناء أم لا. قال في العمل المطلق: والأخذ بالشفعة في الحمام
ونحوه نسب للإمام

قال في الشرح: وقوله ونحوه يعني من الأرحية والآبار والعيون والشجرة الواحدة وشبه ذلك اهـ. وكأن الناظم يقول: التابع إذا بيع مع أصله ففيه الشفعة، وكذا إذا بيع وحده ولم يقسم متبوعه فإن قسم ففيه خلاف، والذي به القضاء فيه وفي الفرن والحمام والرحى وما في معناها وجوب الشفعة، وهذا العمل هو الذي نبه عليه (خ) بقوله: وفيها الإطلاق وعمل به الخ. وفي المعيار عن العقباني ما نصه في مسألة ما لا يقبل القسمة اضطراب، ومذهب المدونة ثبوت الشفعة والعمل به أكثر وإن كان من الموثقين من أشار إلى أن عمل أهل قرطبة على القول الآخر، لكن الناس اليوم على ما ذكرت لك أولاً اهـ.

وبهذا كله تعلم ما في حاشية الرهوني من عدم الشفعة في الشجرة الواحدة ونحوها فإنه خلاف المعمول به.
تنبيه: قول الناظم: والرحى يعني إذا باع حظه من الأرض والحجر المبني فيها، وأما إذا بيع الحجر وحده فلا شفعة فيه انظر المتيطية والعمل المطلق.
ـــ وفي الثِّمَارِ شُفْعَةٌ إنْ تَنْقَسِمْ
وَذَا إنِ المَشْهُورُ فِي ذَاكَ الْتُزِمْ

(وفي الثمار) تباع مع الأصول مؤبرة يوم البيع أم لا، مزهية أم لا. (شفعة) فيها وفي أشجارها (إن تنقسم) هي أي أشجارها أي قبلت القسمة (وذا) أي اشتراط القسم في أشجارها (أن المشهور في ذاك التزم) وهو ما صدر به (خ) في قول: إن انقسم الخ. ويدل على أن الضمير في تنقسم راجع لأصول الثمرة قوله: إن المشهور الخ. وقوله بعد: ومثله مشترك الخ. ولأن الثمار كلها قابلة للقسمة فلا وجه لاشتراط الانقسام فيها، ثم إذا اشتراها مع أصولها وهي لم تؤبر فقام الشفيع قبل أبارها أيضاً فيأخذها مع الأصول اتفاقاً، وكذا يأخذها معها إن قام بعد أبارها أو زهوها على المشهور، لكن بعد أن يغرم السقي والعلاج، وإن زاد على قيمتها والقول له فيما أنفق وإنما يأخذها من جهة الاستحقاق لا من جهة الاستشفاع إذ الثمرة لم تقع لها حصة من الثمن لأنها لم تكن مأبورة يوم البيع، ومقابله لأشهب أنها للمبتاع لأن الشفعة بيع جديد، وقد قال عليه السلام: «من باع نخلاً وفيها ثمرة قد أبرت فثمرها للبائع» اهـ. فإذا لم يقم الشفيع في هذه الحالة حتى فاتت باليبس فلا يحط للثمرة عنه شيء من الثمن لأنها يوم البيع لا ثمن لها. ابن رشد: المراد باليبس حصول وقت جذاذها للتيبيس إن كانت مما ييبس أو للأكل أخضر إن كانت مما لا ييبس إذ لا تيبس الثمرة في أصولها، وأما إن اشتراها مع أصولها وهي مأبورة أو مزهية فإنه يأخذها بالشفعة أيضاً بعد أن يغرم السقي والعلاج ما لم تفت باليبس فإن فاتت به فيحط عن الشفيع حصتها من الثمن.
ـــ وَمِثْلُهُ مشْتَرَكٌ مِع الثَّمَرْ
لِلْيُبْس إنْ بَدْوِ الصَّلاَحِ قَدْ ظَهَرْ

(ومثله) أي مثل ما ذكر من بيع الشريك حصته من الأصل والثمرة بيع (مشترك من الثمر) دون أصلها سواء كانت الشركة بسبب حبس أو هبة أو شراء أو مساقاة، فإن الشفعة ثابتة للشريك الذي لم يبع حصته منها وتنتهي شفعته (لليبس) فإن يبست فلا شفعة فيها. ابن عرفة ظاهر الروايات أن المراد بيبسها ارتفاع منفعتها ببقائها في أصلها لا حضور وقت قطافها اهـ. أبو الحسن: كل ما بيع من سائر الثمار فلا شفعة فيه بعد يبسه كما لا جائحة فيه بعد ذلك بحيث يجب وضع الجائحة تحت الشفعة وحيث لا توضع تسقط الشفعة. قال في كتاب الجوائح منها لو اشترى ذلك حين الزهو ثم أجيح بعد إمكان جذاذه ويبسه فلا جائحة فيه اهـ. والظاهر أنه لا مخالفة بين ما لابن عرفة وما مر عن ابن رشد، ثم ما اقتصر عليه الناظم من أن شفعته تنتهي لليبس هو مذهب المدونة، وهو الذي صدر به (خ) وكلام ابن سلمون وغيره يفيد أنه المعتمد، ووقع فيها أيضاً أن له أخذها ما لم تجذ وهل خلاف؟ تأويلان.

وقوله: (إن بدو الصلاح) فيه (قد ظهر) شرط في جواز بيع الثمرة حتى ترتب عليه الشفعة وإلاّ فهو بيع فاسد لا شفعة فيه إلا بعد فواته بقيمته، ويدخل في الثمار المقاثي كما يأتي له التنصيص عليه والباذنجان والقرع والزيتون والقطن وورق التوت، ونحو ذلك من كل أصل ما له تجنى ثمرته ويبقى أصله فيخرج الزرع إلا الفول الذي يباع أخضر، فإن فيه الشفعة والجائحة كما لأبي الحسن.
قلت: وعمل فاس على عدم الشفعة فيه قال ناظمه:
وورق التوت به الشفعة لا
في الفول الأخضر على ما فصلا
تنبيهان. الأول: قال البرزلي: كان ابن مغيث لا يرى الشفعة في القليب، وكان أبو المطرف يفتي بوجوب الشفعة فيه، وأفتى به بعض أصحابنا لأنه مما يثبت بالأرض بالثمرة اهـ. ومراده بالقليب الأرض المقلوبة بدليل تشبيهه له بالثمرة.

الثاني: الذي جرى به العمل بفاس ونواحيها أن الشفعة في الثمار الخريفية ولو لبيعها دون الصيفية فلا شفعة فيها ولو ليأكلها.m قال ناظم العمل:
وشفعة الخريف لا المصيف
كذا التصدق على الشريف
أي: كما جرى العمل بجواز الصدقة على الشريف، وإن كان المشهور أنها تحرم عليه كما قال (خ): وحرمة الصدقتين عليه وعلى آله الخ.
ـــ وَلَمْ تُبِحْ لِلْجَارِ عِنْدَ الأَكْثَرِ
وفي طَرِيقٍ مُنِعَت وَأَنْدَرِ
(ولم تبح) الشفعة (للجار عند الأكثر) من العلماء كمالك والشافعي وغيرهما محتجين بالحديث المتقدم، وهو في البخاري ومسلم: الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، ومقابل الأكثر لأبي حنيفة قال: يقدم الشريك في المنزل ثم الشريك في الطريق ثم الجار، واحتج بحديث: «الجار أحق بصقبه». والصقب القريب، وبحديث «الجار أحق بشفعة جاره». وأجاب الأكثر عن الحديثين بأنه لم يبين الأحقية فيما ذا هي، فيحتمل أنه يريد أن يعرض ملكه عليه إذا أراد بيعه لحديث مسلم: «لا يحل لشريك أن يبيع حتى يؤذن شريكه» الخ. وإذا وقف على ثمن فهو أحق به أي قبل أن ينفذ البيع، فإذا نفذ البيع فلا شيء له كما يأتي قريباً، وما احتمل سقط به الاستدلال ولأن ذلك كما قال ابن شعبان: يؤدي إلى أن تصير الشفعة بين أهل المدينة كلها لأن هذا لصيق والآخر لصيق لمن يليه، وكل جدار رجل يتصل بجدار الآخر، وهذا لا يقوله المخالف فبطلت حجته قاله في المتيطية. بل تقدم أول الكتاب عن القرافي أن حكم العدل العالم بالشفعة للجار ينقض لضعف مدرك القول بها. وقال ابن الماجشون: إنه من الخطأ البين الذي ينقض به حكم الحاكم. (وفي طريق) يمر عليها الشركاء باع أحدهم جميع داره ونصيبه في الطريق (منعت) لأن الطريق تبع للدار ولا شفعة له في المتبوع لكونه من الشفعة للجار، فكذلك تابعة، وكذا لو باع نصيبه في الطريق فقط وصار ينصرف لداره من محل آخر كما تقدم عن اللخمي في الساحة عند قوله: إن أرضه

لم تقسم. (و)منعت أيضاً في (أندر) بفتح الهمزة والدال المهملة موضع تيبيس الثمر والزرع يكون مشتركاً بين أرباب الدور، فيبيع أحدهم داره مع حظه في الأندر، وهذا قول سحنون قائلاً لأنه كالفناء للدار فحكمه كالطريق، وقال ابن وهب وأشهب: فيه الشفعة وبه صدر في المتيطية، وما ذكره الناظم في الطريق والأندر داخل في قوله: ومثل بير وكفحل النخل الخ كما مرّ. وقد تقدم أن العمل على وجوب الشفعة في تلك التوابع، وقد تقدم كلام اللخمي في الطريق والساحة وعليه المعول.
تنبيه: الحائط الذي يكون بين دارين لرجلين والحائط وحده مشترك بينهما فباع داره مع حظه في الحائط، فإن فيه الشفعة على المذهب فتقوم الدار بغير نصف الحائط، وتقوم أيضاً به فما ناب نصف الحائط استشفع به، وقال ابن نافع: لا شفعة فيه وعليه عول ناظم عمل فاس إذ قال:
وكالطريق الحائط المشترك
ما بين دارين الشفيع يترك
قال في شرحه عن شيخه ابن سودة: وإذا كانت فيه الشفعة فعلى ما يحمل المشتري خشبه وغيرها، وما نقله (ق) عن نوازل الشعبي من أن الدار تقوم بغير نصف الحائط لعله خلاف المذهب، ولم أر من حكم به قديماً ولا حديثاً اهـ. باختصار.
قلت: والناس اليوم على ما قاله ابن سودة فلم أر من يطلب الشفعة فيه وإن كان المذهب هو وجوبها له إن طلبها، ولعلهم لم يمكنوا منها فتركوا طلبها لذلك.
ـــــ وَالْحَيَوَانِ كُلِّهِ وَالْبِيرِ
وجُمْلَةِ العُرُوضِ في المَشْهُورِ

(و)منعت أيضاً في (الحيوان كله) عاقل أو غيره إلا أن يكون تابعاً لما فيه الشفعة كما لو كان يعمل عليه في كحائط وباع حظه في الحائط والحيوان ففيه الشفعة حينئذ، فإن باع حظه من الحيوان فقط دون الحائط فلا شفعة (و) منعت أيضاً في (البير) بعد قسم أرضها، وظاهره اتحدت البئر أو تعددت كان لها فناء أم لا. وهو أحد تأويلين. والتأويل الآخر أن محل عدم الشفعة إن اتحدت ولم يكن لها فناء وإلاَّ ففيها الشفعة، وما ذكره من عدم الشفعة فيها جار على القول بأن الشفعة خاصة بما يقبل القسمة، وتقدم أن العمل على خلافه
(و)منعت أيضاً في (جملة العروض) كالثياب والسلاح وغيرهما (في المشهور) ومقابله حكاه الاسفرايني عن مالك، ومحل المشهور إذا لم يطلع الشريك على الثمن الذي وقف به العروض إلا بعد انبرام البيع، وأما قبل انبرامه فالشريك أحق بالثمن الذي وقف عليه جبراً على صاحبه رفعاً لضرره، وليس هذا شفعة لأنها أخذ من يد المشتري، وهذا أخذ من يد البائع، ونحو هذا قول ابن عرفة: كل مشترك لا شفعة فيه فباع بعض الشركاء نصيبه منه فلمن بقي أخذه بالثمن الذي يعطى فيه ما لم ينفذ البيع اهـ. وقولنا جبراً يعني وكان مريد البيع أراد أن يمضي البيع بذلك الثمن، فحينئذ يقضي به لشريكه جبراً، ومحله أيضاً ما لم يكن مريد البيع باع صفقة حيث يجوز له ذلك، وإلاَّ فللآخر الضم ولو نفذ البيع انظر ما يأتي في القسمة عند قوله: ومن ادعى لبيع ما لا ينقسم.
ـــــ وفي الزُّرُوعِ وَالبُقُولِ وَالخُضَرْ

وفي مُغَيّبٍ في الأرْض كالجَزَرْ (و) منعت أيضاً (في الزروع) باع حصته منه ولو بأرضه والشفعة في الأرض فقط بما ينوبها من الثمن، سواء بيع بعد يبسه أو وهو أخضر أو قبل نباته. انظر تفصيل المسألة في الشامل وشرحه. (و)منعت أيضاً في (البقول) وهي التي يؤكل ما خرج منها فوق الأرض دون الداخل فيها كالكرنب والخس والهندبا ونحو ذلك. (والخضر) لعله عطف تفسير على البقول (و)منعت أيضاً (في) كل (مغيب) الأصل وهو ما كان المقصود الأعظم منه داخل (في الأرض كـ)ـــالبصل والفجل و(الجزر) واللفت فإن كان تجنى ثمرته ويبقى أصله كالقرع والقثاء فهو قسم ثالث سيأتي.

ـــ وَنَخْلَةٍ حَيْثُ تَكُونُ وَاحِدَه
وَشِبْهِهَا وفي البيوعُ الفاسِدَه

(و) منعت أيضاً في (نخلة حيث تكون واحدة وشبهها) أي شبه النخلة كالزيتونة الواحدة، وهذا على أن الشفعة لا تجب إلا فيما لا ينقسم، وتقدم أن المعمول به وهو قول مالك خلافه. (و)منعت أيضاً (في البيوع الفاسدة) لأنها مفسوخة شرعاً فإن أخذ الشفيع قبل علمه بفساده فسخ بيع الشفعة والبيع الأول إلا أن يفوت عند الشفيع، فيكون عليه الأقل من قيمته يوم قبضه هو أو القيمة التي وجبت على المشتري كما في الرجراجي ومحل سقوط الشفعة فيها.

ـــ ما لَمْ تُصَحَّحْ فَبقِيمَةٌ تَجِبْ
كذاك ذو التَّعْوِيضِ ذا فيه يَجِبْ

(ما لم تصحح) تلك البيوع الفاسدة بفوات المبيع بيد المشتري، فإن فاتت بيده فإما بغير البيع كالهدم والبناء والغرس لا بحوالة سوق لأنها لا تفيت العقار (فـ)ـــالشفعة حينئذ (بقيمة تجب) لأنها التي تلزم المشتري وتعتبر القيمة يوم القبض، وإن كان الفوات بالبيع فإما ببيع فاسد أو صحيح، فإن كان الثاني ولكن قصد به الإفاتة فالبيع الأول والثاني كلاهما مردود، وإن لم يقصد به الإفاتة فللشفيع الأخذ بالثمن فيه إن قام قبل دفع المشتري القيمة للبائع والأخير بين الأخذ بها أو بثمن البيع الصحيح، وإن كان الأول ولم يفت عند الثاني فإنهما يتفاسخان ولا شفعة، وإن فات عند الثاني فله الأخذ من أيهما شاء بالقيمة التي لزمته بعد علمهما بها، فإن أخذ قبل علمهما بها فذلك باطل، وهذا كله في المتفق على فساده، وأما المختلف فيه فإن لم يفت فسخ، وإن فات فالشفعة فيه بالثمن.

تنبيهان. الأول: بيع الثنيا من البيع الفاسد حيث اشترطت في العقد فيجري على ما تقدم، فإن تطوع بها بعد العقد كانت فيه الشفعة بالثمن وتقدم أنها محمولة على الشرط، وإن كتبت طوعاً على المعتمد وهذا كله إذا قلنا إنها بيع، وأما إن قلنا إنها رهن وهو عرف الناس اليوم فلا شفعة أصلاً انظر ما تقدم.

الثاني: إن أحدث المشتري في الدار بناء والموضوع بحاله من فساد البيع لم يأخذ الشفيع بالشفعة حتى يدفع إلى المشتري قيمة ما أنفق مع القيمة التي وجبت للبائع على المشتري، وإن كانت الدار قد انهدمت لم يوضع عن الشفيع

للهدم شيء من الثمن بل يأخذها بجميع الثمن أو يترك، وكذا إن كان البيع صحيحاً ولم يقم الشفيع لعدم علمه بالبيع ونحو ذلك حتى بنى المشتري أو غرس، فإنه لا يمكن من الشفعة حتى يدفع جميع الثمن وقيمة البناء والغرس قائماً، ويسقط عنه من الثمن قيمة النقض إن أعاده المشتري في البناء، فإن لم يعده فيه فللشفيع أخذه ويدفع جميع الثمن كما أشار له (خ) بقوله: وإن هدم وبنى فله قيمته قائماً وللشفيع النقض الخ.

(كذاك) الشقص (ذو التعويض ذا) أي الشفعة بالقيمة (فيه تجب). والمراد قيمة ما دفع في الشقص لا قيمة الشقص المشفوع، فإذا عوضه عن نصف دار مثلاً عرضاً أو حيواناً أو نصف حائط أو دار أخرى وهي المناقلة، فللشريك في الدار أن يشفع بقيمة العرض أو الحيوان ونصف الحائط ونصف الدار الأخرى لا بقيمة نصف الدار المشفوع إلا أن يكون نصف الدار وقع خلعاً أو صلحاً عن عمد، ونحوهما من المسائل السبع المشار إليها بقول (خ) في الاستحقاق: إلا نكاحاً وخلعة وصلح عمد ومقاطعاً عن عبد أو مكاتب أو عمرى الخ. فالشفعة في ذلك بقيمة الشقص المشفوع وتعتبر قيمته يوم عقد الخلع والنكاح ويوم عقد بقيتها لا يوم قيام الشفيع وأما المدفوع في صلح الخطأ فالشفعة فيه بدية الخطأ على تنجيمها، وما تقدم من أن المناقلة فيها الشفعة مطلقاً هو المشهور. وقال المتيطي: وإن كانت الدور أو الحائط بين شركاء فناقل أحدهم بعض إشراكه بأن جعل لهم حظه من هذه الدار. وهذا الحائط في الدار الأخرى أو الحائط الآخر فلا شفعة في ذلك لأنه لم يرد البيع، وإنما أراد التوسع في حظه وجمعه للانتفاع، روى ذلك مطرف وابن الماجشون عن مالك. وبهذه الرواية القضاء وعليها العمل، وكان ابن القاسم يقول: إن مالكاً رجع عن هذا وقال فيه الشفعة، وأما إن ناقل نصيبه من هذه الدار المشتركة أو الأرض الموصوفة إلى دار أخرى لا شركة له فيها ففيها الشفعة، سواء ناقل بعض أشراكه أو أجنبياً اهـ. بلفظ النهاية. ونحوه في الدر النثير والعمل المطلق، وهذا التفصيل هو الذي يجب اعتماده كما يدل له كلام ابن ناجي وغيره.

ـــــ وَالخَلْفُ في صنف المقاثي اشْتَهَرْ
وَالأَخْذُ بالشُّفْعَةِ فِيهِ مُعْتَبَرْ

(والخلف) في وجوب الشفعة وعدم وجوبها (في صنف المقاثي) بالهمز على الأصل جمع مقثأة كالفقوس والبطيخ والباذنجان (اشتهر) هو أي الخلف بمعنى الخلاف (والأخذ بالشفعة فيه المعتبر) لأنه الراجح والمشهور لأنها من الثمار كما مر (خ) وكثمرة ومقاثي وباذنجان الخ. ثم أشار إلى ما يسقط الشفعة بعد وجوبها فقال:

ـــــ وَالتَّرْكُ لِلقِيَامِ فَوْقَ العَامِ
يُسْقِطُ حَقَّهُ مع المُقَامِ

(والترك للقيام) بالشفعة والسقوط عن طلبها (فوق العام) من يوم العلم بالبيع لا من وقت عقد البيع (يسقط حقه) في الأخذ بها (مع المقام) أي مع حضوره بالبلد وعلمه بالبيع وهو بالغ رشيد لا مانع يمنعه من مرض وخوف ونحوهما، وظاهره أنها لا تسقط إلا بما زاد على العام وهو مذهب المدونة قال

فيها: إن ما قارب السنة كالشهرين والثلاثة له حكمها اهـ. قال في الكافي: وهو المشهور من المذهب. وفي المتيطية والجزيري: أن به القضاء والعمل، ومذهب الرسالة أنها تنقطع بمجرد مضي العام، وعليه اقتصر (خ) وهو الذي رواه أشهب عن مالك وبالغ عليه حتى قال: إذا غربت الشمس من آخر أيام السنة فلا شفعة. قال أبو الحسن، حسبما في الدر النثير: وعليه العمل عند القضاة ونحوه في وثائق الفشتالي ومجلس المكناسي والمعيار وغيرهم، فتبين بهذا أنه عمل بكل من القولين، ولكن المتأخرون على الثاني فوجب المصير إليه ويمكن تمشية الناظم عليه بأن يراد بالفوقية أول جزء منها. وسيأتي أن سكوت الولي من أب أو وصي عن الأخذ بالشفعة للمحجور هذه المدة مسقط لشفعة المحجور، ومفهوم قوله فوق العام أنه إذا قام قبل العام فإنها لا تسقط وهو كذلك، لكنه يحلف إذا بعد ما بين العلم وقيامه كالسبعة الأشهر ونحوها واشتراط مضي العام إنما هو إذا لم يبين المشتري أو يغرس، وإلاّ فتسقط شفعته ولا ينتظر مضي العام قاله في المتيطية.
ثم صرح بمفهوم قوله مع المقام فقال:
ـــ وغائبٌ باقٍ عَلَيْها وَكذَا

ذو العُذْرِ لَمْ يَجِدْ إلَيْهَا مَنْفَذَا (وغائب) عن البلد وقت البيع أو بعد البيع وقبل علمه به (باق عليها) أي على شفعته ما لم يمض العام من وقت علمه بعد حضوره فإن شفعته تسقط حيث لا مانع يمنعه وظاهره ولو قربت غيبته وهو ظاهر المدونة أيضاً قال فيها: والغائب على شفعته وإن طالت غيبته وهو عالم بالشراء، وإن لم يعلم فهو أحرى. ابن يونس، وقال أشهب: إلا أن تكون غيبة الشافع قريبة لا مؤنة عليه في الشخوص وطال زمانه بعد علمه بوجوب الشفعة فلا شفعة له، وظاهر أبي الحسن وابن عرفة وغيرهما: أن قول أشهب تقييد، وصرح بذلك ابن ناجي فقال على قولها والغائب على شفعته الخ. ما نصه: يريد إن كانت الغيبة بعيدة وأما القريبة فلا مؤنة في الشخوص على الشفيع فيها فهو كالحاضر لنص أشهب بذلك اهـ. فتبين أن قول أشهب تقييد للمذهب فيجب التعويل عليه، وهو الموافق لقولهم في باب القضاء والقريب كالحاضر، وهذا كله في غير الضعيف من الرجال والنساء، وأما الضعيف منهما ففي الوثائق المجموعة عن ابن مزين أن الرجل الضعيف والمرأة الضعيفة يغيبان على نحو البريد لا تسقط شفعتهما وينظر السلطان في ذلك، وفي الطرر ونحوه في ابن سلمون: المرأة لا تنقطع شفعتها إن كانت على مسافة يوم وسلمه ابن عرفة وغيره، ثم قال في الطرر: والرجل على ثلاثة أيام فأكثر لا تنقطع شفعته، وأما اليوم واليومان فهو كالحاضر اهـ. ونحوه في العبدوسي قائلاً: لا إشكال أن ثلاثة أيام مسافتها بعيدة، وإنما النظر في اليومين اهـ.
وقولي: أو بعد البيع وقبل علمه به احترازاً مما إذا غاب بعد علمه به فإنها تسقط شفعته بمضي العام (خ): كأن علم فغاب إلا أن يظن الأوبة قبلها فعيق عن القدوم بفتنة أو مرض، فإنها لا تسقط ولو مضى العام، وهذا كله إذا غاب الشفيع، وأما إذا غاب المشتري فللشفيع أن يرفع إلى القاضي ويأخذ بالشفعة بعد إثبات الموجبات كما تقدم في القضاء على الغائب قاله في المدونة، لكن قال ابن

يونس، عن ابن المواز: لاستثقال الناس الرفع إلى القضاة كانت غيبة المشتري عذراً. ابن عرفة: وهذا يحسن فيمن يعلم منه ذلك فأما من يعلم منه الطلب والدخول إلى القضاة فلا شفعة له اهـ. وقيده ابن عرفة أيضاً بغير قريب الغيبة، وأما هو فكالحاضر. وفي المعيار: إذا غاب المشتري فإن الشفيع يشهد على نفسه أنه شفع وأن الثمن باق عليه، فإذا قدم دفع إليه الثمن، فإن غفل عن هذا الإشهاد وطالت غيبة المشتري أكثر من عام سقطت شفعته، وفيه أيضاً قبل هذا بنحو ثلاث ورقات أنه لا يلزمه أن يرفع الأمر إلى الحاكم لأنه يكلفه إثبات الموجبات وربما عسرت عليه اهـ. وهذا صريح في أن الإشهاد واجب على الشفيع عند غيبة المشتري وإلا سقطت، فتأمله مع ما قبله. وأما غيبة العقار المشفوع مع حضور الشفيع والمشتري فليست عذراً قاطعاً (وكذا) الشفيع (ذو العذر) لا يسقط حقه فيها حيث (لم يجد إليها منفذا) بسبب العذر من سطوة أو فتنة أو حجر، وأثبت ذلك بموجبه ابن يونس قال مطرف وابن الماجشون: والمريض الحاضر والصغير والبكر كالغائب، ولهم بعد زوال ذلك العذر مثل ما للحاضر كانوا عالمين بالشفعة أم لا. وقال أصبغ: المريض كالصحيح لقدرته على التوكيل إلا أن يشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفعة أنه على شفعته، وأنه ترك التوكيل عجزاً عنه وإلاَّ فلا شيء له. ابن حبيب: والأول أحب إلينا. العبدوسي: المشهور أن المريض يعذر خلاف ما قاله أصبغ. وفي الفشتالي: أن المريض كالصحيح وقيل كالغائب، وفي الأجهوري أن كونه كالصحيح هو الراجح اهـ..

قلت: الظاهر ما للعبدوسي من أنه يعذر، ويؤيده ما تقدم من أن استثقال الناس الرفع للقضاة يعد عذراً فلم يقولوا إن المستثقل للرفع يوكل لأن إدلاءه لحجج نفسه أقوى من إدلاء غيره، ولأنه لا يجد في الغالب ناصحاً له، وقد علم ما عليه الناس اليوم من قبول الرشا وفي وكالات المعيار ما يشهد لذلك والله أعلم. وفي المتيطية: وأما الغالب والصغير المهمل والسفيه الذي مات وليه واليتيم والبكر فلا تنقطع شفعتهم إلا بعد عام من قدوم الغائب وبلوغ اليتيم والبكر وترشيد السفيه ونكاح البكر ورشدها. هذا هو المشهور وبه العمل اهـ. تنبيهات. الأول: إذا قام الحاضر بعد مضي السنة وأنكر علمه بالبيع فإنه يصدق بيمينه ولو قام بعد مضي خمس عشرة سنة أو أكثر (خ): وصدق إن أنكر علمه الخ. أي أنكر علمه بالبيع أو بأن الشقص ملكه، وهذا إذا كان البائع يلي النظر مع الشفيع وأما إذا كان المشتري يلي النظر معه فلا يقبل قوله إنه لم يعلم لأن شاهد الحال يكذبه إذ لا يكاد يخفى عليه بأي وجه يلي النظر معه قال البرزلي على الطرر، وقاله في المتيطية أيضاً قال: وقد قال فضل في وثائقه: إذا كان الشفيع يرى المشتري يحرث الأرض ويعملها بحيث لا يخفى على مثله فلا كلام له إذا طال ذلك انتهى باختصار نقله ابن رحال وغيره مسلماً، فيجب اعتماده، وإن كان الزياتي نقل في نوازله عن ابن خجوا أن ما في المتيطية لا يفتى به في بلدنا، لكنه لا ينبغي أن يعول عليه والله أعلم.

الثاني: إذا قال المبتاع: نسيت الثمن فإن مضى من طول المدة ما يندرس فيه العلم وتموت البينة فالشفعة ساقطة، ولو كان الشفيع صغيراً أو غائباً بعد أن

يحلف أنه نسيه وأنه ما يعلم قدره، وأما في قرب الأمد مما يرى أن المبتاع أخفى الثمن ليقطع الشفعة فإن الشفيع يشفع بقيمة الشقص يوم البيع نقله (ح) ونحوه في الشامل. وقال في الكافي: لو جهل ثمن الشقص فإن كان لطول الزمان سقطت الشفعة وإن كانت المدة قريبة فللشفيع أخذ الشقص بقيمته هذا قوله في الموطأ وهو تحصيل مذهب مالك وعليه العمل اهـ. ونقله في الدر النثير والعمل المطلق.
الثالث: لا شفعة في التمخي( ) قال ابن القاسم فيمن تصدق بحظه على أخت له وقال: كنت أخذت من موروثها مالاً ولا يعلم قدر ما أخذ من مالها ما نصه: ذلك الحظ لها ولا أرى لأحد فيه الشفعة لأن مالكاً قال: لنا ما طال من الشفعة حتى نسي ثمنه ولم ير أن صاحبه أخفى ذلك لقطع الشفعة فلا شفعة فيه إذا أتى من يطلبه اهـ. باختصار. وقال في المدونة: من ادعى حقاً في دار بيد رجل فصالحه منه فإن جهلاه جميعاً جاز ذلك ولا شفعة فيه، ثم قال: وإن ادعت سدس دار بيد رجل فأنكر فصالحك منه على شقص دفعه إليك من دار أخرى، فالشفعة في الشقص الذي لا دعوى فيه بقيمة المدعى فيه لأن قابضه مقر أنه اشتراه ودفع في ثمنه السدس ولا شفعة في الشقص المدعى فيه لأن قابضه يقول: إنما أخذت حقي وافتديته بما دفعت فيه ولم أشتره اهـ. وفي ابن سلمون: لا شفعة في التمخي عند ابن القاسم وغيره إلا أن يكون صلحاً عن طلب ففيه الشفعة وهو حينئذ كالبيع اهـ.

الرابع: ليس لأحد المتفاوضين شفعة فيما باعه الآخر لأن بيع أحدهما يلزم صاحبه، وهذا بخلاف الوكيل ففي المدونة ومن وكل رجلاً ليبيع له شقصاً أو يشتريه والوكيل شفيعه ففعل لم يقطع ذلك شفعته اهـ. وعامل القراض كالوكيل كما في المتيطية، وكذا إذا باع الوصي أو الأب حصته في دار مشتركة بينه وبين يتيمه، فله أن يأخذ بالشفعة لنفسه أو ليتيمه كما قال (خ) وشفع لنفسه أو ليتيم آخر وعليه فما في البرزلي والتتائي ونوازل العلمي من أن الوكيل والوصي والأب لا شفعة لهم خلاف المذهب.
الخامس: قال ابن رشد في أجوبته: إن كان بعض الأشراك أحق بالشفعة من بعض فليس للأبعد أن يأخذ بالشفعة حتى يوقف الأقرب على الأخذ أو الترك، وإذا لم يقم واحد منهم بطلب الشفعة حتى مضى أمد انقطاعها بطلت شفعتهم جميعاً القريب والبعيد ولا حجة للبعيد في أن القريب كان أحق بالشفعة منه، فلذلك لم يقم بطلبها لأن سكوته عن أن يقوم بشفعته فيأخذها إن كان الأقرب غائباً أو يوقفه عن الأخذ والترك إن كان حاضراً مسقط لحقه فيها اهـ.x ونحوه في البرزلي عن ابن أبي زيد وصاحب الطرر، ولما نقله ابن عرفة قال عقبه: هذا كالمنافي لما قاله محمد من أن استثقال الناس الرفع إلى القضاة يعد عذراً اهـ.
السادس: إذا أشهد الشفيع بالأخذ ولم يعلم المشتري بذلك إلا بعد مضي الأمد المسقط فلا شفعة له على ما به عمل فاس قاله المسناوي عن سيدي العربي بردلة وقول ناظم العمل: والأخذ بالشفعة سراً ينفع الخ. لا عمل عليه.

السابع: للشفعة مراتب أربع يقدم فيها ذو الفرض ثم العصبة ثم الموصى لهم ثم الأجانب وكل منهم يدخل على من بعده دون العكس، فإذا كانت دار مناصفة بين رجلين فمات أحدهما عن زوجتين وابنتين وأخوين وأوصى بثلث نصفه لرجلين، فإذا باعت إحدى الزوجتين أو البنتين فالأخرى أحق بنصيبها لقول (خ) وقدم مشاركه في السهم، فإذا أسقطت الشفعة فالشفعة للبنتين والأخوين على قدر الأنصباء دون الموصى لهما، فإذا باع أحد الأخوين فالشفعة للأخ الآخر وللزوجتين والبنتين لقوله أيضاً: ودخل على غيره أي ودخل ذو الحظ والسهم على غيره من الورثة والأخوان ورثة، وكذا إذا ماتت إحدى البنتين أو أحد الأخوين عن ثلاثة أولاد مثلاً فباع أحد الأولاد، فإن الولدين الباقيين أحق لقوله وقدم مشاركه في السهم لأن الميت من الأولاد ذو سهم واحد وأولاده شركاء فيه، وإذا باع أحد الأخوين أو البنت الباقية أو إحدى الزوجتين وأسقطت الباقية فإن أولاد الميت الثاني يدخلون مع الأعلين وهم الزوجة الباقية والأخوان لقوله أيضاً: ودخل على غيره لأن أهل وراثة الميت الثاني ذو سهم واحد فيدخلون مع الأعلين، وإذا باع أحد الموصى لهما دخل مع الباقي منهما في المثال المذكور الزوجتان والبنتان والأخوان لقوله: ووارث على موصى لهم ولا يدخل الموصى لهما إذا باع أحد الأخوين أو إحدى الزوجتين أو البنتين وأسقطت الأخرى كما مر، فإذا أسقط الموصى لهم ومن قبلهم الشفعة انتقلت للأجنبي وهو شريك الهالك الأول والمشتري من كل ممن ذكر يتنزل منزلته، فإذا كانت الشركة بين أربعة فباع أحدهم نصيبه وأسقط الآخرون للمشتري الشفعة، ثم باع بعض الباقين نصيبه، فإن المشتري الأول يكون شفيعاً مع من بقي ويسقط حقهم في التقديم عليه قال ابن القاسم عن مالك. ابن رشد: وهذا مما لا أعلم فيه خلافاً لأن المبتاع يحل محل بائعه اهـ. وعليه فإذا باعت إحدى الزوجتين نصيبها وأسقطت الأخرى مع باقي الورثة الشفعة، ثم باعت الزوجة الثانية

المسقطة يكون المشتري أحق بالشفعة من باقي الورثة لأنه منزل منزلة ضرتها فتأمله. وما تقدم عن مالك وابن رشد لا يعارضه ما في الكراس الثالث عشر من معاوضات المعيار من أن الإنسان إذا باع نصف داره ومات فباع بعض ورثته بعض النصف الآخر، فإن الشفعة للوارث الآخر لا للأجنبي لما بينهما من الفرق الظاهر، ولما نقل الرهوني ما مر عن ابن رشد نقل أيضاً عن ابن المواز أن أحد أولاد الميت إذا أوصى بحظه لرجل، ثم باع واحد من بقية الأولاد فإن من أوصى له الولد يدخل في ذلك مع بقية الإخوة ولم يختلفوا في هذا، وليس كالذي أوصى له أبوهم الذي ورثوا الدار عنه لأنه كمبتاع من أحد البنين فيحل محل بائعه ثم قال: وأما إذا اشترى السهم كله جماعة فباع أحدهم حظه فقال ابن رشد عن ابن القاسم: لا يكون إشراكه أحق بالشفعة من إشراك البائع، وقال أشهب: إشراكه أحق لأنهم كأهل سهم واحد وأصله في الشامل ثم قال: وإذا باع أحد الإخوة حظه من أرض المغارسة فالعامل كأحدهم في الشفعة إذا وقع البيع بعد تمام العمل، وأما إن باع قبله فالعامل لا يشفع حتى يبلغ الغرس فبلوغ الغرس كوضع الحمل، فكما أن الوصي لا يشفع للحمل حتى يوضع فكذلك المغارسة اهـ. وانظر ما يأتي آخر المغارسة وما أسلفناه من المثال فيه تقريب على المبتدي وفيه إشعار بأن الصواب حذف قول (خ) كذي سهم على وارث ولذا أصلحه بعضهم بقوله: وقدم مشاركه في السهم ثم الوارث ولو عاصباً ودخل على الموصى لهم، ثم الأجنبي بعدهم اهـ. وقد استفيد مما مر أن

ورثة الوارث مقدمون على شركاء الوارث ويدخلون عليهم. وأن ورثة المشتري مقدمون على شركائه ويدخلون عليهم أيضاً، وأن المشترين لجزء إما من مشتر أو وارث فلا يكونون أحق من شركاء البائع إذا باع أحدهم بل هم معهم سواء خلافاً لأشهب في قوله: إنهم أحق من شركاء البائع والله أعلم.

الثامن: المحبس عليهم لا شفعة لهم إلا أن يكون مرجع الحبس لأحدهم ملكاً فلمن له المرجع الشفعة وانظر المتطوع بالإقالة في الثنيا، فإن الشفعة لشريك البائع ولو حصل التطوع المذكور كما في المتيطية وغيرها، فإن باع شريك البائع حظه بعد التطوع المذكور فعلى أنها رهن، فللبائع الأول الشفعة وعلى أنها بيع فهو بيع بخيار كما يفهم من كلام ابن رشد المتقدم في الثنيا وعليه فيجري ذلك على قول (خ): ووجبت لشريكه أن باع نصفين خياراً ثم بتلا فامضى الخ. ومعلوم أن المغارسة بيع تجري على بيع الخيار فلا تجب فيها الشفعة إلا بعد تمام العمل بالإطعام كما أن الخيار لا تجب الشفعة فيه إلا بعد الإمضاء قاله العلمي في نوازله، فانظر ذلك فيه. وأما إذا باع العامل في المغارسة حصته قبل الإطعام فانظر حكمه في الشفعة من نوازلنا.
التاسع: في المعيار عن ابن محسود: أن الشفيع إذا طلب من المشتري أن يوليه الشقص فأبى أن له أن يأخذه بالشفعة قائلاً وليس هي كمسألة المساومة اهـ. ومسألة المساومة قال اللخمي: إذا قال إنما ساومته لعله يبيع بأقل وإلا رجعت إلى الشفعة، فإنه يحلف ويأخذ بالشفعة، وإن قال: لا أشتري إن باع بأقل أو بأكثر فذلك إسقاط لشفعته اهـ. ونحوه في ضيح فيجب أن يقيد به قول (خ) وسقطت إن قاسم أو اشترى أو ساوم الخ.
العاشر: إذا قام الشفيع ودفع الثمن للمشتري فلم يقبله منه وبقي يتصرف مدة طويلة إلى أن أذعن لقبضه أو جبره الحاكم على قبضه فطلب الشفيع من المشتري غلة الأرض مدة امتناعه، فإنه يقضي له بها على المشتري لأن الشقص المبيع يملك بدفع الثمن قبضه منه المشتري أم لا. قاله في نوازل الزياتي، وفي (خ) ودفع ثمن قال (تت): رضي بأخذه أو لا اهـ.
ـــــ وَالأَبُ والوصيُّ مَهْمَا غَفَلاَ

عَنْ حَدِّهَا فَحُكْمُهَا قَد بَطَلاَ (والأب والوصي مهما غفلا عن) الأخذ بها للمحجور إلى انقضاء (حدها) المسقط لها وهو السنة (فحكمها قد بطلا) فلا أخذ لهما بعده ولا له هو إن رشد لأن إعراضهما عن الأخذ كإعراضه هو بعد رشده، فلم يأخذ ولم يترك حتى انقضى أمدها، وظاهره كان الأخذ نظراً أم لا. وهو الموافق لإطلاق (خ) في الحجر حيث قال: وللولي ترك التشفيع والقصاص فيسقطان الخ. وما ذكره الناظم قال الفشتالي وصاحب المفيد: عليه العمل عند أصحاب الوثائق، ومفهوم غفلا أنهما إذا أسقطاها بالفعل فإنها تسقط بالأحرى وإسقاطهما محمول عند الجهل على النظر، بل ولو ثبت غير النظر لأنه إذا جرى العمل بالإطلاق في السكوت الذي تارة يصدر عن قصد وتارة لا، فأحرى أن يجري في الإسقاط الذي لا يصدر، إلا عن قصد خلافاً لما في (خ) في الشفعة حيث قال عاطفاً على ما لا تسقط فيه شفعة المحجور أو أسقط وصي أو أب بلا نظر الخ. قال الإمام الرهوني في حاشيته: أنه لا فرق بين

السكوت والإسقاط وأن العمل على سقوطها مطلقاً لنظر أو غير نظر قال: وما في (خ) خلاف المعتمد اهـ. باختصار.
قلت: الخلاف مبني على أن الشفعة شراء أو استحقاق فعلى أنها شراء وهو المشهور لا يلزمه أن يشتري لمحجوره وعلى أنها استحقاق يلزمه الأخذ بها حيث كان نظراً، وقد كنت أجبت في النازلة بالفرق بين الإسقاط والسكوت وجوابنا مثبت في نوازل الشفعة من نوازلنا فانظره إن شئت، ومفهوم الأب والوصي أن مقدم القاضي ليس كهما فلا تسقط الشفعة إذا سكت عن الأخذ بها أو أسقطها لغير نظر، وهو كذلك لأن مقدم القاضي أضعف منهما كما في البرزلي، وقال أبو الحسن في مقدم القاضي قولان. الأرجح عدم السقوط.

تنبيه: اختلف في الغائب والمريض والمهمل فقال اللخمي: إن ثبت أن لهم مالاً يوم البيع أو اكتسبوه داخل السنة كانت لهم الشفعة وإلاَّ فلا شفعة لهم، وهو مبني على أن المعتبر في السداد هو يوم الوقوع، والمشهور الذي به العمل بفاس الآن أن المعتبر فيه يوم النظر وعليه فلهم الشفعة ولو لم يكن لهم مال يوم الوقوع، وإنما طرأ لهم يوم النظر.
ـــ وَإِنْ يُنَازِعْ مُشْتَرٍ فِي الانْقِضَا
فَلِلشَّفِيعِ مَعْ يَمِينِهِ الْقَضَا (وأن ينازع) بفتح الزاي مبني للمجهول (مشتر في الانقضا)ء للسنة بأن يقول: اشتريت وقد مضت سنة من يوم الشراء ويقول الشفيع: بل السنة لم تنقض ولا بينة لواحد منهما (فللشفيع مع يمينه القضا)ء قال في الطرر، عن ابن فتحون: لأن الشفعة قد وجبت له والمشتري يدعي ما يسقطها فلا يصدق اهـ. ومثله دعوى المشتري عليه العلم منذ سنة وأنكر، فالقول للشفيع مع يمينه.
ـــ وَلَيْسَ الإِسْقَاطُ بِلاَزِمٍ لِمَنْ
أَسْقَطَ قَبْلَ الْبَيْعِ لاَ عِلْمَ الثَّمَنْ

(وليس الإسقاط بلازم لمن أسقط قبل البيع) ولو على وجه التعليق الصريح كقوله قبل البيع: إذا وجبت لي الشفعة عليك فقد سلمتها لك، أو إن اشتريت أنت فقد اسقطت أنا شفعتي، وظاهره كان الإسقاط على مال أم لا. قال في المدونة: وإن سلم قبل البيع على مال أخذه بطل ورد المال وكان على شفعته اهـ. وقولها أخذه الخ. يقتضي أنه إذا لم يأخذه ولكن قال له: إن اشتريت ذلك الشقص فقد سلمت لك شفعتي على دينار تعطيه إياي، فإن لم يبعه لك فلا شيء لي عليك. قال اللخمي: ذلك جائز ولو اشترط النقد لم يجز اهـ.ونقله (ح) في التزاماته مسلماً وخرج اللخمي في مسألة التعليق قولاً بلزوم الإسقاط قال قياساً على من قال: إن اشتريت عبد فلان فهو حر، وإن تزوجت فلانة فهي طالق، وفرق ابن رشد في الأجوبة بأن الطلاق والعتق من حق الله بخلاف الشفعة، ابن عبد السلام: وهذا الفرق ليس بالقوي ويظهر لبادي الرأي صحة تخريج اللخمي، وذكر ابن عرفة عن شيخه ابن الحباب أنه فرق بأن التزويج وشراء العبد كلاهما من فعل الملتزم بخلاف شراء الشقص المشفوع فليس من فعله وتعقبه الأبي في شرح مسلم بأن ابن الحباب لم يكن عارفاً بالفقه، وإنما كان عارفاً بالعقليات.

قلت: لعله إنما قال ليس عارفاً بالفقه لأن التعليق لا فرق فيه بين أن يعلق على فعل نفسه أو على فعل غيره، وقد قال (خ) وإن علق على فعل غيره ففي البر كنفسه والله أعلم. (لا علم) بالجر عطفاً على البيع أي لا إن أسقطها بعد البيع وقبل علم (الثمن) فإن الإسقاط يلزمه. ابن سلمون: فإن أسقطها قبل أن يعلم مقدار الثمن لزمه ذلك اهـ. وفي المدونة: إن سلم الشفعة بعد البيع لزمه ولو جهل الثمن. ابن رشد: إلا أن يأتي من ذلك ما لا يكون ثمناً لمثله فلا يلزمه تسليمه اهـ.

قلت: وإنما لزمه ذلك لأن الإسقاط لا معاوضة فيه بخلاف الأخذ بها قبل معرفة الثمن وجنسه، فإن الأخذ يكون فاسداً ويجبر على فسخه بناء على أن الأخذ بها بيع، وصرح ابن رشد وغيره بمشهوريته ففيه شراء بثمن مجهول وهو معنى قول (خ) ولزمه إن أخذ وعرف الثمن الخ. فمفهومه أنه إذا لم يكن عرفه فلم يصح الأخذ، وهذا هو المعتمد وبه صدر في الشامل خلافاً لما في ضيح عن المازري من أنه إذا أخذ قبل علم الثمن فله الرد اتفاقاً وكذا له التمسك على المشهور اهـ.
قلت: ولعل وجهه أنه كأنه اشترى على أنه بالخيار عند علم الثمن أو هو مبني على أن الشفعة استحقاق لا بيع والله أعلم. ثم إن فسخ أخذه على المعتمد فلا تسقط شفعته بل له أخذها بعد معرفته بالثمن.
ـــ كَذَاكَ لَيْسَ لاَزِماً مَنْ أُخْبِرَا
بِثَمنٍ أَعْلَى وَبالنَّقْصِ الشِّرَا
(كذاك) التشبيه راجع للمسألة الأولى التي الإسقاط فيها غير لازم أي: فكما لا يلزم الإسقاط قبل البيع كذلك (ليس لازماً من) أي شفيعاً (أخبرا) بالبناء للمجهول أي قيل له إن الشراء وقع (بثمن أعلى) كمائة (و)تبين أنه (بالنقص الشرا)ء كخمسين فإنه لا يلزمه الإسقاط وله الشفعة بعد أن يحلف أنه ما أسقط إلا لما أخبر به من الثمن العالي، ومثل الإسقاط السكوت القاطع للشفعة، وظاهر النظم أنه لا يمين عليه وهو ما حكاه ابن المواز قال في المتيطية: فإن سلم الشفيع ثم أثبت أن الثمن كان أقل مما ذكره المبتاع فإنه يحلف أن تسليمه لم يكن إلا لكثرة الثمن وتكون له الشفعة، وحكى محمد أنه لا يمين عليه لظهور عذره اهـ.

قلت: وهذا يدل على أن إخباره بكثرة الثمن ثابت بالبينة لا بمجرد دعواه فإنه لا يصدق أنه إنما سلم لكونه أخبر بالكثرة، ومثل ما في النظم لو أسقط لكذب في المشترى بفتح الراء والمشتري بكسرها بأن قيل فلان اشترى نصف نصيب شريكك فأسقط، ثم تبين أنه اشترى جميع نصيبه أو قيل له: إن المشتري هو فلان فأسقط، ثم ظهر أن المشتري غيره، أو قيل له: إن المشتري متعدد فأسقط فتبين أنه واحد وبالعكس (خ): أو أسقط لكذب في الثمن وحلف أو في المشترى أو انفراده الخ. ومثل الإسقاط في ذلك كله السكوت حتى مضى الأمد المسقط كما مر.
ـــ وَشُفْعَةٌ فِي الشِّقْصِ يُعْطَى عَنْ عِوَضِ
وَالمَنْعُ في التَّبَرُّعَاتِ مُفْتَرَضِ

(وشفعة) مبتدأ خبره (في الشقص) وجملة (يعطى عن عوض) حال من الخبر وأطلق في العوض فشمل المالي وغيره، والشفعة في الأول بمثل الثمن، إن كان مثلياً أو ديناً فبمثله أيضاً ولو عرضاً، وأما العرض غير الدين فيشفع بقيمته وغير المالي كخلع ونحوه يشفع بقيمة الشقص، وهذا الشطر مستغنى عنه بقوله فيما مر: كذاك ذو التفويض ذا فيه تجب الخ. كما مر شرحه هناك.

تنبيه: إذا وقع العقد بعين ونقد عرضاً أو العكس، فالراجح من أقوال خمسة. وهو مذهب ابن القاسم أن الشفعة بما عقد عليه دون ما نقد، وكذا في الاستحقاق والعيب والإقالة. قال الفشتالي: إنما يكون الرجوع في الاستحقاق بما عقد عليه لا بما نقد، وكذلك في الشفعة، وليس عند الشيوخ ما يخالفه إلا ما وقع في الاستحقاق من المدونة فيمن اشترى بدنانير فدفع دراهم ثم وقع استحقاق في المبيع، فإنه يرجع بما دفعه لأن رجوعه بما عقد عليه يؤدي إلى صرف مستأخر اهـ. وفي الكراس الحادي عشر من معاوضات المعيار فيمن باع خادماً بدنانير فأخذ عنها شعيراً ثم تفاسخا لعيب ظاهر أو لإقالة قال: يرجع بالدنانير وأخذه الشعير عقد ثان إلا أن يكون أخذ الشعير على وجه التجاوز والتخفيف والثمن أكثر في الوقت المأخوذ فيه الشعير، فإنه يرجع بشعير مثله اهـ. وإلى المسألة التي استثناها الفشتالي مع ما عداها أشار ابن عرفة بقوله: وفيها من رد معيباً دفع عن ثمنه الدنانير دراهم أو عرضاً رجعت في الدراهم بها، وفي العرض بالدنانير زاد في السماع إلا أن يشبه كونها ثمناً فما عليه إلا قيمة العرض. ابن القاسم: يريد أخذه إلا على وجه التجاوز والتخفيف ككونه معسراً اهـ.

(والمنع) من الشفعة (في التبرعات) من صدقة أو هبة لغير ثواب ونحلة وهي ما يعطيه الأب لولده عند الزواج (مفترض) واجب. وتقدم أنه لا شفعة أيضاً فيما يدفعه الولي لمحجوره تمخياً، وأما هبة الثواب ففيها الشفعة بعد تعيين الثواب أو دفعه بالفعل كما قال (خ): وهبة بلا ثواب وإلاَّ ففيه الشفعة بعده، وما ذكره الناظم من منع الشفعة في التبرعات هو المشهور. قال في المقصد المحمود: وبه العمل، وروى ابن الجلاب ثبوتها قي التبرعات بقيمة الشقص، وذكر الزقاق وناظم العمل أن العمل بهذه الرواية، وبه أفتى أبو عمر الإشبيلي المعروف بابن المكوي وفتواه تقييد للمشهور. قال ابن ناجي: ومحل المشهور عندي ما لم يكثر التحيل من الناس على إسقاطها وإلاَّ فيحكم بها، وبه قال أبو عمر الإشبيلي قال سيدي عمر الفاسي في شرح الزقاقية: ما قاله أبو عمر الإشبيلي غير مخالف للمشهور، بل هو جار عليه على ما قاله ابن ناجي، وقال الشيخ ميارة: ما قاله ابن المكوي هو الظاهر أو المتعين لا سيما حيث تحتف بذلك قرائن العوض ويبعد فيه التبرع اهـ. وقال ابن رحال في شرحه ما ذكره الزقاق: لا نوافق عليه في الهبة للمبرز في العدالة وإن كان يحلف على ما به العمل، ولكن ينظر إلى قرائن الأحوال إن كان الحاكم عدلاً مبرزاً عالماً وإلاَّ فيرجع لما قاله الزقاق وجل القضاة أو كلهم في زمننا لا يوثق بهم اهـ. باختصار. فيفهم منه أن التحيل على إسقاط الشفعة بالتبرع موجود غالباً في وقته، ولكن ينظر إلى الحاكم إذ لعله لا يراعى تلك الحيل لغلبة الهوى عليه،

وكذا إذا كثر التحيل على إسقاطها بالزيادة في الثمن كأن يقول المشتري: إذا اشتريته منك بمائة يؤخذ مني بالشفعة فخذ سلعة تساوي مائة بمائتين إلى أجل ثم صير إلى الشقص فيها. انظر حاشيتنا على الزقاقية.

تنبيه: قال في المدونة: وإن وهب شقصاً لغير ثواب فعوض فيه فقبل العوض فإن رئي أنه لصدقة أو صلة رحم فلا شفعة فيه. ابن المواز: وكذلك لو أثابه شقصاً في دار لم يكن أيضاً في الثواب شفعة لأن هذا دفع شقصه فيما لم يكن يلزمه. ابن ناجي: وهو المشهور وبه الفتوى.

ـــــ وَالْخُلْفُ فِي أَكْرِيَةِ الرِّبَاعِ
وَالدُّورِ وَالحُكْمُ بِالامْتِنَاعِ

(والخلف) في وجوب الشفعة (في أكرية الرباع والدور) يشمل ما إذا كانا يملكان الرقبة فأكرى أحدهما نصيبه أو يملكان المنفعة فقط، فأكرى أحدهما حصته أيضاً أو أحدهما يملك الرقبة والآخر المنفعة. فقال ابن القاسم والمغيرة وابن الماجشون: بعدم الشفعة في ذلك كله وهو المشهور عند (خ). وقال ابن فتحون: به القضاء والحكم وعليه عول الناظم فقال: (والحكم بالامتناع) وقال أشهب ومطرف وأصبغ، وروي عن ابن القاسم أيضاً فيه الشفعة. القلشاني: وبه الحكم بالمغرب والأندلس اهـ. وعلى وجوب الشفعة فيه عمل فاس قال ناظمه: وشفعة الكرا لشرك قائم الخ. وظاهره شفع ليس ما يسكن من دار أو حانوت أو رحى وغير ذلك، أو ليكرى ذلك لغيره، والذي للمنجور والمكناسي وغيرهما أنه إنما يمكن منها إذا كان يسكن بنفسه أو يعمل في الرحى ونحوها بنفسه وهو مبني على أنه لا يشفع ليبيع والمعروف تمكينه من الشفعة ليبيع قاله المنجور، ولذا قال ابن ناجي: العمل عندنا بإفريقية على التمكين من الشفعة من غير شرط أصلاً.
قلت: وهو ظاهر ما يفعله الناس اليوم فإنهم لا يلتفتون للشرط المذكور.

تنبيه:الخلاف في المساقاة كالخلاف في الكراء كما في التوضيح وغيره، وكذا الرهن بمنفعة فيه الخلاف المذكور لأنه بيع وكراء، وكذا الجلسة فيها الخلاف المذكور، وأما الرهن فإن البائع إذا باع السلعة بعشرة مثلاً إلى أجل وأعطاه المشتري نصف دار رهناً في دينه وأباح له الانتفاع به إلى الأجل، فقد باع سلعته بشيئين العشرة المؤجلة ومنفعة النصف المرهون، فبعض السلعة في مقابلة العشرة بيع وبعضها في مقابلة المنفعة كراء، فعلى أن الشفعة في الكراء يكون لشريك الراهن بقيمة المنفعة فيقال: ما يساوي كراء هذا النصف منحل للأجل المسمى، فإذا قيل عشرة فيشفع بها بشرط أن يسكن بنفسه على ما مر. قال العلمي في نوازله: والعمل بفاس على شفعة منفعة الرهن المشاع اهـ.

قلت: قيد بعضهم عن سيدي العربي بردلة: أن العمل على عدم الشفعة فيه، وإن كانت قاعدة ثبوت الشفعة في الكراء توجب الشفعة فيه لكن الأشياخ لم يعملوا بمقتضى القاعدة وعلى تقدير عملهم بمقتضاها فيشفع بقيمة المنفعة

اهـ. ما وجدته مقيداً عن بعض المفتيين، ولكن الصواب ما في العلمي إذ لا وجه لخروجه عما به العمل في الكراء، فهذا الذي يجب اعتماده على ما يأتي في الجلسة، وأما الجلسة وتسمى عند أهل مصر بالخلو فهي كراء محض أيضاً إذ غايته أن أرض الحبس أو غيرها تكرى لمن يغرسها أو يبني فيها بدرهم في السنة مثلاً مدة من عشرين سنة أو بدرهم في كل سنة إلى غير أجل محدود، ويغرم الكراء عطل بناءه أو انتفع به وضمائرهم منعقدة على أن المكتري لا يخرج إلا برضاه لجريان عادتهم بذلك، فإذا وقعت عليه زيادة في الكراء فإن شاء أخذه بتلك الزيادة وكان أحق به من الذي زاد عليه، وإن شاء أخذ أنقاضه ورفع نزاعه إن امتنع ذو الأصل من إبقائه بالكراء الأول، فتقديم المكتري على الغير بما أعطاه ذلك الغير من الكراء وانعقاد ضمائرهم عليه عند العقد هو المعبر عنه في الاصطلاح بالكراء على التأبيد، ولكن لما كان أحق به بتلك الزيادة لم يزد أحد في الغالب عليه لعدم الفائدة، ولذا قال في نظم العمل:

d

وهكذا الجلسة والجزاء
جرى على التبقية القضاء

ثم إذا مات المكتري ذو الجلسة فإنها تورث عنه ويقوم وارثه مقامه، وهكذا ما دام هو أو وارثه ولو سفل قائماً بحياطتها وصيانتها، فإن فرط فيها حتى اندثر بناؤه وغرسه فقد بطل حكمها ولا شيء لصاحبها في الأرض، ثم قبل اندثارها لبعض الشركاء أن يكري حظه منها أو يبيعه وفي الحقيقة أن بيعها كراء، فإذا أكراه أو باعه فللآخرين الشفعة لا لرب الأرض على ما مر من وجوب الشفعة في الكراء، وبه أفتى فيها ابن رحال والشدادي وغيرهما، وأفتى الشيخ التاودي بأن الذي وقع به الحكم والفتوى في الجلسة إذا بيع جزء منها أنه لا شفعة فيه للشريك قال: هكذا ذكره القاضي بردلة عن أبي عبد الله بن سودة وأبي عبد الله المجاصي قال: وإذا لم تجب في بيع جزء منها فلا تجب في كراء جزء منها بالأحرى لأن الكراء أضعف اهـ. ونحوه للمسناوي عن بردلة المذكور قائلاً عنه: وسمعتهم يعللون ذلك بأن الشرط المذكور، وهو أن يسكن بنفسه لا يكاد يتحقق فيها في الغالب لأن ملاكها في الغالب لا يعتمرونها لأنفسهم، وإنما يستغلونها بالكراء للغير اهـ. ونقلنا ذلك كله في كتاب الشفعة من نوازلنا وانظر بقية أحكامها في الكتاب المذكور. وفي الكراس الثاني من الإجارة والرهن، وانظر قولهم عن بردلة: أنه لا شفعة في بيع جزء منها مع أن ذلك بيع لجزء أنقاضها وأشجارها، وقد قال في ضيح: ينبغي أن يتفق في الإحكار التي عندنا بمصر أن تجب الشفعة في البناء القائم فيه لأن العادة أن رب الأرض لا يخرج صاحب البناء أصلاً فكان ذلك بمنزلة صاحب الأرض اهـ. نقله (ز) وزاد عقبه: أي ولا شفعة لرب الأرض وإنما الشفعة للشريك قال: وكذلك الأرض الخراجية إذا باع أحدهم حصته منها فالشفعة للشريك في الخراج لا لرب الأرض انظره عند قوله في الشفعة وقدم معبر الخ. قالوا: والإحكار جمع حكر وهو المسمى عندنا بفاس بالجزاء، وبالجملة فالذي يوجبه النظر هو وجوب الشفعة في الجلسة والجزاء بيعاً وكراء لأن الشفعة إنما شرعت لرفع الضرر

ولا سيما في بيع جزء من هذا الكراء الذي لا يخرج مكتريه إلا برضاه على ما مر، فالعمل لو لم يجر بالشفعة في مطلق الكراء لكان ينبغي أن يجري بالشفعة في هذا الكراء الذي هو الجلسة بخصوصه لدوام ضرره، ولما فيها من بيع الأنقاض في بيعها وبيع الأنقاض والبناء فيه الشفعة اتفاقاً، وما ذكروه عن بردلة ضعيف عقلاً ونقلاً وكونهم لا يستغلونها لأنفسهم لا يوجب سقوطها، لما تقدم عن ابن ناجي: أن العمل على عدم اشتراط السكنى، ولقول المنجور المعروف من المذهب تمكين الشفيع من أن يشفع ليبيع ولما تقدم عن الشدادي وابن رحال من وجوب الشفعة فيها وهم متأخرون عن القاضي بردلة فلا يخفى عليهم العمل الذي انفرد هو بنقله،
وقوله: سمعتهم يعللون ذلك بأن الشرط المذكور لا يكاد يتحقق الخ. لا وجه له لأن العمل إذا جرى بموجب الشفعة في الكراء في الشرط المذكور، فيجب أن يطرد ذلك العمل بشرطه المذكور في جميع أفراد الكراء الذي منه الجلسة والجزاء، وكونه يعتبر الشرط المذكور في بعض الأفراد دون بعض هو من التحكم الذي لا يخفى بطلانه، وأيضاً يصير هذا العمل بالتفصيل في الكراء من كون الشفعة في بعض أفراده دون بعض غير مستند لقول من أقوال المذهب، وقد نصوا على أن العمل لا بد أن يستند إلى قول ولو شاذاً وإلا لم يعمل به، وقوله لأن ملاكها في الغالب لا يعتمرونها الخ. يقتضي أن ما ارتكبه الملاك من عدم الاعتمار لأنفسهم يتبايعون عليه ويمكنون منه، وليس كذلك لأن العمل إذا جرى باشتراط الشرط المذكور فلا يمكنون من الشفعة إلا به ويحملهم الحكام عليه جبراً وإلاَّ أدى إلى أن العامة إذا تمالؤا على أمر يتابعون عليه ويمكنون منه، ولو خالف الأقوال المذهبية، وهذا مما لا يقوله أحد. هذا وقد رأينا أن صاحب الأصل في الحوانيت والفنادق يكريها صفقة على صاحب الجلسة، وبالعكس فيأتي الآخر ويضمها من يده ويكريها لغيره بزيادة أو غيرها، ويمكنهم القضاة من ذلك. وهذا أمر شائع ذائع في هذه

البلدة وفي الحقيقة إنما ذلك شفعة إذ لا يملك أحدهما التصفيق على صاحبه حتى يكون لهما لعدم اتحاد المدخل فهم يسمونه صفقة وضماً، وفي الحقيقة إنما هو شفعة وحينئذ فليس عملهم في الكراء على ما نقله القاضي بردلة، بل على ما لابن ناجي ومن وافقه.
ـــ وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ مِنْ تَأْخِيرٍ
فِي الأَخْذِ أَوْ فِي التَّرْكِ فِي المَشْهُورِ
(وليس للشفيع من تأخير) ليتروى ويستشير (في الأخذ أو في الترك) هل يأخذ أو لا يأخذ بل يجبره الحاكم حيث أوقفه المشتري عنده على الأخذ أو الترك ولا يؤخره ولو ساعة (في) القول (المشهور) المعمول به كما في المتيطية وغيرها فإن أخذ فلا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه، وتقدم حكمها في فصل الآجال عند قوله: كمثل إحضار الشفيع للثمن فأنظرها هناك ومفهوم قوله في الأخذ أو الترك أنه إذا طلب التأخير لينظر للمبيع فإنه لا يؤخر له إلا نحو ساعة (خ): واستعجل إن قصد ارتياء أو نظراً للمشتري إلا كساعة الخ. والاستثناء راجع للثانية فقط.
قال في المتيطية: ولا عذر للشفيع بمغيب الحائط عنه، وإن كان لم يره أو رآه وطال عهده ويوصف له كما توصف الدار الغائبة اهـ. وقولنا: حيث أوقفه المشتري عنده أي عند الحاكم احترازاً مما إذا أوقفه المشتري وحده لا عند حاكم، فإنه على شفعته حتى يصرح بالإسقاط أو يمضي الأمد لها كما في

الشامل.
ـــ وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ شُفْعَةٍ وَلاَ
هِبَتُهَا وَإِرْثُهَا لَنْ يُبْطَلاَ

(ولا يصح بيع شفعة ولا هبتها) ظاهره قبل الأخذ بها أو بعده باعها أو وهبها لأجنبي أو للمشتري، وفي ذلك تفصيل فإن باعها أو وهبها لأجنبي قبل الأخذ فلا خلاف في عدم صحته قاله ابن رشد وغيره. ابن يونس: لأنه بيع ما ليس عندك، وإذا لم يصح ذلك فيفسخ البيع والهبة وتسقط شفعته، وإن باعها أو وهبها بعد الأخذ بها، فكذلك لأنه ليس له أن يشفع ليبيع ولا شفعة له بعد. اللخمي: وهذا هو الصحيح خلافاً لقولها للمفلس أن يشفع مع أنه إنما يشفع ليبيع في الدين اهـ. ونحوه لابن رشد، وبه أفتى العبدوسي وابن عطية والونشريسي والشيخ ميارة حسبما في نوازل العلمي قالوا: وبيعه بقرب الأخذ دليل على أنه شفيع ليبيع، وللمشتري القيام ولم يذكروا حد القرب ما هو قال بعضهم: وظاهر عباراتهم الرجوع للقرينة وشاهد الحال كما قالوا في مسألة: من أعطت زوجها عطية أو وضعت عنه الصداق فطلقها ووقفت على فتوى لشيخنا سيدي محمد بن ابراهيم ذكر فيها أن حد القرب في ذلك ما دون ستة أشهر، هذا وقد أفتى ابن مرزوق حسبما في المعيار بأن له أن يشفع ليبيع حيث كان له نفع فيه قال: ولا تبطل شفعته إلا إذا كان لا غرض له ولا نفع إلا مجرد إيصال النصيب للغير، ومسألة أخذ المفلس بالشفعة كما في المدونة وغيرها تدل على ذلك لأن أخذ المفلس وإن كان للبيع لكنه لمنفعة نفسه في أداء دينه، ومن هنا كان قول ابن رشد ضعيفاً لإيهامه منع البيع للآخذ مطلقاً، وهذا باطل لاستلزامه أن الشفيع لا يأخذ إلا للاقتناء ولو صح لكان الأخذ بالشفعة حراماً لأنه بيع على أن لا يبيع والشفعة بيع اهـ. بمعناه.

