

شَرْحُ مِيزَانِ الْفَاسِي

أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي المتوفى سنة ١٠٧٢هـ

على

تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام

لأبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي المتوفى سنة ١١٢٩هـ

وبالهامش

هاجية أبي علي الحسن بن جمال المقداني - المتوفى سنة ١١٤٠هـ

على الشرح والتحفة

ضبطه وصححه

عبد اللطيف حسن عبد الرحمن

تنبيه

وضعنا شرح ميثارة في أعلى الصفحات وفي أسفلها حاشية
المعداني مفصلاً لا يبيها بخط، ووضعنا أرجوزة "تحفة للحكام"
ضمن شرح ميثارة وميزنا أبياتها بالحرف الأسود

الجزء الأول

منشورات

محمد عيسى بريفون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تفصيل الكتاب كاملاً أو جزءاً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر. أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى
١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
هاتف و فاكس : ٣٦٤٣٩٨ . ٣٦٦١٣٥ . ٣٧٨٥٤١ (٩٦١ ١) ٠٠
صندوق البريد : ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif,Bohtory st.,Melkart bldg., 1st Floor
Tel + Fax : 00 (961 1) -378541 - 366135 - 364398
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2692-X



9 782745 126924

<http://www.al-ilmiyah.com/>

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ترجمة صاحب «تحفة الحكام»^(١)

هو أبو بكر محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي المالكي المعروف بابن عاصم، قاضي الجماعة. فقيه أصولي، مقرئ، فرضي، ناظم؛ ولد سنة ٧٦٠هـ/١٣٥٩م، وتوفي في ١١ شوال سنة ٨٢٩هـ/١٤٢٦م.

من تصانيفه:

- تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، وهي الأرجوزة التي بين أيدينا.
- الأمم المرقوب في قراءة يعقوب.
- إيضاح الغوامض في الفرائض.
- إيضاح المعاني في القراءات الثماني.
- الكنز المفاوض في علم الفرائض.
- مرتقى الوصول إلى الضروري من الأصول، صغرى.
- ومهيح الوصول في علم الأصول، كبرى.

(١) انظر هدية العارفين، لإسماعيل باشا البغدادي (١٨٥/٢) ومعجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٦٨٦/٣) طبعة مؤسسة الرسالة ١٩٩٣م.

ترجمة صاحب الشرح^(١)

هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي المالكي الشهير بميارة. فقيه، ولد سنة ٩٩٩هـ/١٥٩١م، وتوفي سنة ١٠٧٢هـ/١٦٦٢م.

من مصنفاته:

الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، وهو الكتاب الذي بين أيدينا.

تكميل المنهج ذيل به نظم الزقاق.

الدر الثمين والمورد المعين في شرح مرشد المعين لعبد الواحد الفاسي.

الروض المبهج في شرح تكميل المنهج.

زبدة الأوطاب في اختصار الخطاب.

شرح مختصر الشيخ خليل.

مختصر الدر الثمين له.

ونصيحة المغترين في الرد على ذوي المتفرقة بين المسلمين.

(١) انظر هدية العارفين (٢/٢٩٠) ومعجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٣/١٠٦).

ترجمة صاحب الحاشية^(١)

هو أبو علي الحسن بن رحال بن أحمد بن علي التداوي ثم المعداني المغربي المالكي، ويدعى بصاعقة العلوم. فقيه مشارك في أنواع من العلوم. تولى القضاء بالدار البيضاء، وتوفي بمكناس في ٣ رجب سنة ١١٤٠هـ/١٧٢٨م.

من تصانيفه:

شرح على مختصر خليل في فروع الفقه المالكي.

الإرفاق في مسائل الاستحقاق.

حاشية على شرح تحفة ابن عاصم.

وحاشية على شرح الشيخ ميارة، وهو الكتاب الذي بين أيدينا.

(١) انظر معجم المؤلفين (١/٥٥١).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلّى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلّم تسليماً

قال الشيخ الإمام العالم العلامة الدراكة الفهامة شيخ الإسلام ومفتي الأنام أبو عبدالله سيدي محمد بن أحمد ميارة قدّس الله سرّه وأعلى في الدارين قدره:

الحمد لله المنفرد بالحكم والتدبير، المستبد بالقضاء والتقدير، الذي شرح الأحكام للعباد، وكفّهم بتنفيذها عن الظلم والفساد، وأتحف الحكام بالشرائع الإسلامية، وأغناهم بها عن السياسة الكسروية، وعصمهم باتباعهم المنقول، عن تحكيمهم تحقيق العقول، فله الحمد والشكر بكل لسان، من كل ملك وجن وإنسان، وصلوات الله التي لا تحصى عدداً، وسلامه الذي لا ينقضي أمداً، ورضوانه وتحياته، ورحمته وبركاته، المسرمدات أبداً على العلم الأكبر، والسيد الأطهر، متلقي السر من شديد القوى، فلا ينطق عن الهوى، سرّ الوجود، وعين الجود، سيد الكونين ورسول الملك الأعلى إلى الثقلين، النبي الممجد، سيدنا ومولانا محمد ﷺ أرسله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله، وعلمه من لدنه علماً عجزت أفكار الخلق عن الإحاطة بأقله، وحلاه من أخلاقه الرحمانية بكل خلق كريم، فقال تعالى: ﴿وإنك لعلى خلق عظيم﴾ [القم: ٤] فجعله للمهتدين سراجاً منيراً، ونزل الفرقان عليه ليكون للعالمين نذيراً، يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر، ويدلهم على الله بما يعرف من الأدلة ولا ينكر، ويحل لهم الطيبات ويحرم عليه الخبائث، ويقرر ذلك لهم بنصح تتحرك لقبوله البواعث، ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت قبل ذلك عليهم، وبين لهم دينهم امتثالاً لقوله تعالى: ﴿وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم﴾ [النحل: ٤٤]، فقام ﷺ بأعباء الرسالة، مع تحرير المقالة، وإيضاح الدلالة، ولم يأل جهداً في الإرشاد والتهديب، والتبصرة والتقريب، والإجمال للأحكام والتفصيل، والبيان والتحصيل، فبين كل منهج مقصود، وكل مقصد محمود، كل ذلك بلفظ مختصر، وتوضيح يزيل الغبر؛ وكلام فائق، ومعنى رائق، مبين للحقائق، وأخذ من البلاغة بالعرى الوثائق، غني عن استنتاج المقدمات، وكفيل بإيضاح المبهمات، حتى صارت قواعد دينه معينة، لا يحتاج المدعي فيها إلى بيعة، ففتح لأمته باب الاجتهاد، والقياس الذي له إلى الكتاب والسنة استناد، لئلا يكون على المؤمنين حرج، ولا يرى في دينهم عوج، وليكون للمجتهد المخطيء أجر وللمصيب أجرين^(١)، ويؤتي الكل من رحمته كفلين، فوجب علينا الاعتصام بسنته بعد وفاته، كما وجب علينا الانقياد له في

(١) قوله «أجرين» والصواب «أجران»؛ ولعله جرى على هذه اللغة ليوافق الفقرة بعده.

حياته، قال تعالى: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾ [النساء: ٦٥]. صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وأزواجه وذريته وسلم تسليماً، صلاة وسلاماً ننال من الله بهما جميل الرضا، ونجدهما عدة ليوم فصل القضاء، ورضي الله تعالى عن أئمة الهدى، ونجوم الاقتدا، ومعالم الديانة، ومعامل الأمانة، ساداتنا أهل بيته الذين أذهب الله عنهم الرجس وطهرهم، وأعلى على كل آل قدرهم وأشهرهم، وأئمتنا أصحابه الذين آمنوا وهاجروا والذين آووا ونصروا، القائمين بنصرتهم، الحاملين لشريعته، وعلى من أحسن من أتباعهم، وجد من السلف والخلف في اتباعهم، ما دام هذا الدين موطأً بالقواعد البينة، وفروع الشريعة وأصولها في كتب الأئمة مدونة.

أما بعد؛ فإن علم أحكام القضاء، هو من الدين بمنزلة الرأس من سائر الأعضاء، وآدابه من أجل الآداب المرعية، وخطته من أعظم الخطط الشرعية، ركن من أركان الشريعة بل هو أسها، ورئيس العلوم الإسلامية بل هو رأسها، ولذلك قيل: القائمون من البشر بحقه، هم رسل الله أو ورثتهم من خلقه، فقام بها في هذه الملة رسول الله ﷺ ومن بعده الخلفاء الراشدون، ولما تميز الملك من الخلافة صار يختار لها الأئمة المهتدون، وقد ألف الناس فيه قديماً وحديثاً؛ وسار العلماء في تبيين أصوله وقواعده سيراً حثيثاً، ما بين نائر مطنب وموجز وناظم قصيدة أو مرتجز، وإن من أجل ما ألف فيه من المختصرات، التي أغنت عن كثير من المطولات، رجز الإمام العالم القاضي الرئيس الوزير الأعظم، أبي بكر محمد بن محمد عرف بابن عاصم، فهو جامع لكثير من مقاصده، محتو على جم غفير من فوائده، مع سلامة نظمه، وجزالة لفظه، وقلة تعقيده وسهولة حفظه، يشهد بذلك العيان، وليس من بعده بيان، وقد اعتنى بشرحه من بعده، ونثر اللآلئ المنظومة في عقده، ولده الإمام قاضي الجماعة أبو يحيى محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن محمد بن عاصم القيسي الأندلسي الغرناطي، ذكر في شرح تحفة والده أنه ولي القضاء عام ثمان وثلاثين وثمانمائة، احتفل فيه بجودة القريحة، وأكثر من النقول الصحيحة، فأبدأ وأعاد وأجاد وأفاد، فجزاه الله خيراً، وأجزل أجراً، إلا أنه رضي الله عنه قد أغفل عن حلّ مقفلاته، ما يعده الحذاق من معضلاته، ثم شرحه بعده بعض المتأخرين وهو أبو العباس سيدي أحمد بن عبدالله يعرف باليرتاسني نسباً واشتهاراً، العبد المرادي أصلاً ونجاراً، التلمساني نشأة وداراً، شرحاً اعتنى فيه بتفكيك العبارة، وأغنى بالتصريح عن الإشارة، إلا أنه لم يشف في النقل غليلاً، ولا أبرأ من داء الجهل عليلاً، وقد شرحه أيضاً بعض أئمة المالكية من أهل المحلة من مصر ولم يصل شرحه إلينا.

ولما منّ الله علينا بإقراءه وقراءته واستعمال الفكر في تفهّم عبارته، وقيدنا على هوامش المتن والشرح ما هو كاللتمّة للشرحين، وأبرزنا من نكته وتحريراته ما فيه لطالبه قرة العين؛ طلب منا بعض من عاين ذلك من الأصحاب، وشاهده من ذوي الأبواب، أن

أشرحه شرحاً كفيلاً بمحصل الشرحين، حائزاً لكلتا الفضيلتين، من إيراد ما يحتاج إليه الناظر من النقل، وتبيين العبارة حتى يتضح معناها للعقل، مطرزاً ذلك بفوائد يحتاج إليها الناظر، وقواعد يستعين بها المناظر، وتنبهات وتحقيقات، تزيل الشبهات، فجاء بحمد الله تعالى شرحاً بمقصود طالبه وافياً، وبسهم صائب في مؤلفات الفقه رامياً، نسأل الله أن يجعله من الأعمال التي لا تنقطع بالوفاة، ولا تعقب صاحبها حسرة الفوات، وأن ينفع به كما نفع بأصوله، كل من رغب من المؤمنين في تحصيله وحصوله، ويجعله وصلة بيننا وبينه، وينيلنا به في الدارين غفرانه وأمنه، إنه سميع مجيب، رحيم قريب. وسميته: الإِتْقَانُ وَالْإِحْكَامُ، في شرح تحفة الحكام؛ جعله الله خالصاً لوجهه، ومقرباً من رحمته.

قال رحمه الله تعالى:

الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي يَفْضِي وَلَا يُفْضَى عَلَيْهِ جَلَّ شَأْنًا وَعَلَا
ثُمَّ الصَّلَاةُ بِدَوَامِ الْأَبَدِ عَلَى الرَّسُولِ الْمُضْطَفَى مُحَمَّدٍ
وَأَلِهِ وَالْفِئَةِ الْمُتَّبِعَةِ فِي كُلِّ مَا قَدْ سَنَّهُ وَشَرَعَهُ

قال الشارح ولد الناظم رحمة الله على الجميع في طالعة شرحه في التعريف بوالده الناظم القاضي أبي بكر محمد بن عاصم ما نصه: وقد رأيت أن أقدم بين يدي الكلام فصلاً يتضمن التعريف بمشيخة الشيخ والذي رحمه الله ويتأليفه ومولده ووفاته. ولد رحمه الله ثاني عشر جمادى الأولى من عام ستين وسبعمائة. وتوفي حادي عشر شوال من عام تسعة وعشرين وثمانمائة. ومن شيوخه: الشيخ الأستاذ المفتي الشهير أبو سعيد فرج بن قاسم بن لب، والأستاذ أبو عبدالله محمد القيحاوي، وناصر السنة الأستاذ أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، وقاضي الجماعة الحافظ أبو عبدالله محمد بن علاق، وخاله قاضي الجماعة أبو بكر أحمد، ورئيس العلوم اللسانية أبو محمد عبدالله ابنا الخطيب الشهير أبي القاسم بن جزي، والشريف الشهير أبو محمد عبدالله ابن الشريف العالم أبي عبدالله محمد التلمساني، والقاضي الرحال أبو إسحاق إبراهيم بن عبدالله ابن الحاج النميري، والشيخ أبو الحسن علي بن منصور الأشهب، والأستاذ أبو عبدالله محمد بن علي البلنسي رحمهم الله أجمعين. ثم عدّ جملة من تأليفه في الأصول والقراءات والفرائض والنحو ومن جملتها هذا النظم.

قال مقيد هذا الشرح سمح الله له: وقد أنشدنا صاحبنا الفقيه المؤقت الفرضي العددي الحاج أبو عبدالله سيدي محمد ابن الشيخ الأستاذ سيدي أبي القاسم ابن القاضي بيتاً لنفسه رمز فيه لولادة الناظم ووفاته وبلده على طريق نظم الوفيات للكاتب الفشتالي في كونه من بحر الطويل والرمز للوفاة بالحروف بحساب الجمل فقال:

وَقَدْ رَقَّصَتْ غِرْنَاطَةٌ بِابْنِ عَاصِمٍ وَسَحَّثَتْ دَمَوْعاً لِلْقَضَاءِ الْمُنْزَلِ

فرمز لسنة الولادة بالراء والقاف والصاد والتاء المثناة ومجموع ذلك بالحساب المذكور ستون وسبعمائة، ورمز للوفاة بالسين والحاء والتاء والذال والميم والواو والعين

والألف ومجموعها بالحساب المذكور ثمانمائة وتسعة وعشرون، وفي تعبيره بالرقص إشارة إلى الولادة المفروح بها، إذ الرقص إنما يكون عند الفرح غالباً، كما أن في التعبير بسح الدموع والقضاء المنزل الإشارة للموت. وافتتح الناظم بحمد الله عملاً بمقتضى الكتاب العزيز والسنة الكريمة فإنه عليه الصلاة والسلام كان يفتتح خطبه ومواعظه بحمد الله تعالى. وخرج أبو داود في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كل كلام لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أجذم» وفي رواية النسائي: «كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع». وأجمع العلماء على افتتاح تأليفهم بالثناء على الله تعالى إما بلفظ الحمد لله وهو الغالب أو بغيره كالبسمة، وقد أكثر المؤلفون الكلام في الحمد والشكر، وأخصر ما رأيت الآن في ذلك كلام الشيخ خالد الأزهرى في شرح توضيح ابن هشام ولفظه: الحمد لغة الوصف بالجميل الاختياري على قصد التعظيم، والوصف لا يكون إلا باللسان فيكون مورده خاصاً، وهذا الوصف يجوز أن يكون بإزاء نعمة أو غيرها، فيكون متعلقه عاماً، والشكر على العكس لكونه لغة فعلاً ينبيء عن تعظيم المنعم من حيث إنه منعم على الشاكر أو غيره، فيكون مورده اللسان والجنان والأركان، ومتعلقه النعمة الواصلة إلى الشاكر، فكل منهما أعم وأخص من الآخر بوجه، ففي الفضائل حمد فقط، وفي أفعال القلب والجوارح شكر فقط، وفي أفعال اللسان بإزاء الإنعام حمد وشكر، والحمد عرفاً فعل يشعر بتعظيم المنعم من حيث إنه منعم على الحامد أو غيره، والشكر عرفاً صرف العبد جميع ما أنعم الله به عليه من السمع وغيره إلى ما خلق لأجله، فالشكر أخص مطلقاً لاختصاص تعلقه بالباري تعالى، ولتقييده بكون المنعم منعماً على الشاكر وغيره، ولوجوب شمول الآلات فيه بخلاف الحمد؛ انظر تمام كلامه إن شئت.

وإنما قال في حد الحمد الوصف بالجميل والوصف لا يكون إلا باللسان، لأن مقصوده تعريف الحمد الواقع في الكتاب المشروع وهو كذلك وصف باللسان، ومن أراد تعريف الحمد القديم والحادث قال: هو الثناء بالكلام لأن الكلام يشمل القديم والحادث، والحمد والمدح بمعنى، ويفترقان بأن الحمد خاص لأولي العلم، والمدح يكون لأولي العلم وغيرهم، وقوله في حد الشكر صرف العبد الخ زاد بعضهم: كصرف النظر إلى مطالعة مصنوعاته، والسمع إلى تلقي ما ينبيء عن مرضاته والاجتناب عن منهيته، وأل في الحمد لاستغراق الجنس وهي التي يصلح في موضعها «كل» نحو: ﴿إن الإنسان لفي خسر﴾ [المصر: ٢] وذلك لأن الحمد إما قديم وهو حمد الله تعالى لنفسه أو لمن شاء من عبادته، أو حادث وهو حمد العباد لربهم سبحانه أو لبعضهم، فالقديم صفته ووصفه، والحادث خلقه وملكه، فالحمد كله له، ولأم الله للاستحقاق أي جميع المحامد مستحقة لله تعالى، وقيل غير ذلك، واسم الجلالة علم على الذات العلية الواجبة الوجود المستحقة لجميع المحامد وهو أشهر أسمائه تعالى، وقد قبض الله تعالى عنه الألسن فلم يتسم به أحد، قال تعالى: ﴿هل تعلم له سمياً﴾ [مريم: ٦٥] أي هل تعلم أحداً تسمى الله استفهاماً بمعنى النفي أي لم يتسم به غيره وهو أعرف المعارف قاله سيبويه. وروي أنه رثي في

النوم فأخبر أنه رأى خيراً كثيراً بسبب قوله ذلك. وقوله: الذي يقضي ولا يقضى عليه هو وصف الله تعالى، قال الشارح رحمه الله: ويتضمن هذا الاستفتاح من محاسن الكلام المعبر عنها عند أهل هذا الشأن بالألقاب البديعية النوع المسمى عندهم ببراعة الاستهلال، وهي دلالة استفتاح الكلام على ما يقصده المتكلم من الغرض في مضمون جملته، وهو في هذا الكلام وصف الله سبحانه بأنه يقضي ولا يقضى عليه لما كان قصده أن يتكلم في أحكام القضاء، وفي قوله: ولا يقضى عليه إشارة لطيفة إلى كون القاضي مقضياً عليه من مولاه سبحانه وممن ولاه، فما أحقه أن يستشعر بذلك الخوف من الجور، وأن يتوخى الإصابة للعدل، بأن الذي بيده من القضاء إنما هو مجاز يماثله ما بيد من ولاه وييد الملك الحق القضاء حقيقة ﴿إن الحكم إلا لله يقص الحق وهو خير الفاصلين﴾ [الأنعام: ٥٧] وقرىء يقضي الحق اهـ. وجل: فعل ماض ومعناه عظم، وشأناً: تمييز منقول من الفاعل أي عظم شأنه، وعلا بفتح العين عطف على جل فعل ماض أيضاً، قال بعض من شرحه: ويحتمل أن يكون اسم مصدر معطوفاً على شأناً أي جل شأنه وعلاؤه وقصره ضرورة، ولما حمد الله تعالى أتبعه بالصلاة على نبيه ﷺ للأمر بها في قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليماً﴾ [الأحزاب: ٥٦] والصلاة الرحمة وهي من الله تعالى زيادة تكرمة وإنعام ومن العباد عبادة، وهي وإن كانت بمعنى الرحمة ولكن في التعبير عن الرحمة بالصلاة من التعظيم ما ليس في لفظ الرحمة، وبدوام متعلق بمحذوف حال من الصلاة أي مؤقتة، والأبد حركة الفلك، والمصطفى المختار وآله ﷺ أقاربه المؤمنون من بني هاشم، والفئة الجماعة، والمتبعة بكسر الباء ويجوز فتحها والمراد بهم الصحابة والتابعون رضي الله عنهم أجمعين، ولا شك أنهم متبعون لما سنه ﷺ وشرعه، ويتبعهم من بعدهم في ذلك أيضاً، ومعنى سنه وشرعه أي جعله سنة وشرعية والمجرور متعلق بالمتبعة. قال رحمه الله:

وَبَعْدُ، فَأَلْقَضُ بِهَذَا الرَّجَزِ	تَقْرِيرُ الْأَحْكَامِ بِلَفْظٍ مُوجَزِ
أَثَرْتُ فِيهِ الْمَيْلَ لِلتَّبِينِ	وَصُنْتُهُ جُهْدِي مِنَ التَّضْمِينِ
وَجِئْتُ فِي بَعْضِ مِنَ الْمَسَائِلِ	بِالْخُلْفِ رَغِيّاً لِاسْتِهَارِ الْقَائِلِ
فَضَمُّهُ الْمَفِيدُ وَالْمُقَرَّبُ	وَالْمَقْصَدُ الْمَحْمُودُ وَالْمُنْتَحَبُ

«بعد» من الأسماء اللازمة وإذا قطع عنها لفظاً بني على الضم والمضاف إليه منوي تقديره وبعد ما ذكر من الحمد والصلاة، والرجز أحد بحور الشعر الخمسة عشر التي أولها الطويل وآخرها المتقارب وهو مسدس الدائرة مركب من مستفعلن ست مرات، ويقرأ لفظ الأحكام بنقل حركة الهمزة للساكن قبلها للوزن وهو جمع حكم، والمراد به الفقه المتقرر في الكتب المعتمدة كالمدونة^(١) وغيرها ليفصل بها بين الخصوم، والموجز المختصر قليل

(١) للإمام مالك رضي الله عنه.

اللفظ كثير المعنى، وأثرت بمد الهمزة بمعنى اخترت وفضلت ومنه: ﴿ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة﴾ [الحشر: ٩] والميل الجنوح والركون، والتبيين مصدر بين، والصون الحفظ، ومعنى جهدي طاقتي ووسعي وهو بضم الجيم، والتضمين افتقار معنى البيت إلى الذي بعده لكونه خبراً أو جواب شرط أو استثناء أو نحو ذلك مما لا يتم معنى الكلام إلا به، وسمي تضميناً لأنه ضمن البيت الثاني معنى البيت الأول، لأن الأول لا يتم إلا بالثاني، وهو عند العروضيين من عيوب الشعر، وفيه يقول الخزرجي: وتضمينها إحواج معنى لذا وذا. وفيه يقول ابن الحاجب في لاميته في العروض في ترجمة العيوب: تضمينهم أن يكون البيت مفتقراً إلى الذي بعده كأنه وصلاً

وسمعت من بعض أشياخي رحمه الله أن الناظم عرض بقوله: وصننه جهدي من التضمين إلى نظم الفقيه القاضي البليغ أبي إسحاق إبراهيم بن عبدالله بن الحاج مَن عاصر ابن رشد وكان القضاء يدور بينهما ألف في أحكام القضاء كتتحفة الناظم لكثرة ما فيه من التضمين وسماه الياقوتة وفيه ألف بيت وصدرة:

الحمد لله القديم الباقي
الحكم العدل الذي لا يسأل
والملك الحق الذي يقضي ولا
سبحانه من واحد تعاضما
وبعد فالأهم علم الأديان
وأجر من قام به عظيم
وقد نظمت بعض أحكام القضا
في رجز خولط بالسريع
مستعملاً ما شد من زحاف
وذاك مغفور لدى من أنصفا
مغلباً تحسيني المعنى على
وما نظمته بصدق النئية
إذ عدها ينهى إلى القضاة
ومما وقع فيه من التضمين قوله في رجوع الشاهد عن شهادته:

وإن يك الرجوع بعد الحكم لم
جميع ما أتلف بالشهادة
يلزم من يقضي بأن يسعف من
بما به قضى وما قد ثبتا
يجز ويغرم امتثالاً للحكم
فصل وفي بدء وفي إعادة
كلفه الكتب لحكام الزمن
والعمل اليوم وما إن مقتا

على قبول كتب القضاة من غير إسهاد لها ويأتي
 منع القبول مع ما عليه عملنا وصغونا إليه
 فانظر في هذه الآيات فإن كل بيت منها لا يتم معناه إلا بما بعده وهو كثير في ذلك
 النظم، ولكن يكفي في الاعتذار عن ذلك قوله كما تقدم:

مغلباً تحسيني المعنى على تحسيني اللفظ الذي عنه انجلى

رحمه الله ونفعنا به. وقوله: وجئت في بعض من المسائل البيت أخبر أنه في الغالب
 يقتصر على قول واحد لمشهوريته أو جريان العمل به، وفي بعض المسائل يذكر الخلاف بحيث
 يحكي قولين أو أكثر لمقاصد له في ذلك، إما مشهوريتها أو لجريان العمل بها لكون القائل بها أو
 بعضها مشهوراً بالعلم والتحقيق، وله صيت ومكانة وشهرة تمنع من إهمال قوله وعدم حكايته،
 وإن خالف المشهور وما به العمل، هذا معنى قوله رعيّاً لاشتهار القائل، ولا يعني بذلك مراعاة
 الخلاف الذي هو إعمال دليل الخصم في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر، لأن هذا
 من دأب المجتهدين الناظرين في الأدلة، فحيث يترجح عندهم دليل الغير أعملوه وحيث لا
 أهملوه، والناظم إنما هو ناظم لكلام الفقهاء المتقدمين، وجامع له بمراعاة الخلاف، وإن
 وجدت في بعض الأحكام المذكورة في هذا النظم فلا يعبر عنها بصيغة الخلاف وإنما يجزم
 بالحكم وإن كان وجهه عند من قال به مراعاة الخلاف، وقد أطال الشارح هنا بالكلام على مسألة
 مراعاة الخلاف وما فيها من الأبحاث وهي من حسان المسائل، ولكن لا يصح أن يشرح بها قوله
 رعيّاً لاشتهار القائل كما يظهر ذلك من كلام الشارح في آخر الكلام على مراعاة الخلاف ولا
 يحتمله بوجه والله أعلم. وكذا أطال الكلام في مسألة الترجيح من الخلاف وما يجوز الحكم
 والفتوى به وما لا، ومن تجوز فتواه ومن لا، والخلاف الذي في المشهور ما هو، ووجه اختيار
 المتأخرين في بعض المسائل خلاف المشهور من مراعاة مصالح عرضت في ذلك، وأن القاضي
 يلزم اتباع عمل أهل بلده، وينهى عن الخروج إلى غير ذلك مما اشتمل عليه من الفوائد، فمن
 أراد شيئاً من ذلك فعليه بمراجعته. وقوله: فضمنه المفيد البيت أخبر أن هذا النظم تضمن
 المسائل المشتمل عليها هذه الكتب وهي مفيد الحكام لابن هشام والمقرب والمنتخب كلاهما
 لابن أبي زَمَينين بفتح الزاي والميم وكسر النون الأولى، والمقصد المحمود لأبي القاسم
 الجزيري، ولا يعني أن هذا النظم اشتمل على جميع مسائل هذه الكتب بل ولا جلها، وإنما
 يعني أن فيه فوائد ومسائل من هذه الكتب، وليس الخبر كالعيان، وفي تسمية هذه الكتب تورية
 وإشارة إلى أن هذا النظم اشتمل على هذه الأوصاف وهي كونه مفيداً مقرباً منتخِباً، والاشتغال به
 والاعتناء به مقصد محمود شرعاً، تقبله الله منه ونفعه به يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله
 بقلب سليم.

نَظْمُهُ تَذْكِرَةٌ وَحِينَ تَمَّ
 سَمِيئُهُ بِتُخْفَةِ الْحُكَّامِ
 بِمَا بِهِ الْبَلَاوَى تَعَمَّ قَدْ أَلَمَّ
 فِي نُكْتِ الْمُقُودِ وَالْأَحْكَامِ

النظم: الجمع، يقال: نظمت العقد إذا جمعت جواهره على وجه يستحسن، وقوله:

تذكرة مفعول لأجله هو بيان للسبب الحامل له على نظمه، وهو تذكرة لمن تقدمت له معرفة ذلك ثم نسيه يعني وتبصرة لمن يتقدم له ذلك من الصغار والكبار فهو كقول ابن بري: يكون للمبتدئين تبصرة البيت، وقول العراقي في صدر ألفيته الحديثية: نظمتها تبصرة للمبتدي البيت، وجملة سميته معطوفة على نظمته وحين يتعلق بسمى، وتم بمعنى كمل وبما يتعلق بألم، وألم معناه نزل والمناسب للمحل أنه من باب قولهم: ألم بكذا أي أشعر به، أو لا إمام له بكذا أي لا إشعار له به، وبه يتعلق بتعم، والبلوى مبتدأ، وجملة تعم خبره والجملة صلة ما، وجملة قد ألم حال من فاعل تم، وتقدير البيت: نظمته تذكرة وسميته بكذا حين كمل حال كونه مملماً أي مشعراً بما البلوى تعم به للقضاة ويتكرر وقوعه لديهم، والتحفة ما أتحت به الرجل من البر واللفظ، وكذا التَّحْفَةُ بفتح الحاء والجمع تحف، والنكت جمع نكتة بالياء المثناة وهي التنبية على ما ينبو عنه النظر ولا يدرك بسرعة، والعقود جمع عقد والمراد بها الصكوك والوثائق المكتوب فيها ما انبرم بين المتعاقدين من بيع أو نكاح أو غير ذلك، والأحكام جمع حكم وهو ما يلزم به القاضي المتخصصين أو أحدهما موافقاً للشرع لأن الفتوى هي الإخبار بالحكم الشرعي من غير إلزام، والحكم هو الإلزام بالحكم الشرعي، وفي هذه التسمية إشارة إلى أنه جرى مجرى المؤلفين في الأحكام من عدم تعرضهم للمعتقدات والعبادات، بل اقتصروا على مسائل الأحكام والخصومات، وقد جرى الناظم رحمه الله على عادة غيره من المؤلفين في تسمية تأليفهم بما يختارونه لها من الأسماء الدالة على ما يريدونه فيها، وكلامه صريح في أن التسمية كانت بعد كمال النظم وتمامه، وهذه التسمية مشعرة بأن للناظم كلاماً على الوثائق وهو إنما تكلم على الأحكام خاصة، وأجاب ولده بأن الفقه المذكور في النظم هو الذي بنيت عليه العقود ورسمت عليه الوثائق، فمعرفة طريق لمعرفة ما عقد في الوثائق، وطريقة التوثيق مبنية على الاحتياط والحزم والخروج عن الخلاف وارتكاب الوجه المتفق عليه قطعاً للنزاع والخصومات، وذلك كاشتراطهم إذن المضمون عنه للضامن في الضمان وإن كان المشهور عدم اشتراطه، وسيقول الناظم ولا اعتبار برضا من ضمنا، وإنزال المشتري فيما اشتراه من الأصول أي إقباضه إياها، وذلك للخروج من الخلاف الذي في انتقال الضمان هل هو بنفس العقد وهو المشهور أو إلا مع القبض، فللخروج من هذا الخلاف يقول الموثقون في وثائقهم: ونزل المبتاع فيما ابتاع، وأبرأ البائع من درك الإنزال لأنه بنزوله فيما ابتاع يسقط الضمان عن البائع باتفاق، وفي ذلك يقول الإمام سيدي عبد الواحد الونشريسي في نظم إيضاح المسالك لوالده رحمهما الله في ترجمة البيع هل هو العقد فقط أو العقد والقبض بعد أن ذكر الإنزال:

وللخروج من خلاف أشهباً
أورده الموثقون الكتاب
إلى غير ذلك من مسائلهم المبنية على الاحتياط والخروج من الخلاف والفقه الذي تضمنته
كتب الأحكام هو لباب الفقه ومنخوله.

وَدَاكَ لَمَّا أَنَّ بُلَيْثَ بِالْقَضَا
وَأَنَّنِي أَسْأَلُ مَنْ رَبِّ قَضَى
وَالْحَمَلُ وَالْتَّوْفِيقُ أَنَّ أَكُونَا
بَعْدَ شَبَابٍ مَرَّ عَنِّي وَأَنْقَضَا
بِهِ عَلَيَّ الرَّفْقَ مِنْهُ فِي الْقَضَا
مِنْ أُمَّةٍ بِالْحَقِّ يَغْدِلُونَا

حَتَّى أَرَى مِنْ مَفْرَدِ الثَّلَاثَةِ وَجَنَّةُ الْفِرْدَوْسِ لِي وَرَأْسُهُ

الإشارة بذلك إلى النظم تسميته، ولما بمعنى حين، وأن بعدها زائدة على حد: ﴿ولما أن جاءت رسلنا لوطاً﴾ [هود: ٧٧] وبليت معناه امتحنت بخطة القضاء فبالقضاء يتعلق بليت وكذا بعد شباب، ويحتمل أن يكون متعلقاً بمحذوف صفة أو حالاً من القضاء، والشباب الصبا، وقال الجوهري: الشباب الحدائث وكذا الشبيبة، وأشار بالبيت إلى بيان وقت نظمه لهذه الأرجوزة وهو حين ولايته خطة القضاء، وقد كانت ولايته لها بمدينة وادي آس في شهر صفر من عام عشرين وثمانمائة إلى أن نقل عنها إلى قضاء الجماعة بالحضرة وذلك في ذي القعدة من عام أربعة وعشرين وثمانمائة، كذا قال ولده رحمه الله، ويعني بالحضرة والله أعلم حضرة غرناطة أعادها الله للإسلام، ثم سأل من الله سبحانه أن يرفق به فيما قضى به في أزله، وجملة قضى به علي صفة لرب، والرفق مفعول أسأل، والحمل والتوفيق معطوفان على الرفق والحمل على حذف مضاف أي قوة الحمل سأل من الله تعالى أن يعينه على حمل أعباء هذه الخطة العظيمة وأن يوفقه فيها إلى الصواب لأن يكون ممن قال الله تعالى فيه: ﴿وممن خلقنا أمة يهدون بالحق وبه يعدلون﴾ [الأعراف: ١٨١] حتى يرى من مفرد الثلاثة، وأشار به إلى ما خرجه النسائي في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «القضاة ثلاثة: اثنان في النار وواحد في الجنة، رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق فلم يقض به وجار في الحكم فهو في النار، ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار». وجملة وجنة الفردوس لي وراثه في موضع الحال من نائب أرى، والجنة بفتح الجيم الحديقة ذات النخل والشجر، قال في القاموس: والفردوس قال الفراء: الفردوس عند العرب البستان الذي فيه الكرم، ومعنى كونها وراثه له أن يكون من أهلها.

بَابُ الْقَضَاءِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ

قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب في القضاء وهو فرض كفاية ما نصّه: قال الأزهرى: القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقضاء الشيء وتمامه، وقال الجوهرى: القضاء الحكم، وعلم القضاء وإن كان أحد أنواع علم الفقه إلا أنه يتميز بأمور زائدة لا يحسنها كل الفقهاء. وقد يحسنه من لا باع له في الفقه، وهو كالترصيف من علم العربية فإنه ليس كل النحاة يعلم التصريف وقد يحسنه من لا باع له في النحو، وإنما كان فرضاً لأنه لما كان الإنسان لا يستقل بأمور دنياه إذ لا يمكن أن يكون حراثاً طحاناً جزاراً إلى غير ذلك من الصنائع المفتقر إليها احتاج إلى غيره، ثم بالضرورة قد يحصل بينهما التشاجر والتخاصم لاختلاف الأغراض، فاحتيج إلى من يفصل تلك الخصومة ويمنع بعضهم من غرضه، ولهذا وجب إقامة الخليفة، لكن نظر الخليفة أعم إذ أحد ما ينظر فيه القضاء، ولما كان هذا الغرض يحصل بواحد أو جماعة كان ذلك فرض كفاية لأن ذلك شأن فرض الكفاية. اهـ.

ابن عرفة: القضاء صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين، والنفوذ بالذال المعجمة الإضاء وهو المراد هنا، وأما بالذال المهملة فمعناه الفراغ والتمام، وقوله: نفوذ حكمه الخ أخرج به من ليس بتلك الصفات فإنه لا ينفذ حكمه، وإنما تثبت الصفة الحكمية للموصوف بعد ثبوت تقديمه للحكم، فتقديمه للحكم والفصل إذا كان أهلاً هو الموجب لحصول الصفة الحكمية، والمراد بالحكم الشرعي هنا هو إلزام القاضي الخصم أمراً شرعياً، والإضافة تعينه لقوله حكمه الشرعي وأخرج به غير الحكم الشرعي، وليس المراد به خطاب الله تعالى. وقوله: ولو بتعديل أو تجريح هو معطوف على مقدر أي بكل شيء حكم به ولو بتجريح أو تعديل ليصير التعديل والتجريح من متعلق الحكم وهو كذلك، وخرج بقولنا بكل شيء حكم به الذي قلنا إنه مقدر قبل قوله ولو بتعديل الثبوت والتأجيلات ونحوهما، إذ ليست بحكم. قوله لا في عموم مصالح المسلمين، أخرج به الإمامة الكبرى لأن نظره أوسع من نظر القاضي، لأنه أي القاضي ليس له قسمة الغنائم، ولا تفريق مال بيت المال، ولا ترتيب الجيوش، ولا قتال البغاة، ولا الإقطاعات، وفي إقامة الحدود خلاف؛ انظر الرضاع.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ الْحَمْدُ لِلَّهِ.

(فائدة: قال القرافي: القاضي من حيث هو قاض إنما له إلزام الحكم، أما نفوذه فلا تتعدر ذلك عليه كالحكم على الملوك والجبابة، فإنّ إلزام الحكم موجود والقدرة على التنفيذ لا وجود لها في حق العاجز اهـ. وعلى هذا) فمعنى قوله في الحد نفوذ (حكمه) أي إلزام

قوله (فائدة: قال القرافي: القاضي من حيث هو قاض) إلى قوله: (وعلى هذا) الخ، يظهر أن كلام ابن عرفة لا يحتاج إلى قول هذا الشارح لإلزام الخ، بيان ذلك أن النفوذ في كلام ابن عرفة هو المضي أي مضي حكم الحاكم ذلك هو لزوم حكم الحاكم لمن حكم عليه ولا انفكاك عنه أصلاً لأجل الوصف الذي قام بمن حكم، فقول ابن عرفة نفوذ حكمه فقوله نفوذ هو للزوم المذكور. وقوله: (حكمه) المراد به الإلزام الذي يطاوعه اللزوم الذي هو النفوذ، ومن طالع كلام ابن فرحون علم هذا، فابن عرفة إنما تكلم عن اللزوم أي القاضي هو الذي إذا أُلزم أحد شيئاً ألزمه، فكلامه في اللزوم الذي هو النفوذ، ألا ترى أن غير القاضي إذا أُلزم أحدهما شيئاً لا يلزم الملزم به ولا كذلك القاضي فافهم، فتفسير هذا الشارح النفوذ في كلام ابن عرفة بالإمضاء غير جيد والأولى تفسيره بالمضي، كما لا يخفى على من له مسكة من الفهم، واللزوم ثلاثي لألزم الرباعي، والذي في كلام القرافي هو التنفيذ وهو تبليغ صاحب الحق لحقه بالفعل وإخراجه من الذي هو عليه بسجن أو غيره يظهر ذلك بتأمل كلام ابن عرفة والقرافي، ويدل لذلك أيضاً قول ابن فرحون مفسراً لتنفيذ الحاكم حكم نفسه ما نصّه: هو الإلزام بالحبس وأخذ المال بيد القدرة ودفعه لمستحقه وتخليص سائر الحقوق وإيقاع الطلاق على من يجوز إيقاع الطلاق عليه ونحو ذلك، فالتنفيذ غير الحكم والثبوت، فالثبوت هو الرتبة الأولى، والحكم هو الرتبة الوسطى، والتنفيذ هو الرتبة الثالثة، وليس كل الحكام لهم قوة التنفيذ لا سيما الحاكم الضعيف الخ وهذا منه بلفظه، فالتنفيذ هو الذي يقدر عليه تارة وتارة لا، ولا كذلك النفوذ يظهر ذلك بتأمل أنقال هذا الشارح بنفسه، وهذا على كلام القرافي ومن تبعه، فقد قال في نوازل الأقضية من المعيار عن العقاباني ما نصّه: وللقاضي أن يمتنع من الحكم إن ظهر له دخول ضرر عليه إن هو حكم ولا حرج عليه إن شاء الله تعالى هذا لفظه وهو ظاهر، فإن العتاة الذين لهم السطوة إن قيل لأحدهم ألزمتك كذا شرعاً فإن القاضي يخاف من هذا الإلزام وهو غير التنفيذ، وعليه فالإلزام والتنفيذ للقاضي تركهما، واللزوم فرع الإلزام فقد يوجد حتى في حق الظالم فيشهد القاضي عدلين خفية أنه أُلزم الظالم كذا، فاللزوم في هذا حاصل وينفذ مقتضاه من قدر على ذلك من سلطان أو غيره، فزيد إن أثبت عند القاضي بينة عادلة أن له على عمرو ديناراً وعمرو عن الدفع في البينة فالقاضي يشهد عدلين أنه أُلزم عمراً بدفع ديناراً لزيد، ويلزم من هذا الإلزام لزوم الدينار لعمرو شرعاً ويأمره القاضي بإعطائه، فإن امتنع عمرو من دفعه نفذ القاضي ذلك أي أزال دينار من كيسه ويدفعه لزيد إن كان معه أو سجنه إلى أن يعطيه، فالإلزام حكم، واللزوم مطاوعة، وتنفيذه غيرهما، وإنما يفعل القاضي الإلزام والتنفيذ إن لم يخف وقدر، وإلا أشهد بالإلزام خفية ويبقى الإشهاد بيد زيد إلى أن يجد من يقدر على التنفيذ، ويلزم القادر التنفيذ لهذا المشهود له إن علم عذر عجزه وأنه من الذين يلزم حكمهم، وكذلك الخصم له أن يقول للقاضي: احكم لي على الظالم وأنا أرفعه إلى من يقدر عليه، وكذلك القائد إن شكاً إليه أحد فإنه يقول للشاكي: اذهب للقاضي يكتب لك حكمه وأنا أنفذه، ومن مازج الناس أدرك هذا غاية وتبين له النهاية، هذا تحرير المسألة. وقول القرافي في حقيقة الحكم إنشاء إلزام الخ أي اتخاذه وهو راجع لما ذكرناه من كون الحكم هو الإلزام. وقال القرافي في محل آخر: الحكم لإلزام الخصم الخ وقد نصوا على أن حكم

نفوذ كل ما ذكرناه، والمعنى أن هذه الصفة من شأنها ذلك. وفي تبصرة ابن فرحون ناقلاً عن القرافي الحاكم من حيث هو حاكم ليس له إلا الإنشاء، وأما قدرة التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكماً، فقد يفوض له التنفيذ وقد لا يندرج في ولايته اهـ.

واعلم أن الناظم بَوَّبَ للقضاء وما يتعلق به، وقد تقدم أن القضاء هو الحكم وأشار له هنا بقوله: منفذ بالشرع للأحكام فترجم للمصدر وذكر مكانه اسم الفاعل لأن المصدر موجود في اسم الفاعل وأصل له، فهو من التعبير بالأصل عن الفرع كقول ابن مالك: الابتداء مبتدأ زيد، ولم يذكر بعده ما يتعلق بالقضاء في هذه الترجمة إلا أوصاف القاضي التي بعضها شرط صحة وبعضها شرط كمال أو شرط في دوام ولايته وموضع جلوسه، وذلك هو المعنى بقوله في الترجمة وما يتعلق به، ويأتي الكلام على ذلك إن شاء الله.

مَنْفُذٌ بِالشَّرْعِ لِلأَحْكَامِ لَهُ نِيَابَةٌ عَنِ الإِمَامِ

يعني أن القاضي هو المنفذ للأحكام بمقتضى الشرع وموافقته، وأن له نيابة عن الإمام في ذلك، فمنفذ مبتدأ محذوف أي القاضي منفذ، وللأحكام يتعلق بمنفذ وكذا بالشرع، وله نيابة خبر ومبتدأ سوغ الابتداء به العمل في عن الإمام، والجملة خبر ثان عن المبتدأ المحذوف والرباط لجملة الخبر بالمبتدأ ضمير له، وهذا والله أعلم أولى من إعراب منفذ مبتدأ وجملة له نيابة خبره، لأن المقصود بالذات هو التعريف بالقاضي وأنه المنفذ للأحكام، وأما كونه نائباً عن الإمام فزائد عن المقصود، وهبه مقصوداً أيضاً فدلالة الكلام على فائدتين كما يقتضيه الإعراب الأول أولى من دلالاته على واحدة كما يقتضيه الإعراب الثاني والله أعلم. وفهم من قوله: له نيابة عن الإمام أن للإمام عزله متى شاء لسبب ولغير سبب كما هو الشأن فيمن استتاب غيره ووكله على أمر بدا له فله عزله، بخلاف من أوصى له الإمام بالخلافة وقبل فليس له عزله، والفرق بينهما أن القاضي وسائر العمال إنما ولاهم لينوبوا عنه في بعض الكلف والأشغال التي عليه أن يقوم بها للمسلمين وينوبوا عنه في ذلك، وللموكل أن يعزل وكيله ولا كذلك الوصية للرجل يكون بعده إماماً للمسلمين، فهذا ليس بحق له جعل غيره ينوب عليه فيه، وإنما هو حكم حكم به على المسلمين وأحكامه عليهم نافذة، قاله المازري اهـ من الفروق للإمام سيدي أحمد الوشرسي رحمه الله.

قال ابن فرحون في تبصرته: حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام. قال غيره: ومعنى قولهم قضى القاضي أي ألزم الحق أهله والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿فلما قضينا عليه الموت﴾ [سبا: ١٤] ألزمناه وحتمنا به عليه. وفي المدخل لابن طلحة الأندلسي: القضاة معناه الدخول بين الخلق والخالق ليؤدي فيهم أوامره وأحكامه

الحاكم إنشاء، وبما قدمناه يظهر لك قول الناظم: منفذ بالشرع للأحكام له نيابة عن الإمام. وإنما القاضي هو المفهوم من قول ابن عرفة في حقيقة القضاء صفة حكمية الخ، فالقاضي هو الذي يلزم حكمه للمحكوم عليه إن ألزم شخصاً شيئاً لزمه ذلك الشيء ولصق فيه لصوق الصفة للموصوف فافهم.