قلت: ويؤيده قول ابن رشد وغيره إذا قال الشفيع: أخذت، وقال المشتري: سلمت، فإن الأخذ لازم لهما ويباع الشقص في الثمن ولا يفسخ الأخذ المذكور إلا بتراضيهما عليه وهو معنى قول (خ): ولزم أن أخذ وعرف الثمن فبيع للثمن الخ. فآل إلى أنه شفع ليبيع لأنه حيث علم عجزه عن الثمن، فقد شفع للبيع ومع ذلك قالوا: لا يفسخ إلا بتراضيهما، ويؤيده أيضاً أن الشفعة بيع على المشهور، وأن الشفيع إذا أسقط لكذب في المشتري بالكسر لا يلزمه كما مر عن (خ) أيضاً فيؤخذ منه أن من شفع ليبيع يقول: لم أرض بشركة هذا المشتري لسوء عشرته وكثرة ضرره فأخذت وبعت من هذا لحسن عشرته وقلة ضرره، كما أنه يقول ذلك في الإسقاط لكذب في المشتري، ومعلوم أن الحق في الشفعة فلا يحجر عليه فيه، ولهذا والله أعلم قال الإمام المنجور: المعروف تمكين الشفيع من أن يشفع ليبيع، وقال ابن هلال في نوازله فيمن أخذ بالشفعة ثم باع في حينه أو بعد زمان قريب ما نصه: وأما الشفيع إذا أخذ بالشفعة ثم باع بعد ذلك فلا ينازع في ماله إن شاء باع وإن شاء تمسك إلا أن يظهر أنه رد للغير فلا يترك الشقص بيده إن شاء المشتري اهـ.
وقوله: إلا أن يظهر أنه رد للغير الخ. يعني بأن لا يكون له نفع في الأخذ بها أصلاً إلا مجرد إيصال النصيب للغير كما مر عن ابن مرزوق، وأما إذا كان له نفع

فيها لزيادة في الثمن أو لكون المشتري سيىء العشرة أو لكونه ذا سطوة لا يستقيم له معه الوصول إلى حقه كما يقع في زمننا كثيراً فإن له أن يشفع ليبيع، وهذا هو الذي يجب اعتماده عندي لقوة دليله، وما مر عن اللخمي ومن وافقه. قد علمت ضعفه كما صرح به ابن مرزوق، ولا سيما حيث كان المشهور أن الشفعة بيع فكيف يحجر عليه في شيء اشتراه ويضيع عليه ربحه فيه أو يلزم بشركة ذي السطوة أو سيىء العشرة حيث لم يكن له ثمن يشفع به مع أن المشهور فيها أنها إنما شرعت لرفع الضرر والضرر يزيد في بعض الشركاء، وينقص في البعض الآخر كما مر. وقوله

في المدونة: من وجبت له شفعة فأتاه أجنبي فقال له: خذ شفعتك لي بمثل الثمن الذي اشترى به المشتري ولك مائة دينار ربحاً لم يجز، ويرد ذلك إن وقع ولا يجوز أن يأخذ بالشفعة لغيره الخ. فإنما لم يجزه لكونه من أكل أموال الناس بالباطل ولكونه لا غرض له إلا الأخذ للغير، وإنما سقطت شفعته لكون الشفيع كان معرضاً عن الأخذ بها لولا الجعل الذي دفعه له الأجنبي فهذا أعطاه ربحاً ليأخذ له بها فهو من الجعل على الأخذ بالشفعة للغير لا من البيع بعد الأخذ بها لنفسه وهو معنى قول (خ): كأن أخذ من أجنبي مالاً الخ. ومحل ما في المدونة من رد الأخذ للغير إذا ثبت ذلك بإقرار الشفيع والمبتاع لا بإقرار أحدهما كما في المتيطي وغيره، وقال ابن ناجي على قولها ولا يجوز البيع قبل الأخذ الخ. قال بعض شيوخنا: مفهومه أنه يجوز له البيع بعد الأخذ اهـ. وأما إن قال الأجنبي: خذ بالشفعة لنفسك وأنا أدفع لك ثمنها سلفاً أو هبة فهذا جائز ولو قصد الأجنبي الإضرار بالمشتري فلا يمكن من ذلك كما في البرزلي عن ابن البراء قائلاً: وحق الشفيع متى قام به ومعه الثمن بشراء أو سلف أو هبة أو غير ذلك فله الأخذ بها، وقال قبل ذلك: إلا أن يتبين من المسلف الضرر فلا يمكن من ذلك اهـ. يعني لا يمكن من الضرر إذا ثبت ذلك بإقراره، وأما شفعة الشفيع فلا تسقط بقصد المسلف الضرر بالمشتري، بل لا زال على شفعته والله أعلم. وهذا كله إذا باعها أو وهبها من أجنبي، وأما إذا باعها أو وهبها للمشتري فقال في الجواهر: إذا دفع المشتري للشفيع عوضاً دراهم أو غيرها على ترك الأخذ بالشفعة جاز له أخذها وتملكها إن كان ذلك بعد الشراء فإن كان قبله بطل ورد المال وكان على شفعته اهـ. وهو معنى قول (خ) بخلاف أخذ مال بعده ليسقط الخ. وقال أيضاً: ولم يلزمه إسقاط قبل البيع، ومفهومه أنه بعد البيع يلزمه وكذا هبتها، وهذا إذا اتحد الشفيع، وأما إذا تعدد فصالح المشتري أحد الشفعاء بعد البيع على إسقاط

شفعته وقام الباقون وأخذوا بالشفعة فإن شفعة المصالح تسقط على المشهور، لكن ذكر ابن كوثر حسبما في المعيار أن الباقين لهم الشفعة بما بذله المبتاع على الإسقاط مع الثمن الذي وقع به الابتياع، وعن ابن رشد في نوازله أن الباقين يشفعون بالثمن فقط ولا رجوع للمشتري على المسقط بما دفعه إليه بل ضاع عليه ابن عرفة: الأظهر الرجوع بمنزلة من صالح على أمرين استحق أحدهما وما لابن رشد في المقدمات من أن الشفعة لا تسقط، ولكن الشفيع يرد المال الذي أخذه وترجع الشفعة له كما كانت قبل البيع، وقرر به

الشيخ (م) وغيره كلام المصنف خلاف المشهور كما لأبي الحسن وغيره انظر شرح الشامل.
تنبيهان. الأول: تطلق الشفعة على الشقص المشفوع من إطلاق المصدر وإرادة المفعول، ومن ذلك ما في النظم ونحوه قول المعونة، ولا تجوز هبة الشفعة ولا بيعها وذلك كله كقول المدونة: ولا يجوز بيع الشقص قبل أخذه إياه بشفعته اهـ.، وفي المدونة: إن سلم الشفعة بعد البيع لزمه ولو جهل الثمن. ابن يونس: إلا أن يأتي من ذلك ما لا يكون ثمناً بمثله فلا يلزمه تسليمه اهـ. فظاهره كان تسليمه على مال أم لا.
الثاني: أخذ المال للإسقاط ليس بيعاً بدليل أنه إذا وجد عيباً لا يرجع به لأنه أخذ المال في مقابلة رفع يده عن الأخذ بها، ويحتمل أن يرجع بالعيب لأنه إذا وجد الدراهم زيوفاً فله ردها، فكذلك الشقص إذا وجده المشتري معيباً فله رده فيكون الأخذ للإسقاط حينئذ بيعاً.

(وإرثها) أي الشفعة (لن يبطلا) لأن من مات عن حق فلوارثه فإذا مات بعد وجوب الشفعة وقبل الأخذ بها فوارثه يقوم مقامه، وعليه فتلفق المدة المسقطة كما تلفق في الحيازة القاطعة لحق القائم، فإذا سكت الموروث ستة أشهر مثلاً ومات فسكت وارثه بقية العام، فإنه لا شفعة له وإذا مات بعد أن باع الشقص الذي يشفع به، فالمشهور أنه لا شفعة للوارث كما أنه لا شفعة للموروث (خ): أو باع حصته الخ. وهذا إذا باع وهو عالم بوجوبها له وإلاَّ فله الشفعة على أظهر الأقوال، وبه القضاء كما في النهاية، وكذا لا تسقط إذا باع بعض حصته، ولكن إنما له الشفعة بقدر ما بقي على المعتمد وللمشتري الأول شفعة الكل فيما إذا باع الكل وشفعة الباقي فيما إذا باع البعض.
ـــ وَحَيْثُمَا فِي ثَمَنِ الْشِّقْصِ اخْتُلِفْ
فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُشْتَرٍ مع الْحَلِفْ
(وحيثما في ثمن الشقص اختلف) فقال المشتري: بعشرة. وقال الشفيع: بخمسة. ولا بينة لواحد منهما (فالقول قول مشتر مع الحلف) إن أشبه سواء أشبه الشفيع أيضاً أم لا. كما قال:
ـــ إنْ كَانَ مَا ادَّعَاهُ لَيْسَ يَبْعُدُ
وَقِيلَ مُطْلَقاً وَلاَ يُعْتَمَدُ

(إن كان ما ادعاه) من الثمن الذي هو العشرة (ليس يبعد) عند الناس كونه ثمناً للشقص فإن بعد وأشبه ما قاله الشفيع فقط فالقول له بيمينه، فإن لم يشبها حلفا وتقع الشفعة بقيمة الشقص (خ): وإن اختلفا في الثمن فالقول للمشتري بيمين ككبير يرغب في مجاورته، وإلاَّ فللشفيع وإن لم يشبها حلفا ورد إلى الوسط أي قيمة الشقص الخ. وظاهره كالناظم أن المشتري يحلف حقق الشفيع عليه الدعوى أم لا. وهو كذلك على ما به العمل من توجه يمين التهمة مطلقاً، ولا يخرج عن ذلك إلا ما فيه معرة كما مر عند قوله: وتهمة إن قويت بها تجب الخ. وإذا قال المشتري: إن الأرض مقسومة، وقال الشفيع: لم تقسم، فالقول للشفيع كما في الباب الخامس والعشرين من التبصرة. (وقيل) وهو لمطرف القول قول المشتري (مطلقاً) أشبه أم لا (و)لكن هذا القول (لا

يعتمد) عليه.
ـــ وابْنُ حَبِيبٍ قَالَ بَلْ يُقَوِّمُ
وباخْتِيارٍ لِلشَّفِيعِ يُحْكَمُ

(وابن حبيب قال) لا ينظر لقول المشتري ولا لقول الشفيع (بل يقوم) الشقص قيمة عدل (وباختيار للشفيع يحكم) أي: ويخير الشفيع في أن يأخذ بتلك القيمة أو يترك، فهذه أقوال ثلاثة. والمشهور أولها كما مر فكان الواجب الاقتصار عليه، وإذا وجبت اليمين على المشتري لشبهه فله أن لا يحلف حتى يشهد على الشفيع بالأخذ بالشفعة، كما أن من قام له شاهد بحق فلا يحلف حتى يعذر للمشهود عليه هل يجرح شاهده أم لا؟ لئلا يجرح فتذهب يمينه باطلاً قاله في المعيار. قال: وحاصله كل يمين يتوقع عدم إفادتها للحالف فله أن يقف عنها حتى يتحقق إفادتها، وذكر أيضاً أن الذي به العمل لفساد الزمان عدم اعتبار دفع الثمن بالبينة وأن اليمين تجب مع ذلك فاعرفه اهـ. وذكر في الطرر عن المشاور مثل ما مر عن المعيار قال: لو قال المشتري: لا أحلف حتى يلتزم الشفيع الأخذ بالشفعة، ولا يكون علي بالخيار فذلك له، ومتى حلف لزمه الأخذ على ما أحب أو كره اهـ. وفهم منه أنه ليس للمشتري أن يقول: لا أحلف حتى يحضر الشفيع المال، وهو كذلك كما أفتى به الجولاني وغيره، وإنما على الشفيع أن يلتزم الأخذ كما ترى، وفهم من قول الناظم فالقول قول مشتر الخ. أن الخلاف بين الشفيع والمشتري كما قررنا، وأما لو كان الخلاف بين المشتري والبائع فإنهما يتحالفان ويتفاسخان حيث لم يفت الشقص بهدم أو بناء أو نحوهما ولا شفعة حينئذ، وكذا لو أنكر المشتري البيع وحلف فلا شفعة أيضاً قاله في المدونة، وهو قول (خ) أو أنكر المشتري الشراء وحلف الخ.

والحاصل أن الشفيع إذا ادعى البيع عليهما فأقر به أحدهما وأنكر الآخر ولم يحلف فتجب الشفعة بلا يمين على الشفيع حيث كانت دعوى اتهام، فإن أنكرا معاً فقال ابن لبابة: إن حلف البائع سقطت دعوى الشفعة، فإن نكل حلف المشتري وسقطت الشفعة أيضاً، فإن نكل حلف الشفيع وأخذ بالشفعة. وقال أبو محمد صالح: لا شفعة ولا يمين على واحد منهما، وصوبه ابن سهل وكذا البرزلي قائلاً: فمفهوم قولها تحالفا أنهما لو لم يحلفا وتفاسخا فيكون أحرى في عدم الشفعة، لأنها إذا لم تثبت بإنكار أحدهما فأحرى أن لا تثبت بإنكارهما معاً اهـ. وأما إذا فات الشقص بيد المشتري فالقول قوله إن أشبه فإن نكل بعد الفوات أو قبله وحلف البائع أن البيع وقع بعشرة في المثال المذكور، فهل يأخذ الشفيع شفعته بها أو يأخذها بما ادعاه المشتري؟ وهو خمسة لأن ما زاد عليها قد ظلمه به البائع، ولو رجع المشتري إلى ما قاله البائع لم يقبل منه قولان. ثانيهما هو الذي صدر به اللخمي ورجحه قال: وإن أحب الشفيع قبل أن يفسخ البيع أن يشفع بعشرة ويكتب عهدته على المشتري بخمسة وعلى البائع بخمسة كان ذلك له على قول ابن القاسم، وإن كره المشتري وليس ذلك له على قول أشهب قياساً على قوليهما إذا استحق بعض الأرض وكان ذلك عيباً يوجب الرد فرضي الشفيع بالأخذ وأراد المشتري الرد فقال ابن القاسم: ذلك للشفيع، ولم يرد ذلك أشهب للعهدة التي تكتب عليه وهو في الاختلاف في

الثمن أحسن فله الشفعة قبل التحالف أو بعد يمين أحدهما الشفعة وإن حلفا على القول إن البيع منعقد حتى يحكم بفسخه انتهى باختصار.

ـــ وَمَنْ لَهُ الشُّفْعَةُ مَهْمَا يَدَّعِي
بَيْعاً لِشَقْصٍ حِيزَ بِالتَّبَرُّعِ

(ومن له الشفعة مهما يدعي بيعاً لشقص حيز بالتبرع) أي أشهد صاحبه أنه تبرع عليه بهبة الشقص أو صدقته.

ـــ فما ادَّعَاهُ فعَلَيْهِ الْبَيِّنَهْ
وَخَصْمُهُ يَمِينُهُ مُعَيَّنَهْ

(فما ادعاه) الشفيع من البيع (فعليه البينة) أنه بيع لا تبرع (و)إذا لم يجد بينة تشهد بالبيع وقال: أخاف أن يكون قد باعه في السر وأشهد بالتبرع في العلانية فإن (خصمه) وهو المتبرع عليه (يمينه معينة) واجبة عليه متهماً كان أم لا. وظاهره أنه لا يمين على البائع وهو كذلك إذ لا يحلف أحد ليستحق غيره، ومحل ما للناظم ما لم يكثر التحيل بإظهار التبرع لإسقاط الشفعة كما مر عند قوله: والمنع في التبرعات مفترض.

ـــ وَالشِّقْصُ لاثْنَيْنِ فأَعْلَى مُشْتَرَى
يُمْنَعُ أَنْ يُؤْخذ مِنْهُ مَا يَرَى

(والشقص) مبتدأ (لاثنين فأعلى) كثلاثة أو أكثر (مشترى) حال ولاثنين متعلق به، والجملة بعده خبر، والمعنى أن الشقص في حال كونه مشترى لاثنين فأكثر (يمنع أن يأخذ) الشفيع (منه ما يرى) من نصيب أحد المشتريين دون الآخر إلا برضاه.

ـــ إنْ كَانَ ما اشْتَرَى صَفْقَةً وَمَا
فِي صَفَقَاتٍ مَا يَشَاءُ الْتَزَمَا

(إن كان ما اشترى صفقة) أي عقداً واحداً شرط في المنع المذكور فالمدار على اتحاد الصفقة أي العقد وكلامه شامل لأربع صور. إحداها: أن يتحد البائع والمشتري كمن باع حصة من دار أو دور صفقة لشخص فليس للشريك في تلك الدور أن يشفع بعض الدور دون البعض الآخر، وهي مفهومة من كلامه بالأحرى لأنه إذا لم يشفع بعض ما اشتراه الاثنان فأكثر فأحرى أن لا يشفع بعض ما اشتراه الواحد.q الثانية: أن يتحد البائع والشقص ويتعدد المشتري كمن باع حصته من دار لثلاثة مثلاً صفقة واحدة، فإن الشفيع كان واحداً أو متعدداً إما أن يشفع الجميع أو يترك الجميع، وليس له أن يشفع من بعض لعدم رضاه بشركته دون بعض لرضاه به. الثالثة: أن يتعدد البائع والشقص والمشتري كأن يكون لثلاثة مع رابع شركة هذا يشاركه في دار، وهذا يشاركه في حانوت، وهذا يشاركه في بستان فباع الثلاثة أنصباءهم من رجل واحد بعد تقويمها أو بعد تسميته لكل نصيبه ثمناً صفقة واحدة، فإن الشفيع واحداً كان كما في المثال المذكور أو متعدداً حيث اشتركوا معهم في كل حصة، إما أن يأخذ الجميع أو يترك الجميع. الرابعة: كالتي قبلها إلا أن المشتري متحد ويفهم حكمها مما قبلها بالأحرى، فمنطوق الناظم هو الصورتان الوسطيان والطرفان مفهومان منه بالأحرى، وإنما اقتصر على الوسطيين لأنهما محل الخلاف،

فمذهب ابن القاسم في المدونة ما درج عليه الناظم ونحوه. قول (خ): وإن اتحدت الصفقة وتعددت الحصص والبائع لم يتبعض كتعدد المشتري على الأصح الخ. واعترض عليه بأن الذي اختاره اللخمي والتونسي هو مذهب أشهب وسحنون: إن للشفيع أن يأخذ ممن شاء من المشتريين ويترك من شاء. ابن رشد: وهو الأصح. ابن يونس عن بعض الفقهاء: إنه الصحيح لأن المأخوذ منه لا ضرر عليه إذ قد أخذ منه جميع ما في يده، وبه كان ابن القاسم يقول به أولاً، ثم رجع عنه إلى ما في النظم و (خ)، وبالجملة فالصحيح المفتى به في تعدد المشتري خلاف ما في النظم و (خ)،

ولذا جعل بعض شراحه التشبيه في مفهوم قوله: وإن اتحدت أي فإن لم تتحد فيجوز التبعيض كتعدد المشتري الخ. فهو يشير إلى أن ما في المدونة لا يقاوم ما صححه الشيوخ، ويؤيده ما مر من أن الشفيع إذا أسقط لكذب في المشتري بالكسر لا يلزمه الإسقاط (وما) مبتدأ (في صفقات) أي عقود يتعلق بمحذوف صلة الموصول (ما يشاء) مفعول بقوله (التزما) بالبناء للفاعل أي: والعقار الذي اشترى في صفقات من بائع واحد أو متعدد التزم الشفيع واحداً أو متعدداً ما يشاء منه، فيأخذ ما يشاء ويترك ما يشاء غير أنه إذا شفع الصفقة الأولى فلا دخول للمشتري، وإلا دخل معه، فإذا باعت إحدى الزوجتين مثلاً حظها في ثلاث صفقات برجل واحد أو لثلاثة رجال، فإن أخذت الأخرى الصفقة الأولى فلا دخول للمشتري معها، وإن أخذت الثانية وسلمت الأولى فإن المشتري يشاركها بقدر نصيبه، وكذا إن أخذت الثالثة فإنه يشاركها فيها بقدر الصفقتين الأوليين لأن المشتري ينزل منزلة البائع كما مرّ في التنبيه السابع عند قوله: وغائب باق عليها وكذا الخ.

ـــ وَالشُّرَكَاءُ لِلشَّفِيعِ وَجَبَا
أَنْ يَشْفَعُوا مَعهُ بِقَدْرِ الأَنصِبَا

(و)الشفعاء (الشركاء للشفيع) في الشفعة (وجبا أن يشفعوا معه بقدر الانصبا)ء فمن كان له الربع فله ربع المبيع، ومن له الثمن فله ثمنه، وهكذا فإذا كانت دار بين أربعة مثلاً لواحد الثمن وللآخر الثمن أيضاً وللآخر الربع وللآخر النصف باعه لأجنبي، فإن المبيع يقسم بينهم فلصاحب الربع نصفه ولصاحبي الثمنين النصف الآخر، فيكون لصاحب الربع نصفها، ولكل من صاحب الثمن ربعها، فإن باعه لأحد الشركاء فإنه يترك له حصته على تقدير أن لو كان باعه لأجنبي، فإن باعه لمن هو أقعد بها كما لو باعت إحدى الزوجتين حظها للأخرى فإنه يترك لها الجميع (خ): وهي على قدر الانصباء وترك للشفيع حصته الخ. وتعتبر الانصباء يوم قيام الشفيع على المعتمد لا يوم الشراء وتظهر الثمرة فيما إذا باع بعض حصته يوم بيع شريكه كما مرت الإشارة إليه عند قوله: وارثها لن يبطلا، وظاهر النظم أنها على قدر الانصباء فيما ينقسم وما لا ينقسم وهو كذلك على المعتمد خلافاً لمن قال: إنها فيما لا ينقسم على عدد الرؤوس.

ـــ وما بَعَيْبٍ حُطَّ بالإطْلاَقِ
عنِ الشَّفِيعِ حُطَّ باتِّفَاقِ

(وما لعيب) يتعلق بقوله: (حط بالإطلاق عن الشفيع) متعلق بقوله: (حط

باتفاق). والمعنى أن ما حطه البائع من الثمن على المشتري لأجل عيب ظهر بالمبيع، سواء كان ذلك العيب يوجب قيمته لقلته وهو ما لا رد معه كما مرّ في عيوب الأصول أو كان عيباً يوجب الرد فصالحه على حط بعض الثمن أو حدث عند المشتري عيب يمنع الرد، فرجع بأرش القديم فإن ذلك يحط عن الشفيع في الوجوه كلها (خ): وحط ما حط لعيب أو لهبة إن حط عادة أو أشبه الثمن بعده الخ. ونحوه قول الشامل: وحط عن الشفيع ما حط لموجب كغيره إن اعتيد وأشبه أن يكون ما بقي ثمناً اهـ. وهذا إذا اطلع على العيب قبل أخذ الشفيع، وأما لو اطلع المشتري على العيب بعد أخذ الشفيع فإنه لا شيء له فإن رد الشفيع عليه بالعيب رد هو حينئذ على البائع كما في ابن شاس.

تنبيه: فإن زاد المشتري للبائع شيئاً بعد البيع فقال ابن القاسم وأشهب: لا يلزم الشفيع شيء من ذلك. قال أشهب: وللمبتاع أن يرجع على البائع بما زاده بعد أن يحلف ما زاده إلا فراراً من الشفعة وإلاَّ فلا رجوع له قاله في المتيطية.

ـــ ولا يُحِيلُ مُشَتَرٍ لِبائِعِ
على الشَّفِيعِ لاقْتِضَاءٍ مَانِعِ

(و) إذا باع شقصه بثمن إلى أجل مثلاً فقام الشفيع وأخذه بمثل الثمن للأجل فـ(ـــلا يحيل مشتر لبائع) اللام زائدة أي يحيل المشتري البائع بالثمن المؤجل (على الشفيع لاقتضاء مانع) بالإضافة لأن الحوالة إنما تصح بما حل كما مر ودين البائع لم يحل على المشتري حتى يحيله به على الشفيع (خ): ولا تجوز إحالة البائع به الخ. فإن كان الشفيع معدماً لزمه الضامن أو التعجيل كما سيقوله، وإلا منعت شفعته فلو قال البائع للمشتري: أنا أضمن لك الثمن عن الشفيع لم يجز أيضاً كما قال:

ـــ وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يَضْمَنَ عَنْ
مُسْتَشْفِعٍ لِمُشْتَرٍ مِنْهُ الثَّمَنْ

(وليس للبائع أن يضمن عن مستشفع لمشتر منه الثمن) مفعول يضمن، وإنما لم يجز ضمانه لما له في ذلك من المنفعة، إذ لعل الشقص لا يساوي الثمن، فإذا لم يشفع الشفيع لم يجد البائع عند المشتري وفاء بثمنه عند حلول الأجل والحمالة معروف كالقرض، فلا يجوز أن يأخذ عنها عوضاً ولا يجر بها نفعاً قاله ابن رشد، ونقله ابن سلمون وأبو الحسن وغيرهما مسلماً.

قلت: وهو في الحقيقة راجع لمعنى الإحالة لأن الشفيع إذا لم يؤد الثمن فإن البائع يسقطه عن المشتري فكأن البائع قال: أنا أرضى باتباع ذمة الشفيع إن لم يؤد الثمن، وهذه حوالة في المعنى فيكون البائع قد باع الدين الذي له في ذمة المشتري بالدين الذي في ذمة الشفيع فلو عللت المسألة بهذا لكان أظهر لأنها جارية، ولو كان الشقص يساوي الثمن الذي وقع به البيع والله أعلم.

ـــ وَيَلْزَمُ الشَّفِيعُ حَالُ ما اشْتُرِي
مِنْ جِنْسٍ أَوْ حُلُولٍ أَوْ تَأَخُّرِ

(ويلزم الشفيع حال) أي صفة (ما) أي الثمن الذي (اشترى) به الشقص (من جنس) بيان لحال، والمراد بالجنس الصنف أي فيلزمه أن يشفع بصنف الثمن الذي وقع به الشراء، فإذا وقع الشراء بذهب أو شعير لزم الشفيع مثل ذلك،

وهكذا في سائر المثليات ويدخل فيها العرض الموصوف، فإذا اشترى شقصاً بعرض موصوف في ذمته لشهر فإن الشفعة تكون بمثل ذلك العرض لذلك الأجل. نعم يشفع في المقوم المعين كثوب أو عبد معينين بقيمته يوم العقد كما مر في قوله: كذاك ذو التعويض ذا فيه يجب.
وتقدم هناك أنه يشفع بقيمة الشقص المأخوذ مهراً أو خلعاً أو صلح عمد أو مقاطعاً به عن عبد أو مكاتب أو عمرى، وفي المدونة: ما اشترى بكراء بل إلى مكة فبمثل كرائها إلى مكة، وما اشتري بإجارة أجير سنة فبقيمة الإجارة اهـ.
ويدخل في قولها: وما اشترى بإجارة الخ. المغارسة لأنها من الجعل كما في ابن يونس وغيره، فإذا أعطاه أرضاً مغارسة وله إشراك حضور لم يعقدوا مع الغارس شيئاً أو كانوا غيباً، فإن الشريك يأخذ نصيبه بعد دفع قيمة الغرس مقلوعاً، وله أن يأخذ نصيب الغارس بعد وجوبه له بإطعام ونحوه بالشفعة ولا تسقط شفعته إلا بمضي سنة من يوم استحقه الغارس بتمام عمله أي مع حضور الشفيع وعلمه كما مر التنبيه عليه عند قوله: وغائب باق عليها الخ.
وظاهر النظم أنه يأخذ بجنس الثمن، ولو كان الشقص مأخوذاً عن دين في ذمة البائع وأنه إنما يشفع بمثل ذلك الدين وجنسه وهو كذلك على مذهب المدونة، وهو معنى قول (خ) بمثل الثمن ولو ديناً ومحله ما لم يتحيل بالزيادة في الدين على إسقاطها كما مر عند قوله: والمنع في التبرعات مفترض الخ. وقال ابن الماجشون: يشفع بقيمة الدين لا بمثله فيقوم الدين بالعرض ويدفعه الآن.
قال: لأن حكمه حكم العرض حل أو لم يحل، وعلى الأول فإن أخذه عن دين لم يحل أو حل وقام الشفيع وأخذ بالشفعة فإنه يستأنف له أجل قدر أجل الدين على المعتمد كما يأتي قريباً.

(أو حلول) أي فإن كان الثمن حالاً فإنه يلزم الشفيع أن يؤديه حالاً أيضاً، ويؤجل له ثلاثاً كما مر في فصل الآجال. (أو تأخر) أي تأجيل فإذا اشترى الشقص بثمن إلى سنة مثلاً فإن الشفيع يؤخر به إلى مثل السنة، وظاهره أنه يؤخر إلى مثل السنة ولو شفع عند انقضائها وهو كذلك عند مالك ومطرف واختاره ابن حبيب وابن يونس وابن رشد واللخمي وهو المعتمد كما في (ز) لأن الشفيع يجب أن ينتفع بتأخير الثمن كما انتفع به المشتري، وقال أصبغ وهو ظاهر المدونة: إذا شفع عند انقضاء الأجل فلا يستأنف له أجل ثان لأن الأجل الأول مضروب لهما معاً. قال الشيخ بناني: وبه العمل عندنا، وفهم من قوله حال المشتري أن المشتري إذا أعطى رهناً أو حميلاً فإن الشفيع يلزمه مثل ذلك وإلاَّ فلا شفعة له، ولو كان ملياً إلا أن يعجل الثمن وهو كذلك كما في (خ) وغيره. فإن اشترى بغير رهن ولا حميل فإن الشفيع لا يلزمه واحد منهما حيث كان ملياً أو تساوى مع المشتري في العدم على المختار عند اللخمي، وإلاَّ بأن لم يتساو معه في العدم، بل كان أشد منه عدماً فلا شفعة له إلا أن يعجل الحق أو يأتي بضامن كما قال:

ـــ وَحَيْثُمَا الشَّفِيعُ لَيْسَ بالْمَلِي
قِيلَ لَهُ سُقْ ضَامِناً أَوْ عَجِّلِ

(وحيثما الشفيع ليس بالملي قيل له سق ضامناً أو عجل). وإذا عجله فلا يلزم المبتاع أن يعجله للبائع، فإن عجز الشفيع عن الضامن أو التعجيل وأبى المشتري من أخذ الشقص وقال: لا أقبله منه لأنه قد لزمه بالأخذ، فإن الشقص يباع مع الحظ الذي وجبت به الشفعة ويعجل للمشتري ثمنه كما مر

عند قوله: كمثل إحضار الشفيع للثمن الخ.
ـــ وَمَا يَنُوبُ المُشْتَرِي فِيمَا اشْتَرَى

يَدْفَعَهُ لَهُ الشفِيعُ مُحْضَرا (وما ينوب المشتري فيما اشترى) من أجرة دلال حيث كانت عليه في عادة البلد وكتب عقد الشراء أو ثمن ما يكتب فيه (يدفعه له الشفيع محضرا) من غير تأجيل وهو منصوب على الحال وليس ضروري الذكر لأنه يغني عنه قوله: ويلزم الشفيع حال ما اشترى الخ. وهذا إذا دفع في ذلك المعتاد من الأجرة وإلاّ فلا يلزمه ما زاد عليه، وظاهره أنه يلزمه دفع المكس إذا كان المشتري قد أعطاه، وهو كذلك على قول فيفهم منه ترجيحه لأن المشتري لم يتوصل للشقص إلا به، ولأنه مدخول عليه البساطي ومما يتوقف فيه إذا دفع أكثر من المعتاد لتحصيله بأقل من ثمنه المعتاد اهـ.
قلت: الظاهر إن ذلك لازم للشفيع لأنه قد عاد نفع ذلك عليه ولا وجه للتوقف فيه قال: وإذا جرت العادة بأن على البائع من الغرم كذا وعلى المشتري كذا، فدفع المشتري ما وجب على البائع من ذلك، ثم أخذ الشفيع بالشفعة، فالظاهر أنه لا يلزم الشفيع إلا ما يلزم إلا المشتري، ويرجع المشتري على البائع لأنه لم يتم له البيع اهـ.
قلت: ومما يقع في هذا الزمان كثيراً أن المشتري يشتري بمائة مثلاً، ويشترط على البائع أن يذهب للشركاء بوكالة منه ويخاصمهم حتى يسلموا أو يشفعوا، فصار بعض الثمن أجرة على الخصام، فإن شفع الشركاء كلهم فلا إشكال أنه يحط عنهم من الثمن ما ينوب أجره المثل لأنه لم يعد عليهم نفع من تلك الوكالة وإن أخذ بعض وأسقط البعض الآخر فيقال: قد انتفع الآخذ بتلك الوكالة وعاد نفعها عليه فيلزمه ما بذله المشتري من الأجرة زيادة على الثمن المعتاد ما لم يسرف والله أعلم.

فصل في القسمة

وهي كما لابن عرفة تصيير مشاع من مملوك مالكين معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض اهـ. فقوله: من مملوك يتعلق بمشاع، ومن للبيان أي المشاع الذي هو مملوك لمالكين ولو حذفهما وجعل مملوكاً صفة لمشاع لكفاه، وفي بعض النسخ فأكثر بعد قوله مالكين، وبه يصير الحد جامعاً.
وقوله: معيناً مفعول ثان لتصيير، ومفعوله الأول هو المضاف إليه، ولم يأت بمعين للإخراج بل للإيضاح والبيان، لأن قيود الحدود لا يلزم أن تكون كلها للإخراج والاحتراز، فلا يقال احترز به عما إذا صيره غير معين لأنه لا يمكن، وقوله: ولو باختصاص الخ. ما قبل المبالغة محذوف وتقديره صيره معيناً باختصاص في الرقاب بقرعة أو تراض، بل ولو كان التعيين باختصاص في المنافع فقط مع بقاء الأصل مشاعاً كسكنى دار أو خدمة عبد هذا شهراً وهذا شهراً اهـ. ولهذا كان الأولى أن يؤخر هذه المبالغة عن قوله بقرعة أو تراض ويصير الحد هكذا تصيير مشاع مملوك لمالكين فأكثر معيناً بقرعة أو تراض، بل ولو باختصاص تصرف فيه. قال ابن عرفة: فيدخل قسم ما على مدين ولو غائباً يعني لقوله في المدونة؛ وإن ترك ديوناً على رجال لم يجز للورثة أن يقسموا الرجال فيصيروا ذمة بذمة، وليقسموا ما على كل واحد اهـ. وهو معنى

قول (خ): وجاز أخذ وارث عرضاً وآخر ديناً إن جاز بيعه الخ. ويخرج تعيين معتق أحد عبدين أحدهما أو تعيين مشتر أحد ثوبين أحدهما، وتعيين مطلق عدد موصى به من أكثر منه بموت الزائد عليه قبل تعيينه بالقسمة اهـ. وخروج الثلاثة بقوله: مشاع الخ. إذ لا شياع في الثلاثة، ويحتمل أن تخرج بقوله بقرعة أو تراض إذ لا قرعة في الثلاثة أيضاً. ثم هي ثلاثة أنواع: قسمة قرعة بعد تعديل وتقويم، وقسمة مراضاة كذلك، وقسمة مراضاة من غير تعديل ولا تقويم، فالقسم الأول هو الذي يحكم به وهو بيع عند مالك، وصوبه اللخمي وقيل: إنها تمييز حق وهو الأصح عند عياض وابن رشد وغيرهما، وعليه عول (خ) إذ قال: وقرعة وهي تمييز

حق. وأما القسم الثاني: فبيع على المشهور، وأما الثالث: فبيع بلا خلاف وإلى هذه الأنواع أشار الناظم بقوله:

ـــ ثَلاَثٌ الْقِسْمَةُ فِي الأُصُولِ
وَغَيْرِهَا تَجُوزُ مَعْ تَفْصِيلِ

(ثلاث) خبر عن قوله (القسمة في الأصول وغيرها) يعني من العروض والحيوان ثم أجاب عن سؤال مقدر فكأن قائلاً قال: وما حكمها وهل هي جائزة في الأقسام الثلاثة؟ فقال: (تجوز مع تفصيل) فالجملة مستأنفة استئنافاً بيانياً ثم بين هذا التفصيل فقال:

ـــ فَقِسْمَةُ القُرْعَةِ بالتَّقْوِيمِ
تَسُوغُ في تَماثُلِ المَقْسُومِ

(فقسمة القرعة بالتقويم) لكل حظ (تسوغ في تماثل المقسوم) أو تقاربه غير أنه إذا تساوت أجزاء المقسوم فلا يحتاج إلى تقويم لأنه يعرف التساوي بدونه، ويقسم حينئذ بالذراع والمساحة أو العدد ونحو ذلك. نعم ما تفاوتت أجزاؤه فلا بد فيه من التقويم فتجمع الدور على حدتها، والأقرحة أي الفدادين على حدتها، والأجنات على حدتها، والبقر صغيرها وكبيرها على حدتها، والإبل كذلك على حدتها، والرقيق كذلك على حدته، والحمير صغيرها وكبيرها على حدته، والبغال كذلك. وهكذا، ثم يجزأ المقسوم من كل نوع بالقيمة على أقلهم نصيباً ويقترعون، وليس لهم أن يجعلوا البقر مثلاً في ناحية والعقار أو الإبل التي تعادلها في القيمة في ناحية ويقترعون، لأن القرعة لا يجمع فيها بين جنسين ولا يفي ذلك من الغرر كما يأتي في قوله: كذاك في اختلاف الأجناس الخ. فإن كان هناك نوع لا يقبل القسمة على أقلهم نصيباً فإنه لا يضم إلى غيره في القرعة، بل يترك حتى يتراضيا على شيء فيه أو يباع ويقسم ثمنه ويشترط في جمع الدور والأقرحة أن تتساوى رغبة ونفاقاً كما في المدونة وعطف النفاق على الرغبة من عطف التفسير كما حققه طفي، فالمراد بالنفاق على هذا كون كل من الدور والفدادين في محل مرغوب فيه، إما عند الشركاء والأجانب، أو عند الشركاء فقط، ويجمع البعل للسيح على المشهور، فإن اختلف في النفاق كما لو كان بعضها مجاوراً للمسجد أو السوق أو نحو ذلك مما يرغب في القرب منه، وغيره في محل آخر لا يرغب فيه لم يجمع ويقسم كل على حدته إن أمكن وإلاَّ بيع، وقسم ثمنه إن لم يتراضيا على شيء، ويشترط أيضاً أن تتقارب

أمكنتها في المسافة كميل أو ميلين. اللخمي: فإن كانت الداران في محلة واحدة أو محلتين متقاربتين جمعتا في القرعة، وسواء كانتا في طرف البلد أو وسطه، وإن كانت إحداهما في طرفه والأخرى في وسطه أو في طرفيه لم يجمعا، وإن كانتا في وسطه وتباين ما بين الموضعين كإحداهما في محلة شريفة

والأخرى في محلة مرغوب عنها لم يجمعا، وقد يستحق ذلك في البلد الصغير وإن اختلف الدور في الصفة فكان منها الجديد والقديم الرث، وهي ذات عدد قسم الجديد على حدة والقديم الرث على حدة، وإن كانتا دارين جديدة وقديمة جمعتا في القرعة وهي ضرورة، وليس كالأول لأن الأول له فيه مندوحة اهـ. ولا تجمع أيضاً دور غير غلة للحوانيت ولا لفندق أو حمام، وأما دور الغلة فتجمع للحوانيت كما في الشامل. وهذا معنى قول (خ): وأفرد كل نوع وجمع دور وأقرحة إن تساوت قيمة ورغبة وتقاربت كالميل الخ.

تنبيه: إذا كان بعض الفدادين أو الدور طيباً فلا بأس أن يزاد لغير الطيب ضعفه ليقع التعادل ويقترعان. قال في المنتخب، قلت: فإن كانت دور أو داران بين رجلين وهما في الموضع سواء إلا أن البنيان بعضه أطرى من بعض، فجعل القاسم مكان البنيان الجديد ضعفه من البنيان الذي قدرتّ وبلي وعدل ذلك كله بالقيمة، ثم ضرب عليه بالسهم أيجوز هذا؟ قال: نعم وهذا هو وجه القسمة اهـ. ثم إذا طلب بعض الشركاء أن يقسم كل فدان على حدته ولا يضم إلى غيره مع وجود شروط الضم أو كل دار على حدتها مع وجود شروط الضم أيضاً وأبى غيره من ذلك وقال: لا بد من الجمع ليخرج حظه مجتمعاً في فدان أو أفدنة أو دار أو دور متحدة، فإن القول لطالب الضم والجمع ولا مقال لمن قال: أنا لا أخرج من هذه الدار ولا من هذا الفدان ونحو ذلك. وأما الأجنات فإنه يقسم كل صنف منها على حدته أيضاً إن قبل القسمة على أقلهم نصيباً فإن لم يقبلها فإنه يضم حائط التفاح لحائط الرمان ويقسم إن أمكن فإن لم يمكن أيضاً فإنه يباع ويقسم ثمنه وهو معنى قول (خ) وأفرد كل صنف كتفاح إن احتمل، فمفهومه أنه إذا لم يحتمل فإنه يضم إلى غيره، وإن اختلفا رغبة وهو كذلك إذ الشروط المتقدمة في العقار والرباع لا تشترط في أصناف الثمار كما للأجهوري، ويفهم من هذا أن الحائط الذي فيه شجر مختلفة مختلطة يقسم ما فيه بالقرعة بالأحرى، ولا يلتفت إلى ما يصير في حظ أحدهم من الألوان للضرورة، ثم ما تقدم من أنه لا يجمع فيها بين نوعين ولا بين متباعدين في النفاق والمسافة، وإن رضوا هو المشهور لما في ذلك من الغرر والخطر. وروى ابن عبدوس عن أشهب أنه يجوز الجمع برضاهم ولو مع اختلال الشروط، فمن أخذ به لا يعنف عليه، وأما البز فكأنه صنف واحد أطلقه في الكتاب على كل ما يلبس صوفاً كان أو خزاً أو كتاناً أو قطناً أو حريراً، ولو كان بعضه مخيطاً فيقوم كل صنف على حدته وتجمع فيه القرعة ما لم يحمل كل نوع القسم بانفراده،

وإلاَّ فلا يجمع على المعتمد (خ): وجمع بز ولو كصوف وحرير الخ.
ـــ وَمَنْ أَبَى الْقَسْمَ بِهَا فَيُجْبَرُ
وَجَمْعُ حَظَّيْنِ بِهَا مُسْتَنْكَرُ
(ومن أبى القسم بها) أي بالقرعة مع وجود شروطها (فيجبر) لمن دعا إليها ويحكم عليه بها (خ): وأجبر لها كل إن انتفع كل الخ.x وبهذا خالفت القرعة قسمة المراضاة فإن المراضاة كانت مع تعديل وتقويم أم لا. لها حكم البيع في العيب والاستحقاق والقيام بالغبن وعدم الجبر ونحو ذلك. وأما القرعة فتخالفها في الجبر المذكور وفي أنها لا تصح إلا فيما تجانس أو تماثل كما مرّ. وفي القيام بالغبن فيها (خ): ونظر في دعوى جور أو غلط وحلف المنكر، فإن تفاحش أو ثبت نقضت كالمراضاة إن أدخلا مقوماً الخ. وفي أنها لا يجمع فيها بين حظين كما قال: (وجمع حظين بها مستنكر) أي ممنوع وظاهره اتفقت الأنصباء أو اختلفت كانت الورثة ذوي فرض فقط كأم وزوجة وأخوة لأم وأخوات لأب أو ذوي فرض وعصبة أو موصى لهم أو عصبة فقط أو عصبة وموصٍ لهم، وهو كذلك على قول مالك في المدونة: ولا يجمع حظ رجلين بالقسم وإن أراد ذلك الباقون إلا في مثل هذا أي العصبة مع أهل السهم. عياض: تأوله ابن القاسم على أنه لا يجمع سهم اثنين اتفقا أو اختلفا رضيا أو كرها جمعهم سهم أو فرقهم إلا العصبة إذا رضوا بذلك قالوا: وتأويل ابن القاسم هذا خلاف قول مالك وغير مراده، وإنما معنى قول مالك: إذا استوت الأنصباء كثلاثة لكل واحد الثلث، وأما إن اختلفت فكان لقوم الثلث ولآخرين السدس ولآخرين النصف، فإنه يجمع كل واحد منهم في القرعة وإن كرهوا ذلك كله، فإذا خرج نصيب كل فريق قسم على رؤوسهم إن أحبوا قالوا: وهذا قول جميع أصحابنا اهـ. كلام عياض.

والحاصل أن في أهل السهم الواحد قولين: أحدهما لابن القاسم أنهم لا يجمعون وإن رضوا إلا العصبة إذا كانوا مع زوجة فإنهم يجمعون أولاً برضاهم حتى تخرج الزوجة أو نحوها من ذوي الفروض، ثم يقسمون بينهم. ابن ناجي: ما ذكره في المدونة من أنه لا يجمع حظ اثنين وإن أراد ذلك الباقون هو المشهور الخ. ابن يونس: وإنما لم يجز سهم رجلين في القسم لأن القسم بالقرعة غرر، وإنما جوز للضرورة إذ كل واحد يحتاج إلى تمييز حظه ولا ضرورة في جمع رجلين فأكثر نصيبهم فمنع منه لاتساع الغرر وخروج الرخصة عن موضعها اهـ. ونحوه لعبد الحق. وهذا التعليل يدل على أن جمع حظ اثنين لا يجوز ولو رضي العصبة مع نحو كالزوجة فتأمله. ثانيهما: أنهم يجمعون وإن أبوا وهو قول جميع الأصحاب، وحكى عليه ابن رشد الاتفاق فإن قال: أما أهل السهم الواحد كالزوجات والبنات والأخوات والجدات والموصى لهم بالثلث، فلا خلاف أحفظه أنه يجمع حظهم في القسمة شاؤوا أو أبوا لأنهم بمنزلة الواحد اهـ. ونحوه اللخمي. وبحث ابن ناجي وابن عرفة في الاتفاق المذكور بما نقله عياض من الخلاف المتقدم، فتحصل أن كلاً من القولين شهر إذ ما حكى عليه ابن رشد الاتفاق لا أقل أن يكون مشهوراً، وإن جمع العصبة مع كالزوجة معتبر فيه رضاهم بخلاف جمع أهل السهم كالزوجات، فإنه لا يعتبر فيه رضاهن على الثاني وكان حق الناظم حيث درج على الأول أن يستثني الزوجة مع العصبة، وقد جمع (خ) بين القولين على ما قرره به (ز) فأشار إلى الأول بقوله: ولا يجمع بين عاصبين إلا برضاهم مع كزوجة، وإلى الثاني بقوله: كذي سهم أو

ورثة والتشبيه في مطلق الجمع لا بقيد الرضا. قال (ز): وانظر ما وجه الجمع برضاهم حيث كان معهم صاحب فرض وعدمه حيث لم يكن معهم ذو فرض، والتعليل بأنه يقل الغرر مع وجود ذي الفرض ويكثر مع فقده لا ينهض اهـ.

قلت: لا يظهر لمنع الجمع برضاهم وجه لأن العاصبين أو الشريكين إذا رضيا أن يخرجا بالقرعة في محل واحد، ثم يقسمان أو يستمران على الشركة فلا مقال لغيرهما من العصبة لأن الحق في ذلك لهما، ولا سيما حيث كان نصيب اللذين رضيا بالجمع لا يقبل القسمة كثلاثة رجال مثلاً لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس، وكان المقسوم لا يقبل القسمة على ستة ويقبلها مناصفة فرضي صاحب السدس والثلث أن يخرجا بالنصف لأحدهما ثلثاه وللآخر ثلثه ليقل ضرر الشركة أو يخف فهذا لا وجه لمنعه كما لا وجه لمنع الجمع حيث رضيا بجمع نصيبهما في الفرض المذكور مع كون المقسوم يقبل القسمة على ستة. وقد أشارت تبعاً لغيره إلى جواز الجمع مع الرضا مطلقاً. واعتراض الشيخ الرهوني عليه بما تقدم من الغرر لا ينهض لأن الغرر المذكور حاصل حتى مع عدم الجمع، وحاصل في جمع العصبة مع ذي فرض، ولا تخلو القسمة بالقرعة عن غرر إذ لا يدري في أي محل يخرج سهمه، والتعليل بالغرر مبني على أنها بيع، والمشهور أنها تمييز حق والقسمة إنما شرعت لرفع الضرر أو تخفيفه، ولا إشكال في رفعه أو تخفيفه بما ذكر، ولا سيما حيث كان المقسوم لا يقبل القسمة، إلا مع الجمع المذكور، إذ قسمته مع الجمع أولى من تفويته عليهما بالبيع، وأيضاً إذا كان لصاحب السدس والثلث أن يرجعا إلى الشركة بعد القسمة على أقلهم نصيباً فلا يمنعان من بقائهما على الشركة ابتداء والله أعلم. وإنما قلنا التعليل بالغرر مبني على أنها بيع لقول اللخمي: الأصل منع القسم بالقرعة لتضمنها بيع الإنسان ملكه بغير رضاه، والغرر فيما يصير له، وإنما استخف ذلك لعظم الضرر في خروج الملك من يده إن لم يمكثا من القسمة اهـ..

تنبيه: قول (خ) أو ورثة الخ. مثاله: شريكان مات أحدهما عن ورثة فإن الورثة يجمعون في القسم أولاً جبراً فيقسم الملك نصفين نصفه للشريك ونصفه للورثة، ثم يقسم الورثة ثانياً فيما بينهم. هكذا في ابن الحاجب وضيح وابن سلمون وغيرهم، وبه تعلم ما في المعيار عن ابن العواد في رجلين كانت بينهما قرية مشاعة نصفين فمات أحدهما عن ورثة فقال شريكهم: تقسم مناصفة ثم اقسموا نصفكم. وقال الآخرون: بل تقسم على أقل الانصباء. فأجاب هو وابن رشد وأصبغ وابن عمر: لا تكون القسمة إذا تشاح الورثة إلا على أقل الانصباء بالقرعة على ما مضى به العمل في القرعة اهـ.

ـــــ كَذَاكَ في اخْتِلاَفِ الأَجْنَاسِ وَفِي
مَكيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ المَنْعُ اقْتُفي

(كذاك في اختلاف الأجناس) أي كما منع جمع حظين في القرعة كذلك يمنع فيها جمع الأجناس المختلفة أو الأصناف المختلفة، فلا تجمع الخيل مع البغال أو

الرقيق مع العقار كما مرّ في مفهوم قوله: يسوغ في تماثل المقسوم (وفي مكيل) كالقمح (أو موزون) كاللحم والسمن (المنع) مبتدأ (اقتفي) خبره والمجرور يتعلق به، وظاهره أنها تمنع في المكيل والموزون، سواء قسموا بالكيل والوزن أو بالتحري، وفي كل خلاف ووجه المنع في الأول أنه إذا كيل أو وزن فقد استغنى عن القرعة فلا معنى لدخولها فيه. ابن عرفة عن ابن رشد والباجي: لا تجوز القرعة في شيء مما يكال أو يوزن، وعزاه ابن زرقون لسحنون قال: وكذا عندي ما قسم بالتحري لأن ما يتساوى في الجنس والجودة والقدر لا يحتاج إلى سهم كالدنانير والدراهم اهـ. ونقله طفي وقال عقبه: نعلم أن المثلى إذا قسم بالكيل أو الوزن لا تدخل القرعة فيه، وزاد ابن زرقون: إذا قسم تحرياً على القول بجوازه اهـ. أي:على القول بجواز قسم المكيل والموزون بالتحري، وعلى ما لابن رشد والباجي اقتصر صاحب المعين والناظم وهو خلاف ما للخمي من جواز القرعة فيما قسم بالوزن ونحوه لأبي الحسن قائلاً: يقوم من قولها يقسم الحلى بالوزن الخ. جواز القرعة في الوزيعة إذا استوت في الوزن والقيمة، وكذلك في جميع المدخرات اهـ. ونقله الشيخ بناني قال: وأما عدم دخولها فيما يقسم بالتحري كما قال ابن زرقون فهو خلاف ما قاله الباجي في قسمة الثمار في رؤوس النخل بالتحري أنها لا تجوز إلا بالقرعة، واستظهره سيدي عيسى بن علال، ومسألة الوزيعة تجري عليه، وذكر عن العبدوسي أنها إن قسمت الوزيعة وزناً فإن شاؤوا اقترعوا أو تركوا على ما للخمي، وإن قسمت تحرياً فهو موضع القرعة اهـ.

تنبيه: قال ابن سلمون عن ابن حبيب: أجاز مالك رحمه الله فيما لا يكال من الطعام الذي لا يجوز التفاضل فيه، وإنما يباع وزناً كاللحم والخبز وفيما لا يباع وزناً ولا كيلاً كالبيض أن يقسم بالتحري، وذلك فيما قل لأن التحري يحيط به، فإذا كثر لم يجز اقتسامه بالتحري اهـ.
قلت: وإذا قسم بالتحري فهل تجب القرعة فيه أو تمنع؟ يجري فيه ما تقدم عن الباجي وابن زرقون، وانظر قسمة الوزيعة بالتحري وما فيها عند قول ناظم العمل: وهكذا وزيعة في اللحم الخ.

ـــــ وَلاَ يَزِيدُ بَعْضُهُمْ شَيْئاً وَلاَ
يُزَادُ في حَظَ لِكَيْ يُعَدَّلاَ

(ولا يزيد بعضهم) أي لا تجوز القرعة على أن يزيد أحدهما للآخر (شيئاً) من الدراهم مثلاً. فإذا كانت قيمة إحدى الدارين مائة وقيمة الأخرى خمسين فلا يجوز أن يقترعا على أن من صارت له ذات الخمسين زاده الآخر خمسة وعشرين، إذ كل منهما لا يدري هل يرجع أو يرجع عليه. وظاهر النظم أنه لا يجوز ذلك، ولو قلت الزيادة كنصف العشر وهو كذلك على المشهور كما في القلشاني. ابن ناجي: وعليه العمل. وقال اللخمي: إن كانت قيمة أحدهما مائة والأخرى تسعين لا بأس أن يقترعا على أن من صارت له ذات المائة أعطى صاحبه خمسة لأن هذا مما لا بد منه اهـ. وصوبه القلشاني واستحسنه ورد اعتراض ابن عرفة عليه وعلى ما للخمي درج (خ) إذ قال عاطفاً على المنع أو فيه تراجع إلا أن يقل اهـ. وانتصر له ابن رحال وغيره والله أعلم. (و)كذا (لا

يزاد) أيضاً من التركة شيء مخالف لجنس المقسوم (في حظ لكي يعدلا) أي الحظان معاً ويصيرا في القسمة، سواء كما لو كانت أحد الدارين بمائة والأخرى بثمانين فيزاد لذات الثمانين عشرون درهماً أو ثوب أو عبد من التركة قيمته عشرون ويقترعان، فالمزيد في الأول من غير التركة وفي هذه منها. ابن سلمون: ولا يجوز أن تصير الشجرة الواحدة من إحدى السهام في سهم الآخر ولا يزيد دراهم أو دنانير في هذه القسمة بوجه ولا غيرهما من الثياب والحيوان.

ـــــ وَبَيْنَ أَهْلِ الْحَجْرِ لَيْسَ يَمْتَنِعْ
قَسْمٌ بِهَا وَمُدَّعِي الغَبْنَ سُمِعْ

(وبين أهل الحجر) من صبي أو سفيه أو غيرهما. (ليس يمتنع) للوصي والقاضي ومقدمه (قسم بها) أي بالقرعة، بل يجوز ويقضي بها عليه بعد ثبوت ملكيتها للموروث وحيازتها على ما يأتي قريباً (ومدعي الغبن) فيها (سمع) منه ما يدعيه ويكلف بإثباته، فإذا أثبته وكان قد قام بالقرب وحده ابن سهل: بسنة نقضت القسمة وإن لم يثبته أو قام بعد العام حلف المنكر (خ) ونظر في دعوى جور أو غلط وحلف المنكر، فإن تفاحش أو ثبت نقضت وأعيدت أي: ما لم يفت المقسوم ببناء أو هدم أو حوالة سوق في غير العقار إلاَّ وجبت في ذلك القمية يقتسمونها، فإن فات البعض اقتسموا ما لم يفت مع قيمة ما فات. قاله في المتيطية. ابن عرفة: وفوته ببيع لغو ما لم يفت ببناء مبتاعه، فإن فات به رجع ذو النقص على بائعه فإن وجد عديماً رجع على مبتاعه والجور ما كان عن عمد والغلط بخلافه. أبو الحسن: والثبوت يكون بالبينة من أهل المعرفة يقولون في هذه القسمة تغابن وإن لم يبلغ الثلث على ظاهرها اهـ. بل ولو كان يسيراً. وعزاه عياض للمدونة وأشهب وابن حبيب، وقيل: يعفى عن اليسير كالدينار في العدد الكثير وهو لابن أبي زيد والتفاحش ما ظهر حتى لغير أهل المعرفة. قال (ز): وينبغي أن لا تنقض القسمة فيه ولو قام بالقرب حيث سكت مدة تدل على الرضا، فإن لم يسكت ما يدل على رضاه حلف لاحتمال اطلاعه عليه ورضاه به، فيحلف أنه ما اطلع عليه ولا رضيه الخ. الباجي: إذا شهدت البينة بالغبن ولم تفسر أو شهدوا به مجملاً فشهادتهم تامة إذا كانوا من أهل المعرفة والبصر لأنها صناعتهم اهـ. وإنما تمت شهادتهم ولو لم يفسروها لأن الغبن هنا لا يشترط فيه بلوغ الثلث كما مر، لأن كل واحد منهم دخل على قيمة مقدرة وكيل معلوم، فإذا وجد نقصاً فله نقض القسمة بخلاف الغبن في البيع فلا بد من بلوغه الثلث كما مرّ في فصله، ولا بد من استفسار شهوده إذا أجملوا.

ـــــ وَهاذِهِ القِسْمَةُ حَيْثُ تُسْتَحَقْ

يَظْهَرُ فيها أنَّها تمييزُ حَقْ

(وهذه القسمة) يعني قسمة القرعة (حيث تستحق) وتجب شرعاً بطلب بعض الشركاء لها (يظهر فيها) عند ابن رشد وعياض وغيرهما (أنها تمييز حق) لا بيع، ولذا يجبر عليها من أباها أن تماثل المقسوم وتجانس كما مرّ وانتفع كل من الآبي والطالب انتفاعاً مجانساً للانتفاع الأول في سكناه ومدخله ومخرجه، فإن لم ينتفع كل فلا جبر. ابن رشد: الذي به العمل عندنا أن الدار لا تقسم حتى يكون لكل واحد من الساحة والبيوت ما ينتفع به ويستتر فيه عن صاحبه، فإن

لم تحمل الساحة القسمة واحتملت البيوت قسمت البيوت وأقرت الساحة بينهم يرتفقون بها كالفناء إلى أن يتفقوا على قسمتها اهـ. وروي عن مالك أن قسمة القرعة بيع، وصوبه اللخمي وينبني على الخلاف لو ورث ثلاثة أخوة ثلاثة أعبد فاقتسموهم لكل واحد عبد فمات عبد أحدهم واستحق عبد الآخر، فعلى أنها تمييز حق لا يرجع المستحق من يده على من مات عبده بشيء، وإنما يرجع على الذي بقي عنده العبد فيكون له ثلثه ولمن بيده العبد ثلثاه، وعلى أنها بيع يرجع المستحق من يده على الذي مات عبده بثلث قيمته وينبني عليه أيضاً قسم الورثة أضحية موروثهم، وقسم الثمر في رؤوس الشجر فعلى أنها تمييز لا جائحة وعلى أنها بيع فيه الجائحة إلى غير ذلك. ولما فرغ من الكلام على قسمة القرعة شرع في الكلام على قسمة المراضاة وهي نوعان أشار لأولهما بقوله:

ـــ وَقِسْمَةُ الوِفاقِ والتَّسْلِيمِ
لَكِنْ مَعَ التَّعْدِيلِ وَالتَّقْوِيمِ

(وقسمة الوفاق والتسليم) أي توافق الشركاء عليها وسلم كل منهم لصاحبه ما أخذه من غير قرعة (لكن مع التعديل) لأجزاء المقسوم (والتقويم) المحصل لذلك التعديل إذ لا يحصل التعديل إلا به، وظاهره سواء أدخلوا مقوماً يقوم لهم أو قوموا لأنفسهم وهو كذلك فقوله: قسمة مبتدأ خبره.

ـــ جَمْعٌ لِحظَيْنِ بِهَا لا يُتَّقَى
وتَشْمَلُ المَقْسُومَ كُلاًّ مُطْلَقا

(جمع لحظين بها لا يتقى) أي لا يمنع لأنه برضاهما (وتشمل المقسوم كلاً مطلقا) اتفق الجنس أو اختلف، فيجوز أن يتراضيا على أن يأخذ هذا عبداً قيمته عشرة، وهذا ثوباً قيمته كذلك أو فرساً، وكذا إن أخذ هذا قمحاً والآخر قطنية مماثلة له في القيمة فإن اتحد جنس الطعام المقسوم فلا بد من المماثلة كيلاً أو وزناً وإلا امتنع كما قال:

ـــ في غَيْرِ ما مِنَ الطَّعامِ الْمُمْتَنِعْ
فِيهِ تَفَاضُلٌ وَفِيهِ تَمْتَنِعْ

(في غير ما) هو (من الطعام الممتنع فيه تفاضل) وهو الجنس الواحد المقتات المدخر كوسق من شعير قوم بستة ونصف وسق من قمح قوم بستة أيضاً، وتوافقا على أن يأخذ أحدهما القمح والآخر الشعير. (ففيه تمتنع) القسمة للتفاضل بين الطعامين لأن قسمة المراضاة بيع فيمتنع فيها ما يمتنع فيه، وكذا النساء فلا يجوز أن يأخذ أحدهما وسقاً من قمح الآن ليأخذ الآخر مثله من جنسه أو من غير جنسه غداً، فإن كان غير مقتات أو غير مدخر جاز التفاضل وامتنع النساء، وظاهر النظم أن التفاضل ممتنع فيما اتحد جنسه ولو تمحض الفضل البين لأحد الجانبين، والذي في (خ) جوازه مع تبين الفضل إذ قال عاطفاً على الجائز: وفي قفيز أخذ أحدهما ثلثيه والآخر ثلثه إلى أن قال: وفي كثلاثين قفيزاً وثلاثين درهماً أخذ أحدهما عشرة دراهم وعشرين قفيزاً. يعني: ويأخذ الآخر ما بقي، وإنما جاز ذلك لأن أحدهما ترك للآخر فضلاً وهو محض معروف في المسألتين، وليس ذلك في الثانية من بيع طعام ودراهم بمثلهما، بل كأنهما قسما الدراهم وحدها على التفاوت والمكيل وحده كذلك، فترجع الثانية للأولى، وظاهره أن ذلك جائز ولو بالتراخي. وقد صرح بذلك اللخمي قال: لأن ذلك معروف فهو كمن أخذ مائة دينار قرضاً ليردها بعد سنة وليس

ذلك على وجه المبايعة حتى يمنع التراخي، ونقله أبو الحسن وغيره مسلماً، وعليه فيجوز ما يقع اليوم بين المتزارعين أن يحمل أحدهما ما تصفى من الزرع لمنزله حتى ليوم آخر يحمل

شريكه ما تصفى بعد ذلك إلى داره، وسيأتي في الكتابة أيضاً أن لأحد الشريكين فيها أن يأخذ النجم الأول بإذن شريكه حتى يأخذ الشريك النجم الآخر. قال (ق): وكذا في قسم الزيتون ونحوه حباً يأخذ أحدهما زيادة عن صاحبه، ثم يعاوضه في اليوم الذي بعده، وكذا الحراثون يزرع أحدهما يوماً أو يومين ويزرع الآخر مثل ذلك بعده والله أعلم.
تنبيه: ولا يجوز قسم اللبن في ضروع ولو بالمراضاة فلا يجوز للوارثين مثلاً أن يحلب أحدهما بقرة والآخر بقرة أو شاة لأنه مخاطرة وقمار وبيع لبن بلبن من غير كيل إلا لفضل بين، فيجوز قسمه حينئذ بالتراضي كما مر في القفيز، وفيه الجواز في المدونة مع الفضل البين بكونه على وجه المعروف، وكونه إذا هلك ما بيده من الغنم رجع فيما بيد صاحبه قال فيها: لأن أحدهما ترك للآخر حينئذ فضلاً بغير معنى القسم اهـ. قال أبو الحسن: يظهر من هذا التعليل أنه حيث كان يترك أحدهما للآخر فضلاً بغير معنى القسم أن ذلك لا يمتنع في جميع ما يحرم فيه التفاضل، وهذا تنبيه على العلة كقوله تعالى: فإنه رجس أو فسقاً} (الأنعام:145) وذكر الفقيه راشد عن شيخه أبي محمد صالح أنه قال: الأدلة التي بنى عليها مالك مذهبه ستة عشر: نص الكتاب وظاهر الكتاب وهو العموم، ودليل الكتاب وهو مفهوم المخالفة، ومفهوم الكتاب وهو باب آخر، وتنبيه الكتاب وهو التنبيه على العلة كقوله تعالى: فإنه رجس أو فسقاً}. ومن السنة أيضاً مثل هذه الخمسة، فهذه عشرة. والحادي عشر الإجماع، والثاني عشر والثالث عشر عمل أهل المدينة، والرابع عشر قول الصحابي، والخامس عشر الاستحسان، والسادس عشر الحكم بسد الذرائع. واختلف قوله في السابع عشر وهو مراعاة الخلاف فمرة يراعيه ومرة لا يراعيه. أبو الحسن: ومن ذلك الاستصحاب اهـ.
ـــ وَأُعْمِلَتْ حتَّى عَلَى المَحْجُورِ
حَيْثُ بدا السَّدَادُ في المَشْهُورِ

(وأعملت) هي أي قسمة الوفاق والمراضاة ولو في الأجناس المختلفة والأصناف المتباينة والبعيدة بعضها من بعض على الناس كلهم (حتى على المحجور) منهم كصبي وسفيه ومجنون ومفلس (حيث بدا) ظهر (السداد) أي وثبت بالبينة (في المشهور) المعمول به خلافاً لابن الهندي في قوله: بعدم جواز القسم بها على المحجور ونحوه في العتبية. قال الباجي: وإجازته في المدونة شراء الوصي لبعض ما يليه من بعض. يرد قول ابن الهندي اهـ. ومحل جوازها على المحجور إذا لم تكن بينه وبين حاجره وإلاّ فلا يجوز، ولو ظهر السداد على الراجح المعمول به من أنه لا بد من الرفع للإمام فيقدم من يقسم بينه وبين محاجره، فإن لم يرفع للإمام فسخت لأنه باع مال محجوره من نفسه، وانظر ما يأتي عند قول الناظم: فإن يكن مشاركاً لمن حجر الخ. نعم إذا كان مع الحاجر والأيتام شريك أجنبي، فإنه يجوز له أن يقاسم الأجنبي

ويترك نصيبه ونصيب الأيتام على الإشاعة معهم كما يأتي للناظم أيضاً: فإذا أراد أن يقاسمهم رفع إلى السلطان كما مر.

قال رحمه الله (بسم) جار ومجرور متعلق بمحذوف قدره بعضهم فعلاً وبعضهم مصدراً مرفوعاً على الابتداء، والتقدير على الأول بسم الله أؤلف أو أنظم، وقدر مؤخراً طلباً للاهتمام والاختصاص، وعلى الثاني تأليفي أو نظمي بسم الله ثابت أو حاصل، فحذف المبتدأ وخبره وبقي معمول المبتدأ، والباء للاستعانة أو للمصاحبة، وإنما قدر العامل هنا من مادة التأليف أو النظم لأن الذي يتلو البسملة هنا مؤلف وناظم والتالي لها في كل محل يعين العامل المحذوف. ثم إن لفظ اسم الذي هو ألف سين ميم يطلق في اللغة إطلاقاً شائعاً على ما يعم أنواع الكلمة فيصدق بلفظ زيد ولفظ قام وهل مثلاً، وفي اصطلاح النحاة على ما يقابل الحرف والفعل ويطلق أيضاً في اللغة إطلاقاً غير شائع على الذات فيصدق بذات زيد وذات عمرو، وهكذا. قال الفخر: الاسم يطلق لمعان ثلاث إلى أن قال الثاني ذات الشيء، وقال ابن عطية: يقال ذات ونفس وعين واسم بمعنى اهـ. فعلى الشائع مدلوله اللفظ المفرد الموضوع لمعنى الصادق بلفظ زيد ولفظ قام وهل ونحوها من الألفاظ الدالة على معنى وهو الذات في الأول والقيام في الثاني والاستفهام في الثالث، وعلى غير الشائع مدلوله الذات الصادقة بذات زيد وذات عمرو ونحوهما. فإذا قلت: رأيت اسم زيد فمعناه رأيت ذاته وعينه لا لفظه، فقولهم قد اختلف هل الاسم عين المسمى أو غيره؟ مرادهم اختلف في مدلول لفظ اسم حيث استعمل في التراكيب الجزئية التي لا يراد فيها مدلوله الذي هو مطلق اللفظ على الشائع أو مطلق الذات على غيره، وإنما يراد بعض ما صدقات مدلوله في الجملة فقيل فيه إذ ذاك: إن مدلوله لفظ زيد مثلاً الذي هو على الشائع من ما صدقات مدلوله، ولفظ زيد غير المسمى الذي هو ذاته، وقيل إن مدلوله عين المسمى وهو ذات زيد مثلاً التي هي على غير الشائع من ما صدقاته وعلى الشائع هي مدلول ما صدقه وليس مدلوله لفظ زيد على هذا القول.

(ومن أبى القسم بها لا يجبر) لأنها بيع على المشهور ولا يجبر أحد على بيع شيئه (وقائم بالغبن فيها يعذر) ويسمع قوله لأنهما لما دخلا على قيمة مقدرة سمعت دعواه الغبن، فإن أثبته عمل بمقتضاه وإلا حلف المنكر كما تقدم في القرعة، وظاهره أن الغبن هنا ما نقص عن القيمة نقصاً بيناً ولو لم يبلغ الثلث، وهو كذلك كما مر في القرعة لأن القائم لم يتسبب في الغبن، بل المتسبب فيه هو المقوم الأجنبي أو كل الشركاء إن قوموا لأنفسهم، فلذا كان يقوم به ولو لم يبلغ الثلث، وهذا إذا قام بالقرب فإن طال كالسنة فلا قيام له كما يأتي له في قوله: والغبن من يقوم فيه بعد الخ. ثم أشار إلى النوع الثاني من نوعي المراضاة فقال:

ـــ وقِسْمَةُ الرِّضا والاتِّفاقِ
مِنْ غَيْرِ تَعْدِيلٍ عَلَى الإطْلاَقِ

(وقسمة الرضا والاتفاق من غير تعديل) ولا تقويم (على الإطلاق.

ـــ كَقِسْمَةِ التَّعْدِيلِ وَالتَّرَاضِي
فِيما عَدَا الغَبْنَ مِنَ الأَغْرَاضِ

كقسمة التعديل والتراضي) فقوله: وقسمة الرضا مبتدأ وكقسمة التعديل خبره، وعلى الإطلاق حال من الضمير المستقر في الخبر، ومعناه أن قسمة الرضا من غير تعديل ولا تقويم كائنة كقسمة الرضا بتعديل وتقويم على الإطلاق أي في جميع أحكامها، فتجوز في الجنس الواحد والمختلف والمكيل والموزون، ويجمع فيها بين حظين ويحرم التفاضل في المقتات المدخر من طعامها على التفصيل المتقدم، ولا يمنع فيها زيادة العين أو غيرها إلا أنه لا قيام فيها بالغبن كما قال: (فيما عدا الغبن من الأغراض) بالغين المعجمة أي فإنه لا قيام به فيها لأنه لم يأخذ ما خرج به على قيمة مقدرة ولا على ذراع معلوم، ولا على أنه مماثل لما خرج عنه فهي كبيع المساومة باتفاق وهو لا قيام فيه بالغبن ولو بلغ الثلث على المشهور، وأما على ما مر للناظم في فصل الغبن فيقام به فيها لأن الحكم عليها بأنها كالبيع يوجب لها حكمه وقد تقدم أنه يقام فيه بالغبن بالشروط المتقدمة على المعمول به، وإن كان خلاف المشهور فكان على الناظم حيث درج فيما تقدم على أن البيع يقام فيه بالغبن أن لا يستثنيه ههنا، وقد يقال: إنما استثنى غبن القسمة وهو النقص عن القيمة نقصاً بيناً أي: فالنقص عن القيمة الذي لم يبلغ الثلث لا يقام به في هذا النوع، بخلاف النوعين قبله، فإنه يقام به فيهما، وأما ما بلغ الثلث فإنه يقام به في هذه وفيما قبلها، وهذا هو الذي يجب حمل الناظم عليه والله أعلم. ومحل عدم قيامه به في هذه مع نقصه عن الثلث إذا لم يكن العاقد للقسمة وكيلاً وإلاَّ فللموكل القيام به إذا ثبت كما لابن زرب وغيره، وهو الموافق لقول (خ) في الوكالة: وتعين نقد البلد وثمن المثل والأخير الخ. وذلك لأن النائب عن غيره لا يمضي من فعله إلا ما هو سداد ومصلحة.

ـــ وَمُدْعٍ غَبْناً بها أَوْ غَلَطَا
مُكَلَّفٌ إنْ رَامَ نَقْضاً شَطَطا

(و)إذا لم يكن له القيام بالغبن فـ(ـــمدع غبناً بها) أي بقسمة المراضاة بلا تعديل (أو) مدع (غلطا) وهو ما صدر من غير قصد (مكلف) بكسر اللام المشددة خبر عن قوله مدع (إن رام) أي قصد (نقضاً) للقسمة (شططا) مفعول ثان بمكلف، والمفعول الأول محذوف، والتقدير مكلف الحاكم شططاً أي ظلماً وجوراً إن رام نقضها لكون دعوى الغلط والغبن فيها لا تسمع، وهذا البيت تصريح بمفهوم قوله: فيما عدا الغبن.

ـــ وَقِسْمَةُ الْوَصِيِّ مُطْلَقاً عَلَى
مَحْجُورِهِ مَعْ غَيْرِهِ لَنْ تُحْظَلاَ

(وقسمة الوصي) مبتدأ (مطلقاً) حال من الضمير في تحظلا (على محجور مع غيره) متعلقان بقسمة، والضمير المجرور بغير راجع للوصي (لن تحظلا) خبر عن المبتدأ، والمعنى أن المحجور إذا كان مشاركاً لغير حاجره فإن قسمة حاجره عليه لا تحظل ولا تمنع مطلقاً كانت بالقرعة أو بالمراضاة بنوعيها، لكن مع ظهور السداد ومصادفة الصواب لأن الوصي حينئذ نائب عن محجوره لا

يمضي من فعله إلا ما كان سداداً كما مر (خ) وقسم عن صغير أب أو وصي وملتقط كقاض عن غائب الخ. وإنما عبر بالإطلاق الشامل لأنواع القسمة الثلاثة مع تقديم حكم القسمة عليه بالقرعة، أو بالمراضاة مع تعديل لأجل قوله:

ـــ فَإِنْ يَكُنْ مُشَارِكَاً لِمَنْ حَجَرْ
فِي قِسْمَةٍ فَمَنْعُهُ مِنْهَا اشْتَهَرْ

(فإن يكن) الوصي أو الأب (مشاركاً لمن حجر) سواء شاركهما أجنبي أيضاً أم لا. (في قسمة) أي في مقسوم من إطلاق المصدر وإرادة المفعول أي كان مشاركاً له في الشيء المقسوم فقاسم عن نفسه ومحجوره من غير رفع للحاكم، ويحتمل أن يكون على حذف مضاف أي في ذي قسمة (فمنعه) أي الوصي (منها) أي من القسمة مع محجوره بأنواعها الثلاثة كما هو ظاهره (اشتهر) لأنه من بيع الوصي مال محجوره من نفسه، وهو لا يجوز وإن وافق السداد (خ): في باب الوكالة عاطفاً على الممنوع وبيعه من نفسه ومحجوره الخ. وقيل: يجوز إن ظهر السداد ولم يجاب، والخلاف مبني على أن المخاطب هل يدخل تحت الخطاب أم لا؟ التوضيح. والظاهر وإن قلنا إنه يدخل فلا يمضي للتهمة ولا يقال تبين انتفاؤها بالبيع بالقيمة فأكثر لأنا نقول: يحتمل أنه اشتراها بذلك لما رأى أن من الناس من يرغب في شرائها بأكثر اهـ. وعلى هذا عول في الشامل في باب الوكالة وأنه إذا باع من نفسه فلموكله ومحجوره الخيار، وهو الموافق للعمل الذي يأتي عن المتيطية في البيتين بعده، ولما تقدم في فصل مسائل من أحكام البيع من أن بيع الأب مال ولده من نفسه محمول على غير السداد، وإذا كان هذا في الأب فأحرى في الوصي، وعلى القول الثاني وهو الجواز إن لم يجاب عول (خ) في باب الوصية حيث قال: ولا اشتراه من التركة وإلاّ تعقب بالنظر فيمضي الأصلح لليتيم ويرد غيره ونحوه للقرطبي في تفسيره وابن العربي في أحكامه قالا: مشهور مذهب مالك الجواز إن لم يحاب، وعليه اقتصر آخر الكراس الأول من أنكحة المعيار، وبه أفتى المجاصي لما سئل عن وصي قاسمت عن نفسها ومحجورها مع اشتراك وأخرجت للمحجور نصيبه على حدة ولها نصيبها على حدة، ثم قام المحجور بعد تفويت بعض الاشتراك نصيبه بالبيع فقال الوصي: لا يقاسم محجوره، فإن وقع ونزل تعقب بالنظر، فإن كان سداداً مضى وإلاّ نقض قاله ابن ناجي في شرح المدونة، فإن فات بيد المشتري رجع عليه بتمام القيمة أو

على البائع وإن تعذر الرجوع على من ذكر كان الرجوع على الوصي العالم لتفريطه قاله أبو ابراهيم الأعرج، وكذلك إن طالت عمارة المشتري فلا يتعرض له قاله الأستاذ ابن لب، ومثله لابن سهل قال: ومنه استيلاد الأمة، وهذا حكم البيع ومثله قسمة المراضاة بوجهيها لأنها بيع من البيوع اهـ. وفي البرزلي عن ابن أبي زيد في الأب يريد أن يقاسم ولده الصغير قال: ينبغي له الرفع إلى القاضي ليجعل له من يلي القسم مع الأب، فإن قاسم لنفسه مضى إلا أن تظهر محاباة بينة فللولد القيام إن بلغ اهـ. ثم استثنى من عموم قوله: مشاركاً لمن حجر لأنه شامل لثلاث صور: لما إذا شاركهما أجنبي، وخرج كل بنصيبه

على حدة، ولما إذا لم يشاركهما أحد، ولما إذا شاركهما غيرهما وخرج نصيب المحجور مشاعاً مع وصيه فأخرج هذه الأخيرة من ذلك العموم بقوله:
ـــ إلاَّ إِذَا أَخْرَجَهُ مُشاعا
مَعْ حَظِّهِ قَصْداً فَلاَ امْتِنَاعَا (إلا إذا أخرجه مشاعا مع حظه قصداً فلا امتناعا) لأنه لا تلحقه تهمة حينئذ، ومحل المنع في الصورتين الأوليين إذا تولى الوصي القسمة بنفسه ولم يرفع للحاكم كما مرّ، فإن رفع الأمر إليه وقدم من يقاسمه فلا منع كما قال:
ـــ وَيَقْسِمُ القَاضِي عَلَى المَحْجُورِ مَعْ

وَصِيِّهِ عِنْدَ اقْتِفَاءِ مَنْ مَنَعْ (ويقسم القاضي على المحجور مع وصيه عند اقتفاء) اتباع (من منع) قسمه معه من الفقهاء كابن أبي زمنين وغيره وهو الذي به القضاء وعليه العمل قاله في المعيار عن الإمام السنوسي، وأصله في المتيطية، ونص اختصارها: فإن كان الوصي شريكاً للأيتام نظرت فإن كان معهم غيرهم جاز له أن يقاسم عنه وعنهم الأجنبيين، ويكون نصيبه ونصيبهم على الإشاعة ونصيب الأجنبي منفرداً. وقال ابن أبي زمنين وغيره: لا يجوز ذلك ويفسخ، وإن كان سداداً فإن الوصي شريكاً لهم وحده فقال ابن أبي زمنين: لا يجوز أن يقسم هو لهم وليرفع للإمام فيقدم من يقاسم عن الأيتام، فإذا تميز حظهم رجع فيه النظر للوصي، وقيل: يجوز مقاسمة الوصي له ولهم إذا ضمن الشهود معرفة السداد وهو ظاهر قول مالك في العتيبة قال بعض الموثقين: والأول أولى وبه القضاء اهـ. وإذا كان العمل والقضاء بقول ابن أبي زمنين، وهو يقول بوجوب الفسخ فيما إذا قاسم عنه وعنهم الأجنبيين فأحرى أن يقول بالفسخ فيما إذا كان الوصي شريكاً لهم وحده، فيكون المعمول به من الخلاف المتقدم قريباً فوق هذين البيتين هو الفسخ والله أعلم.
ـــ كَذَا لَهُ القَسْمُ عَلَى الصِّغَارِ
وَغَائِبٍ مُنْقَطِعِ الأَخْبَارِ

(كذا) أي كما يجب أن يقسم القاضي على المحجور مع وصيه كذلك يجب (له القسم على الصغار) الذين لا أب لهم ولا وصي وطلب شركاؤهم القسمة، ومقدم القاضي كهو فيقاسم عن الأيتام على الأجنبيين أو الأكابر من إخوانهم بمشورة القاضي لأن المقدم لا يبيع ربع اليتيم إلا بمشورة القاضي على المعمول به والقسمة بيع، وهذا إذا كان يمكنه الرفع إليه ومشاورته ولم يأمره بالقسمة، ولم يثبت عند القاضي ما يوجب القسم وإلاَّ فقسمته ماضية ولو لم يشاوره قاله في نوازل الصلح من المعيار (و) كذا له القسم على (غائب منقطع الأخبار) حيث طلب شركاؤه ذلك فإن علم خبره فكذلك إن بعدت غيبته وإلا انتظر، والظاهر أن القريبة ما كانت على ثلاثة والبعيدة ما فوقها كما يشمله قول (خ) في القضاء: والعشرة أيام أو اليومان مع الخوف يقضي عليه معها في غير استحقاق العقار الخ. والقسمة من القضاء عليه في غير الاستحقاق المذكور.
ـــ وَحَيْثُ كانَ القَسْمُ لِلْقُضَاةِ
فَبَعْدَ إِثْباتٍ لِمُوجِبَاتِ

(وحيث كان القسم للقضاة) لكون المقسوم مشتركاً بين الوصي ومحجوره، أو بين غائب وغيره، أو بين أجنبي ومحجور لا وصي له، أو بين ورثة فيهم رشيد ومحجور، أو بين ورثة رشداء وطلبوا منه القسمة بينهم (فـ)ـــإن القضاة لا يقسمون إلا (بعد إثبات لموجبات) من ثبوت الشركة والحجر والغيبة وبعدها وإهمال اليتيم وطلب الشريك القسمة وملكية الشيء المقسوم كما في ابن سلمون وغيره، فإن قسم قبل إثباتها فقد تقدم عن السيوري أن بيعه ينقض والقسمة بيع، ولكن هذا في غير ثبوت الملك لما تقدم عند قوله: وأعملت حتى على المحجور الخ. من إثبات الملكية لا ينقض القسم بعد إثباته فراجعه هناك، وراجع ما تقدم في البيع على الغائب، وفي فصل مسائل من أحكام البيع عند قوله: وبيع من وصي للمحجور الخ.

تنبيهان. الأول: في جواز قسم الحاضن كأخ أو عم أو أجنبي عن محضونه أربعة أقوال: أحدها: أنه كالوصي على كل حال فيبيع ويقسم وهي رواية ابن غانم وابن الماجشون عن مالك، وهذه الرواية جيدة لأهل البوادي لإهمالهم الإيصاء، وبها العمل كما مر في بيع الحاضن. وثانيها: أنه كالأجنبي وهو مذهبها. وثالثها: لابن وهب كالوصي إن كان أماً أو من الأجداد والجدات، ورابعها: لابن كنانة كالوصي إن كان من الأجداد والجدات والأخوة لا من غيرهم من القرابات.
الثاني: قال في المدونة: ولا يجوز قسم الأب عن ابنه الكبير وإن غاب ولا الكافر عن ابنته المسلمة البكر كما لا يزوجها، ولا يجوز قسم الزوج لزوجته البكر ولا قبض مالها، والأب أو وصيه أولى بذلك وإن دخلت حتى يؤنس رشدها بعد الدخول فيدفع إليها حينئذ مالها، وليس للزوج قبض مالها قبل الدخول ولا بعده، وإن مات الأب ولم يوص لم يجز للزوج أن يقسم لها إلا بأمر القاضي اهـ. ويقيد بما تقدم في الوكالة من قوله: والزوج للزوجة كالموكل الخ.

ـــ وَيُتْرَكُ القَسْمُ عَلَى الأصاغِرِ
لحال رَشْدٍ أَوْ لِوَجْهٍ ظَاهِرِ

(ويترك القسم على الأصاغر لحال رشد) أي إلى أن يرشدوا (أو لوجه ظاهر) كأن يكون شريكهم ذا سطوة فلا ينصفهم من حقهم فيترك القسم بينه وبينهم حيث لم يطلبه الشريك إلى أن يملكوا أنفسهم. ابن سلمون: وإذا كانت الأملاك بين الأصاغر وأربابها كلهم محاجير فإنها تترك إلى أن يرشدوا فيقتسمونها، أو يرشد أحدهم فيطلب ذلك إلا أن يثبت في ذلك النظر لهم، فحينئذ يقسم بينهم فإن كان عليهم وصي فبادر إليها فقسمها، فقد أجاز ذلك سحنون والأولى ما تقدم اهـ.

ـــ وَمَنْ دَعَا لِبَيْعِ مَا لاَ يَنْقَسِمْ
لَمْ يُسْمَع إلاَّ حَيْثُ إضْرارٌ حُتِمْ

(ومن دعا) من الشركاء (لبيع ما لا ينقسم) أصلاً كالرقيق الواحد والفرس الواحد أو ينقسم بفساد كالياقوتة الواحدة والخف الواحد والثوب الواحد أو دار أو بستان لا يقسمان على أقل الحظوظ ولا يصير لأصحاب الحظ القليل ما ينتفع به. (لم يسمع) قوله: ولا يجاب إلى ما ادعاه ويبيع نصيبه مفرداً إن شاء حيث لم يتحد مدخله مع شريكه ولصاحبه الشفعة إن كان من الأصول لا من

العروض كما مرّ في الشفعة فقوله: ما لا ينقسم شامل لجميع ما مرّ، وسواء كان ما لا ينقسم على أقل الحظوظ من الرباع المتخذة للغلة أو المتخذة للانتفاع بها بعينها، ثم أخرج هذا الثاني من العموم المذكور بقوله: (إلا حيث إضرار) في دوام اشتراكه (حتم) لكونه متخذاً للانتفاع به بعينه.

ـــ مِثْلُ اشْتِراكِ حائِطٍ أَوْ دَارِ
لا كالرَّحَى وَالْفُرْنُ في المُخْتَارِ

(مثل اشتراك حائط) أي بستان (أو دار) متخذين للانتفاع بهما بعينهما فإنه يجاب من دعا إلى بيعه حيث اتحد مدخله مع شريكه، وسواء كان المدعي للبيع ذا الحظ الكثير أو القليل، ومراده بمثلهما كل ما يتخذ للانتفاع به بعينه فيدخل فيه الخف والعبد والثوب والحمام المتخذ للانتفاع به بعينه ونحو ذلك، وإنما مثل بالحائط والدار لما فيهما من الخلاف لأن مالكاً رحمه الله يرى القسمة فيهما ولو لم يصر لصاحب الحظ القليل ما ينتفع به كما في ابن سلمون، ومذهب ابن القاسم أنه لا يجوز قسمها إلا إذا صار لكل منهما ما ينتفع به وهو المشهور وبه القضاء (خ): وأجبر لها أي للقرعة كل أن انتفع كل الخ. اللخمي: ولو قيل يمنع قسم الحمام ونحوه ولو رضيا كما يمنع قسم اللؤلؤة لكان وجهاً. (لا) ما كان (كالرحى والفرن) ونحوهما مما لا يقبل القسمة، وهو متخذ للغلة فقط لا للانتفاع به بعينه، فإنه لا يجبر شريكه على البيع معه، ولو اتحد مدخلهما وهو مثال لما قبل الاستثناء وما قبله مثال لما بعده (في) القول (المختار) عند ابن رشد وعلى التفريق بين رباع الغلة فلا يجبر، ولو اتحد مدخلهما بخلاف غيرها فيجبر حيث اتحد المدخل عول (خ) إذ قال: وأجبر البيع إن نقصت حصة شريكه مفردة لا كربع غلة أو اشترى بعضاً الخ. والمذهب وهو الذي عليه العمل الإطلاق، وأنه لا فرق بين رباع الغلة وغيرها كما قاله ابن عبد السلام واليزناسي وابن عرفة وغيرهم، وهذه هي مسألة الصفقة وصورتها؛ أن تكون دار مثلاً أو عبد بين رجلين فأكثر فيعمد أحدهم إلى ذلك الملك ويبيع جميعه بغير إذنهم فيثبت الخيار لشركائه بين أن يكملوا البيع أو يضموا لأنفسهم ويدفعوا للبائع مناب حصته من الثمن ولها شروط. أحدها: أن يكون الشيء لا يقبل القسمة، وأما إن كان يقبلها فمن دعا إلى قسمه أجبر له الذي يريد بيعه كما في المدونة، وهذا الشرط هو معنى قول الناظم: ومن دعا لبيع ما لا ينقسم. ثانيها: أن يكون ذلك الشيء مما يتضرر

بالاشتراك فيه لكونه متخذاً للانتفاع به بعينه كالدار والبستان لا أن كان متخذاً للانتفاع بغلته فقط كالفرن والرحى وهو معنى قول الناظم: مثل حائط أو دار الخ. وهذا على ما لابن رشد، ورده ابن عرفة بأن المعروف عادة أن شراء الجملة أكثر ثمناً في رباع الغلة وغيرها إلا أن يكون ذلك ببلاد الأندلس وإن كان فهو نادر اهـ.

قلت: تأمل قوله: فهو نادر هل هو نادر بالنسبة إلى غيرهم أو فيما هو بينهم؟ فإن كان الأول فلا يجوز لغوه بالنسبة إليهم، وإن كان الثاني فلغوه ظاهر، لكن ابن رشد إنما بنى ذلك على عاداتهم فلا يحسن الاعتراض عليه، فحق ابن عرفة أن يسقط قوله: وإن كان فهو نادر الخ. ثالثها: أن يتحد مدخلهما بأن يشترياه

دفعة واحدة أو يرثاه كذلك، أما إن كان كل منهما اشترى حصته مفردة أو ورثها كذلك فلا يجبر أحدهما للآخر، وهو معنى قول (خ) أو اشترى بعضاً. رابعها: أن ينقص ثمن حصة مريد البيع إذا بيعت وحدها عن ثمن الجملة وإلاَّ فلا جبر.
خامسها: أن لا يلتزم الممتنع من البيع أداء النقص الحاصل لشريكه. سادسها: أن لا يكون المشترك فيه للتجارة وإلاَّ فلا يجبر على بيعه كما لا يجبر على قسمه على ما للخمي قائلاً: لأنه على الشركة دخل فيه حتى يباع جملة، ورده ابن عرفة بأن دخوله على بيعه جملة مؤكد لقبول دعواه بيعه جملة، فكيف يصح قوله: لا يجبر على البيع من أباه وإنما يصح اعتبار ما دخلا عليه من شرائه للتجر إذا اختلفا في تعجيل بيعه وتأخيره؟ والصواب في ذلك اعتبار معتاد وقت بيع السلعة حسبما ذكره في القراض من المدونة. سابعها: أن لا يبعض طالب البيع حصته بأن يبيع بعضها ثم يريد أن يصفق بالبعض الباقي، فإنه لا يجاب.
ثامنها: أن لا يرضى البائع ببيع حصته مفردة وفي عد هذا من الشروط شيء، لأن الكلام والموضوع أنه طلب إحمال البيع، فهذا هو موضوع الشروط.
تاسعها: أن يكون المشتري أجنبياً غير شريك، وإلاَّ فهو تبعيض على نزاع فيه بيناه في حاشية اللامية.

وهذا كله على ما للأقدمين، وأما على ما به عمل المتأخرين فإنه لا يعتبر من هذه الشروط إلا اتحاد المدخل، وعليه فلو قال الناظم:

ومن دعا لبيع ما لا ينقسم
فغيره بجبره قد يحكم
إن كان مدخل له قد اتحد
وحيث لا فجبره له يرد

لوفى بالمراد، ومع ذلك يقال: لا مفهوم لقوله ما لا ينقسم بل ما يقبل القسمة كذلك على ما به العمل كما قال ناظمه:

في قابل القسم وما لم يقبل
لا تشترط إلا اتحاد المدخل

ثم إن وجد هذا الشرط على ما به العمل أو وجدت كلها على مقابله، فلمريد البيع أن يبيع الجميع من غير رفع للحاكم على ما به العمل، وإن لم يرض شريكه بذلك، لكن إذا تم بيعه فللممتنع من البيع الخيار إن شاء أمضى وأخذ حصته من الثمن وإن شاء ضم، وإذا ضم فله أن يبيعه أو ما شاء منه عقب ذلك بالفور، بخلاف الشفعة فليس له البيع عقب الأخذ بها على أحد قولين تقدما هناك. والفرق أنه هنا مجبور فإن كان المصفق عليه غائباً رفع المشتري أمره للحاكم فيمضي عليه البيع أو يضم له، وحيث أمضاه مضى ولو كان له مال وإلاَّ أخذ نظر أو مصلحة.

تنبيه: قولهم: لا يشترط إلا اتحاد المدخل الخ. يقتضي أن عدم تبعيض الحصة وهو الشرط السابع لا يشترط، وأن من باع بعض حصته فله أن يصفق بالباقي، وليس كذلك. وعليه فحقهم أن يقولوا: لا يشترط إلا اتحاد المدخل وعدم التبعيض، وأيضاً فإن الشرط الأول لا وجه لإلغائه لأن الضرر يرتفع بالقسمة، والفرض أن المشترك يقبلها، وربما كان الممتنع من البيع لا يقدر على أداء ثمن

حصة شريكه لارتفاعه فيؤدي إلى تفويت حصته عليه لينتفع شريكه بزيادة الثمن في حصته، فهم قد راعوا حق مريد البيع وأخلوا بحق المبيع عليه، إذ لا يضر بأحد لينتفع غيره ولا يرفع ضرر بضرر لقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار».H فالواجب في هذا هو التمسك بالمشهور، وكذا يقال في الشرط الخامس؛ وهو أن لا يلتزم الممتنع أداء النقص الحاصل لشريكه الخ. لا وجه لإلغائه أيضاً لأن إلغاءه يوجب لحوق الضرر لكاره البيع إذ قد لا تكون له قدرة على أداء ثمن حصة الشريك، وله قدرة على جبر النقص الحاصل بالانفراد، فإذا ألزمناه أخذ الجميع مع عدم القدر عليه لزم جبره على البيع من غير ضرر يلحق البائع لأن ضرره قد ارتفع بالتزام النقص، وكذا يقال: إذا لم ينقص ثمن الحصة عن ثمن الجملة فهذه الشروط الأربع يجب على من راقب الله اعتبارها كاتحاد المدخل، وقديماً كنت متأملاً في ذلك فلم يظهر لي وجه إلغائها بل هو مخالف للكتاب والسنة والله أعلم.

ـــ وَكلُّ ما قِسْمَتُهُ تَعْذَّرُ
تُمْنَعُ كالتي بِهَا تَضَرُّرُ

(وكل ما قسمته تعذر) بفتح التاء وحذف إحدى التاءين أي تتعذر لقول ابن مالك:

وما بتاءين ابتدى قد يقتصر
فيه على تا كتبين العبر

(تمنع) بضم التاء (كـ)ـــالقسمة (التي بها تضرر) كياقوتة أو كخفين، وإذا منعت قسمته فإما أن يتفقا على الانتفاع به مشتركاً وإما أن يباع عليهما حيث طلب أحدهما ذلك واتحد مدخلهما، فإن لم يتحد باع حصته مفردة كما مر، ثم إذا قلنا من دعا لبيع ما لا ينقسم فإنه يجاب إلى ذلك حيث اتحد المدخل على ما مر، فإذا باع الشريك الجميع من غير رفع للحاكم مضى بيعه على ما به العمل كما في اللامية وغيرها. وكان لصاحبه الخيار في الضم وعدمه، وإن وقع ورفع الأمر للحاكم فإنه ينظر فإن اتحد المدخل أمره ببيع الجميع ويثبت الخيار أيضاً، وإن لم يتحد أمره بتسويق حصته مفردة ثم لصاحبه الشفعة إذا كان عقاراً على المعمول به من أن الشفعة جارية حتى فيما لا ينقسم منه كما مر، وأما على مقابله فهو كالعروض، وحكمها أنه يحكم عليه ببيع حصته مفردة أيضاً لعدم اتحاد المدخل كما هو الموضوع، فإذا وقفت على ثمن كان لشريكه أخذه بذلك الثمن رفعاً لضرره، فإن لم يعلم الشريك حتى انعقد البيع فلا شفعة ولا ضم، وقد فات ذلك عليه وهو قول ابن عرفة: كل مشترك لا شفعة فيه فباع بعض الشركاء نصيبه منه فلمن بقي أخذه بالثمن الذي يعطى فيه ما لم ينفذ البيع اهـ. وانظر ما تقدم عند قول الناظم في الشفعة: وجملة العروض في المشهور الخ. قال في شرح العمليات: إذا وقف المبيع من عروض أو حيوان على ثمن فيقال للشريك: أنت أحق به فلا يشترى حتى تسلم فيه فإن أخذه بما بلغ منع منه غيره الخ. هذا كله إذا طلب أحدهم البيع وأبى غيره، ولم يسأل طالب البيع من القاضي فيما إذا اتحد المدخل أن ينادي له على الجميع بل رضي أن يتولى بيع الجملة بنفسه، وأما إن طلب مريد البيع منه المناداة على الجميع أو طلب جميع الشركاء البيع ولا ينظر في هذه لاتحاد المدخل ولا لعدمه فإنه يجيبهم إلى ما طلبوا في الصورتين.

ـــ ويَحْكُمُ القَاضِي بِتَسْوِيقٍ وَمَنْ
يُرِيدُ أَخْذَهُ يَزِيدُ في الثَّمَنْ

(ويحكم القاضي) حينئذ (بتسويق) جميع المبيع (ومن يريد أخذه) منهم بما وقف عليه لا يمكن منه إلا أن (يزيد في الثمن) فإن سلمه له صاحبه فذاك وإلا تزايدا حتى يقف على أحدهما فيأخذه بما وقف به عليه.

ـــ وَإِنْ أَبَوْا قَوَّمَهُ أَهْلُ البَصَرْ
وآخِذٌ لَهُ يُقَضِّي مَنْ يَذَرْ

(وإن أبوا) التسويق لكساد سوقه مثلاً (قومه أهل البصر) فإذا سلم أحدهما لصاحبه بذلك التقويم فذاك وإلا تزايدا (وآخذ له) بما وقف به عليه.

(يقضي) بفتح القاف أي: يؤدى الثمن (من يذر) أي لمن يترك أخذه والزيادة فيه ويريد بيعه لصاحبه بما وقف عليه.

ـــ وَإِن أَبَوْا بِيعَ عَلَيْهِمْ بِالْقَضَا
واقْتُسِمُوا الثَّمَنَ كَرْهاً أَوْ رِضَا

(وإن أبوا) أي امتنعوا كلهم من أخذه بما قومه أهل البصر أو بما وقف عليه في التسويق (بيع عليهم بالقضا واقتسموا الثمن كرهاً أو رضاً) وما قررنا به النظم هو المتعين الموافق لما به العمل، والمشهور من اتحاد المدخل الذي درج عليه (خ) في قوله: أو اشترى بعضاً. وما نقلوه هنا عن المتيطي والمدونة وغيرهما مما ظاهره أنه يحكم بتسويق ما لا ينقسم من عقار وغيره، سواء اتحد المدخل أم لا. ومن يريد أخذه يزيد في الثمن مخالف لما تقدم، اللهم إلا أن يحمل ذلك على ما إذا اتحد مدخله وطلب مريد البيع من القاضي أن ينادي له على الجميع أو توافق الجميع على البيع كما قررنا، لكن يقال: إذا اتحد المدخل فلا يحتاج الممتنع من البيع إلى المزايدة، لأن الخيار له في الضم وعدمه ولو أمضى البيع، وإنما يحتاج إلى المزايدة إذا طلب الجميع المبيع كما هو ظاهره والله أعلم.

وأما إذا لم يتحد المدخل فإنه يحكم عليه ببيع حصته مفردة كما مر، فقول المتيطية: وإن كان مما لا ينقسم بيع عليهم الخ. يعني حيث اتحد المدخل أو توافق الجميع على البيع وطلبوا منه البيع عليهم كما قررنا قال: إلا أن يريد من كره البيع أن يأخذ ذلك بما يعطى فيه فهو أحق، فإن اختلفوا في أخذه بعد بلوغه في النداء ثمناً تزايدوا فإن قال بعضهم: ابتداء نتزايد، وقال بعضهم: يقومه أهل المعرفة، فالقول لمن دعا للمزايدة، فإن طلب أحدهم المزايدة والآخر البيع نودي عليه فإذا وقف على ثمن كان لصاحب المزايدة أخذه بذلك إلا أن يزيد عليه الآخر فليتزايد الخ.

قلت: وهذا الذي في المتيطية أحد أقوال ثلاثة، وانظر شارح العمليات عند قولها صدر البيوع.

ولشريك المبيع بثمن
بلغ دون الغير يرضى حيث عن

وعند قولها بعد ذلك:

وليس يجبر على المقاومه
وحظ ما لا يقبل المقاسمه

فإنه قال: كون الشريك يأخذ نصيب شريكه بالثمن الذي أعطى فيه واضح فيما بيع مبعضاً، وأما ما بيع صفقة فكذلك إن كان الآخذ غير مريد البيع، وأما مريده ففي أخذه نصيب شريكه المجبور على البيع صفقة بالثمن الذي بلغ ومنعه إلا بزيادة، ثالثها إن لم يكن قصده إخراج الشريك والاستبداد بالشيء المشترك فله وإلاَّ فلا حتى يزيده اهـ. يعني: وإذا زاد فلصاحبه الزيادة أيضاً، ويتزايدان حتى يقف على أحدهما. وذكر في ضيح أن العمل على أنه لا يمكن من أخذه حتى يزيد كان هو طالب البيع أو غيره، وفي الدر النثير: إن العمل على القول الثالث، وفي ابن ناجي: إن العمل عندهم على أن مريد البيع لا يأخذه إلا بزيادة بخلاف غيره فيأخذه بدونها.
تنبيه: وحيث حكم لمريد البيع بالتمكن منه وطلب إخلاء الدار للتسويق، فإنه يجاب إلى ذلك بخلاف الحوانيت وشبهها فإنها لا تخلى. انظر حاشيتنا على اللامية.
ـــــ والرَّدُّ لِلْقِسْمَةِ حَيْثُ يُسْتَحَقْ
مَنْ حِصَّةٍ غَيْرُ يَسِيرٍ مُسْتَحَقْ

(والرد للقسمة) مبتدأ (حيث يستحق) أي يؤخذ بالاستحقاق (من حصة) بيد أحد الشريكين أو الشركاء شيء (غير يسير مستحق) خبر المبتدأ أي ثابت، وحاصل للمستحق منه. وظاهره كان المستحق جزءاً معيناً أو شائعاً في حصة أحدهما أو في بعضها، وشمل غير اليسير ما زاد على النصف والنصف والثلث، والحكم في ذلك مختلف على المشهور، فإن كان المستحق زاد على النصف فيتعين النقض جبراً عليهما، وإن كان النصف أو الثلث فلا يتعين النقض، بل إن شاء أبقى القسمة على حالها ولا يرجع على شريكه بشيء، وإن شاء رجع شريكاً بقدر نصف ذلك مما في يد صاحبه، ومفهوم قوله: غير يسير إنه إذا استحق اليسير كالربع فدون أنه لا رد له، وإنما يرجع على شريكه بقيمة نصف ما قابل الجزء المستحق ثمناً، وهذا هو معنى التخيير في قول (خ): وإن استحق نصف أو ثلث خير لا ربع الخ. كما قاله طفي وغيره، وهو معنى قول ابن شاس: وإن استحق بعض معين وكان كثيراً كان له أن يرجع بقدر نصف ذلك مما في يد صاحبه يكون به شريكاً. يعني: وله أن لا يرجع بشيء ويترك القسمة على حالها. قال: وإن كان تافهاً يسيراً رجع بنصف قيمة ذلك دراهم، ولا يكون شريكاً لصاحبه هذا قول مالك اهـ. ومثله قول المدونة: نظر أبداً إلى ما استحق فإن كان كثيراً كان له أن لا يرجع بقدر نصف ذلك فيما بيد صاحبه شريكاً فيه إن لم يفت، وفي اليسير يرجع فيه بنصف قيمة ذلك ثمناً اهـ. أبو الحسن: مراده بالكثير النصف لأنه يقال فيه كثير وليس بأكثر والثلث كالنصف، والعيب يطرأ كالاستحقاق. ابن يونس عن بعض أهل القرويين: الذي يتحصل عندي في طرو العيب والإستحقاق بعد القسم أن ينظر، فإن كان ذلك كالربع فأقل رجع بحصة ذلك ثمناً، وإن كان نحو النصف أو الثلث فيكون بحصة ذلك شريكاً فيما بيد صاحبه ولا ينتقض القسم، وإن كان فوق النصف انتقض القسم وابتدأه، وبالجملة فمالك وابن القاسم اتفقا على نقض القسمة وجوباً في استحقاق الأكثر أو عيبه كالثلثين فأكثر،

وعلى عدم نقضها في الأقل كالربع فدون، وإن اختلفا في النصف والثلث فابن القاسم حكم لهما بحكم الأقل وأنه لا يرجع بذلك شريكاً وهو تأويل فضل على المدونة ومالك جعل له الخيار في أن يرجع شريكاً أو يتمسك بما بقي ولا شيء له وهو المعتمد. وهذا كله إن لم يفت ما بيد شريكه فإن فات ببيع أو هدم أو نحوهما من حوالة الأسواق في غير الأصول فإنه يرجع بنصف قيمة مقابل ما استحق من غير فرق بين الأكثر والأقل، فقول الناظم: غير يسير شامل للنصف وما فوقه فيقتضي أن الرد مستحق ثابت فيهما وهو كذلك إلا أنه فيما فوق النصف يتعين الرد وجوباً إذ لا يجوز التمسك بأقل استحق أكثره في البيع والقسمة لها حكمه فيه، وإن كانت بالقرعة وفي النصف والثلث إن شاء رد وإن شاء تمسك ولا شيء له كما مر، ومفهوم قوله: من حصة أنه إذا استحق جزء شائع من جميع الحصص لا رجوع لأحدهما على الآخر وهو كذلك لأنه قد استحق من كل مثل ما استحق من الآخر، وإنما الكلام للمستحق إن شاء أبقى حظه شائعاً مع جميعهم، وإن شاء نقض القسمة وابتدأها لما عليه من الضرر في تفريق حقه، وإن استحق نصيب أحدهما بكماله رجع فيما بيد صاحبه شريكاً كأن المالك لم يخلف غيره.

تنبيه: ما زاد على الربع ولم يبلغ الثلث قال الشيخ الرهوني في حاشيته: الذي يفيده النقل أن ما زاد على الربع وقرب من الثلث يعطى حكم الثلث، واستدل لذلك بأنقال فانظرها فيه.

ـــ وَالْغَبْنُ مَنْ يَقُومُ فِيهِ بَعْدَا
أَنْ طَالَ وَاسْتَغَلّ قَدْ تَعَدَّى

(والغبن) الذي اطلع عليه أحد المتقاسمين بعد القسمة بالقرعة أو بالمراضاة مع التعديل، وكذا بغير تعديل على ما مر للناظم في فصله من القيام به في البيع على ما به العمل (من يقوم) به منهما يخاصم (فيه) ويطلب نقض القسمة بسببه (بعد أن طال) عاماً فأكثر (و) سواء (استقل) الحظ المقسوم في ذلك العام أم لا. (قد تعدى) في القيام به وطلب نقضها بسببه فلا يسمع منه ذلك ولا تقبل له دعوى، وكان حقه أن يقدم هذا البيت عند قوله: ومدعي الغبن سمع الخ. أو عند قوله: وقائم بالغبن فيها يعذر فانظر ذلك هناك. (و) إذا اختلفا الشركاء فادعى بعضهم قسمة البت وادعى الآخر قسمة المنفعة والاستغلال فالقول لمدعي الاستغلال.

ـــ وَالمُدَّعِي لِقِسْمَةِ البَتَاتِ
يُؤْمَرُ في الأَصَحِّ بالإِثْبَاتِ

و(المدعي لقسمة البتات يؤمر في) القول (الأصح) المعمول به (بالإثبات) لما ادعاه من البتات فإن أثبته وإلاَّ فلا شيء له إلا اليمين على مدعي الاستغلال. قال في المفيد: وهو الصواب وبه العمل، وإلى تصويبه أشار الناظم بالأصح، وهذا إذا لم تمض مدة الحيازة على التفصيل الذي يأتي في حيازة الشريك قريب أو أجنبي، وإلاَّ فالقول حينئذ لمدعي قسمة البت قاله أبو الحسن، وذلك لأنه إذا مضت مدة الحيازة صار بمثابة من حاز شيئاً مدة الحيازة المعتبرة وقال: اشتريته من القائم فإنه يصدق ولا يكلف بإثباته كما يأتي للناظم في

فصل الحوز حيث قال: واليمين له. حيث ادعى الشراء منه معمله الخ. وقد علمت أن القسمة بيع ومقابل الأصح لابن الحاج والمشاور أن القول لمدعي البت قالا: لأنهما بمنزلة اختلافهما في البيع على البت أو الخيار، والقول لمدعي البت فيه لا لمدعي الخيار، وهذا كله إذا اتفقا على القسم واختلفا في وجهه، وأما إن اختلفا في أصل القسم فادعاه أحدهما ونفاه الآخر، وقال: إنما اقتطع كل واحد منا أرضاً يعمرها من غير قسم، فإن القول لمنكر القسم كما في ابن سلمون، وظاهره اتفاقاً وهو ظاهر لأن ذلك كاختلافهما في وقوع عقد البيع، وقد قالوا: إن القول لمنكره اتفاقاً بل إجماعاً، وهذا ما لم تمض مدة الحيازة أيضاً وإلاَّ فالقول لمدعي البت كما مر.

ـــ وَلاَ يَجُوزُ قَسْمُ زَرْعٍ أَوْ ثَمَرْ
مَعَ الأُصُولِ وَالتَّنَاهِي يُنْتَظَرْ

(ولا يجوز) بالقرعة أو المراضاة (قسم زرع أو ثمر) بعد أبارهما وقبل بدو صلاحهما وانتهاء طيبهما أو بعد ذلك (مع الأصول) التي هي الأرض والشجر (ح): مشبهاً في الممنوع كقسمه بأصله، ومحل المنع فيما قبل بدو الصلاح إذا دخلا على السكت أو شرط أن تبقى الثمرة والزرع في الشجر والأرض إلى الجذاذ والحصاد لما يؤول إليه من بيع طعام وعرض بطعام وعرض، فإن دخلا على شرط قطع الزرع والثمار الآن جاز حيث بلغ حد الانتفاع به لأنه بيع له على القطع فلا تأتي العلة المذكورة. قال في المدونة: وإذا ورث قوم شجراً أو نخلاً وفيها ثمر فلا يقتسموا الثمر مع الأصل، وإن كان الثمر بلحاً أو طعاماً ولا يقسم الزرع مع الأرض، ولكن تقسم الأرض والأصول وحدها وتترك الثمرة والزرع حتى يحل بيعهما فيقسموا ذلك حينئذ كيلاً أو يباع ويقسم ثمنه. أبو الحسن: ويدخل في قسم الزرع مع الأرض طعام وعرض بطعام وعرض اهـ. وإلى قولها: ولكن تقسم الأرض والأصول وتترك الثمرة أشار الناظم بقوله: (والتناهي ينتظر) فالجملة من المبتدأ والخبر استئنافية أي: ولكن تقسم الأرض والشجر وحدهما وينتظر بالزرع والثمرة تناهي الطيب أو بدو الصلاح وتقسم كيلاً أو تباع، ويحتمل أن تكون الجملة حالية قيداً فيما قبلها أي: لا يجوز قسم زرع أو ثمر مع الأصول في حال انتظار تناهي الطيب، أما في حال عدم انتظاره بل دخلا على قطعه فيجوز كما مر. وهذا الاحتمال هو المتعين فيما يظهر وإلاَّ تكرر هذا مع قوله بعد: ومع مأبور ويصح القسم في الخ. وقولي: بعد أبارهما احترازاً مما إذا كان قبل الأبار فإنه يمنع مطلقاً كما قال:

ـــ وَحَيْثُمَاا الإِبَّارُ فِيهِمَا عُدِمْ
فَالمَنْعُ مِنْ قِسْمَةِ الأَصْلِ مُنْحَتِمْ

(وحيثما الإبار فيهما) أي في الزرع والثمر (عدم فالمنع من قسمة الأصل منحتم) لا وحده ولا مع ثمره وزرعه لأن قسمة الأصول وحدها فيه استثناء ثمر وزرع لم يؤبرا، والمشهور منعه لأنه كاستثناء الجنين في بطن أمه وقسمها بثمرها فيه طعام وعرض بطعام وعرض، وإنما جعل الثمر الذي لم يؤبر طعاماً لأنه يؤول إليه وسواء اشترطا استثناءه أو سكتا للعلة المذكورة بخلافه في البيع، فإنه يجوز للمشتري اشتراط غير المأبور، بل هو له بنفس العقد مع

السكت عنه لانتفاء طعام وعرض بطعام وعرض كما تقدم للناظم في بيع الأصول حيث قال:
وغير ما أبر للمبتاع
بنفس عقده بلا نزاع.. الخ
ـــ وَمَعَ مَأْبُورٍ يَصِحُّ القَسْمُ في
أُصُولِهِ لاَ فِيهِ مَعْهَا فَاعْرِف
(ومع مأبور) متعلق بقوله: (يصح القسم في أصوله) وحدها وتترك الثمرة والزرع إلى تناهي الطيب أو بدو الصلاح وتقسم كيلاً أو تباع (لا) يصح القسم (فيه) أي المأبور (معها) أي الأصول (فاعرف) وهذا الشطر تكرار مع قوله: ولا يجوز قسم زرع أو ثمر مع الأصول على الاحتمال الثاني هناك، وأما على الاحتمال الأول فالبيت كله تكرار، فافهم فلو حذفه ما ضر، وهذا كله في قسمة الأصول وحدها أو مع الثمار، وأما قسمة الثمار وحدها على رؤوس الأشجار فأشار له بقوله:
ـــ وَقَسْمُ غَيْرِ التَّمْرِ خَرْصاً وَالْعِنَبْ
مِمَّا عَلَى الأَشْجَارِ مَنْعُهُ وَجَبْ

(وقسم غير التمر خرصاً) بفتح الخاء أي حزراً جزافاً وتحرياً مصدر خرص من باب قتل والاسم بالكسر (والعنب) معطوف على تمر (مما) أي من الثمار التي (على الأشجار) من زيتون وفول أخضر وجوز وفستق وتين وزرع في الفدادين أو قثاء وغير ذلك (منه وجب) لأن القسم بيع، والشك في التماثل كتحقق التفاضل، وظاهره بدا صلاحه أم لا. دخلا على قطعه في الحين أم لا. وليس كذلك بل إذا لم يبد صلاحه ودخلا على قطعة جاز قسمه تحرياً كما مر (خ): وثمر أو زرع إن لم يجذاه الخ. ومفهوم غير التمر والعنب أن التمر والعنب يجوز قسمهما في رؤوس أشجارهما خرصاً، لكن إذا قلا وحل بيعهما واختلفت حاجة أهلهما وإن بكثرة أكل واتحد المقسوم من بسر أو رطب وقسم بالقرعة لا بالمراضاة كما في (خ): عبد الحق: الفرق بين سائر الثمار والنخل والعنب في القسم بالخرص أن ثمرة النخل والعنب متميزة عن الشجر وورقه، وليس كذلك سائر الثمار لأنها مختلطة بالورق ولا تتميز اهـ. وهذا هو المشهور، وقال أشهب، عن مالك في العتبية: لا بأس بقسم جميع الثمار بالخرص من نخل وعنب وتين وغير ذلك كانت مدخرة أم لا. إن وجد من يحسن الخرص وحل بيعه إلى آخر الشروط، وقال ابن حبيب: يجوز ذلك في المدخر دون غيره فهي ثلاثة أقوال. واعلم أن الطارىء على القسمة المقتضي لنقضها على ما في النظم خمسة. استحقاق وقد تقدم في كلامه، وعيب وحكمه حكمه كما مرت الإشارة إليه، ووارث أو دين أو وصية وإليها أشار بقوله:
ـــ وَيَنْقُضُ الْقَسْمُ لِوَارِثٍ ظَهَرْ
أَوْ دَيْنٍ أَوْ وَصِيَّةٍ فِيما اشْتَهَرْ

(وينقض القسم لوارث ظهر) كثلاثة عصبة اقتسموا التركة، ثم طرأ رابع فتنقض القسمة لأجله إذا كان المقسوم مقوماً كدار وحيوان ونحوهما فإن كان عيناً أو مثلياً رجع الطارىء على كل واحد بما أخذه زائداً على حقه، ولا تنقض

القسمة ولا يأخذ ملياً عن معدم ولا حاضراً عن غائب أو ميت، وسواء علم المطرو عليه بالطارىء أم لا على مذهب المدونة خلافاً لابن الحاجب. (أو دين) ظهر بعد قسم الورثة التركة كانت فيها وصية أم لا. فإن القسمة تنقض، وظاهره كان المقسوم مقوماً كدار أو مثلياً وهو كذلك، فيكون ما هلك أو نما من جميعهم، وفائدة نقضها في المثلى كون الضمان من جميعهم إذا تلف بسماوي، ولو كانت صحيحة فيه ما كان الضمان منهم جميعاً، ولذا لا نقض في المثلى إن كان قائماً إذ لا فائدة له كما لابن رشد فغير المثلى ينقض مطلقاً والمثلى إنما ينقض مع الهلاك فقط، وما في (خ) من أنها لا تنقض في المثلى خلاف المشهور المنصوص عليه لابن القاسم كما في البيان قاله طفي وغيره. وإذا انتقض القسم على ما هو المشهور فيأخذ المليء عن المعدم والحاضر عن الغائب والميت ما لم يجاوز ما قبضه، وسواء علموا بالدين أم لا. قال في المدونة: وإذا طرأ الغريم على الورثة، وقد أتلف بعضهم حظه وبقي في يد بعضهم حظه فلربه أخذ دينه مما بيده اهـ.
تنبيهان. الأول: قال في المقدمات: لا خلاف بين جميعهم أن الورثة لا يضمنون للغرماء ما تلف بعد القسمة بأمر من السماء ويضمنون ما أكلوه واستهلكوه. قال: وما ادعوا تلفه من الحيوانات التي لا يغاب عليها صدقوا في ذلك مع أيمانهم بخلاف العروض التي يغاب عليها فلا يصدقون إلا ببينة اهـ. ويفهم منه أنهم قبل القسمة مصدقون مطلقاً ولو فيما يغاب عليه لأنهم لم يحوزوا لأنفسهم شيئاً.

الثاني: إذا باع الورثة التركة بعد القسمة أو قبله فبيعهم ماض لا ينقض كان فيه محاباة أم لا. وإنما اختلف هل يرجع الغريم بالمحاباة على الواهب الذي هو البائع أو على الموهوب له وهو المشتري؟ وكذا يمضي ما اشتراه الورثة من التركة فحوسبوا به في ميراثهم، ولو كانت السلعة قائمة بيد المشتري أو كان الورثة معدمين بالثمن فلا مطالبة على المشتري في ذلك كله، لكن محل إمضاء بيعهم إذا لم يعلم الورثة بالدين حين القسم، أو جهلوا أن الدين قبل القسم كما فرضه في المدونة، أما مع علمهم بتقديم الدين فباعوا فللغرماء نقض البيع وانتزاع المبيع ممن هو في يده قاله في كتاب المديان من المدونة انظر طفي.5 (أو وصية) ظهرت بعد قسم الورثة، فإن القسمة تنقض (فيما اشتهر). وظاهره كانت الوصية بعدد أو بالثلث، أما الوصية بالعدد فهي كالدين فينقض القسم لأجلها كان المقسوم مقوماً أو مثلياً، ويكون ما هلك أو نما من جميعهم كما مر، وأما الوصية بالثلث فإنما ينقض القسم لها إذا كان المقسوم مقوماً كما مر في طرو الوارث على مثله، ثم محل نقض القسمة في الدين والوصية بعدد إذا لم يلتزم الورثة بأداء الدين وإلاَّ فلا نقض كما قال:
ـــ إلا إذَا مَا الوارِثُونَ بَاؤُوا
بِحَمْلِ دَيْنٍ فَلَهُمْ ما شاؤوا

(إلا إذا ما) زائدة (الوارثون باؤوا) رجعوا كلهم (بحمل دين) وأدائه لربهم (فلهم ما شاؤوا) من إمضاء القسمة وإبقائها على حالها إذ لا حق لرب الدين في عين التركة، وكذلك إذا تطوع أحدهم بدفع جميع الدين من عنده لاغتباطه بحقه،

فذلك له وتبقى القسمة على حالها أيضاً، وأما إذا أراد أحدهم أن يدفع ما ينوبه من الدين ويتمسك بحظه فليس له ذلك إلا أن يرضى بذلك غيره. انظر شرح الشامل فيما إذا ثبت الدين بشهادة أحد الورثة. وأصل باء رجع متحملاً، ومنه قوله تعالى: أن تبوء بإثمي} (المائدة:29) أي ترجع متحملاً بإثمي، وبقي على الناظم طرو الغريم على مثله، أو طرو الموصى له على مثله، أو طرو موصى له بجزء على وارث، أو طرو الغريم على الغرماء والورثة، أو طرو الموصى له بجزء على الموصى له بجزء وعلى الورثة، أو طرو الغريم على الورثة وعلى الموصى لهم بأقل من الثلث، فهذه ستة أشار (خ) إلى الثلاثة الأول بقوله: وإن طرأ غريم أو موصى له على مثله أو موصى له بجزء على وارث اتبع كل بحصته أي: ولا تنقض القسمة، وهذا إذا كان المقسوم مثلياً وإلا نقضت كما مرّ في طرو الوارث على مثله. وانظر حكم الثلاثة الباقية في (ح) والشامل.

ـــــ وَالْحَلْيُ لاَ يُقْسَمُ بَيْنَ أَهْلِهِ
إلا بِوَزْنٍ أَوْ بِأَخْذِ كلِّهِ

(والحلى) المشترك (لا يقسم بين أهله إلا) على أحد وجهين (بوزن) معتدل حيث أمكن فيه ذلك لتعدده مثلاً (أو بأخذ كله) ويأخذ الوارث الآخر عيناً من نوعه بالوزن فتكون مراطلة أو عيناً من غير نوعه على حكم الصرف كما مرّ في بيع النقدين أو عقاراً أو عرضاً لا عرضاً وعيناً من نوعه لما فيه من بيع عين وهو الحلى بعين وعرض وهو ممنوع كما أفاده (خ) بقوله: كدينار ودرهم أو غيره بمثلهما الخ. وكذا عرض وعين من غير نوعه إلا أن يكون الجميع قدر دينار أو يجتمعان فيه.

ـــــ وأَجْرُ منْ يَقْسِمُ أَوْ يُعَدِّلُ
عَلَى الرُّؤُوسِ وَعليْهِ العمَلُ

(وأجر من يقسم) أو غيرها (أو يعدل) أي يقوم المقسوم من أصول وغيرها، وظاهره أن المعدل غير القاسم وليس كذلك، بل الظاهر كما في (ح) أن القاسم هنا هو الذي يقوم المقسوم ويعد له اهـ. واعتراض طفي وابن رحال لا ينهض لمن تأمل وأنصف، بل قال الشيخ الرهوني ما استظهره (ح): يجب الجزم به وما في (ق) عن ابن عبدوس عند قوله: إلا كحائط فيه شجر الخ. صريح في أن القاسم هو المقوم. (على الرؤوس). ولو اختلفت الانصباء كنصف وثلث وسدس (خ): وأجره بالعدد أي الرؤوس لأن تعب القاسم في تمييز النصيب القليل كتعبه في تمييز الكثير أو أكثر. قال المتيطي: وبهذا القضاء، وتبعه الناظم فقال: (وعليه العمل) وقيل إنها على قدر الانصباء كالشفعة. قال الباجي في وثائقه: وبه العمل فهما قولان عمل بكل منهما.

ـــــ كَذلِكَ الكَاتِبُ لِلْوَثِيقَهْ
لِلْقَاسِمِينَ مُقْتَفٍ طرِيقَهْ

(كذلك الكاتب للوثيقه للقاسمين مقتف طريقه) بالتاء المبدلة هاء للوقف، وللقاسمين نعت له تقدم عليه فيعرب حالاً، ومقتف خبر عن الكاتب أي كاتب الوثيقة مقتف طريقة ثابتة للقاسمين حال كونه كائناً كذلك في كون الأجرة على الرؤوس على المعمول به.

قلت: وحاسب الفريضة أي ضاربها ككاتب وثيقة القسمة، ولكن العمل اليوم في ذلك كله على ما للباجي لا على ما للناظم، وللمسألة نظائر كنس المرحاض فإنه على الرؤوس وسكنى الحاضنة مع محضونها، وكذا صيد الكلاب فلا ينظر لكثرة الكلاب، وإنما ينظر إلى رؤوس الصيادين، وكذا حارس البساتين وأعدال المتاع وبيوت الطعام على ما قاله البرزلي وغيره ولكن العمل عندنا في الحارس وكنس المرحاض على أنه على قدر الأنصباء كالشفعة والفطرة على العبد المشترك ونفقة الوالدين، فإنها على قدر اليسار وأجرة الدلالين ونفقة عامل القراض على قدر المالين، وما طرحه أهل السفينة خوف الغرق على قدر الأموال والساعي يتعدى على الشاة فتؤخذ من البعض، فهي على قدر الغنم وجناية معتق رجلين على عاقلتيهما بقدر حظيهما والوصية بمجهول (خ) في الوصية وضرب لمجهول فأكثر بالثلث، وهل يقسم على الحصص؟ قولان. هذا هو الذي يعتمد في هذه المسائل كما هو ظاهر، وإن كان فيه بعض مخالفة لما قاله طفي وغيره في فصل زكاة الفطر.

ـــ وَأُجْرَةُ الكيَّالِ في التَّكْسِيرِ
مِنْ بَائِعٍ تُؤْخَذُ في المَشْهُورِ

(وأجرة الكيال في التكسير) أي في كيل الأرض إذا بيعت على الكيل (من بائع تؤخذ) تلك الأجرة (في المشهور.

ـــ كَذَاكَ في الْمَوْزُونِ وَالْمَكِيلِ
الْحَكْمُ ذَا مِنْ غَيْرِ مَا تَفْصِيلِ

كذاك في الموزون والمكيل) من الطعام أو غيره إذا بيع على الكيل أو الوزن فأجرة ذلك على البائع لقوله تعالى: وجئنا ببضاعة مزجاة فأوف لنا الكيل} (يوسف: 88) والمخاطب بذلك هو يوسف عليه السلام، إذ هو كان البائع للطعام من إخوته (الحكم ذا من غير ما تفصيل) وهذا إذا لم يجر العرف بأن الأجرة في الكيل والوزن على المشتري وإلا فيحكم بها عليه كما عليه العمل اليوم لأن العرف كالشرط.