بواسطة الكتاب والسنة. وقال القرافي: حقيقة الحكم إنشاء إلزام أو إطلاق، فالإلزام كحكمه بالنفقة والشفعة والصدّاق ونحوها، وأما الحكم بالإطلاق فكما إذا حكم بزوال الملك عن أرض زال الإحياء عنها وأن تبقى مباحة لكل أحد، وحكم بزوال ملك الصائد عن صيد نذ منه وحازه ثان وحكمه أنه فرض كفاية، ولا خلاف بين الأئمة أن القيام بالقضاء واجب ولا يتعين على أحد إلا أن لا يوجد منه عوض وقد اجتمعت فيه شروط القضاء فيجبر عليه، قيل: أيجبر بالضرب والسجن؟ قال: نعم وحكمته رفع التشاجر ورد الثواب وقمع الظالم ونصر المظلوم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، قاله ابن رشد وغيره اهـ. وقد اشتمل هذا الكلام على حقيقة القضاء ومعناه وحكمه وحكمته، ثم قال في التبصرة: واعلم أن أكثر المؤلفين بالغوا في التحذير من الدخول في ولاية القضاء حتى تقرر في ذهن كثير من الفقهاء والصلحاء أن من ولي القضاء فقد سهل عليه دينه وألقى بيده إلى التهلكة، وهذا غلط فاحش تجب التوبة منه، والواجب تعظيم هذا المنصب الشريف ومعرفة مكانته من الدين، فبه بعثت الرسل، وبالقيام به قامت السموات والأرض، وجعله النبي ﷺ من النعم التي يباح الحسد عليها. فقد جاء من حديث ابن مسعود عن النبي ﷺ «لا حسد إلا في اثنتين: رجل آتاه الله مالا فسلط علىهلكته في الحق، ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعمل بها» وجاء من حديث عائشة رضي الله عنها أنه ﷺ قال: «هل تدرون من السابق إلى ظل الله تعالى يوم القيامة؟» قالوا: الله ورسوله أعلم، قال: «الذين إذا أعطوا الحق قبلوه، وإذا سألوه بذلوه، وإذا حكموا للمسلمين حكموا كحكمهم لأنفسهم». وفي الحديث: «سبعة يظلهم الله في ظلّه يوم لا ظلّ إلا ظلّه: إمام عادل» وقال ﷺ: «المقسطون على منابر من نور يوم القيامة» إلى غير ذلك.

واعلم: أن كل ما جاء من الأحاديث التي فيها تخويف ووعيد إنما هي في حق قضاة الجور من العلماء، وفي حق الجهال الذين يدخلون أنفسهم في هذا المنصب بغير علم اهـ. باختصار. وقوله في التحذير من القضاء وهذا غلط فاحش ليس هو غلطاً، وإنما هو نظر للغالب الذي هو كالمحقق، فإن الطبيعة البشرية واحدة، وما جاز على المثل يعجز على مماثله، والعيب يحدث لمن لم يكن فيه، والنفس مجبولة على حب الدنيا والإمارة والميل للنفس والأقارب والأصحاب ومن يعاملها بخير، فالتحذير من القضاء من باب سد الذرائع وتقديم درء المفاسد على جلب المصالح، ومن باب قول القائل:

إن السلامة من سلمى وجارتها ألا تحل على حال بواديها

وقد سمعت: من بعض أشياخي رحمه الله أن أميراً ولي إنساناً خطة الحسية ثم بعد أيام قليلة طلب من الأمير أن يخليه عن تلك الخطة ويوليها لغيره فقال له: لم؟ فقال: إن الناس يهدون لي ويعاملونني بخير لما توليت ولا أقدر أن أحكم على من يعاملني بخير بما يكره، فانظر فإن مثل هذا هو الموجود غالباً، وأما من لا يقبل هدية ولا يميل لغرض ولا يخاف في الله لومة لائم فهو قليل لا سيما في هذا الوقت فهو ممّا يسمع به ولا

يرى، تغمد الله الجميع برحمته.

وَأَسْتُخْسِنَتْ فِي حَقِّهِ الْجَزَائِلُ وَشَرْطُهُ التَّكْلِيفُ وَالْعَدَالَةُ
وَأَنْ يَكُونَ ذَكَرًا حُرًّا سَلِيمًا مِنْ فَقْدِ رُؤْيَةٍ وَسَمْعٍ وَكَلِمٍ
وَيُسْتَحَبُّ الْعِلْمُ فِيهِ وَالْوَرَعُ مَعَ كَوْنِهِ الْحَدِيثُ لِلْفَقْهِ جَمْعٌ

ذكر في هذه الأبيات بعض شروط القاضي ويطلق عليها صفات لأنها قائمة به وقسمها إلى قسمين: شروط صحة يلزم من عدمها أو عدم واحد منها عدم صحة ولايته، وشروط كمال تصح ولايته بدونها لكن الأولى وجودها، فذكر من شروط الصحة التكليف والعدالة والذكورة والحرية وكونه سميعاً بصيراً متكلماً، ومن شروط الكمال الجزالة والعلم والورع وجمعه بين الفقه والحديث، فاشتراط فيه التكليف المشتمل على شرطي العقل والبلوغ لأن غير العاقل وغير البالغ لا يجري عليهما قلم ولا يتوجه إليهما خطاب، فلا يتعلق بقول واحد منهما حكم على نفسه فأولى على غيره، ولا يكتفى في شرط العقل بالعقل الذي يتعلم به التكليف من علمه بالمدركات الضروريات، بل حتى يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيداً عن السهو والغفلة حتى يتوصل بذلك إلى وضوح ما أشكل وفصل ما أعضل. قال الماوردي: واشترطت فيه العدالة المستلزمة لشرط الإسلام لأن الكافر لم يجعل الله له على المؤمنين سبيلاً، والولاية من أعظم السبيل، ولأن الفاسق غير مأمون على الأحكام ولا موثوق به في اجتناب الأغراض، ويأتي أن العدل هو من يجتنب الكبائر ويتقي في الغالب الصغائر، والمباح الذي يقدح في المروءة كالأكل في السوق ونحو ذلك، واشترطت فيه الذكورة لأن القضاء فرع عن الإمامة العظمى، وولاية المرأة الإمامة ممتنع لقوله ﷺ: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة» فكذلك النائب عنه لا يكون امرأة، وبالجملة فمنصب الولاية غير مستحق للنساء، واشترطت الحرية لأن الرق ببقية أثر الكفر والنفوس تأنف من الانقياد لمن عليه رق والإذعان لمن تقرر عليه لسواه ملك. قال الماوردي: وإذا كان نقص الرق مانعاً من ولاية نفسه فأحرى أن يمنع من إنفاذ ولايته على غيره، ولأن الرق لما منع من قبول الشهادة كان أولى أن يمنع من نفوذ الحكم وانعقاد الولاية، وكذلك الحكم فيمن لم تكمل حرته من مدبر ومكاتب ومعتق بعضه، هذا في الحكم، وأما في الفتوى فلا يمنعه الرق أن يفتي ولا أن يروي لعدم الولاية في الفتوى والرواية، ويجوز له إذا عتق أن يقضي وإن كان عليه ولاء، وأما اشتراط كونه سميعاً بصيراً متكلماً فظاهر أنها من شروط الصحة أيضاً. قال في التوضيح عن ابن رشد: وهو ظاهر ما في وثائق أبي القاسم، والظاهر أن فقدها موجب للعزل فتنفذ ولاية الأصم والأعمى والأبكم وتنفذ أحكامه ويجب عزله سواء ولي كذلك أو طراً عليه ذلك، وإنما اشترطت السلامة في الأعضاء الثلاثة لعدم تأتي المقصود من الفهم والإبهام لفاقد بعضها فضلاً عن كلها.

تنبيه: زاد ابن الحاجب في شروط الصحة: أن يكون مجتهداً فطناً، فلا يجوز ولا تصح ولاية المقلد ولا تنفذ أحكامه، قال المازري: هكذا يحكي أصحابنا عن المذهب أنه

لا تجوز ولاية المقلد، وهذا إنما هو مع وجود المجتهد وإلا صحت ولاية غيره. ابن الحاجب: فإن لم يوجد مجتهد فمقلد. ابن عبد السلام: فينبغي أن يختار أعلم المقلدين، وهل يلزمه الاقتصار على قول إمامه أم لا؟ قولان، ولاشترط كونه فطناً لا تجوز ولاية المغفل كما في الشهادة بل اشتراطها هنا أولى. قال في التوضيح: وبقي على ابن الحاجب شرط تاسع وهو أن يكون القاضي واحداً، نص عليه ابن شاس وابن شعبان وغيرهما، أي لا يجوز أن يفوض القضاء إلى اثنين لا يتم الحكم إلا باجماعهما. ابن الحاجب: ويجوز أن ينصب في البلد قاضيان أو أكثر كل مستقل أو مختص بناحية أو نوع، وأما شروط الكمال فذكر في النظم منها أربعة: الأولى الجزالة مصدر جزل فهو جزيل وهو العاقل الأصيل الرأي قاله في القاموس، وقال عياض: الجزالة الوقار والعقل والقطع، وفسرها بعضهم بالقوة والإحكام والإتقان، ومعنى استحسنت استحبت، قال الشارح: كونه جزياً، ذكره ابن رشد في المقدمات في خصاله المستحبة.

(الثاني: العلم، قال في التوضيح: نص في المقدمات) على أن العلم من الصفات

قوله: (الثاني العلم؛ قال في التوضيح: نص في المقدمات) إلى آخر ما ذكره من النقول هنا ظاهره في رجحان شرطية العلم في صحة القضاء وذلك هو المذهب، وما نقله عن عياض هو بالمعنى وإلا فنصه زيادة على ما هنا، وبعد أن نقل أبو الحسن في شرح المدونة كلام عياض، قال بعده ما نصّه: إن الجاهل لا ينفذ حكمه وإن صادف الصواب الخ وهذا منه بلفظه، ونقله البرزلي أيضاً وسابقه أي كلام عياض، وما قاله عياض قاله ابن العربي والمازري أيضاً كما في ابن الناظم هنا، وشرطية العلم في صحة القضاء هو الذي في المعونة، ودل عليه كلام ابن يونس في المفيد ونصّه: وفي الأحكام لابن مغيث الطليطلي رحمه الله: اعلم أن ممّا اجتمع عليه علماء الأئمة أنه لا يحل لمن تقلد الحكم بين الناس أن يحكم إلا بما أمر الله عزّ وجلّ، أو بما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه حكم به، أو بما اجتمع عليه العلماء، أو بدليل من هذه الوجوه الثلاثة، واتفق مالك وجميع أصحابه والشافعي وأبو حنيفة رحمهم الله تعالى لا يجوز لحاكم أن يحكم بين الناس حتى يكون عالماً بالحديث والفقه الخ وهذا منه بلفظه، بل كلام الكافي يقتضي الاتفاق على هذه الشرطية حيث قال ما نصّه: لم يختلف العلماء بالمدينة وغيرها فيما علمت أنه لا ينبغي أن يتولى القضاء إلا الموثوق في دينه وصلاحه وعلمه وفهمه، وشرطوا أن يكون عالماً بالسنة والآثار وأحكام القرآن ووجوه الفقه واختلاف العلماء الخ وهذا منه بلفظه، وفي التلقين لا يتقاضى إلا فقيه من أهل الاجتهاد هذا لفظه عالماً. ذكر المازري هذه الشرطية قال ما نصّه: وحكى ابن رشد عن بعضهم أنه أجاز تولية الجاهل ورأى كونه عالماً مستحباً لا شرطاً في الصحة ولا موجباً للعزل، وهو قول شاذ بعيد من الصواب، فالقاضي أحوج الناس إلى العلم. وقال ابن رشد: ولا يقال إنه يستشير أهل العلم ويحكم بما يجمعون عليه، لأننا نقول: هو مأمور بأن يستشير وإن كان فقيهاً أهل. وقال أبو عمر في كافي ما نصّه: ولا يجوز أن يشاور فيما يحكم فيه وهو جاهل لا يميز بين الحق والباطل لأنه إذا أشير عليه وهو جاهل بحكمه لم يعلم أنه حكم بحق أو باطل، ولا يجوز أن يحكم بما لا يعلم أنه حق لأن الحاكم لا يحكم بقول من أشار إليه تقليداً حتى يتبين له الحق من حيث تبين للذي أشار عليه بدلالة تظهر له، هذا لفظه وهذا أولى من كلام ابن رشد وهو قوله: لأننا نقول الخ لاحتمال مشاوره الجاهل

المستحبة له، وقال الشارح: وكون العلم في القاضي من الشروط المستحبة هو ما ذهب إليه ابن زرقون وابن رشد، خلاف ما ذهب إليه عياض وابن العربي والمازري من كونه من الشروط الواجبة اهـ. وكونه من الشروط الواجبة هو مقتضى ما تقدم عن ابن عبد السلام. التوضيح: قال عياض: وشرط العلم إذا وجد لازم، فلا يصح تقديم من ليس بعالم، ولا

واجبة ومشاورة العالم مستحبة كما في المتن وشروحه، وكلام الكافي نقله ابن عات في طوره وسلمه. وقال شيخ الشيوخ الإمام اللخمي بعد كلام ما نصّه: وقد اتفقت هذه الأقوال على أن الحاكم لا يكون جاهلاً بالحكم لأن ذلك تخاطر وتخمين وحدث الخ، وإذا كان هذا في الحكم فغيره أولى كما لا يخفى. وقال المشدالي في حاشيته: ولا خلاف بين المحققين أن القاضي في هذا الزمان مفتقر إلى حفظ واسع واتساع باع وإدراك جيد نافع الخ، والذي لابن رشد وتبعه عليه ابن مرزوق والمتيطي وما نسب ابن سلمون للباجي غير صحيح كما نبّه عليه المصنف وابن عرفة وغيرهم إنما ذلك لابن رشد وابن ناجي عن المدونة نسب الشرطية في الصحة لعياض أيضاً وابن العربي والمازري قد تبين أن الراجح هو ما قاله عياض ومن وافقه، وما قاله ابن رشد واتباعه ضعيف غاية لا يحل تقليده فيه، وإن كان ابن ناجي على المدونة وغيره أشار إلى أن كلام ابن رشد ليس على ظاهره واعترضوا على من حمله على ظاهره. فإن قلت: يحمل كلام ابن رشد على أن مراده بالعلم العلم الناشئ عن الاجتهاد، ويدل لذلك قول الأبي على حديث: «من اجتهد فأصاب الخ» ما نصّه: قال عياض هذا التقسيم إنما هو في العالم الذي يصحّ منه الاجتهاد، وأما الجاهل فهو أتم في اجتهاده وإن صادف الحق لأن إصابته ليست صادرة عن أصل شرعي إلى أن قال ما نصّه: قلت: يعني بالعالم من فيه أهلية الاجتهاد ثم قال: ويعني بالقاضي الجاهل من لم يبلغ درجة الاجتهاد اهـ. وذكر في المعيار أن مراد الفقهاء بقولهم بتعقب حكم الجاهل هو المقلد كما قاله الأبي الخ. وكلام ابن يونس دال على هذا أيضاً. قال زعيم الفقهاء أبو سالم اليرتاسني في حبس ابن محرز أثناء كلام فيه في نوازل الحبس من المعيار ما نصّه: ولا خلاف في جواز تعقب أحكام المقلد وهو الذي يعبر عنه في كتب أئمتنا بالجاهل هذا لفظه. وذكر هذا أهل الأصول في كلامهم على حد الفقيه بل هو حتى في اللوامع لشيخنا اليوسي برد الله ضريحه على جمع الجوامع، قلنا: هذا محتمل حسن غاية لكن يعكر عليه، وقد يقتضي أن العالم المقلد يستحب أن لا يكون قاضياً إن وجد المجتهد، مع أنه مع وجود المجتهد يحرم عليه القضاء، ولذلك قال في المختصر: إن وجد وإلاً فأمثل مقلد، وهذا المذهب بين في شروح المختصر، وتكلمنا عن هذا في شرحنا على المختصر وبيّنا ذلك غاية البيان، وحاصل ذلك أن المقلد العالم لا يتولى القضاء مع وجود المجتهد، والعلم شرط في الصحة، وإذا لم يوجد تولى المقلد العالم، وأما الجاهل المقلد فلا تتعد له ولاية أصلاً ولا يمضي حكمه إن حكم، فقف على هذا المحل من شرحنا ترى عجيب العجاب. والحاصل أن ما قاله ابن رشد لا يحل اتباعه فيه على كل وجه، والمذهب هو ما ذكرناه، ولا فرق في الجاهل بين أن يشاور أو لا فإنه لا تتعد توليته على المذهب، وقول المتن ونفذ حكم جائر لم يشاور الخ لمذهب أن أفعال الجاهل كلها مردودة شاور أو لا، لأنه لا تتعد الولاية له مع الجهل شاور أو لا، وبيّنا في هذا في شرحنا غاية على المختصر هناك، وممّن ذكر ذلك الباجي، وأنه لا تتعد ولاية للجاهل مطلقاً، وذكرنا أن من قال بقول المتن وهو قوله وجاهل لم يشاور أي أن جواز حكمه من باب مراعاة المصلحة لا أنه حكم لازم في نفسه، إذ شرط انعقاد الولاية لم يوجد، ولولا الإطالة لجلينا ذلك وهو الذي في المتن، وقد قال أيضاً

ينعقد له تقديم مع وجود العالم المستحق للقضاء، لكن رخص فيمن لم يبلغ رتبة الاجتهاد في العلم إذا لم يوجد من بلغها، ومع كل حال فلا بد أن يكون له علم ونباهة وفهم فيما يتولاه وإلا لم يصح له أمر اه. وفي الشارح عن الإمام مالك رضي الله عنه قال: لا ترى خصال القضاء تجتمع اليوم في أحد فإذا اجتمع له منها خصلتان ولي القضاء العلم والورع. قال ابن حبيب: فإن لم يكن علم فعقل وورع، فبالعقل يسأل وبالورع يقف. الثالث: الورع وهو ترك الشبهات والتوقف في الأمور والتثبت فيها. الرابع: على ما ذكر الناظم كونه جامعاً للفقهِ والحديث، قال الشارح: وما اقتضاه المنقول عن مطرف وابن الماجشون وأصبح في قولهم: لا يولى اليوم القضاء صاحب رأي لا حديث عنده ولا صاحب حديث لا فقه عنده، فإنما يعني بهذا أن يكون للقاضي من الاتصاف بالعلم والمشاركة في الفقه والحديث ما يتهيأ له النظر به في النوازل والبحث عن الدلائل، والترجيح عند وقوع الخلاف، والاختيار عند تعارض الأقوال اه.

تنبيه: زاد ابن الحاجب في الشروط المستحبة كونه غنياً لا دين عليه بلدياً معروفاً النسب غير محدود حليماً مستشيراً لا يبالي لومة لائم سليماً من بطانة السوء غير زائد في الدهاء. قال في التوضيح: استحب الغنى لأن الفقير قد يحتاج إلى غيره ومقالة السوء تكثر فيه بخلاف الغني. ابن عبد السلام: والظاهر الاكتفاء بالغنى عن عدم الدين، واستحب كونه بلدياً ليعرف الناس والشهود والمقبولين من الشهود وغيرهم. ابن راشد وابن عبد السلام: والولاية الآن يرجحون غير البلدي، إذ لا يخلو البلدي من أعداء، والغالب وجود المنافسة بينه وبين أهل بلده وكونه معروف النسب لأن من لا يعرف أبوه من ولد لعان أو زنا يطعن فيه، فلا يكون له في نفوس الناس كبير هبة، وكونه غير محدود أي في زنا ولا غيره، وكونه حليماً أي على الخصوم ألا تنتهك حرمة الشرع فيكون انتصاره لغيره، وبذلك تتم مهابته التي هي إحدى صفات الكمال، وكونه مستشيراً أي لأولي العلم لأنه أعون له لحصول الصواب. وقوله: لا يبالي لومة لائم؛ الظاهر أن هذا راجع إلى الوصف الأول أي العدالة، لأن الخوف من لومة اللائم راجع إلى الفسق وكونه سليماً من بطانة السوء لأن السلامة منها رأس كل خير، وكثيراً ما يؤتى على أهل الخير من جهة قرنائهم السوء، وكونه غير زائد في الدهاء قيل: لأن ذلك يحمله على الحكم بالفراصة وتعطيل الطرق الشرعية من البينة والأيمان. ابن الحاجب: فقد عزل عمر زياداً لذلك. التوضيح: ويقال إن عمر قال لزياد لما عزله: كرهت أن أحمل الناس على فضل عقلك.

وَحَيْثُ لَاقَ لِلْقَضَاءِ يَفْعُدُ وَفِي الْبِلَادِ يُسْتَحَبُّ الْمَسْجِدُ

يعني أن القاضي يجلس للقضاء والفصل بين الخصوم حيث يليق ذلك ويصلح له كان في بادية أو حاضرة، فإن كان في حاضرة استحب جلوسه في المسجد. قال الشارح:

صاحبه وحرَمَ لجاهل وابن عاصم هنا تبع ابن رشد ومن تبعه ولم ينبغ له ذلك بل أوهم الناس خلاف المذهب، وقد رأينا احتجاج الجهلة بكلام ابن عاصم كثيراً، وفي ذلك فساد عظيم وأمر جسيم.

باب القضاء وما يتعلّق به

نقل اللخمي عن أشهب أنه قال: لا بأس بجلوسه في منزله أو حيث أحب، وفي البلاد استحَبّ له القعود في المسجد.