فصل في المعاوضة

وهي بيع العرض بالعرض كحيوان بثوب أو حيوان بمثله أو ثوب بمثله أو أرض بمثلها ونحو ذلك، وتسميها العامة اليوم المعاملة فهي من أنواع البيع كما قال:

ـــ يَجُوزُ عَقْدُ البَيْعِ بِالتَّعْوِيضِ
في جُمْلَةِ الأصُولِ وَالْعُرُوض

(يجوز عقد البيع بالتعويض في جملة الأصول والعروض) وظاهره؛ ولو لم يتعرضا لقيمة كل من العوضين وهو كذلك، ثم إذا وقعت في غير الأصول أو في الأصول التي لا ثمرة فيها أصلاً فلا إشكال في الجواز كما يستفاد من هذا البيت وما يأتي في قوله: وجائز في الحيوان كله الخ. وأما إن وقعت في الأصول التي فيها ثمرة فإما أن تكون تلك الثمرة غير مأبورة بأن لم ينعقد الثمر ولا خرج الزرع على وجه الأرض، وإما أن تكون مأبورة فأشار إلى الأول بقوله:

ـــ ما لَمْ يَكُنْ في الأَصْلِ زَرْعٌ أَوْ ثَمَرْ
لَمْ يُؤْبَرَا فمَا انْعِقَادُهَا يُقَرْ

(ما لم يكن في الأصل زرع أو ثمر لم يؤبرا) فإن المعاوضة حينئذ لا تجوز وإن وقعت (فما انعقادها يقر) بل يجب فسخها بكل حال، كما في ابن سلمون، وذلك لأنه يؤدي إلى بيع طعام وعرض بطعام وعرض كما تقدم في القسمة

حيث قال:
وحيثما الإبار فيهما عدم
فالمنع من قسمة الأصل منحتم
وما مر عن ابن فتحون في بيع الأصول بثمرها إنما هو إذا بيعت بعين أو بأصل لا ثمرة فيه أصلاً، كما تقدم التنبيه عليه، وأشار إلى الثاني بقوله:
ـــ وَصَحَّ بِالْمَأْبُورِ حَيْثُ يُشْتَرَطْ
مِنْ جَهَةٍ أَوْ بَقِيا مَعاً فَقَطْ

(وصح) عقد المعاوضة (بالمأبور) من الجانبين (حيث يشترط) لأحدهما (من جهة) دون الأخرى وأفهم قوله بالمأبور أن كلاً من الأصلين فيه مأبور إلا أن أحدهما اشترط لنفسه مأبور الآخر وأبقى مأبور أصله لنفسه أيضاً، وغايته أنه اشترى أصلاً مع مأبوره بأصل فقط دون مأبوره ولا محذور فيه بمنزلة ما لو اشترى أصلاً مع مأبوره بعين أو ثوب، وأحرى وأولى في الجواز إذا كان أحد الأصلين لا ثمرة فيه أصلاً فباعه ربه بأصل فيه مأبور واشترط المأبور لنفسه، وكذا إن كان ثمر أحد الأصلين قد أبر وثمر الآخر لم يؤبر، فيجوز على أن تكون الثمرة المأبورة تبقى للذي صارت له الثمرة التي لم تؤبر، ولا يجوز أن يشترطها الآخر قاله ابن سلمون، وفهم من قوله: من جهة أنه إذا اشترط كل منهما مأبور صاحبه لنفسه لم يجز وهو كذلك، لأنه عرض وطعام بعرض وطعام أي يؤول إلى ذلك كما تقدم في القسمة قريباً، وسواء كانا من جنس واحد أو من جنسين كأرض فيها زرع مؤبر بشجرة فيها ثمر مؤبر أيضاً للشك في التماثل في الجنس، ووجود النسيئة في الصورتين خلافاً للشيخ (م) في إجازته صورة الجنسين على جهة الترجي قائلاً لأن المماثلة غير مطلوبة والمناجزة حاصلة لأن النظر إلى الجزاف قبض الخ. لما علمت من أن الثمرة المأبورة ليست طعاماً الآن، ولأن كون النظر إلى الجزاف قبضاً إنما هو إذا كان مما ينتفع به في الحال وتقطع الثمرة من الآن كما مر في القسمة والله أعلم. (أو بقيا) معطوف على يشترط مدخول لحيث أي وصح حيث بقيا أي المأبوران (معاً) أي عقدا على أن يبقى لكل واحد منهما مأبور أصله، لأن المعاوضة حينئذ إنما وقعت في الأصلين (فقط) دون الثمرة، فقوله: فقط راجع لقوله: من جهة وإذا اشترط المأبور من أحد الجانبين فإصابته جائحة فإنها لا توضع عنه لأن شرط وضع الجائحة أن لا تشتري مع أصلها وإلا فلا جائحة فيها كما قال (خ) وأفردت أو ألحق أصلها لا عكسه أو معه، وإذا استحق أحد العوضين في المعاوضة أو رد

بعيب انفسخت المعاوضة ورجع كل واحد من العوضين لصاحبه إلا أن يفوت فيرجع بالقيمة كما قال (خ) أيضاً. وفي عرض بعرض بما خرج من يده أو قيمته الخ.
ـــ وَسَائِغٌ لِلْمُتَعَاوِضَيْنِ
مِنْ جَهَةٍ فَقَطْ مَزِيدُ العَيْنِ
(وسائغ) أي جائز (للمتعاوضين من جهة فقط مزيد) أي زيادة (العين) حيث يكون أحد العوضين أكثر من قيمة الآخر، وهو معنى قوله:

ـــ لأَجُلِ ما كانَ مِنَ التَّفْضِيلِ
بالنَّقْدِ وَالْحُلُولِ والتأجيل
(لأجل ما كان من التفضيل) أي إنما زيدت العين لكون عرض أحدهما يفضل على عرض الآخر في القيمة، فتزاد العين ليقع التعادل، وفهم من قوله: من جهة فقط أنه لا يجوز من الجهتين لأنه عين وعرض بعين وعرض، فالعين مع العرض من الجانبين إن كانت من جنس واحد قد اجتمع فيها المبادلة والبيع، وذلك مؤد للربا المعنوي المشار إليه بقول (خ): كدينار ودرهم أو غيره بمثلهما الخ. وإن كانت من جنسين اجتمع فيها البيع والصرف المشار إليه بقوله أيضاً. وحرم بيع وصرف إلا أن يكون الجميع ديناراً أو يجتمعا فيه الخ. والقاعدة الشرعية أن العرض المقارن للطعام طعام والمقارن للعين عين، ولذلك امتنع بيع عرض وعين بعين من جنسها، وكذا من غير جنسها حيث لم يكن الجميع ديناراً ولا اجتمعا فيه (بالنقد) يتعلق بمحذوف حال من العين أي جازت زيادة العين لفضل أحد العوضين على مقابله في القيمة حال كون العين كائنة بالنقد أي: منقودة ومدفوعة في الحين (والحلول والتأجيل) الواو بمعنى «أو» فيهما أي أو كانت غير منقودة ولكنها بالحلول متى طولب بها أداها أو كانت بالتأجيل إلى أجل معلوم أو بعضها بالنقد وبعضها لأجل معلوم أيضاً كل ذلك جائز.
ـــ وَجَائِزٌ في الْحَيوَانِ كلِه

تَعَاوُضٌ وإنْ يَكُنْ بِمِثْلِهِ (وجائز في الحيوان كله) أي الرقيق والأنعام والدواب (تعاوض) كانا من جنسين كعبد بجمل أو جملين نقداً في العوضين أو تعجيل أحدهما وتأجيل الآخر لا أن تأجلا معاً لأنه من ابتداء الدين بالدين أو كانا من جنس واحد كعبد بعبد وهو قوله: (وإن يكن بمثله) أي في الجنسية والقدر كانا نقداً معاً أو عجل أحدهما لا أن تأجلا معاً كما مر، وأما إن اختلف القدر كجمل في جملين مثله جودة ورداءة، فإن عجل العوضان معاً جاز، وإن تأخرا معاً امتنع، وكذا إن تأخر أحدهما لأنه مع تقديم الجملين ضمان بجعل ومع تأخيرهما وتعجيل المنفرد سلف جر نفعاً، وكذا إن عجل المنفرد وأحد الجملين اللذين في مقابلته لأن المؤجل هو العوض، والمعجل زيادة لأجل السلف. ابن يونس: كل شيء أعطيته إلى أجل فرد إليك مثله وزيادة فهو ربا، وهذا هو المشهور الذي درج عليه (خ) في السلم حيث قال: لا جمل في جملين مثل عجل أحدهما الخ. ولا مفهوم لجمل في جملين بل غيرهما من الثياب وسائر العروض كذلك، ومقابل المشهور الجواز لأن تعجيل المنفرد مع أحد الجملين بيع، والجمل الآخر محض زيادة والقولان لمالك قال في ضيح: والأقرب جرياً على قواعد المذهب القول المشهور، لأن في هذه المسألة تقديراً يمنع وتقديراً يجيز والأصل في مثله تغليب المنع اهـ. ابن بشير: جرت في هذه المسألة مناظرة بين المغيرة وأشهب، فالتزم أشهب الجواز فألزمه المغيرة ذلك في دينار بدينارين عجل أحدهما فالتزمه، وقد لا يلزمه لأن باب الربا أضيق من غيره، ولا سيما الشافعي يجيز الزيادة في سلم العروض لأجل اهـ. فما قاله أشهب مقابل للمشهور، واعتراض (ق) على (خ) بما نقله عن المازري مردود بكلام ضيح وابن عبد السلام وعبد الحق وأبي إسحاق، ومفهوم قول (خ) مثله أنهما لو كانا معاً أجود بكثرة حمل أو سبق جاز مطلقاً أجلا معاً أو أحدهما وعجل الآخر لمخالفتهما للمنفرد فصارا كجنسين.

(لأجل ما كان من التفضيل) أي إنما زيدت العين لكون عرض أحدهما يفضل على عرض الآخر في القيمة، فتزاد العين ليقع التعادل، وفهم من قوله: من جهة فقط أنه لا يجوز من الجهتين لأنه عين وعرض بعين وعرض، فالعين مع العرض من الجانبين إن كانت من جنس واحد قد اجتمع فيها المبادلة والبيع، وذلك مؤد للربا المعنوي المشار إليه بقول (خ): كدينار ودرهم أو غيره بمثلهما الخ. وإن كانت من جنسين اجتمع فيها البيع والصرف المشار إليه بقوله أيضاً. وحرم بيع وصرف إلا أن يكون الجميع ديناراً أو يجتمعا فيه الخ. والقاعدة الشرعية أن العرض المقارن للطعام طعام والمقارن للعين عين، ولذلك امتنع بيع عرض وعين بعين من جنسها، وكذا من غير جنسها حيث لم يكن الجميع ديناراً ولا اجتمعا فيه (بالنقد) يتعلق بمحذوف حال من العين أي جازت زيادة العين لفضل أحد العوضين على مقابله في القيمة حال كون العين كائنة بالنقد أي: منقودة ومدفوعة في الحين (والحلول والتأجيل) الواو بمعنى «أو» فيهما أي أو كانت غير منقودة ولكنها بالحلول متى طولب بها أداها أو كانت بالتأجيل إلى أجل معلوم أو بعضها بالنقد وبعضها لأجل معلوم أيضاً كل ذلك جائز.

ـــــ وَجَائِزٌ في الْحَيوَانِ كلِه

تَعَاوُضٌ وإنْ يَكُنْ بِمِثْلِهِ (وجائز في الحيوان كله) أي الرقيق والأنعام والدواب (تعاوض) كانا من جنسين كعبد بجمل أو جملين نقداً في العوضين أو تعجيل أحدهما وتأجيل الآخر لا أن تأجلا معاً لأنه من ابتداء الدين بالدين أو كانا من جنس واحد كعبد بعبد وهو قوله: (وإن يكن بمثله) أي في الجنسية والقدر كانا نقداً معاً أو عجل أحدهما لا أن تأجلا معاً كما مر، وأما إن اختلف القدر كجمل في جملين مثله جودة ورداءة، فإن عجل العوضان معاً جاز، وإن تأخرا معاً امتنع، وكذا إن تأخر أحدهما لأنه مع تقديم الجملين ضمان بجعل ومع تأخيرهما وتعجيل المنفرد سلف جر نفعاً، وكذا إن عجل المنفرد وأحد الجملين اللذين في مقابلته لأن المؤجل هو العوض، والمعجل زيادة لأجل السلف. ابن يونس: كل شيء أعطيته إلى أجل فرد إليك مثله وزيادة فهو ربا، وهذا هو المشهور الذي درج عليه (خ) في السلم حيث قال: لا جمل في جملين مثل عجل أحدهما الخ. ولا مفهوم لجمل في جملين بل غيرهما من الثياب وسائر العروض كذلك، ومقابل المشهور الجواز لأن تعجيل المنفرد مع أحد الجملين بيع، والجمل الآخر محض زيادة والقولان لمالك قال في ضيح: والأقرب جرياً على قواعد المذهب القول المشهور، لأن في هذه المسألة تقديراً يمنع وتقديراً يجيز والأصل في مثله تغليب المنع اهـ. ابن بشير: جرت في هذه المسألة مناظرة بين المغيرة وأشهب، فالتزم أشهب الجواز فألزمه المغيرة ذلك في دينار بدينارين عجل أحدهما فالتزمه، وقد لا يلزمه لأن باب الربا أضيق من غيره، ولا سيما الشافعي يجيز الزيادة في سلم العروض لأجل اهـ. فما قاله أشهب مقابل للمشهور، واعتراض (ق) على (خ) بما نقله عن المازري مردود بكلام ضيح وابن عبد السلام وعبد الحق وأبي إسحاق، ومفهوم قول (خ) مثله أنهما لو كانا معاً أجود بكثرة حمل أو سبق جاز مطلقاً أجلا معاً أو أحدهما وعجل الآخر لمخالفتهما للمنفرد فصارا كجنسين.

فصل في الإقالة

وهي رجوع كل من العوضين لصاحبه. ابن عرفة: هي ترك المبيع لبائعه بثمنه وأكثر استعمالها قبل قبض المبيع وهي رخصة وعزيمة اهـ. يعني رخصة في الطعام قبل قبضه، والمراد بالعزيمة أحد أقسام الحكم الشرعي وهو الإباحة ههنا فهي رخصة فيما يمتنع بيعه قبل قبضه جائزة فيما عداه لأنها بيع من البيوع تنعقد بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة، ثم إن وقعت بأقل من الثمن أو أكثر فهي بيع اتفاقاً فتمتنع في الطعام قبل قبضه، وتجوز في غيره مع وجود شروط البيع من كون المقال في مقدوراً على تسليمه غير واقعة وقت نداء الجمعة إلى غير ذلك، وإن وقعت بمثل الثمن فثلاثة أقوال. ثالثها: المشهور أنها بيع إلا في الطعام فتجوز منه قبل قبضه بناء على أنها نقض للبيع، وإلاَّ في الشفعة فليست بيعاً ولا نقضاً للبيع، بل هي باطلة إذ لو كانت بيعاً لخير الشفيع في أن يأخذ بالبيع الأول والثاني ويكتب عهدته على من أخذ ببيعه مع أنه إنما يأخذ بالبيع الأول ويكتب عهدته على المشتري، ولو كانت نقضاً للبيع لسقطت الشفعة وإلاَّ في المرابحة، فهي فيها حل بيع، فمن اشترى سلعة بعشرة وباعها مرابحة بخمسة عشر، ثم أقال منها ما لم يبعها ثانياً مرابحة إلا على أن رأس ماله عشرة، ولا يبيعها على أن رأس ماله خمسة عشر إلا إذا بين وهذا معنى قول (خ) والإقالة بيع إلا في الطعام والشفعة والمرابحة الخ.

ـــــ إقالَةٌ تجُوزُ فيما حَلاَّ
بالمِثْلِ أَوْ أَكْثَرَ أَوْ أَقَلاَّ

(إقالة) مبتدأ سوغه قصد الجنس وخبره (تجوز فيما حلا) كان الثمن عيناً أو عرضاً أو طعاماً غاب عليه أم لا. للسلامة من التهمة الآتية فيما لم يحل المشار إليه بقوله فيما يأتي: ولا يقال حيث لم يأت الأجل (بالمثل) يتعلق بتجوز (أو أكثر أو أقلا) وهذا التعميم يجب أن يخصص بغير الطعام قبل قبضه، وأما فيه قبل قبضه فلا تجوز إلا بالمثل كما تقدم، وظاهره أنها جائزة فيما حل ولو على تأخير الثمن وهو كذلك إن كان المبيع معيناً كالعبد والثوب ونحوهما، وأما إن كان المبيع غير معين كالشيء المسلم فيه، فإنه يجب فيه رد رأس المال عاجلاً وإلاَّ أدى لفسخ الدين في الدين لأن دينه كان عرضاً ففسخه في دراهم لا يتعجلها الآن بخلاف تأخير رأس المال في غير الإقالة فيجوز كما قال (خ): شرط السلم قبض رأس المال كله أو تأخيره ثلاثاً ولو بشرط، وذلك لأن اللازم فيه ابتداء الدين بالدين وهو أخف من فسخ الدين في الدين الذي هو لازم في الإقالة، وظاهره أيضاً جوازها فيما حل ولو من بعضه وهو كذلك إن كان الثمن مما يعرف بعينه كعرض أو مما لا يعرف بعينه ولم يغب عليه وإلاَّ كان مما لا يعرف بعينه كالطعام والعين وغاب عليه غيبة يمكنه فيها الانتفاع به ولم تجز الإقالة إلا من الجميع لا من البعض كان المبيع طعاماً أو غيره حل الأجل أم لا، لأنه يدخله بيع وسلف مع ما في الطعام من بيعه قبل قبضه لأن الغيبة على المثلى تعد سلفاً، فإذا أسلم له عشرة دراهم في ثوبين أو وسقين وبعد الغيبة على العشرة أقاله قبل الأجل أو بعده في أحد الثوبين أو الوسقين ورد له خمسة دراهم امتنعت الإقالة لأنه آل الأمر إلى أنه دفع عشرة وغاب عليها خمسة منها في مقابلة الخمسة التي ردها سلف، وخمسة منها في مقابلة أحد

الثوبين أو الوسقين، فقد اجتمع البيع والسلف في الأمرين وزاد أحد الوسقين بعلة أخرى وهي بيع الطعام قبل قبضه.

تنبيه: إذا باع سلعة فحملها المشتري ثم تقايلا فإن سأل البائع الإقالة فأجرة الحمل في ردها عليه، وإن سألها المشتري فأجرة الحمل في ردها للبائع عليه قاله البرزلي قال: وعليه تجري مسألة تقع اليوم وهي ما إذا أقاله في أصل باعه إياه قد كان دفع أجرة السمسار فمن طلب الإقالة فالأجرة عليه أما البيع الفاسد فحملها أولاً وآخراً على المشتري سواء دلس البائع أم لا. وكذا في الرد بالعيب نقله (ح).

ـــ وَلِلْمُقَالِ صِحَّةُ الرُّجُوعِ
بِحَادِثٍ يَحْدُثُ فِي الْمَبِيعِ

(و)إذا باع عبداً مثلاً فحدث فيه عيب عند المشتري ثم وقعت الإقالة فـ(ـــللمقال) الذي هو البائع (صحة الرجوع) في الإقالة ويرد العبد على المشتري (بحادث) ذلك العيب الذي (يحدث) عند المشتري (في) ذلك (المبيع) لأن الإقالة بيع فالبائع اشترى العبد ولم يطع وقت البيع على العيب الحادث عند المشتري، فإذا اطلع عليه بعد فله الرد به.

ـــ وفي القَدِيم مِنْهُ لا مَحَالَهْ
بِزَائِدٍ إنْ كَانَ فِي الإقَالَهْ

(وفي القديم منه) أي من العيب وهو ما كان موجوداً وقت البيع (لا محالة) يرجع البائع (بزائد) الثمن (إن كان) قد زاده (في الإقالة) زيادة على الثمن الأول كما لو باعه له بثمانية فأقاله على عشرة، ثم اطلع البائع على عيب قديم لم يعلم به وقت البيع الأول ولا المشتري وقت الإقالة فإن للبائع أن يرجع بالاثنين اللذين زادهما للمشتري عند الإقالة، وقولي: لم يعلم به وقت البيع الأول احترازاً مما إذا علم به وقتئذ، فإنه لا يرجع على المشتري بالزيادة ولا يرد المبيع على المشتري لعلمه بالعيب وتدليسه به كما قال (خ): وفرق بين مدلس وغيره في أخذه منه بأكثر الخ. وقولي: ولا المشتري وقت الإقالة احترازاً مما إذا علم به المشتري وعدل عن الرد به إلى الإقالة فإنه حينئذ كأنه حدث عنده، وللبائع حينئذ أن يرده عليه إذا لم يعلم به وقت الإقالة، وإلاَّ فلا لدخوله عليه، ومفهوم قوله بزائد أنه إذا أقاله فيه بمثل الثمن أو بأقل لا يرجع بشيء وهو كذلك في المثل، سواء أقاله بعد اطلاعه على العيب أم لا. كان المقال مدلساً في بيعه الأول أم لا. غير أنه إذا لم يكن مدلساً فله رده على المشتري إذا أقاله بعد اطلاعه عليه لأنه بمنزلة ما حدث عنده كما مر، وأما في الأقل فإن أقاله المشتري قبل اطلاعه على العيب فإن البائع يجب عليه أن يكمل له الثمن سواء دلس أم لا. وإن أقاله بعد اطلاعه عليه لم يكمل له دلس أم لا. وإلى تفصيل هذه المسألة أشار (خ) في العيوب بقوله: فإن باعه أي أقاله بمثل الثمن أو بأكثر إن دلس فلا رجوع وإلاَّ رد ثم رد عليه وبأقل كمل الخ. وإنما يرجع البائع بالزائد فيما إذا أقاله بأكثر.

ـــ بَعْدَ اليَمِينِ أَنَّهُ لَمْ يَكُنِ
يَعْلَمُهُ فِيما مَضَى مِنْ زَمَنِ

(بعد اليمين أنه لم يكن يعلمه فيما مضى من زمن) وهي يمين تهمة لا تقلب ويثبت الحق بمجرد نكوله عنها، اللهم إلا أن يحقق المشتري عليه دعوى العلم، فإنها تقلب ولا تسقط عن المشتري الزيادة حيث نكل البائع إلا بعد يمينه.r

ـــ وَالْفَسْخُ في إِقالَةٍ مِمَّا انْتُهِجْ
بالصَّنْعَةِ التَّغْيِيرَ كَالغَزْلِ انْتُسِجْ

(والفسخ) مبتدأ خبره (في إقالة) من غزل مثلاً اشتراه ثم أقال فيه بعد أن نسجه ولم يعلم المقال بنسجه (مما) أي من أجل ما (انتهج) المبيع أي سلك (بالصنعة) منهج (التغيير) مفعول مطلق على حذف مضاف كما ترى وما مصدرية أي: الفسخ واجب في هذه الإقالة من أجل سلوك المبيع طريق التغيير بسبب الصنعة لأن التغيير فوت، فلا يلزم المقال أخذه مع فوته إلا برضاه وذلك (كالغزل) حالة كونه (انتسج) بعد بيعه وأقاله فيه قبل أن يعلم البائع بنسجه كما مر، فإن علم بنسجه فالإقالة لازمة كانت بمثل الثمن أو أقل أو أكثر، فإن تنازعا بعد وقوعها فادعى المشتري أنه أقاله بمثل الثمن ويزيد أجرة نسجه، وادعى المقال أنه أقاله بالمثل فقط فذلك كاختلاف المتبايعين في الثمن فيتحالفان ويتفاسخان ولا تلزم الإقالة.

ـــ إِلاَ إِذَا الْمُقَالُ بالرِّضَا دَفَعْ
لِمَنْ أَقال أُجْرَةٌ لما صَنَعْ

(إلا إذا المقال بالرضا دفع. لمن أقال أجرة لما صنع) فتلزم الإقالة حينئذ. ابن سلمون قال ابن الماجشون: من أقال رجلاً في بيع أو ابتياع فوجد شيئاً قد زاد أو نقص أو فات هو لا يعلم لم تلزمه إلا في الطعام وكل ما يوجد مثله فيلزمه قال المشاور: ولا تجوز الإقالة في شيء قد دخلته صنعة من الصنائع كالخياطة في الثوب والدباغ في الجلد ونحو ذلك ويفسخ إلا أن يقول المقيل: أقيلك على أن تعطيني في خياطتي أو دباغتي كذا وكذا فرضي بذلك وإلاَّ فلا اهـ. فقول المشاور: ولا تجوز الإقالة يعني لا تلزم حيث لم يعلم بتغيره وظهور تغيره كعيب به فلا بد من رضاه به، وإذا علم بالتغير وسكت عن دفع الأجرة فلا تلزم أيضاً بدليل الاستثناء بعده فيكون موافقاً لابن عيشون لأن الصنعة فوت وتزيد وتنقص فلا تلزم الإقالة للمقال إلا بعد علمه بالتغير ورضاهما على أخذ الأجرة ودفعها أو على تركها، وإلا فسخت الإقالة. هذا هو المراد فقوله: كالغزل الخ. أخرج به المثلى لأنه وإن تغير وهو لا يعلم بتغيره فالإقالة فيه لازمة ويأخذ مثله ولا كلام لواحد منهما كما تقدم، وبهذا التقرير ينتفي إشكال الشارح حيث قال: لم يتبين لي وجه فسخ الإقالة إذا رضي المقال بذهاب عمله مجاناً، فكما يجوز له قبض أجرة ذلك يجوز أن يتركه مجاناً اهـ. لما علمت أنه ليس مراد المشاور دفع الأجرة حتماً وأنها لا تجوز إلا بدفعها لما علمت من أن الإقالة بيع فتجوز بالمثل أو بأقل أو بأكثر حصل تغير في المبيع كتفصيل الثوب وخياطته أم لا. وإنما مراده أنها لا تلزمه عند التنازع في كونها وقعت على دفع الأجرة أو على تركها إلا مع البيان أو رضا المقال بدفعها بعد علمه بالتغير، فكلام المشاور تفسير لكلام ابن الماجشون لا أنه مستقل كما فهموه، وأما قول من قال وجه منعها بعد حدوث الصنعة هو تهمة سلف جر نفعاً فغير سديد لما علمت أن

الغيبة على المقوم المعين لا تعد سلفاً كما مر في غير ما موضع، ويلزم عليه أن من

اشترى سلعة وأحدث فيها صنعته لا يبيعها من بائعها إلا بعد دفع أجرة الصنعة، وهذا لا يقوله أحد، وقد تحدث الصنعة فيها نقصاً، وأيضاً أي نفع يحصل للمقترض بالغيبة على الجلد والثوب والغزل حتى يحمله ذلك على الاستقراض ويتهم عليه والله أعلم.

ـــ وَلاَ يُقَالُ حَيْثُ لَمْ يَأْتِ الأَجَلْ
بِثَمنٍ أدْنى وَلاَ وَقْتٍ أَقَلْ

(ولا يقال) مضارع أقال مبني للمفعول أي لا تجوز الإقالة لمن باع ثوباً بعشرة إلى شهر مثلاً (حيث لم يأت الأجل) الذي هو آخر الشهر (بثمن أدنى) كثمانية نقداً (ولا وقت) أي: ولا لوقت (أقل) من الشهور.

ـــ أَوْ ثَمَنٍ أَكْثَرَ مِنْهُ لأَمَدْ
أَبْعَدَ مِمَّا كَانَ فِيهِ الْمُعْتَمدْ

(أو ثمن أكثر منه) أي من الثمن الأول الذي هو العشرة في المثال المذكور كأن يقيله على اثني عشر (لأمد) أجل (أبعد مما) أي للأجل الذي (كان) هو أي الأمد (فيه المعتمد) خبر كان وفيه متعلق به وضميره للبيع أي أو أقاله على ثمن أكثر من الأول لأجل أبعد من الأجل الذي كان هو أي: الأجل معتمداً لهما في البيع ولو قال:

أو ثمن أكثر منه لأجل
أبعد مما كان في البيع حصل

لكان أسهل وأوضح. والحاصل أن من باع سلعة لأجل وأقال بائعه فيها، فأما أن يقيله بمثل الثمن أو أقل أو أكثر، وفي كل إما نقداً أو لدون الأجل أو للأجل نفسه أو لأبعد منه ثلاث في أربع باثنتي عشرة صورة منع منها ثلاثة وهي ما عجل فيه الأقل كما في (خ) وهي المذكورة في النظم، وعلة المنع فيها تهمة سلف جر نفعاً وضابطها أن يعود لليد السابقة بالعطاء أكثر مما خرج منها، فإن استوت الأثمان بأن أقاله أو اشترى منه بمثل الثمن، فالجواز مطلقاً نقداً أو لدون الأجل أو للأجل نفسه أو لأبعد منه كما قال:

ـــ وهْي إذَا كَانَتْ بِمِثْلِ المالِ
جائِزةٌ في كل حَالٍ حَالِ

وكذا تجوز بأقل للأجل أو لأبعد منه أو بأكثر نقداً أو لدون الأجل أو للأجل نفسه، فهذه تسع صور من الاثنتي عشرة المتقدمة كلها جائزة لأنه لم يعد لليد السابقة بالعطاء أكثر مما خرج منها، بل عاد إليها في صور المثل الأربعة مثل ما خرج منها وعاد إليها فيما عداها أقل مما خرج منها، وفي الصورة الأخيرة وهي بأكثر للأجل نفسه تقع مقاصة ولا يد سابقة هناك فانتفت التهمة، وهذه المسألة من فصل بيوع الآجال وهو كثير التفاريع وقد تكفل بها (خ) وغيره.

تنبيه: في نوازل البرزلي: وأما من عليه دين حل أجله أو قرب فلا يجوز أن يستدين من رب الدين ديناً آخر كان الأول برهن أم لا. ولو زعم أنه لغيره إذا كتبه باسمه، وسواء كان الغريم ملياً أو عديماً والعلة سلف جر نفعاً. والبرزلي: ظاهر مسائل الصرف من المدونة أنه إذا كانت السلعة الثانية غير الأولى أو

الأولى ولم يردها عليه في الحال أو ما قرب ولم يكن بينهما شرط ولا عادة أنه جاهز اهـ.

ـــ وَمُشْتَرٍ أَقَالَ مَهْمَا اشْتَرطا
أَخْذَ الْمبِيعِ إنْ يَبِعْ تَغَبُّطَا

(ومشتر) لشيء (أقال) بائعه فيه (مهما اشترطا) المشتري في إقالته على البائع المقال (أخذ المبيع) الذي وقعت فيه الإقالة (إن يبع) أي أن يبعه البائع (تغبطا) بمعنى المفعول أي متغبطاً به، وهو حال إما من فاعل اشترط أو فاعل يبع، ويجوز أن يكون مفعولاً لأجله.

ـــ بالثَّمَنِ الأَوَّلِ فهْو جائِزُ
والمُشْتَرِي بهِ المَبِيعُ حَائِزُ

(بالثمن الأول) متعلق بأخذ (فهو) أي اشتراط أخذ المبيع بالثمن الأول إذا بيع (جائز) والجملة جواب الشرط الذي هو مهما والشرط وجوابه خبر المبتدأ (و) إذا جاز ذلك (فالمشتري به) أي بذلك الاشتراط (المبيع) مفعول بقوله: (حائز) أي وإذا باعه البائع المقال فإن بيعه يفسخ، ويحوز المشتري المبيع ويأخذه بالثمن الأول بسبب شرطه المذكور قاله ابن القاسم في العتبية، ونص عليه ابن فتحون، ونقله ابن سلمون قائلاً: إلا أن يبيعها البائع بعد طول من الزمن ترتفع عنه فيه التهمة فلا شيء للمشتري المقيل وتبعهم الناظم، وفي المسألة نزاع واضطراب بسطنا الكلام عليه في الثنيا عند قوله: وجاز إن وقع بعد العقد طوعاً بحد أو بغير حد، فانظره هناك ولا مفهوم لقوله الأول، بل كذلك إذا شرط عليه المشتري في إقالته أخذه بالثمن الذي يبيعه به البائع ثانياً كما مر هناك، وعبارة الأجهوري في هذه المسألة هي ما نصه: ذكر الحطاب في التزاماته ما يقتضي أن تعليق الإقالة يجوز بخلاف تعليق البيع في غير الإقالة، فإذا قال المقيل للمقال: لا أقيلك إلا على أنك متى بعتها لغيري فهي لي بالثمن فرضي بذلك، فإن ذلك جائز، ومتى باعها كانت للمقيل بالثمن الأول، وسواء باعها بالقرب أو بعد بُعد حيث أتى بمتى وينقض البيع فيها وترد للمقيل، لأن متى لا تقتضي قرب الزمان، وأما إن أتى بأن أو بإذا فهي له إن باعها بالقرب فقط بخلاف لو وقع هذا الشرط في البيع، فإذا باعه على أنه متى باعه فهو له بالثمن ولو الأول، فإن البيع يفسد هذا هو المعول عليه قاله (ح) اهـ

ثم قال الأجهوري المذكور: والحاصل أن البيع يفسد بهذا الشرط اتفاقاً بخلاف الإقالة ففيها خلاف يعني: والمعول عليه الجواز قال: وهنا أمور ينبغي التنبه لها. الأول، قال ابن رشد: إنما جاز هذا الشرط في الإقالة لأنها معروف فعله معه واشتراط أن يكافئه عليه بمعروف فلزم ذلك فيها بخلاف البيع اهـ. وهذا هو وجه الفرق بين البيع والإقالة. الثاني: قال في النوادر: من أقال بائعه من حائط اشتراه على أنه متى باعه البائع فهو للمقيل بالثمن الذي يبيعه به فرضي ثم باعه فقام المقيل بشرطه كان ذلك له ويرد البيع ويأخذه بالثمن الذي باعه به اهـ

وقوله: كان ذلك له أي كان له القيام بشرطه.

وقوله: ويرد البيع ويأخذه أي فهو إنما يأخذه بعد علمه به، فليس هو من الشراء بثمن مجهول. والحاصل أنه إن قال في مسألة الإقالة: إن بعته فهو لي بالثمن الأول فإنه يكون له بمجرد البيع إلا أن يشاء عدم أخذه، وأما إن قال: إن بعته فهو لي بالثمن الذي تبيعه به فإنه لا يكون له إن شاء أخذه إلا بعد معرفة الثمن الذي بيع به لا قبل ذلك لئلا يكون من المبيع بثمن مجهول. الثالث: لم يعينوا حد القرب ولا حد البعد في هذا الموضع، وقد ذكروا في مسألة النكاح أن البعد السنتان كما ذكره الشارح عند قول المصنف، وفي تشطير هدية الخ. والأنسب تفسير القرب هنا بما فسر به القرب في الثنيا المحدودة بأجل فإنهم فسروا القرب فيها باليوم ونحوه اهـ. كلام الأجهوري باختصار.

ـــ وَسُوِّغَتْ إقَالَةٌ فيما اكْتُرِي

إنْ لَمْ يَكُنْ أَعْطَى الكِرَاءَ الْمُكْتَرِي (وسوغت إقالة فيما اكتري) من دار أو دابة أو غيرهما (إن لم يكن أعطى الكراء المكتري). وظاهره جوازها حيث لم يكن أعطى الكراء سواء سكن بعض المدة أو ركب بعض المسافة أو لم يسكن ولم يركب وهو كذلك، ومفهوم الشرط أن الإقالة بعد نقد الكراء لا تجوز وهو كذلك إن كان سكن بعض المدة أو ركبها لأنه كراء وسلف كسلع باعها وقبض ثمنها وغاب عليه غيبة يمكنه الانتفاع به، ثم أقال من بعضها لتهمة بيع وسلف كما تقدم في البيت الأول من هذا الفصل، وهو مفهوم قول (خ) في العيوب: وإقالة من الجميع، فمفهومه إذا كانت من البعض لا تجوز إن كان قد غاب على الثمن الذي لا يعرف بعينه، وقد أشار في كراء الدابة لذلك أيضاً حيث قال عاطفاً على الجواز وإقالة بزيادة قبل النقد وبعده إن لم يغب، وإلاَّ فلا إلا من المكتري فقط إن اقتصر أو بعد سير كبير الخ. وأما إن نقد الكراء ولم يسكن ولم يركب فالإقالة جائزة إذ لا يلزم عليها شيء، فمفهوم الشرط في النظم فيه تفصيل كما ترى.

فصل في التولية

وهي كما لابن عرفة تصيير مشتر ما اشتراه لغير بائعه بثمنه. (والتصيير) وهو دفع شيء معين ولو عقاراً في دين سابق.

ـــ تَوْلِيَةُ الْمبيعِ جَازَتْ مُطْلَقَا
وَلَيْسَ في الطَّعَامِ ذاك مُتَّقَى

(تولية) الشيء (المبيع) لغير بائعه بثمنه (جازت مطلقاً) كانت قبل قبض المشتري للمبيع أو بعده (وليس ذاك في الطعام) قبل قبضه (متقى) أي ممنوعاً، بل تجوز فيه قبل قبضه كالشركة فيه والإقالة لأن الثلاثة معروف رخص فيها الشارع صلوات الله عليه كما رخص في اشتراء العرية المشار إليها بقوله. (خ): ورخص لمعير أو قائم مقامه اشتراء ثمرة تيبس أن لفظ بالعرية وبدا صلاحها وكان يخرصها ونوعها الخ. وقولنا: لغير بائعه احترازاً مما إذا كان لبائعه فإنه إقالة. وقولنا بثمنه احترازاً مما إذا كان بأقل أو بأكثر، فإنه بيع فلا تجوز فيه قبل قبضه، وظاهره أن التولية في الطعام وغيره جائزة ولو على تأخير الثمن لأجل معلوم، وهو كذلك ما لم يكن الشيء المولى بالفتح سلماً

وإلاَّ فلا بد أن يتعجل المولي بالكسر رأس المال ناجزاً لئلا يدخله بيع الدين بالدين، وهو أشد من ابتداء الدين بالدين لما مر أن ابتداءه يجوز تأخره ثلاثاً، ولو بشرط.

ـــ والشَّرْطُ في التصْيير أنْ يُقَدَّرَا
دَيْنٌ والإنْجَازُ لمَّا تَصَيَّرَا

(والشرط في) صحة (التصيير) وتمامه أمران أحدهما (أن يقدر دين) أي يعلم قدره لأنه ثمن للمصير بالفتح (و) ثانيهما (الإنجاز) لقبض (ما تصيرا) ومفهوم الشرط الأول أنه إذا لم يعرفا معاً أو أحدهما قدر الدين لم يجز، وهو كذلك لأنه مبايعة فلا يجوز مع جهل العوضين أو أحدهما إلا إذا تعذرت المعرفة بكل حال، فيجوز حينئذ على وجه التحلل كما يأتي في مسألة التمخي آخر الفصل، وكما تقدم في قوله في الصلح:

وجائز تحلل فيما ادعى
ولم تقم بينة للمدعى

فانظر ذلك هناك، ومفهوم الشرط الثاني أنه إن تأخر القبض للشيء المصير ولو لبعضه لأن الصفقة إذا بطل بعضها بطلت كلها، فإن التصيير لا يجوز وهو كذلك إن كان الشيء المصير غير معين كأن يصير له في الدين الذي عليه عرضاً أو حيواناً أو طعاماً موصوفاً فيمنع، ولو وقع القبض في البعض دون البعض بلا خلاف لأنه فسخ دين في دين، وأما إن كان المصير معيناً كحيوان أو عرض معينين أو دار كذلك ففيه خلاف واضطراب كثير، والمشهور المعمول به كما هو ظاهر النظم المنع، ولو وقع القبض في البعض دون البعض أيضاً، وبه أفتى (خ) في قوله: وككالىء بمثله فسخ ما في الذمة في مؤخر ولو معيناً يتأخر قبضه كغائب ومواضعة ومتأخر جذاذه ومنافع عين الخ.

واعلم أن تصيير المعين في الدين من باب بيع معين يتأخر قبضه، وقد تقدم تفصيله صدر البيوع في بيع الأصول، ولذا كان القول بعدم افتقاره للحيازة قوياً صوبه ابن سهل، ورجحه ابن يونس، وصححه المتأخرون كما لابن عبد السلام، ونقله (ز) وأفتى به اليزناسني لأنه من ناحية المعاوضات وهي لا تفتقر للحيازة لدخول المعين الحاضر في ضمان المشتري بالعقد، ومثله العقار الغائب لأنه يدخل في ضمانه بالعقد أيضاً، والقول بافتقاره لها راعى فيه شبه فسخ الدين في الدين وليس ذلك فسخاً حقيقياً، ولذا قال الشيخ (م): والجاري على القواعد أن تصيير المعين لا يفتقر إلى قبض إذ المعين لا تحمله الذمم، وإذا كان كذلك فليس من فسخ الدين في الدين اهـ.

ولذا قال ابن سلمون أيضاً: وأما إن كانت يعني الدار المصيرة قد نظرت إليها فالتصيير جائز بلا خلاف، يعني ولو تأخر قبضها. ولعل ما ذكره من عدم الخلاف هو طريقة له، وفي أواخر الصلح من المعيار جواب لمؤلفه قال فيه ما حاصله: إذا كان التصيير في معين مؤخر والتأخير يسير كالثلاثة الأيام ففي جوازه ومنعه اضطراب، ومذهب المدونة المنع وساق كلامها ثم قال: وإن كان التأخير كثيراً فإما بشرط أو غيره، فإن كان بشرط فيبطل وإن كان بغيره فابن القاسم في المدونة يمنع وأشهب في العتبية يجيز، وبقول ابن القاسم جرى عمل الموثقين

والحكام اهـ. باختصار. ومراده بالتأخير الكثير هو ما يتغير المعين إليه غالباً كما مرّ صدر البيوع، وإذا أجاز أشهب التأخير الكثير بغير شرط فأحرى أن يجيز اليسير، وظاهرهم أن التأخير ولو في المعين الحاضر يفسد التصيير على المعمول به ولو لم يدخلا عليه، ولو كان يسيراً ويفسخ مع القيام ولو قبضه المصير إليه إلا أن يفوت ببيع صحيح ونحوه مما يفوت البيع الفاسد، وهو كذلك كما قاله سيدي مصباح حسبما في المعيار فيمن صير لزوجته أرضاً في صداقها فلم تقبضها إلا بعد أشهر أو أعوام أو يوم. قال في الجواب الذي اتصل به العمل: أن التصيير لا يتم إلا بالحوز بإثر العقد وإن تراخى القبض عن ذلك كان بيعاً فاسداً يرد مع القيام، وإن فات بما يفوت به البيع كانت فيه القيمة يوم القبض اهـ.

قلت: فظاهر قوله في السؤال أو يوم أن التأخير اليسير لا يغتفر، وسيأتي في البيتين بعده ما يخالفه، وأيضاً كون التأخير الذي لم يدخلا عليه مفسداً للتصيير مخالف لما في صلح المعيار من أنه إذا وقع الصلح بدنانير عن دراهم أو بالعكس وتأخرت من غير شرط فالصلح جائز قال: وهو صريح قولها أول الكتاب: وإن تأخرت الدنانير من غير شرط جاز اهـ. وإذا جاز هذا في صرف ما في الذمة مع كون باب الصرف أضيق فأحرى أن يجوز في التصيير، ولا سيما التصيير في المعين لأنه أمر جر إليه الحال ولم يدخلا عليه ولا قصداه، ولأنه من بيع المعين الذي يدخل في الضمان بالعقد ولا تحمله الذمة كما مر، وعليه فإذا حازه المصير إليه بعد ذلك التأخير الحاصل من غير شرط لم يفسخ ويجبر الآبي على حيازته، وإنما قلنا ذلك لأن العقد وقع على الصحة أي على أن يقبضه الآن، والعقد الواقع على الصحة لا يفسخ بما طرأ عليه كما قالوه في مساقاة الحائط الغائب أنه يشترط أن يصله العامل قبل طيبه، وأنه إن تراخى فوصله بعد طيبه لم تفسد، فالذي ينبغي اعتماده أو يجب عدم الفسخ فيما إذا حصل التأخير من غير شرط، ولهذا قال البرزلي في نوازل الإقرار: إذا صير الإنسان لامرأته في كالئها أو في دين يعلم سببه نصف داره وسكن معها إلى أن مات فهو تصيير جائز إذا لم يشترط عليها السكنى فيها، وقيل مردود والأول أظهر اهـ. وقال ابن سراج كما في (ق): إذا خدم معك من لك عليه دين بغير شرط فإنه يجوز لك أن تقاصه عند الفراغ من الذي عليه، وبهذا أفتى ابن رشد لظهوره عنده إذ ما كان يخفى عليه قول ابن القاسم اهـ. فقوله لظهوره عنده صريح في أنه اعتمد في فتواه قول أشهب، فيكون ابن القاسم على هذا لا يجيز المقاصة ولو بعد الفراغ لأنه عنده عقد فاسد لاتهامهما على تصيير الخدمة المتأخرة عند الاستيفاء في الدين فلا يصدقان في عدم القصد والشرط، وإذا فسد العقد عنده فيرجع العامل بأجرة مثله ويتحاسبان لأن مذهبه أن التأخير

اليسير ممنوع، وقول الشيخ بناني معترضاً على الشيخ (ز) ما أفتى به ابن رشد من المقاصة موافق لابن القاسم لا مخالف له فيه نظر كما ترى وبعد كتبي ما تقدم عن المعيار والمدونة وقفت على مثله لأبي العباس الملوي في تحريره، فالحمد لله على الموافقة.

تنبيهات. الأول: إذا شهدت بينة بحوز المصير له شهراً ثم رجع إلى يد المصير

بعد ذلك لم يبطل التصيير قال ناظم العمل:
وللحيازة افتقر التصيير
وحوزه شهر وذاك تكثير
وأما إن شهدت إحداهما بحوز المصير له ونزوله في الدار بالمعاينة أو الاعتراف ولم تشهد باستمرار الحيازة شهراً أو شهدت الأخرى بأنه لم يزل بيد المصير وأنه لم يخرج من يده أصلاً فإن الشهادة بعدم خروجه من يده تقدم لأنها أثبتت استمرار عدم الحيازة والأخرى لم تتعرض للاستمرار، فيمكن أن يكون رجع ليده بعد معاينة الحوز قبل مضي الشهر، وقد بينا ذلك في حاشية اللامية، وسيأتي ما فيه من الخلاف في أوائل الحبس إن شاء الله
الثاني: إذا لم تقع حيازة في التصيير حتى مات المصير فحازه المصير له بعد موته وباعه فقام وارث المصير على المشتري محتجاً بفساد التصيير، فالجاري على ما به العمل أنه بيع فاسد وهو يفوت بالبيع الصحيح لأن الفساد حصل بمجرد التأخير سواء وقع القبض في حياة المصير أو بعد موته كما هو ظاهر من كلام سيدي مصباح المتقدم وغيره، وفتوى بعضهم بنقض البيع فيه لأن قبضه بعد الموت كالعدم فبيعه بعده تصرف في ملك الغير الخ. غير سديد لأن هذا إنما يتم لو كان التصيير محض هبة، وقد علمت أنه معاوضة باتفاق، ولكن تأخير القبض فيه يصيره معاوضة فاسدة على المعمول به يجري على حكمها، لكن كان القياس أنه يمضي مع الفوات بالثمن لأنه بيع مختلف فيه لا بالقيمة كما قال سيدي مصباح إلا أن يقال ما في (خ) من مضي المختلف فيه بالثمن قاعدة أغلبية فقط لأنهم أوردوا على مضي المختلف فيه بالثمن مسائل قاله الملوي.

الثالث:اختلف على القول باشتراط الحيازة هل لا بد من المعاينة أو يكفي فيه اعتراف المصير والمصير له؟ قولان: والثاني منهما هو المشهور المعمول به، وإذا تنازعا فادعى أحدهما الحوز على الفور وادعى الآخر التأخير جرى على الاختلاف في دعوى الصحة والفساد في البيع، وقد علمت أن القول لمدعي الصحة قاله أبو عمران، وبه أفتى العقباني وغيره كما في شرح العمل، وعليه فقولهم لا بد فيه من فور الحوز أي لا بد أن يثبت بالبينة أو باعترافهما أو يدعيه أحدهما، وإذا كان القول لمدعي الصحة فمحله إذا لم يغلب الفساد، وقد قال الملوي في تحريره: الغالب في التصيير للزوجة عدم حوزها فيكون القول حينئذ لمدعي عدم فور الحوز، فالتصيير مخالف للهبة.Y ونحوها من التبرعات إذ لا بد فيها من المعاينة كالرهن ومحل هذا إذا لم يكن في التصيير محاباة وغبن وإلاَّ فلا بد من المعاينة لأن المحاباة هبة، وفي الطرر: وإذا ثبت الغبن والمحاباة في التصيير ولم تصح فيه الحيازة بطل اهـ. ومحله أيضاً إذا لم يكن الدين ثبت بإقرار وإلاَّ فلا بد من المعاينة لاتهامهما على قصد الهبة والتحيل على إسقاط الحيازة فلا تنتفي التهمة إلا بالمعاينة، وهذا كله على ما مر من أن المشهور ثبوت الحوز بالاعتراف، وأما على ما صدر به في المعين من أن الاعتراف بالحوز غير كاف ونحوه في الطرر وابن سلمون قائلاً: به العمل، فلا فرق بين التصيير والتبرعات في وجوب معاينة الحوز.

(الرابع): في البرزلي عن ابن حديد: إذا صير الزوج دار سكناه لزوجته ولم يخلها من متاعه وعمله فذلك دين بدين وبيع فاسد على قول ابن القاسم، وبه قال شيوخ قرطبة ابن لبابة وغيره وبه العمل اهـ. باختصار. ونقله في المعيار أيضاً عن بعضهم ونحوه في المتيطية قائلاً: لا يجوز تصيير دار السكنى للزوجة إلا أن يخليها من سكناه وأمتعته فيتم لها قبضها هذا هو المشهور المعمول به اهـ. وخالف ابن رحال في هذا فقال: إن التصيير في غير مسألة الزوجة شرطه الحوز وإلاَّ فسد، ومسألة الزوجة فيها خلاف والصواب هو المضي لأن مسألة الزوجة حائزة بعض الحوز ولا كذلك من لم يحز أصلاً بدليل أن الصدقة تحاز مع المصدق وتصح اهـ. وأشار بقوله: بدليل أن الصدقة تحاز مع المتصدق الخ. إلى ما صدر به ابن سهل حسبما في (ق) آخر القرض من أن التصيير لا يحتاج إلى حيازة، وبه أفتى ابن عتاب وابن القطان وابن مالك في مسألة تصيير نصف دار السكنى قال: وهو الصواب لأنه قول مالك فيمن وهب أجنبياً جزءاً من ماله مشاعاً واعتمر الموهوب له مع الواهب أنه جائز اهـ. وفيه نظر لأن الزوجة في مسألة تصيير نصف الدار لها أو تصييرها كلها لها لم تعتمر لنفسها شيئاً في الحقيقة إذ سكناها على الزوج والمعتمر في الحقيقة هو الزوج بخلاف مسألة صدقة الجزء المشاع فالمتصدق عليه قد حاز لنفسه.

الخامس: تقدم في النكاح أن عادة البوادي أن يسموا في الصداق عيناً ويدفعوا عنها عرضاً أو حلياً أو شورة أو عقاراً وذلك جائز لا يفتقر لحيازة وأنه ليس من التصيير. قال أبو العباس الملوي بعد نقول ما نصه: قد بان لك من هذا أن من عقد على شيء والمقصود دفع غيره فالعبرة بذلك المقصود وكأن العقد وقع عليه ابتداء، فإذا تزوج بنقد والمقصود بالشرط أو العادة دفع عقار فكأنه تزوج بذلك العقار ابتداء فلا يحتاج إلى حيازة والعادة دفع الشورة فكأنه تزوج بالشورة ابتداء فيجري على قول (خ): وجاز بشورة الخ اهـ. وانظر ما يأتي الأول فصل الإجارة ففيه ما يوافقه.
السادس: إذا لم يحز المصير له الشيء المصير على الفور فباعه المصير، فهل يكون بيعه نقضاً للتصيير؟ قولان. والراجح كما يفيده (ح): أنه نقض للتصيير ويمضي البيع الواقع منه والهبة كالبيع، وهذا كله حيث وقع البيع قبل فواته بيد المصير له وإلاَّ فبيعه غير معتبر قاله الملوي.
السابع: في أقضية المعيار: من توفي عن زوجة وأولاد صغار فطلبت الزوجة مهرها فصير لها فيه ربع من التركة بغير نداء عليه ولا حاكم فقال: إذا لم يكن بالموضع حاكم واجتمع وجوه الموضع وعدوله وطلبوا الزيادة في مظانها أو لم يشيدوه، ولكن قوم بقيمة مستوفاة بحيث لا تمكن فيه الزيادة لرشيد فالتصيير ماض ولا مقال للورثة، ولو لم يكن شيء من ذلك فلهم القيام.

ـــ وَالْعَرْضَ صَيِّرْه بِلاَ مُنَازَعَهْ
وَالْحَيَوَانَ حَيْثُ لا مُوَاضَعَهْ

(والعرض) بالنصب على الراجح من باب الاشتغال (صيره) في الدين (بلا منازعة) أي بلا خلاف في جواز تصييره، وإنما الخلاف في كونه يفتقر للحيازة أم لا كما مر. (والحيوان) صيره أيضاً بهيمياً كان أو عاقلاً كالرقيق (حيث لا

مواضعة) تجب في الأمة المصيرة ولم يقع التصيير على عهدة الثلاث أو خيار لأحدهما في الإمضاء والرد ونحو ذلك مما يوجب تأخير قبض الشيء المصير وعدم دخوله في ضمان المصير إليه كما مر في قول (خ) ولو معيناً يتأخر قبضه كغائب ومواضعة الخ.

ـــ وَجَائِزٌ فيهِ مزيدُ العَيْنِ
حَيْثُ يَقِلُّ عنه قدْرُ الدَّيْنِ

(وجائز فيه) أي في التصيير (مزيد) مصدر ميمي أي زيادة (العين) من المصير له (حيث يقل عنه) أي عن ثمن الشيء المصير (قدر الدين) بأن يكون الدين مائة ويصير له فيه داراً تساوي مائة وعشرين على أن يزيده رب الدين عشرين، وظاهر إطلاقه جواز ذلك ولو تأخرت العشرون المزيدة وهو كذلك كما لصاحب التيسير والتسهيل، وبه قررت كلام الناظم وقول ابن سلمون والمتيطية وغيرها إن كان التصيير في دين وزيادة زادها فلا بد له من القبض الناجز الخ. إنما يعنون قبض الملك المصير لا الزيادة إذ لا وجه لمنع تأخيرها لأجل معلوم خلافاً لما فهمه ابن رحال و (م) من تناجز قبض الزيادة والله أعلم. وأما عكس النظم وهو ما لو كان الدين مائة ودفع الدار في ثمانين فجائز أيضاً إن بقيت العشرون لأجلها أو قبضها بحضرة العقد وإلا بأن أخره بها عن أجلها امتنع للبيع والسلف.

ـــ وَالْخُلْفُ في تصْييرِ مَا كَالسُّكْنَى
أوْ ثَمَرٍ مُعَيَّنٍ لِيُجْنَى

(والخلف في تصيير ما) هو منفعة (كـ)ـــتصيير (السكنى) في دار أو حانوت أو ركوب دابة أو سفينة ونحو ذلك مما لا يقبض دفعة واحدة بل شيئاً فشيئاً فابن القاسم يمنع ولو شرع في قبض المنفعة أثر العقد لأن قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر عنده، وأشهب يجيز لأن قبض الشيء عنده قبض لجميع منافعه. قال بعض القرويين: وهو أقيس. قال ابن سراج: يجوز فسخ الدين في معين اليوم ونحوه، فإذا كان للإنسان دين على آخر فقال له: احرث معي غداً واقتطع لك من دينك، فهذا جائز على قول أشهب، ورجحه ابن يونس. وفي المتيطية يجوز في الشيء اليسير أن تعطي غريمك ثوباً يخيطه لك من دينك عليه وشبه ذلك فإن كثر العمل لم يجز اهـ. وظاهره أن هذا على مذهب ابن القاسم، وأما على مذهب أشهب فلا فرق بين العمل القليل والكثير فيؤخذ من هذا جواز التأخير اليسير في حيازة التصيير كاليوم واليومين على مذهب ابن القاسم، إذ فسخ الدين في الدين يغتفر فيه ما قرب كما قال (خ): والأضيق صرف إلى قوله ثم إقالة عروض وفسخ الدين بناء على أن معنى الضيق والسعة في ذلك جواز التأخير اليسير فيما عدا الصرف، فالتأخير اليسير مع اشتراطه جائز على ما يقتضيه شراحه هنالك، وأما مع عدم الاشتراط فتقدم أنه لا فرق بين اليسير والكثير. (أو ثمر معين ليجنى) فابن القاسم يمنع أن يأخذ عن دينه ثمراً معيناً في رؤوس أشجاره يقتطفه بعد تناهي طيبه لأنه فسخ في معين كما مر، وأشهب يجيزه كما يجيز أخذ الدابة الغائبة والأمة التي تتواضع والعبد بالخيار ونحو ذلك كما مر.

ـــ وَامْتَنَعَ التَّصْييرُ لِلصَّبِيِّ
إنْ لَمْ يَكُنْ ذَا أَبٍ أَوْ وَصِيِّ

(وامتنع التصيير) من مدين عليه دين (للصبي إن لم يكن) الصبي (ذا أب أو وصي) أو مقدم بل كان مهملاً، وإنما امتنع لأنه تصيير يتأخر قبضه إذا قبض الصبي كلا قبض فيدخله فسخ الدين في الدين على ما مر. والتعليل بكون قبض الصبي يتعذر لكونه كلا قبض نحوه لابن سلمون عن ابن فتحون، ومعناه أن الصبي بالخيار في إمضاء عقد التصيير إن رشد كما قال (خ) في الحجر: وله إن رشد الخ. فيكون حينئذ تصييراً بخيار وهو ممنوع على المذهب كما مر، فقبضه حينئذ كالعدم وبهذا يفارق حكم الهبة التي يعتبر فيها قبضه كما يأتي في قوله: ونافذ ما حازه الصغير الخ. وبهذا يعلم أنه لا مفهوم لقوله للصبي، بل المراد المحجور ولو بالغاً، ومفهوم الشرط الجواز إذا قبضه الأب أو الوصي من المصير فإن تأخر قبضهما جرى على ما مر، فإن كان الأب والوصي هما المصيران للمحجور في دين معلوم له عليهما وحازا ذلك له صح وجاز لأن كلاً منهما يحوز لمحجوره ما يعرف بعينه، وإن لم تشاهد البينة حوزهما بل إقرارهما بالحوز له كاف، وإن قدما من يحوز له فكذلك قاله في المعيار عن أبي الضياء مصباح وأبي الحسن الصغير قال أبو العباس الملوي: استفيد من ذلك أن حيازة الأب لابنه ما صيره له في دين ترتب له عليه ماض كما استفيد منه أن الاعتراف بالحوز كاف حتى فيما يحوزه الأب أو نائبه للابن، ويفهم منه أيضاً أن اعتراف المصير وحده كاف، ولكن المسألة مفروضة في التصيير للمحجور اهـ.
قلت: تقدم أن الاعتراف بالحوز كاف على المشهور، ولو كان التصيير لغير المحجور وأنهما إذا اختلفا في فور الحيازة وعدم فوريتها فالقول لمدعي فوريتها لأن ذلك راجع لدعوى الصحة والفساد في البيع، وهو صريح في أن الاعتراف بالحيازة من أحدهما كاف ولو في غير المحجور فلا حاجة لقوله: ولكن المسألة مفروضة الخ. وقولي في دين معلوم له عليهما احترازاً مما إذا كان الدين مجهولاً أصله أو قدره فيجوز أيضاً كما قال:

ـــــ والأَبُ كَالْوَصِيِّ في التَّصْييرِ
تَمَخِّيَاً بالْجَهْلِ لِلْمَحْجُورِ
(والأب كالوصي في التصيير) للمحجور (تمخياً) أي تبرياً من تمخيت من الشيء إذا تبرأت منه وتحرجت قاله الجوهري وهو مفعول لأجله أي لأجل التمخي (بـ)ـــــسبب (الجهل) بقدر ما في الذمة أو بأصله (للمحجور) يتعلق بالتصيير أي ويصير الوصي أو الأب لمحجوره ما يتحرى به براءة ذمته حيث جهل قدر الدين أو جهل أصله والأول واجب والثاني مندوب، ويصح قبضه للشيء المصير ما لم يكن دار سكناه، وإلاَّ فلا بد من إخلائها كما يأتي في الحبس والهبة فإن قوم كراءها بعدلين واستمر ساكناً بها صح ذلك ولم تبطل الهبة قاله في هبات المعيار. والظاهر أن التصيير كذلك كما أن الظاهر أنه إذا استمر ساكناً بنصفها في التصيير من غير تقويم لكرائها فإنه يبطل ذلك النصف فقط، وإن سكن الجل بطل الجميع كالهبة والله أعلم. وتقدم في الشفعة أن هذا التمخي لا شفعة فيه.

فصل في السلم

وهو كما لابن عرفة عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين فقوله: عقد معاوضة جنس يشمل جميع أنواع البيع والكراء، وقوله: يوجب عمارة أخرج به بيع المعين وكراءه.
وقوله: بغير عين أخرج به بيع المعين وكراءه بثمن عين إلى أجل،
وقوله: ولا منفعة أخرج به الكراء المضمون.
وقوله: غير متماثل للعوضين أخرج به السلف، وأما حكمه فقال المشذالي: صرح في المدونة بأنه رخصة مستثنى من بيع ما ليس عندك اهـ. وقد فهم من قوله: يوجب عمارة ذمة أنه لا بد أن يكون المسلم فيه موصوفاً لأن الذمة لا تعمر إلا بما كان جائزاً شرعاً فيعلم منه أنه لا يجوز في المعينات لأنها لا تحملها الذمم ولا فيما لم تضبطه الصفات، لأن عدم التعرض لضبط صفاته يؤدي لمبيع مجهول العين والصفة وهو لا يجوز، ولذا قال:
ـــ فيما عدا الأُصُولِ جَوِّزِ السَّلَمْ
وَلَيْسَ في المالِ وَلَكِنْ في الذِّمَمْ

(فيما عدا الأصول) من عروض موصوفة وحيوان وطعام كذلك (جوز السلم وليس) هو أي السلم كائناً (في المال) المعين بقرينة قوله (ولكن في الذمم) جمع ذمة كقربة وقرب أي: ولكن الشرط كون المسلم فيه من عرض ونحوه ديناً موصوفاً في الذمة كما مر ووجه عدم جواز السلم في الأصول أن السلم فيها يؤدي إلى تعيينها إذ لا بد فيها من وصف بما تختلف فيه الأغراض كما يأتي للناظم وكما قال (خ) في تعداد شروطه، وإن تبين صفاته التي تختلف بها القيمة في السلم عادة كالجودة والرداءة الخ. ووصف العقار بما تختلف به القيمة يؤدي إلى تعيين محله ومجاوره لكون القيمة تختلف بذلك، وتعيينها يؤدي إلى السلم في المعين وهو لا يجوز إذا لم يكن ذلك المعين في ملك المسلم إليه بلا خلاف للغرر، إذ قد لا يبيعه مالكه وإن كان في ملك المسلم إليه فهو من بيع معين يتأخر قبضه، فإن كان التأخير بشرط وكان إلى أجل يتغير ذلك المعين إليه كأكثر من ثلاثة أيام في الحيوان والثوب، وأكثر من عام في الدار ونحوها امتنع للغرر في بقائه على تلك الصفة، وإن كان لأجل لا يتغير إليه غالباً كثلاثة أيام في الحيوان والثوب وكعام في الدار ونحوها، لأن ذلك يختلف باختلاف المبيع جاز كما تقدم تحصيله في بيع الأصول، وأما تأخيره بغير شرط فجائز إذ غايته أن المشتري تركه أمانة عند البائع إلى أي وقت شاء، ودخل في ضمانه بالعقد كما قال (خ): وجاز تأخير حيوان جعل رأس مال بلا شرط الخ. قالوا: ولو أخر إلى حلول أجل السلم فإنه لا يفسد العقد والثوب المعين مثل الحيوان كما يأتي للناظم آخر الفصل، وإذا جاز هذا في السلم مع كونه يؤدي إلى شبه ابتداء الدين بالدين فأحرى أن يجوز في بيع معين بثمن نقداً معجلاً، أو يتأخر قبض المعين بلا شرط كما مرّ في بيع الأصول، وقول ضيح في تعليل منع السلم في المعين لأنه يلزم فيه ضمان بجعل لأن المسلم يزيد في الثمن ليضمنه له المسلم إليه الخ. يرد بأن المعين يدخل في ضمان المشتري

بالعقد كما مرّ، وقوله أيضاً في تعليل المنع: ولأنه إن لم ينقد اختل شرط السلم الخ. هذا إذا كان عدم النقد مشروطاً وكان إلى أجل يتغير إليه كما مر ولما قال: ولكن في الذمم يعني حقيقة الذمة ما هي؟ فقال:

ـــ وَالشَّرْحُ لِلذِّمَّةِ وَصْفٌ قَامَا
يَقْبَل الالْتِزَامُ وَالإِلْزَاما

(والشرح للذمة وصف) اعتباري كالطهارة والقضاء يعتبره العقل ويقدره لا حسي كالبياض والطول ولا عقلي حقيقي كالعلم والحلم (قاما) بالإنسان (يقبل) هو أي ذلك الوصف الاعتباري الذي يقدر قائماً به (الالتزام) بما التزمه اختياراً من نفقة يتيم ونحوها (و)يقبل أيضاً (الإلزاما) لما ألزمه الشرع إياه من زكاة وأرش جناية ونحو ذلك وظاهره أن الصبي والمحجور لا ذمة لهما إذ لا يلزمهما ما التزماه اختياراً وهذا نحو قول القرافي: الذمة معنى شرعي يقدر في المكلف قابل للالتزام واللزوم أي: الإلزام. وهذا المعنى جعله الشرع مسبباً عن أشياء خاصة منها: البلوغ، ومنها الرشد فمن بلغ سفيهاً لا ذمة له، ومنها ترك الحجر كما في الفلس، فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقرير معنى يقبل إلزامه أروش الجنايات وأجر الإجارات وأثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات، ويقبل التزامه إذا التزم شيئاً اختياراً من قبل نفسه، وهذا المعنى المقدر هو الذي تقرر فيه الأجناس المسلم فيها وأثمان المبيعات وصدقات الأنكحة وسائر الديون ومن لا يكون له هذا المعنى مقدراً في حقه لا ينعقد في حقه سلم ولا ثمن إلى أجل ولا حوالة ولا حمالة ولا شيء من ذلك، ثم قال: الذمة يشترط فيها البلوغ من غير خلاف أعلمه ثم قال: والذي يظهر لي وأجزم به أن الذمة من خطاب الوضع ترجع إلى التقادير الشرعية وهو إعطاء المعدوم حكم الموجود الخ. يعني لأن الذمة ليست موجودة في الخارج، ولكنها تعطي حكم الموجود فيه، وهذا الذي ظهر له وجزم به من كونها من خطاب الوضع هو الذي اختاره ابن الشاط قال: والأولى عندي أن الذمة قبول

الإنسان شرعاً للزوم الحقوق دون التزامها، فعلى هذا يكون للصبي ذمة لأنه يلزمه أرش الجنايات وقيم المتلفات، وما ذاك إلا لكونها من خطاب الوضع الذي لا يشترط فيه تكليف ولا غيره كما قال (خ): وضمن ما أفسد إن لم يؤمن عليه الخ. وقال في المدونة: ومن أودعته حنطة. فخلطها صبي أو أجنبي بشعير للمودع ضمن الصبي ذلك في ماله، فإن لم يكن له وقت ذلك مال ففي ذمته، قال الشيخ المسناوي: وإثبات الذمة للصبي كما قال ابن الشاط صحيح، وعليه فلا يشترط في الذمة التمييز فضلاً عن التكليف، فالذمة ثابتة للمميز اتفاقاً ولغيره على الراجح. قال: وابن عاصم إنما درج في تحفته على ما للقرافي وفاقاً للأجهوري وتلميذ (ز) لا على ما لابن الشاط خلافاً للشيخ (م) كما هو مبين اهـ. انظر تأليفه المسمى: بصرف الهمة إلى تحقيق معنى الذمة، وكونه في الذمة هو أول الشروط في النظم، وثانيهما ما أشار بقوله:

ـــ وَشَرْطُ مَا يُسْلَمُ فِيهِ أَنْ يُرَى
مُتَّصِفاً مُؤَجَّلاَ مُقَدَّرا

(وشروط ما يسلم فيه أن يرى متصفاً) أي مضبوطاً بالصفة التي تختلف بها الأغراض في السلم اختلافاً يتغابن به عادة بخلاف ما لا يتغابن به لسهولته فلا يحتاج لبيانه (خ): وإن تبين صفاته التي تختلف بها القيمة في السلم عادة كالجودة والرداءة وبينهما واللون في الحيوان والثوب والعسل ومرعاه الخ. وتعبيره بالقيمة مساو لتعبير غيره بالأغراض كما حققه ابن رحال قائلاً: كل ما تختلف به القيمة تختلف به الأغراض وبالعكس، وأطال في الاحتجاج لذلك بكلام الأئمة، ونقلنا كلامه في شرح الشامل، وثالث الشروط أن يكون المسلم فيه (مؤجلاً) بأجل معلوم لقوله عليه الصلاة والسلام كما في الصحيحين: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» (خ): وأن يؤجل بمعلوم زائد على نصف شهر ومراده نصف الشهر فأكثر، وإنما اشترط فيه الأجل لئلا يؤدي إلى بيع ما ليس عندك المنهي عنه في حديث الترمذي وغيره، وإنما اشترط كونه نصف شهر فأكثر لأنه مظنة تغير الأسواق غالباً فإن أجل بيومين أو ثلاثة فظاهر المدونة أنه يفسخ، واختاره ابن المواز. وعن أصبغ أنه لا يفسخ قال: لأنه ليس بحرام بين ولا مكروه بين، واختاره ابن حبيب، وأما إن عري عن الأجل رأساً فإنه يفسخ ولا يكون للمسلم إلا رأس ماله إلا أن يكون أجل السلم في ذلك الجنس متعارفاً محدوداً عند أهل البلد لا يختلف فيه فيحملان عليه ولا يفسخ قاله في الوثائق المجموعة. ومحل اشتراط كون الأجل نصف شهر لا أقل إذا لم يشترط قبضه ببلد آخر غير بلد العقد وإلاَّ فلا يطلب فيه نصف شهر، بل يشترط أن يكون البلد الذي يقبض فيه على مسافة يومين فأكثر لأنه مظنة تغير سوق البلدين وأن يقبض فيه رأس المال بمجلس العقد أو قربه لئلا يؤدي إلى عين الكالىء بالكالىء قاله الباجي، وأن يشترط الخروج إليه في العقد وأن يخرجا بالفعل، وأن يكون سفرهما إليه ببر أو بحر بغير ريح كما قال (خ): إلا أن يقبض ببلد كيومين إن خرج حينئذ ببر أو بغير ريح

كالمنحدرين احترازاً من السفر بالريح كالمقلعين، لأنه قد يصل في يوم فيكون من السلم الحال، وإذا وقع السلم على هذه الشروط فطرأ عذر أو فتنة منعت من السفر فإن كان مما ينكشف عن قريب فهما على سلمهما، وإن كان مما يطول جرى على حكم من أسلم في ثمرة وانقطع أبانها المشار إليه بقول (خ): وإن انقطع ماله أبان أو من قرية خير المشتري في الفسخ والإنفاء بماء لقابل. تنبيه: يجوز الشراء من أرباب الحرف وسواء قدم النقد أو أخره، وذلك بشرط أن يشرع في الأخذ وأن يكون أصل ذلك عند المسلم إليه، وأن يبين ما يأخذه في كل يوم وليس لأحدهما الفسخ إن وقع الشراء على جملة أرطال يأخذها مفرقة على أيام، وأما إن عقد معه على أن يشتري منه كل يوم رطلاً مثلاً فلكل الفسخ كما ينفسخ بموت المسلم إليه في الأولى أو مرضه أو فلسه، ويأخذ بقية رأس ماله في الموت والمرض ويحاص بذلك في الفلس وهو معنى قول (خ): وجاز الشراء من دائم العمل كالخباز وهو بيع، وإن لم يدم فسلم فلا بد من اعتبار شروط السلم كلها.

ورابع الشروط أن يكون المسلم فيه (مقدراً

ـــ مِنْ كَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ وَذَرْعٍ أَوْ عَدَدْ

مِمَّا يُصابُ غَالِباً عِنْدَ الأَمَدْ

بوزن) كسمن وقطن (أو كيل) كحنطة (وذرع) في ثوب وحبل (أو عدد) في رمان وبيض (خ): وأن يضبط بعادة من كيل أو وزن أو عدد كالرمان وقيس بخيط والبيض أو بحبل وجرزة في كقصيل الخ. وخامس الشروط أن يكون المسلم فيه (مما يصاب) أي يوجد أي مقدوراً على تحصيله (غالباً عند) حلول (الأمد) أي الأجل المعين بينهما، وظاهره وإن انقطع قبله وهو كذلك (خ): ووجوده عند حلوله وإن انقطع قبله، ثم قال: فيجوز فيما طبخ واللؤلؤ والعنبر والجوهر والزجاج والجص والزرنيخ وأحمال الحطب والصوف بالوزن لا بالجزاز الخ.h وإن انقطع قبله الخ. يعني المشترط وجوده عند حلول أجله، ولو انقطع في أثناء الأجل كالثمار ونحوها قال فيها: ما ينقطع من أيدي الناس في بعض السنة من الثمار الرطبة وغيرها لا يشترط أخذ سلمه إلا في أبانه، وإن اشترط أخذه في غير أبانه لم يجز لأنه شرط ما لا يقدر عليه اهـ. خلافاً لأبي حنيفة في اشتراطه وجوده من حين السلم فيه إلى حلوله لئلا يموت المسلم إليه فيه أو يفلس فتحل ديونه، وليس هناك ما تقتضي منه الخ. ولم يعتبر مالك وغيره ذلك لندوره، واحترز بقوله غالباً مما إذا كان لا يوجد غالباً عند الأجل كالسلم في كبار اللؤلؤ الخارج عن العادة لئلا يتردد رأس المال بين كونه تارة ثمناً إن وجد وتارة سلفاً إن لم يوجد (خ): ولا يجوز السلم فيما لا يمكن وصفه كتراب المعدن والجزاف ولا فيما لا يوجد غالباً الخ. وظاهر التعليل بكونه تارة سلفاً وتارة ثمناً أنه جار ولو فيما يعرف بعينه وهو كذلك على ما استظهره في ضيح.

فرع:إذا كان للمسلم فيه أبان فمات المسلم إليه قبله، فإن التركة يوقف قسمها إلى الأبان. ابن رشد: إلا إن قل السلم وكثرت التركة، فإن كان عليه ديون أخر فههنا يتحاص في تركته ويضرب لصاحب السلم بما يشترى له به بعد الأبان لا بما يشترى له به الآن (خ) في باب الفلس: وقوم مخالف النقد يوم الحصاص واشترى له منَّا بما يخصه ومضى أن رخص أو غلا الخ. ولما فرغ من شروط المسلم فيه وعدها خمسة ذكر ما يشترط في رأس المال فقال:

ـــ وَشَرْطَ رأسِ المالِ أنْ لا يُحْظَلاَ
في ذَاكَ دَفْعُهُ وَأنْ يُعَجَّلا

(وشرط رأس المال أن لا يحظلا) يمنع (في ذاك) أي المسلم فيه (دفعه) فالمجرور بفي يتعلق بهذا المصدر المضاف إلى ضمير رأس المال، واحترز به من سلم ذهب في فضة وبالعكس، أو طعام في طعام أو لحم في حيوان وبالعكس، أو شيء في أكثر منه أو أجود من جنسه كالعكس كثوب في ثوبين أو ثوبين في ثوب لئلا يؤدي للصرف المؤخر والنسيئة في الطعام، وبيع اللحم بالحيوان أو سلف جر نفعاً وتهمة ضمان بجعل، وإنما اعتبروها ههنا وألغوها في بيوع الآجال لأن تعدد العقد هناك أضعفها (خ): ويشترط أن لا يكونا أي رأس المال والمسلم فيه طعامين ولا نقدين ولا شيئاً في أكثر منه أو أجود كالعكس إلا أن تختلف المنفعة كفاره الحمر في الأعرابية الخ. وشرط رأس المال أيضاً أن يقبض كله عند العقد أو ما في حكمه كما قال: (وأن يعجلا.

ـــ وَجَازَ إنْ أَخَّرَ كالْيَوْمَيْنِ
وَالعَرْضُ فِيهِ بِخِلاَفِ العَيْنِ

وجاز إن أخر كاليومين) والثلاثة وظاهره ولو بشرط وهو كذلك (خ): شرط السلم قبض رأس المال كله أو تأخيره ثلاثاً ولو بشرط الخ. وظاهره أنه لا يجوز تأخيره أو بعضه مع الشرط أكثر من ثلاثة أيام، ولو قلت الزيادة عليها سواء كان عيناً أو عرضاً أو حيواناً وهو كذلك ويفسد السلم ويرد إليه رأس ماله مع القيام أو قيمته مع الفوات، وإنما فسد في العرض والحيوان لأنه بيع معين تأخر قبضه لما يتغير إليه غالباً كما مر، وأما تأخيره أكثر من الثلاثة بغير شرط ففيه تفصيل فإن كان عيناً فسد أيضاً على المشهور لأنه عين الكالىء بالكالىء (و) أما (العرض) المعين ومثله الحيوان والطعام فيهم (فيه) أي في جواز التأخير بلا شرط (بخلاف العين) فيجوز تأخيرهم ولو إلى حلول أجل السلم، إلا أن جواز التأخير في العرض والطعام مصحوب بكراهة، وهل الكراهة فيهما مطلقاً أو إذا لم يحضر العرض ولم يكل الطعام وإلاَّ جاز تأخيرهما من غير كراهة. قولان. وهو معنى قول (خ) وجاز تأخير حيوان بلا شرط، وهل الطعام والعرض كذلك إن كيل وأحضر أو كالعين؟ تأويلان. قال في ضيح: وينبغي في العرض إذا أحضر الجواز وفي الطعام إذا لم يكل أن تكون الكراهة للتحريم الخ. وهو ظاهر لأن العرض الحاضر يدخل في ضمان المسلم إليه بالعقد، فله أن يتركه عند المسلم أمانة إلى أي وقت شاء بخلاف الطعام إذا لم يكل ففيه حق توفية فلا يدخل في ضمانه بالعقد، فهو حينئذ كالعين لا يجوز تأخيره أكثر من ثلاثة ولو بغير شرط.

تتمة: ليس من الشروط أن يذكرا موضع قضاء المسلم فيه، بل إذا تعرضا لموضع قضائه فإن كان متسعاً كما لو دخلا على قضائه بمصر ولم يسميا موضعاً منها يقبض فيه فسخ لأن مصر متسعة إذ هي ما بين البحر المالح وأسوان، ومن اسكندرية إلى أسوان وإن لم يتعرضا لموضع قضائه بل سكتا عنه، فإنه لا يفسد ويقضى بمحل عقده (خ): وإن اختلفا في موضع قضائه صدق مدعي موضع عقده، وإلاَّ فللبائع وإن لم يشبها حلفا وفسخ كفسخ ما يقبض بمصر وجاز بالفسطاط وقضى بسوقها وإلاَّ ففي أي مكان.

باب الكراء

للدور والأرضين والرواحل والسفن وهي في الاصطلاح المعاوضة على منافع غير الآدمي، والإجارة والجعل؛ وهما في الاصطلاح المعاوضة على منافع الآدمي. (وما يتصل به) من الأبواب المستثناة من الأصول الممنوعة كالمساقاة والمزارعة والمغارسة والقراض وأدمج الشركة بينهما، وعقد لكل منها فصلاً يخصه كما يأتي، وغرر هذه الأبواب المستثناة ظاهر للجهل بالعوض، ولكنه اغتفر لشدة الحاجة إليها، وما تقدم من أن الإجارة والجعل لمنافع الآدمي والكراء لمنافع غيره هو مجرد اصطلاح كما مر قريباً، وقد يطلق أحدهما على الآخر. ابن عرفة: الكراء عقد على منافع غير الآدمي أو ما يبان به وينقل غير سفينة اهـ. فأخرج بغير الآدمي منافع الآدمي، فإنها إجارة أو جعل.
وقوله: أو ما يبان به معطوف على غير مدخول لمنافع، وأدخل به الدابة والثوب والفأس والمنشار ونحو ذلك، ولو قال: عقد على منافع غير آدمي من سفينة لكان أخصر وأوضح لأن ما يبان به من الدابة ونحوها داخل في غير الآدمي،

وأخرج بقوله غير سفينة العقد على منافع السفينة فإن ذلك جعالة لأن كراءها إنما يكون على البلاغ فلا يستحق شيئاً إلا به كما في المدونة، فمن هذا الوجه أشبهت الجعالة وإن كان كراؤها يلزم بالعقد بخلاف الجعل، ومثل السفينة مشارطة الطبيب على البرء والمعلم على حفظ القرآن كله أو جزء معين منه، والمغارسة فإنها كلها على البلاغ لا يستحق العامل فيها شيئاً إلا بالتمام وتلزم بالعقد كالإجارة قاله ابن عبد السلام وغيره.

ـــ يَجُوزُ في الدُّورِ وَشِبْهِهَا الكِرَا
لمُدَّةٍ حُدَّتْ وَشَيْءٍ قُدِّرَا

(يجوز في الدور وشبهها) من حوانيت وفنادق وأرحية ونحوها (الكرا) ويكون على وجهين. أحدهما: أن يكون (لمدة) معينة قد (حدت) بإشارة إليها أو تسميتها كقوله: أكتريها منك هذه السنة أو هذا الشهر أو هذا اليوم أو يقول له: أكتريها منك شهر كذا أو سنة كذا، أو يقول: أكتريها منك سنة أو سنتين أو ثلاثاً أو يومين أو ثلاثاً، أو يقول: أكتريها منك إلى وقت كذا، وهذه الألفاظ الأربعة كلها لازم الكراء فيها بالعقد إذا وقعت هكذا (وشيء) من العوض (قدرا) أي فيها لتلك المدة المعينة كدينار أو درهم ويسمى هذا الوجه من الكراء وجيبة.

ـــ وَلاَ خُرُوجَ عَنه إلاَّ بالرِّضا
حتى يُرَى أَمَدُهُ قدِ انْقَضَى

(ولا خروج عنه) لواحد منهما قبل انقضاء مدته للزومه لهما بالعقد (إلا بالرضا) منهما معاً على فسخه وإلاَّ فلا فسخ (حتى يرى أمده قد انقضى) ثم إن عين المبدأ في الوجهين الآخرين من الوجوه الأربعة التي تسمى وجيبة واضح، والأصح العقد وحمل الأمر على أن أول المدة من حين العقد لأنه لو لم يحمل على ذلك لزم فساد العقد، لأن الكراء لا يجوز على سنة ونحوها غير معينة (خ): عاطفاً على الجواز وعدم بيان الابتداء وحمل من حين العقد وعليه، فإن كان العقد في أول الشهر لزمهما الكراء في ذلك الشهر على الهلال من نقص أو تمام، وإن كان في أثناء الشهر لزمهما الكراء في ثلاثين يوماً من يوم عقداه.

تنبيه: ظاهر قول الناظم لمدة حدت أنه يجوز ذلك ولو طالت المدة، وهو كذلك إذا كانت تبقى إليها غالباً، قال في الشامل: ويجوز كراء الدار وشبهها لمدة تبقى فيها غالباً وجاز النقد فيها إن لم تتغير غالباً الخ. فالضابط لجواز العقد والنقد عدم التغير في تلك المدة، ولذا قال ابن عرفة: المعتبر في أجل منفعة الربع ما لا يتغير فيه غالباً فيجوز فيه العقد والنقد، وما لا يؤمن تغيره لطول مدته أو ضعف بنائه جاز فيه العقد لا النقد، وما غلب على الظن بعد بقائه لمدة لم يجز العقد عليه لتلك المدة اهـ. والوجه الثاني من وجهي الكراء أن يكون العقد وقع بينهما مشاهرة وهو ما شار له بقوله:

ـــ وَجَائِزٌ أنْ يُكْتَرَى بِقَدْرِ
مُعَيَّنٍ في العام أو في الشَّهْرِ

(وجائز أن يكترى بقدر. معين في العام أو في الشهر) كأن يقول: أكتري منك دارك كل شهر بدينار أو كل سنة بعشرة أو كل يوم بدرهم، فإذا عينا المبدأ فواضح وإلاَّ حمل من حين العقد كما مرّ في الوجيبة، والعقد على هذا الوجه

يسمى مشاهرة وهو غير لازم إلا بنقد فبقدره كما قال:
ـــ وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَحُلَّ ما انْعَقَدْ
كانَ لَهُ ما لَمْ يَحُدَّ بعَدَدْ
(ومن أراد) منهما (أن يحل) عن نفسه (ما انعقد) بينهما من كراء المشاهرة (كان له) ذلك
وقوله: (ما لم يحدّ بعدد) مستغنى عنه لأنه إذا حد بعدد كسنتين أو شهرين أو يومين كان من الوجه الأول الذي هو الوجيبة.
ـــ وَحَيْثُمَا حَلّ الكِرَا يَدْفعُ مَنْ
قَدِ اكترَى مِنْهُ بِقدْر ما سَكَنْ
(وحيثما حل) عقد (الكرا)ء وفسخ في المشاهرة لعدم لزوم العقد لهما فيها حيث لم يكن المكتري نقد شيئاً أو فسخ في الوجيبة برضاهما معاً (يدفع من قد اكترى منه) أي من الكراء (بقدر ما سكن) حيث كان سكن شيئاً من المدة، وقولي: حيث لم يكن المكتري نقد شيئاً احترازاً مما إذا كان نقد بعض مدة المشاهرة فإنه يلزمهما الكراء في قدر المنقود حيث سكن شيئاً بعد أن نقد كما قال:

ـــ كَذَاكَ إنْ بَعْضُ الكِرَاءِ قُدِّما
فَقَدْرُهُ مِنَ الكِرَاءِ لَزِمَا
(كذاك) يلزم عقد الكراء في المشاهرة (إن بعض الكراء قدما) فيها وأرادا فسخها بعد أن سكن شيئاً من مدة النقد، فإن ذلك لا يجوز ويلزمهما إتمام مدة النقد كما قال: (فقدره) أي قدر النقد المقدم (من) مدة (الكراء لزما) لهما، وظاهره أن قدر مدة النقد لازم لهما ولو تراضيا على الفسخ، وهو كذلك إن سكن بعض مدة النقد كما قررنا، فإذا اكترى منه كل شهر بدينار وقدم له دينارين وسكن نصف شهر مثلاً لزمهما إتمام الشهرين اللذين هما قدر المنقود وليس لهما الفسخ فيما بقي من مدة النقد ولو رضيا لأن الفسخ حينئذ إقالة وهي حينئذ لا تجوز لأن المردود من النقد سلف والمقابل منه لنصف الشهر في المثال المذكور كراء فيؤدي إلى كراء والسلف وهما وإن لم يدخلا على ذلك لكن يتهمان عليه كما مر للناظم في الإقالة حيث قال:
وسوغت إقالة فيما اكترى
ما لم يكن أعطى الكراء المكترى
وأما إذا نقدا وتقايلا برضاهما قبل أن يسكن شيئاً فذلك جائز لانتفاء العلة المذكورة، وأما إذا أراد أحدهما الفسخ بعد النقد وأبى الآخر، فإن مريده لا يجاب إليه ولو لم يكن سكن شيئاً كما تقدم أنه ظاهر عموم النظم (خ):
ومشاهرة ولم يلزم لهما إلا بنقد فبقدره الخ. وانظر الكراس الثاني من أنكحة المعيار فإنه ذكر فيه أن كراء الدابة كل يوم بدرهم لا يجوز ولا بد من ضرب الأجل كشهر ونحوه، وانظر إذا أكرى الدار ثم باعها في فصل أحكام الكراء.

تنبيهات. الأول:ظاهر قوله: ومن أراد أن يحل ما انعقد كان له الخ. لا يلزمه في المشاهرة شيء من المدة ولو أقل ما سميا كشهر، وهو كذلك حيث لم ينقد على المشهور. ورواية ابن القاسم عن مالك وسواء سكن بعض الشهر أم لا إلا

أن يكون المكتري أرضاً وحرثها أي قلبها وأحرى لو زرعها فتلزمه السنة بحراثتها، وليس للمكري إخراجه منها قبل السنة لتعلق حق المكتري بحراثتها، ومقابل المشهور لمطرف وابن الماجشون أنه يلزمهما أقل ما سمياه، فإن قال كل شهر بكذا لزمه في شهر أو كل سنة بكذا لزمه في سنة، واختاره اللخمي وابن حبيب، وثالثها رواية ابن أبي أوس عن مالك أيضاً أنه يلزمه الأقل إن شرع في السكنى وبهذه الرواية العمل بفاس، وعليه فإذا سكن بعض الشهر في المشاهرة أو بعض السنة في المسانهة لزم كلاً منها بقية الشهر والسنة وليس لأحدهما الفسخ إلا برضا صاحبه وسواء سكن يوماً أو بعض يوم.
الثاني: يقيد عدم اللزوم في كراء المشاهرة إذا لم ينقد بما إذا لم يجر العرف باللزوم كالذي يكري المطمر ليطمر فيها زرعه كل سنة بكذا، فليس للمكري أن يخرجه إلا إذا تغيرت الأسواق إلى ما العادة أن يباع بمثله قاله اللخمي، ونقله أبو الحسن والمكناسي في مجالسه. ابن رحال: وهو صحيح لأن العرف كالشرط اهـ. ولم يلتفتوا إلى اعتراض ابن عرفة عليه انظره في شرح الشامل.
الثالث: قال ابن رشد: من اكترى داراً مشاهرة فنص في الوثيقة أو غيرها على دفع كراء شهر معين فلذلك براءة للدافع مما قبل ذلك، لأن البراءة من شيء تقتضي البراءة مما قبله اهـ. ونقله غير واحد، ولما نقله في الالتزامات قال: ومثله يقال في الإشهاد على مستحق وقف بوصول معلوم سنة أو شهراً أنه شاهد للدافع بوصول ما قبل ذلك اهـ. بلفظه. ثم أشار إلى ما إذا كان في الدار نخلة أو دالية ونحوهما واشترى المكتري ثمرتها فقال:

ـــ وشَرْطُ ما في الدُّورِ مِنْ نَوْعِ الثَّمَرْ
إذَا بَدَا الصَلاَحُ فيهِ مُعْتَبَرْ

(وشرط) المكتري في عقد الكراء أن يكون له (ما في الدار من نوع الثمر) جائز (إذا) كان قد (بدا الصلاح فيه) بالزهو وظهور الحلاوة ولو في حبة منه (معتبر) شرطه لذلك مطلقاً زادت قيمته على ثلث الكراء أو نقصت، إذ غايته أنه اجتمع البيع والكراء وهو جائز فالظرف متعلق بمعتبر الذي هو خبر المبتدأ، وفهم من قوله: شرط أن المكتري إذا لم يشترطها فهي للمكري وهو كذلك سواء بدا صلاحها أم لا. وظاهره أنه يجوز اشتراطها مع بدو الصلاح كان الكراء وجيبة أو مشاهرة كانت الوجيبة تنتهي قبل طيب الثمرة أو بعد انتهائه وهو كذلك في الوجيبة، وأما المشاهرة فقد علمت أنها غير لازمة ما لم يسكن فإنه يلزمه أقل ما سماه على ما به العمل، فإذا سكن ذلك الأقل ولم يكن انتهى طيبها أو لم يسكن شيئاً وأراد الفسخ عن نفسه، فالذي يظهر أن البيع لازم في الثمرة بما ينوبها من أجرة الكراء والله أعلم. ومفهوم قوله: إذا بدا الصلاح أنه إذا لم يبد لم يجز إلا بشروط نبه الناظم على شرطين منها فقال:

ـــ وغَيْرُ بادِي الطِّيبِ إنْ قَلَّ اشْتُرِطْ
حَيْثُ يُطيبُ قَبْلَ مَالِهُ ارْتُبِطْ

(و)الثمر الذي هو (غير بادي الطيب) بأن لم يوجد أصلاً أو وجد، ولكنه لم يبد صلاحه لأن القضية السالبة لا تقتضي وجود الموضوع (إن قل) بأن كانت قيمته

ثلث جملة الكراء فدون (اشترط) أي جاز اشتراطه (حيث) كان (يطيب قبل ماله ارتبط) فغير بادي الطيب مبتدأ، وجملة اشترط بالبناء للمفعول خبره والعائد ضمير المبتدأ وحيث شرطية مجردة عن الظرفية، والتقدير: وغير بادي الطيب إن قل صح اشتراطه، وجاز إن كان يطيب قبل الأمد الذي ارتبط إليه والدار أو الأرض المرهونة يجوز اشتراط ثمرتها حيث اشترط المرتهن منفعة الدار لأنها حينئذ مكتراة في الحقيقة، فهذان شرطان في كلامه أحدهما الغلة بأن تكون قيمة ثلث الكراء فدون ويعرف ذلك بالتقويم بأن يقال: ما قيمة كراء الدار بلا ثمرة فيقال عشرة مثلاً. قيل: وما قيمة الثمرة التي تطعمها هذه الشجرة أو الدالية على المعتاد المتعارف منها كل عام بعد طرح قيمة المؤنة والعمل؟ فإذا قيل خمسة فأقل جاز وإلاَّ منع، وثانيهما أن يعلم أن الثمرة ينتهي طيبها قبل انقضاء مدة الكراء وإلاَّ لم يجز اشتراطها، ويفهم من هذا أن الكراء وجيبة، فإن كان مشاهرة لم يجز لأن المدة فيها غير محدودة كما مر. وبقي عليه أن يشترط جميعها فإن اشترط بعضها لم يجز على المشهور لأن اشتراط البعض يدل على قصد المعاوضة كاشتراط بعض المأبور وخلفة القصيل كما مر في بيع الأصول لا على قصد دفع الضرر الحاصل بدخول رب الدار لإصلاح ثمرته.
تنبيه: الأرض مثل الدار فيما ذكر وسيأتي قول الناظم في الفصل بعده:
وإن تكن شجرة بموضع
جاز اكتراؤها بحكم التبع

(خ): وجاز كراء شجرة للتجفيف عليها لا لأخذ ثمرتها واغتفر ما في الأرض ما لم يزد على الثلث بالتقويم الخ. فإن كانت قيمتها أكثر من ثلث جملة الكراء وكان قد زرع الأرض أو سكن الدار، فإن الثمرة لربها ويقوم على المكتري كراء الأرض والدار بغير ثمرة ويعطى أجر ما سقى به الثمرة إن كان سقاها إو كان له فيها عمل فإن فاتت الثمرة عنده غرم لربها مكيلتها إن علمت أو قيمتها إن جهلت مكيلتها لفساد الكراء. وهذا كله في الثمرة، وأما الزرع الموجود في الأرض المكتراة فيجوز اشتراطه أيضاً إن كان دون الثلث لا إن كان ثلثاً قاله في المدونة. والفرق أن الزرع أخفض رتبة من الأصول. ألا ترى أنه لا يجوز مساقاته إلا بشروط ستأتي إن شاء الله.
تنبيهان. الأول: إذا اكترى داراً أو أرضاً سنين وبها شجر اشترط ثمرته فإن كانت قيمته في كل سنة الثلث فأقل جاز، وإن كانت في سنة الثلث فأقل، وفي سنة أكثر، وإذا نظر إلى قيمة جميعه من الكراء في المدة كانت الثلث لم يجز، ويكون الكراء فاسداً في المدة جميعها ويجري حكمه على ما فوقه.
الثاني: سئل ابن رشد عمن باع شجراً واشترط على المشتري أن لا يقبضه إلا بعد عام وليس الآن فيه ثمر هل يجوز قياساً على شراء الأرض والدار وتراخي القبض إلى هذا القدر أم لا لحدوث الثمرة؟ فأجاب: هذا يجري على الخلاف في المستثنى هل مبقي على ملك البائع فيجوز أو المشتري فلا يجوز لأنه من بيع الثمرة قبل أن تخلق أو تزهو اهـ. وتقدم في بيع الأصول أن المستثنى مبقي على المعتمد.
ـــ وما كَنَحْلٍ أَوْ حَمَامٍ مُطْلَقَا
دُخُولُهُ في الاَكترَاءِ مُتَّقَى

(وما كنحل) بالحاء المهملة في جبح أو غار في الدار أو الأرض (أو حمام) في برج الدار (مطلقا) قل أو كثر (دخوله) بشرط (في) عقد (الاكتراء متقى) لقوة الغرر فيه، ولأنه ليس من نفس الدار ولا من جنسها بخلاف الشجر، وهذا في الكراء، وأما في بيع رقبة الدار ببرج حمامها أو بجباح نحلها فيجوز قاله في الطرر وانظر (ز) صدر البيوع عند قوله: وحمام ببرج الخ. فإنه ذكر هناك فروعاً مناسبة من كون الحمام والنحل إذا أضرا بالثمار والزرع هل على رب الزرع والثمار حفظها أو يمنع ذو الحمام والنحل من اتخاذه، وأن الرجل إذا وجد نحلاً في شجرة أو صخرة لا بأس أن ينزع عسلها إذا لم يعلم أنها لأحد إلى غير ذلك، وانظر ما يأتي في فصل الضرر عند قوله: فإن يكن يضر بالمنافع الخ.

ـــ وجازَ شَرْطُ النّقْدِ في الأرْحاءِ
بِحَيْثُ لا يُخْشَى انقِطاعُ الماءِ (وجاز شرط النقد في) كراء (الأرحاء) إذا كانت (بحيث لا يخشى انقطاع الماء) عنها لكون العادة جارية بدوام جريه وعدم انقطاعه لانقضاء المدة، ومفهومه أنه إذا كان يخشى انقطاعه لم يجز اشتراط النقد وهو كذلك لتردده بين السلف والكراء، وإنما يجوز كراؤها حينئذ بدون شرط النقد، وأما تطوعاً فيجوز أمن عدم انقطاع مائها أو لو يؤمن.

تنبيهان. الأول: إذا أكراها بشرط النقد لوجود الشرط الذي هو عدم انقطاع الماء في غالب الظن والعادة، فتخلفت تلك العادة وانقطع الماء واكتراها بغير شرط النقد وانقطاع الماء أيضاً، أو انجلى أهل ذلك المكان عنها لفتنة ونحوها، أو انقطع الطعام من البلد لمجاعة ونحوها، فإن الكراء يفسخ إذا لم يرج عوده أو يرجى عن بعد، وأما إن كان يرجى عن قرب فإنه لا يفسخ ولكن يحط عنه من الكراء بقدر ذلك، ولا يجوز فيما إذا نقد أن يخلف عوض ما انقطع مما بعد الأجل لأنه فسخ دين في دين لأن قبض الأوائل ليس كقبض الأواخر وإذا فسخه وهو يرى أنه لا يعود عن قرب فتخلف ظنه ورجع الماء قبل انقضاء المدة عادت عقدة الكراء لتبين خطئه فهو كمن خرص عليه أربعة أوسق فدفع خمسة.g اللخمي: إلا أن يكون المكتري بعد الفسخ عقد موضعاً غيره بوجيبة أو غيرها فيمضي الفسخ، ولا يجبر المكتري على إتمام المدة اهـ. وإن اختلفا في قدر مدة انقطاعه صدق ربها حيث اختلفا في ابتداء انقطاعه مثل أن يكتري منه سنة أولها المحرم فسكن المحرم وصفر فيقول المكتري: انقطع الماء في ربيع وعاد في جمادى، ويقول رب الرحا: لم ينقطع إلا في ربيع الآخر وحده فالقول لرب الرحا لأن الساكن مدع عليه في انقطاعه في ربيع الأول، فلا يصدق في إسقاط الكراء بدعواه، وأما لو اتفقا على ابتداء انقطاعه واختلفا متى عاد، فالقول للمكتري بيمينه من غير خلاف لأن رب الرحا قد أقر بانقطاع الماء وسقوط الكراء عنه مدعى عليه إيجاب الكراء بعود الماء قاله ابن يونس. قال في المدونة: وكذا إن اختلفا في انهدام الدار في بعض المدة. انظر شرح الشامل.

الثاني: قال في المدونة: ومن استأجر رحا ماء شهراً على أنه إن انقطع الماء قبل الشهر لزمه جميع الأجرة لم يجز، وفي العتبية عن ابن القاسم فيمن له موضع رحا فأعطاه رجلاً يعمل فيه رحا على أن للعامل غلة يوم وليلة من كل جمعة فعمل على ذلك نحو ثلاثين سنة ثم علم بفساده قال: تكون الغلة كلها للعامل ويغرم لصاحب الأصل كراء ذلك الموضع لجميع السنين التي انتفع بها بقدر رغبة الناس أو زهادتهم فيه على النقد، ويقال لصاحب الأصل: إن شئت أمرته بخلع النفض وإلاَّ فاعطه قيمته مقلوعاً وتكون لك الرحا.
ـــــ وبالدَّقِيقِ والطَّعام تُكتَرَى

والبَدُّ بالزَّيْتِ ويُنْفَذُ الكِرَا (وبالدقيق) كصاع منه (والطعام) كمد من حنطة أو قسط من زيت (تكترى) هي أي الرحا كما في المدونة وهو معنى قول (خ) عاطفاً على الجواز وكراء رحا ماء بطعام أو غيره، وظاهره أنه يجوز كراؤها بذلك نقداً أو إلى أجل وهو كذلك قالوا: وإنما نص على ذلك في المدونة لأنها لما كانت مثبتة في الأرض ويعمل فيها الطعام فقد يتوهم أنه من كراء الأرض بالطعام (والبدُّ) بفتح الموحدة وتشديد الدال المهملة أي المعصرة التي يعصر فيها الزيت تكترى (بالزيت) كقلة منه نقداً أو إلى أجل (وينقد) فيها (الكرا)ء بشرط أو غيره. قال في المفيد: وتجوز قبالة معصرة الزيت بالزيت الموصوفة إلى أجل كما تجوز قبالة الملاحة بالملح، ولا يجوز لصاحب اليد اشتراط النوى لأن بعضه أرطب من بعض ولا يحاط بصفته اهـ. والمراد بالنوى الفيتور أي التفل والقبالة بفتح القاف أي الكراء ثم قال في المفيد: وإنما جاز كراء الملاحة بالملح لأن الملح ليس يخرج منها، وإنما يتولد فيها بالصناعة بجلب الماء للأحواض وتركه للشمس حتى يصير ملحاً وتجوز المعاملة فيها على الإجزاء للعامل النصف أو الثلث أو ما اتفقا عليه ولرب الملاحة النصف أو الثلث أو ما اتفقا عليه، ولا يدخل في هذا عند من أجازه كراء الأرض بما يخرج منها إذ ليست الأرض تنبت الملح ولا يخرج منها وإنما يتولد فيها اهـ.

قلت: انظر هل يجوز كراء الرحا والمعصرة بعشر زيت ودقيق ما يطحن فيهما من القمح والزيتون كما في الملاحة أم لا؟ والظاهر عدم الجواز للجهل بالقدر ولاختلاف صفة خروج الزيت والدقيق بخلاف الملح، فإن لم يختلف الخروج وكان بقسط معلوم كمد منه أو من دقيق جاز كما قال (خ): وصاع دقيق منه أو من زيت لم يختلف الخ. وسيأتي في فصل الإجارة عدم جواز إجارة الدلال بربع عشر الثمن ونحو ذلك، وهذا كله في الملح التي يجلب ماؤها للأحواض، وأما ملح المعادن التي لا تحتاج إلى علاج ولا إلى جلب للأحواض كملح المعدن الصحيحة فقد قال في نظم العمل تشبيهاً في الجواز: كذلك الردود للصيادة. للحوت كالملاحة المعتادة الخ. أي: فيجوز كراؤهما لأجل رفع الحجر عنهما مدة معلومة بالملح وغيره انظر شارحه.
فصل في كراء الأرض وفي الجائحة فيه

قال في المقدمات: قد اختلف أهل العلم في جواز كراء الأرض اختلافاً كثيراً فقيل: لا يجوز كراؤها أصلاً بذهب ولا فضة ولا بشيء من الأشياء لنهيه عليه الصلاة والسلام عن كراء المزارع، وقيل: لا يجوز كراؤها إلا بالدنانير والدراهم خاصة. وقيل: يجوز بكل شيء إذا كان معلوماً ما عدا الطعام، وقيل: يجوز بكل شيء إذا كان معلوماً ولو طعاماً، وإنما لا يجوز بالجزء مما يخرج منها لأنه غرر وهو مذهب الشافعي وهو ظاهر قول مالك في المساقاة من موطئه، وقيل: يجوز بكل شيء ولو طعاماً وبالجزء مما يخرج منها كان طعاماً أم لا. وبه قال الليث. وأخذ به أكثر الأندلسيين وهي إحدى المسائل التي خالفوا فيها مالكاً، وقيل: وهو مذهب مالك وأكثر أصحابه أنه يجوز كراؤها بالدنانير والدراهم والعروض والثياب والحيوان ما عدا كراءها بالطعام وإن لم تنبته كالسمن والزيت وبما تنبته ولو غير طعام كالقطن والكتان اهـ باختصار. وتقديم وتأخير وعلى قول مالك وأكثر أصحابه عول (خ)، إذ قال عاطفاً على المتع ما نصه: وكراء الأرض بطعام أو بما تنبته إلا كخشب الخ. وعليه درج الناظم أيضاً فقال:

ـــ والأرْضُ لا تُكْرَى بِجُزْءٍ تُخْرِجُهْ
والفَسْخُ مَعْ كِرَاءٍ مِثْلِ مَخْرَجُهْ

(والأرض لا تكرى بجزء تخرجه) ككرائها لمن يحرثها زرعاً أو مقثأة أو قطناً أو كتاناً مثلاً على أن لربها النصف أو الربع من ذلك الذي يخرج منها (و)إن وقع ذلك ونزل واطلع عليه قبل حرثها فالفسخ ليس إلا وإن فاتت بحرثها فالزرع أو المقثاة كله للمكتري وعليه لربها كراء المثل عيناً. هذا إن اكتراها لسنة واحدة فإن اكتراها بجزء مما تخرجه سنين واطلع على ذلك في أثنائها فـ(ـــالفسخ) لباقي الأعوام (مع كراء مثل) عيناً لماضيها (مخرجه) بفتح الميم والراء أي ذلك هو وجه الخروج منه، وبهذا التقرير ينتفي ما يقال أن الفسخ لا يجامع كراء المثل كما هو ظاهره إذ كراء المثل إنما يجب مع الفوات لا مع الفسخ كما يقتضيه كلامه إذ الفسخ إنما يجب قبل الفوات.

ـــ ولا بِما تنبُتُهُ غَيْرَ الخَشَبْ
مِنْ غَيْرِ مَزْروعٍ بِها أوِ الْقَصَبْ

(ولا) تكرى أيضاً (بما تنبته) ولو غير طعام كقطن وكتان وقصب وتبن وعصفر وزعفران أي مما شأنه أن ينبت فيها ولو لم يصلح لزراعته في هذه الأرض المكتراة فإنه لا يجوز كراؤها به (غير الخشب) بفتحتين مستثنى من عموم ما أي: فيجوز كراؤها به ولو كانت تنبته ومثله العود والصندل والحطب والحشيش والحلفاء والقصب. قيل لسحنون: ولم جاز كراؤها بهذه الأشياء وهي كلها مما تنبته الأرض؟ فقال: هذه الأشياء يطول مكثها ووقتها فلذلك سهل فيها وقوله: (من غير مزروع بها) بيان لما وقوله. (أو القصب) عطف على الخشب والتقدير والأرض لا تكرى بجزء تخرجه مما هو مزروع بها ولا بما تنبته من غير مزروع بها كقطن وكتان لا يصلحان للزراعة في هذه الأرض المكتراة بخصوصها وأحرى في عدم الجواز إذا كانا يصلحان للزراعة فيها إلا الخشب والقصب ونحوهما من صندل وحلفاء، فيجوز كراؤها بذلك فقوله ولا بما تنبته معطوف على بجزء من عطف المغاير لا من عطف عام على خاص كما لا

يخفى، إذ معنى المعطوف أنه أكراها منه بعشرة أرطال من قطن أو كتان كانت الأرض تصلح لزراعتهما وزرعا فيها أو لا تصلح لذلك، وبهذا تعلم أنه لو حذف قوله من غير مزروع بها لكان أحسن.

ـــ ولا بِما كانَ مِنَ المَطْعُومِ
كالشّهْدِ واللّبَنِ واللَّحْوم

(ولا) تكرى أيضاً (بما كان من المطعوم) وإن لم تنبته ولا خرج منها (كالشهد واللبن واللحوم) والنبيذ والملح والفلفل وزريعة الكتان وزريعة الفجل وطير الماء الذي للذبح وشاة اللحم ونحو ذلك كما في ابن عرفة وغيره.

تنبيهات. الأول: كان حق الناظم أن يؤخر قوله: والفسخ الخ. عن هذا البيت وأن يحذف قوله: من غير مزروع بها كما مر فلو قال:

والأرض لا تكرى بجزء تخرجه
أو بطعام هب بما لا تنبته
كذا بما تنبته غير الخشب
وإن يفت فخرج مثل قد وجب

لكان أسهل وأخصر والخرج بسكون الراء لغة في الخراج أي الأجر.

الثاني: تقدم أن مذهب الليث وبه أخذ أكثر الأندلسيين جواز كراء الأرض بما يخرج منها وعليه رد الناظم بقوله:

والأرض لا تكرى بجزء تخرجه الخ. ولكن عمل عامة الناس اليوم على مذهب الليث ومن أخذ به ولا يستطيع أن يردهم عن ذلك راد. ابن العربي: وأما كراء الأرض بجزء مما يخرج منها فهو مذهب فيه أحاديث كثيرة والمقنع فيها قوي، وذلك أنا رأينا الله تبارك وتعالى قد أذن لمن كان له نقد أن يتصرف في طلب الربح أو يعطيه لغيره يتصرف فيه بجزء معلوم فالأرض مثله، وإلاَّ فأي فرق بينهما وهذا قوي ونحن نفعله اهـ. فانظر قوله: ونحن نفعله وهي إحدى المسائل التي خالف أهل الأندلس فيها مالكاً، ومنها توجيه يمين التهمة مطلقاً إلا فيما كان فيه معرة كالسرقة والغصب، ومنها توجه اليمين بدون خلطة، ومنها الحكم باليمين مع الشاهد إلى غير ذلك، وذكر آخر المفيد منها نحو الثمانية عشر وتقدمت في باب الضمان.

الثالث: قال في المدونة: من أكرى أرضه بدراهم أو دنانير مؤجلة فحلت فلا يأخذ بها طعاماً ولا إداماً وليأخذ ما يجوز أن تكرى به قال: ويجوز أن تكرى أرضك بأصول شجر ليس فيها ثمر، فإن كان فيها ثمر وقتئذ لم يجز كما كره مالك شراء شجر فيها ثمر بطعام عاجل أو آجل، ويجوز بيع رقبة الأرض بشجر فيها ثمر كما يجوز أن تباع بطعام عاجل أو آجل اهـ.

الرابع: قال سحنون: من اكترى أرضاً بما يخرج منها فذلك جرحة في حقه، وتأوله أبو محمد بما إذا كان عالماً بالمنع وهو مذهبه أو قلد مذهب المانع وإلاَّ فلا انظر (ح) والشامل.

ـــ وتُكْتَرَى الأَرْضُ لِمُدَّةٍ تُجَدْ
مِنْ سَنَةٍ والعَشْرُ مُنْتَهَى الأَمَدْ

(وتكترى الأرض لمدة تحد من سنة) أو سنتين أو ثلاث (والعشر) سنين (منتهى الأمد) وظاهره كانت أرض سقي أو بعل اكتريت بشرط النقد أو بدونه، وظاهره أيضاً أنه لا يجوز كراؤها لأكثر من عشر سنين، وليس كذلك في هذا الأخير، ويقيد جواز شرط النقد في الأولين بما إذا كانت مأمونة. اللخمي: الأمد في المستأجر يختلف باختلاف الأمن والخوف في تلك المدة فأوسعها في الأجل الأرضون ثم الدور ثم العبيد ثم الدواب ثم الثياب، فيجوز كراء الأرض ثلاثين سنة وأربعين بغير نقد إلا أن تكون مأمونة الشرب فيجوز مع النقد ويجوز ذلك في الدور إذا كانت جديدة مأمونة البناء، وإن كانت قديمة فدون ذلك بقدر ما يرى أنه يؤمن سلامتها إليه في الغالب انظر (ح) عند قوله: وعبد خمسة عشر عاماً. وفي المتيطية الذي عليه العمل، وبه الحكم أنه يجوز كراء الرباع العشر سنين والعشرين عاماً وأزيد من ذلك ولا بأس بتعجيل الوجيبة كلها. هذا مذهب المدونة، وبه الحكم وذلك إذا كان الشيء المكترى ملكاً للمكري، وأما إن كان محبساً عليه وعلى غيره وجعل له السكنى فيه حياته، فلا يجوز أن يكريها بالنقد إلا سنة أو سنيتن، وجائز له أن يكريها إلى ما شاء من السنين وإن طالت إذا كان الكراء منجماً على المكتري، فكلما انقضى نجم دفع كراء أو كلما دخل نجم قدم كراء إذا كان النجم يسيراً السنة والسنتين على ما قدمناه اهـ. وقد أشار (خ) إلى ضابط جواز النقد في مثل هذا بقوله: وجاز النقد فيه أي في الشيء المستأجر إن كان لا يتغير في مدة الإجارة غالباً. وقال في المقدمات: الكلام في الأرضين على ثلاثة أوجه جواز عقد الكراء وجواز النقد ووجوبه فأما جواز عقد الكراء فجائز على مذهب المدونة من غير تفصيل كانت أرض مطر أو غيرها مأمونة كانت أم لا. وأما جواز النقد فيها فإن كانت مأمونة كأرض النيل وأرض السقي بالأنهار والعيون والآبار وأرض المطر المأمونة يعني التي لا يتخلف عنها المطر غالباً كأرض المغرب فالنقد فيها

للأعوام الكثيرة جائز، وأما غير المأمونة فلا يجوز النقد فيها إلا بعد أن تروى ويمكن من الحرث كانت من أرض النيل أو المطر أو السقي بالعيون والآبار، وأما وجوب النقد فإنه إنما يجب ويقضى به على المكتري في أرض النيل إذا رويت لأنها لا تحتاج إلى سقي فيما يستقبل، وأما أرض السقي والمطر فلا يجب على المكتري دفع الكراء حتى يتم الزرع ويستغني عن الماء، وكذا إذا كانت أرضاً تزرع بطوناً فلا يلزمه نقد الكراء في البطن حتى يستغني عن الماء اهـ. باختصار. وبهذا تعلم أنه لا مفهوم لقول الناظم والعشر منتهى الأمد الخ. ولا لقول (خ): وأرض مطر عشراً إن لم ينقد وإن سنة إلا المأمونة كالنيل أو المعينة فيجوز الخ. فقوله: وأرض مطر عشراً الخ. أي: وهي غير مأمونة الخ. وقوله: وإن سنة مبالغة في مفهوم إن لم ينقد أي فإن نقد في غير المأمونة بشرط امتنع، وإن شرط نقد حصته سنة فقط فشرط النقد مؤثر في المنع سواء نقد بالفعل أم لا.

وقوله: فيجوز أي فيجوز العقد والنقد ولو لأربعين سنة كما مر عن اللخمي والمتيطي.

ـــ وإن تَكُنْ شَجَرَةٌ بِمَوْضِعِ
جازَ اكتِرَاؤُهَا بِحُكْمِ التَّبَعِ

(وإن تكن شجرة بموضع) من الأرض (جاز اكتراؤها) أي اشتراط ثمرتها (بحكم التبع) لكراء الأرض كما مر تفصيله في قوله: وشرط ما في الدار من نوع الثمر

إلى قوله: وغير بادي الطيب إن قل اشترط الخ. وهذا مبني على أن التابع يعطي حكم متبوعه أنه لا قسط له من الثمن، وأما على أنه يعطي حكم نفسه فلا إشكال أن له حصة من الثمن وعليه فلا يجوز اشتراطها لما فيه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها بل وقبل وجودها قاله (م).

تنبيه: قال في الجواهر: وإذا استأجر أرضاً ليزرع فيها صنفاً سماه فله أن يزرع فيها غيره مما هو أقل ضرراً بالأرض لا ما ضرره أكثر فإن استأجرها للقمح أو غيره فزرع ما هو أضر بالأرض منه فللمالك القلع في الحال، فإن لم يقلع حتى مضت المدة فله أخذه بالكراء الأول وما بين القيمتين اهـ. وفي المدونة أن الشعير أضر من القمح، وفي المتيطية يجوز أن يكتري الأرض ليزرع فيها ما شاء ولا كلام لربها بعد ذلك، فإن قال ليزرعها وسكت عما يزرع فيها فذلك جائز ولا يزرع فيها إلا ما يشبه أن يزرع في مثلها، فإن شرط أن يزرعها شعيراً فلا يزرعها إلا ذاك أو ما مضرته كمضرة الشعير أو أقل، فإن زرعها ما هو أضر بها فلربها كراء الشعير وقيمة زيادة الضرر اهـ.
وقوله: فلربها كراء الشعير الخ. يعني إذا مضت مدة الزراعة وإلاّ فربها مخير كما مر عن الجواهر، وهذا بمنزلة من اكترى راحلة ليحمل عليها شيئاً فأراد أن يحمل عليها غيره المشار له بقول (خ): وفعل المستأجر ومثله ودونه لا أضر الخ.
وقوله: حتى مضت المدة يعني حتى فات إبان الزراعة. ابن عرفة: وحال المكتري في حرثه الأرض كحال مسألة من حرث أرض غيره بغير إذنه.

وحاصلها، إن قام ربها في الأبان وأقر الحارث بالعداء فلربها أمره بقلعه إن كان ينتفع به، ولا يجوز له أخذه بقيمته مقلوعاً لأنه بيع له قبل بدو صلاحه، وأجازه التونسي وهو خلاف مذهبها وإن لم ينتفع به فلربها أخذه مجاناً، وإن ادعى حرثها بغير اكتراء منه لكن بعلمه وحضوره وهو لا يغير ولا ينكر، فإن حلف ربها على نفي العلم فكما مرّ، وإن نكل حلف الحارث وبقي له زرعه ولربها كراء المثل وإن ادعى حرثها باكتراء منه فإن حلف ربها على نفيه فكما مر وإن نكل حلف الحارث لقد أكراها منه بكذا كان ما ادعاه من الكراء قليلاً لا يشبه أو كثيراً أكثر من كراء المثل، وإنما كان القول قوله حيث ادعى ما لا يشبه لأن ربها قد مكنه من ذلك بنكوله. هذا هو المشهور وإن ادعى أنه اكتراها منه وأنه حرثها بعلمه حلف ربها على نفيهما وخير في أخذه بما أقر به من الكراء وأخذه أرضه ويأمره بقلع زرعه إن انتفع به، وإن لم يكن له به منتفع أخذه رب الأرض مجاناً ولا يجوز تركه للمكتري بما أقر به من الكراء ولا بكراء المثل لأنه بيع له بما يأخذه من الكراء، وإن نكل حلف الحارث فإن نكل أخذ رب الأرض أرضه، ولو قال رب الأرض أحلف أني ما علمت بحرثه ولا أحلف أنه ما اكترى مني لم يمكن من ذلك إلا أن ينكل الحارث عن اليمين ثم قال: ولو قام بعد الأبان فإن صدقه أنه لم يكن منه كراء فله كراء المثل دون يمينه ادعى حرثه بحضوره وعلمه أم لا. وإن ادعى أنه أكراها منه لا أنه حرثها بعلمه حلف ربها، وأخذ كراء المثل فإن نكل حلف الحارث على ما ادعى من الكراء اهـ.
وقوله: وأجازه التونسي الخ. يعني لأن التونسي قال: الأشبه أن يجوز لرب

الأرض شراء ما فيها قبل بدو صلاحه لأن الأرض ملك له فصار مقبوضاً بالعقد وما يحدث فيه من نماء إنما هو في ضمان مشتريه لكونه في أرضه، وإنما منع النبي {صلى الله عليه وسلم} من بيع الثمار قبل بدو صلاحها لكون ضمانها من البائع لأنها في أصوله، وعلى هذا التعليل أجاز

عبد الملك شراء جنان فيه ثمرة بقمح أو بجنان آخر فيه ثمرة تخالفها لأن كل ثمرة مقبوضة. قال العبدوسي: وأخذ الشيوخ مما قاله التونسي جواز شراء صاحب الزرع نصيب الخماس قبل بدو صلاحه لأنه قابض له بنفس الشراء وعلى مذهبها فلا، وقياس التونسي لا يعول عليه لأنه قياس مع وجود النص من الشارع صلوات الله وسلامه عليه على منع ما لم يبد صلاحه اهـ.

ـــ ومُكْتَرٍ أَرْضاً وبَعْدَ أَنْ حَصَدْ
أَصَابَ زَرْعَهُ انْتِثَارٌ بالبَرَدْ

(ومكتر أرضاً) فزرعها (وبعد أن) طاب زرعها وقبل أن يحصده المكتري أو بعد أن (حصد)ه وجعله قثاء في الفدان أو الأندر (أصاب زرعه) في الحالتين (انتثار بالبرد) ونحوه.

ـــ فَنَابِتٌ بَعْدُ مِنَ المُنْتَثِرِ
هُوَ لِرَبِّ الأَرْضِ لا لِلْمُكْتَرِي

(فنابت بعد) في السنة القابلة (من) ذلك الزرع (المنتثر هو لرب الأرض) المالك للفدان أو الأندر (لا للمكتري) على الأصح، وهو مذهب ابن القاسم في العتبية، وقيل: يكون لزارعه وعليه لرب الأرض كراؤها كما إذا تمت السنة وله زرع أخضر، وظاهر النظم أنه لرب الأرض ولو انتثر كله بالبرد وهو كذلك ففي سماع عيسى: من اكترى أرضاً فزرعها فلما استحصد زرعه أتاه برد أسقط حبه كله في الفدان فأخلف فهو لرب الأرض لا للمكتري لأن سنته قد انقضت كقول مالك فيمن جر السيل زرعه لأرض غيره فنبت، ابن رشد القياس صحيح، ولا فرق بينهما لأن البذر مستهلك في كلتا الحالتين لا يقدر صاحبه على أخذه من أرض غيره، ومعنى قوله في المدونة: جر السيل زرعه أي بذره لقوله: فنبت لأن الزرع لا يقال فيه نبت اهـ. وإلى المسألتين أشار (خ) بقوله: وإن انتثر للمكتري حب فنبت قابلاً فهو لرب الأرض كمن جره السيل إليه الخ. والضمير في قوله جره يعود على الحب أي البذر، وأما إذا جره إليه بعد نباته فقيل: هو لرب الأرض أيضاً، وظاهر الشامل أنه المشهور، وقيل هو لزارعه ورجحه الرهوني في حاشيته مستدلاً على ذلك بأنقال، ولكن لا يظهر منها ما أشار له من الترجيح لمن تأمل وأنصف والله أعلم. ولا مفهوم لقول الناظم بالبرد، بل لو انتثر بسبب الحصاد لكان لرب الأرض أيضاً. أبو الحسن: اتفاقاً لأن شأن الحصاد أن ينتثر منه الحب والعادة أن من تركه لا يعود إليه أي: فلا يجري فيه الخلاف الجاري في المنتثر بالبرد، ومفهوم قوله: انتثار أنه إذا زرع ولم ينبت في سنة بذره ونبت في السنة القابلة أن الزرع لا يكون للمكتري بل لربه وهو كذلك وعليه كراؤه وكراء العام الذي لم ينبت فيه إن كان لغير عطش قاله (ز) وأصله لابن بشير فإن زرع في أرضه خلاف ذلك النوع فنبتا معاً فلكل

زرعه إن عرف وتبعيض الكراء عليهما انظر الشامل وشرحه. ومفهوم قوله: فنابت أنه إذا أنجر إليها حب من الأندر ولم ينبت بل لا زال على وجه الأرض

فلربه أخذه ولا يكون لرب الأرض، وأما الشجر يجره السيل لأرض الغير فينبت فيها فليس حكمه حكم الزرع، بل ينظر فإن كانت إن وقعت وردت إلى أرضه نبتت فيها فله قلعها وإلاَّ فللآخر دفع قيمته حطباً أو أمره بقلعه قاله سحنون.
تنبيه: من اشترى قصب فول ليوقده فنزل المطر فحيي القصب واخضر وأثمر فولاً فهل هو للمشتري أو لربه؟ قال في صدر معاوضات المعيار عن الفقيه الجعد: أنه يفسخ البيع ويكون الفول لرب القصب ويرد الثمن اهـ.1 باختصار.
قلت: الجاري على ما تقدم أنه إن حيي القصب نفسه فثمره للمشتري وعليه لرب الأرض كراء المثل مدة بقائه بعد عقد الشراء فيه لأنه إنما اشتراه ليأخذه في الحين فتركه حتى أثمر يوجب الكراء عليه ولا وجه لفسخ البيع فيه، وإن كان القصب حيي من غير أصوله فلا إشكال حينئذ أن ثمره لرب الأرض ولا يفسخ البيع أيضاً لأن القصب المشترى لا زال يابساً يجزه مشتريه ويأخذه فتأمله والله أعلم.
ـــ وَجائِزٌ كِراءُ الأَرْضِ بالسَّنَه
وَالشَّهْرِ في زَرَاعَةٍ مُعَيِّنه

(وجائز كراء الأرض بالسنة) مسانهة ككل سنة بكذا أو معينة كهذه السنة كما مر في كراء الدور، ثم إن عينت وحدت باثني عشر شهراً أو بستة أشهر مثلاً فواضح أنها لا تنقضي إلا بتمامها وإن لم تحد، وإنما قال: أكتري منك أرضك هذه السنة أو السنة التي بعد هذه فإن كانت أرض مطر فتتم السنة فيها بالحصاد للزرع الذي اكتريت له كانت تزرع مرة في السنة أو مراراً ولا ينتظر مرور الاثني عشر والحصاد في كل شيء بحسبه أي بحصده أو قطعه أو جذه أو رعيه كالزرع والبرسيم واللفت والكمون ونحو ذلك، فلو كان مما يخلف بطوناً فتتم السنة فيها بآخر بطن، وإن كانت أرض سقي فتتم فيها بالشهور الاثني عشر، فإن تمت الشهور المعينة أو التي لم تعين حيث كانت أرض سقي وله فيها زرع أخضر فيلزم رب الأرض أن يبقيه فيها إلى تمام طيبه، وعلى المكتري كراء المثل فيما زاد على تلك الشهور، وقيل من حساب الكراء الأول (خ): والسنة في المطر بالحصاد، وفي السقي بالشهور فإن تمت وله زرع أخضر فكراء مثل الزائد الخ... وظاهره أن عليه كراء المثل في الزائد ولو علم عند الزراعة أن الزرع إنما يتم بعد السنة بكثير وهو كذلك على المعتمد قاله (ز). قال (م): ومن اكترى داراً أو حانوتاً أو غيرهما لمدة معينة فتمضي ويبقى المكتري ساكناً على المساكنة فيجري حكمه على ما تقدم فالجاري على المشهور أنه يلزمه كراء مثل الزائد، وقيل من حساب الكراء الأول واستظهرت أن له في هذه بحساب الكراء الأول.
قلت: وهو ما عليه الناس اليوم لأن رب الأرض في الأولى مجبور على بقاء الزرع في أرضه وفي هذه لا جبر على رب الدار والحانوت ونحوهما فتركه ساكناً بعد انقضاء المدة رضاً منه أن له بحساب الأول واستمرار المكتري ساكتاً رضا منه أيضاً بدفع ذلك والله أعلم.

(والشهر) أي وجائز الكراء لشهر معين أو كل شهر بكذا، ثم إذا كان كل من السنة والشهر معيناً كهذه السنة أو هذا الشهر فلا إشكال في لزوم الكراء بالعقد وليس لأحدهما الانحلال إلا برضا صاحبه، إن كان كل منهما غير معين ككل شهر بكذا أو كل سنة بكذا فلا يلزم بالعقد ولكل الانحلال ما لم يحرث المكتري كما مر في كراء الدور وأول السنة أو الشهر من حين العقد إن كانت خالية من مزروع، وإلاَّ فمن يوم تخلو منه، وهذا إذا كانت تزرع في السنة كلها وإلاَّ فأولها وقت الزراعة (في زراعة معينة) أي لا بد من تعيين ما يزرعه فيها حيث لم يكن عرف، وكأن بعض المزروع أضر من الآخر كما مر عن الجواهر.

ـــ ومُتَوالِي القَحْطِ والأمْطَار
جائِحةُ الكِراءِ مثْلُ الفَارِ

(وبتوالي القحط والأمطار) خبر عن قوله (جائحة الكراء) وقوله (ومثل الفار) بالجر عطف على بتوالي ومعناه أن من اكترى أرضاً للزراعة فتوالى إلى القحط عليها أي عدم المطر ولو بعد زراعتها في الأبان أو توالي المطر عليها فغرقت حتى فات أبان حراثتها، أو هلك زرعها النابت فيها بدود أو فار، أو وقعت فتنة منعته من زراعتها فإن ذلك كله جائحة توجب سقوط الكراء عن المكتري كما قال:

ـــ ويَسْقُط الكِراءُ إمَّا جُمْلَهْ
أَوْ بِحِسَابِ ما الفَسَادُ حَلَّهْ

(ويسقط الكراء) بما ذكر من القحط وما بعده (إما جمله) وذلك إذا أجيح الزرع كله (أو) يسقط منه (بحساب ما الفساد حله) حيث لم يجح جميعه، وظاهره ولو قل المجاح فإنه يسقط عنه بحصته وهو كذلك وليس ذلك كجائحة الثمار، وأما إن أجيح الجل وسلم القليل كخمسة أفدنة أو ستة من مائة فدان فإنه لا كراء عليه أصلاً كما قال (خ): عكس تلف الزرع لكثرة دودها أو فارها أو عطش أو بقي القليل الخ. وظاهر كلام ابن يونس وغيره أنه لا فرق بين أن تكون الفدادين السالمة القليلة في ناحية واحدة أو في نواح متفرقة. وقال اللخمي: إنما يسقط عنه الكراء جملة إذا كانت متفرقة لأن كثيراً من الناس لا يتكلف جمعها، وأما إن كانت مجتمعة في ناحية فعليه من الكراء ما ينوبها.

ـــ وَلَيْسَ يَسْقُطُ الكِرَا في مُوجَدِ
بِمِثْلِ صَرٍ أَوْ بِمِثْلِ بَرَدِ

(وليس يسقط الكرا في) أي بسبب (موجد) بفتح الجيم (بمثل صر) وهو البرد الشديد أو الحر الشديد (أو بمثل برد) وهو مطر منعقد وأدخل لفظ مثل الطير والجليد والغاصب والسارق والجيش والجراد لكن محل عدم جائحة الجراد إنما هو إذا أتى بعد أبان الحراثة وإلا بأن أتى في أبانها فمنعته من الزراعة خيفة أن يؤذي هو أو ولده ما يخرج منها فلا كراء عليه قاله الباجي وغيره. ومحل عدم السقوط بما ذكره من البرد وما معه إذا لم تقحط السماء، وأما إمن أجيح بشيء مما ذكر فقحطت السماء حتى إنه لو لم يجح لم يتم الزرع لأجل القحط

فإنها لا تسقط كما أفتى به ابن رشد، وقال البرزلي: وكذا لو استهلك شخص زرعها ثم أصابه قحط بحيث لو بقي لهلك ذلك الزرع بالقحط فإنه لا يضمن قيمة الزرع على الرجاء والخوف، وإنما سقط الكراء بالقحط والغرق والفار ولم يسقط بالبرد وما معه، لأن هذه عاهة لا سبب للمكري فيها من قبل مائه ولا من قبل أرضه، فذلك كغاصب غصب الزرع خاصة بخلاف القحط وما معه فإن لأرضه سبباً فيه والقحط والفار جائحة مطلقاً بخلاف الغرق، فإنما هو جائحة إذا كان في الأبان فإن زال قبل فوات الأبان أو حدث بعده لزمه الكراء كما قال (خ): أو غرق بعد وقت الحرث أو عدمه بذراً.
تنبيه: إذا أصابته الجائحة فلا حق للمكتري في قليلها كما يأتي في المزارعة، والله أعلم.

فصل في أحكام من الكراء

لو قال في كراء العروض وأحكام من الكراء لأنهما المذكوران في هذا الفصل لوفى بالمراد.

ـــ والعَرْضُ إنْ عُرِفَ عيناً فالكِرا
يَجُوزُ فيهِ كالسُّروجِ وَالفِرَا

(والعرض إن عرف عيناً) تمييز محول عن النائب أي إن عرفت عينه بحيث لا يلتبس رده برد مثله (فالكرا يجوز فيه كالسروج) للدواب (والفرا) بكسر أوله وبالمد وقصره ضرورة جمع فرو بفتح الفاء وسكون الراء، قال في الخلاصة: فعل وفعلة فعال لهما. قال الجوهري: الفرو الذي يلبس والجمع الفراء نقله (م) أي: وهو ثوب معلوم يلبسه أهل مصر وغيرهم، ومفهوم الشرط أن العرض الذي لا يعرف بعينه كقدور الفخار يسودها الدخان حتى لا تعرف بعينها لا يجوز كراؤها، وهو كذلك على ما لابن العطار وابن الفخار، ونقله في ضيح مسلماً، واقتصر عليه في الشامل وابن سلمون قائلاً: لا تجوز فيما لا يعرف بعينه كالدراهم والدنانير وقدور الفخار اهـ. وظاهر المدونة جواز كرائها كانت تعرف بعينها أم لا. وهو ظاهر إطلاق (خ) أيضاً حيث قال: وإجارة ماعون كقصعة وقدر الخ. ابن ناجي: ويجاب بأن قولها عام قابل للتخصيص فيقال معناه فيما يعرف بعينه اهـ. وعليه فيخصص كلام (خ) بذلك أيضاً، لكن لا يظهر وجه لما قاله ابن العطار ومن وافقه من منع كرائها والتعليل بكونه قد يرد مثلها فيكون سلفاً جر نفعاً لا يتم لأنه إن كان النفع هو عين الأجرة فيتهمان على قصد السلف لأخذ الأجرة. قلنا: كذلك إذا كان العرض يعرف بعينه لأن العرض يجوز فيه رد العين المستقرضة فيكون سلفاً بمنفعة أيضاً، فما لزم على العرض الذي لا يعرف بعينه يلزم على غيره، ولعله لذلك ضعف شراح (خ) قول ابن العطار الذي درج عليه الناظم، وتمسكوا بظاهر المدونة و(خ) وقالوا: إنه المعتمد المشهور والفرق بين الدنانير والقدور التي لا تعرف أن الدنانير والدراهم لا ينتفع بها إلا باستهلاك عينها فتحقق فيها السلف بنفع بخلاف القدر والله أعلم.