(وهذا هو الذي روى ابن القاسم عن مالك) رضي الله عنهما أنه قال: قضاء القاضي

قوله (وهذا هو الذي روى ابن القاسم عن مالك الخ) هذا كلام صحيح، ولكن ربما يظهر أن القضاء برحاب المسجد الخارجة عنه أولى من هذا. وقد قال ابن القاسم بعد نقله كون المسجد أولى ما نصّه: وكان أمر من مضى من القضاة لا يجلسون إلا في رحاب المسجد ليصل إليهم اليهود والنصارى والنساء الحيض، قال غيره: أو لئلا يدخل عليه في ذلك ضرر من كثرة الناس حتى يشغله ذلك عن كثرة النظر والفهم ولكن له موضع من المسجد في رحابه الخارجة عنه، قال مالك: ليصل إليه اليهود الخ. وفي اللخمي عن ابن حبيب حين ذكر الخلاف في المسألة ما نصّه: قال في كتاب ابن حبيب: كان من مضى من القضاة لا يجلسون إلا في رحاب المسجد خارجاً إما في موضع الجنائز وإما في رحبة من دار مروان وما كانت تسمى إلا رحبة القضاء، قال مالك: وإني لأستحب الخ ثم قال ما نصّه: قوله يقضى في الرحاب خارجاً عن المسجد أحسن لحديث: «جنبا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوماتكم» ولم يعترض هذا باللعان لأنها أيمان الخ. ونقل ابن دبوس أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى القاسم بن عبد الرحمن أن لا يقضي في المسجد لأنه يأتيه المشرك والحائض الخ. زاد ابن فرحون بعد هذا النقل ما نصّه: وبذلك أخذ الشافعي واحتجوا بأن فيه تضيقاً على الناس ومنهم الحائض والجنب وأهل الذمة، وفيه امتهان للمسجد لكثرة اللغط واللجاج وما يقع بين المتخاصمين، وأيضاً فإن بعض العوام يدخل المسجد ورجله فيها بلبل وربما كانت غير طاهرة ومفاسده عديدة الخ وهذا منه بلفظه، ولهذا قال ابن حبيب ما نصّه: أحب إليّ أن يجلس في رحاب المسجد الملاصقة الخ. وفي وثائق ابن فتوح ما نصّه: ينبغي للقاضي أن يلتزم النظر في المسجد وفي رحابه أفضل من أجل الحيض وأهل الذمة الخ. وقال ابن مرزوق ما نصّه: ومنع الشافعي وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز القضاء في المسجد وكرهه آخرون وإليه مال أهل المذهب من الأندلسيين، قيل: وهو الأقرب اليوم لقلّة المصلين والمستحفظين، فقد يدخله الجنب والحائض إلى ما ينضم إلى ذلك من رفع الأصوات بالباطل الخ. وما ذكر من الأجوبة عن هذا من كون القاضي ينهى عن ذلك ففي ذلك ضعف لا سيما آخر الزمان لقلّة نصرّة الدين وقلّة من يغير، وابن عبد السلام والمصنف ذكر الكراهة في الحكم في المسجد باعتبار الزمان، وقال في المجالس بعد ذكره الخلاف: والأظهر ما في كتاب ابن حبيب الخ. وأشار الأجهوري لشيء من هذا، وقد علّلوا النذب في المسجد بمضمون قول المدونة والقضاء في المسجد من الحق، ولأنه من الأمر القديم، ولأنه يرضى فيه بالدون من المجلس وتصل إليه المرأة والضعيف فإذا احتجب لم يصل إليه الناس الخ. وهذا منها بلفظ التهذيب. وتقدم أن القضاء في الرحاب هو فعل من مضى، وكان الناس يعنون الحكم بالمسجد ما يشمل القضاء برحابه لأنهم يقابلون ذلك بكونه يقضى في داره بدليل قضية أبي موسى المذكورة هنا، وإذا ثبت هذا فالصواب هو القضاء برحاب المسجد، لأن ما علّلوا به القضاء في المسجد يوجد في رحابه، وتزيد الرحاب بوصول من لا يدخل المسجد من حائض ونحوها وبنزاهة المسجد ممّا أشير إليه، وهذا أمر لا ينكره إلا من لم ينصف أو من لم يرزقه الله فهماً، ومن راقب الله تعالى وفهم واطلع على ما يقع في المسجد في هذه الأزمان التي في حدود الثلاثين بعد مائة وألف جزم بما أشرنا إليه ولم يبق ريب لديه، وأن القضاء الآن في المسجد منهي عنه بلا ريب

في المسجد من الأمر القديم، وإذا جلس فيه رضي بالدون من المجلس ووصل إليه الضعيف والضعيفة اهـ. المدونة. قال مالك: القضاء في المسجد من الحق وهو من الأمر القديم لأنه يرضى فيه بالدون من المجلس وتصل إليه المرأة والضعيف. وروى ابن حبيب: يجلس برحاب المسجد وهذا أحسن لقوله ﷺ: «جئبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوماتكم» اهـ. من المواق. وفي المقرب: قال مالك: ولا بأس أن يضرب في المسجد الأسواط اليسيرة. قال الشارح: ومما يلحق بذلك محل سكناه من المصر. ونقل اللخمي عن ابن شعبان من العدل كون منزل القاضي بوسط مصره. قال الشارح: ومما يتعلق بهذا البيت أمور: أحدها: في كيفية جلوسه إذا جلس في المسجد أو غيره، والمستحسن لأهل العلم في كيفية جلوسه أن يكون مستقبل القبلة قاله ابن شعبان، وأن يكون مربعاً أو محتبياً قاله المتيطي، وروى ابن المواز: لا بأس أن يقضي القاضي وهو متكئ ويلحق بذلك قعود الخصمين عنده، والذي ينبغي أن يجلسهما بين يديه كانا قوين أو ضعيفين أو أحدهما قوي والآخر ضعيف، والمشهور التسوية بين المسلم والذمي في التقريب في المجلس. ثانيها: وقت قعوده والصواب في ذلك أن يكون في أوقات معلومة، ولا يستغرق الجلوس للحكم أوقاته كلها حتى يكون كالمستأجر. قال ابن زمنين: قالوا ينبغي للقاضي أن يجعل لجلوسه ساعة يعرفها الناس فيأتونه فيها. وحكى ابن يونس عن مطرف وابن الماجشون: ولا يجلس للقضاء بين المغرب والعشاء ولا بالأسحار ما علمنا من فعله إلا لأمر يحدث بتلك الأوقات فلا بأس أن يأمر فيها وينهى ويرسل الشرطي أما الحكم فلا، وكذلك الجلوس في أيام العيد وعند خروج الحاج وما أشبه ذلك من الأوقات التي على الناس فيها تضييق. ثالثها: ينبغي أن يكون على حالة الاعتدال، ولا يكون على حالة تشوش فهمه من غضب ونحوه كالجوع والعطش المفرطين والنوم والكسل والحزن والجزع. قال ابن أبي زمنين: ما ينبغي للقاضي أن يتضحك مع الناس، ويستحب أن تكون فيه عبوسة من غير غضب، وأن يلزم التواضع والنسك في غير وهن ولا ضعف ولا ترك شيء من الحق. رابعها: أن يجتنب كل ما فيه إخلال بالمرتبة وإن كان مباحاً في أصله كالبيع والشراء لنفسه في مجلس قضاؤه إلا ما خف، وعن طلب العواري والتماس الحوائج وقبول الهدايا من أحد، وعن إجابة الدعوة إلا للوليمة وحدها لما جاء في ذلك من الحديث، ثم إن شاء أكل وإن شاء ترك، وله عيادة المرضى، وشهود الجنائز، والتسليم على الناس، والرد عليهم إذا بدؤوه، ويتأكد عليه أن يعتمد على من يثق به في إخباره بأحواله وتعريفه بسيرته ليجتنب بذلك ما ينبغي اجتنابه، اهـ من الشارح لكن باختصار. ثم قال:

ولا توقف، ومن طالع شرحنا لقول المختصر وجلس به في كتاب القضاء رأى ما يشهد لما ذكرناه عياناً، والله حسيب من لم ينصف وسائله، وقد قال تعالى: ﴿فِي بُيُوتِ أَذْنِ اللَّهِ أَنْ تَرْفَعُ﴾ [النور: ٣٦] الآية، وما ذكره ابن عرفة عن اللخمي وابن رشد فيه نظر، قف على شرحنا في ذلك.

فَضْلٌ فِي مَعْرِفَةِ أَرْكَانِ الْقَضَاءِ

تَمْيِيزُ حَالِ الْمُدْعَى وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ جُمْلَةَ الْقَضَاءِ جُمَعًا
فَالْمُدْعَى مَنْ قَوْلُهُ مُجَرَّدٌ مِنْ أَصْلِ أَوْ عُرْفٍ بِصِدْقٍ يَشْهَدُ
وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ مَنْ قَدْ عَضَدًا مَقَالَهُ عُرْفٍ أَوْ أَصْلَ شَهِدَا

الأركان جمع ركن وهي أجزاء الماهية التي تختل باختلال بعضها، والقضاء الحكم والفصل بين المتخاصمين، وأركانه على ما ذكر الناظم ثلاثة: المدعي والمدعى عليه والدعوى، وقد ذكر في الترجمة الثلاثة المذكورة وما يطلب به كل من المدعي والمدعى عليه ومحل الحكم إذا كان كل من المتخاصمين في بلد، ومن يقدم عند اجتماع الخصوم، ومن يقدم بالكلام من المتخاصمين، وحكم ما إذا جهل القاضي المدعى عليه من المدعي مقدماً جميع ذلك بفدلكة قريبة، وهي أن تمييز القاضي بين المدعي والمدعى عليه يبنى جميع مسائل القضاء، وذلك أن الماهية إذا عرفت أركانها على التفصيل فقد عرفت حقيقتها، والمدعي والمدعى عليه ركنان، فإذا تميز للقاضي كل منهما مع معرفته بالدعوى فقد عرف الطالب من المطلوب، ومن يطالب بالبيئة أو باليمين والدعوى التي يطالب المدعى عليه بجوابها وغيرها إلى غير ذلك، قالوا: وذلك كالطبيب والمرضى، فإن الطبيب إذا عرف علة المريض سهل عليه معرفة الدواء الموافق لذلك المرض، وإذا جهل العلة لا يهتدي إلى دواء، ولذلك قال سعيد بن المسيب: من عرف المدعي من المدعى عليه فقد عرف وجه القضاء، وهذا هو الذي عند الناظم في البيت الأول، فقولُه: تمييز حال مراده تمييز المدعي من المدعى عليه، فلفظة حال مقحمة ولعل وجه الإتيان بها أنه لما كان التمييز بينهما يحصل بالنظر لحالهما من كون أحدهما داعياً والآخر مدعواً، أو طالباً والآخر مطلوباً، أتى بهذه اللفظة إشارة إلى ذلك، وأيضاً فإن من ميز حاله ووصفه فقد ميز وعرف، وتميز مبتدأً وجملة جمع جملة القضاء خبره وفاعل جمع ضمير تمييز وهو الرابط لجملة الخبر بالمبتدأ، والقضاء على حذف مضاف أي جملة أحكام القضاء. ثم شرع في بيانها فقال: فالمدعي من قوله مجرد البيتين يعني أن المدعي هو الذي تجرد قوله عن أصل أو عرف شهد له بصدقه بمعنى أن دعواه مخالفة للأصل والعرف معاً فلم يوافقها واحد منهما، وأن المدعى عليه من قد عضد قوله أي قواه إما أصل أو عرف فأحدهما كاف. فمثال شهادة الأصل: من ادعى ديناً قبل رجل فأنكره وادعى براءة ذمته أو ادعى ملكية شخص ليس في حوزة فأنكره وادعى الحرية فالمدعي لبراءة ذمته وللحرية مدعى عليه لأن الأصل براءة الذمة والأصل الحرية، ومن شهد له الأصل فهو مدعى عليه، ومدعي عمارة ذمة غيره وملكية من ليس تحت يده مدع لأنه لم يشهد له عرف ولا أصل، فإن أقام بيّنة على دعواه وإلا حلف المدعى عليه وبرىء. ومثال شهادة العرف: اختلاف الزوجين في متاع البيت، فإذا ادعت المرأة من

ذلك ما يعرف للنساء دون الرجال وأدعاه الرجل فهي مدعى عليها لأن العرف يشهد لها والزوج مدع لم يشهد له عرف، وكذلك من ادعى الأشبه في مسائل النزاع فإنه مدعى عليه لأن العرف يشهد بصدقه وعلى هذا فقس. قال القاضي أبو عبدالله المقرري في كلياته الفقهية: كل من عضد قوله عرف أو أصل فهو مدعى عليه، وكل من خالف قوله أحدهما فهو مُدَّع، فالمدعى عليه أقوى المتداعيين سبباً والمدعى أضعفهما اهـ. وهو كببتي الناظم. وفي مثل ذلك يقول بعضهم: المدعي كل من أراد أن يشغل ذمة بريء أو يبريء ذمة مشغولة أو ادعى غير العرف، والمدعى عليه عكسه اهـ.

واعلم أن المدعى عليه والمدعي هو المقضي له أو عليه المعدودين في أركان القضاء الست على ما ذكر ابن فرحون في تبصرته حيث قال: (وأركان القضاء ستة) القاضي والمقضي به والمقضي له والمقضي فيه والمقضي عليه وكيفية القضاء. فالركن الأول: في شروط القضاء وأداب القاضي واستخلافه وذكر التحكيم، وفي الأوصاف المشترطة في صحة ولاية القضاء، وما هو غير شرط لكن عدمها يوجب العزل، وما هو من شروط الكمال ويستحب العزل عند عدمها، وفي الأحكام اللازمة للقاضي في سيرته، والآداب التي لا يسعه تركها، وما جرى عمل الحكام الأخذ به، وفي سيرته في الأحكام كان لا يحكم حتى لا يشك أن قد فهم ويكشف عن حقيقة القضية في الباطن ليستعين بذلك على الوصول إلى الحق، ولا يفتي في مسائل القضاء، ويحضر العدول في مجلس قضائه ليشهدوا على إقرار الخصم إن أقر لأنه لا يحكم بعلمه ويحضر أهل العلم للمشاورة، وفيما يتبدى بالنظر فيه كالنظر في الشهود ويفحص عن عدالتهم، والكشف عن المحبوسين، وفي الأوصياء وأموال اليتامى، وفي سيرته مع الخصوم كالتسوية بينهما في النظر والتكلم وتلقين حجة عمي عنها، وتقديم الأول فالأول في الخصوم، وتقديم المدعي لبدأ بالكلام، وفي استخلاف القاضي والتحكيم ونحو ذلك. وأما الركن الثاني: وهو المقضي به فهو الحكم من كتاب الله عز وجل، فإن لم فسنة بحد نبيه ﷺ التي صحبها عمل، فإن لم يجد في السنة نظر في أقوال الصحابة فقضى بما اتفقوا عليه، فإن اختلفوا قضى بما صحبه العمل أو ما أجمع عليه، فإن لم يجد إجماعاً قضى باجتهاده بعد مشورة أهل العلم. وأما الركن الثالث: وهو المقضي له فهو كل من تجوز شهادته له وفي حكمه لأقاربه الذين لا تجوز شهادته لهم أربعة أقوال. وأما الركن الرابع: وهو المقضي فيه فهو جميع الحقوق بخلاف غير القاضي فهو مقصور على ما قدم عليه، وهنا ذكروا إذا كان المدعى فيه في غير بلد المدعى عليه. وأما الركن الخامس: وهو المقضي عليه فهو كل من توجه عليه حق إما بإقراره إن كان ممن يصح إقراره، وإما بالشهادة عليه بعد العجز عن الدفع والأعدار إن كان ممن تجوز شهادته عليه. وأما الركن السادس: وهو كيفية القضاء، وتتوقف على العلم بأشياء كمعرفة ما هو حكم وما ليس بحكم، فلا

قوله في باب معرفة أركان القضاء ما نصه: (وأركان القضاء الفخ) قال كاتبه في هذا ما نصه: فجملة الأركان للقضاء قد نظمت في بيت باعتناء القاضي والمقضي فيه ثم له ثم عليه وبه والكيفية.

يتعقب ما هو حكم ويتعقب ما ليس بحكم، ومعرفة ما يفتقر لحكم الحاكم وما لا يفتقر وما اختلف فيه، وفي أبواب الفقه التي يدخلها الحكم، ومعرفة الفرق بين ألفاظ الحكم التي جرت بها عادة الحكام في التسجيلات، وفي الفرق بين الثبوت والحكم، وفي تنفيذ حكم نفسه وحكم غيره، وفيما ينبغي للقاضي أن يثبت عليه فيما يشهد به على نفسه في التسجيلات؛ من التبصرة باختصار كثير. وقوله في الركن الثالث وهو المقضي له وهو كل من تجوز شهادته له صوابه كل من ثبت له حق، ويشترط فيه أن يكون ممن تجوز شهادته له، وكذا يشترط في المقضي عليه أن يكون ممن تجوز شهادته عليه والله أعلم.

وَقِيلَ مَنْ يَقُولُ قَدْ كَانَ ادَّعَى وَلَمْ يَكُنْ لِمَنْ عَلَيْهِ يُدَّعَى

لما قدم أن المدعي من لم يشهد له أصل ولا عرف، وأن المدعى عليه من شهد له أحدهما، ذكر هنا تعريفاً آخر وهو أن من أثبت من المتداعيين فقال: كان كذا فهو المدعي، وأن من أنكر ذلك ونفاه وقال لم يكن فهو المدعى عليه، وهذا التعريف في المقدمات عن سعيد بن المسيب قال: كل من قال كان كذا فهو مدع، وكل من قال لم يكن فهو مدعى عليه اهـ.

(وهذا التعريف جار في غالب الصور) وإلا فقد يكون المثبت مدعى عليه والنافي مدعياً، وذلك كدعوى المرأة على زوجها الحاضر معها أنه لم ينفق عليها وأدعى هو الإنفاق، فعلى التعريف الأول الزوج مدعى عليه لأن العرف يشهد له والزوجة مدعية إذ لا يشهد لها عرف ولا أصل ولا يجري على الثاني لأن الزوج مثبت وهو مدعى عليه والزوجة نافية وهي مدعية.

وقال بعضهم في تعريف المتداعيين: (كل طالب فهو مدع) وكل مطلوب فهو مدعى

وقوله في الباب: (وهذا التعريف جار في غالب الصور الخ) قال كاتبه عفا الله تعالى عنه وتقبل منه: قد يقال هذا التعريف هو الحق، وما ردّ به على صاحبه يجاب عنه بأن المثبت في هذه الصور المردود بها عليه هو المدعي، ولكن رجح قوله بشهادة العرف وهو بمنزلة المدعي الذي لا خلاف فيه أنه مدع إذا قام له شاهد حقيقي، وقد اختلف في العرف هل هو بمنزلة شاهد واحد أو شاهدين، وقد مرّ خليل في مختصره في مواضع على أنه بمنزلة شاهد واحد ولذلك حلف من واقعه، وهذا كقوله في تنازع الزوجين في متاع البيت: فللمرأة المعتاد للنساء فقط يمين إلى آخر هذه المسائل، فالمرأة المدعية أن زوجها دخل بها في خلوة الاهتداء مثبتة ومدعية لكن شهد لها شاهد العرف كما في شروح المختصر وغيرها فيقبل قولها وتحلف معه، وكذا يقال في غير هذه الصورة والمدعي يبدأ بالكلام فذلك دليل قوي على أنها مدعية، والناس في طباعهم أن المثبت هو المدعي كما فهمنا من أحوالهم عند خصامهم، وإلى هذا المعنى يشير كلام الشارح آخراً: فشد يدك على هذا تستعن به، ولكن من ابتلي بالقضاء وعرف فائدة معرفة هذا الأمر وقف على شرحنا لقول المتن وامر مدعي تر العجب في تحقيق هذا الأمر إن شاء الله تعالى.

قوله: (كل طالب فهو مدع) وقد لفتت أبياتاً في هذا وهي ما نصّه:

عليه، وهذا أيضاً في الغالب فقط، وقد يكون الطالب مدعى عليه والمطلوب مدعياً، وذلك كاليتيم إذا بلغ وطلب من وصيه أن يدفع إليه ماله الذي تحت يديه فزعم الوصي أنه دفعه له وأنكر اليتيم، فعلى التعريف الأول الوصي مدع لأنه لم يشهد له عرف ولا أصل، واليتيم مدعى عليه لأنه شهد له الأصل وهو وجوب الإشهاد لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] الآية، وكذا على التعريف الثاني لأن الوصي مثبت واليتيم ناف، ولا يجري على الثالث لأن الوصي مطلوب وهو مدع واليتيم طالب وهو مدعى عليه، وهو لا يوجد في واحد من هذين التعريفين الأخيرين، وذلك كما إذا خلا الزوج بزوجه خلوة اهتداء وادعى عدم المسيس وادعته الزوجة، فالزوج مدع لأنه لم يشهد له عرف ولا أصل، والزوجة مدعى عليها لأن العرف يشهد لها فالقول قولها ولها الصداق كاملاً، فالزوج مدع وهو ناف مطلوب، والزوجة مدعى عليها وهي مثبتة طالبة، فلم يصدق على المثال إلا الحد الأول دون الثاني والثالث، وقد أشبع في التبصرة الكلام على المدعي والمدعى عليه وأكثر من الأمثلة فعليك به.

تنبيه: هذا كله إن قلنا إن من شهد له عرف أو أصل مدعى عليه، وأما إن قلنا إنه مدع قام له شاهد فلا فرق بين العبارات الثلاثة التي تقدمت في تعريف المدعي من المدعى عليه والله أعلم. وقد ذكر الشارح هذين الوجهين قبل قوله فيما يأتي والقول على المشهور قول المدعي البيت.

(وينبني على كونه مدعى عليه) أن اليمين عليه بحكم الأصالة لقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فيمينه يمين منكر، وأما على كونه

المدعي ليس له مصدق
أقربها فهما لدى التفهم
وأنتم من هذا باعتبار:

فثبت من أحد الخصمين
والقول قوله مع اليمين
قسيمه ناف لمثبت ذكر
عند انتفاء شاهد المدعي

ومراده بقوله مطلقاً الخ كان مشاهد ناطقاً أو ساكناً هو العرف.

وقول هذا الشارح (وينبني على كونه مدعى عليه الخ) إنما تحلف المرأة أنه وطئها، وكذا ما يشبه هذا وهو حلف من قام له شاهد حقيقي أنه سلف هذا ديناراً لغيره فإنه يحلف أنه سلف، وأما حلف المدعي عليه فليس كذلك إنما هو لتكذيب الدعوى، كأن يقول: ما سلفتني ديناراً حيث يقول له خصمه: سلفتك ديناراً ولم يقم شاهد له وهذا أمر بين غاية، وبه تعرف ما في كلام هذا الشارح، وكذا حيث يكون الحكم يجري على ما أشرنا إليه فافهم.

مدعيًا قام له شاهد فيمينه لكمال النصاب كاليمين مع الشاهد، ويأتي للنظم في باب اليمين تقسيمها إلى أربعة أقسام، هذان اثنان منها أعني يمين المنكر واليمين مع الشاهد، ومن يقول مبتدأ موصول صلته جملة يقول فلا محل لها من الإعراب وفاعل يقول يعود على من وهو الرابط للصلة، وجملة قد كان في محل نصب محكية للقول، وجملة ادعى خبر من الموصولة ولم يكن مبتدأ أي هذا اللفظ ولمن خبره ومن موصولة صلته يدعى عليه والله أعلم.

وَالْمُدَّعَى فِيهِ لَهُ شَرْطَانِ تَحَقُّقُ الدَّعْوَى مَعَ الْبَيَانِ

ذكر في هذا البيت الركن الثالث من أركان القضاء وهو المدعى فيه أي الشيء المتنازع فيه بين الخصمين، وأخير أن له شرطين: أحدهما: تحقق الدعوى وهو شامل لتحقيق عمارة ذمة المدعى عليه كأن يقول لي عليه مائة مثلاً واحترزوا بذلك عن أن يقول لي عليه شيء أو أتحقق عمارة ذمة فلان بشيء أجهل مبلغه ونحو ذلك. الشرط الثاني: بيان السبب الذي ترتب له به قبل خصمه ما ادعاه كأن يقول: بعث له أو سلفته أو نحو ذلك لاحتمال أن يكون ذلك ترتب من قمار ونحوه ممّا لا عبرة به شرعاً، فإن لم يذكره المدعي فللمدعى عليه أن يسأله عن ذلك، فإن جهل أو غفل عنه فينبغي للقاضي أن يسأله عنه لئلا يكون ثمن مبيع غير جائز كالخمر. قال الشيخ خليل في مختصره: فيدعي بمعلوم محقق، قال: وكذا شيء وإلا لم يسمع كأظن، وكفاه بعث وتزوجت، وحمل على الصحيح وإلا فليسأله الحاكم عن السبب. ثم قال: وللمدعى عليه السؤال عن السبب وقبل نسيانه بلا يمين اه. فسؤال الحاكم عن السبب إنما هو إذا غفل المطلوب أو جهل كما تقدم. قال محمد بن حارث: يجب على القاضي أن يقول للطالب: من أين وجب لك ما ادعيت؟ فإن قال: من سلف أو بيع أو ضمان أو تعد أو شبهة لم يكلف أكثر من ذلك، ثم يقول للمطلوب: أجبه فإن أبي أن يجيبه جواباً مفسراً اضطره إلى ذلك، فإن قال دعني أثبت وأتفكر فمن حقه أن يضرب له في ذلك أجلاً غير بعيد اه. ويأتي حكم ما إذا أجاب المدعى عليه بإقرار أو إنكار أو لم يجب رأساً عند قوله: ومن أبي إقراراً أو إنكاراً البيتين، قال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: فيدعي بمعلوم محقق لا يقال إن العلم والتحقيق مترادفان أو كالمترادفين، فالإتيان بقول معلوم يغني عن قوله محقق لأننا نقول: المعلوم راجع إلى تصور المدعى فيه، فلا بد أن يكون متميزاً في ذهن المدعي والمدعى عليه، وفي ذهن القاضي والمحقق، راجع إلى جزم المدعي بأنه مالك لما وقع النزاع فيه فهو من نوع التصديق، فقد رجع كل واحد من اللفظتين لمعنى غير الذي رجع إليه الآخر، فلاشترط العلم لا يسمع لي عليه شيء، ولاشترط التحقيق لا يسمع أشك أن لي عليك كذا وأظن وما أشبهه اه. قال في شفاء الغليل: وأصل هذه العبارة لابن شاس قال أولاً: والدعوى المسموعة هي الصحيحة وهي أن تكون معلومة محققة، فلو قال لي عليك شيء لم تسمع دعواه، انظر تمام كلامه إن شئت، ومسألة ما إذا لم تحقق الدعوى كأظن أو أحسب أن لي عليه كذا وهي مسألة يمين التهمة وتوجهها له على كل أحد وعدم توجهها.