ـــ ومُكْترٍ لِذاكَ لا يَضْمَنُ ما
يَتْلَفُ عِنْدَهُ سِوَى أنْ ظَلَمَا

(ومكتر لذاك) العرض (لا يضمن ما يتلف عنده) منه (سوى أن ظلما) بفتح الهمزة أي إلا أن يظلم بتعد أو تفريط باعترافه أو بالبينة عليه فيضمن حينئذ، وظاهره أنه لا ضمان عليه مع عدم التفريط ولو شرط عليه الضمان وهو كذلك كما يأتي النص بذلك في فصل كراء الرواحل، وأما إن لم يثبت تعديه ولا تفريطه.

ـــ وهْوِ مُصَدَّقٌ مَعَ اليَمِين
وإنْ يَكُنْ مَنْ لَيْسَ بالمأْمُونِ

(فهو مصدق مع اليمين) لقد ضاع وما أخفاه وأن ضياعه لم يكن بتعد منه ولا تفريط. هذا إذا كان مأموناً بل (وإن يكن) المكتري (من) بفتح الميم (ليس بالمأمون) فإنه يصدق أيضاً لأنه لما أكراه منه فقد أمنه عليه، ثم إذا صدق في الضياع بيمينه فإنه يلزمه الكراء كله على المشهور، وقول ابن القاسم: إلا أن يأتي ببينة على وقت الضياع فإذا ادعى تلفها قبل انقضاء مدة الكراء وثبت ذلك ببينة أو ثبت أنه نشدها في ذلك الوقت وحلف على ما ذكر سقط عنه الضمان، ويغرم من الكراء بقدر ما انتفع إلى وقت التلف، وقيل: إنه مصدق في الضياع، وفي الوقت الذي ضاع فيه ولا يلزمه من الكراء إلا بقدر ما انتفع. ابن يونس: وجه قول ابن القاسم أن الأشياء المستأجرة يصدق مكتريها في ضياعها ولا يصدق في دفع كرائها وزواله من ذمته إلا ببينة، فلما اجتمعا في هذه المسألة أجرى كل على أصل بابه فيرفع عنه الضمان وإغرامه الكراء إلا أن يقيم بينة بما يوجب رفع الكراء عنه، ووجه قول غيره أنه لما صدقه في الضياع كان ذلك كقيام البينة عليه فوجب أن يسقط عنه كراء ما زاد على الوقت الذي ادعى الضياع فيه وهو الصواب اهـ باختصار.

وقوله: إن الأشياء المستأجرة الخ. يشمل حتى الدابة إذا ادعى ضياعها في أثناء المسافة فإنه لا يضمنها ويلزمه جميع الكراء على المشهور إلا أن يأتي ببينة على وقت الضياع. ابن سلمون: ولا ضمان على المكتري فيما يتلف عنده من الحلى والثياب وغير ذلك إلا أن يتعدى أو يفرط، ومن اكترى ثوباً يلبسه فسقط عليه شيء أفسده

فهو ضامن، وكذلك إن سقط من يده على جليسه فإن ادعى أنه ضاع أو سرق فالقول قوله بيمينه ويغرم الكراء كاملاً إلا أن تقوم بينة أنه ادعى تلفها قبل مدة الكراء ونشدها إذ ذاك فيغرم من الكراء بقدر ما انتفع، وكذلك يصدق في رد ذلك إلى صاحبه مع يمينه إلا أن يكون قبضه بإشهاد فلا يبرأ إلا به، ومن ادعى في حلى ضاع عنده أنه استأجره وقال ربه: بل أعرته إياك فإن كان رب الحلى مثله ممن يكريه فالقول للذي ضاع عنده وإلاّ فالقول لرب الحلى أنه أعاره ويلزم الآخر ضمانه كما قال: قرض والآخر قراض اهـ باختصار. ونحوه في نوازل العارية من المعيار، وانظر مسألة من ضلت له دابة من دواب اكتراها فتبعها فوجد الأخرى قد ضاعت في فصل كراء الرواحل الآتي.

ـــ والمُكْتَرِي إنْ ماتَ لَمْ يحِنْ كِرَا
واسْتُؤْنِفَ الكِراءُ كَيْفَ قُدِّرا

(والمكتري) داراً سنة أو دابة وجيبة بعشرة مثلاً (إن مات) أو فلس قبل أن يسكن أو سكن بعض المدة (لم يحن كرا)ء أي لم يبلغ حينه أي لم يحل عليه بالفلس أو الموت إذ لا يحل عليه شيء لم يقبض عوضه الذي هو المنفعة، فإذا اكترى ذلك لسنة وسكن ستة أشهر ثم مات أو فلس فإنما يحل عليه كراء الأشهر الستة الماضية دون الباقية، وإذا مات أو فلس قبل السكنى لم يحل عليه شيء ابن رشد: هذا أصل ابن القاسم لأنه لا يرى قبض أوائل المنافع قبضاً لأواخرها، وعلى هذا فإذا كان على المكتري ديون فإن رب الدار إنما يحاصص بكراء ما سكن المكتري فقط، ويأخذ داره في الفلس ويتنزل الورثة منزلته في الموت لأن من مات عن حق فلوارثه، فإذا أرادوا أن يلتزموا الكراء في أموالهم فلهم ذلك إلا أن يقول رب الدار: لا أرضى بذممهم فيكون له الفسخ، وإن لم يلتزموا الكراء في أموالهم فالحكم أن تكرى الدار لما بقي من المدة المضروبة مع الميت فإن نقص عن العشرة التي وقع الكراء بها للميت وقف من التركة قدر النقصان كما قال: (واستؤنف الكراء) للدار في المدة أو ما بقي منها (كيف قدرا) أي بما أمكن من قليل أو كثير.

ـــــ حَيْثُ أَبَى الوارِثُ إتْمامَ الأَمَدْ
واسْتَوْجَبُو أَخْذَ الْمَزِيدِ في العَدَدْ

(حيث أبى الوارث إتمام الأمد) على أن الكراء في ذمتهم، ومفهومه أنهم إذا أرادوا إتمام المدة على أن الكراء في ذمتهم لكان لهم ذلك كما مر (واستوجبوا) أي استحقوا (أخذ المزيد في العدد) الذي اكتريت به للميت كما لو اكتريت في المثال المذكور بخمسة عشر فالخمسة لهم.

ـــــ والنَّقْصُ بَيْنَ العَدَدَيْنِ إنْ وُجِدْ
لهُ وَفَاءٌ مِن تُرَاثِ مَنْ فُقِد

(والنقص بين العددين إن وجد) كما لو اكتريت بثمانية (له) أي لذلك النقص (وفاء من تراث من فقد) أي مات فيؤخذ من التركه قدر النقصان ويدفع للمكري عند وجوبه له، وبالجملة إذا أبى الورثة من إتمام المدة على أن الكراء في ذمتهم فإن الدار تكرى بما أمكن من قليل أو كثير والزيادة لهم والنقصان يوقف من التركة بقدره إن كان فيها وفاء به، ويدفع للمكري عند انقضاء المدة فإن لم يكن فيها وفاء به فقد ضاع الباقي على المكري لعدم وجود من يرجع به عليه هذا كله في الموت.

وأما في الفلس فللمكري أخذ داره كما مرّ، وما ذكره الناظم تبع فيه ابن رشد في فتواه بذلك، والمشهور خلافه (خ): وحل به وبالموت ما أجل ولو دين كراء الخ. وإذا قلنا بالمشهور وإنه يحل غير المستوفي منفعته ففي الموت يبقى الكراء لازماً للمكري والورثة ويحاصص المكرى به إن كانت عليه ديون ولا خيار له، وأما في الفلس فيخير المكري بين أن يسلم المنفعة للغرماء ويحاصص بالكراء، وبين أن يرجع في عين شيئه كله إن لم يستوف بشيء من المنفعة، فإن استوفى بعضها حاص بما يقابل ما استوفى منها ويخير فيما إذا لم يستوف في الرجوع فيما بقي من المنفعة وفي إسلامه والمحاصة بما ينوبه من الكراء، فإذا اكتراها سنة مثلاً باثني عشر ديناراً ونقده ستة دنانير وسكن ستة أشهر وفلس، فإنه يخير في إسلامه بقية السكنى ويحاصص بالستة دنانير الباقية، وأخذ بقية السكنى ورد منابها مما قبض وحاص بما رد، فإن لم ينقده شيئاً فإنه يحاصص بما يقابل ستة أشهر التي سكنها من غير خلاف ويخير في الستة

الباقية إن شاء رجع فيها، ويحاصص بما يقابل الستة المسكونة فقط، وإن شاء أسلمها وحاص بما يقابلها أيضاً، ويأخذ ما نابه في الحصاص معجلاً على المنصوص في المدونة، وهو المشهور فمحل الخلاف والتشهير إنما هو فيما لم تستوف منفعته، وأما ما استوفيت منفعته فمحل اتفاق.

فرع: إن باع صاحب الدار داره بعد عقد الكراء فيها وقبل انقضاء مدته فإما أن يبيعها من المكتري أو أجنبي، فإن باعها من أجنبي فإن لم يعلم بالكراء فهو عيب إن شاء رد أو تمسك، وإن علم به فلا رد له ولا كراء إلا أن يشترطه وإن اشترطه، فإن وجب الكراء للبائع أو بعضه بمضي المدة فلا خلاف في المنع إذا بيعت الدار بذهب وهو ذهب ولا بالورق على قول ابن القاسم إلا أن يكون الثمن نقداً، ويكون أقل من صرف دينار وإن لم يجب شيء من الكراء على المشتري للبائع المذكور لكونه لم يمض من المدة شيء واشترطه في العقد، ففي جوازه قولان. فابن رزقون يجيزه ووافقه غيره، ابن رشد: وهو الأصح، ومنهم من منعه ونسبه لابن القاسم في الدمياطية، ومنهم من قال: هو للمبتاع اشترطه أم لا. وأما إن باعها من المكتري فقال أبو بكر بن عبد الرحمن وأبو عمران الفاسي: هو جائز وهو فسخ لما تقدم من الكراء في قول ابن عبد الرحمن، ولما بقي من المدة من قول أبي عمران بن سهل، وجواب أبي بكر أميل إلى الصواب اهـ. ونقله ابن سلمون إثر ما ذكره الناظم، وكذا نقله (ح) مع زيادة عند قول (خ) في الإجارة واستئجار مؤجر الخ. فانظر. ثم ما تقدم في الأجنبي إنما يقول إذا ثبت عقد الكراء فيها قبل بيعها ببينة، وأما إذا لم تقم بينة وإنما أقر ربها بعقد الكراء فيها قبل بيعها فإن قوله لا يمضي على المشتري لأن ربها يتهم على فسخ البيع فيها كما أشار له (خ) في الإجارة بقوله: لا بإقرار المالك الخ. وانظر شرح الشامل عند قوله: أواخر الإجارة، ولا تنفسخ الإجارة بإقرار ربها ببيعها ونحوه الخ. وانظر الكراس الخامس من بيوع مختصر نوازل البرزلي فيمن باع سلعة بعد بيعها من آخر، فقد أطال فيها. ومثله إذا واجرها ثم باعها، وأنه إذا ثبت ذلك ببينة فهي للأول مطلقاً، وبه تعلم أن ما في معاوضات المعيار عن ابن أبي زمنين من أنها للأول إلا أن يقبضها الثاني، ويحلف أنه غير عالم بشراء الأول فيكون له خلاف الأصول

لأن العاقد هنا متحد وبسبب اتحاده لا يتصور فيه أنه غير عالم بالبيع الأول، فلا يصح قياسها على ذات الوليين ولا على قول (خ) في الوكالة: وإن بعت وباع فالأول إلا لقبض الخ. فلا تغتر بما لابن أبي زمنين، وقد ذكر (ح) في الضمان عند قوله: ولم يبعد إثباته أن من أخذ كفيلاً بدينه فأقام شخص آخر ببينة أنه كان استأجره قبل ذلك أن الإجارة أولى به، ولا يحبس في الدين، وما ذاك إلا لأنه باع منافعه أولاً من زيد فلا عبرة بما يعقده ثانياً مع عمرو مما يؤدي إلى إبطال حق الأول، وذكر في موت أحد الظئرين عن اللخمي: أن الظئر إذا ثبت أنها تكفلت قبل الإجارة ووجب سجنها سجنت، وإن تكفلت بعد الإجارة لم تسجن.

ـــ وفي امْرِىءٍ مُمَتَّعٍ في المَالِ
يَمُوتُ قَبْلَ وَقْتِ الاسْتِغْلاَلِ

(وفي امرىء) خبر مقدم عن قوله قولانِ بعده (ممتع في المال) أي متعته زوجته بعد عقد النكاح بأرض يحرثها مثلاً على أنه لم يشترط عليها ذلك التمتيع أو انطوت ضمائرهما عليه في العقد، وإلاَّ فسد النكاح كما مرّ في قوله:
ويفسد النكاح بالإمتاع في
عقدته وهو على الطوع اقتفي
(يموت) صفة بالجملة بعد المفرد (قبل وقت الاستغلال) الذي هو طيب الزرع وحصاده وبعد الزراعة.
ـــ وقامَتِ الزَّوْجَةُ تَطْلُبُ الكِرا
قَوْلاَنِ والفَرْقُ لِمَنْ تَأَخَّرَا

(وقامت الزوجة تطلب الكرا) الواجب لأرضها في الأيام الباقية بعد موت الزوج إلى طيب الزرع لأنها إنما متعت الزوج لا ورثته (قولان) أحدهما لا كراء لها. وهو قول ابن حبيب في العمرى التي هي كالتمتيع في هبة المنفعة لمدة مجهولة تنتهي بوقوع أمر مجهول الوقت، فلا فرق بين أن يسكنه عمره أو حياة فلان، أو إلى قدومه، أو يمتعه كذلك فما قيل في أحد هذه الوجوه يقال في بقيتها كما في (م). والقول الثاني لها ما ينوبها من كراء الجملة في المدة التي بين الموت والطيب، وهو لابن حبيب عن غيره. قال الشارح: ووجهه ظاهر.
(و)ثالثها (الفرق) بين أن يموت بعد فوات أبان الزراعة فلا كراء لها أو قبل فواته فلها الكراء، وهذا القول (لـ)ـــبعض (من تأخرا) وهو محمد بن بكر شيخ أبي سعيد كما يأتي، ثم ذكر الناظم أن القول بمنعها من الكراء هو الظاهر، وأن شيخه أبا سعيد بن لب رحمه الله رجحه فقال:
ـــ وحالَةُ المَنْعِ هِيَ المُسْتَوْضَحَة
وَشَيْخُنا أبُو سعيدٍ رَجّحَه
(وحالة المنع) من الكراء (هي المستوضحة) الظاهرة (وشيخنا أبو سعيد) وهو فرج بن قاسم بن لب الثعلبي الأندلسي شيخ شيوخ غرناطة وخطيب جامعها الأعظم انفرد برئاسة العلم، وكان إليه المفزع في الفتوى كتب إليه بعض ملاعين اليهود ما نصه:
أيا علماء الدين ذمي دينكم
تحير دلوه بأوضح حجة
اذا ما قضى ربي بكفري بزعمكم
ولم يرضه مني فما وجه حيلتي
t
قضى بضلالي ثم قال ارض بالقضا
فها أنا راض بالذي فيه شقوتي
دعاني وسد الباب دوني فهل إلى
دخولي سبيل بينوا لي قصتي
إذا شاء ربي الكفر مني مشيئة
فهل أنا عاص باتباع المشيئة
وهل لي اختيار أن أخالف حكمه
فبالله فاشفوا بالبراهين علتي
فأجابه أبو سعيد رحمه الله بنظم طويل حسبما في جامع المعيار وهذا منه:
قضى الرب كفر الكافرين ولم يكن

ليرضاه تكليفاً لدى كل ملة
نهى خلقه عما أراد وقوعه
وإنفاذه والملك أبلغ حجة
فنرضى قضاء الرب حكماً وإنما
كراهتنا مصروفة للخطيئة

إلى أن قال:
دعا الكل تكليفاً ووفق بعضهم
فخص بتوفيق وعم بدعوة... الخ.
ومعنى قوله: فنرضى قضاء الرب الخ. أي: نرضى بقضائه سبحانه من جهة حكمه ونكرهه من جهة كونه خطيئة، فالرضا بقضائه بالمعصية وحكمه بها مصروف لما مضى من الزمان، وبالنسبة للمستقبل يجب الإقلاع عنها وعدم الثبات عليها لأن المعصية لم يرض الله تعالى أن يتدين بها عباده، والإقلاع عنها في طوقهم قال تعالى: ولا يرضى لعباده الكفر} (الزمر:7) وقال: إنا كل شيء خلقناه بقدر} (القمر:49) (رجحه) لأنه بحرث الأرض وزراعتها حاز منفعة السنة كلها، فلم يمت إلا والمنفعة في ملكه، ثم بين القول الثالث المتقدم في قوله: والفرق لمن تأخر فقال:
ـــ وشَيْخُهُ مُحَمَّدُ بنُ بَكرِ
إلى الوَفاةِ مَالَ عِنْدَ النَّظَرِ
(وشيخه) أي شيخ أبي سعيد وهو القاضي أبو عبد الله (محمد بن بكر) بفتح الموحدة وتشديد الكاف المفتوحة (إلى الوفاة مال عند النظر) أي مال عند نظره في المسألة إلى اعتبار وقت الوفاة، ورجح اعتبار ذلك وقال به فالمجرور بإلى يتعلق بالنظر.
ـــ فإنْ تَكُنْ وَالإِزْدِرَاعُ قَدْ مَضَى
إبَّانُهُ فَلاَ كِرَاءَ يُقْتَضَى
(فإن تكن) الوفاة (و)الحال أن (الازدراع قد مضى أبانه فلا كراء يقتضى.
ـــ وإنْ تَكُنْ وَوقْتُ الازْدرَاعِ
باقٍ فمَا الكِرَاءُ ذُو امْتنَاعِ
وإن تكن ووقت الازدراع. باق فما الكراء ذو امتناع). ووجه هذا القول الحمل على الاستحقاق، والظاهر أن القول الأول لا يخالف في هذا إلا أن يقال: إن هذا ينظر لفوات الأبان وعدمه والأول ينظر للزراعة فإذا زرعها فلا كراء عليه ولو لم يفت الأبان والله أعلم.
ـــ وفي الطَّلاَقِ زرْعُهُ لِلزَّارِعِ
ثُمَّ الكِرَاءُ ما لَهُ مِنْ مَانِعِ

(وفي الطلاق) يقع من الزوج الممتع بعد أن زرع الأرض، وقبل الطيب الثلاثة الأقوال المتقدمة اقتصر الناظم فيها على الثاني منها وهو أن (زرعه للزارع) وهو الزوج (ثم الكراء) لباقي المدة أي ما ينوبها من كراء الجملة (ما له من مانع) يمنع وجوبه على الزوج لأن التمتيع وقع في تحسين العشرة وليس بعد الطلاق عشرة يصانع عليها، فالأقوال الثلاثة التي في موت الزوج جارية في

طلاقه، وباقتصار الناظم على وجوب الكراء هنا يعلم أن الراجح في الموت هو وجوبه أيضاً فحقه أن يقتصر عليه هناك أو يقول: وحالة الكرا هي المستوضحة الخ. فما رجحه أبو سعيد هنالك لا يخلو عن بحث كما قاله الشارح في موت الزوجة. هذا كله إن طلق بعد الزراعة وإن طلق قبل أن يزرعها.

ـــ وخُيِّرَتْ في الْحرْثِ إلى إعْطاءِ
قِيمَتِهِ والأخْذِ لِلْكِرَاءِ

(و)بعد أن حرثها أي قلبها (خيرت) الزوجة (في الحرث) أي (في إعطاء قيمته) وتأخذ أرضها وفي تركه للزوج (والأخذ للكراء) واللام للتعدية كقوله تعالى: فعال لما يريد} ومصدقا لما معكم} (النساء:47) وفي إعطاء بدل مما قبله هذا حكم موت الزوج وطلاقه، وأما إن ماتت الزوجة فهو قوله:

ـــ وَحَيْثُمَا الزَّوْجَةُ مَاتَتْ فالكِرا
عَلَى الأصَحِّ لازِمٌ مَنْ عَمَّرَا

(وحيثما الزوجة) التي متعت زوجها (ماتت) بعد الحرث وقبل الزراعة أو بعد الزراعة وقبل الطيب (فالكرا)ء كله في الأولى أو ما ينوب باقي المدة (على الأصح لازم من عمرا) الأرض وحرثها وهو الزوج لأنها إنما أمتعته منفعة ما تملكه، وقد زال ملكها بموتها، اللهم إلا أن يشاء وارثها في موتها بعد الحرث وقبل الزراعة أن يدفع لها قيمة حرثه فله ذلك كما مرّ في الطلاق، ومقابل الأصح قولان عدم لزوم الكراء أصلاً والفرق بين فوات الأبان وعدم فواته، فالأقوال الثلاثة التي في موت الزوج جارية في موت الزوجة أيضاً كما في ابن سلمون، ونقله الشارح قائلاً: ومن هنا يظهر أن من أوجب الكراء في موته يوجبه في موتها لأن الحق قد انتقل للغير في الصورتين، فما رجحه أبو سعيد في موت الزوجة لا يخلو من بحث اهـ. بمعناه. ثم إذا قلنا بلزوم الكراء في هذه الصورة فإنما يلزمه من كراء الجملة.

ـــ بِقَدْرِ مَا بَقِيَ لِلحَصَادِ
مِنْ بَعْدِ رَعْيِ حَظِّهِ الْمُعْتَادِ

(بقدر) ما ينوب (ما بقي) من المدة بعد الموت والطلاق (للحصاد) كما مر تقريره إلا أنه في موتها يراعي إرثه منها فيحط عنه من ذلك الكراء اللازم له قدر إرثه منه كما قال: (من بعد رعي حظه المعتاد) له في إرثه منها وهو النصف مع فقد الولد والربع مع وجوده فيحط عنه ويلزمه الباقي فقوله: بقدر ما بقي الخ. راجع لجميع ما مرّ

وقوله: من بعد رعى حظه الخ. خاص بموت الزوجة، وقد تبين أن الناظم رجح لزوم الكراء في الطلاق وموتها دون موته هو، وقد علمت أن عدم لزومه في موته مبحوث فيه.

ـــ وإنْ تَقَعْ وَقَدْ تَنَاهَى الفُرْقَه
فالزَّوْجُ دُونَ شَيْءٍ اسْتَحَقَّهُ

(وأن تقع) الفرقة بموتها أو موته أو طلاقه (و)الحال أنه (قد تناهى) الزرع وطاب ويبس فقوله (الفرقه) فاعل تقع (فالزوج) أو وارثه (دون شيء) من الكراء (استحقه) أي الزرع قاله ابن سلمون وغيره.

ـــ وَنُزِّلَ الوَارِثُ في التَّأْنِيثِ

وَعَكْسِهِ منْزِلَة المَوْرُوثِ
(ونزل الوارث في التأنيث) وهو موت الزوجة (وعكسه) وهو موت الزوج (منزلة الموروث) فلا كراء إن كان الموت بعد الطيب وتجري الأقوال الثلاثة فيما إذا كان قبله. وهذا البيت قليل الجدوى لعلم حكمه مما مر.
تنبيه: فإن أمتعت الزوجة زوجها بكرم أو ثمرة فإن وقعت الفرقة بشيء مما ذكر بعد بدو الصلاح في الكرم أو طيب الثمرة فالغلة للزوج أو لورثته، وإن كان الفراق قبل ذلك فالغلة للزوجة أو لورثتها قاله ابن سلمون في فصل المتعة أوائل النكاح منه قال: وهكذا حكم الحبس والعمرى المراعى فيهما بدو الصلاح وظهور الطيب، وكذلك حكم الاستحقاق والرد بالعيب ومراده بالحبس الحبس الموقت بحياة المحبس عليه قال: إلا أن الزوج متى كانت الغلة للزوجة أو ورثتها لا يرجع بما سقى وعالج اهـ. واختار أبو سعيد بن لب أنه يرجع بقيمة سقيه وعلاجه كما في الشارح واليزناسني.
فصل في اختلاف المكري والمكتري
وهما كما قال (ت): إما في قدر المدة وعليه تكلم في الأبيات الخمس الأول، أو في القبض والجنس وعليهما تكلم في البيت الأخير، أو في قدر الكراء وعليه تكلم فيما بينهما.
ـــ القَوْلُ لِلْمُكرِي مَعَ الحَلْفِ اعْتُمِدْ
في مُدَّةِ الكِراءِ حَيْثُ يَنْتَقِدْ

(القول للمكري مع الحلف) بسكون اللام (اعتمد) فيما إذا اختلفا (في مدة الكراء) فقال المكري بدرهم لشهر، وقال المكتري: بل بدرهم لشهرين وهذا (حيث ينتقد) أي يقبض المكري الكراء الذي هو الدرهم في المثال المذكور، وظاهره سواء سكن المكتري الشهر الذي يدعيه المكري أو لم يسكنه أشبه فيما يدعيه إن قال الناس مثل تلك الدار تكرى بما قال لتلك المدة التي يدعيها أو لم يشبه، وهو ظاهر ابن سلمون والمتيطي، وسيأتي ما فيه، وأما إن سكن الشهرين فالقول قول المكتري (ح): لترجح جانبة بحيازة السكنى التي يدعيها، ومفهوم قوله: حيث ينتقد أنه إذا لم يكن المكري انتقد الكراء ولا قبضه فإنه تعتبر السكنى حينئذ كما قال:
ـــ وَمَعْ سُكْنَى مُكْتَرٍ وما نَقَدْ
تحالفا والفَسْخُ في باقي الأَمَدْ
(و) إن اختلفا (مع) وجود (سكنى مكتر) بعض المدة (و)الحال أنه (ما نقد) للمكري شيئاً من الكراء (تحالفا) ويبدأ المكري باليمين لأنه البائع للمنافع (و)يجب (الفسخ في باقي الأمد.
ـــ ثمَّ يؤدِّي مَا عَليهِ حَلَفا
في أمدِ السّكنَى الذِي قَدْ سَلَفَا
ثم يؤدي) المكتري (ما عليه حلفا. في أمد السكنى الذي قد سلفا) فإن اختلفا بعد أن سكن نصف الشهر في المثال المذكور فإنه يؤدي ربع الدرهم وبعد سكناه الشهر والنصف الآخر يؤدي ثلاثة أرباعه.
ـــ وإن يكُونا قبل سُكْنَى اختلَفَا
فالفسخُ مهما نكَلا أو حَلَفا
(وإن يكونا قبل سكنى اختلفا) والموضوع بحاله من كون المكتري لم ينقد شيئاً (فالفسخ) أيضاً (مهما نكلا) معاً (أو حلفا) معاً فإن حلف أحدهما ونكل الآخر

في هذه أوِ في التي قبلها قضى للحالف على الناكل كما قال:
ـــ والقَوْلُ في ذلِك قولُ الحالِفِ
في لاحِقِ الزَّمانِ أَوْ في السالِفِ

(والقول في ذلك قول الحالف) وحده إذا نكل صاحبه سواء اختلفا بعد السكنى أو قبلها
وقوله: (وفي لاحق الزمان أو في السالف) خاص بالاختلاف بعد السكنى والاختلاف في قدر مدة الأرض المكتراة سنين كالاختلاف في قدر مدة السكنى، وما ذكره الناظم في هذه الأبيات مثله في ابن سلمون والمتيطية والنوادر، وظاهرهم أنه لا ينظر في ذلك لشبه، والظاهر إنه لا بد منه كما قالوه فيما إذا اختلفا في قدر الأجرة وقدر المدة المشار لها بقول (خ): وإن قال اكتريت عشر سنين بخمسين، وقال المكري: بل خمس سنين بمائة حلفا وفسخ حيث لم يزرع ولم يسكن، وإن زرع بعض السنين أو سكن بعضها فلربها ما أقرَّ به المكتري أن أشبه وحلف وإلاَّ فقول ربها إن أشبه وإن لم يشبها حلفا ووجب كراء المثل فيما مضى وفسخ الباقي مطلقاً وإن نقدا وأشبها معاً أو المكري فقط فتردد هل هو كالمتقدم في قبول قول المكري بيمينه ويأخذ بحساب دعواه فيما مضى ويفسخ الباقي أو يعمل بقوله ولا فسخ؟ ويلزم المكتري إتمام المدة بجميع المائة، وأما إذا نقدا ولم يشبها معاً أو أشبه المكتري فقط فحكم ذلك حكم ما ذكر فيما إذا لم ينقد، وإنما قلنا: الظاهر إنه لا بد من اعتبار الشبه فيما إذا كان الاختلاف في قدر المدة فقط الذي ذكره الناظم لأنه يلزم من الاختلاف في المدة الاختلاف في قدر الأجرة، ولذا قالوا: يؤدي فيما سكن بحساب ما قال، وأيضاً فإنه يلزم من اعتبار الشبه في الاختلاف في قدر الأجرة والمدة اعتباره في قدر الأجرة فقط أو المدة فقط وإنما تركه من تركه للعلم به لأنه معلوم أن الشبه من مرجحات الدعوى، وعليه فقول الناظم: حيث ينتقد يعني وأشبه، ويلزم المكتري إن لم يسكن إتمام المدة بما قال المكري؛ كما هو أحد شقي التردد.
وقوله: ثم يؤدي ما عليه حلفاً يعني: إذا أشبه فيما يدعيه من المدة، وإلاَّ فالقول لربها ويأخذ من الكراء لماضي المدة بحساب ما قال ويفسخ الباقي لأن شراء المنافع كشراء الذوات فما فات منها

يصدق فيه المشتري إن أشبه وإلاَّ صدق البائع ويفسخ العقد فيما لم يفت منها وهو معنى قول (خ) في البيع: وصدق مشتر ادعى الأشبه وحلف إن فات الخ.
وقوله: وإن يكونا قبل سكنى الخ. يعني ولا ينظر هنا لشبه لعدم فوات المنافع والله أعلم. ثم أشار إلى الاختلاف في القدر فقال:
ـــ وإن يكُنْ في القَدْرِ قَبْلَ السُّكْنى
تحالَفا والفَسْخُ بَعْدُ سُنَّا
(وإن يكن) الاختلاف (في القدر) للكراء كأن يقول المكري بعشرة ويقول المكتري بثمانية فإن كان ذلك (قبل السكنى. تحالفا والفسخ بعد) أي بعد حلفهما (سنا) أي شرع، وظاهره أنه لا ينظر لشبه ولا لنقد وهو كذلك لعدم فوات المنافع كما في البيع.

ـــ وإنْ يكن من بعدِ سُكْنَى أَقْسَمَا
وفسْخُ باقِي مُدَّةٍ قد لَزِمَا
(وإن يكن) الاختلاف المذكور (من بعد سكنى) بعض المدة أو زراعة بعضها (أقسما) أي حلفا معاً (وفسخ باقي مدة قد لزما.
ـــ وَحِصَّةُ السكْنَى يُؤْدِّي المكْتَرِي
إنْ كان لَمْ يَنْقُد لماضي الأَشْهُرِ

وحصة) مدة (السكنى) والزراعة الماضية (يؤدي المكتري) من حساب ما قال وهو الثمانية في المثال لأنه يصدق فيما مضى وفات إذا أشبه كما مرّ سواء أشبه المكري أم لا. فإن انفرد المكري بالشبه فيأخذ لماضي المدة من حساب ما قال وهو العشرة بعد يمينه، وإن لم يشبها حلفا ووجب كراء المثل فيما مضى ومحل الفسخ في الباقي وتصديق المكتري عند شبهه (إن كان لم ينقد لباقي الأشهر) فإن نقد خمسة مثلاً وقال: هذا المنقود هو كراء السنة كلها، وقال الآخر: بل هو كراء ستة أشهر منها وبقي لي عندك من تمام كراء السنة خمسة أخرى فإن أشبها معاً أو المكري فقط جاء التردد المتقدم هل يصدق المكري بيمينه ويأخذ لماضي المدة بحساب ما قال وهو العشرة ويفسخ باقي المدة أو يعمل بقوله في الماضي والمستقبل ويلزم المكتري إتمام المدة بجميع الكراء؟ وأما إذا نقدا ولم يشبها معاً أو أشبه المكتري فقط ففي الأولى يجب عليه كراء المثل فيما مضى ويفسخ الباقي، وفي الثانية يكون عليه فيما مضى بحساب ما قال، وينظر إلى الدار فإن احتملت القسمة ولا ضرر على المكتري في سكنى نصفها سكنها في نصف الخمسة الباقية في المثال، وإن كان عليه ضرر فسخت بقية المدة ورد المكرى عليه نصف الخمسة المقبوضة قاله المتيطي إلا إنه لم يقيد بالشبه، وقد علمت أنه لا بد منه وهو معارض لما مرّ عن (خ) من أنه يفسخ الباقي مطلقاً، ومن أنه إنما يصدق في الماضي مع الشبه والفوات والله أعلم.
ـــ والقَوْلُ من بعدِ انقضاء الأَمَدِ
لِلْمُكْتَري والحَلْفُ إنْ لَمْ يَنْقُدِ

(والقول) فيما إذا اختلفا في قدر الأجرة كما هو الموضوع (من بعد انقضاء الأمد) أي وهو أمد الكراء (للمكتري) بشرط الشبه كما مرّ لأنه معتبر مع فوات كل المنافع أو بعضها، وبشرط أن يحلف وأن لا يكون نقد شيئاً كما قال:
(والحلف إن لم ينقد) فإن لم يشبه بل أشبه المكري وحده ونكل المكتري عن اليمين أو كان نقد العشرة مثلاً، وزعم بعد انقضاء المدة أن الكراء إنما هو خمسة منها والخمسة الأخرى قرض أو وديعة، فالقول للمكري إن الجميع كراء بيمينه إن أشبه وإن لم يشبها حلفا ووجب كراء المثل، ثم شبه في كون القول للمكتري ما إذا اتفقا على الأجرة وقدر المدة وإنما اختلفا في انقضائها فقال:
ـــ كَذَاكَ حُكْمُهُ مع ادعائِهِ
لِقدْرِ باقِي مُدَّةِ اكْتِرَائِهِ
(كذاك حكمه) أي المكتري (مع ادعائه لقدر) اللام زائدة (باقي مدة اكترائه) لو قال بقاء قدر مدة اكترائه لكان أحسن وسلم من زيادة اللام.

واعلم أنه لا يتأتى الاختلاف في انقضاء المدة إلا بالاختلاف في مبدئها، ومحل كون القول للمكتري بيمينه إذا أشبه الآخر أم لا؟ فإن أشبه المكري فقوله بيمينه وإن لم يشبها حلفا ووجب كراء المثل فيما مضى، وإن وقع الاختلاف قبل أن يمضي شيء من المدة حلفا وتفاسخا ولا ينظر لشبه لعدم فوات المنافع، فإن أقام كل البينة قدمت بينة المكري لتقدم تاريخها، وهذا الحكم عام في الكراء والبيع. (خ): وإن اختلفا في انتهاء الأجل فالقول لمنكر التقضي الخ. ثم أشار إلى اختلافهما في جنس الكراء أو قبضه فقال:

ـــ والقولُ في القبضِ وَفي الْجِنْسِ لِمَنْ
شَاهدُه مَعْ حَلْفِهِ حَالُ الزمَنْ

(والقول) في الاختلاف (في القبض وفي) الاختلاف في (الجنس لمن شاهده مع حلفه حال الزمن) بالرفع خبر عن شاهده ومع حلفه حال من القول، فإذا اختلفا في جنس الكراء فزعم المكري أنه بالدنانير، وزعم الآخر أنه بعرض، فإنه ينظر لعرف البلد في مثل ذلك الكراء من كونه بالدنانير أو بالعرض، فمن شهد له عرف البلد منهما صدق مع يمينه كما مر في البيع في التنبيه الثاني عند قوله: بأضرب الأثمان والآجال. أنه لا فرق بين بيع الذوات والمنافع، وأما إذا اختلفا في القبض فإنه ينظر للقرب والبعد، فإن كان الكراء مشاهرة أو مسانهة ودفع ببينة كراء شهر معين أو سنة معينة فذلك براءة لما قبل ذلك من الشهور والسنين كما مر في كراء الدور في التنبيه الثالث، وإن لم يدفع كراء شهر معين ولا سنة بعينها فالقول للمكتري فيما مضى إلا في الشهر الأخير والسنة الأخيرة، فالقول لرب الدار إن قام بحدثان ذلك فإن تطاول ذلك حتى حال نحو الشهر في الشهور والسنة في السنين، فالمكتري مصدق مع يمينه قاله ابن سلمون ونحوه في المتيطية قائلاً وبه العمل، وكذلك قيام الصناع بعد رد المتاع ثم يطلبون بعد ذلك أجرتهم يفصل فيه بين القرب والبعد، والعمل بفاس أن يقبل قول المكري في الثلاثة الأشهر الأخيرة أنه لم يقبض كراءها مع يمينه كما في المجالس المكناسية ولا يقبل قوله فيما زاد عليها، فقول الناظم حال الزمن يعني يعتبر في كل ما يليق به، ففي القبض يعتبر القرب والبعد في الزمان، وفي الجنس يعتبر عرف البلد في ذلك الزمان والله أعلم.

تنبيه: فإن لم يبينا في عقد الكراء وقت أدائه واختلفا فيه فقال المكتري: تعجله في أول الشهر، وقال المكري في آخره حملاً على عرف البلد كما قال (خ): وعجل إن عين أو بشرط أو عادة الخ. فإن لم يكن عرف لزمه أن يؤدي في كل يوم بحسابه.

فصل في كراء الرواحل

جمع راحلة وهي الناقة النجيبة الكاملة الخلق الحسنة المنظر المدربة على الركوب والسير والحمل، بهذا فسر عياض قوله عليه الصلاة والسلام: «الناس كإبل مائة لا تكاد تجد فيها راحلة» عياض: وأصلها من الرحل الموضوع عليها اهـ. والمراد بها هنا الدابة من حيث هي من فرس وبغل وحمار وجمل.

(والسفن) جمع سفينة.

ـــ وفي الرَّوَاحِلِ الكِرَاءُ والسُّفُنُ

عَلَى الضَّمانِ أَوْ بِتَعْيِينٍ حَسَنُ
(وفي الرواحل الكراء) مبتدأ والمجرور قبله متعلق به (والسفن) جمع سفينة عطف على الرواحل (على الضمان) خبر (أو بتعيين حسن) عطف عليه: والمعنى أن الكراء في الرواحل والسفن كائن على وجهين إما على الضمان كأكتري منك ركوب دابة أو سفينة إلى موضوع كذا، أو أكتري منك دابتك البيضاء أو السوداء أو التي عندك أو أكري لك دابتي وليس لي غيرها، فهذه الصور كلها من المضمون، وإما على التعيين كأكتري منك دابتك هذه إلى محل كذا، فالكراء المعين هو ما وقع العقد فيه على مشار إليه والمضمون ما كان بخلافه. ابن المواز: ولو اكترى منه دابة أو سفينة ليحمله لبلد كذا ولا يعلم له غيرها وقد أحضرها ربها عند العقد ولم يقل تحملني على هذه، فهو على الضمان وعلى المكري خلفها إذا هلكت حتى يصل الغاية اهـ. قالوا: لأن الكراء المضمون كشراء سلع مضمونة إذا هلكت قبل القبض أو استحقت مطلقاً لزمه أن يأتيه بمثلها، وإذا قدم فيه المكري دابة للمكتري فركبها فليس له أن يزيلها من تحته إلا برضاه والكراء المعين إذا هلك قبل الغاية انفسخ الكراء ولا يلزمه أن يأتيه بغيرها لأنه كشراء السلعة المعينة من مكيل وموزون إذا هلك قبل أن يوفيه كيله أو وزنه انفسخ البيع، فإذا تراضيا بعد الفسخ في المعينة على أن يخلفها بغيرها وكان لم ينقد جاز لأنه كراء مستأنف، وإن كان نقد لم يجز لأنه فسخ دين في دين إلا أن يكون في مفازة أي محل لا يجد فيه دابة للكراء، فيجوز حينئذ وإن أدى لفسخ الدين قال ابن المواز:

ولا يجوز استئجار عبد أو دابة أو سفينة بعينه على أنه إن هلك أتاه بمثله كما أنه لا يجوز بيع شيء بعينه على أنه إن هلك قبل القبض ضمن البائع مثله سواء كان المبيع حيواناً أو طعاماً أو عرضاً اهـ. وإذا وقع الكراء على الضمان فلا بد أن يذكر جنس الدابة ككونها من الخيل أو البغال ونوعها من برذون وعربي وذكورة وأنوثة كما قال (خ): وإن ضمنت بجنس ونوع وذكورة الخ. وإذا كانت معينة واكتراها للركوب فينبغي أن يختبر سيرها ليعلم سرعتها من بطئها، فرب دابة كما قال مالك المشي خير من ركوبها، فإن لم يختبرها لم يلزمه الكراء، ثم محل ذكر الجنس والنوع في المضمونة إنما هو إذا أكريت للركوب، وأما على كرائها للحمل ونحوه فلا يحتاج لذلك لعدم تعلق الأغراض به إلا في حمل زجاج ونحوه كدهن فيحتاج لوصفها خوف أن تكون جموحاً أو عثوراً فتفسده، وإذا قدم له جموحاً أو عثوراً وهو عالم بأنه يحمل عليها ذلك، فالظاهر ضمان المكري حيث لم يعلم المكتري بكونها جموحاً أو عثوراً والله أعلم.
تنبيهات. الأول: قال البرزلي: من اكترى دواب بأحلاسها وغرائرها فهربت دابة بحملها فتبعها فرجع فوجد الأخرى قد ذهبت فلا ضمان عليه في الأولى ولا فيما عليها إلا أن يتبين كذبه ولا ضمان عليه في الثانية أيضاً ولا فيما عليها إن تركها عند ثقة وإلا ضمن اهـ.
قلت: قوله: وإلاَّ ضمن الخ. نحوه قوله في الدر النثير في الراعي تذهب الشاة فيتبعها ولا يترك الغنم عند أحد فتضيع كلها أو بعضها: أنه ضامن لأنه مفرط حين علم أنه موضع الخوف فرجع إلى الأقل وترك الأكثر لأنه مأمور بحفظ الأكثر اهـ. ومفهوم قوله حين علم أنه موضع الخوف الخ. أنه إذا علم أو غلب على ظنه أنه محل أمن لا ضمان عليه، ومفهوم قوله فتبعها أنه إذا لم يتبعها ولا

طلبها لا ضمان عليه، ولا يكون عدم طلبها تفريطاً يوجب الضمان وهو كذلك حيث خاف على الباقي لكونه في غير محل أمن وإلاّ ضمن كما في ابن عرفة.

الثاني: قال ابن القاسم في الدمياطية في مكتري الدابة يشترط عليه الضمان: أنه لا ضمان عليه قال: والمناجل وآلة الحرب يضمنها. ابن رشد قوله بضمان المناجل ونحوها مما يغاب عليه شذوذ ولا أعلم خلافاً أنه لا ضمان عليه ولو مع الشرط، وظاهر كلامه في اشتراط ضمان الدابة عليه أنه كراء فاسد وعليه كراء المثل في الفوات قال: وحكم كراء العروض على شرط الضمان حكم بيع الثنيا يفسخ إلا أن يسقط الشرط، فإن لم يعثر على ذلك حتى فات الكراء ففيه الأكثر من المسمى وكراء المثل دون شرط اهـ. وبه تعلم ما في اشتراط تضمين الماشطة ما تلف بيدها مما اكترته من حلى الأعراس انظر (م) في البيت بعد هذا.
الثالث: قال الوانوغي: وفي سماع أشهب فيمن يتكارى دابة لمكة كل يوم بدرهم؟ قال: ما هذا من بيوع الناس ولعله يمكث بذلك شهرين ولو ضرب لذلك أجلاً كاكترائه لها شهراً كل يوم بدرهم، فلا إشكال في الجواز. وأما إذا اكتراها منه إلى مكة كل يوم بدرهم فلم يجز ذلك هنا، وأجاز في المدونة كراء الراحلة بعلفها إلى موضع كذا، وهذا اختلاف من القول إذ لا فرق بين المسألتين لأنه إذا أبطأ في السير كثر عليه العلف، وإن عجل قل عليه العلف، فآل ذلك إلى الجهل بمبلغ الكراء، ولو أكرى منه الدابة بعلفها إلى مكة أو كل يوم بدرهم أسرع أو أبطأ في السير لم يجز اتفاقاً، فالخلاف إنما هو إذا وقع الكراء مبهماً دون بيان، فحمله في هذه الرواية على الظاهر من الوصول إلى مكة قرب أو بعد، وحمله في المدونة على الوصول على السير المتعارف فأجازه اهـ.
واقتصر في الكراس الثامن من أنكحة المعيار على أن كراء الدابة كل يوم بدرهم لا يجوز إلا مع الأجل كالشهر ونحوه. ثم أشار الناظم إلى وجوب تعجيل الأجر في الكراء المضمون دون المعين فإنه يجوز فيه التعجيل والتأجيل فقال:
ـــ ويُمْنَعُ التَّأجِيلُ في المَضْمُونِ

وَمُطْلَقاً جَازَ بذِي التعْيين (ويمنع التأجيل) للأجر (في) الكراء (المضمون) وظاهره منع التأجيل ولو شرع في السير وليس كذلك، بل إذا شرع ولو حكماً كتأخير شروعه اليومين والثلاثة لم يمنع تأجيله، وإنما كان الشروع حكماً كالشروع بالفعل لأن حكم الكراء المضمون حكم السلم في جواز التأخير ثلاثة أيام كما في المقدمات، وإنما جاز التأجيل مع الشروع ولو حكماً لأن قبض أوائل المنفعة قبض لأواخرها، فلا يلزم ابتداء الدين بالدين المرتب على التأجيل وعدم الشروع، وهذا إذا كان العمل المشروع فيه يسيراً كما في المقدمات، فإن كان كثيراً وجب تعجيل الأجر سواء شرع أم لا. إذ لا يكون قبض الأوائل كقبض الأواخر إلا في اليسير، وظاهر النظم أيضاً أن التأجيل ممنوع ولو للبعض وليس كذلك، بل كل كراء مضمون لا يركب فيه إلا في وقت معلوم، ووقع العقد قبل حصول وقته كان كراء حج أو غيره يكتفي فيه بتعجيل اليسير، ويجوز تأجيل ما بقي كما قاله مالك لاقتطاع الأكرياء أموال الناس، وأما إن وقع بعد حصول وقته فلا بد من الشروع ولو حكماً أو تعجيل جمع الأجر إذ لا ضرورة

حينئذ تستدعي تعجيل اليسير فقط، (ومطلقاً جاز بذي التعيين) أي وجاز عقد الكراء مطلقاً كان الأجر معجلاً أو مؤجلاً في الدابة المعينة أو السفينة المعينة كهذه الدابة أو السفينة ونحو ذلك، ومحل الجواز مع التعجيل إذا كان يستوفي المنافع في الحال أو يؤخر استيفاءها الأيام القلائل كالعشرة وإلاَّ لم يجز لتردد النقدين الكراء إن لم تهلك والسلف إن هلكت كما قال (خ) في الخيار عاطفاً على المنع وأجير تأخر شهراً وأما مع التأجيل للنقد فيجوز تأخير استيفائها الشهر ونحوه كما قال في الإجارة وكراء دابة شهراً إن لم ينقد.

تنبيه: وكما يجب التعجيل للأجر في الكراء المضمون الذي لم يشرع فيه كذلك يجب تعجيل الأجر المعين كثوب مثلاً. وحاصله؛ أن الأجرة إذا كانت معينة كثوب بعينه أو دراهم بعينها فإنه يجب تعجيلها ويقضى به لحق الله تعالى سواء اشترط التعجيل أم لا. كان المستوفي منه المنفعة معيناً أم لا. والإجارة صحيحة مع الشرط ولو لم يعجل بالفعل، وكذا مع عدمه إن كان عرفهم التعجيل فإن كان عرفهم التأخير أو لا عرف أصلاً ولم يشترط التعجيل فسدت ولو عجلت بالفعل، وأما إن كانت الأجرة غير معينة كدراهم أو ثوب في الذمة، فإنما يجب التعجيل إن كان المستوفى منه مضموناً لم يشرع في استيفاء منافعه فإن كان معيناً فلا يجب التعجيل ولا يقضي به عند طلبه إلا إذا اشترطه أو جرى العرف به، لأن أصل ابن القاسم أن الثمن في الإجارة على التأخير إلى تمام العمل إلا أن يشترطه أو يجري العرف به فيقضي له بتعجيله حينئذ، وبالجملة مهما اشترط التعجيل أو جرت العادة به ففي المعين يجب التعجيل مضمونة كانت أم لا. وكذا غير المعين في المضمونة لا بد فيه من التعجيل لحق الله في الجميع للزوم بيع معين يتأخر قبضه في الأولين وللزوم ابتداء الدين بالدين في الثالث، وأما غير المعين في غير المضمونة ففي الشرط أو العادة يقضي به فقط لأن الحق حينئذ للآدمي، وهذا معنى قول (خ): وعجل إن عين بشرط أو عادة أو في مضمونه لم يشرع فيها إلاَّ كراء حج فاليسير إلى قوله: وفسدت إن انتفى عرف تعجيل المعين الخ. إلا أن عبارته رحمه الله غير موفية بالمراد، فلو قال: وعجل بشرط أو عادة في المعين مطلقاً كغيره في المضمونة وتفسد بعدمه كانتفاء عرف تعجيل المعين لا غيره في غيرها، ويقضي به فقط مع الشرط أو العادة لأجاد والله أعلم.

ـــ وحيثُ مُكْتَرٍ لِعُذْرٍ يَرْجِعُ
فَلاَزِمٌ لهُ الكِرَاءُ أَجْمَعُ

(وحيث مكتر) دابة ليزف عليها عروساً أو ليشيع عليها رجلاً أو ليركبها لموضع كذا أو اكتراها لحج أو ليركبها في يوم كذا فتركها حتى مضى اليوم (لعذر) من مرض أو عدم رفقة أو سقط أو مات أو حبسه غريم في دينه ونحو ذلك من الأعذار التي عاقته عن العمل عليها (يرجع) عن ذلك الزفاف ونحوه (فلازم له الكراء أجمع) إن كان حياً أو لورثته إن مات وله أو لوارثه كراء الدابة في مثل ما اكتراها له حيث كان الزمان الذي اكتراها للركوب فيه باقياً قاله في المدونة ونحوه قول ابن سلمون: ومن اكترى دابة إلى موضع فرجع بها من الطريق فالكراء لازم له يعني: وله أن يكريها في مثله، وبالجملة فكل ما تستوفى به

المنفعة لا تنفسخ الإجارة بتلفه أو وجود عائق كموت المكتري للدابة ومرضه وحبسه وعدمه رفقة ونحو ذلك كتلف المتاع المحمول على الدابة أو أخذ اللصوص له أو موت الأمة المبعوثة معه بأجر ليوصلها لفلان، سواء تلف أو غصب قبل الخروج أو بعده، وكل ما تستوفى منه المنفعة تنفسخ الإجارة بتلفه كموت الدابة المعينة وانهدام الدار المكتراة، ونحو ذلك كما مرّ في البيت قبله، والناظم تكلم على الكلية الأولى وسكت عن الثانية و (خ) تكلم عليهما معاً حيث قال: وفسخت بتلف ما يستوفى منه لا به واستثنوا من الكلية التي تعرض لها الناظم أربع مسائل وهي صبيان وفرسان صبي التعليم والرضاعة وفرس النزو والرياضة فقالوا: إن الإجارة تنفسخ فيها وله من الكراء بحساب ما عمل مع كونها مما تستوفي بها المنفعة وألحقوا بذلك كما في الشامل وغيره المؤاجرة على الحصاد فيتلف الزرع وليس لربه غيره وعلى بناء حائط فيمنع من البناء مطر ونحوه وثوب يدفع لخياط أو غزل يدفع لنساج فيتلف كل منهما وليس لربهما غيره، والطبيب يؤاجر لمداواة العليل مدة فيموت العليل قبلها والمؤاجرة على ثقب جوهر نفيس فينكسر وعلى الحراثة فينكسر المحراث ونحو ذلك قال في ضيح: والعلة فيها كلها تعذر الخلف غالباً اهـ. وعليه فالمدار

على تعذر خلف المستوفى به فلا مفهوم للمسائل الأربع ولا لما ألحقوه بها والحق أنهما قولان. مذهب المدونة وهو الذي شهره في البيان أن الإجارة لا تنفسخ في ذلك وعليه جميع الكراء وله أن يستعمله في مثله، وهو ما درج عليه الناظم و (خ) وصححه ابن شاس وابن الحاجب، والقول الآخر إنها تنفسخ وعليه درج في المتيطية في تخلفه عن زفاف العروس، واستظهره (م) في البيت بعده وشهره في المقدمات قائلاً: المشهور انفساخ الإجارة إذا تلف ثوب الخياطة، ومراده إذا كان اللباس يتعذر خلفه حينئذ لا للتجارة ولعدم تعذر خلفه، فهما قولان. شهر كل منهما، لكن محل الخلاف إذا لم يجر العرف بالفسخ عند تعذر المستوفى به، وإلاَّ فيعمل بالعرف لأنه كالشرط فكأنه اشترط عليه أنه إن عاقه عائق انفسخ العقد بينهما، وربما يرشد إليه قول ابن عرفة: لا يدخل هذا الخلاف في نوازل وقتنا بتونس لأن العرف تقرر عندهم بفسخ الإجارة بكثرة المطر ونزول الخوف اهـ. والعرف عندنا بفاس اليوم الفسخ بحصول العذر حتى إنك لا تجد اثنين يختلفان في ذلك والله أعلم. وهذا كله في تخلف المكتري للعذر المذكور، وأما لو خالف المكري فلم يأت بالدابة فقال فيها: وإن اكترى دابة إلى بلد ليركبها في غده فأخلفه المكري ولم يأته بها إلا بعد يومين أو ثلاثة فليس له إلا ركوبه، ولو فاته ما كان يرومه أي من تشييع رجل ونحوه، وإن اكتراها أياماً معينة انتقض الكراء فيما غاب منها كالعبد المستأجر شهراً بعينه يمرض فيه فتفسخ إجارته اهـ. فقولها: ولو فاته ما كان يرومه الخ. قال ابن المواز: لأن ذلك كشراء سلعة بعينها أو مضمونة يدفعها غداً فما له بذلك حتى فات ما يريد فلا حجة له، وإنما له السلعة. وقال مالك في الأضاحي: يسلم فيها فيأتيه بها بعد أيام النحر اهـ. وهو معنى قول (خ) عاطفاً على ما لا تنفسخ فيه أو خلف رب الدابة في غير معين وحج، وإن فات مقصده الخ.

تنبيه: إذا ضلت الدابة بالمتاع فلا كراء لصاحبها فإن أدى جعلا لمن جاء بها فالجعل على رب الدابة وإن ضلت بتفريطه فغرم قيمتها، ثم وجدت بعد ذلك ولم تتغير فأراد ربها أخذها ورد القيمة فليس له ذلك وهي للذي غرم قيمتها كما في ابن سلمون. وفي المدونة وكل ما عطب من سبب حامله من دابة أو غيرها فلا كراء فيه إلا على البلاغ، ولا يضمن الجمال إلا أن يغر أي يتعدى، وكذلك ما حمله الرجل على ظهره فعطب فلا كراء له ولا ضمان عليه، وكذلك السفينة إذا غرقت في ثلثي الطريق فلا كراء لها ولا ضمان عليه في شيء مما فيها. ورأى مالك أن ذلك على البلاغ. ابن يونس: وجه قول مالك إنه إنما دفع إليه الكراء ليحصل له غرضه فلم يحصل له شيء فأشبه ذلك الجعل الذي بطلان تمامه من أجل الأجير، وأيضاً العرف قد جرى بين الناس أن الكراء في ذلك على البلاغ فكان المكري دخل عليه إلا أن يشترط عليه كل ما سار شيئاً أخذ بحسابه فله ذلك اهـ.

ـــ وَوَاجِبٌ تَعْيِينُ وَقْتِ السَّفَرِ
في السُّفُنِ وَالْمَقَرِّ لِلَّذِي اكتُرِي

(وواجب تعيين وقت السفر في) كراء (السفن) بسكون الفاء لضرورة الوزن، وكذا يجب تعيين وقت السفر في كراء الدابة أيضاً لاختلاف الأسفار غلاء ورخصاً باختلاف الأوقات في كرائهما معاً فلا مفهوم للسفن في وجوب التعيين (و)وجب أيضاً تعيين (المقر) الذي ينتهي إليه السير ويوضع المتاع فيه (للذي اكتري) ولا يضربا لذلك أجلاً لاختلاف الرياح والسير في الدابة فإن ضرباه فسد الكراء كما قال (خ): وهل يفسد إن جمعهما أي العمل والأجل وتساويا أو مطلقاً خلاف.

ـــ وَهُوَ عَلَى الْبَلاَغِ إنْ شَيءٌ جَرَى
فيها فَلاَ شَيْءَ لَهُ مِع الْكِرَا

(وهو) أي كراء السفن عند مالك وابن القاسم (على البلاغ إن شيء جرى فيها) أي السفن (فلا شيء له) أي لربها (من الكرا)ء لأنها كالجعل الذي لا يستحق الأجر فيه إلا بتمام العمل فمحل كرائها على الجعالة إلا أن يشترط أن له بحساب ما سار فتكون إجارة كما مرّ بالإشارة إلى ذلك قبل هذا البيت، وتقدمت الإشارة إليه أيضاً أول كراء الدور، وظاهره أنه يجوز النقد فيها وهو كذلك على المشهور، وظاهره أنه لا كراء لربها ولو غرقت بمرسى محل النزول وهو كذلك إلا أن يفرط رب المتاع فلم ينقل متاعه بفور النزول حتى غرقت، فإنه يلزمه الكراء كله حينئذ، وكذا لو شرعوا في التفريغ فغشيهم الموج ومنعهم منه حتى غرق بعضه وسلم البعض الآخر، فإن كراء السالم لازم، وكذا لو غرقت في أثناء الطريق وسلمت حملاتها كلها أو بعضها فاكترى رب المتاع سفينة أخرى وحمل متاعه فيها، فإن لرب السفينة الأولى من الكراء بقدر ما انتفع به رب المتاع السالم ببلوغه إلى الموضع الذي غرقت فيه كما قالوا في البئر يحفر بعضها ثم يترك ويكملها غيره أن للأول بقدر ما انتفع به رب البئر، ولا فرق على ما درج عليه الناظم من أن كراءها على البلاغ بين وقوع الكراء على قطع البحر أو الريف أمكنهم النزول في قرية حاذوها أم لا. كانوا مسافرين بالريح أو بغيره. وقال ابن نافع: كراؤها ككراء الدابة فإذا غرقت أو ردّها الريح أو اللصوص فيلزمه من الكراء بحسب سيرها. وقال أصبغ: إن وصلت لمحل يمكن السفر منه أو حاذوه فردتهم الريح أو اللصوص

فكالدابة وإلا فعلى البلاغ، وعلى المشهور من أنها على البلاغ لو زادت به الريح على المحل المقصود فلا كراء له إلا أن يرده المقصود، وإن عرض لهم العدو أو هول في البحر فليقصدوا موضعاً للنزول فيه حتى يتهيأ لهم السفر، ومن أراد منهم أن ينزل أو ينزل متاعه فذلك له وعليه أداء الكراء كله. انظر ابن سلمون.

تنبيه: إذا ضلت الدابة بالمتاع فلا كراء لصاحبها فإن أدى جعلا لمن جاء بها فالجعل على رب الدابة وإن ضلت بتفريطه فغرم قيمتها، ثم وجدت بعد ذلك ولم تتغير فأراد ربها أخذها ورد القيمة فليس له ذلك وهي للذي غرم قيمتها كما في ابن سلمون. وفي المدونة وكل ما عطب من سبب حامله من دابة أو غيرها فلا كراء فيه إلا على البلاغ، ولا يضمن الجمال إلا أن يغر أي يتعدى، وكذلك ما حمله الرجل على ظهره فعطب فلا كراء له ولا ضمان عليه، وكذلك السفينة إذا غرقت في ثلثي الطريق فلا كراء لها ولا ضمان عليه في شيء مما فيها. ورأى مالك أن ذلك على البلاغ. ابن يونس: وجه قول مالك إنه إنما دفع إليه الكراء ليحصل له غرضه فلم يحصل له شيء فأشبه ذلك الجعل الذي بطلان تمامه من أجل الأجير، وأيضاً العرف قد جرى بين الناس أن الكراء في ذلك على البلاغ فكان المكري دخل عليه إلا أن يشترط عليه كل ما سار شيئاً أخذ بحسابه فله ذلك اهـ.

ـــ وَوَاجِبٌ تَعْيِينُ وَقْتِ السَّفَرِ
في السُّفُنِ وَالْمَقَرِّ لِلَّذِي اكْتُرِي

(وواجب تعيين وقت السفر في) كراء (السفن) بسكون الفاء لضرورة الوزن، وكذا يجب تعيين وقت السفر في كراء الدابة أيضاً لاختلاف الأسفار غلاء ورخصاً باختلاف الأوقات في كرائهما معاً فلا مفهوم للسفن في وجوب التعيين (و)وجب أيضاً تعيين (المقر) الذي ينتهي إليه السير ويوضع المتاع فيه (للذي اكتري) ولا يضربا لذلك أجلاً لاختلاف الرياح والسير في الدابة فإن ضرباه فسد الكراء كما قال (خ): وهل يفسد إن جمعهما أي العمل والأجل وتساويا أو مطلقاً خلاف.

ـــ وَهُوَ عَلَى الْبَلاَغِ إنْ شَيءٌ جَرَى
فيها فَلاَ شَيْءَ لَهُ مِع الْكِرَا

(وهو) أي كراء السفن عند مالك وابن القاسم (على البلاغ إن شيء جرى فيها) أي السفن (فلا شيء له) أي لربها (من الكرا)ء لأنها كالجعل الذي لا يستحق الأجر فيه إلا بتمام العمل فمحل كرائها على الجعالة إلا أن يشترط أن له بحساب ما سار فتكون إجارة كما مرّ بالإشارة إلى ذلك قبل هذا البيت، وتقدمت الإشارة إليه أيضاً أول كراء الدور، وظاهره أنه يجوز النقد فيها وهو كذلك على المشهور، وظاهره أنه لا كراء لربها ولو غرقت بمرسى محل النزول وهو كذلك إلا أن يفرط رب المتاع فلم ينقل متاعه بفور النزول حتى غرقت، فإنه يلزمه الكراء كله حينئذ، وكذا لو شرعوا في التفريغ فغشيهم الموج ومنعهم منه حتى غرق بعضه وسلم البعض الآخر، فإن كراء السالم لازم، وكذا لو غرقت في أثناء الطريق وسلمت حملاتها كلها أو بعضها فاكترى رب المتاع سفينة أخرى وحمل متاعه فيها، فإن لرب السفينة الأولى من الكراء

بقدر ما انتفع به رب المتاع السالم ببلوغه إلى الموضع الذي غرقت فيه كما قالوا في البئر يحفر بعضها ثم يترك ويكملها غيره أن للأول بقدر ما انتفع به رب البئر، ولا فرق على ما درج عليه الناظم من أن كراءها على البلاغ بين وقوع الكراء على قطع البحر أو الريف أمكنهم النزول في قرية حاذوها أم لا. كانوا مسافرين بالريح أو بغيره. وقال ابن نافع: كراؤها ككراء الدابة فإذا غرقت أو ردّها الريح أو اللصوص فيلزمه من الكراء بحسب سيرها. وقال أصبغ: إن وصلت لمحل يمكن السفر منه أو حاذوه فردتهم الريح أو اللصوص فكالدابة وإلا فعلى البلاغ، وعلى المشهور من أنها على البلاغ لو زادت به الريح على المحل المقصود فلا كراء له إلا أن يرده المقصود، وإن عرض لهم العدو أو هول في البحر فليقصدوا موضعاً للنزول فيه حتى يتهيأ لهم السفر، ومن أراد منهم أن ينزل أو ينزل متاعه فذلك له وعليه أداء الكراء كله. انظر ابن سلمون.

تنبيه: ويجب طرح ما ترجى به نجاة المركب من المتاع لخوف غرق ولا يطرح الآدمي ولو ذمياً. وقال اللخمي: إذا خشوا الهلاك إن لم يخفف من المركب فيقرع على من يرمى حتى من الآدمي والرجال والعبيد، وأهل الذمة في ذلك سواءْ ابن عرفة: ونسبة بعضهم لخرق الإجماع إذ لا يرمى الآدمي لنجاة غيره ولو ذمياً، وقاعدة الإجماع على وجوب ارتكاب أخف الضررين لدرء أشدهما شاهدة لقول اللخمي وهي هنا، وإن كانت لإتلاف النفس فهي فيه لحفظها اهـ.