ثالثها على المتهم دون غيره. ورابعها إن قويت التهمة أقوال، وإذا لم تسمع الدعوى إذا اختل أحد الوصفين إما التحقق على قول من لا يوجب يمين التهمة أو علم المدعى فيه، فأحرى أن لا تسمع إذا اختلا معاً كقوله: أظن أن لي عليه شيئاً.

تنبيهات: الأول: قول الناظم: تحقق الدعوى مع البيان يحتمل أن يريد بالتحقق أمرين تحقق عمارة ذمة المطلوب ومعرفة المدعى فيه، وبالبيان بيان السبب الذي من أجله ترتب الحق، وعلى هذا قررناه أولاً وهو ظاهر تقرير الشارح والله أعلم. ويحتمل أن يريد بالتحقق أمراً واحداً وهو الجزم بعمارة ذمة المطلوب فقط، وبالبيان أمرين: بيان معرفة المدعى فيه إذ لا بدّ من بيانه وكشفه عن حقيقته، وبيان السبب الذي من أجله ترتب الحق والكل صحيح معنى والله أعلم.

والثاني: اعلم أن كل ما ذكره الناظم في هذا البيت ذكره ابن فرحون في بيان الدعوى الصحيحة من غيرها وزاد ثلاثة شروط (فمجموعها خمسة شروط) ولفظه في شرط الدعوى، وللدعوى الصحيحة خمسة شروط: الأول: أن تكون معلومة فلو قال لي عليه شيء لم تسمع دعواه لأنها مجهولة اهـ. قلت: وقد تقدم الكلام على هذا الشرط في شرح البيت. ثم قال: الشرط الثاني: أن تكون ممّا لو أقرّ بها المدعى عليه لزمته، فإنه لو ادعى رجل على رجل هبة وقلنا إن الهبة تلزم بالقول فيلزم المدعى عليه بالجواب بإقرار أو إنكار، وإن قلنا بالقول المخالف الشاذ عندنا أن الهبة لا تلزم بالقول وللواهب الرجوع عنها ما لم تقبض، فإن بعض الناس ذهب إلى أن الجواب فيه لا يلزم، لأن المسؤول عن هذا لو أقرّ بذلك وقال رجعت عنه فإنه لا يلزمه مطالبته بشيء، ولا فائدة في إلزامه ما لو أقرّ به لا يلزمه إذا رجع عنه، وكذا في دعوى العدة على القول بأنه لا يجب الوفاء بها والوصايا التي له الرجوع فيها. الشرط الثالث: أن تكون ممّا يتعلق بها حكم أو غرض صحيح، فمثال ما يتعلق بها حكم إذا طلب المدعي يمين المدعى عليه فقال له المطلوب: كنت استحلقتني فاحلف لي أنك لم تستحلقتني على هذا الحق فيما مضى لم يكن للمدعي أن يحلفه يميناً ثانية حتى يحلف وبهذا القضاء اهـ. وفي هذا قال الشيخ خليل: وله يمينه أنه لم يحلفه أولاً، قال: وكذا أنه غير عالم بفسق شهوده، واحترزوا بالغرض الصحيح من الدعوى من عشر سمسمة فإنه لا ينبغي لحاكم سماع مثل هذه الدعوى لأنه لا يترتب عليها نفع شرعي، والظاهر أنه يكتفى عن هذا الشرط بوجوبه بالشرط الذي قبله. الشرط الرابع: أن تكون الدعوى محققة فلو قال: أظن أن لي عليه ألفاً، وقال المدعى عليه في الجواب:

وقوله: (فمجموعها خمسة شروط الخ) قد لفتت في هذا ما نصه:

علم بها لزومها من صدقا	ولا مكذب وقد تعلقا
حكم بهائم صحيح قصد	تحقيقها شروط دعوى الرد

أي الدعوى التي يجيب عنها الخصم لزوماً إما بالموافقة للمدعي أو برد كلامه.

أظن أنني قد قضيته لم تسمع الدعوى لتعذر الحكم بالمجهول وقد تقدم هذا. الشرط الخامس: أن تكون الدعوى مما لا تشهد العادة بكذبها كدعوى الحاضر الأجنبي ملك دار بيد رجل وهو يراه يهدم ويبنى ويؤجر طول الزمان من غير مانع يمنعه من الطلب من غير توقيع رهبة أو رغبة وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ولا يدعي أن له فيها حقاً وليس بينهما شركة، ثم قام يدعي أنها له ويريد أن يقيم البينة على دعواه (فهذا لا تسمع دعواه أصلاً) فضلاً عن بينته لتكذيب العرف. الثالث: تقدم أن الناظم ذكر في هذا البيت بعض شروط الدعوى الصحيحة وقد قدمنا للكلام على بقيتها. (وأما الدعوى نفسها) فهي كما قال

وقوله: (وأما الدعوى نفسها الخ) لفقنا في هذا أيضاً ما نصّه:

الشرح للدعوى بما لا يشتبه قصد معين وما في ذمته
أو ادعاء ما عليه يبني أحد هذين لدى من يعني

وتمثيل الشارح بالهبة فيه نظر لأنه يطلب المدعى عليه بالجواب لاحتمال أن لا يرجع ويهرب من خلف الوعد، والأولى التمثيل بالدعوى على الصبي أو السفهيه أنه سرق مثلاً شيئاً لا يعرف بعينه إذ إقرارهما في هذا لا عبرة به فافهم. وقوله أيضاً: (فهذا لا تسمع دعواه أصلاً الخ) ظاهره أن المدعى عليه لا يلزمه الجواب بإقرار ولا بإنكار وليس كذلك كما في الخطاب فإنه أنكر هذا، فقف عليه إن شئت عند قول المتن في الحيازة لم تسمع ولا بينته الخ.

تكتيتان: الأول: قول هذا الشارح: ومسألة ما إذا لم تحقق الذي الخ لم يبين ما هو المذهب في توجه يمين التهمة والمذهب توجهها وعدم انقلابها، انظر ذلك عند قول الناظم: وتهمة إن قويت بها تجب الخ. وأصل ما رمز إليه هذا الشارح هو قول ح على قول المختصر بمعلوم محقق ما نصّه نحوه لابن الحاجب، فأورد عليه ابن عرفة توجيه يمين التهمة على القول بها فتأمله والله أعلم اه بلفظه. وفي هذا نظر، فإن كلام الناس إنما هو هل تسمع الدعوى ويكلف المدعى عليه الجواب أم لا في اليمين، لأن الدعوى قد تحتاج للجواب ولا يمين فيها، والمشهور أن اليمين تجب في دعوى التهمة ولا تنقلب، ولكن إذا كان المدعى عليه تليق به التهمة كما ذكرناه عند قول المختصر في الشرح وحلف المتهم في كتاب الوديعه. الثاني: ما احتجّ به هذا الشارح من قول خليل في مختصره: وله يمينه الخ في ذلك نظر واضح لأن كلام خليل فيهما غير مسلم، وأن الظاهر في ذلك عدم اليمين في الصورتين وهو الحق إن شاء الله تعالى، وقد بيّنا ذلك في شرحنا للمسألتين غاية البيان بكلام الفحول من الأئمة الأعلام، بل قال البرزلي في نوازل ما نصّه: سئل اللخمي عن رجل يدعي على الرجل بدعوى فيقول له: احلف لي أنك ما حلفتني الخ. فأجاب بأنه لا يمين على الطالب في ذلك، ولو مكن الناس منها لدخل عليهم ضرر عظيم لأنهم يهابون الأيمان، فلا يقدر الطالب أن يصل إلى الطلب إلا بعد يمينه ويقابل يميناً بيمين الخ. وهذا منه بلفظ من نوازل الفلاس، وكلام التوضيح هنا وابن مرزوق فيه ما فيه فقف على شرحنا به يظهر لك الحق بدليله إن كنت ممن يطلب الحق والله حسيب من لم ينصف، وهذه أحكام الله تعالى، وقد أكلت بهذا أموال يعلم عددها الكبير المتعال، وعند الله سبحانه يكون المقال، ومنه المسامحة والسؤال. وقول هذا الشارح وبهذا القضاء اه. قف على ما فيه في الشرح.

القرافي: طلب معين أو في ذمة المعين أو ادعاء ما يترتب عليه أحدهما بطلب المعين، كدعوى أن هذا الثوب أو هذه السلعة المعين كل منهما ملك له وغصب منه أو سرق له وما في ذمة المعين كالدين والسلم ونحوهما، ثم المعين المدعي عمارة ذمته إما معين بالشخص كزيد، أو بالصفة كدعوى الدية على العاقلة، أو القتل على جماعة، أو أنهم أتلّفوا له مالا. وادعاء ما يترتب عليه أحدهما إما معين كدعوى المرأة الطلاق أو ردة زوجها فيترتب عليه أن تطلب حوز نفسها وهي معينة، أو ما في ذمة المعين كدعوى المرأة المسيس، ودعوى المقتول أن فلاناً قتله خطأ، فيترتب على الدعوى في المثالين طلب ما في ذمة المعين وهو كمال الصداق والدية، والتعيين أيضاً إما بالشخص كالزوج في المثال الأول، أو بالصفة كالعاقلة في المثال الثاني والله أعلم. الرابع: جعل الناظم المدعي والمدعى عليه والمدعى فيه أركاناً للقضاء وهو ظاهر، وعد في التبصرة أركان القضاء ستة كما تقدم عنه قبل هذا البيت ولم يعد منها واحداً من الثلاثة التي في البيت، والظاهر اندراج المدعي والمدعى عليه في المقضي له أو عليه، واندراج المدعى فيه في المقضي فيه والله أعلم. وانظر كيف جعل الناظم تحقق الدعوى والبيان شرطين في المدعى به وجعلهما ابن فرحون شرطين في الدعوى فتأمل ذلك والله أعلم.

وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْيَمِينِ وَحَالَةَ الْعُمُومِ فِيهِ بَيِّنَةٌ
وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْيَمِينِ فِي عَجْزِ مُدَّعٍ عَنِ التَّبْيِينِ

(الأصل فيما ذكر قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي» واليمين على من أنكر) فقول الناظم والمدعي مطالب بالبينة هو معنى الجملة الأولى من الحديث الكريم وهو قوله: البينة على المدعي، ثم أفاد بقوله: وحالة العموم فيه بيينة أن المدعي مطالب بالبينة كيف كان صالحاً أو فاسقاً تقياً أو فاجراً. قال المازري: جعل حجة المدعي البينة وهي لكل مدع عموماً، وقول الناظم والمدعى عليه باليمين هو معنى قوله في الحديث: «واليمين على من أنكر» وأفاد الناظم بقوله في عجز مدع أن المدعى عليه إنما يطالب باليمين في حالة عجز المدعي عن إقامة البينة على دعواه، وأما إن أقامها فإن الحق يثبت ولا يمين على المدعى عليه. واعلم أن مطالبة المدعي بالبينة والمدعى عليه باليمين مقيد بإنكار المدعى عليه، وأما إن أقرّ فلا يفتقر إلى إقامة البينة ولا إلى اليمين، وفي مثل هذا يقول الفقهاء: أقرّ الخصم فارتفع النزاع.

(تنبيه: ظاهر كلام الناظم) أن اليمين تتوجه على المدعى عليه المنكر بمجرد

(وقوله: الأصل فيما ذكر قوله عليه الصلاة والسلام: البينة على المدعي الخ) هذا الكلام ذكر ابن رشد وغيره من الفقهاء أنه حديث، ورد ذلك ابن سهل في أحكامه وأطال في ذلك قائلاً: إنما الحديث شاهدك أو يمينه.

وقول هذا الشارح: (تنبيه ظاهر كلام الناظم الخ) ما ذكره في هذا التنبيه ذكره غيره كذلك، ولكن القاضي يحتاج في ذلك إلى اتساع علم وعقل ومراعاة أحوال المدعي والمدعى عليه وقرب

الدعوى وإن لم تثبت خلطة بينه وبين المدعي وله العمل عندنا. ابن عرفة: قطع ابن رشد في سماع أصبغ أن مذهب مالك وكافة أصحابه الحكم بالخلطة ومثله لابن حارث ونقل ابن زرقون عن ابن نافع لا تعتبر الخلطة. ابن عرفة: ومضى عمل القضاة عندنا عليه (ونقل لي شيخنا ابن عبد السلام) عن بعض القضاة أنه كان لا يحكم بها (إلا إن) طلبها منه

الدعوى وبعدها، أي باعتبار قرائن الأحوال المحتفة بالنازلة ولنشر إلى شيء من ذلك. قال ابن شاس: الدعاوى على مراتب أعلاها ما يشهد له العرف بأنها مشبهة مثل أن يدعي سلعة معينة فلمدعيها أن يقيم البينة عليها أو يحلف المدعى عليه بلا خلطة. الثانية ما شهد أنها غير مشبهة إلا أنه لم يقض بكذبها، مثل أن يدعي على رجل ديناً فلمدعيها إقامة البينة عليها ولا يستحلف المطلوب إلا مع الخلطة وبهذا غايرت الأول والثالثة ما قضى العرف بكذبها ومثلها بمن حاز شيئاً الحيازة المعلومة بالشروط المعلومة، ثم قال: إن كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة، فإنها مرفوضة غير مسموعة الخ وهذا منه بلفظه، وتبعه على ذلك ابن فرحون في تبصرته وغيره. وقال ابن ناجي على المدونة ما نصه: ما ذكره من ثبوت الخلطة هو المشهور وأحد الأقوال الأربعة، وقال ابن نافع: لا تشترط حكاة ابن زرقون وبه قال الأندلسيون واستمر عليه العمل عندنا في الأكثر، وأفتى شيخنا حفظه الله تعالى لما كان عندنا بالقيروان باشتراط ذلك في امرأة من وجوه الناس بما ادعى عليها وأمر قاضيها بالحكم ففعل، وبه أفتى شيخنا أبو يوسف منذ مدة قريبة هذا لفظه. وقال ابن هلال: أفتى ابن رشد في امرأة من أهل الصون والستر ادعى عليها بدعوى بأن لا يمين عليها إلا بعد الخلطة هذا لفظه من نوازله، وكان من ذكر لم يقفوا على فتوى ابن رشد بل قال في الكافي ما نصه: المعمول به عندنا أن من عرف بمعاملة الناس مثل التجار بعضهم لبعض ومن نصب نفسه للبيع والشراء وباشر ذلك ولم ينكر منه فاليمين عليه لمن ادعى معاملته ومدابنته بما يمكن، ومن كان بخلاف هذه المنزلة مثل المرأة المستورة المحتجة والرجل المستور المنقبض عن مداخلة المدعى عليه والملابسة فلا تجب اليمين عليه إلا بالخلطة، وفي الأصول إن جاء بما لا يشبهه ولا يمكن في الأغلب كذب ولم يقبل منه هذا لفظه. ثم استدل على ذلك ثم قال: هذا أصل فيما ذكرناه وفيما يشبهه هذا لفظه ولا محيد عنه لأنه مفصل بين فعليك به، وهذا هو الذي أشار له في اللامية، لكن ببلدة يوسف يخص بها ذات الحجاب وذو العلا الخ ويوسف هو ابن عبد البر وبلدته هي قرطبة. وقول هذا الشارح عن ابن عرفة (ونقل لي شيخنا ابن عبد السلام) بقوله؛ هذا كلام ظريف حسن مفصل، وهذا قال فيه المتيطي آخر الحمالة والرهون ما نصه: قال ابن الهندي كان بعض من يقتدى به يتوسط الخ. وفي نوازل ابن الحاج بعد كلام ما نصه: وقد رأى اليمين بمجرد الدعوى دون اعتبار خلطة جماعة من العلماء، وقاله بعض المالكيين، وبه كان ابن لبابة يفتي، وبه جرت الأحكام عندنا قديماً، وبه أدركت من درج من القضاة يقضون ومن سلف من فقهاءنا يفتي به، وبه أفتى من استفتاني، إلا أنه قد يلوح للحاكم في النازلة وجه الحق بما يتضح عنده من دلالة وأحكامه وأسبابه براءة المطلوب لخيره وبعده عن المطلب الذي طلب به مع عدم الشبهة والخلطة، فإذا كان كذلك عمل بحسبه في إسقاط اليمين من غير هوى يكون له فيه أو حيف يعلمه الله تعالى منه فلا حرج عليه، وأما ما جرى به الحكم وقياس القضاة فعلى ما ذكرته اهـ. وقوله (إلا إن الخ) كلام حق لا محيد عنه لمنصف فهيم يخشى الله تعالى، ولذلك قال ابن عرفة بعد كلام ما

المدعى عليه اهـ. وقال المتيطي: قال محمد بن عبد الحكم: تجب اليمين على المدعى عليه دون خلطة، وبه أخذ ابن لبابة وغيره. وقال ابن الهندي: كان بعض من يقتدى به يتوسط في مثل هذا إن ادعى قوم على أشكالهم بما يوجب اليمين أو جبرها دون إثبات الخلطة، وإن ادعى على الرجل العدل من ليس من شكله لم يوجب عليه اليمين إلا بإثبات الخلطة. قال أبو الحسن الصغير: هذه من المسائل التي خالف فيها الأندلسيون مذهب مالك لأنهم لا يعتبرون خلطة ويوجبون اليمين بمجرد الدعوى وعليه العمل اليوم اهـ. وفي هذه النظائر قال الشيخ ابن غازي في باب الجهاد من تكميل التقييد:

قد خولف المذهب بالأندلس	في ستة منهن سهم الفرس
وغرس الأشجار لدى المساجد	والحكم باليمين قل والشاهد
وخلطة والأرض بالجزء تلي	ورفع تكبير الأذان الأول

نصّه: والتحقيق اعتبار قرائن الأحوال في النوازل الخ. وأشار إلى أن ذلك يكون اعتبار المدعى فيه والمدعى عليه الخ. قال كاتبه: وكذا يراعى حال المدعى واعتبار قرائن الأحوال أصله في تبصرة اللخمي، ونسب ابن سهل العمل بالخلطة لمالك وأصحابه قائلًا: وبه جرى العمل بالمدينة. وفي تكميل ابن غازي عن القوري: جرى القول بقول ابن نافع منذ مائتي سنة. وفي ابن سهل أن القول بنفي الخلطة هو قول أبي حنيفة والشافعي وابن حنبل والثوري وابن راهويه الخ. وإذا ثبت هذا فالمرأة المحجوبة مثلاً إذا ادعى عليها أجنبي وهو لا يخالطها لا إشكال في كون العرف يكذب المدعى عليها بدين ولذلك أسقط الفقهاء عنها اليمين وكذا من في معناها، وإذا خالطت المدعى ارتفعت شهادة العرف بكذبه، وبدل على ذلك أن الدعوى التي يكذبها العرف أو يصدقها لا عبرة بالخلطة فيهما، الأولى توجب اليمين مطلقاً، والثانية لا يصدق مدعيها، والمتوسطة هي التي وقع الخلاف في الخلطة فيها، فالمسألة لم تبق ولا بدّ على من قال جرى العمل بعدم الخلطة وأطلق ومن استثنى وقال إلا في نحو المرأة المحجوبة فمراده أن الخلطة فيها موجبة لليمين، والحاصل المعتبر هو القرائن، ودليل ذلك كلام الناس وبعد الدعوى وقربها باعتبار المدعى فيه وعليه والمدعى وهذه أمور لا تنضبط لزمان، وإنما يفيد فيها مراعاة القرائن، وبدل على ذلك ما قاله اللخمي في ادعاء الوديعة أن ذلك بثلاثة قيود: أن يكون المدعى عليه يملك ذلك، وأن يكون هناك ما يوجب الإيداع، وأن يكون المودع ممن يودع مثل ذلك الخ. ونقله الفحول وسلموه ألا ترى إذا أتى فقير معروف بالفقر معروف بالكذب وادعى على رجل غني وقد سلف الفقير مراراً متعددة أو باع منه بالدين مراراً متعددة بما يناسب حاله من نحو درهم أو درهمين أو عشرة ثم ادعى هذا الغني أنه سلف هذا الفقير ألف دينار فإنه لا عبرة بدعواه حتى مع هذه المخالطة لأن العرف جار بأن الفقير لا يسلف مثل هذا العدد، وهذا في الحقيقة راجع لبعد هذه الدعوى كما في مسألة المحجوبة وأمثالها، وكذلك إذا ادعى هذا الفقير أنه باع سلعة بألف دينار للغني المذكور فإنه لا تقبل دعواه إذ الفقير لا يملك مثل هذا المبيع، أو ادعى فقير معروف بالكذب على ذي منصب ليس من شأنه أن يتسلف من أمثال هذا الكذاب ولا أن يخالطه وكون مخالطته تزري به، أو كان ذو المنصب يهجره لكذبه مثلاً وديانة ذي المنصب، وعلى هذا المنحى ينحو القاضي ويتأمل بعد الدعوى وقربها متوكلاً على الله في أن يفتح له وجه

وقد ذكر القاضي المكناسي في آخر مجالسه أن أهل الأندلس خالفوا مذهب ابن القاسم في ثمان عشرة مسألة وعدها فانظرها فيه إن شئت.

(وَالْحَكْمُ فِي الْمَشْهُورِ) حَيْثُ الْمَدْعَى عَلَيْهِ فِي الْأَصُولِ وَالْمَالُ مَعَهُ
وَحَيْثُ يُلْفِيهِ بِمَا فِي الذِّمَّةِ يَطْلُبُهُ وَحَيْثُ أَضْلُ ثَمَّهُ
تكلم في البيتين على ما إذا كان المدعي في بلد والمدعى عليه في بلد آخر أين

الحق. وقد كنت زمن ولايتي القضاء بالمدينة البيضاء يأتي الفقير من المسلمين وليس عنده ديانة زائدة على مجرد الإسلام بأكابر من أهل الذمة ويدعي عليهم بيع ما لا يبيعه أمثاله ويطلب اليمين بالسفر حيث ينكره الواحد من أكابر أهل الذمة وهم يخافون من الحلف بالسفر فيصالحون المدعي بأقل شيء، فيظهر لي أن هذه الدعوى كاذبة من جهات شتى وكنت أجتهد في ذلك والله المطلع، فافهم هذا المشار إليه إن كنت تريد القضاء بالحق والله المعين.

وقول الناظم: (والحكم في المشهور الخ) حاصل ما ذكره هذا الشارح أن المدعى عليه إذا كان ببلده مقيماً طلب في محله في الأصل وغيره، وإن خرج عن محله فإن كان الحق في الذمة طلبه به حيث هو، وإن كان معيناً فلا يطلبه في محله إلا إذا كان ذلك المعين ثم معه، والمسألة ذات خلاف قوي، وحاصل ما نقلناه في شرحنا لقول المتن، وهل يراعى حيث المدعى عليه أو المدعي وأقيم منها أن الخلاف إنما هو حيث المدعى عليه أو فيه وذلك في موضعين حيث تكون الدار بمحل المدعي بالكسر أو بغير محل المتداعيين معاً وهذا في المعين، ولا يتأتى الخلاف حيث يكون المدعى فيه بمحل المدعى عليه، وأما الدين فحيث يتعلق به يكون الحكم، ولا عبرة بمحل المدعي بالكسر على المذهب من حيث أنه مدع، ولكن حيث المدعى عليه هو الراجح وهو قول مطرف، وقد بينا ذلك في الشرح غاية، فإذا كان المطلوب بالكوفة والدار ببلد آخر فإن الحكومة إنما تكون حيث المطلوب الذي هو المدعى عليه على قول مطرف الذي رجح بخلاف ما في هذا الشرح، فإن الحكومة إنما تكون حيث الدار وهو تابع لابن الناظم. قال الحسن على قول المدونة في كتاب الشفعة عند قولها إذا كانت الدار بغير البلد الذي هما فيه إلى آخر المسألة ما نصّه: يقوم منه أن التحاكم حيث المدعى عليه وهو قول مطرف وأصيح وإليه ذهب ابن حبيب، وقيل حيث المدعى فيه قاله عبد الملك، وقيل حيث الشهود، وقيل حيث القاضي العدل وهو قول سحنون وابن كنانة، وقيل حيث المدعي وهو أضعفها وهو بعيد قال: ولم أره منصوصاً وهذا كله في الأصول، وأما ما يتعلق بالذمم فحيث لقي المطالب المطلوب انظر نوازل سحنون هذا لفظه، ولما ذكر ابن فرحون قول ابن الماجشون قال عن فضل وبه قال سحنون وابن كنانة، قال ابن كنانة: إلا أن يكون أحد القاضيين جائراً فالخصومة حيث الأعدل الخ هذا لفظه، وفيه إيهام أن سحنون قال إلا أن كان الخ وإنما هو لابن كنانة وإن كان ابن كنانة قد لا يخالف في ذلك لأن الجائر لا يلزم الخصام عنده ولا تلزم إجابة من دعى إليه كما في القرافي وغيره، وذكر ابن مرزوق أن اللخمي اختار قول ابن الماجشون، وذكر عياض أن قول مطرف به الحكم بالمدينة، وبه حكم ابن بشير بالأندلس وقاله أصبغ وسحنون واستدل له بما في الكتاب الخ. وفي ابن سهل مثل ما تقدم، وفي كلام المتيطي شيء يخالف كلام الناس، وفي ابن الناظم إن ما في الذمة هو المطلوب أي فلذلك طلب به حيث وجد، وعلى هذا فالمعتبر في الحكومة حيث المطلوب مطلقاً على الراجح، وكلام التحفة ربما يحمل على غيره.

يكون الحكم بينهما؟ فأخبر أن الحكم بينهما يكون في بلد المدعى عليه سواء كان الخصام في أصل أو دين في الذمة، وإلى هذا أشار في البيت الأول، لكنه مقيد بما إذا كان المدعى عليه مقيماً لم يخرج عنه، فإن خرج عن بلده فيفصل في المدعى فيه، فإن كان ديناً في الذمة طلبه به حيث وجده وإلى أشار بقوله: وحيث يلفيه بما في الذمة يطلبه. وإن كان أصلاً فلا يحبس المطالب به إلا إذا كان الأصل في الموضوع الذي ألفاه فيه المدعي وإلى أشار بقوله: وحيث أصل ثمة. قال الشارح: البيت الأول تضمن معنى ما في كتاب الجدار ونصه: سئل عيسى عن الرجل من أهل قرطبة تكون له الدار أو الحق بجيان فيدعي ذلك رجل من أهل جيان فيريد الجياني مخاصمة القرطبي عند قاضي جيان حيث الشيء المدعى فيه أيرفع معه القرطبي إلى هنالك؟ قال: لا يرفع معه ولكن يكون الحكم بينهما حيث المدعى عليه بقرطبة. وروى ابن حبيب عن مطرف مثله. قال مطرف: ولا يلتفت إلى حيث المدعي ولا إلى حيث الدار التي ادّعت اه. ونقل الشارح أيضاً ما نصّه: وقال فضل إن قول ابن القاسم مثله وذلك فيما يختص بالأصول وزاد الناظم: المال تبعاً لأهل الأحكام بأنه من باب القياس الجلي، فإن المدعى عليه أي القرطبي إذا كان لا يرفع إلى حيث المدعي والمدعى فيه وهو جيان فأحرى أن لا يرفع إلى حيث المدعي وحده لأن المدعى فيه في ذمة المدعى عليه فهو معه وهو ظاهر اه. قال الشارح: والبيت الثاني تضمن معنى قول ابن حبيب: وإن كانت الدعوى في حق من الحقوق التي تكون في ذمة الرجل كالدين وما أشبهه فإنما يخاصمه حيث تعلق به، وكذلك إن كان العقار أيضاً بالموضع الذي تعلق به فيحبسه لمخاصمته في ذلك الموضوع، وإن كان المدعى فيه في غير الموضوع الذي تعلق به فليس للمدعي أن يحبسه لمخاصمته حيث تعلق به اه. فقوله بالموضع الذي تعلق به ظاهر في كون المدعي الطالب وجد المدعى عليه المطلوب ببلد غير بلده وفيها العقار الذي يتنازع فيه فيتحاكمان هنالك وهو قوله: وحيث أصل ثمة، وهذا النقل هو الموجب لتقييد قوله: حيث المدعى عليه بالأصول بما إذا كان المدعى عليه ببلده لم يخرج عنه، وأما إن وجد الطالب المدعى عليه ببلد غير بلده وليس فيها الأصل المتنازع فيه فلا يحبسه إلا في بلد الأصل، وإلى أشار ابن حبيب بقوله: وإن كان المدعى فيه في غير الموضوع الخ وهو مفهوم قول الناظم: وحيث أصل ثمة، هذا حاصل البيتين. وفي مختصر الشيخ خليل: وهل يراعى حيث المدعى عليه وبه عمل أو المدعي وأقيم منها؟ ونحوه في توضيحه. وفي ابن عرفة: الخصومة في معين دار أو غيرها في كونها ببلد المدعى فيه قاله ابن الماجشون وسحنون، أو ببلد المدعى عليه ولو كان بغير بلد المدعى فيه قاله مطرف، ثالثها هذا وحيث اجتماعهما ولو بغير بلد المدعى فيه قاله أصبغ، وقال كل من تعلق بخصم في حق فله مخاصمته حيث تعلق بالذمة من دين وحق لا في العقار، اه. عن نقل المواق.

وَقَدْ مَّ السَّابِقُ لِلْخِصَامِ وَالْمُدْعَى لِبَدْنِهِ بِالْكَلَامِ
اشتمل البيت على مسألتين كل شطر منه على مسألة. الأولى: إذا تعددت الخصوم

عند القاضي فإنه يقدم الأول فالأول فإن جهل السابق فيأتي حكمه للناظم. قال اللخمي: ويقدم القاضي الخصوم الأول فالأول إلا في المسافر أو ما يخشى فواته اهـ. وفهم من قوله: وقدم السابق أن غير السابق لا يقدم ولكنه مقيد بما في كلام اللخمي بغير المسافر وما يخشى فواته أما هما فيقدمان ولو تأخرا. وفي ابن الحاجب: وإذا تزاحم المدعون فالسابق ثم القرعة إلا في المسافر وما يخشى فواته. التوضيح: قيل: وينبغي أن يوكل من يعرف الأول فالأول فإن لم يعرف الأول أقرع اهـ. ويأتي بعد بيت أنه يقرع بينهما عند جهل السابق. المسألة الثانية: إذا جلس الخصمان بين يدي القاضي قال المدعي: يبدأ بالكلام حتى يفرغ وحيث يتكلم المدعى عليه. قال ابن أبي زمنين: من شأن حكام العدل إذا وقف عند أحد منهم خصمان أن يقول لهما من المدعي منكما؟ فإن قال أحدهما: أنا المدعي قال له تكلم وأمر المدعى عليه بالسكوت حتى يفرغ المدعي من مقاله، فإن قال كل واحد منهما عن صاحبه أنه المدعي أمرهما بالارتفاع عنه حتى يأتي أحدهما يطلب الخصومة فيكون هو المدعي، كذا قاله ابن حبيب ورواه عن أصبغ، ويأتي ذلك في البيت بعد هذا:

وَحَيْثُ خَضَمَ حَالَ خَضَمٍ يَدْعِي فاضرفَ وَمَنْ يَسْبِقُ فَذَاكَ الْمُدْعِي
وَعِنْدَ جَهْلٍ سَابِقٍ أَوْ مُدْعِي مَنْ لَجَّ إِذْ ذَاكَ لِقْرَعَةٍ دُعِي

لما قدم أن المدعي يبدأ بالكلام وذلك إذا عرف وأنه إذا تعددت الخصوم عند القاضي يبدأ بالأول إذا عرف أيضاً أخبر هنا أنه إذا جهل المدعي بحيث ادعى كل واحد منهما أنه المدعي أو أنه المدعى عليه فإن القاضي يأمرهما بالانصراف عن مجلسه ومحل حكمه، ثم من رجع بعد ذلك لمجلس القاضي فهو المدعي، وعلى هذا نبه بالبيت الأول، وقد تقدم قبل هذين البيتين نص ابن أبي زمنين فراجع إن شئت، ثم إن لم يعلم المدعي بما ذكر من صرفهما إما لتجاهلهما أو لرجوعهما إليه معاً بعد صرفهما عنه، فمن لَجَّ في ذلك أو خاصم وادعى أنه المدعي ولم يرافقه خصمه وادعى ما ادعاه خصمه فإنه يقرع بينهما فمن خرج سهمه فإنه يقدم بالكلام، وعلى ذلك نبه بقوله: أو مدعي من لَجَّ إذ ذاك لقرعة دعي، لأنه أي قوله أو مدعي معطوف على سابق مدخول لجهل. وفي المواق عن ابن عبد الحكم: وإن لم يعرف الجالب بدأ بأيهما شاء، فإن كان أحدهما ضعيفاً فأحب إلي أن يبدأ به وإن بقي كل واحد منهما متعلقاً بالآخر أقرع بينهما اهـ. (ولم أقف الآن على القرعة إذا جهل المدعي) ولعل الناظم قاسه على جهل السابق في الخصوم، وكذلك إذا جهل الأول من الخصوم ولَجَّ وخاصم كل واحد مدعياً أنه الأول فإنه يقرع

وقوله: (ولم أقف الآن على القرعة إذا جهل المدعي) قال في المختصر: وأمر مدع تجرد قوله عن مصدق بالكلام وإلا فالجالب وإلا أقرع الخ. وقال قبل هذا والقول للطالب ثم من سبق رسوله وإلا أقرع كالادعاء الخ. فقوله كالادعاء مع قوله وإلا أقرع الخ فيه ما لم يقف عليه هذا الشارح والنص في شروح المختصر لمن وقف عليها فافهم.

بينهما أيضاً، وعلى ذلك نبه بقوله: وعند جهل سابق البيت. اللخمي: إن تعذر معرفة الأول من الخصوم كتبت أسماؤهم في بطائق وخلطت فمن خرج اسمه بديء به وذلك كالقرعة بينهم اهـ. وتقدم قبل البيتين كلام ابن الحاجب.

فَصْلٌ فِي رَفْعِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَمَا يُلْحَقُ بِهِ

دخل في قوله: وما يلحق بذلك أي برفع المدعى عليه حكم من عصى الأمر ولم يحضر وهو الطبع عليه وعلى من تكون أجرة العون.

وَمَنْ عَصَى الْأَمْرَ وَلَمْ يَحْضُرْ طَبَعٌ عَلَيْهِ	وَمَنْ عَصَى الْأَمْرَ وَلَمْ يَحْضُرْ طَبَعٌ عَلَيْهِ
وَمَنْ عَصَى الْأَمْرَ وَلَمْ يَحْضُرْ طَبَعٌ عَلَيْهِ	وَمَنْ عَصَى الْأَمْرَ وَلَمْ يَحْضُرْ طَبَعٌ عَلَيْهِ
وَمَنْ عَصَى الْأَمْرَ وَلَمْ يَحْضُرْ طَبَعٌ عَلَيْهِ	وَمَنْ عَصَى الْأَمْرَ وَلَمْ يَحْضُرْ طَبَعٌ عَلَيْهِ
وَمَنْ عَصَى الْأَمْرَ وَلَمْ يَحْضُرْ طَبَعٌ عَلَيْهِ	وَمَنْ عَصَى الْأَمْرَ وَلَمْ يَحْضُرْ طَبَعٌ عَلَيْهِ
وَمَنْ عَصَى الْأَمْرَ وَلَمْ يَحْضُرْ طَبَعٌ عَلَيْهِ	وَمَنْ عَصَى الْأَمْرَ وَلَمْ يَحْضُرْ طَبَعٌ عَلَيْهِ

اعلم أن الخصمين لا يخلو حالهما من إحدى حالتين: إما أن يحضرا معاً عند القاضي متفقين على المدعي والمدعى عليه منهما أو مختلفين فيهما وقد تقدم ذلك. وإما أن يحضر أحدهما وهو الطالب ولا يحضر المطلوب. ثم إن هذا المطلوب الذي لم يحضر مجلس القاضي لا يخلو حاله من وجهين: إما أن يكون حاضراً معه في البلد الذي هو فيه، وإما أن يكون غائباً عنه بموضع هو تحت إيالة القاضي المتداعى إليه، وعلى هذين الوجهين تكلم الناظم في هذه الأبيات، فأخبر أنه إن كان حاضراً معه في مصره فإن القاضي يوجه إليه أحد خدامه يرفعه لمجلس الحكم وإن لم يكن معه في المصر، فإن كان على سير الأميال مع أمن الطريق من موضعه إلى محل الحكم من الحاضرة فإن القاضي يكتب إليه يأمره بالحضور عوضاً من دفع الخاتم الذي كان عليه العمل قديماً، وإن كان بعيداً إما بعداً حسيّاً من جهة المسافة، وإما بعداً معنوياً من جهة الخوف فإن القاضي يكتب لأمثل من بموضع حلول المطلوب الأمر بفعل ما يجب من النظر المؤدي للتناصف بينهما إما بالصلح أو بالغرم أو بالعزم على المطلوب في الوصول لمحل الحكم.

(ورفع المطلوب من موضعه): لمجلس الحكم في الأوجه الثلاثة مقيد بظهور مخايل

فصل في رفع المدعى عليه وما يلحق به

قوله: (ورفع المطلوب من موضعه الخ) كلام الناس في هذا كثير غاية، وقد استوفيناها والحمد لله عند قول المختصر: وجلب الخصم الخ، وكلامهم يقتضي أن المسافة ثلاث من على نحو ثلاثة أميال من محل القاضي يرفع بالخاتم أو بالعون، ومن على مسألة العدوي وهي مسافة القصر فهذا يكتب فيه لأهل الفضل على النعت المذكور في التحفة، ولا يرفع إلا إذا لم يتأت الإصلاح في المحل المذكور، وما بين هاتين ك نصف يوم أنه يكتب إليه ليرتفع إلى مجلس الحكم، وهذه أمور لمن رزق

صدق المدعي في دعواه، وعلى ذلك نبه بقوله: ومع مخيلة بصدق الطالب وهو جار على ما قال سحنون من أن الحاكم لا يدفع طابعه ولا يرفع المطلوب حتى يأتيه الطالب بشبهة لثلا يكون مدعياً باطلاً يريد تعنت المطلوب اهـ. قال ابن عرفة: ظاهر قول ابن أبي زمنين أنه يرفع وإن لم يأت الطالب بشبهة وبه جرى العمل ولم يعتمد الناظم، هذا حاصل الأبيات ما عدا الأخير منها، والمخيلة دليل الصدق، ومخايل الصدق دلائله، وغير الغائب هو الحاضر مع الطالب في بلده، وإذا كان قريباً وكتب إليه ليحضر ولم يحضر والطريق مأمونة فإنه يحكم عليه كالحاضر معه في البلد، وأما إذا كان المطلوب في بلده ليست تحت عمالة القاضي الذي حضر الطالب بين يديه فإن كان حلوله بها لتجارة أو زيارة أو نحوها فيأتي حكمه في فصل البيع على الغائب من باب البيوع إن شاء الله، وإن كان حلوله بها أصالة لكونها بلده وموضع سكنه ووطناً له ففي موضع تعيين الحكم بينهما تفصيل تقدم في قوله: والحكم في المشهور إلى آخر البيتين. وأما قوله: ومن عصى الأمر البيت فمعناه أن من دعاه القاضي لحضور مجلس الحكم مع خصمه فتغيب ولم يأت فإن القاضي يطبع عليه ما يهمله طبعه مما لا صبر له عنه كداره وحنوته ليرتفع أحب أم كره، وصفة الطبع أن يلصق شمعاً أو عجينةً بالباب وبما يليها ويتصل بها حال سدها ويطبع عليها بطابع عليه نقش أو كتابة يظهر أثره في ذلك الشمع أو العجين، فإذا فتح الباب ورد ذلك الشمع أو العجين لمحلّه أولاً تغير نقشه وعلم أن الباب قد فتح فيعاقب من فتحه أشد العقوبة، وهذا الطبع أولى من التسمير لأنه يعيب الباب أو يفسده. قال في المقصد

فهماً لا تنضب، وإنما ذلك بحسب مصلحة المدعي والمدعى عليه وتوصيل الحق لربه، وقد يكون الشيخ الكبير تعسر عليه ثلاثة أميال إن لم يكن عنده ما يركبه، وقد يكون اليوم باعتبار الشاب الذي عنده المركوب يسيراً لا سيما إن عظم الأمر المتنازع فيه أو تشعبت الخصام، بل مسافة اليومين في هذا تكون قريبة إن لم يكن عارض يعتبر محل المدعى عليه هل فيه من يكفي أم لا، وضعف الطالب وكثرة الإنصاف وقلته باعتبار الأزمان والمكان، ومن على قيام سفر وغيره والدعوى في الدماء وما يخاف ازدياده، وهذه أمور يرجع فيها الاجتهاد للقاضي وهو يحتاج فيها مع ذلك لاتساع علم وعقل وتؤدة ومراقبة لله تعالى ومراعاة أحوال المدعي والمدعى عليه من قوي ضرره منهما ومن لا، ومن يصعب عليه الإتيان لمجالس الحكام ومن لا، السؤال عن المدعي والمدعى عليه إن أنكر هل المدعي من شأنه إخراج الناس؟ وهل المدعى عليه من أهل اللدد أم لا؟ ولا سلامة للقاضي إلا بمراعاة هذه الأمور وما يشبهها لأنها ربما يضيع حق الطالب، وربما يخرج المطلوب فيما لا يجب عليه. وقول ابن عرفة: ظاهر قول ابن أبي زمنين أنه يرفع وإن لم يأت الطالب بشبهة وبه جرى العمل الخ، بل هو ظاهر كلام كثير من المتقدمين والمتأخرين غير خاص بابن أبي زمنين، وهذا عجب من ابن عرفة في اقتصاره على الإشارة لكلام ابن أبي زمنين وما أشار إليه من كلامه هو في منتخبه، وقد أطال ابن دبوس في المسألة ولم يذكر لطحاً في المسافة القريبة وترك اللطخ فيها ظاهر لأنه لا كبير ضرر على المطلوب في رفعه لمجلس الحاكم ولا كذلك غير القريبة، وقد تقدم أن القريبة هي نحو ثلاثة أميال أي فأقل، وقال اليرتاسني على قول ابن عرفة المتقدم ما نصّه: وبهذا الظاهر جرى العمل الآن اهـ. أي بعدم شرط المخيلة. وقال أيضاً: وبالرسول جرى العمل دون دفع الطابع وصدق في هذين الأمرين، فإن أشياخنا من القضاة لم نجد

المحمود: وإن تغيب المدعى عليه طبع القاضي على داره وهو أحسن من التسمير لأنه يفسد الباب، فإن لم يفسده سمره عليه بعد أن يخرج منها ما فيها من الحيوان وبني آدم اهـ. وعبر بعضهم عن هذا الطبع بالختم. قال في الطرر عن الشعباني: من ادعى على غيره دعوى ودعاه للقاضي فإن امتنع ختم له خاتماً من طين اهـ. وفي عرفنا اليوم الطبع والختم هو التسمير وهو أن يسمر طرف جلد بالباب وطرفه الآخر بما يليها فإذا فتح الباب ظهر ذلك غالباً فعوقب فاعله، وأما كونه يعيب الباب أو يفسده فلا يلتفت إليه الأمر فضلاً عن المأمور تهاوناً واستخفافاً.

(وَأَجْرَةُ الْعَوْنِ) عَلَى صَاحِبِ حَقٍّ وَمَنْ سِوَاهُ إِنْ أُلِدَّ تُسْتَحَقُّ

عندهم غير هذين الأمرين، وقد أتينا في شرحنا من هذا أموراً كثيرة تفيد القاضي الخائف من الله تعالى غاية فانظر ذلك إن شئت.