فصل في أحكام الإجارة

مأخوذة من الأجر الذي هو الثواب فمعنى آجره استعمله بأجر أي بثواب على عمله من قولهم: آجرك الله أي أثابك. عياض: يقال أجرت فلاناً وآجرته بالقصر والمد، وكذلك أجره الله وآجره والإجارة بيع منافع معلومة بعوض معلوم وهي معاوضة صحيحة يجري فيها جميع ما يجري في البيوع من الحلال والحرام، فلا بد أن تكون المنفعة والأجر مقدوراً على تسليمهما منتفعاً بهما ظاهرين إلى غير ذلك مما يشترط في البيع، وعرفها ابن عرفة بقوله: ببيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا ينقل بعوض غير ناشىء عنها بعضه يتبعض بتبعيضها الخ. فقوله: بيع أطلق البيع على العقد لأن الإجارة مباينة للبيع لا تدخل فيه، ولا بد أن يأتي في الحد بالجنس الشامل للمحدود وغيره، ثم يخرج غيره بالفصول فلو قال: عقد على منفعة الخ. لكان أحسن قاله الرصاع وخرج بقوله منفعة بيع الذوات، وبقوله ما أمكن نقله كراء الدور والأرض، وبقوله ولا حيوان لا يعقل كراء الرواحل، وبقوله غير ناشىء عنها القراض والمساقاة لأن المعقود عليه فيهما منفعة العامل والثمرة والربح ناشئان عن عمله، والضمير في قوله بعضه عائد على العوض، وفي تبعيضها على المنفعة، وخرج بقوله الجعل لأنه لا يتبعض فيه العوض بتبعيض المنفعة فقوله: بعضه الخ. مخرج للجعل ومدخل للنكاح الذي وقع صداقه منفعة ما يمكن نقله أي: بعضه يتبعض بتبعيضها وبعضه لا يتبعض كالبضع، فإنه لا يتبعض بتبعيض المنفعة بهذا أجاب ابن عرفة عن زيادة لفظة بعضه الخ. بعد ما توقف هو وأهل مجلسه في زيادتها، ورغب الله تعالى في فهمها ولو قال: جله يتبعض بتبعيضها يعني وغير الجل لا يتبعض كالبضع الواقع في مقابلة الوارد في قوله تعالى: إني أريد أن

أنكحك إحدى ابنتي هاتين} (القصص:27) الآية لكان أوضح وبعد هذا يعترض عليه كما للوانوغي بأنه يلزمه دخول الجعل بما دخل به النكاح فيلزم فساد طرده على أنه لو حذف لفظة بعضه، واقتصر على ما بعده لم يلزم خروج النكاح لأن

تبعيض المنفعة فيه يوجب للأجير الرجوع في صداق المثل لأن المنفعة إنما وقعت في مقابلته حكماً، فإذا تبعضت تبعض مقابلها الذي هو صداق المثل فيأخذ منفعته منه، فالصواب حذف لفظة بعضه.
فرع: قال البرزلي: صدر الإجارة في كتاب الغرر منها أن قال: بعتك سكنى داري سنة فذلك غلط في اللفظ وهو كراء صحيح، فأخذ منها إذا تعارضت الحقيقة المرجوحة، والمجاز الراجح عمل عليه، وفيه أقوال في أصول الفقه اهـ. وكذلك قال في كتاب الصرف، منها: إن صرفت منه ديناراً بدرهم على أن تأخذ بها سمناً أو زيتاً وتسمى صفته ومقداره نقداً أو مؤجلاً، أو على أن تقبضها ثم تشتري منه هذه السلعة لأجل السلم فذلك جائز، والكلام الأول لغو فإن ردت السلعة بعيب رجعت بدينارك لأن البيع إنما وقع بالدينار، وإنما ينظر مالك إلى فعلهما لا إلى قولهما، وتأمل قول (خ) في العارية والأطعمة والنقود قرض، وانظر ما تقدم في التنبيه الخامس من التصيير فإن هناك ما يوافقه.
ـــ العَمَلْ الْمَعْلُومُ مِنْ تَعَيِينِهِ
يَجُوزُ فِيهِ الأَجْرُ مَعْ تَبْيِينِهِ

(العمل المعلوم من) أجل (تعيينه) أي تعيين حده بالعمل أو بالأجل وذكر صفته، فالأول كقوله: أو أجرك على صبغ هذا الثوب أو دبغ هذا الجلد أو خياطة هذا الثوب، وبين له صفة الصبغ والدبغ والخياطة. والثاني كقوله: أوأجرك على بناء يوم أو خياطة شهر أو حراثة يومين ونحو ذلك، فالعمل الذي هو الدبغ والصبغ ونحوهما لا بد أن يكون معلوماً لهما، ولا بد أيضاً أن يكون محدوداً إما بالفراغ منه كخياطة ثوب وطحن أردب، وإما بضرب أجل كخياطة يوم أو صبغه ودبغه وطحنه فالمصنوعات أما أن تحد بالفراغ وبالأجل وغيرها كالرعاية والخدمة المعروفة ونحوهما يحد بضرب الأجل لا غير، فإن جمع بين الأجل والعمل كقوله: خط هذا الثوب في هذا اليوم بدرهم أو أكتري منك دابتك لتركبها إلى محل كذا في هذا اليوم أو أو أجرك لتوصل الكتاب لمحل كذا في هذا اليوم أو الشهر بدرهم، فهل تفسد مطلقاً أو إنما تفسد إن كان الأجل مساوياً للعمل أو أنقص منه لا إن كان الأجل أكثر من العمل فلا تفسد فيه؟ خلاف (خ): وهل تفسد إن جمعهما وتساويا أو مطلقاً؟ خلاف. ومن ذلك الاستئجار على بيع ثوب مثلاً، لكن لما لم يكن البيع في مقدور الأجير كان جعالة أن حده بالعمل وهو تمام العمل وإجارة إن حده بالزمن ويستحق أجره بمضي الزمن حينئذ وإن لم يبع (يجوز فيه) أي في ذلك العمل المعلوم (الأجر) أي تعويض الأجر الذي هو ثمن للعمل أي: يجوز معاوضته بالأجر الذي هو ثمن له وعليه، فلا حاجة لدعوى الاستخدام (مع تبيينه) أي الأجر أي تبيين جنسه وقدره وصفته إن كان غائباً عن المجلس، وإلاَّ فلا حاجة لذكر صفته ولا جنسه وقدره، وتقدم أن الإجارة كالبيع يشترط فيها ما يشترط فيه، ومفهومه أنه إذا لم يبين قدر الأجر لم يجز، وهو

كذلك على المشهور. وروى ابن القاسم أنه لا بأس باستعمال الخياط المخالط الذي لا يكاد يخالف مستعمله دون تسمية أجر، فإذا فرغ أرضاه بشيء يعطيه إياه، ومن هذا أعمل على دابتي فما حصل فلك نصفه، وعن

ابن سراج أنه أجاز إعطاء السفينة بالجزء مما يحصل عليها ومثله الجباح بالجزء من عسله والزرع ممن يحرسه بجزء منه، ومذهب السلف جواز الإجارة بجزء منه قياساً على القراض انظر (ق) أوائل الإجارة، وعلى ذلك تخرج أجرة الدلال بربع عشر الثمن مثلاً، ونص على جوازها بذلك صاحب المعيار في نوازل الشركة ومنه إعطاء البقرة لمن يرعاها، بنصف زبدها كما في نوازل الفاسي، وقد أجاز في المدونة كراء البقرة للحرث واشتراط لبنها مع جهل قدره، وانظر ما يؤيده في أول المزارعة أيضاً.

ـــ وَلِلأَجِيرِ أُجْرَةٌ مُكَمَّلَهْ
إن تَمَّ أَوْ بِقَدْرِ ما قد عَمِلَهْ

(وللأجير أجرة مكملة إن تم) عمله كان صانعاً أو راعياً أو غيرهما (أو) له من الأجرة إن عاقه عائق عن الإتمام كمرض ونحوه (بقدر ما قد عمله) أي بقدر عمله فما مصدرية، وهذا إن لم يزل العائق حتى تمت المدة في الرعاية ونحوها، أو تراضيا على عدم الإتمام، وإلاَّ أجبر على الإتمام من أباه ويؤخذ من الآبي كفيل ويسجن له ويضرب إن تمادى على الامتناع، لأن عقد الإجارة لازم لكل منهما. فإن تروغ الراعي أو معلم الصبيان مثلاً وخرجا قبل انقضاء المدة من غير عذر ولا عائق، ففي ابن عرفة: سمع عيسى بن القاسم: من واجر أجيراً مدة معينة شهراً أو يوماً لعمل خياطة أو بناء أو غيره فراغ عنه حتى انقضى الأجل انفسخت الإجارة فيما بطل، وإن عمل شيئاً فبحسابه اهـ. ابن رشد: هذا صحيح لا خلاف فيه اهـ. ابن عرفة: وبه أفتيت في الراعي وأجراء الحرث لأشهر معينة يروغ الأجير في بعضها فيأتي بعد المدة أن له بحساب ما عمل اهـ.

قلت: وما أفتى به وحكى عليه ابن رشد الاتفاق هو الذي شهره في المازونية. وقال في الطرر: إن به القضاء والعمل ومقابله أنه لا شيء له لأنه ترك ما كان يجب له بترك تمام ما عومل عليه قاله أبو ميمونة الدراس فقيه فاس وغيره وصدر به في الطرر قال: والأصل في هذا أن من أراد منهما قطع المعاملة فقد رضي بترك حقه إذا لم يتم شرطه، وهذا وجه القياس اهـ. ونحوه في ابن سلمون وغيره، وعليه فهذا الأجير بتروغه وهروبه منع المستأجر من استيفاء منافعه التي باعها فهو ظالم متلف عمله على الذي استحقه فيجب عليه غرم قيمته لأنه بتروغه وهروبه غاصب لمنافع نفسه وغاصب المنافع يضمنها سواء استعمل أو عطل كما في (خ) وغيره. وإذا كان غاصباً للمنافع التي باعها فيجب عليه ضمان قيمتها بمنزلة من باع سلعة فأتلفها، وقد قال (خ): وإتلاف المشتري قبض والبائع والأجنبي يوجب الغرم، وقد تقدم قريباً أنه يجري في الإجارة ما جرى في البيع، وإذا تقرر هذا فما في السماع. وحكى عليه ابن رشد الاتفاق وشهره في المازونية مبني على أن الأجير لما كان معيناً تستوفى منه المنافع انفسخت الإجارة بتروغه لأنه بمنزلة تلفه، وهذا إنما يتم لو كان التلف

بغير اختياره، وأما حيث كان باختياره فالواجب هو تضمينه قيمة المنافع التي تلفها فيحاسبه المستأجر له بقيمتها فإذا استأجر سنة مثلاً باثني عشر درهماً ورعى أو خدم ثلاثة أشهر منها وتروغ في الباقي، فإذا كانت قيمة هذا الذي تروغ فيه ستة دراهم قاصه بثلاثة منها في الثلاثة الواجبة له أي: وغرم الراعي له ثلاثة، وإذا رعى تسعة وتروغ في ثلاثة وقيمتها ثلاثة أو ستة لشدة بردها أو حرها في السنة، فإن المستأجر يغرم له في الأولى تسعة وفي الثانية يغرم له الراعي ثلاثة، وهكذا هذا هو الحق وعليه فقولهم لا شيء له ليس على إطلاقه، بل إنما ذلك في بعض الصور كما ترى، وإنما تركوا التفصيل المذكور اتكالاً على وضوح المعنى، وعلى هذا فلأرباب الغنم وآباء

الصبيان أن يضمناه قيمة المنافع الباقية ويؤاجرا من يرعى أو يعلم الصبي عليهما بقية الأمد، فإن قدرا عليه يوماً ما أخذا منه ذلك إن زاد على ما وجب له فيما رعى، وإن نقص عنها كان له الباقي. هذا هو الذي تقتضيه الأصول، وقديماً كنت أفتي بمثل هذا، ويؤيده ما وقفت عليه لبعضهم ناسباً له لنوازل ابن سحنون بعد أن قرر الخلاف هل له شيء أم لا؟ قال، قال محمد، وأنا أقول: إن وقعت الإجارة بينهما فاسدة فله أجر مثله فيما رعى، وإن كانت صحيحة استؤجر على رعايته سنة معينة وليس له شيء إلا بتمام عمل السنة يعني ليس له إلا ما فضل عن تمام السنة إن فضل له شيء كما مر. نعم إذا لم يضمناه قيمة عمل الذي أتلفه ولم يؤاجرا عليه من يكمل له عمله، وجاء بعد انقضاء المدة يطلب ما وجب له، فإن له بحسابه، وعليه فيقيد النظم بما إذا عاقه العائق حتى انقضت المدة أو تراضيا على الفسخ أو لم يعقه شيء ولا تراضيا ولم يضمناه ولا واجرا عليه، فحينئذ يكون له بحساب ما عمل، وقد كثر السؤال عن هذه المسألة ويفتي فيها من لا تأمل معه بما في النظم من أن له بقدر ما عمل مطلقاً، وذلك غير سديد. وتعليلهم بأن له ترك ما كان يجب له في ماضي المدة بترك تمام ما عومل عليه في بقيتها كالصريح في أن ما استحقه لماضي المدة يؤاجر عليه به في بقيتها، والغالب أن ما استحقه في الماضي لا يفي بما أتلفه من عمله إن خرج بعد رعايته من السنة نحو الشهرين والثلاثة، فإن وفى به وزاد كانت له الزيادة لأنه قد يخرج ويبقى لتمام السنة نحو الشهر أو الشهرين، وإن نقص كان عليه النقصان فهم إنما أطلقوا اتكالاً على وضوح المعنى، ولهذا قال (ت): ينبغي اعتماد قول من قال لا شيء له، وحقه أن يقول يجب اعتماده إذ ما في السماع ضعيف المدرك كما ترى والله أعلم. وهذا كله في الأجير البالغ الرشيد، وأما غيره فله بحساب ما عمل حيث تروغ وأتى بعد انقضاء المدة لأن غير البالغ وغير الرشيد لا يضمنان ما أتلفاه من

منافعهما لأنهما مأمونان عليهما. وقد قال (خ): وضمن ما أفسده إن لم يؤمن عليه فإن لم يتروغ وكان حاضراً وهو رشيد فإنه يضرب ويسجن ويؤخذ منه كفيل بذلك حتى يفعل كما مر، فإن تروغ وجاء قبل انقضاء المدة أو صح من مرضه أو زال عذره قبل انقضائها أيضاً، فإنه يجبر على إتمامها ويسقط من أجرته بقدر ما عطل، ولا يجوز إن كان نقده الأجرة أن يتفقا على قضاء مدة الهروب أو المرض بعد انقضاء مدة الإجارة ويأخذ جميع الأجرة لأنه فسخ ما في

الذمة في مؤخر إذ قد وجب للمستأجر ما يقابل مدة الهروب من الأجرة فيفسخها في شيء لا يتعجله الآن، فإن كان لم ينقده جاز قضاء مدة الهروب بعد انقضاء مدة الإجارة لانتفاء العلة، وهذا كله مع التعيين، وأما مع عدمه كقوله: اعمله بنفسك أو بغيرك فهو من الإجارة المضمونة ولا تنفسخ بتروغه أو موته ويستأجر من تركته من يكمله، وإن لم يكن وفاء في التركة خص المستعمل غرماءه.
تنبيه: إذا واجره على العمل بنفسه لا بغيره فقال في المتيطية: وليس للراعي أن يسترعي غيره إلا بإذن ربها في أحد قولي ابن القاسم اهـ. ابن رحال: والراجح الضمان إن استرعى من هو مثله بغير إذن ربها، وأحرى إن استرعى من هو دونه. ابن ناجي: وهذا إذا لم يجر عرف البلد بأن الراعي يأتي بمن هو مثله لضرورة، وإلاَّ فلا ضمان اتفاقاً، وكذلك إن كان العرف إثباته بدونه لأن العرف كالنص. وفي البرزلي: إن الحارس يحرس الطعام فذهب واستخلف من لا يقوى على الحراسة قال: هو ضامن إلا أن يكون المستخلف مطيقاً على الحرس فلا ضمان البرزلي: والصواب الضمان إلا أن يكون استخلف لضرورة اهـ. وتقدم في آخر كراء الرواحل ما إذا ذهب له بعض الغنم فذهب يفتش فوجد الأخرى قد ضاعت فانظره هناك.

فرع: إذا واجر بعض الجماعة إماماً للصلاة أو الأذان فإن ذلك يلزم من غاب عن العقد كما أقامه ابن ناجي من المدونة، وبه أفتى ابن الحاج حيث جرى عرف القرية بذلك، وبه أفتى ابن هلال والقباب وسيدي يحيى السراج قائلاً: إن الناس يجب عليهم إقامة الجماعة والجمعة ويوظف عليهم أجرة الإمام على قدر رؤوسهم، وليس لأحد أن يمتنع، وقد نص على ذلك غير واحد من الشيوخ كالقاضي عياض وابنه وابن الحاج وغيرهم اهـ.
قلت: وعلى هذا عمل الناس في البادية فيجب اعتماده ولا يلتفت إلى ما سواه، وانظر شرحنا للشامل أوائل الإجارة وعند قوله: فإن كانت أجرة الإمام من الأحباس الخ. ففيه فوائد نفيسة مناسبة للمقام، وانظر فيه أجرة الكرائين والخط وحل المعقودين ونحو ذلك.

فرع: قال في المتيطية: ومن كانت له غنم فباع نصفها على أن يرعى المبتاع نصفها، والثاني مدة معلومة جاز ذلك وتكتب فيه: باع فلان من فلان نصف مائة شاة ضئناً على السواء بكذا دينار أو قبضها منه أو أخره بها إلى وقت كذا، وعلى أن يرعى له المبتاع النصف الباقي على ملكه منها طول هذه المدة المذكورة، وقبض المبتاع جميع الغنم المذكورة بعد أن قلبها ورضيها وصارت تحت رعايته له نصفها بهذا الابتياع، والنصف الثاني باق على ملك البائع حتى يقتسماها إذا دعي أحدهما إلى ذلك، وعلى البائع خلف ما هلك أو باع من نصيبه مدة الاستئجار المذكور، ولهما سنة المسلمين في بيعهم واستئجارهم شهد عليهما الخ اهـ. وفي المغارسة من العلمي أن الشيخ العبدوسي سئل عن شركة تقع من أهل البادية يبيع الرجل من الرجل نصف غنمه ونحوها بثمن معلوم مؤجل، فمنهم من يضرب للثمن أجلاً، ومنهم من لا يضربه، فإذا وقع النزاع بينهم يقول المشتري للبائع: أعطني أجرة الربط والحل، فهل البيع

فاسد أم لا؟ وهل يلزم البائع في نصفه أجر الحل والربط، وإذا تطوع المبتاع بذلك فهل لامرأته قيام أم لا: فأجاب: بأنهما إن ضربا للثمن أجلاً فلا شك في الجواز، وأما إن جعلاه لوقت القسمة أو كانت العادة جارية بذلك، أو كان منهما إضمار على ذلك فالبيع فاسد، وعلى البائع أجرة الحل والربط حيث كان المبتاع ممن يأخذ ذلك عادة أو جهل حاله بعد أن يحلف أنه لم يقصد بذلك التطوع إلا أن يكون أشهد على ذلك أو لا. فلا يمين عليه، وإن كان ممن لا يأخذ ذلك عادة لنسبه وحسبه فلا أجرة له، وأما إن كانت المرأة في المتولية لذلك فإنما ترجع بذلك على زوجها إن كانت ممن تأخذ ذلك لأن زوجها لما تطوع به سقط عن البائع ووجب على زوجها لتطوعه فترجع على من وجب عليه لا على من سقط عنه، واشتراط الحل والربط على المشتري في أصل العقد إلى غير أمد معلوم لا يجوز، وإنما يجوز إلى أمد معلوم بشروط وبالله التوفيق. وكتب عبد الله العبدوسي

اهـ. ببعض اختصار وتأمل قوله: لأن زوجها لما تطوع الخ. فإنه كثير الوقوع، وتقدم آخر بيع الفضولي جملة من ذلك،
وقوله: إن كانت ممن تأخذ ذلك إشارة منه إلى القاعدة الآتية في البيت بعده.
ـــ وَالقَوْلُ للعامِلِ حَيْثُ يَخْتَلِفْ
في شأنِهَا بَعْدَ الفَرَاغِ إنْ حَلَفْ
(والقول للعامل) أي الأجير (حيث يختلف) هو ومن واجره (في شأنها) أي الإجارة أي في شأن عقدها (بعد الفراغ) من العمل فقال الأجير: ادفع لي أجرة الصبغ أو الخياطة مثلاً. وقال رب الثوب: لم أواجرك على ذلك، وإنما كان عندك وديعة أو قال صبغته أو خطته لي مجاناً، فإن القول للأجير إنه صبغه أو خاطه بأجر ويصدق في قدره (إن) أشبه و(حلف) أنه لقد واجره بما ذكر (خ): والقول للأجير إنه وصل كتاباً أو أنه اصطنع، وقال ربه وديعة الخ. وإنما كان القول للأجير مع أن القول لمنكر العقد إجماعاً كما تقدم في اختلاف المتبايعين لأن الغالب فيما يدفع للصانع هو الاصطناع والإيداع نادر لا حكم له كما قاله اللخمي، وقوله في شأنها صادق بما إذا قال ربه وديعة أو مجاناً كما مر، وبما إذا سرق مني، وهذا الثاني يجب إخراجه من النظم لأن الحكم فيه عدم قبول قول الأجير كما قال (خ): وإن ادعاه وقال: سرق مني وأراد أخذه دفع قيمة الصبغ بيمين إن زادت دعوى الصابغ عليها الخ. والفرق أن رب المصنوع في دعوى الوديعة معترف بأنه أذن في وضع يد الصانع على المصنوع بخلاف السرقة، ومفهوم قوله: حيث يختلف في شأنها أنهما إذا اتفقا على عدم عقدها أنه لا شيء على رب المصنوع وهو كذلك حيث كان رب المصنوع لا حاجة له في تلك الصنعة، أو كانت الصنعة مما يليها بنفسه أو عبيده، وإلا لزمه أجرة المثل. قال في الشامل: وكل من أوصل لك نفعاً بعمل أو مال وإن بغير قصد نفعك كان حرث أرضك ظاناً أنها له أو لم تأمره به مما لا بد لك منه كحرثه أرضك أو سقيه إياها أو حصد زرعك أو طحن حبك أو حفر بئرك أو بناء دارك أو انفق على زوجتك أو

ولدك أو عبدك لزمك أجرة العمل، ومثل المال الذي أنفقه على الزوجة ونحوها لأنه قد قام عنك بواجب، فإن فعل ذلك بقصد أن يأخذه لنفسه فهو غاصب لا شيء له، والقول قوله إنه فعل ذلك بقصد الرجوع بالأجرة، وبمثل المال المنفق فإن كان عملاً لا تحتاج له كحفر بئر في أرضك لا حاجة لك به، أو انفق على من لا تلزمك نفقته، أو كان العمل مما تليه بنفسك أو عبيدك أو دوابك فلا شيء عليك اهـ. باختصار. وتقديم وتأخير وزيادة للإيضاح. وهذه الكلية ذكرها ابن حارث في أصول الفتيا في باب الضمان، ونقلها ابن شاس وابن الحاجب وابن عرفة في باب الإجارة وسلموها، ولم يعترضوا منها شيئاً. انظر نصهم في شرح الشامل. ثم أشار إلى مفهوم قوله بعد الفراغ فقال:

ـــ وإنْ جَرَى النِّزَاعُ قبلَ العَمَلِ
تَحَالَفَا والرَّدُّ بَيِّنٌ جَلِي (وإن جرى) أي وقع (النزاع) بين الأجير ورب المتاع (قبل) الشروع في (العمل) أو بعد الشروع فيه بشيء يسير (تحالفا والرد) لعقد الإجارة أي فسخه (بين جلي) وظاهره مطلقاً كان نزاعهما في عقدها وعدم عقدها أو في قدر الأجرة أو في نوعها أو جنسها أو في انتهاء المسافة أو في ابتدائها، ونحو ذلك. وهو كذلك ولا يراعى شبههما ولا شبه أحدهما لأن القاعدة أنه لا ينظر لشبه قبل العمل (خ): وإن قال بمائة لبرقة، وقال بل لإفريقية حلفا وفسخ إن عدم السير أو قل وإن نقد الخ. ثم أشار إلى مفهوم قوله في شأنها أي عقدها، وهو ما إذا اتفقا على العقد واختلفا في الصفة أو النوع أو القدر فقال:

ـــ وَإنْ يكن في صِفَةِ المَصْنُوعِ
أَوْ نوعِهِ النِّزَاعُ ذَا وقُوعِ (وإن يكن في صفة المصنوع) كقوله: أمرتني بصبغه أحمر، وقال الآخر: بل أصفر مثلاً (أو نوعه) كقوله: أمرتني بخياطة عربية وقال الآخر: بل برومية والمجرور يتعلق بقوله: (النزاع) وهو اسم يكن وقوله: (ذا وقوع) خبره.

ـــ فَالقولُ لِلصَّانِعِ من بَعْدِ الْحَلِفْ
وَذَاكَ في مقدارِ أُجرةٍ عُرِفْ

(فالقول للصانع) في الصورتين (من بعد الحلف) وهذا إذا أشبه أشبه الآخر أم لا، فإن انفرد الآخر بالشبه لكون غالب أمثاله لم يلبسوا إلا الأصفر أو المخيط برومية فقوله: بيمينه فإن لم يشبها فأجرة المثل ما لم تزد على دعوى الصانع أو تنقص عن دعوى ربه فلا ينقص ولا يزاد. (وذاك) مبتدأ والإشارة إلى كون القول للصانع مع حلفه وشبهه (في) نزاعهما في (مقدار أجرة) بأن قال بعشرة وقال الآخر بل بثمانية (عرف) خبر والمجرور يتعلق به، وظاهره أن القول له في قدرها حيث أشبه وحده كان المصنوع محوزاً بيده أم لا. وهو كذلك فإن أشبه ربه وحده، فالقول له ولو محوزاً بيد الصانع، فإن أشبها معاً فالقول للحائز منهما، وإن لم يشبها معاً فأجرة المثل (خ) عاطفاً على ما فيه القول للصانع ما نصه: أو خولف في الصفة أو في الأجرة إن أشبه وحاز لا أن لم يحز كبناء.

ـــ وإنْ يَكُنْ مِنه نُكُولٌ حَلَفَا
ربُّ المَتاعِ وَلهُ مَا وَصَفَا
(وإن يكن منه) أي الصانع (نكول) عن اليمين حيث القول له في هذه الفروع (حلفا رب المتاع) على دعواه (وله ما وصفا) من قدر الأجرة ومن الصبغ

والخياطة ويؤمر الصانع بإعادة الصبغ والخياطة إن أمكنه ذلك من غير فساد، وإلاَّ ضمن قيمته أبيض من غير صبغ ولا خياطة.
ـــ وَالقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ المَتَاعِ في
تَنَازُعٍ فِي الرَّدِّ مَعْ حَلْفٍ قُفِي

(والقول قول صاحب المتاع في تنازع) بينه وبين الصانع (في الرد) للشيء المصنوع فقال الصانع: رددته إليك بعد الصنعة. وقال ربه: بل هو باق عندك فالقول لربه (مع حلف) منه (قفي) بالبناء للمفعول صفة لحلف، وظاهره أن القول لربه سواء قبضه ببينة أو بغير بينة استصنع بأجر أو بغيره وهو كذلك لأنه قبضه على الضمان فلا يبرأ منه كما قال مالك: إلا ببينة بخلاف المودع عنده إذا قبض الوديعة بغير بينة فهو مصدق في الرد لأنه لم يقبضها على الضمان، وهذا كله في المصنوع الذي يغاب عليه كالثوب ونحوه، وأما ما لا يغاب عليه كغلام دفعه لمن يعلمه أو دابة لمن يعلمها حسن السير، فالقول للصانع في رده كقبول دعوى تلفه إلا أن يكون قبضه ببينة مقصودة للتوثق فلا تقبل دعواه الرد والتلف، والمقصودة للتوثق هي المقصودة بالإشهاد احترازاً مما إذا حضرت على وجه الإتفاق فشهدت بما وقع بمحضرها من غير أن يشهدها رب المتاع والصانع، فهذه البينة لم تقصد بالإشهاد، وإنما حضرت على وجه الاتفاق فهي كالعدم كما أوضحنا ذلك في شرحنا للشامل في باب الوديعة (خ) عاطفاً على ما لا يقبل فيه قول الصانع ما نصه: ولا في رده فلربه وإن بلا بينة الخ. وفهم من النظم أن دعوى التلف والغصب كدعوى الرد فلا يقبل قول الصانع فيهما أيضاً لأن من لم يقبل دعواه الرد لم يقبل دعواه التلف والغصب إلا ببينة عليهما من غير تفريط ويضمن قيمة ذلك يوم الدفع، وليس لربه أن يقول: أنا أدفع الأجرة وآخذ قيمته معمولاً إلا أن يقر الصانع أنه تلف بعد العمل قاله في الموازية. ومحل الضمان إن غاب على المصنوع ونصب نفسه لتلك الصنعة لسائر الناس فإن لم يغب على المصنوع بل صنعه ببيت ربه ولو بغير حضوره أو بحضوره، ولو بغير بينة، أو لم ينصب نفسه لسائر الناس، بل كان يصنع لشخص خاص أو لجماعة مخصوصين فلا ضمان عليه فيما ادعى تلفه (خ) عاطفاً على ما فيه الضمان أو صانع أي عليه الضمان في مصنوعه لا في غيره، ولو محتاج له

عمل، وإن ببينة أو بلا أجر إن نصب نفسه وغاب عليه فبقيمته يوم دفعه، ولو شرط نفيه أو دعي لأخذه إلا أن تقوم بينة أي بتلفه فتسقط الأجرة الخ.
تنبيه: ألحقوا السمسار بالصانع فلا تقبل منه دعوى الرد ولا التلف. قال في العمل المطلق:
والحقوا السمسار بالصناع
فضمنوه غائب المتاع
فرع: ذكر اللخمي وابن عرفة في كتاب الوديعة: من اكترى دابة فلما قدم قال: أودعتها لأنها وقفت علي في الطريق فإنه يصدق، ولو أنكر ذلك المودع عنده ولا ضمان عليه لأن الشأن دفع الودائع بغير بينة اهـ.
ـــ والقَوْلُ لِلأَجِيرِ أَنْ كان سأل

بالقُرْبِ مِنْ فَرَاغِهِ أَجْرَ العَمَلْ
(والقول للأجير) في عدم قبضه الأجرة (إن كان سأل) أي جاء يسألها ويطلبها (بالقرب من فراغه) كاليومين ونحوهما (أجر العمل) مفعول بقوله سأل، وهذا إذا كان قد دفع المصنوع لربه أو لم يحزه أصلاً كبناء وإلاَّ بأن كان المصنوع باقياً تحت يده، فالقول له في عدم القبض وإن طال (خ): وله وللجمال بيمين في عدم قبض الأجرة وإن بلغا الغاية إلا لطول فلمكتريه بيمين، وكان حق الناظم أن يؤخر هذا البيت عن الأبيات بعده لارتباطها بما قبله، وظاهر قوله بالقرب من فراغه أنه لا فرق بين الصناع وكراء الرواحل والسفن والدور والأرضين وغير ذلك، وهو كذلك. قال في المتيطية: وإن كان الكراء مشاهرة أو مسانهة واختلفا في الدفع صدق المكتري مع يمينه فيما انقضى من الشهور في المشاهرة، ومن السنين في المسانهة إلا في الشهر الأخير والسنة الأخيرة، فيصدق المكري مع يمينه إن قام بحدثان ذلك. قال بعض الموثقين: والشهر بعد انقضاء المدة في ذلك قريب انتهى. قال المكناسي في مجالسه: العرف بفاس أن القول قول المكري للدار ونحوها في سالف المدة ما عدا شهرين من آخرها فإن القول فيها قول المكري انتهى.

قلت: والعمل اليوم بفاس على ما للمكناسي بزيادة شهر فيكون القول للمكتري فيما عدا الثلاثة الأشهر الأخيرة، فإن القول فيها قول المكري مع يمينه في الدور والحوانيت والفنادق ونحو ذلك لا في الصناع والرواحل، فإن العمل فيها على ما في النظم والله أعلم. ثم إذا قلنا يضمن قيمة المصنوع في دعواه التلف والرد يوم الدفع كما مر، فإن اتفقا عليها فلا كلام، وإن اختلفا فيها تواصفاه، ثم قوِّم، فإن اختلفا فالقول للصانع لأنه غارم، وهذا إن أشبه وحلف كما قال: بقي هنا بيت وهو:

ـــ بَعْدَ يَمِينِهِ لِمَنْ يُنَاكِرُهْ
وَبَعْدَ طُولٍ يَحْلِفُ المُستَأْجِرُ

ـــ وَالوَصْفُ مِنْ مُسْتَهْلِكٍ لِمَا تَلَفْ
فِي يَدِهِ يُقْضَى بِهِ بَعْدَ الحَلِفْ (والوصف) مبتدأ (من مستهلك) بكسر اللام يتعلق بمحذوف صفة أي الكائن من مستهلك، وسماه بذلك لهلاك الشيء تحت يده ونكره ليعم الصانع والمرتهن والغاصب وغيرهم كما سيقول: وكل من ضمن شيئاً الخ. (لما تلف) يتعلق بالوصف (في يده) أي المستهلك يتعلق بتلف (يقضي به) خبر أي يقضي بوصفه عند اختلافهما فيه دون وصف صاحبه (بعد الحلف) من المستهلك (خ): وإن اختلفا في قيمة تالف تواصفاه، ثم قوم، فإن اختلفا فالقول للمرتهن الخ. (ز): ولو ادعى شيئاً يسيراً لأنه غارم، وقال أشهب: إلا أن يتبين كذبه لقلة ما ذكره، ونحوه قول المدونة: من غصب أمة فادعى هلاكها واختلفا في صفاتها صدق الغاصب في الصفة مع يمينه إذا أتى بما يشبه فإن أتى بما لا يشبه صدق المغصوب منه في الصفة حينئذ مع يمينه انتهى. وهو معنى قول الناظم:

ـــ وَشَرْطُهُ إِتْيَانُهُ بِمشْبِهِ
وَإِنْ بِجَهْلٍ أَوْ نُكُولٍ يَنْتَهِي (وشرطه) أي شرط قبول وصفه مع الحلف. (إتيانه بمشبه) فإن أتى بما لا يشبه صدق الآخر إن أشبه وحلف، فإن نكل المستهلك أو قال لا أدري صفته صدق الآخر كما قال: (وإن بجهل أو نكول ينتهي)

المستهلك بكسر اللام.
ـــ فَالقَوْلُ قَوْلُ خَصْمِهِ في وَصْفِهِ

مُسْتَهْلِكاً بِمُشْبِهٍ مَعْ حَلْفِهِ
(فالقول قول خصمه) وهو رب المستهلك بفتح اللام (في وصفه مستهلكاً) بالفتح معمول بوصف (بمشبه) يتعلق بوصف (مع حلفه) متعلق بقوله خصمه أو حال منه، فإن لم يشبه رب المستهلك أيضاً فوسط من القيم بعد أيمانهما كما لابن ناجي، والظاهر أنه كذلك إذا تجاهلا أي ادعى كل جهل صفته، وهذا في غير المرهون، وأما هو فإنهما إذا تجاهلاه فالرهن بما فيه كما قال (خ): وإن تجاهلا فالرهن بما فيه، ولما بين أن القول للمستهلك بكسر اللام في وصف المستهلك بفتحها أشار إلى ما يضمنه بعد الوصف واليمين فقال:
ـــ وَكلُّ مَنْ ضَمِنَ شَيْئاً أَتْلَفَهْ
فَهْوَ مُطَالَبٌ بِهِ أَنْ يُخْلِفَهْ
(وكل من ضمن شيئاً أتلفه) من مثلى أو مقوم (فهو مطالب) بفتح اللام (به أن يخلفه) سواء أتلفه عمداً أو خطأ.
ـــ وَفي ذَوَاتِ المِثْلِ مِثْلٌ يَجِبُ
وَقِيمَةٌ في غَيْرِهِ تَسْتَوْجِبُ
(وفي ذوات المثل مثل) مبتدأ سوغه تقديم معمول الخبر عليه على حد قول ابن مالك: بها كلام قد يؤم (يجب) خبره والمجرور يتعلق به، وكان حقه أن يفرعه بالفاء فيقول ففي ذوات المثل الخ. (وقيمة في غيره) أي المثلى وهو المقوم (تستوجب) أي يوجبها الشرع، والمثلى كل ما يكال أو يوزن كالذهب والفضة والحديد والصفر والنحاس والحنطة والشعير وسائر المأكولات، والمقوم ما لا يكال ولا يوزن كالثياب وسائر العروض والرقيق والحيوان.

تنبيه: من استهلك طعاماً في الغلاء وطولب به في الرخاء فإنه يلزمه مثله على المشهور، وكذلك من استهلك فلوساً فانقطع التعامل بها فإنه يلزمه المثل، وإذا تعذر المثل فإنه يصبر حتى يوجد كما قال (خ) في الغصب: والمثلى ولو بغلاء بمثله وصبر لوجوده ولبلده الخ. وقولي: وطولب به في الرخاء احترازاً مما إذا طولب به في الغلاء وكان موجوداً فماطله المستهلك أو الغاصب أو المقترض حتى رخص فإنه يضمن قيمته وقت الطلب كما تقدم عند قول الناظم صدر البيوع: بأضرب الأثمان والآجال الخ.

تنبيه آخر: إذا أتلف عجل بقرة أو ولد شاة فإنه يضمن قيمة العجل وقت التلف ويضمن أيضاً ما نقص من حليب البقرة أو الشاة على أنها تحلب بنتاجها، وهذا إذا لم يكن اللبن هو المقصود منها وإلاَّ خير المالك بين أن يضمنه قيمتها أو يأخذها وما نقصها كما أشار له (خ) في فصل التعدي بقوله: فإن أفات المقصود كقطع ذنب دابة ذي هيئة أو لبن شاة هو المقصود لا إن لم يفته كلبن بقرة الخ. وانظر أيضاً عند قوله في الدماء كجنين البهيمة، وانظر أيضاً من أتلف ثمرة قبل بدو صلاحها عند قوله في الشهادات كالإتلاف بلا تأخير

للحصول. وانظر شرح الشامل لهذا النص الذي في الشهادات من رعى كرماً أو أشجاراً، وانظر من أتلف زرعاً قبل بدو صلاحه عند قوله في الشرب: وما أتلفته البهائم ليلاً الخ. أي فإنه يغرم قيمته على الرجاء والخوف، قال ابن رشد: ولا خلاف في تقويمه إذا أيس من عوده لهيئته، وأما إن رعى صغيراً أو رجى أن يعود لهيئته فاختلف هل يستأني به أم لا؟ فقال مطرف: إنه لا يستأني به، وقال سحنون: يستأني به، وإذا حكم بالقيمة فيه على قول مطرف ثم عاد لهيئته مضت القيمة لصاحب الزرع وقيل ترد كالبصل يعود، وإذا لم يحكم بالقيمة حتى عاد لهيئته فإن القيمة تسقط. وقال أصبغ: لا تسقط، قال الشيخ بناني: وربما يستروح من كلام ضيح أن قول مطرف هو الراجح في الجميع انتهى.
وقوله: مضت القيمة إلى قوله، وقيل ترد الخ. صريح أن الزرع والقيمة يكونان لرب الزرع لأنه لم يأخذ القيمة إلا على الرجاء والخوف وهو الظاهر خلاف ما في حاشية الرهوني عن المقصد المحمود من أن الزرع يكون لدافع القيمة، والله أعلم.
فصل في الجعل

والأصل فيه قوله تعالى: ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم} (يوسف:72) فقد جعل له جعلاً على الإتيان في الصواع ولم يضرب له أجلاً فدل ذلك على أنه إن طلب ولم يأت به فلا شيء له والأصل فيه حديث الرقية، وهو أن نفراً من الصحابة سافروا حتى نزلوا على حي من العرب فاستضافوهم فلم يضيفوهم فلدغ سيدهم فأتى الملدوغ لبعض أولئك الصحابة يرقيه فرقاه على أن جعل له قطيعاً من الغنم فبرىء ووفى له بجعله، فذكروا ذلك للنبي {صلى الله عليه وسلم} فقال لهم: «إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله» الخ. والقصة في البخاري عن أبي سعيد الخدري ونقلها (ح) وغيره. وعرفه ابن عرفة بتعريفين أوجزهما، وعليه نقتصر عقد معاوضه على عمل آدمي يجب عوضه بتمامه لا بعضه ببعضه، فخرج بقوله عمل آدمي كراء الرواحل والسفن والنكاح وكراء الأرضين، وبقوله يجب عوضه بتمامه القراض والمساقاة والشركة في الحرث لجواز عدم الربح والغلة والزرع، وبقوله لا بعضه ببعضه الإجارة لوجوب بعض العوض إذا ترك الأجير العمل قبل تمامه.
ـــ الجُعْلُ عَقْدٌ جائِزٌ لا يَلْزَمُ
لكن بِهِ بَعْدَ الشُّرُوعِ يُحْكَمُ

(الجعل عقد جائز لا يلزم) فكل منهما أن يفسخه قبل الشروع في العمل على المشهور (لكن به) أي باللزوم (بعد الشروع يحكم) على الجاعل فقط، وهو باذل العوض فالمجرور والظرف متعلقان بيحكم، وأما المجعول فله الترك ولو بعد الشروع أو العمل الكثير، ولا يلزمه الإتمام بحال (خ): ولزمت الجاعل بالشروع. واعلم أن الجعالة تفارق الإجارة من وجوه، فمنها أن ضرب الأجل يفسدها كما أشار له الناظم فيما يأتي بقوله: ولا يحد بزمان لاحق الخ. أي: لا يؤجل بأجل إلا أن يشترط المجعول الترك متى شاء بخلاف الإجارة فلا تصح بدون أجل، ومنها أنها عقد غير لازم كما قال الناظم ههنا فهو كالقراض

والتوكيل والتحكيم بخلاف الإجارة، فإنها تلزم بالعقد، وقد نظم ابن غازي ما يلزم بالعقد وما لا يلزم به وما فيه خلاف هل يلزم به أم لا فقال:

أربعة بالقول عقدها فرا
بيع نكاح وسقاء وكرا
لا الجعل والقراض والتوكيل
والحكم بالفعل بها كفيل
لكن في الغراس والمزارعه
والشركات بينهم منازعه

وفرا آخر الشطر الأول بالفاء بمعنى قطع، ومنه فرى الأوداج أي قطعها، والوجه الثالث الذي يخالف فيه الجعل الإجارة أنه لا شيء له إلا بتمام العمل كما قال:

ـــ وَلَيْسَ يَسْتَحِقُّ مِمَّا يُجْعَلُ
شَيْئاً سِوَى إذَا يَتِمُّ العَمَلُ

(وليس يستحق) المجعول (مما) أي الجعل الذي (يجعل) له (شيئاً) مفعول يستحق (سوى إذا يتم العمل) فإن لم يتمه فلا شيء له بخلاف الإجارة فإن له فيها بحساب ما عمل (خ): صحة الجعل بالتزام أهل الإجارة جعلاً يستحقه السامع بالتمام ككراء السفن إلا أن يستأجر على التمام فنسبة الثاني الخ. أي محل كونه لا شيء له إذا لم يتمه الجاعل بنفسه أو عبيده أو يستأجر عليه وإلاَّ فله فبنسبة الثاني فإذا جاعله على الإتيان بخشبة إلى موضع كذا بخمسة دراهم مثلاً فحملها نصف الطريق وتركها فلا شيء له، فإذا جاعل صاحبها شخصاً آخر على بقية الطريق بعشرة فإنما يكون للأول عشرة لأنها التي تنوب فعله من عمل الثاني لأن الثاني لما استؤجر نصف الطريق بعشرة علم أن قيمة الإتيان بها في الطريق كلها يوم استؤجر عشرون، ولو حملها الأول ربع الطريق وتركها وحملها الثاني بقية الطريق بعشرة أيضاً كان للأول ثلاثة وثلث لأن الثاني حمل كل ربع من الثلاثة الأرباع بثلاثة وثلث، وقس على ذلك لو حملها الأول ثلاثة أرباع الطريق ونحو ذلك والحفر في البئر مثل الخشبة وإذا حملها بقية الطريق بنفسه أو عبده يقال ما قيمة ذلك أن لو جوعل أو استؤجر عليه. ابن رشد: وشبه هذا الدلال يجعل له الجعل على شيء فيسوقه ثم يبيعه ربه بغير حضرته، ولو باعه دلال آخر بجعل كان الجعل بين الدلالين بقدر عنائهما، لأن الدلال الثاني هو المنتفع بتسويق الأول اهـ. وتأمل هذا مع ما يفعله الناس اليوم من كون الدلال الثاني يستبد بجميع الجعل وذلك ظلم للأول كما ترى، وهذا ظاهر إذا كان الدلال الثاني دلل الثوب مثلاً في اليوم الذي دلله فيه الأول، وفي ذلك السوق بعينه وإلاَّ فلا شيء للأول بخلاف تدليل الأصول الجمعة والشهر ونحوه، فإنه يشارك الثاني ولو دللها في غير يومها وسوقها ثم ما مر من أن للأول بنسبة الثاني هو المشهور، واعترضه التونسي وابن يونس قالا: لأن الأول إذا رضي أن يحملها جميع الطريق بخمسة، فكان يجب

إذا تركها في نصف الطريق أن يعطى نصف الخمسة، وأجاب ابن عبد السلام بأن عقد الجعل لما كان منحلاً من جهة العامل بعد العمل فلما ترك بعد حمله

نصف المسافة صار تركه إبطالاً للعقد من أصله وصار الثاني كاشفاً لما يستحقه الأول اهـ.
تنبيهان. الأول: أركان الجعل ثلاثة: عاقد وشرطه أهلية البيع وعمل وهو كعمل الإجارة من كونه منفعة تتقوم قدر على تسليمها بلا استيفاء عين ولا حظر وتعين الخ. إلا أنه لا يشترط العلم به هنا إذ مسافة الآبق والضالة مجهولة انظر شرحنا للشامل. وجعل وشرطه أن يكون معلوماً منتفعاً به ظاهراً مقدوراً على تسليمه إلى غير ذلك مما يشترط في ثمن المبيع، وتقدم عن ابن سراج في فصل الإجارة أنه أجاز كراء السفينة بالجزء من ربحها إذا دعت إلى ضرورة قال: لأنه قد علم من مذهب مالك رحمه الله مراعاة المصلحة إذا كانت كلية حاجية، وأيضاً فإن ابن حنبل وجماعة من علماء السلف أجازوا الإجارة بالجزء في جميع الإجارات قياساً على القراض والمساقاة، وقد اختلف الأصوليون في جواز الانتقال من مذهب إلى آخر في بعض المسائل، والصحيح من جهة النظر جوازه قال: ومما يدل للجواز أيضاً ما ذكره الشعبي عن أصبغ من أن جميع ما يضطر إليه الناس ولا يجدون منه بدًّا مثل حارث الزرع يستأجر بجزء منه، ولا يجد من يحرس له إلا بذلك الوجه فأرجو أن لا يكون به بأس اهـ باختصار. ونقل ولد الناظم كلامه في فصل الإجارة وقال عقبه: إن عمل بمقتضى هذه الفتوى فتحت مسائل كثيرة ظاهرها المنع على أصل المذهب اهـ. وبالجملة فهذه الفتوى اعتمدها غير واحد من المتأخرين ومحلها عندهم وعند ابن سراج إذا دعت الضرورة إلى ذلك ولم يجد في البلد من يعمل بالأجر المعلوم كما ترى، وتقدم في فصل الإجارة أن مجاعلة الدلال من هذا القبيل وإلاَّ فهي ممنوعة. انظر شرحنا للشامل عند قوله: والعمل في الجعل من شرطه عدم تأجيله الخ. ومما يجوز فيه الجعل مع جهل العوض أيضاً قوله: اقتض ديني وما

اقتضيت فلك نصفه، أو القط زيتوني وما لقطت فلك نصفه، وجذ من نخلي ما شئت، أو احصد من زرعي ما شئت ولك نصف ما تحصد أو تجذ، فإن ذلك كله جعالة وله الترك متى شاء كما اقتصر عليه في الشامل وغيره، فإن قال: احصد زرعي هذا سواء قال كله أم لا. كما في الرجراجي أو قال: جذ نخلي هذا أو القط زيتوني هذا ولك نصفه، فهو إجارة لازمة لأنه معلوم بالحزر وليس له الترك كما نص عليه في المدونة.
الثاني: كل مسألة يصح الجعل فيها مع اعتبار شروطه من عدم ضرب الأجل ونحوه تصح فيها الإجارة مع اعتبار شروطها أيضاً من ضرب الأجل وغيره، ولا عكس. ألا ترى أن حفر الآبار يصح بجعالة كما قال:
ـــ كالحَفْرِ لِلْبِئْرِ وَرَدِّ الآبِقِ
وَلاَ يُحَدُّ بِزَمَانٍ لاَحِقِ
(كالحفر للبئر) بشرط أن تكون في غير ملك الجاعل، وأن يعرفا شدة الأرض ورخاوتها على ما لصاحب المعونة لا على ما لابن رشد وابن الحاجب فإنهما لا يشترطان معرفة شدتها ورخاوتها وهو أظهر والآلات والفؤوس على الحافر إلا أن يشترطها على الجاعل ويصح إجارة أيضاً كانت في أرض يملكها الجاعل أم لا. والآلة والفؤوس على المستأجر بالكسر، وكذا بيع الثياب يصح إجارة وجعالة وكذا مشارطة الطبيب. (ورد الآبق) والشارد يصح فيهما الأمران أيضاً وتنفرد الإجارة بخياطة الثوب وحفر البئر في ملك الجاعل ونحوهما مما تبقى فيه منفعة للجاعل بعد الترك فإنه لا يصح جعالة وإنما يصح إجارة فالإجارة أعم من

الجعل مطلقاً كما قال (خ): في كل ما جاز فيه الإجارة بلا عكس الخ. وهذا واضح على المشهور من أن ما تبقى فيه منفعة للجاعل بعد الترك لا تصح فيه الجعالة، وأما على مقابله وهو مذهب ابن القاسم من صحة الجعل فيما تبقى فيه منفعة للجاعل فيتساوى الجعل والإجارة ولا ينفرد أحدهما عن الآخر بشيء.

تنبيهان. الأول: قال في المتيطية: وكره مالك الجعل على الخصومة على أنه لا يأخذ شيئاً إلا بإدراك الحق لأنه لا يعرف لفراغها غاية فإن عمل هذا فله أجر مثله اهـ. وقال قبل ذلك: ويجوز في أحد قولي مالك أن يجاعل الطبيب على البرء والخصم على إدراك الحق وهو المعمول به عند الموثقين اهـ. ونحوه في المجالس المكناسية، وما تقدم في الطبيب محله إذا كان الدواء من عند العليل وإلا لم يجز لأنه غرر إن برىء أخذ حقه وإلاَّ ذهب دواؤه باطلاً. قال ابن ناجي: وبه حكمت ونظمه في العمل المطلق.
الثاني: من سرق له شيء أو ضاع له مثلاً فالتزم ربه الجعل المسمى بالبشارة اليوم، فإنه يجوز ذلك الالتزام ويقضي للمبشر بأخذه بشرطين أن يلتزم له ذلك قبل وجود المسروق ونحوه، وأن يكون مكانه مجهولاً، فمن وجد الآبق أو المسروق أو علم مكانهما ثم جاء إلى ربه، فطلب أن يلتزم له بالبشارة على رده أو على الدلالة على مكانه فلا جعل له وإن قبضه رده قال في العمليات:
وخذ بشارة بجعل جعلا
قبل الوجود والمكان جهلا
انظر الأنقال على ذلك في شرحه، لكن ذكر أبو العباس الملوي في بعض تقاييده ونحوه في شرح العمل المذكور أن بعض قضاة فاس أفتى بوجوب الحكم بالبشارة مطلقاً مراعاة للمصالح العامة وخوفاً من ضياع أموال المسلمين بكتمان الضوال والمسروق. قال: وقد نص العلماء على أن الفتوى دائرة على مقتضى الحال وحيث أخذت البشارة من المسروق له، فإنه يرجع بها على السارق لأنه ظالم تسبب في إغرام رب البشارة. قلت: وهذه الفتوى جارية على ما تقدم عن ابن سراج وغيره من رعي المصالح وعلى مقتضاها عامة المسلمين اليوم فلا يستطيع أن يردهم عن كتمان الضوال راد إن لم يأخذوا البشارة والله أعلم.

(ولا يحد بزمان لاحق) أي لا يجوز أن يؤجل عمل الجعل بأجل ولا يقدر بزمن كيوم أو عشرة مثلاً لأنه قد ينقضي الأجل قبل تمام العمل، فيذهب سعيه باطلاً. (خ): بلا تقدير زمن إلا بشرط ترك متى شاء فيجوز حينئذ ضرب الأجل فيه كما مر، وذلك لأنه مع عدم الشرط دخل على التمام فقوى الغرر بسبب ذلك مع ضرب الأجل، بخلاف ما إذا شرط الترك متى شاء مع الأجل فقد دخلا على التخيير فخف بذلك الغرر وسكت الناظم عن شرط النقد فيه وهو ممنوع لتردد المنقود بين السلفية والثمنية لا إن نقد تطوعاً فيجوز، وهل على اختلافهما في قدر الجعل وحكمه أنه كالصانع، فإن كان الآبق مثلاً محوزاً بيده وأشبه قوله، فالقول له أشبه الجاعل أم لا، وإلاَّ صدق الجاعل إن أشبه وإلا تحالفا وكان له جعل مثله.

فصل في المساقاة

مفاعلة من السقي وأصله مساقية تحركت الياء وانفتح ما قبلها فقلبت ألفاً فتكتب بالهاء وتنصب الفتحة لأنها مفردة ولفظها مفاعلة، أما من الواحد وهو قليل كسافر وعافاه الله أو يلاحظ فيها العقد وهو منهما، فيكون من التعبير بالمتعلق بالفتح وهو المساقاة عن المتعلق بالكسر وهو العقد وهي رخصة مستثناة من كراء الأرض بما يخرج منها، وذلك في بعض صورها كالبياض الذي بين الأشجار يعمل فيه العامل بجزء من زرعه ومن بيع الثمرة والإجارة بها قبل طيبها وقبل وجودها، ومن الإجارة المجهولة ومن بيع الغرر قاله عياض. قال في الكافي: ومعنى المساقاة أن يدفع الرجل كرمه أو حائط نخله أو شجرة تينه أو زيتونه أو سائر مثمر شجره لمن يكفيه القيام بما يحتاج إليه من السقي والعمل على أن ما أطعم الله من ثمرها يكون بينهما نصفين أو على جزء معلوم من الثمرة. ابن عرفة: هي عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل فيدخل قولها لا بأس بالمساقاة على أن كل الثمرة للعامل ومساقاة البعل انتهى. فقوله: بقدر يشمل ما إذا كان القدر كل الثمرة أو بعضها، ولذا قال: فيدخل الخ. ولو عبر بجزء لم يشمل ذلك وهو عطف على مقدر أي يقدر من غلته لا من غير غلته ولا تنعقد عن ابن القاسم إلا بلفظها، وعند سحنون بكل ما يدل عليها ولو بلفظ الإجارة وهو مقتضى تعريف ابن عرفة المتقدم، ويؤيده ما تقدم صدر الإجارة من أنه إذا قال له: بعتك سكنى داري فذلك غلط في اللفظ وهو كراء صحيح. وقال ابن يونس حسبما نقله البرزلي وغيره في المغارسة ما نصه: ولا فرق بين أساقيك وأواجرك ولا يضر قبح اللفظ إذا حسن العمل، ولم يفرق ابن القاسم بينهما وهو أصوب انتهى. فعلى هذا لابن القاسم قولان وافق في أحدهما قول سحنون، وصوبه ابن يونس كما ترى وذلك مما يرجح ما عليه عمل الناس اليوم من عقدها بغير لفظها، وإن كان (خ) اقتصر على الأول فقال: بساقيتك الخ. فلا يشوش به على الناس اليوم

والله أعلم.

ـــ إنَّ المُسَاقَاةَ عَلَى المُخْتَارِ
لاَزِمَةٌ بالْعَقْدِ في الأَشْجَارِ

(إن المساقاة على) القول (المختار) وهو مذهب المدونة والأكثر (لازمة بالعقد) وإن لم يشرع في العمل وقيل إنما تلزم بالشروع، وقيل بالحوز كما في ابن عرفة (في الأشجار) متعلق بالمساقاة أو بتجوز مقدراً.

ـــ وَالزرْعِ لَمْ يَيْبَسْ فَقَدْ تَحَقَّقَا
قيلَ مع العَجْزِ وقيلَ مُطْلَقَا

(و)تجوز أيضاً في (الزرع) حال كونه (لم ييبس) أي لم يطب، وهذا الشرط لا يختص بالزرع بل هو شرط حتى في ثمر الأشجار ومثل الزرع المقثاة والباذنجان والقرع والبصل والقصب واللفت والجزر. ولما كانت هذه الأمور ملحقة بالثمار لأن السنة إنما وردت بالمساقاة فيها خاصة اشترط الإمام لجواز المساقاة في هذه الأمور شروطاً. أحدها: عدم الطيب وهو لا يختص بالزرع والملحق به كما مر، وثانيها: أن تبرز من الأرض وتستقل لتصير مشابهة للشجر

وهو معنى قوله: (وقد تحققا) أي: والحال أنه قد تحقق كونه زرعاً بأن بزر من الأرض واستقل فلا تصح المساقاة فيها قبل ذلك، وثالثها: أن يعجز ربها عن القيام بعملها الذي لا تتم ولا تنمو إلا به وهو معنى قوله: (قيل مع العجز) أي إنما تجوز المساقاة فيها إذا عجز عن القيام بها بخلاف ثمار الأشجار، فإنها تجوز المساقاة فيها، وإن لم تبرز ثمرتها وإن لم يعجز ربها واشتراط العجز في الزرع، وما ألحق به هو المشهور.6 (وقيل مطلقا) وهو لابن نافع تجوز في الزرع وما ألحق به، وإن لم يعجز عنه ربه وعلى الأول اقتصر (خ) إذ قال: كزرع وقصب ومقثاة إن عجز ربه وخيف موته وبرز ولم يبد صلاحه.

ـــ وَأَلْحَقُوا المقاثِي بالزَّرْعِ وَمَا
كالْوَرْدِ وَالْقُطْنِ عَلَى مَا قُدِّمَا

(وألحقوا المقاثي بالزرع) في الجواز بالشروط المذكورة كما مر. (وما) مبتدأ (كالورد) يتعلق بمحذوف صلة (والقطن) معطوف عليه (على ما قدما) يتعلق بمحذوف خبر، والتقدير وما ثبت كالورد والريحان والياسمين والقطن تجوز مساقاته على ما تقدم من الخلاف في الزرع هل يشترط العجز أم لا (خ): وهل كذلك الورد ونحوه والقطن لا تجوز مساقاة ذلك إلا بالشروط المتقدمة في الزرع أو هي كالأشجار فلا يشترط فيها ذلك، وعليه الأكثر، بل حكى ابن رشد عليه الاتفاق فلا أقل أن يكون ذلك مشهور، تأويلان ومحلهما في القطن الذي تجنى ثمرته ويبقى أصله يثمر مرة أخرى، وأما ما لا يجنى إلا مرة واحدة فإنه كالزرع باتفاق.

ـــ وَامْتَنَعَتْ في مَخْلِفِ الإِطْعَام
كَشَجَرِ المَوْزِ عَلَى الدَّوَام

(وامتنعت) المساقاة (في مخلف اطعام كشجر الموز) إلا تبعاً لما تجوز مساقاته (خ): إنما تصح مساقاة شجر ذي ثمر ولم يحل بيعه ولم يخلف إلا تبعاً، وأدخلت الكاف القضب بسكون الضاد المعجمة وهو المسمى عندنا بالفصة والكزبرة، والقرط بضم القاف ما يرعى من العشب، والبقل، وتقدم تفسيره في الجوائح ونحو ذلك مما يخلف بعد جذه (على الدوام) يتعلق بمخلف ولا بأس بشراء ثمرة الموز إذا حل بيعها وشرط بطناً أو شهراً (خ): ووجب ضرب الأجل ان استمر كالموز، وقد تحصل أن الأصول ثلاثة أصناف أصول ثابتة، وإنما تجذ ثمرتها فتجوز مساقاتها وأصول غير ثابتة وهي التي يجذ أصلها مع ثمرتها كالزرع واللفت ونحوهما، فلا تجوز مساقاتها إلا أن يعجز ربها ويبرز من الأرض وأصول تجذ وتخلف كالبقل والكراث والقضب والموز لا تجوز مساقاته قاله ابن يونس.

ـــ وَمَا يَحِلُّ بَيْعُهُ مِنَ الثَّمَرْ
وَغَيْرِ مَا يُطْعِمُ مِنْ أَجْلِ الصِّغَرْ

(و)امتنعت أيضاً في (ما يحل بيعه من الثمر) لطيبه إلا تبعاً لما لم يطب فإن لم يكن تبعاً لم يجز له لأنه ضرورة تدعو إلى المساقاة حينئذ لجواز بيعها بالثمر إذا عجز عن جذاذها، ولأنه يجوز له أيضاً أن يدفعها لمن يجذها بالنصف أو الربع إجارة وجعالة كما مر في الجعل وهو قول (خ) في الإجارة: واحصد هذا ولك

نصفه وما حصدت فلك نصفه. (و)امتنعت أيضاً في (غير ما يطعم) من عامه (من أجل الصغر) كالودي وهو صغار النخل إلا تبعاً لما يطعم من عامه.

ـــ وَفي مُغَيَّبٍ في الأَرْضِ كالْجَزَرْ
وَقَصَبِ السُّكَّرِ خُلْفٌ مُعْتَبَرْ

(وفي) جواز مساقاة (مغيب في الأرض) خبر مقدم (كالجزر) واللفت والفجل (و) في (قصب السكر) ونحوه وعدم جواز المساقاة في ذلك (خلف) مبتدأ (معتبر) صفة له، والمشهور الجواز بشروط الزرع كما تقدم.

ـــ وَإِنْ بَيَاضٌ قَلَّ مَا بَيْنَ الشَّجَرْ
وَرَبُّهُ يُلغيهِ فَهْوَ مُغْتَفَرْ

(وإن) قل (بياض) فاعل محذوف يفسره (قل) كما قررنا وهو المحل الخالي من الغرس سمي بياضاً لإشراق أرضه بضوء الشمس نهاراً وبنور الكواكب ليلاً، فإذا اشترت الأرض بزرع أو شجر سميت سواداً لحجبها عن بهجة الإشراق (ما) زائدة (بين الشجر) حال (وربه يلغيه) جملة حالية (فهو مغتفر) جواب الشرط، والمعنى أن البياض سواء كان بين الشجر أو منفرداً عنها بناحية إذا قلّ بأن يكون كراؤه منفرداً مائة والثمرة على المعتاد منها بعد إسقاط ما أنفق عليها تساوي مائتين يغتفر إلغاؤه للعامل فيختص بما يزرع فيه، وسواء ألغي له باشتراطه إياه عند العقد أو سكتا عنه عنده (خ): وألغي للعامل إن سكتا عنه أو اشترطه الخ. وما في حاشية ابن رحال: من أنه عند السكوت يبقى لربه على الراجح خلاف المعتمد كما في حاشية الرهوني. ابن يونس: ولو ادعى رب الحائط قبل العمل أنه اشترطه لنفسه تحالفا وتفاسخا، وإذا ألغي للعامل فزرعه لنفسه ثم أجيحت الثمرة كان عليه كراء البياض لأنه لم يعطه إياه إلا على عمل السواد، فلما ذهب السواد كان له أن يرجع بالكراء، وكذا لو عجز عن إتمام العمل كان عليه البياض بكراء مثله، ومفهوم قوله: قل إنه إذا لم يكن تبعاً بل كان كراؤه أكثر من مائة في المثال المذكور لم يجز إلغاؤه بل يبقى لربه فإن اشترطه العامل فسدت.