وقول الناظم: (وأجرة العون الخ) قال في الوثائق المجموعة ما نصّه: إن سأل طالب القاضي برفع مطلوبه لمجلس القاضي انبغى للقاضي إن كان قريباً أن يأمر غلامه الذي له الأجرة من بيت المال بالمسير عنه، فإن لم يكن في بيت المال أجرة قال أحمد ابن سعيد: يدفع له القاضي طابعا يرفع به خصمه، فإن لم يرتفع جعل القاضي من رزقه للأعوان جعلاً إذا رفع المطلوب فيما يلزمه، فإن لم يفعل القاضي ذلك فأحسن الوجوه أن يستأجر الطالب عوناً يأتيه بالمطلوب إلا أن يتبين أن المطلوب ألد بالطالب ودعاه للقاضي فأبى أو منعه حقاً يقرّ به ويمطله فيه فيغرم المطلوب أجرة العون لا الطالب، وقال محمد بن عمر: لا نعلم ذنباً يوجب استباحة مال مسلم إلا الكفر وحده. قلت: القول الأول هو قول ابن العطار فتعقبه عليه ابن الفخار وهو محمد بن عمر وقال: قول ابن العطار خطأ، وترد تخطئته بأن الظلم الذي لا يوجب استباحة مال الظالم الذي لا يؤدي إلى إتلاف مال على المظلوم، وأما إن أدى إليه فلا يبعد إغرامه كما قالوا فيمن منع المدينة ممن اضطر إليها حتى مات ما افتقر إلى تزكيته بها اهـ بلفظه. ابن عرفة في المسائل الملقوطة ما نصّه: اختلف العلماء هل يحضر الحاكم الخصم المطلوب بمجرد الدعوى أو لا بد أن يسأله عن وجه الدعوى ويذكر للحاكم السبب الذي ذهب إليه جماعة من أصحابنا أنه لا يحضره حتى يبين المدعي وهي رواية عن أحمد، ونقل عن الشافعي وأبي حنيفة وعن أحمد في رواية أنه يحضره بمجرد الدعوى، والأول أولى لأن الدعوى قد لا تتوجه فيبعث إليه من مسافة العدوى ويحضره لما لا يجب عليه فيه شيء ويفوت عليه كثير من مصالحه الخ. وقوله: من مسافة العدوى فيه نظر كما لا يخفاك بدليل ما رأيته من كلام الناس أن من على مسافة العدوى لا يجلب هنا، والقول بوجوب السؤال قبل البعث متعين ولعله أحرى من قول المختصر ولا فليسأله الحاكم عن السبب الخ. تنبيه: قولهم: الأجرة من المطلوب إن ألد هذا إن تبين أن الحق ثبت على المطلوب وماطل الطالب لا إشكال فيه وإن كان الطالب دعا المطلوب للقاضي وامتنع من اتباعه فبعث له القاضي عوناً فأتى به وثبت عليه أنه امتنع من القدوم مع الطالب ولكن قال: دعاني باطلاً لا شيء عندي وأنكر وحلفه القاضي فهل هو ملد أم لا؟ هذا يظهر من كلامهم أنه غير ملد، فعبارة ابن الناظم معللاً لذلك ما نصّه لكونه والله أعلم ظالماً والظلم أحق أن يحمل عليه، وكلام ابن الفتوح رأيت فيه العطف بأو في كلام ابن عرفة، والذي رأيته في نسخة عتيقة من ابن فتوح إلا أن يتبين أن المطلوب ألد بالطالب ودعاه إلى الارتفاع إلى القاضي فأبى ومنعه حقاً يطلبه فيه وهو مقرّ به الخ، هكذا هو بعطفه بالواو لا بأو التي هي لأحد الشيثين وهذا هو الحق إن

العون واحد الأعوان وهم وزعة القاضي أي خدامه الذين ينفذون أحكامه ويدفعون الخصوم عنه ويرفعونهم إليه . قال الشارح : ولو أمكنه إنفاذ الأحكام دونهم لكان أولى ولكنه لا يمكنه ذلك فلا بدّ منهم ، والأصل في مثل أرزاق هؤلاء أن يكون من بيت مال المسلمين كالواجب في رزق الحاكم الذي يصرفهم لأنهم يقومون بأمور ليست لازمة لهم بأعيانهم ، ومن قام بمثل ذلك من مصالح المسلمين فرزقه من بيت مالهم ، ولما تعذر إجراء ذلك من موضعه نظر الفقهاء بما يوجبه الاجتهاد على من تكون أجره هذا الصنف فاقترضى النظر أنه على من يحتاج إلى إحضار خصمه وإمساكه وبعثه إلى موضع انتصافه منه بقضاء ماله عليه أو إعطاء رهن أو حميل أو اقتضاء يمين أو حبس هذا إن لم يظهر من المطلوب مطل ولا لجاح ، فإن ظهر ذلك منه ألزمه الفقهاء أجره هذا العون لكونه والله أعلم ظالماً والظالم أحق أن يحمل عليه وعلى كونه أجره العون على الطالب إلا إذا تبين مطل ولدد من المطلوب فإن الإجارة حينئذ تكون عليه ، نَبَهَ الناظم بهذا البيت . والدد شدة الخصومة ، قال في القاموس : لَدّه خصمه فهو لاد ولدود اهـ .

شاء الله تعالى ، ويدل لذلك قول القرافي في الفرق الخامس والثلاثين والمائتين بين قاعدة ما تجب إجابة الحاكم إذا دعاه إليه وبين قاعدة ما لا تجب إجابته فيه إن دعي من مسافة العدوى فما دونها وجبت الإجابة لأنه لا تتم مصالح الأحكام وإنصاف المظلومين من الظالمين إلا بذلك ، ومن أبعد من المسافة لا تجب الإجابة وإن لم يكن له عليه حق لم تجب الإجابة أو له عليه حق ولكن لا يتوقف على الحاكم لا تجب الإجابة ، فإن كان قادراً على أدائه لزمه أداءه ولا يذهب إليه ومتى علم خصمه إيساره حرم عليه طلبه ودعواه إلى الحاكم ، وإن دعاه وعلم أنه يحكم عليه بجور لم تجب الإجابة ، وتحرم في الدماء والفروج والحدود وسائر العقوبات الشرعية ، وإن كان موقوفاً على الحاكم كأجل العنين خَيْرَ الزوج بين الطلاق فلا تجب الإجابة وبين الإجابة فليس له امتناع منها ، وكذلك القسم المتوقفة على الحاكم يخير بين تمليك حصته لغريمه وبين إجابته فليس له الامتناع منها ، وكذلك الفسوخ الموقوفة على الحكام وإن دعي إلى حق يختلف في ثبوته وخصمه يعتد بثبوته وجب لأنها دعوى حق أو يعتد بعدم ثبوته لم تجب لأنه مبطل ، وإن دعاه الحاكم وجبت لأن المحل قابل للحكم والتصديق والاجتهاد ، ومتى طوّل بحق وجب عليه على الفور كرد المغضوب ، ولا يحل له أن يقول له لا أدفعه إلا بالحكم لأن المطل ظلم ووقوف الناس عند الحكام صعب ، وأما النفقات فيجب فيها الحضور عند الحاكم لتقريرها إن كانت للأقارب ، وإن كانت للزوجة أو للرقيق خير بين إبانة الزوجة وعتق الرقيق وبين الإجابة اهـ بلفظه وبتمامه تمت ترجمة الفرق المذكور ونقله ح برتمته . فقله : وإن لم يكن عليه حق لم تجب الخ هو دليل ما ذكرناه ، وذلك أن من حلف لا حق للطالب عليه الأصل أنه لا حق له عليه لا سيما وقد حلف على نفي ذلك ، ومع هذا النفي لم تثق بهذا لأن المطلوب إنما يحلفه الطالب بأمر القاضي ، نعم لو أطاع له المطلوب باليمين فيقرب الأمر ، ولو قيل في صورتنا إن الطالب يحلف أنه ما ادعى عليه ببطل ويغرم المطلوب أجره العون ما بعد فتأمل هذه الصورة فإننا توقعنا فيها هذا التوقف مع وقوعها كثيراً ، والذي في طباع الناس أن من امتنع من الإتيان للقاضي هو ظالم وما ذكروه على قول النظم ، ومن عصى الأمر ولم يحضر طبع الخ يدل على أن المطلوب في صورتنا ملد وإن كانت مسألة العصيان ربما يفهم منها أن الخصم عصى أمر الحاكم في الحضور وذلك أشد من إبانة المطلوب من اتباع الطالب للقاضي فافهم .

والناظم استعمله رباعياً من الإلداد، قال الجوهري في شرح غريب المدونة: الإلداد المطل يقال منه ألد فلان بحق فلان يلد إلداداً على وزن أنشد ينشد إنشاداً، وألد على وزن ألد، ويلد على وزن يلد، ولما تحركت الدالان وهما متماثلان أدغموا إحداهما في الأخرى، قال بعض من شرح هذا النظم وقف على قوله، قال الجوهري في شرح غريب المدونة: فإن عنى أنه شرح غريب المدونة في كتابه المشهور بالصحيح كل لفظة في محلها حسبما اقتضاه صنيعه من غير أن يقصد ألفاظ المدونة بل اللفظ اللغوي وقع في المدونة أولاً فظاهر، وإن أراد أن الجوهري ألف كتاباً مستقلاً في شرح غريب المدونة بالخصوص فهذا أغرب من غريب إذ لم نر ممّا وقفنا عليه من شروح المدونة أو حواشيها من نقل عنه ولا ذكره فالله أعلم.

فَصْلٌ فِي مَسَائِلِ مِنَ الْقَضَاءِ

وَلَيْسَ بِالْجَائِزِ لِلْقَاضِي إِذَا لَمْ يَبْدُ وَجْهَ الْحُكْمِ أَنْ يُنْفِذَ

ذكر في هذا الفصل مسائل من أحكام القضاء، وذلك منع تنفيذ الحكم قبل ظهور وجهه، والصلح بين الخصوم، وتلقيق القاضي الخصم بحجته، وفتوى القاضي في الأحكام، وحكم القاضي بعلمه، وإذا أدى العدل بما يعلم القاضي خلافه، وإذا علم صدق غير العدل وحكم من أساء الأدب على القاضي أو الشاهد، وحكم الملد في الخصام وهل تبقى له حجة إن حكم عليه، هذا حاصل ما اشتمل عليه الفصل، وأخبر في البيت أنه لا يجوز للقاضي أن ينفذ الحكم قبل أن يتبين له وجهه. ابن الحاجب: ولا يحكم بالتخمين لكونه فسقاً وجوراً والتخمين الحدس. قال الشارح: والتباس الحكم يكون على وجهين: إما لكونه ملتبساً في نفسه بتعارض البيتين وتداخل دعوى المتخاصمين (والواجب على القاضي) في هذا الوجه مشاوراة أهل العلم، فإن ظهر وجه الحكم فذاك، وإن لم يظهر جاز له أن يندب للصلح كما يقول الناظم:

والصلح يستدعي له إن أشكلا حكم وإن تعين الحق فلا

وإما لجهل القاضي الحكم في ذلك وإن كان بيناً في نفسه، والواجب على القاضي في هذا الوجه سؤال أهل العلم لأن الفرض أن الحكم بين في نفسه لكن إن جهله هذا القاضي فلا يجهله غيره، ولا يجوز له أن يندبهم إلى الصلح في هذا الوجه لأن يكون مضيعاً لحق من بان حقه بعد ذلك، وفي الوجهين معاً لا يجوز للقاضي تنفيذ الحكم قبل

فصل في مسائل من القضاء

قوله: (والواجب على القاضي الخ) هذا بين إن كان في الوقت والمكان علماء من شأنهم فهم النازلة وإلا فيدعو للصلح، لأن الإشكال يبقى إن لم يكن من ذكر كما لا يخفى، والمعتبر في المكان مكان النازلة أو ما يقرب من ذلك ممّا تجري به العوائد أن الناس يسألون ذلك العالم الخارج عن مكان النازلة، وقد قال ابن عبد السلام بعد كلام: والأقرب إن كان هناك قاض غيره صرفهما إليه لاحتمال أن لا يشكل عليه، وإن لم يكن في البلد غيره أمرهما بالصلح الخ، ومراده بالإشكال

ظهور وجهه فيشملهما قوله: وليس بالجائز الخ أي سواء كان الحكم مشكلاً في نفسه أو إنما أشكل على القاضي فقط، قال رحمه الله:

وَالصُّلْحُ يَسْتَدْعِي لَهُ إِنْ أَشْكَلَ حُكْمٌ وَإِنْ تَمَعَّيَّنَ الْحَقُّ فَلَا
مَا لَمْ يَخْفَ بِنَافِذِ الْأَحْكَامِ فِتْنَةٌ أَوْ شَخْنًا أَوْلَى الْأَرْحَامِ

يعني أن للقاضي إذا أشكل عليه الحكم فإنه يدعو الخصمين إلى الصلح، ويعني إذا كان الإشكال لتعارض بينات ونحوها لا أن جهله القاضي مع كونه ظاهراً في نفسه كما تقدم قريباً، وأما إن ظهر وجه الحكم فلا يدعو للصلح بل ينفذ الحكم من غير مبالاة من عدل عاذل، ولا خيفة من لومة لائم، إلا إذا خاف بتنفيذ الحكم على صميم الشرع حصول فتنة أو وقوع شحنة بين أولي الأرحام وذوي الفضل فإنه يأمرهم بالصلح ويحضهم عليه وعلى القناعة ببعض الحق (وإن ظهر وجه الحكم) وكأنه ارتكاب لأخف الضررين. وفي مختصر الشيخ خليل: ولا يدعو للصلح إن ظهر وجهه ثم قال: وأمر بالصلح ذوي الفضل والرحم كأن خشي تفاقم الأمر، ومعنى يستدعي أي يدعو له ويأمره به، وفاعله ضمير القاضي وضمير له للصلح ونافذ الأحكام بمعنى تنفيذها وإبرامها وفاعل يخف للقاضي.

إشكال الحكم لا إشكال التصور، وإنما سقناه لقوله: وإن كان هناك الخ فافهم. قوله: (وإن إن ظهر وجه الحكم الخ) قال ابن مرزوق في شرح المختصر: للجواز مع ظهور وجه الحكم منظرًا في هذه بقضية الزبير وقضية ابن أبي حدرد مع كعب بن مالك دالة على ذلك، إلا أن يقال هؤلاء من أهل الفضل، وفي تفسير النقيب عند قوله: ﴿فلا وربك لا يؤمنون﴾ [النساء: ٦٥] الآية ما نصّه: في الآية دلالة على أن للحاكم أن يشير بالإصلاح بين الخصمين، وله أن يشير بترك الحق على وجه الإصلاح لا على وجه الحكم وإن ظهر الحق، لأن جمهور المفسرين قالوا إن هذه الآية نزلت في قضية الزبير، ثم ذهب الجمهور إلى أن القاضي يشير بالصلح إذا رأى ذلك مصلحة، منع ذلك مالك والشافعي عنه في ذلك خلاف والصحيح جوازه الخ. وهذا فيما إذا ظهر وجه الحكم بدليل ذكره الخلاف المذكور، وقد ذكرنا آنفلاً كثيرة في شرحنا على المختصر وتحارير بيته، والذي يظهر منها أن تبين الحق تارة يكون بظهور حجة أحد الخصمين ولم يتبين سقوط حجة خصمه بالكلية، وتارة يظهر أن أحدهما ظالم لصاحبه بلا شك، فالأول يأمر القاضي فيه بالصلح إن لم يقصد إراحة نفسه باعتبار خشية تفاقم الأمر، وبالنسبة لذوي الأرحام والفضل. والثاني لا يأمر فيه بالصلح إذا غلب على ظنه تفاقم الأمر وإلا فلا، هذا الذي تبينه من كلام الناس وذوو الفضل كأولي الأرحام من غير فرق في جميع وجوه الصلح، ونقلنا أن كثيراً قالوا يدعو القاضي للصلح وإن لم يكن إشكال أصلاً، ولذلك قال ابن دبوس ما نصّه: وقال كثير من أصحاب مالك: لا بأس أن يأمرهما بالصلح متى رآه قبل النظر وبعده أشكل أمرهما أو لم يشكل الخ. وفيه أيضاً وقال غيره من أصحابه أي مالك: على القاضي أن يشير على الخصمين في أول خصامهما بالصلح فإن أبا منه لم يجبرهما عليه الخ. وفي الوثائق المجموعة ما نصّه: وليس للحاكم أن يجبر الناس على الصلح وإنما عليه أن يشير به في أول الخصام فإن أبا منه حملهما على سبيل الحق الخ. وفي المقرب: واحرص على الصلح ما لم يتبين لك القضاء الخ. وهذا كلام يدل على أن الأمر بالصلح جائز، ومطلوب قبل الإشكال من جهة

وَحْضَمُ أَنْ يَفْجِرَ عَنْ أَلْقَا الْحُجَجِ لِمَوْجِبِ لُقْنَاهَا وَلَا حَرَجٍ
يعني أن الخصم إذا عجز عن إلقاء حجته لموجب من دهش أو خوف أو عمی (فإن
للقاضي أن يلقنه) حجته ولا حرج ولا إثم عليه في تلقينه إياها وإنما يمتنع تلقين الفجور .
وقال اللخمي: قال أشهب: للقاضي أن يشد على عضد أحدهما إن رأى ضعفه عن
صاحبه وخوفه منه ببسط أمله ورجاه في العدل أو يلقنه حجة عمی عنها إنما يمتنع تلقين
أحدهما الفجور . وفي المقرب إذا قال أحد الخصمين مقالة ينتفع بها صاحبه فينبغي
للقاضي أن يقول هات قرطاساً أكتب لك فيه مقالة وينبهه على ذلك إن غفل عنه ولو لم
يطلبه اهـ . وفاعل لقن يعود على القاضي .

وَمُنِعَ الْأَقْتَاءَ لِلْحُكْمِ فِي كُلِّ مَا يَرْجِعُ لِلْخِصَامِ

التصور أو الحكم، فقول الناظم هنا: إن أشكل حكم وإن تعين الحق فلا، لا يدل على أن الصلح لا
يدعو له إلا مع الإشكال، فالمعتبر مفهوم وإن تعين الحق فلا .

قوله: (فإن للقاضي أن يلقنه الخ) هذا ظاهر كلام غير واحد، ويحتمل أن يكون هذا ونحوه
واجباً على القاضي إن كان الملقن جاهلاً لا أنه جائز، ولكن لما كان التلقين لا يجوز باتفاق كما في
ابن عبد السلام عبر بالجواز فيما يجوز منه، وإلاً فالظاهر هو الوجوب في أمثال هذا مع الجاهل،
وكيف يحكم عليه بحجة صاحبه وحجته صحيحة في نفسها ولكن لضعف عقله لم يبينها، مع أن
عبارة ابن دبوس هي قوله ما نصه: وقال ابن حبيب إذا أقر أحد الخصمين في خصومته لآخر فيه
منفعة فعلى القاضي أن ينبهه أن له فيه منفعة ويكتب له ويقيد بذلك مقالته هذا لفظه . وفي محل آخر
منه: وأغفل الخصم منفعته فيه فإن على القاضي الخ فظاهره الوجوب ولو كان الخصم غير جاهل .
وفي التوضيح صفة الإعذار أن يقول: شهد عليك فلان وفلان فإن كان عندك مدفع فادفع عن نفسك
ويعلمه أن له التجريح إن كان يجهل ذلك الخ وهذا منه بلفظه . وقال في التوضيح أيضاً على قول ابن
الحاجب: فإن أقر فللمدعي الإشهاد عليه وللحاكم التنبيه عليه الخ ما نصه أي لثلا ينكر، وظاهر
قوله وللحاكم التخيير . وفي النوادر عن ابن عبد الحكم: وإذا أقر المطلوب بشيء أمره أن يشهد عليه
الخ ولم يذكر غير هذا . وفي المجالس: فإن طلب المدعي من القاضي أن يشهد على المجيب
بجوابه أمره القاضي بذلك، وإن غفل المدعي عن ذلك أمره القاضي بذلك، قال ابن عبد السلام:
وليس ذلك من تلقين الخصوم المتفق على منعه . وفي ابن عرفة: وإذا ظن أن من أذرع إليه يجهل ما
يسقط عنه حجة نبيه الحاكم عليه في السرقة منها إذا زكيت البينة والمطلوب يجهل وجه التجريح من
جهلة الرجال أو من ضعفة النساء أخبره القاضي بما له من ذلك وبيته له لعل بينه وبينه عداوة أو
شركة بما لا يعلمه المعدلون، فإن كان مثله لا يجهل التجريح لم يدعه إليه الخ وهذا منه بلفظه . وفي
ابن عات ما نصه: لا يقضي القاضي هنا بالحميل إلا إن طلبه بذلك الطالب، وليس على القاضي أن
يعلمه بوجوب ذلك له، بخلاف ما إذا حكم القاضي للرجل بما يوجب عليه الضمان فيلزمه حيثذ أن
يعلم خصمه بوجوبه له إذا كان ممن يمكن أن يجهل ذلك الخ وهذا منه بلفظه، ومثل في نوازل
القضاء من المعيار للذي يحكم به القاضي كأن يطلب المسجون في الدين الخروج من السجن وله
بينة بالعدم والطالب يكذبها فيخرجه القاضي ويعذر للطالب في بيته، ومثل لما لا يحكم به القاضي

(يعني أن القاضي لا يجوز له أن يفتي في الخصومات) قال ابن الحاجب: ولا يفتي

أن يدعي رجل على آخر بدعوى وأجل لإثباتها وهو يحتاج إلى ضامن وعلل الوجوب للجاهل فيما يحكم به بقوله: لئلا يظن أنه إنما حكم عليه بلا ضامن الخ. وظاهر كلام غيره وجوب التنبيه مطلقاً خلاف هذا التفصيل ولكن بشرط أن يكون المنبه جاهلاً، بل إذا غفل العالم وجب على القاضي تنبيهه، إذ لا كبير مشقة على القاضي في هذا، مع أن القاضي قد يظن العلم بإنسان ولا علم عنده فالمنجي مع الله هو التنبيه مطلقاً، إلا إذا قامت القرائن على علم الخصم وظهر أنه أراد المسامحة فلا معنى للتنبيه فافهم. وانظر بيان القاضي عند قول المصنف: واستحق به بيمين الخ آخر الشهادات فإننا ذكرنا النقل صريحاً في وجوب البيان على القاضي.

قوله: (يعني أن القاضي لا يجوز له أن يفتي الخ) إنما قال لا يجوز نظراً لقول الناظم: ومنع الإفتاء الخ، وكلام الناس جلهم إنما فيه النهي، ففي ابن شاس ما نصّه: ولا يفتي القاضي فيما يختصم فيه إليه ولا يمتنع من الفتوى في الصلاة والزكاة والطهارة والحج والحيض وأنواع الفقه غير الخصومات، ولا يجيب من سأله فيما يتعلق بالخصومات إلا أن يجيب المتفقهين في جميع ذلك، واختار محمد بن عبد الحكم أنه لا بأس أن يجيب ويفتي في كل ما يسأل عنه مما عنده فيه علم، واحتج بأن الخلفاء الأربعة رضي الله عنهم كانوا يفتون الناس في نوازلهم، ولا بأس أن يجلس القاضي في مجالس العلم فيعلم أو يتعلم كل ذلك حسن اهـ. بلفظه. وفي ابن الحاجب: ولا يفتي الحاكم في الخصومات. وقال ابن عبد الحكم: لا بأس به كالخلفاء الأربعة هذا لفظه بحذف منه فيما يختصم فيه إليه، والمصنف في التوضيح قال: المشهور أنه لا يفتي وعلل ذلك بقوله: لأن إفتاءه في مسائل الخصومات مما يعين الخصم على الفجور لأنهم إذا عرفوا مذهب القاضي تحيلوا في التوصل إلى مذهبه أو في الانتقال عنه، ثم قال: وأيضاً فإذا علم مذهبه ويكون مشروطاً بشرط فمن لا يعرف ذلك الشرط اعتقد في القاضي إذا لم يحكم بذلك المذهب لعدم ذلك أنه مال عن الحق انتهى. ولما نقله ابن مرزوق قال: وفيه غير هذين من المفاسد. وعبارة ابن دبوس: ولا يفتي القاضي الخ ثم قال: وقال غيره: لا يفتي المتخاصمين عنده فيما يتخاصمان فيه عنده. ثم حكى عن سحنون أنه كان لا يجيب أي في هذا الأمر. وفي نوازل البرزلي بعد كلام ما نصّه: وهذا إذا كانت الفتيا فيما يمكن أن تعرض بين يديه ولو جاءته من خارج بلده أو من بعض الكور أو على أيدي عماله فليجبه عنها اهـ. وعبارة ابن سلمون: ولا يفتي في الخصومات انتهى وهو ككلام غيره. وعبارة ابن فتوح في وثائقه المجموعة في باب ما ينبغي للقاضي أن يجتنبه ما نصّه: ولا ينبغي له أن يتضاحك مع الناس أو يفتي المتخاصمين عنده فيما يتخاصمان فيه عنده وهذا هو الصواب اهـ. بلفظه. وفي النواذر ما نصّه: ومن المجموعة قال ابن أبي حازم في الرجل يأتي القاضي فيخبره بالخصومة فيما بينه وبين خصمه لا ينبغي له أن يخبره بما يقضي به له ولا عليه حتى يحضر خصمه فيتخاصمان عنده ثم يقضي بينهما هذا لفظه. وقال ناظم ما به العمل بفاس ما نصّه: وشاع إفتاء القضاة في الخصام. مما بغير حكمهم له قوام. وهذا هو كلام البرزلي بالإفتاء تبعاً لابن عبد الحكم وعدمه رعاية لما قاله غيره، وبه تعلم أن المنع خاص بالقضاة خلاف ما ذكره بعض من لم يصب ممن حشى على المختصر، وأن الإفتاء إنما هو مكروه على القول بالنهي عنه لا ممنوع كما في التحفة، لكن كثيراً ما يطلقون المنع على المكروه سيما اللخمي وأتباعه، وما علل به هنا إنما يدل على الكراهة لأنه أمر يحتمل أن لا يقع، ومن جملة علة النهي ما جربناه من الناس أن الخصم يسأل العالم هل الحق له أم لا؟ فإن أخبر

الحاكم في الخصومات. وقال ابن عبد الحكم: لا بأس به كالخلفاء الأربعة. قال ابن يونس: وكان سحنون إذا أتاه رجل يسأله عن مسألة من الأحكام لم يجبه وقال: هذه مسألة خصومة إلا أن يعلم أنه رجل متفقه فيسأله على جهة التعليم أو يسأل عن مسائل الوضوء أو الزكاة. ونسب ابن المناصف القول به إلى مالك. ونسبه ابن حارث لسحنون، وحمل هذا القول على أنه نفس الخصومة لأحد الخصمين. وحمل قول ابن عبد الحكم بإباحة الفتيا للقاضي على أنها في جملة الأشياء ولم يعين الخصومة بعينها اهـ.