ـــ وَجازَ أَنْ يَعْمَلَ ذَاكَ العامِلُ
لكِنْ بِجُزْءِ جُزْئهَا يُمَاثِلُ

(وجاز أن يعمل ذاك) البياض القليل كما في المثال المتقدم (العامل) في الشجر وتكون فائدته بينهما (لكن) بشروط أحدها أن يكون عمله فيه (بجزء) من نعته وصفته (جزئها) أي المساقاة مفعول بقوله (يماثل) كالربع أو النصف فيهما معاً، فلو كان على الربع في الثمرة والنصف في البياض لم يجز على المشهور، ومذهب ابن القاسم لأن المساقاة إنما جازت فيه بحسب التبع فلا بد أن يكون جزؤه موافقاً لما هو تبع له، وذهب أصبغ إلى عدم اشتراط موافقة جزء البياض للحائط وعليه فما يفعله الناس اليوم من مساقاة البياض بأكثر من جزء الحائط له مستند، فلا يشوش عليهم بارتكابهم لغير المشهور قاله المسناوي، وأشار لثاني الشروط بقوله:

ـــ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ ما يَزْدَرِعُ
مِنْ عِنْدِهِ وَجُزْءُ الأَرْضِ تَبَعُ

(بشرط أن يكون ما يزدرع) في البياض (من عنده) أي من عند العامل لأنه من جملة مؤنة المساقاة، ولأنه لم يرد عنه عليه السلام أنه بعث إلى أهل خيبر بزريعة ولا غيرها، فلو كان بذره من عند ربه أو من عندهما فسدت لخروج الرخصة عن محلها، وأشار لثالث الشروط بقوله: (وجزء الأرض) أي والجزء الذي هو الأرض البياض (تبع) لقيمة ثمرة الحائط كما تقدم في المثال وهذا الشرط مستغنى عنه بقوله «قل» إلا أن يكون قصد به تفسير القلة (خ): وكبياض نخل أو زرع إن وافق الجزء وبذره العامل وكان ثلثاً بإسقاط كلفة الثمرة الخ.
والحاصل أن البياض لا يجوز إدخاله في المساقاة إلا بهذه الشروط الثلاثة فإن اختل واحد منها فسد عقد المساقاة ويرد العامل إلى مساقاة مثله في الحائط وإلى أجرة مثله في البياض.
ـــ وَحَيْثُمَا اشْتَرَطَ رَبُّ الأَرْضِ
فَائِدَهُ فَالْفَسْخُ أَمْرٌ مَقْضِي

(وحيثما شرط رب الأرض فائده) أي البياض اليسير لنفسه (فالفسخ) لعقد المساقاة (أمر مقضي) به على المشهور لأن سقي العامل يناله فكان ذلك زيادة اشتراطها رب الحائط على العامل، وقيل يجوز لربه اشتراطه لنفسه لأن العامل لا يتكلف لذلك زيادة في العمل لأنه يسقي شجره وما ينتفع به البياض بعد ذلك كالذي ينتفع به الجار اهـ. وعليه فلا يشوش على من فعله كما مر عن المسناوي، وهذا إذا كان يناله سقي العامل، وأما إن كان لا يناله أو كان بعلاً فلا إشكال أنه لربه، وهذا كله في البياض اليسير كما مر. وأما الكثير فلا يصح إدخاله في المساقاة ولا أن يلغى للعامل، بل يبقى لربه كما مر، وظاهر إطلاقاتهم ولو كان سقي العامل يناله. وقولنا: فالفسخ الخ. ظاهره ولو بعد العمل وهو كذلك ويكون له أجرة مثله فيه ومساقاة مثله في الحائط.
ـــ وَلاَ تَصِحُّ مَعْ كِرَاءٍ لا وَلاَ
شَرْطِ البَيَاضِ لِسوَى مَنْ عَمِلا
(ولا تصح) المَساقاة (مع كراء) في عقد واحد كقوله: اكتر لي دارك بدرهم على أن نعمل في حائطك مساقاة بربع الثمرة لأنها من العقود التي لا يجتمع اثنان منها في عقد واحد كما مر صدر البيوع (لا) توكيد للا التي قبلها (ولا) تصح أيضاً مع (شرط البياض) اليسير (لسوى من عملا) وهو رب الحائط أو الأجنبي وأما شرطه للعامل فهو جائز، وهذا الشطر مكرر مع قوله قبله وحيثما الخ.
ـــ وَلاَ اشْتِرَاط عَمَلٍ كَثِيرِ
يَبْقَى لَهُ كَمِثْلِ حَفْرِ بِيرِ

(ولا) يصح أيضاً مع (اشتراط عمل كثير) على العامل (يبقى له) أي لرب الحائط (كمثل حفر بير) أو عين أو بناء حائط أو بيت، ومفهوم كثير أن العمل القليل لازم له (خ): ولزم عاملها ما يفتقر له عرفاً أي ولا يشترط تفصيله لقيام العرف مقام الوصف، فإن لم يكن عرف أصلاً أو كان ولم ينضبط أو انضبط ولم يعلمه العامل فلا بد من البيان والقول للعامل أنه لم يعلمه، ثم إن الذي يجب عليه هو ما يتعلق بإصلاح الثمرة. قال في المقدمات: عمل العامل إن لم

يتعلق بإصلاح الثمرة لم يلزم العامل ولا يصح أن يشترط عليه منه إلا اليسير كشد الحظيرة بالظاء المشالة أي الزرب الذي بأعلى الحائط يمنع التسور عليه من الحظر وهو المنع، وكإصلاح الضفيرة وهي عيدان تضفر وتطين ليجتمع فيها الماء كالصهريج قال: وإن تعلق بإصلاح الثمرة وكان ينقطع بانقطاعها أو يبقى بعدها الشيء اليسير، فهذا يلزم المساقي وذلك كالحفر الذي يمنع الدخول للحائط والسقي وزبر الكرم وتقليم الشجر وإصلاح مواضع السقي وجلب الماء وجذاذ الثمرة وتبقية منافع الشجر ونحو ذلك، وأما ما يبقى بعد انقطاعها وينتفع به ربها كحفر بئر أو بناء بين يجمع فيه ثمرها كالجرين أو إنشاء غرس، فلا يلزم العامل ولا يجوز اشتراطه عليه اهـ. باختصار وزيادة للإيضاح.

ـــ وَلاَ اخْتِصَاصِهِ بِكَيْلٍ أَوْ عَدَدْ
أَوْ نَخْلَةٍ مِمَّا عَلَيْهِ قَدْ عَقَدْ

(ولا) تصح أيضاً مع اشتراط (اختصاصه) أي رب الحائط أو العامل (بكيل) كوسق لي والباقي بيننا على الجزء الذي دخلنا عليه (أو عدد) كألف رمانة أو مائة أترجة أو بطيخة والباقي بينهما على ما دخلا عليه، (أو) شرط اختصاصه بثمر (نخلة مما) أي من النخيل الذي (عليه قد عقد) المساقاة يتنازعه الكيل وما بعده، ومفهوم قوله: مما عليه قد عقد أحروي في المنع، فلا يجوز اشتراط اختصاص العامل أو رب الحائط بكيل من حنطة أو ثمرة نخل أو عدد من دنانير أو عرض أو من الرمان مثلاً أو ثمر نخلة من غير ما وقعت عليه المساقاة، لأنه إن كان الدافع من عنده هو العامل فقد خرجا عن المساقاة إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وإن كان الدافع هو رب الحائط فهو إجارة فاسدة لأنه حينئذ واجره على العمل بما أعطاه له وبجزء من ثمرة ما يعمل فيه فيرد العامل إلى أجرة مثله في الصورتين ولا شيء له في الثمرة كما قال (خ): فله أجرة مثله إن خرجا عنها كان ازداد عيناً أو عرضاً الخ. نعم إذا لم يجد رب الحائط عاملاً إلا مع دفعه له شيئاً زائداً على الجزء فإنها تصح للضرورة كما تقدم عن ابن سراج في الإجارة قاله (ز) واحترز بقوله بكيل الخ. مما إذا ساقاه على أن لأحدهما جزءاً من عشرة أو خمسة أو أقل أو أكثر أو الباقي بينهما نصفين مثلاً فإنه جائز لأن ذلك يرجع إلى جزء معلوم لأحدهما خمسة ونصف وللآخر أربعة ونصف قاله اللخمي.

ـــ وَهِيَ بِشَرْطٍ أَوْ بِمَا قَد اتُّفِقْ
بِهِ وَحَدٌّ أَمَدٍ لها يَحِقْ

(وهي) أي المساقاة تصح (بشطر) من الثمرة أي نصفها (أو بما قد اتفق) بالبناء للمجهول (به) أي عليه من ثلث الثمرة أو ربعها أو خمسها أو ثلاثة أرباعها أو كلها كما مر عن ابن عرفة من أنه تجوز المساقاة على أن كل الثمرة للعامل اللخمي: والمساقاة تجوز على النصف حسبما ورد في الحديث، أنه عليه السلام ساقى أهل خيبر بشطر الثمرة وعلى الثلث والربع وأكثر من ذلك وأقل الخ (خ): بجزء قل أو كثر شاع وعلم الخ. (وحد أمد) أي أجل من سنة فأكثر (لها يحق) وظاهره الوجوب والذي في المدونة والشأن في المساقاة إلى الجذاذ قال: ولا تجوز شهراً ولا سنة محدودة وهي للجذاذ إذا لم يؤجلا وإن

كانت تطعم في العام مرتين فهي إلى الجذاذ الأول حتى يشترط الثاني اهـ. وهو معنى قول (خ): واقتت بالجذاذ وحملت على أول إن لم يشترط الخ. وقال في المعين: والصواب أن تؤرخ المساقاة بالشهور العجمية التي فيها الجذاذ فإن أرخت بالعربية فإن انقضت قبل الجذاذ تمادى العامل إليه إلا أنه يستحب أن تكون المساقاة من سنة إلى أربع، فإن طالت السنون جداً فسخت اهـ. وفي (ح) ما نصه: فتحصل أن المساقاة تؤقت بالجذاذ سواء عقداها لعام واحد أو لسنين متعددة فإن عقداها وأطلقا حملت على الجذاذ، وعلى أنها لعام واحد، وإن عقداها لسنة أو سنتين وأطلقا حملت أيضاً على الجذاذ، وإن أراد التحديد بانقضاء السنة العربية أو السنين العربية لم تجز وتفسد المساقاة بذلك اهـ.

تنبيه: قال أبو الحسن: المساقاة تجوز بثمانية شروط. أولها: أنها لا تصح إلا في أصل يثمر أو ما في معناه من ذوات الأزهار والأوراق المنتفع بها كالورد والآس يعني الريحان. ثانيها: أن تكون قبل طيب الثمرة وجواز بيعها. ثالثها: أن تكون إلى مدة معلومة ما لم تطل جداً أو إلى الجذاذ إذا لم يؤجلا. رابعها: أن تكون بلفظ المساقاة لأن الرخص تفتقر إلى ألفاظ تختص بها. خامسها: أن تكون بجزء مشاع لا على عدد من آصع أو أوسق. سادسها: أن يكون العمل كله على العامل. سابعها: أن لا يشترط أحدهما من الثمرة ولا من غيرها شيئاً معيناً خاصاً بنفسه. ثامنها: أن لا يشترط على العامل أشياء خارجة عن الثمار أو متعلقة بالثمرة ولكن تبقى بعد الثمرة مما له قدر وبال اهـ. وزاد بعضهم تاسعاً وهو أن يكون الشجر مما لا يخلف اهـ. وجلها في النظم كما يعلم بأدنى تأمل، وقد تقدم أول الباب ما في الشرط الرابع من الخلاف.

ـــ وَالدَّفْعُ لِلزَّكَاةِ إِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ
بَيْنَهُمَا بِنِسْبَةِ الْجُزْءِ فَقَطْ

(والدفع للزكاة) مبتدأ (إن لم يشترط) بالبناء للمفعول ونائبه ضمير المبتدأ (بينهما) خبر (بنسبة الجزء) حال من الضمير في متعلق الخبر (فقط) والمعنى أن المتساقيين إذا عقدا المساقاة ولم يشترط أحدهما على صاحبه إخراج الزكاة من نصيبه، فإنها تخرج ابتداء، ثم يكون الباقي بينهما على ما اتفقا عليه، وإذا كان يبدأ بها فكل واحد منهما قد أعطى من الزكاة بقدر نصيبه من الثمرة وهو معنى قوله: بنسبة الجزء أي جزء الغلة فمن له منها ربع فقد أعطى عشر الربع وهكذا. ومفهوم الشرط أنه إذا اشترطت الزكاة على أحدهما كانت عليه وحده وهو كذلك قال في المدونة: ولا بأس أن تشترط الزكاة في حظ أحدهما لأنه يرجع إلى جزء معلوم ساقى عليه فإن لم يشترط شيئاً فشأن الزكاة أن يبدأ بها ثم يقتسمان ما بقي ثم إن الزكاة إنما تجب ويبدأ بها إن كان رب الحائط أهلاً لها وثمره أو ما يضمه له من غيره نصاباً وإن كان العامل من غير أهلها لأنه أجير، فإن لم يكن ربه من أهلها ككونه رقيقاً أو كافراً أو لم تبلغ هي أو مع ما له من غيرها نصاباً لم تجب عليه ولا على العامل في حصته، ولو كانت نصاباً وهو من أهلها لأنه أجير، ولذا قال اللخمي: يزكى الحائط مدة المساقاة على ملك ربه فإن كان جميعه خمسة أوسق كانت فيه الزكاة وإن لم ينب كل

واحد منهما إلا وسقان ونصف ويزكى العامل وإن كان عبداً أو نصرانياً وإن كان الحائط لعبد أو نصراني لم يزك العامل وإن صار له نصاب وهو حر مسلم اهـ.

تنبيه: فإن لم تجب الزكاة لنقصانها عن النصاب وقد اشترطها أحدهما على صاحبه فقيل: يلغى الشرط وتكون الثمرة بينهما على ما دخلا عليه، وبه صدر في الشامل، وقيل: وهو المعتمد وبه صدر في المتيطية يقتسمان الثمرة عشرة أجزاء ويكون للعامل منها أربعة حيث ساقاه على النصف ولربها سنة حيث اشترطت على العامل والعكس بالعكس. قال اللقاني في حواشي ضيح: هذا القول هو الجاري على الصحيح في باب القراض من أن جزء الزكاة لمشترطه (خ): وهو للمشترط وإن لم تجب الخ.
تنبيه: قال الشيخ بناني في حاشيته عن بعض شيوخه: والصواب أيضاً أن الخماس كالمساقي فالزكاة على رب الزرع إن كان من أهلها وكان عنده نصاب وإلاَّ فكما تقدم في المساقي ثم ما فضل بعد أخذ الزكاة يكون بينهما على ما دخلا عليه اهـ.
قلت: ذكر في المعيار عن البرزلي أنه اختلف في شركة الخماس فقيل: جائزة لأنه شريك وهو قول سحنون وقيل غير جائزة لأنه أجير وهو قول ابن القاسم. وفائدة الخلاف تظهر في الزكاة فعلى قول ابن القاسم إنما له إجازة مثله فزكاة الزرع على ربه، وعلى قول سحنون على الخماس زكاة زرعه اهـ. وعلى جوازها للضرورة درج في العمليات إذ قال:
وأجرة الخماس أمر مشكل
وللضرورة بها تساهل

وحينئذ فعلى الخماس زكاة زرعه كما عليه الناس اليوم، وقد قال البرزلي في نوازل الزكاة ما نصه: ولا زكاة على شريك في ميراث أو غيره حتى يبلغ نصيبه نصاباً ومثله الخماس اليوم لأنه شريك اهـ. وقد ذكر في المعيار عن ابن لب أن ما ارتكبه الناس وتقادم في عرفهم وجرى به عملهم ينبغي أن يلتمس له وجه شرعي ما أمكن على خلاف أو وفاق، إذ لا يلزم ارتباط العمل بمذهب معين ولا بمشهور من قول قائل اهـ. والله أعلم. وأما الذي يسمى عند الناس اليوم بالمقاطع فإنما يأخذه إجارة قطعاً فزكاة ما يأخذه على رب الزرع وكذا عليه زكاة ما يلقطه اللقاط الذي اشترط لقطه مع الحصاد بأجرة، سواء كان الحصاد الذي اشترط لقطه اللقاط معه هو المسمى بالمقاطع أو غيره. ذكر ذلك شارح العمل عن (خ) عند قوله: وخدمة النساء في البوادي الخ. ونقل عن المعيار أن أجرة الحصاد بشرط اللقاط معه فاسدة وإن كان زكاة ما يلقطه على رب الزرع لأن ما يلقطه حينئذ مؤاجر به، ويفهم منه أنه لا زكاة على ربه فيما يلقطه إذا لم يشترط لقطه وكان اللقاط يأخذه لنفسه.
ـــ وَعَاجِزٌ مِنْ حَظِّهِ يُكَمَّلُ
بالْبَيْعِ مَعْ بَدْوِ الصَّلاَحِ العَمَلُ
(و) عامل في المساقاة (عاجز من حظه) يتعلق بقوله (يكمل) بالبناء للمفعول ونائبه العمل آخر البيت والجملة خبر عن عاجز و(بالبيع) يتعلق بيكمل (مع بدو الصلاح العمل) حال والتقدير وعاجز عن إتمام عمله يكمل عمله من حظه

ببيعه حال كون عجزه مع بدو صلاح الثمرة.
وحاصله أنه إذا عجز بعد بدو الصلاح فإنه يباع حظه من الثمرة ويستأجر بثمنه من يكمل العمل، فإن كان له فضل فله وإن كان نقص فيتبع به إلا أن يرضي رب الحائط أخذه ويعفيه من العمل فذلك له قاله في ضيح، وفهم من الناظم أنه لا يجوز للعامل أن يساقي غيره في هذا الوجه وهو كذلك، إلا مساقاة في ثمر حل بيعه كما مر.

ـــ وَحَيْثُ لَمْ يَبْدُ ولاَ يُوجَد مَنْ
يَنُوبُ في ذَاكَ مَنَابَ مُؤْتَمَنْ

(وحيث) عجز العامل أو ورثته بعد موته (ولم يبد) صلاح الثمرة (ولا يوجد من) أي أمين (ينوب) عنه (في ذاك) العمل (مناب) العامل الذي هو (مؤتمن) عن رب الحائط.

ـــ فَعَامِلُ يُلْقاى لَهُ ما أَنْفَقَا
وَقَوْلُ خُذْ ما نَابَ واخْرُجْ مُتَّقى

(فعامل يُلقى له ما اتفقا) على الثمرة ولا شيء له منها ولا من أجرة عمله.
قال في المدونة: وإذا عجز العامل عن السقي قبل طيب الثمرة قيل له ساق من شئت أميناً فإن لم يجد أسلم الحائط إلى ربه (خ): فإن عجز ولم يجد أسلمه هدراً، وظاهره كظاهر المدونة والنظم أن العامل إذا أسلمه وألغى نفقته لزم رب الحائط قبوله ولا مقال له وليس كذلك بل له أن لا يقبل إذ من حجته أن يقول: أنا لا أقبل تسليمه هدراً ولكن أنا أستأجر من يعمل تمام العمل وأبيع ما صار له من الثمرة وأستوفي ما أديت، فإن فضل فله وإن نقص اتبعته به قاله اللخمي وابن يونس، وكذا قال ابن القاسم في المتزارعين، فعجز أحدهما بعد العمل وقبل الطيب فإنه يقال لصاحبه: اعمل فإذا طاب الزرع بع واستوف حقك فما فضل كان له وما نقص اتبعته به لأن العمل كان له لازماً.
قال في ضيح: وهذا هو المتعين خلاف ما قاله ابن عبد السلام من أنه يلزم ربه قبوله، وظاهر (خ) أيضاً كالمدونة والنظم أنه لا شيء للعامل إذا رضي رب الحائط بقبوله ولو انتفع رب الحائط بما عمل العامل فيه. وقال اللخمي: له قيمة ما انتفع به من العمل الأول قياساً على قولهم في الجعل على حفر البئر، ثم يترك اختياراً وأتم صاحب البئر حفرها اهـ. وشمل قولها أميناً من هو مثله في الأمانة أو أعلى أو أقل، وأصل الأمانة لا بد منها فإن ساقى غير أمين ضمن وهو كذلك كما يأتي عن (خ) ومفهوم قوله: ولا يوجد من ينوب الخ. أنه إذا وجد أميناً ينوب عنه فإنه يجوز له أن يساقيه سواء عجز أو لم يعجز وهو كذلك كما صرح به (خ) حيث قال عاطفاً على الجواز: ومساقاة عامل آخر ولو أقل أمانة وحمل على ضدها وضمن اهـ. ودخل في قول

(خ) آخر الخ. رب الحائط فإن للعامل أن يساقيه بجزء أقل من جزئه أو مساوياً لا بأكثر لأنه يؤدي لدفع بعض الثمرة من حائط آخر وهو خلاف سنة المساقاة كما في (ز) فإن أراد العامل أن يساقي غيره بأقل أو مساوياً طلب رب الحائط أن يأخذه بذلك الجزء الذي يأخذه به غيره، فالقول له وهو أحق به ولا مقال للعامل في ذلك إن كان الجزء مساوياً كما في اللخمي. وأما إن كان بأقل فهل

للعامل أن يقول لا أرضى بأمانته إذ هو محمول على عدمها حتى يثبتها وهو الظاهر أم لا؟ ومحل جواز مساقاة العامل آخر مع عجز أو بدونه إذا لم يشترط رب الحائط عمل العامل بعينه وإلا منع من مساقاته آخر كما في (ز) ومفهوم قوله يلغى الخ. أنه لا يجوز عدم الإلغاء بأن يأخذ العامل من رب الحائط قبل الطيب ثمناً أو ثمرة من غير الحائط وينصرف وهو معنى قوله: (وقول) رب الحائط للعامل قبل بدو الصلاح (خذ ما ناب) عملك الآن (واخرج) عني (متقى) أي ممنوع لأنه من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وأما بعد بدوه فيجوز بغير طعام كدراهم أو عرض لا بطعام لما فيه من بيع الطعام بالطعام نسيئة وبالتفاضل والنسيئة إن كان الطعام من جنسها. وما ذكره الناظم هو من الإقالة بعد العمل على شيء يأخذه العامل من رب الحائط قال فيها: ومن ساقيته حائطك لم يجز أن يقيلك على شيء تعطيه إياه كان قد شرع في العمل أم لا. لأنه غرر إن أثمر النخل فهو بيع الثمر قبل زهوه، وإن لم يثمر فهو أكل المال بالباطل اهـ. وقال فيها أيضاً: ومن ساقى رجلاً ثلاث سنين فليس لأحدهما المتاركة حتى تنقضي لأن المساقاة تلزم بالعقد، وإن لم يعمل وليس لأحدهما الترك إلا أن يتتاركا بغير شيء يأخذه أحدهما من الآخر فيجوز، وبه تعلم أنه لا مفهوم لقوله ما ناب الخ. بل كذلك إذا لم يعمل كما مر عن المدونة، ومفهوم قوله: خذ الخ. أنه إذا تقايلا مجاناً جاز كما مر أيضاً عن المدونة (خ) وتقايلهما هدر الخ. وكذا يجوز إذا قال: أنا أكفيك المؤنة الخ. وخذ حظك

كاملاً بعد جذاذها من عينها كما مر عند قوله: وعاجز من حظه يكمل الخ. ومحل ما في النظم إذا كانت الإقالة على شيء من غير ثمرة المساقاة كما قررنا أو على مكيلة مسماة منها أو على ثمرة نخلة معروفة منها، وأما على جزء شائع من ثمرة المساقاة ولم تطب فإنه يجوز قبل العمل اتفاقاً لأنه هبة للعامل، وكذا بعده عند ابن القاسم خلافاً لسماع أشهب، كذا لابن رشد. وظاهر قول المدونة المتقدم؛ أنه لا يجوز التقايل على شيء يعطيه إياه مطلقاً كان جزءاً شائعاً من ثمرتها أم لا. قبل العمل أم لا. وهذا كله إذا كان الدافع هو رب الحائط، وكذا إن كان العامل دفع لرب الحائط دراهم ونحوها ليقيله فإنه يمنع أيضاً، وإن وقع رد له المدفوع إن عثر عليه قبل الجذاذ ورجع لمساقاته وبعد الجذاذ فله جزؤه من الثمرة كاملاً وعليه أجرة ما عمل عنه رب الحائط فيهما، فإن فاتت الثمرة فإنه يرد مكيلتها إن علمت أو قيمتها إن جهلت كما قالوه في بيع الثنيا الفاسد، وقد كان في الأصول ثمر مأبور وقت البيع وكما قالوه أيضاً في المغارسة الفاسدة، وكذا يقال فيما إذا كان الدافع هو رب الحائط فإنه يرد إليه المدفوع قبل الجذاذ الخ.

(فعامل يُلقى له ما اتفقا) على الثمرة ولا شيء له منها ولا من أجرة عمله. قال في المدونة: وإذا عجز العامل عن السقي قبل طيب الثمرة قيل له ساق من شئت أميناً فإن لم يجد أسلم الحائط إلى ربه (خ): فإن عجز ولم يجد أسلمه هدراً، وظاهره كظاهر المدونة والنظم أن العامل إذا أسلمه وألغى نفقته لزم رب الحائط قبوله ولا مقال له وليس كذلك بل له أن لا يقبل إذ من حجته أن يقول: أنا لا أقبل تسليمه هدراً ولكن أنا أستأجر من يعمل تمام العمل

وأبيع ما صار له من الثمرة وأستوفي ما أديت، فإن فضل فله وإن نقص اتبعته به قاله اللخمي وابن يونس، وكذا قال ابن القاسم في المتزارعين، فعجز أحدهما بعد العمل وقبل الطيب فإنه يقال لصاحبه: اعمل فإذا طاب الزرع بع واستوف حقك فما فضل كان له وما نقص اتبعته به لأن العمل كان له لازماً. قال في ضيح: وهذا هو المتعين خلاف ما قاله ابن عبد السلام من أنه يلزم ربه قبوله، وظاهر (خ) أيضاً كالمدونة والنظم أنه لا شيء للعامل إذا رضي رب الحائط بقبوله ولو انتفع رب الحائط بما عمل العامل فيه. وقال اللخمي: له قيمة ما انتفع به من العمل الأول قياساً على قولهم في الجعل على حفر البئر، ثم يترك اختياراً وأتم صاحب البئر حفرها اهـ. وشمل قولها أميناً من هو مثله في الأمانة أو أعلى أو أقل، وأصل الأمانة لا بد منها فإن ساقى غير أمين ضمن وهو كذلك كما يأتي عن (خ) ومفهوم قوله: ولا يوجد من ينوب الخ. أنه إذا وجد أميناً ينوب عنه فإنه يجوز له أن يساقيه سواء عجز أو لم يعجز وهو كذلك كما صرح به (خ) حيث قال عاطفاً على الجواز: ومساقاة عامل آخر ولو أقل أمانة وحمل على ضدها وضمن اهـ. ودخل في قول (خ) آخر الخ. رب الحائط فإن للعامل أن يساقيه بجزء أقل من جزئه أو مساوياً لا بأكثر لأنه يؤدي لدفع بعض الثمرة من حائط آخر وهو خلاف سنة المساقاة كما في (ز) فإن أراد العامل أن يساقي غيره بأقل أو مساوياً طلب رب الحائط أن يأخذه بذلك الجزء

الذي يأخذه به غيره، فالقول له وهو أحق به ولا مقال للعامل في ذلك إن كان الجزء مساوياً كما في اللخمي. وأما إن كان بأقل فهل للعامل أن يقول لا أرضى بأمانته إذ هو محمول على عدمها حتى يثبتها وهو الظاهر أم لا؟ ومحل جواز مساقاة العامل آخر مع عجز أو بدونه إذا لم يشترط رب الحائط عمل العامل بعينه وإلا منع من مساقاته آخر كما في (ز) ومفهوم قوله يلغي الخ. أنه لا يجوز عدم الإلغاء بأن يأخذ العامل من رب الحائط قبل الطيب ثمناً أو ثمرة من غير الحائط وينصرف وهو معنى قوله: (وقول) رب الحائط للعامل قبل بدو الصلاح (خذ ما ناب) عملك الآن (واخرج) عني (متقى) أي ممنوع لأنه من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وأما بعد بدوه فيجوز بغير طعام كدراهم أو عرض لا بطعام لما فيه من بيع الطعام بالطعام نسيئة وبالتفاضل والنسيئة إن كان الطعام من جنسها. وما ذكره الناظم هو من الإقالة بعد العمل على شيء يأخذه العامل من رب الحائط قال فيها: ومن ساقيته حائطك لم يجز أن يقيلك على شيء تعطيه إياه كان قد شرع في العمل أم لا. لأنه غرر إن أثمر النخل فهو بيع الثمر قبل زهوه، وإن لم يثمر فهو أكل المال بالباطل اهـ. وقال فيها أيضاً: ومن ساقى رجلاً ثلاث سنين فليس لأحدهما المتاركة حتى تنقضي لأن المساقاة تلزم بالعقد، وإن لم يعمل وليس لأحدهما الترك إلا أن يتتاركا بغير شيء يأخذه أحدهما من الآخر فيجوز، وبه تعلم أنه لا مفهوم لقوله ما ناب الخ. بل كذلك إذا لم يعمل كما مر عن المدونة، ومفهوم قوله: خذ الخ. أنه إذا تقايلا مجاناً جاز كما مر أيضاً عن المدونة (خ) وتقايلهما هدر الخ. وكذا يجوز إذا قال: أنا أكفيك المؤنة الخ. وخذ حظك كاملاً بعد جذاذها من عينها كما مر عند قوله: وعاجز من حظه يكمل الخ. ومحل ما في النظم إذا كانت الإقالة على شيء من غير ثمرة المساقاة كما قررنا أو على مكيلة مسماة منها أو على ثمرة نخلة معروفة منها، وأما على جزء شائع من ثمرة المساقاة

ولم تطب فإنه يجوز قبل العمل اتفاقاً لأنه هبة للعامل، وكذا بعده عند ابن القاسم خلافاً لسماع أشهب، كذا لابن رشد. وظاهر قول المدونة المتقدم؛ أنه لا يجوز التقايل على شيء يعطيه إياه مطلقاً كان جزءاً شائعاً من ثمرتها أم لا. قبل العمل أم لا. وهذا كله إذا كان الدافع هو رب الحائط، وكذا إن كان العامل دفع لرب الحائط دراهم ونحوها ليقيله فإنه يمنع أيضاً، وإن وقع رد له المدفوع إن عثر عليه قبل الجذاذ ورجع لمساقاته وبعد الجذاذ فله جزؤه من الثمرة كاملاً وعليه أجرة ما عمل عنه رب الحائط فيهما، فإن فاتت الثمرة فإنه يرد مكيلتها إن علمت أو قيمتها إن جهلت كما قالوه في بيع الثنيا الفاسد، وقد كان في الأصول ثمر مأبور وقت البيع وكما قالوه أيضاً في المغارسة الفاسدة، وكذا يقال فيما إذا كان الدافع هو رب الحائط فإنه يرد إليه المدفوع قبل الجذاذ الخ.

فصل في الاغتراس

ابن عرفة: المغارسة جعل وإجارة وذات شركة اهـ. فالجعل أن يقول الرجل لآخر: اغترس لي هذه الأرض أصولاً كرماً أو تيناً أو ما أشبه ذلك، ولك في كل شجرة تنبت أو تثمر كذا، وكذا قاله في المتيطية، وسينبه الناظم عليه آخر الفصل. والإجارة أن يقول: اغرس لي هذه الأرض كرماً أو تيناً أو ما أشبه ذلك، ولك كذا دراهم أو دنانير أو عرضاً صفته كذا، فهذه إجارة محدودة بالعمل كخياطة الثوب، ولا يجوز أن يجمع فيها بين الأجل والعمل كما تقدم في الإجارة، ومحل جوازها جعالة أو إجارة إذا كانت الغروس من عند رب الأرض سمى له عدد ما يغرس أو لم يسم لأن ذلك معروف عند الناس، وإن كانت الغروس من عند الغارس فتمتنع حيث كانت للغروس قيمة لأنها حينئذ بيع وجعالة وهما لا يجتمعان، أو بيع وإجارة ويجري حكمها على من واجر بناء على أن الآجر والجص من عند البناء، وفيها تفصيل انظره في المقدمات والمتيطية، فالجعالة لا شيء فيها للعامل إلا بتمام عمله بنبات الشجر أو أثمارها على ما شرطاه بخلاف الإجارة فإنه يستحق أجره على مجرد عمله من غير زيادة عليه، وإن لم يتمه فله بحساب ما عمل.

وقوله: أو ذات شركة هذا القسم هو المقصود للناظم وغيره، وأما ما قبله فهو داخل في بابي الإجارة والجعل، وهي أن يعطي الرجل أرضه لآخر ليغرسها بجزء معلوم منها يستحقه بالإطعام أو بانقضاء الأجل الذي ضرباه على ما يأتي تفصيله. قال في المتيطية: وهذا القسم ليس بإجارة منفردة ولا جعل منفرد، وإنما أخذ شبهاً من الإجارة للزومه بالعقد يعني: وجواز تحديدها بالأجل كما يأتي وشبهاً من الجعالة لأن الغارس لا شيء له إلا بعد نبات الغرس وبلوغه الحد المشترط، فإن بطل قبل ذلك لم يكن له شيء ولكن من حقه أن يعيده مرة أخرى.

ـــــ الاغْتِرَاسُ جَائِزٌ لِمَنْ فَعلْ
مِمَّنْ لهُ البُقعَةُ أَوْ لَهُ العَمَلْ

(الاغتراس) أي العقد على غرس الأرض أصولاً كرماً أو تيناً أو نحوهما مما يطول مكثه سنين كقطن وزعفران في بعض الأرضين لا ما لا يطول مكثه كزرع وبقل، فلا يجوز فيه (جائز) لازم على الراجح (لمن فعل) أي لمن عقد ذلك سواء كان العقد (من له البقعة) أي الأرض (أو) ممن (له العمل) وهو العامل بمعنى أن عقد الاغتراس جائز من رب الأرض والعامل، فأو بمعنى الواو ولكن ينبغي تحديد عمل الغارس إما بالسنين كأن يتعاقدا على أن العامل هو الذي يتولى العمل وحده مدة أربع سنين أو خمس سنين، ونحو ذلك من المدة التي لا يثمر النخل ولا يطعم الشجر قبلها قاله في النهاية. وإن سميا عدة سنين يعمل العامل إليها ثم يكون ذلك بينهما جاز. وقال قبل ذلك: ما لم تكن أشجار تثمر قبل الأجل وإلاَّ لم يجز اهـ. وما لابن حبيب عن مالك من أنها لا تجوز بالأجل لأنها جعل لا يعول عليه كما حققه ابن يونس، وأما أن يحداها بالمقدار كأن يتعاقدا على أن يتولى العمل وحده إلى أن تبلغ الأشجار قدراً معلوماً سمياه كقامة أو نصفها أو ستة أشبار ونحوها مما لا تطعم الأشجار قبله أيضاً، فإن كانت تطعم قبل بلوغها القدر المسمى من قامة ونحوها أو قبل الأجل المضروب في الصورة الأولى فسدت لأن العامل تكون له تلك الثمرة إلى أن يبلغ الشجر الأجل أو الشباب الذي سمياه ثم يكون له نصف الشجر بأرضه فكأنه أجر نفسه بثمر لم يبد صلاحه وبنصف الأرض وما ينبت فيها قاله البرزلي وغيره. وأما بالأثمار كأن يتفقا على توليته العمل إلى إطعامها كما قال:

ـــ والحدّ في خِدْمَتِهِ أَنْ يُطْعِمَا
وَيَقَعُ القَسْمُ بِجُزْءٍ عُلِمَا

(والحد في خدمته) أي الغارس أو الشجر المفهوم من السياق فهو من إضافة المصدر إلى فاعله أو مفعوله. (أن يطعما) هو أي الشجر وتفسد إن شرطا زيادة عليه للعلة المتقدمة، فالإطعام هو أحد الأمور التي تحد المغارسة به كما ترى لا أنها لا تحد إلا به كما يقتضيه النظم فإن سكتا ولم يحداها بإطعام ولا بغيره مما ذكر فهي جائزة صحيحة عند ابن حبيب. وتكون إلى الإطعام، وقيل هي فاسدة والأول المعتمد، وعليه اقتصر غير واحد، ولذا قلنا ينبغي تحديد عمل الغارس الخ. لصحتها عند السكت، ولكن محل صحتها عنده إذا كان العرف التحديد بالإطعام ونحوه مما تقدم كما عندنا اليوم، وأما إذا كان العرف أن العامل يبقى عاملاً ما عاش فهي فاسدة عند السكت لأن العرف كالشرط ويمكن أن يحمل النظم على مسألة السكت وأن الحد فيها إذا سكتا هو الإطعام وهو الظاهر وعليه فلا اعتراض عليه، ثم إذا انقضى ما حدث به فإنهما يقتسمان كما قال:

(ويقع القسم) فيأخذ كل واحد نصيبه من الأرض والشجر ولهما البقاء على الشركة مشاعة، ويكون العمل عليهما على قدر الأنصباء، وقد تحصل مما مر أن من شروطها أن لا يزيد الأجل أو الشباب أو العمل المشترط على الإطعام كما مر، ومن شروطها أيضاً أن تكون (بجزء علما) كنصف أو ثلث أو ربع فهو متعلق بقوله جائز: ومن شروطها أيضاً: أن يدخلا على أن هذا الجزء شائع في الشجر والأرض أو في الشجر ومواضع أصولها من الأرض دون بقية الأرض فهي لربها كما يأتي في قوله: وشرط بقيا غير موضع الشجر الخ. ولو قدمه هنا لكان أحسن فإن سكتا ولم يشترطا شيئاً فيحمل الأمر على شيوعه في الأرض

والشجر، وأما إن دخلا على شيوعه في الشجر خاصة ولا حق لأصولها في الأرض أو على أن الأرض بينهما دون الشجر فهي فاسدة. ومن شروطها أيضاً: أن تكون الأرض بيضاء احترازاً مما إذا كانت مشعرة كلها أو جلها فإن المغارسة حينئذ لا تجوز كما يأتي في قوله: وشرط ما يثقل كالجدار الخ.

ـــ وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ مِمَّا عَمِلا
شَيْءٌ إلى ما جَعَلَاهُ أَجَلا
(وليس للعامل مما عملا شيء إلى) وصول (ما جعلاه أجلا) من إطعام أو شباب أو أجل. قال في النهاية: ولا شيء للعامل في أرض ولا شجر حتى يبلغ الغرس ما شرطاه مما ذكرنا جوازه، وقال قبل ذلك: فإن بطل الغرس يعني بحرق أو آفة قبل بلوغه الحد المشترط لم يكن له شيء اهـ. لأنها جعل فهي كحافر البئر ينهدم قبل فراغه فلا شيء له. قال المتيطي والفشتالي وغيرهما: ولكن إذا بطل الغرس بحرق ونحوه فمن حق العامل أن يعيده مرة أخرى اهـ. زاد البرزلي: يعيده أبداً إلى أن يتم أو ييأس منه اهـ. ومفهوم النظم أنه إذا وصل الغرس الأجل المشترط فإنه يكون له نصيبه منه، فلو احترق الغرس أو طرأت عليه آفة قبل القسم فإن الأرض تكون بينهما لأن العامل قد استحق نصيبه منها بتمام الغرس قاله ابن سلمون. قال: ولو كان في الأرض شجرة قبل المغارسة فهي لرب الأرض ولا يكون للعامل فيها شيء ولا يسوغ له أن يشترط أن تكون بينهما مع الغرس وللعامل أجرة سقيها وعلاجها اهـ. ونحوه في البرزلي قائلاً: ولا تصح المغارسة على البياض الذي بين السواد، ويدخل الشجر في المغارسة وإن كان على إخراجه فإن كان لا يصل إلى شجره منفعة سقي أو غيره فهو جائز وإلاَّ لم يجز اهـ.

قلت: وما يفعله الناس اليوم فيما إذا كانت الأرض مشتملة على أشجار فيشتري العامل نصف الأشجار على شرط أن يغرس البياض الذي بينهما مناصفة فاسد لما فيه من اجتماع المغارسة والبيع، وهما يجتمعان كما مرّ صدر البيوع عن ابن الحاج، اللهم إلا أن يرتكب في ذلك مذهب أشهب إذ هذه الصورة لا سبيل لجواز المغارسة فيها. ولو فرضنا أنه يؤاجره على خدمة الأشجار لمدة معلومة بعوض معلوم، لأن الإجارة من ناحية البيع والمغارسة من ناحية الجعل كما مر. نعم على مذهب أشهب يجوز ذلك، وقد تقدم في الباب قبله عن ابن لب أن ما جرى به عرف الناس يلتمس له وجه ما أمكن، إذا لا يلزم العمل بمذهب معين ولا بمشهور من قول قائل، ويؤيده أيضاً ما في البرزلي في باب القراض قال، قال المازري: وقفت على كتاب الشيخ أبي محمد بخط يده وفيه من قال لرجل: إذا جاءك فلان فخذ السلع التي بيده وادفع إليه ديناراً عن أجرته وبقية الثمن ادفعه إليه قراضاً إن ذلك جائز، المازري: واستشكل هذا بأنه يقتضي جواز اجتماع القراض والإجارة والجعل في عقد واحد. البرزلي: وعليه اكثر قراضات الناس اليوم اهـ.
ـــ وَشَرْطُ بُقْيا غَيْرِ مَوْضِعِ الشَّجَرْ
لِرَبِّ الأَرْضِ سَائِغٌ إِذَا صَدَرْ
(وشرط بقيَا) أي بقاء (غير موضع الشجر) من الأرض (لرب الأرض سائغ إذا

صدر) منه فيجب أن يوفى له به كما مر. البرزلي: إذا غارسه على أخذ مواضع الشجر فليس للعامل شيء من بقية الأرض وليس عليه عمل فيها، ويتصرف رب الأرض فيها كيفما شاء ما عدا مواضع الشجر.

ـــ وَشَرْطُ ما يَثْقُلُ كالجِدَارِ
مُمْتَنِعٌ وَالعَكْسُ أمْرٌ جَارِي

(وشرط ما يثقل) على العامل (كالجدار) يبنيه حول أرض المغارسة أو حفر بئر فيها تكثر نفقته أو تكون الأرض مشعرة كلها أو جلها، فيشترط عليه إزالة شعرها، ونحو ذلك مما يثقل عليه عمله وتعظم مؤنته (ممتنع) للغرر لأن الغرس ربما بطل أو هلك قبل بلوغ الحد المشترط فترجع لربها، وقد انتفع بإزالة شعرها وبناء جدارها وحفر بئرها فيذهب عمل العامل باطلاً، وقد علمت أن المغارسة من ناحية الجعل وهو لا يجوز إلا فيما لو ترك العامل لم ينتفع الجاعل بشيء كما مر، فإن كان فيها لمع يسيرة من الشعر تخف إزالتها أو حفر شرب يخف أمره ونحو ذلك من تزريب ونحوه فلا بأس باشتراطه كما في النهاية، وهو معنى قوله: (والعكس) وهو شرط ما يخف (أمر جار) عند الناس جائز شرعاً.

تنبيهات. الأول:يفهم من النظم أنه لا يشترط بيان نوع الغرس من زيتون أو تفاح ونحو ذلك، وهو كذلك. وإنما يطلب بيانه فقط حيث كان بعض الغرس أضر من بعض، فإن لم يبيناه فالعقد صحيح ويمنع من غرس الأضر كما قالوه فيمن اكترى أرضاً للغرس ولم يبين نوع ما يغرس فيها، فمذهب ابن القاسم صحة العقد ويمنع من فعل الأضر، وقال غيره: يفسد العقد كما في ضيح، ونقله في حاشية الشيخ البناني عند قول (خ) في الإجارة: أو لم يعين في الأرض بناء أو غرس وبعضه أضر ولا عرف الخ. وقد علمت أن المغارسة أخذت شبهاً من الكراء كما مر، ويؤيده ما يأتي في التنبيه الرابع، وهذا كله إذا لم يقل له: اغرس في الأرض ما شئت وإلاَّ جاز مطلقاً أو جرت العادة بذلك لأنها كالشرط وإلاَّ جاز مطلقاً. وقول صاحب كتاب المغارسة: ووجب بيان ما يغرس لاختلاف الأشجار في مدة الأثمار وفي قلة الخدمة وكثرتها غير ظاهر، لأن العامل إذا غرس ما يطول أثماره وما تكثر خدمته فقد رضي بطول عمله وكثرة خدمته لغرض له في ذلك المغروس، والناس عندنا اليوم لا يبينون شيئاً للعادة ولا يتشاحون في مثل ذلك، فلا يتعرض لفسخ عقدهم بعدم البيان ولا سيما على ما مر قريباً عن ابن لب.

الثاني: ما نبت في أرض المغارسة بنفسه بعد عقدها ولم يغرسه الغارس فهو بينهما كالمغروس.

الثالث: إذا حددت المغارسة بالإطعام فإن أطعم جلها فالذي لم يطعم تبع لما أطعم ويسقط عن العامل العمل في الجميع ويقتسمان إن شاءا، وإن لم يطعم جلها بل أقلها فإن كان ذلك الأقل إلى ناحية كان بينهما وسقط العمل فيه ولزمه العمل في غيره، وإن كان مختلطاً لزمه العمل في الجميع قاله في المتيطية وغيرها.

الرابع: قيد بعض المتأخرين مغارسة الأنواع أو النوع الواحد بما إذا كانت تطعم في زمن واحد أو متلاحق وأما إذا كانت تختلف بالتبكير والتأخير فلا يجوز في عقد واحد. البرزلي: وظاهر إطلاق قول ابن حبيب: إذا لم يسميا أجلاً ولا شباباً فهي إلى الإطعام أنها تجوز ولو لم تتلاحق الأنواع أو النوع الواحد في الإطعام اهـ.
قلت: ما ذكره من الجواز على ظاهر ابن حبيب هو المتعين، إذ النوع الواحد قد يتأخر كثير من أفراده عن البعض الآخر في الإطعام تأخيراً كثيراً كما هو مشاهد بالعيان، فكيف بذلك في الأنواع المختلفة؟ ولذا قالوا: إذا أطعم الأكثر فالأقل تابع كما مر، وإنما يحسن أن يقال بالمنع في هذا لو كان ثمره ما أطعم يكون للعامل، لأنه حينئذ يكون آجر نفسه بثمر لم يبد صلاحه كما مر، ومع ذلك يقيد بما إذا كان ما أطعم غير تابع، وإلاَّ فلا ينظر له. ولو كان ثمر للعامل كما هو ظاهر ما تقدم لأن التوابع يغتفر فيها ما لا يغتفر في متبوعاتها، وهذا يبين لك صحة ما قدمناه في التنبيه الأول، وإن ما ذكره صاحب كتاب المغارسة من وجوب بيان المغروس لاختلاف الأشجار في مدة الإثمار الخ. إنما يتمشى على ما قاله بعض المتأخرين وهو: وإن اقتصر عليه في النهاية قائلاً: ويفسخ إن كانت لا تتلاحق إلا بعد بُعد وللعامل أجر مثله إن عمل غير ظاهر كما ترى والله أعلم.

الخامس: إذا واجره بنصف الأرض على أن يغرس النصف الباقي فإن ذلك لا يجوز سواء شرطا القسمة قبل الغرس أو بعد غرس الجميع قاله ابن رشد في أجوبته، وعلله بأنه لا يدري ما يخرج له بالسهم فصار العوض مجهولاً، وما لا يجوز بيعه لا يجوز أن يكون أجرة، وأطال في ذلك إلى أن قال: فلا يجوز الاستئجار على غرس نصف الأرض بنصفها الآخر على الإشاعة إلا أن تكون مستوية تعتدل في القسمة بالذراع، ويشترطان قسمتها قبل الغرس ويعينا الجهة التي يأخذ الأجير منها النصف لنفسه في أجرته، والجهة التي يغرسها لرب الأرض اهـ. بتقديم وتأخير. وما علل به من أن لا يدري ما يخرج له بالسهم هو قول (خ) في القسمة: ومنع اشتراط الخارج الخ. وهذه إجارة لا مغارسة، فلذا امتنعت بالجهل المذكور لأن الأجير يملك نصف الأرض بالعقد، ولا يدري في أي محل يخرج له بخلاف المغارسة فلا يملكه بالعقد بل بتمام العمل ويكون شريكاً.
السادس: إذا عجز الغارس قبل تمام العمل أو أراد سفراً فله أن يأتي بمن هو مثله يكمل عمله بأقل من الجزء الذي دخل عليه أو بمساوٍ له إلا أن يقول رب الأرض: أنا آخذه بذلك الأقل أو المساوي، فإن سلمه هدراً ولم يرض رب الأرض وقال: أنا استأجر من يكمل العمل وأبيع حصته فالفضل له والنقصان عليه، فله ذلك كما تقدم في عامل المساقاة كذا ينبغي قاله في شرح كتاب المغارسة.
قلت: وكذا قال البرزلي: الجاري على المساقاة جواز إعطائها بجزء، بل ونقل بعد ذلك عن ابن رشد أنه يجوز له أن يعطيها لرب الأرض أو غيره بجزئها الذي أخذها به، ولا مقال لرب الأرض في ذلك.

السابع: في المغارسة الفاسدة وإن اختلفت أنواع فسادها كما لابن الحاج حسبما في البرزلي، يعني ككونها مؤقتة بأجل أو شباب تثمر الأشجار قبله، أو شرط بناء جدار وتعظم مؤنته، أو كانت الأرض مشعرة كلها أو جلها، أو شرط عليه القيام على الغرس ما عاش، أو شرط إدخال ما كان من الشجر موجوداً، أو أن الأرض بينهما دون الشجر، أو لا حق للشجر من الأرض ونحو ذلك. ثلاثة أقوال لابن القاسم.
أحدها: أنها تمضي لأنها بيع فاسد فاتت بالفراغ وبلوغ الإطعام، ويكون على العامل نصف قيمة الأرض يوم قبضها براحاً، وله على رب الأرض قيمة عمله وغراسه في النصف الذي صار إليه إلى أن بلغ وله أجرته فيه أيضاً من يومئذ إلى يوم الحكم، وإن اغتل الغلة قبل ذلك مضت بينهما، وإن اغتلها الغارس وحده رد نصف ذلك إلى رب الأرض وبهذا القول صدر ابن يونس قائلاً، واستحسنه ابن حبيب، وبه قال مطرف وأصبغ، واستحسنه عيسى أيضاً مثل ابن حبيب، ورجع إليه ابن القاسم وثبت عليه اهـ. وعليه اقتصر صاحب المفيد والمعين وصاحب النهاية.
ثانيها: أنها بيع فاسد أيضاً قد فات فالغلة كلها للعامل، ويرد رب الأرض ما أخذ منها إن قبضها رطباً رد قيمتها أو تمراً رد مكيلتها إن علمت أو قيمتها إن جهلت، وعلى العامل قيمة نصف الأرض يوم قبضها وعليه كراء نصف الأرض الذي لربها، ويخير رب الأرض في نصف الغرس الذي صار إليه بين أن يعطيه قيمته مقلوعاً أو يأمره بقلعه، وهذا القول رواه عيسى وحسين بن عاصم عن ابن القاسم أيضاً، وبه أفتى بعض الشيوخ حسبما في المعيار إلا أنه أجمل قوله: واقتصر عليه شارح العمليات عند قوله: واعط أرض حبس مغارسه الخ. وبه أفتى الفقيه أبو زيد عبد الرحمن الفاسي حسبما في نوازل الزياتي قائلاً: وهو الذي رجحه القاضي أبو الوليد، ولعله يشير إلى تصحيح ابن رشد له في المقدمات على ما يقتضيه كلام الرهوني في حاشيته.k

---

ثالثها: إن للعامل قيمة غرسه أي الأعواد التي غرسها، وقيمة عمله أي معالجته إلى يوم الحكم والغرس كله لرب الأرض ولا شيء للعامل فيه، ويرد ما أخذه من الثمرة أي مكيلتها إن علمت أو قيمتها إن جهلت وهو لابن القاسم أيضاً، وبه قال سحنون وصدر به في البيان والمقدمات، واقتصر عليه في المقصد المحمود وابن سلمون، وتقدم مثله عن النهاية في التنبيه الرابع، فصاحب النهاية اقتصر على الأول أولاً وعلى الثالث ثانياً، وبه افتى الرهوني في حاشيته حسبما ذكره في باب المساقاة قائلاً: إنه الذي أفتى به ابن عتاب وابن مرزوق وابن رشد، ونقل كلام الجميع. لكن ما ذكره من ان ابن رشد أفتى به فليس كذلك، بل ما أفتى به ابن رشد إنما هو فيما إذا واجره بنصف أرضه على غرس النصف الباقي كما مر في التنبيه الخامس، ويدل عليه قوله: سواء شرطا القسمة قبل الغرس الخ. لأن المغارسة لا تتأتى فيها القسمة قبل الغرس، وعلى أن ذلك إجارة اختصره أحلولو لنوازل البرزلي، والخلاف المذكور جار على الجعل هل يرد إلى صحيح نفسه أو فاسد أصله وهو الإجارة؟ فالأولان يردانها إلى صحيح مثلها بخلاف الثالث. قال معناه البرزلي، ثم إن الذي يجب اعتماده من هذه الأقوال هو أولها لكثرة قائلها، ورجوع ابن القاسم إليه وثبوته

عليه، واستحسان ابن حبيب وعيسى له تاركاً ما رواه عنه مع حسين بن عاصم، وإن كان الثاني رجحه ابن رشد، والثالث قال به سحنون، واختاره ابن عتاب لأن ترجيحهما لا يقاوم ذلك، وقولهم: لا يعدل عن قول ابن القاسم إن وافقه سحنون محله إذا لم يرجع ابن القاسم إلى غيره ويثبت عليه كما هنا والله أعلم. وانظر كيفية تقويم الأرض المشعرة بعد الفوات في ابن عرضون، وانظر ما يأتي آخر القراض من أن ما فيه قراض أو مساقاة المثل يمضي بالشروع فالمغارسة والجعل كذلك، لأن الجميع مستثنى من الإجارة.

الثامن: مسألة التقليم وهي تركيب الزيتون الحلو أو نحوه في المر المنصوص منعها حسبما للقوري عن العبدوسي، والذي به العمل أنها تجري مجرى المغارسة فتصح مع توفر شروطها وتفسد مع عدمها، وهو ظاهر البرزلي، بل صريحه، وعليه اختصره الونشريسي ونص اختصاره. قال البرزلي: وإن دفع أشجاراً من زيتون أو خروب على أن يركبها صنفاً طيباً ويقوم عليها حتى تثمر، فإن وقعت على الشروط المذكورة في المغارسة فجائز، وإلا فلا اهـ. ونحوه في اختصار أحلولو له ونصه: ومن هذا مسألة تقع بجبل وسلات وهي أن يعطى الرجل شجر زيتون ونحوه على أن يركبها صنفاً طيباً ويقوم عليها حتى تثمر فتكون الثمرة بينهما حتى تبلى الشجرة ولا يكون له في الأرض شيء، فهي من معنى ما تقدم من المغارسة حتى تبلى الأصول فتبقى الأرض لربها وهي فاسدة ويجري الأمر فيها إذا وقعت على ما تقدم من الخلاف اهـ. ومفهوم قوله: حتى تبلى الأصول فتبقى الأرض لربها الخ. أنهما إذا دخلا على أن الشجر ومواضعها من الأرض بينهما فهي جائزة، فما قالوه من منعها إنما هو إذا كانت الأرض تبقى لربها إذا بليت الأشجار، وكان ابن حسون المزجاري يجيزها ولو على هذا الشرط ويعلل ذلك لأن سطح الشجرة كسطح الأرض، فيجوز فيها ما يجوز في المغارسة في الأرض، فإذا بليت الأشجار فكما لو بليت الأرض بزلزلة ونحوها، ثم إذا وقعت جائزة وبليت الشجرة الواجبة للعامل في نصيبه، فله أن يغرس أخرى مكانها لأنه قد ملكها مع محلها.

التاسع: إذا غرس الشريك أو بنى بإذن شريكه أو بغير إذنه فله قيمته مقلوعاً، كما نظم ذلك بعضهم بقوله:

فقيمة البناء مقلوعاً أتت
في سبعة معدودة قد ثبتت
في الغصب والثنيا وفي العواري
وفي الكرا وغرس أرض الجار
كذاك في أرض لموروث وفي
أرض الشريك حصلنه تقتفي
بإذن أو بغيره قد نقلا
عن ابن القاسم إمام النبلا

والمسألة مبسوطة في الاستحقاق من شرحنا للشامل وفيها اضطراب. وفي اختصار الونشريسي للبرزلي ما نصه: ومن أول كتاب الاستحقاق من البيان إذا بنى الشريك أو غرس بإذن شريكه فهل يكون لشريكه نصيبه من المغروس

ويدفع فيما نابه منه قيمته قائماً للشبهة وهو قول أكثر أهل المذهب أو قيمته مقلوعاً؟ قال: ومنه ما هو منصوص لأهل المذهب أن من عمل في أرض زوجته ثم مات فلورثته قيمته قائماً وقيل مقلوعاً. قلت: الظاهر أن ذلك بغير إذنها أو يقال كانت مكرهة ولا سيما حيث لا أحكام اهـ. قلت: وقد اختلف في السكوت هل هو إذن أو ليس بإذن؟ وأظهر القولين كما مر في بيع الفضولي أنه ليس بإذن إلا فيما يعلم بمستقر العادة أن أحداً لا يسكت عنه إلا برضا منه، فيكون إذناً ورضا، وعادة الشركاء اليوم التشاح التام في الغرس والبناء في الأرض المشتركة فالسكوت إذن ورضا، وقد علمت فيه أنه يأخذ قيمته قائماً على قول الأكثر وهو المعتمد، وعليه اقتصر الفشتالي في وثائقه، وبه شاهدت الأحكام وقت الشبيبة، وبه كنت أفتي وأنظر كيفية التقويم قائماً في نوازل الشركة من العلمي، وأما إن بنى أو غرس بغير إذنه ولا سكوته فإنما له قيمته مقلوعاً قولاً واحداً. نعم إن غرس أو بنى قدر حصته فقط فأقل فلا غلة عليه ولا كراء في نصيبهم إن أرادوا القسمة وله عليهم الكراء في حصتهم من الزبن والخدمة والتزريب في كل سنة لأنه قام عليهم بواجب، وإنما قلنا لا غلة عليه لقول ناظم العمل:

وما على الشريك يوماً إن سكن
في قدر حظه لغيره ثمن

فلا مفهوم لسكن بل كذلك إذا حرث أو غرس، وإنما قلنا: وله عليهم الكراء للقاعدة المتقدمة عند قول الناظم في الإجارة: والقول للعامل حيث يختلف الخ. فراع شروطها هنا. وهذا كله مع وجود الأحكام، وأما مع عدمها فإذا غرس الغارس أو بنى أو قلع البور والغابة ونحوها. وكان ذلك قدر حظه فقط وترك قدر حظ الآخر المماثل لما غرسه وبناه وقلعه في الجودة وغيرها، فإنه يختص بغرسه وتقليعه لأنه قد فعل فعلاً لو رفع إلى القاضي لم يفعل غيره إذ ذاك غاية المقدور، وكل ما كان كذلك ففعله ماض كما ذكر هذه القاعدة أبو الحسن والبرزلي وغيرهما. ونقلها (ق) عند قوله في الخلع: وجاز من الأب عن المجبرة الخ. وعادة البوادي اليوم بل وبعض الحواضر الاستخفاف بالأحكام وعدم المبالاة بها على ما شاهدناه، وحينئذ فللغارس غرسه ولو لم يطلب القسمة بحضرة العدول ولا أشهدهم على الطلب المذكور، إذ لا فائدة في الطلب والإشهاد عليه حيث كانت عادتهم ما ذكر وما علم بمستقر العادة عدمه لا يطلب المرء بفعله والله أعلم.

العاشر: في الطرر عن المشاور: إذا بنى الوارث بحضرة شريكه وعلمه ولا يغير عليه ثم باعه أو بعضه فقام الشريك فأراد أخذ نصيبه منه والباقي بالشفعة، فإن قام عليه أو على ورثته قبل انقطاع حجته وذلك الأربعون سنة فأقل، فإنه يقسم ذلك فما صار في حق القائم كان له وكان بالخيار في دفع قيمة البنيان والغرس مقلوعاً أو يأمره بقلعه، ولم يكن له كراء فيما سكن من نصيبه، ولا غلة فيما اغتل لأنه أذن له فيه إذا كان بعلمه، ولم تكن له شفعة لأن البيع يفسخ ولا يتم العقد إلا بعد القسم إن أحب المبتاع ذلك، وإن لم يعلم بذلك حتى قام فله كراء ما صار له من البقعة على الباني والغارس، وقيل: إنه يأخذه

قائماً اهـ. فقوله: وكان بالخيار الخ. محله إذا قلنا: إن السكوت ليس بإذن لعدم التشاح في الغرس ونحوه كما مر، ومحل دفع قيمته مقلوعاً الخ. إذا كان الغارس يتولى ذلك بنفسه أو عبيده وإلاّ فللغارس عليه أجرة عمله وقيامه وعلاجه، كما أشرنا له قبل في القاعدة المتقدمة في الإجارة.
وقوله: ولا غلة فيما اغتل مبني على أن السكوت إذن،
وقوله: لأن البيع يفسخ الخ. أي لأن استحقاق بعض المبيع كعيب به، وهو معنى قول (خ) في العيوب: وخير المشتري إن غيب أو عيب أو استحق شائع وإن قل الخ.

الحادي عشر: تقدم في الشفعة أن المغارسة فيها الشفعة لأنها بيع لكن بعد تمام العمل وأما قبله ففيه خلاف، فقال ابن الحاج: لا يجوز البيع لأنه لم يجب له نصيبه إلا بتمام عمله ولو مات لخير وارثه ولو بيت مال بين العمل أو الترك. البرزلي: إجراء لها على المساقاة، فلذا يخير الوارث لكونها في الذمة ولزومها بالعقد، وعليه نقل بعض المتأخرين عن الرماح وغيره عن المذهب، أنه يجوز لكل واحد منهما بيع نصيبه من الأرض والشجر إذا كان المشتري يعمل في ذلك كعمل البائع اهـ. ثم نقل بعد هذا عن ابن رشد، أنه يجوز للعامل أن يبيع من رب الأرض أو غيره أو يعطيها له أو بغيره بجزئها الذي أخذها به اهـ. قال سيدي عبد القادر الفاسي: وبعدم صحة البيع تجري الأحكام ههنا في فاس اليوم. قال: وإذا لم يصح البيع فلا شفعة وعلى صحته فالشفعة واجبة قال: والمسألة ناظرة إلى قاعدة الشركة التي يوجبها الحكم هل تجب الشفعة فيها قبل تقررها أم لا؟ ابن رشد: وقول مالك بأنه لا شفعة فيها أصح.
الثاني عشر: قال أصبغ: من أعطى أرضه مغارسة فلم يتم العمل حتى عجز العامل أو غاب فأدخل رب الأرض في الغرس من قام به وعمل ما بقي أو تولاه رب الأرض المذكور بيده، ثم قدم العامل وقام فهو على حقه، وكذلك لو كان حاضراً ولم يسلم ذلك ولم ير أنه تركه ويعطي للثاني قدر ما تكلف مما لو وليه لزمه مثله اهـ من اختصار الونشريسي واحلولو. وعن ابن خجوا في رجلين أخذا أرضاً مغارسة فغرساها وتولى أحدهما الخدمة والقيام إلى الإطعام قال: يكون للقائم بالغرس أجرة مثله ويقتسمان ما غرساه على ما دخلا عليه اهـ. من نوازل الزياتي وهو يبين له ما قبله.
ـــ وَجَازَ أَنْ يُعْطَى بِكُلِّ شَجَرَهْ
تَنْبُتُ مِنْهُ حِصَّةً مُقَدَّرَهْ

(وجاز) أي العقد على (أن يعطى) الغارس (بكل شجرة تنبت منه) أي من الغرس (حصة مقدرة). وهذا جعل محض إن كان المعطى دراهم أو دنانير أو عرضاً وله الترك متى شاء، كما مر أول الفصل إلا أن قول الناظم حصة شامل لجزء من الأرض والمغروس، وفيه ورد النص عن ابن القاسم كما في ابن يونس ونصه قال ابن القاسم: لو قال أستأجرك على أن تغرس لي في هذه الأرض كذا وكذا نخلة فما نبت فهو بيني وبينك فهو جعل وليس إجارة، ولو شاء أن يترك ترك ولو لم يكن جعلاً ما جاز لأنه لا يدري أيتم أم لا اهـ. وأنت خبير بأن هذه الصورة هي عين المغارسة التي تقدم الكلام فيها إلا أن ابن القاسم ذهب

في هذا القول على إنها لا تلزم بالعقد وهو خلاف المعتمد من لزومها به كما مر ولذا قال البرزلي عقب نقله قول ابن القاسم ما نصه: قلت هذا خلاف ما حكاه المازري عن عبد الحميد الصائغ أن المغارسة والإجارة على البلاغ مما يلزمان بالعقد، وإن كان من أبواب الجعل وأنهما خرجا عنه في هذا. وفي كون الجعالة فيهما لها مؤنة كثيرة للضرورة إليها اهـ.
وقوله: لها مؤنة كثيرة الخ. يعني أن الجعل لا يجوز على العمل الكثير كما قال (خ): إلا كبيع سلع لا يأخذ شيئاً إلا بالجميع، والمغارسة والإجارة على البلاغ خالفاه في هذا فيجوزان على العمل الكثير للضرورة، وخالفاه أيضاً في اللزوم بالعقد.

فصل في المزارعة

ابن عرفة هي شركة الحرث. وفي صحيح مسلم عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه عن النبي {صلى الله عليه وسلم} أنه قال: «لا يغرس مسلم غرساً ولا يزرع زرعاً فيأكل منه إنسان أو دابة أو شيء إلا كان له صدقة». القرطبي: يستحب لمريد البذر في الأرض أن يقول بعد الاستعاذة: أفرأيتم ما تحرثون} (الواقعة:63) الآية. ثم يقول: الله الزارع والمنبت والمبلغ، اللهم صلِّ على محمد وارزقنا ثمره وجنبنا ضرره، واجعلنا لأنعمك من الشاكرين، فإنه أمان لذلك الزرع من جميع الآفات الدود والجراد وغير ذلك. وقد جرب فوجد كذلك اهـ. البرزلي: ويستحب أن ينوي أنه يزرع ويغرس لينتفع به هو وجميع المسلمين فيحصل له ثوابه ما دام قائماً على أصوله، وإن تبدلت ملاكه اهـ.
وللمزارعة عشر صور خمسة جائزة وخمسة ممنوعة فمن الجائز قوله:

ـــ إنْ عَمِلَ العَامِلُ في المَزَارَعَهْ
وَالأَرْضُ مِنْ ثَانٍ فَلاَ مُمَانَعَهْ

(إن عمل العامل في المزارعة والأرض من ثان فلا ممانعة). والمراد بالعمل عمل اليد والبقر، فإذا أخرج أحدهما ذلك وأخرج الآخر الأرض جازت هذه الشركة بشرطها المشار له بقوله:

ـــ إنْ أَخْرَجَا البِذْرَ عَلَى نِسْبَةِ ما
قَدْ جَعَلاَهُ جُزْءاً بَيْنَهُمَا

(إن أخرجا) معاً (البذر على نسبة ما قد جعلاه جزءاً) بضم الزاي لغة فيه (بينهما) في المصيف، فإن دخلا على أن ما يحصل في المصيف يكون لذي العمل نصفه ولرب الأرض نصفه جاز إذا أخرج كل منهما نصف الزريعة، وإذا دخلا على أن لصاحب العمل أو الأرض سدس ما يحصل جاز أيضاً إذا أخرج كل منهما من الزريعة بقدر ما يأخذ في المصيف وهكذا. وهو معنى قوله:

ـــ كالنِّصْفِ أَوْ كَنِصْفِهِ أَوْ السُّدُسْ
وَالعَمَلُ اليَوْمَ بِهِ في الأَنْدَلُسْ