وَفِي الشُّهُودِ يَحْكُمُ الْقَاضِي بِمَا يَنْعَلِمُ مِنْهُمْ بِاتِّفَاقِ الْعُلَمَاءِ
وَفِي سِوَاهُمْ مَالِكٌ قَدْ شَدَّدَا فِي مَنْعِ حُكْمِهِ بِتَغْيِيرِ الشُّهَدَاءِ
وَقَوْلُ سَحْنُونٍ بِهِ الْيَوْمَ الْعَمَلُ فِيمَا عَلَيْهِ مَجْلِسُ الْحُكْمِ اشْتَمَلَ

يعني أن القاضي يجوز له أن يحكم بما يعلم من عدالة الشهود وجرحتهم، فيستند في ذلك على علمه، ويحكم بشهادة من يعلم عدالته دون من يعلم جرحته، وأما من عداه فقد شدد مالك في منع استناده لعلمه وحكمه به ووجه استناده لعلمه في التعديل أو التجريح أنه لو لم يجز ذلك إلا بيينة لاحتاج إلى تعديل البيينة وتعديل معدلهم ما لا نهاية له، فاضطر إلى الحكم بعلمه في ذلك، قاله ابن يونس وحكاه عن ابن الماجشون، ووجه بعضهم بشهرة حالة العدالة وحالة الجرحه عند الناس فقل ما ينفرد القاضي بعلم ذلك دون غيره فترتفع الظنة عنه وتبعد التهمة عنه لاشتراك الناس معه في معرفة ما حكم به في حق العدل أو المجرح من كلتا الحالتين قاله المازري. وإذا كان يعتمد في ذلك على علمه فعلم بجرحه شخص وعدله آخرون فلا يقبل تعديلهم.

(وكذا إن علم عدالته فجرح فلا يقبل تجريحهم)، فقله: وفي سواهم الضمير

أنه له صالح خصمه وإلا خصمه، وهذا يظهر منه شمول غير القضاة، لكن لم يصرحوا بهذا أنه علة في النهي وإن كان ربما يدخل في قول ابن مرزوق المتقدم، والحاصل الإفتاء من القضاة فيما يقع بين أيديهم مكروه لا غير، وما به العمل موافق لهذا أي جواز الإفتاء فيما لم يمكن أن يقع عندهم وإن أمكن أن يقع عندهم كره، وما ذكر من الجمع هنا بين كلام ابن عبد الحكم وغيره لا يخفك هل هذا الوفاق صحيح أو ذلك خلاف والخلاف هو الذي يقتضيه كلام ابن دبوس فافهم.

قوله: (وكذا إن علم عدالته فجرح فلا يقبل تجريحهم) هذا فيه نظر لاحتمال عدم علمه بما جرح به، ومن المعلوم أن المجرح مقدم على المعدل كما في المختصر وغيره، وإنما يتبع القاضي علمه إذا علم جرحته وعدله غيره لأنه علم ما لم يعلمه وأما هذا فلا، وهذا الشارح تبع ما يوهمه كلام ابن الناظم وليس ذلك بصحيح، وفي صدر المنتخب ما نصه: قال ابن حبيب: فإن مطرفاً وابن الماجشون يقولان إذا عرف القاضي من الشاهد الجرحه والفساد في دينه فلا يقبله وإن زكي عنده بجميع الناس الخ وهذا منه بلفظه وهذا كلام صحيح، وإنما الكلام إذا علم عدالته القاضي وجرحه غيره والحق أنه لا يعتمد على ما يعلمه من عدالته، وقد عللوا كما في شروح المختصر وغيرها تقديم بيينة الجرح بأنها علمت ما لم تعلم بيينة التعديل الخ، وهذا جار في تعديل القاضي بلا ريب وهذا أمر ظاهر، ومن قال بغيره فلا عبرة بكلامه، وإن ادعى أن علم القاضي بالعدالة ليس كغيره مع أن ما في

للشهود أي وفي تجريح الشهود وتعديلهم، وشمل قوله وفي سواهم شهادته بما حكم به وبما تحمله قبل ولايته أي في ولايته أو في مجلس قضائه على قول غير سحنون، وفي

الشارح لم ينسبه لأحد فلا عبرة به، وفي الوثائق المجموعة حيث نقل عن ابن العطار أن الشاهد بما في المجلس لا يعذر فيه ما نصّه وانتقده ابن الفخار بأنه قد ينكشف بالأعذار فسق الشهود فيبقى الحكم مستنداً إلى مجرد علم القاضي، ومذهبنا أنه لا يحكم بعلمه وهذا منه بلفظه، فظاهر كلام ابن الفخار ولو كان القاضي علم عدالة هؤلاء الشهود فافهم. وقول الناظم: «وقول سحنون الخ» كلام المفيد وابن سلمون يقتضي أن العمل على خلاف ما في التحفة وهذا هو اللائق بزماننا، قال ابن سهل ما نصّه: لو أدرك سحنون زماننا لقال بقول ابن القاسم في كون الحاكم لا يستند لعلمه بما أقرّ به الخصم بين يديه الخ. قال كاتبه: لو أدرك ابن سهل زماننا الذي هو في حدود الثلاثين بعد مائة وألف لقال قولاً أبلغ ممّا قاله عن سحنون، وهذا أمر يجزم به اللبيب المنصف، وأنه لا يحل في زماننا الحكم بما قاله سحنون لأن كلام ابن سهل يدل على أن الزمان إنما تغير في وقته لا في وقت سحنون، وتغيّر وقت ابن سهل بالنسبة لزماننا كلا تغير، اللهم استر عوراتنا وآمن روعاتنا. والحاصل أن كلام ابن القاسم هو الذي ندين الله تعالى به وهو المنجي مع الله ولا نتقلد غيره أصلاً وإن كنا لسنا أهلاً لهذا الكلام، لكن إن أردت الحق فانظر شرحنا على قول المتن ولا يستند لعلمه مع تلك المسائل تطلع على كلام الناس في هذا، وممّا يدل على صحة ما أشرنا إليه هو قول المتيطي، وأما الوجه الثالث أي إقراره في مجلس الحكم فاختلف فيه عندنا، فإن كان ابن المواز ذكر أنه لا اختلاف فيه بين أصحاب مالك يعني في أنه لا يقضي فيه بعلمه. وقال ابن الماجشون: الذي عليه قضاتنا بالمدينة ولا أعلم مالكا قال خلافه أنه يقضي عليه بما سمع منه، وإليه ذهب مطرف وأصبع وسحنون، والمشهور في المذهب أنه لا يقضى عليه إذا جحد إلا بإشهاده، ويقبل قول القاضي إذا قال عندي شهود في وجه كذا، وأنه قد أعذر إلى فلان في وجه كذا، وأنه أجله فانصرفت الآجال ولم يأت بشيء وأنه عجزه اه. بلفظه، وهذا كلام ابن رشد، وفي نقل ابن فتوح شيء من هذا ولم أقف فيهما على أن العمل جرى بقول سحنون، ونقل ابن شاس عن اللخمي أيضاً فيما قاله الجلاب ما نصّه أبو الحسن وهو أشبه بقضاة اليوم لضعف عدالتهم، وقال أيضاً: ولا أرى أن يباح هذا اليوم لأحد من القضاة هذا لفظه، وقوله قال أبو الحسن مراده به اللخمي وأشار إلى قوله في تبصرته ما نصّه: وقد اختلف إذا أقرّ بعد أن جلسا للخصومة ثم أنكروا فقال مالك وابن القاسم لا يحكم بعلمه، وقال عبد الملك وسحنون يحكم، ورأيا أنهما إذا جلسا للمحاكمة فقد رضيا أن يحكم بينهما بما يقولانه ولذلك قصده، فإن حكم بما أقرّ به ثم أنكروا بعد الحكم وقال ما أقررت بشيء لم ينظر إلى إنكاره على المشهور. وقال ابن الجلاب: لم يمض عليه حكم الحاكم إلا ببينة يعني على إقراره وهو أشبه بقضاة الوقت لضعف عدالتهم الخ. ومرادنا من هذا كله قول اللخمي هو أشبه فإنه اتفق كلام هذا الإمام مع كلام ابن سهل في الجملة وناهيك بهذين الشيخين الجليلين، بل قال في المعيار في نوازل الأقضية عن ابن عبد ربه ما نصّه: الذي جرى به العمل ببلدنا ويفتي به شيوخنا أن لا يحكم الحاكم بعلمه ولا ينفذه الأولين عنده بعد الأعذار إليه هذا بعد لفظه. وقال المازري: من الحكمة والمصلحة منع القاضي الحكم بعلمه خوف كونه غير عدل فيقول علمت فيما لا علم له به، وعلى هذا التعليل لا يقبل قوله ثبت عندي كذا إلا أن يسمي البينة، وقد ركب ابن القصار هذا وقال لا يقبل منه إلا أن يسمي البينة، وكذا قال ابن الجلاب الخ. وإذا كان هذا في زمان من ذكر فكيف بزماننا؟

هذا الوجه كلام يأتي قريباً فلا تقبل شهادته في شيء من ذلك، وإذا لم تقبل فإنه يرفع شهادته لغيره ويكون شاهداً لا حاكماً كما يأتي للناظم قريباً في قوله: وحقّه إنهاء ما في علمه الخ. فقوله: وقول سحنون به اليوم العمل الخ هو في معرض الاستثناء من قوله: «وفي سواهم مالك قد شتدا» يعني أن عمل القضاة اليوم إنما هو على قول سحنون في كونه يجوز للقاضي أن يحكم بما علمه من إقرار الخصمين في مجلس حكومتها عنده. قال اللخمي: وينبغي أن لا يحكم إلاّ بحضرة الشهود ليحكم بشهادتهم لا بعلمه، وإن كان ممّا يقضي فيه بعلمه فأخذه بالمتفق عليه أحسن. وفي البيان: قال ابن الماجشون: والذي عليه قضاتنا بالمدينة وقاله علماؤنا ولا أعلم مالكا قال غيره أنه يقضي عليه بما يسمع منه وأقر به عنده وإليه ذهب مطرف وأصبع وسحنون. قال ابن رشد: وهو دليل قوله ﷺ في الحديث الصحيح: «إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي» الحديث إلى قوله: «فأقضي له على نحو ما أسمع منه» لأنه قال على نحو ما أسمع منه، ولم يقل ﷺ على ما ثبت عندي من قوله اه. وقال اللخمي: لا يحكم بما علمه قبل ولايته ولا بعدها في غير مجلسه ولا فيه قبل أن يتحاكما ويجلسا للحكومة كسماعه إقرار أحدهما فلما تقدما للحكومة أنكروا وهو فيه شاهد اه.

(فرع: من قام) برسم بشهادة عدلين ميتين أو غائبين ولم يوجد من يرفع على خطهما والقاضي يعرف خطهما فلا يحكم بذلك الرسم لأنه من الحكم بعلمه قاله المكناسي في جامع مجالسه. وفي كتاب ابن يونس: وأما إذا جلس الخصمان إليه فأقر أحدهما بشيء وسمعه القاضي فجائز أن يقضي به بينهما، ولو كان غير هذا لاحتاج أن يحضر معه شاهدين أبداً يشهدان على الناس، وبذلك قال ابن الماجشون وبه أخذ سحنون اه. قال رحمه الله:

وَعَدَلُ أَنْ أَدَى عَلَى مَا عِنْدَهُ خِلَافُهُ مُنِيعٌ أَنْ يَرُدَّهُ
وَحَقُّهُ إِنِّهَاءُ مَا فِي عِلْمِهِ لِمَنْ سِوَاهُ شَاهِدًا بِحُكْمِهِ

مع أن العمل الذي في التحفة لم أجده في غيره وإنما رأيت عمل المدينة كما رأيتها، وبهذا التعليل الذي ذكره المازري تعلم ما في احتجاج ابن رشد بحديث: «فأقضي له على نحو ما أسمع الخ» لأن النبي ﷺ معصوم من هذه العلة مع أن الحديث مؤول، ففي ابن سهل ما نصّه: وكان معنى قول النبي ﷺ: «فأقضي له على نحو ما أسمع منه» عند ابن القاسم وأشهب إذا شهد بذلك عندي هذا لفظه، وما قاله سحنون هو كذلك في ابن يونس، لكن قال: إن القاضي مأمون وهو معين على ما أشرنا إليه، والحاصل القاضي لا نقول إن فيه إلاّ ما قاله ابن القاسم فيه في زماننا هذا ولا شك في ذلك أصلاً، وكذا قوله شهد عندي ودليل ذلك كله الخ رأيتها ولكن إنما يسلم هذا من مازج القضاة أو تسمع لأخبارهم من العدول الثقة وأنصف من نفسه متذكراً وقوعه في رسمه وقولهم هذا لو لم يعتمد على إقرار الخصم بمجلسه حين يسمعه لاحتاج إلى أن يحضر معه شاهدين أبداً يشهدان على الناس تقول بموجبه إن وجدتهما القاضي أحضرهما أو الخصمان يحضرانها ليشهدا عليهما.

وقوله: (فرع من قام الخ) انظر القاضي إذا عرف خطة عند قول المتن ولا يستند لعلمه، وعند

يعني أن الشاهد العدل إذا أدى شهادته عند القاضي والقاضي يعلم خلاف ما شهد به ذلك العدل فليس للقاضي أن يرد شهادته لكونه يعلم خلاف ما شهد به ذلك العدل وذلك لأنه لا يحكم بعلمه، ولكن يرفع القاضي شهادته لغيره من القضاة أو لمن حكمه الخصمان في نازلتها فيكون شاهداً لا قاضياً، ويجري هذا الحكم أيضاً في غير ذلك مما علمه القاضي، فإنه لا يحكم بعلمه كما تقدم ولكنه يرفع ذلك لغيره على أنه شاهد لا حاكم كما قاله في المقرب ولفظه: قال سحنون قال ابن القاسم سئل مالك عن الخصمين يتخاصمان إلى القاضي فقرّر أحدهما لصاحبه بشيء وليس عند القاضي أحد غيره ثم يجحد المقرّ أترى للقاضي أن يحكم عليه بإقراره ومقاله؟ فقال لا إلاً بينة تشهد على إقراره سوى القاضي أو يرفعه إلى من فوقه فيكون شاهداً لا حاكماً. وقد حكى ابن يونس في أواخر كتاب الأفضية عن سحنون: لو شهد عندي عدلان مشهوران بالعدالة وأنا أعلم خلاف ما شهدا به لم يجوز أن أحكم بشهادتهما ولا أن أردهما لعدالتهما ولكن أرفع ذلك للأمير الذي فوقي وأشهد بما علمت وغيري بما يعلم اهـ. فالمسألة الأولى في المقرب تقدمت في قوله: وفي سواهم الخ. وإذا لم يحكم بعلمه فيرفع شهادته لغيره. والمسألة الثانية هي مسألة البيتين بقوله: وحقه الخ (يرجع لهاتين المسألتين) معاً فقول الناظم: شاهداً بحكمه أي بحكم الشاهد فكأنه قصد أنه ينزل عن رتبة حكمه إلى رتبة الشاهد وحكمه، ولعل المناسب لهذا التقرير أن الباء في بحكمه بمعنى على، وضمير حكمه للشاهد أي وحقه أن يرفع شهادته لغيره على حكم الشاهد وسبيله والإنهاء هنا بمعنى رفع الشهادة لا الإنهاء المصطلح عليه. (فرع: قال ابن رشد): قول القاضي وهو على قضائه: حكمت لفلان بكذا لا يصدق

قول المتن ولا تقبل شهادته بعده أنه قضى بكذا وانظر هنا الشهادات على الخطوط. وقوله: (يرجع لهاتين المسألتين الخ) انظر هذا ولعل المسألة واحدة لا اثنتين، ولكن ما سمعه في مجلسه من إقرار الخصم قيل يشهد به وقيل لا على خلاف قوي بخلاف ما علمه من غير هذا فإنه يشهد به، ولكن الذي يظهر رجحانه هو أنه يشهد بذلك مطلقاً والخلاف في ذلك موجود عزل هذا السامع أم لا كما هو في ابن الناظم وغيره. وقول الناظم شاهداً بحكمه عبارة الكافي في هذا ما نصّه: ولا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في حد ولا في حق من الحقوق ولا في شيء قد كان شهد به مع غيره، ويحكم بشهادة غيره في ذلك مع يمين الطالب إن كان مالاً وإلاً رفع ذلك إلى الإمام وكان شاهداً بما عنده مع الشاهد الآخر الخ وهذا منه بلفظه.

قوله: (فرع: قال ابن رشد الخ) قال في المختصر ولا تقبل شهادته بعده أنه قضى بكذا، وقد تكلمنا على هذا أيضاً عند قول المتن: وإن أنكر محكوم الخ. وكذا عند قوله: وأنهى لغيره في شرحنا على المختصر فقف على المواضع الثلاثة، وحاصل ما لخصناه أن شهادة القاضي قبل عزله بأنه حكم لفلان بكذا أو بأنه ثبت لفلان عنده كذا جائزة معتمدة معمول بها وذلك هو قول أصبغ، قال ابن دبوس وهو الأشهر وذلك للضرورة وإن كان فيه شهادة على فعل نفسه كما أشار إليه العبدوسي، وتقدم ما يدل على هذا قريباً في المسألة قبل هذه وهو قول القاضي: أجلت لفلان وإن كان في ذلك خلاف، والمدونة ظاهراً دال لهذا أيضاً، ونقلنا هذا كله عند قول المتن ولا تقبل،

فيه إن كان بمعنى الشهادة مثل قول أحد المتخاصمين عند قاضٍ : حكم لي قاضي بلد كذا بكذا أو ثبت لي عنده كذا فيسأله البينة على ذلك فيأتيه من عنده بكتاب إني حكمت لفلان على فلان أو ثبت عندي له عليه كذا فهذا لا يجوز لأنه على هذا الوجه شاهد، ولو جاء رجل ابتداء للقاضي فقال له : خاطب قاضي بلد كذا بما ثبت لي عندك على فلان أو بما حكمت لي به عليه فخاطبه بذلك لجاز لأنه مخبر لا شاهد كما يجوز قوله وينفذ فيما يسجل به على نفسه ويشهد به من الأحكام ما دام على قضائه .

فرع : قال الموثقون وإذا كان عند القاضي شهادة وسئل منه رفعها إلى القاضي حيث المشهود عليه وهو بموضع بعيد لا يلزمه الأداء فيه ، إذ لو كان قريباً للزمه الأداء فله في ذلك ثلاثة أوجه : أحدهما أن يشهد بذلك شاهدين فيقلانها عنه . والثاني أن يشهد على مضمن شهادته في رسم ويؤدي شهوده شهادتهم عنده ويخاطب عليه . والثالث أن يقدم شخصاً يؤدي عنده ويخاطب المقدم له ويخاطب القاضي بقبول خطاب المقدم وذلك يتخرج على الخلاف هل يجوز للقاضي أن يشهد عند من يقدمه أو لا وظاهر المدونة أنه لا يجوز ، وقيل يجوز ذلك ، ذكر ذلك كله أبو الطاهر بن بشير . قال بعض الشيوخ : وكان فقهاء غرناطة يعملون بالوجه الثاني وأهل مالقة بالوجه الأول . وقال المتيطي : وإن علم السلطان الأعلى لرجل حقاً فأراد أن يشهد به عند قاضيه ففي المدونة أن ذلك جائز وقيل لا يشهد عنده لأنه كانه عند نفسه يشهد إذا هو مقدمه فيؤول الأمر إلى أن يقضي بعلمه وبالأول القضاء وعليه الفتيا .

وَعِلْمُهُ بِصِدْقِ غَيْرِ الْعَدْلِ لَا يُبِيحُ أَنْ يَقْبَلَ مَا تَحَمَّلَا

يعني أن علم القاضي بصدق من ليس بعدل لا يبيح له قبول شهادته لأن ذلك آيل إلى حكمه بعلمه وسبب لتطرق التهمة إليه ، ولأن شهادة غير العدل غير معتبرة شرعاً فهي كالمعدومة حساً ، وقد قال تعالى : ﴿مَنْ تَرْضُونَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقال : ﴿يُحْكَمُ بِهِ ذُوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥] وحكى ابن يونس عن سحنون قال : لو شهد شاهد أن ليسا بعدلين على ما أعلم أنه حق لم أقض بشهادتهما لأنني أقول في كتاب حكمي بعد أن صحت عندي عدالتهما وإنما صح عندي جرحتهما ، وقال نحوه ابن الماجشون وابن كنانة . وقال ابن عرفة : والحكم بردّ شهادة الفاسق حق ولو شهد بحق اهـ .

وَمَنْ جَفَا الْقَاضِي فَالْتَأْوِيْبُ أَوْلَىٰ وَذَا لِشَاهِدٍ مَطْلُوبُ
وَقَلْتَهُ مِنْ ذِي مُرْوَةِ عَنَزْر فِي جَانِبِ الشَّاهِدِ مِمَّا يُغْتَفَرُ

وكلام ابن رشد والسماع وإن نقله ابن عرفة وسلمة خلاف أنقال غيره ، وهذا كما يجوز خبره قبل عزله أيضاً ، وأما بعد عزله فلا تصح شهادته بذلك ولا خبره ولو وجد ذلك بديوانه ، وحاصل كلام ابن رشد فيما يقتضيه كلامه من أن شهادة القاضي على فعله لا تجوز قبل عزله غير مسلم ، وما في اللقاني وتوبع عليه فيه نظر ، وهذا باعتبار أنقال العلماء ، وأما كون هذا باعتبار أهل الزمان لضعف عدالتهم فذلك شيء آخر كما قدمناه في استناد الحاكم لعلمه بما سمعه في المجلس .

وقوله في النظم : (وقلته من ذي مروءة الخ) هو راجع حتى لجفاء القاضي خلاف ظاهر تقرير

يعني أن من أساء الأدب على القاضي وجفاه بكلام لا يليق بمنصبه فإنه يؤدب وتأديبه أولى من العفو عنه، وكذلك يؤدب من أساء الأدب على الشاهد عليه إلا إن كان ذا مروءة وقعت منه فلتة في جانب الشاهد فإنه يغتفر له ذلك لقوله ﷺ: «أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم» والجفاء ممدود وهو خلاف البر، وقد جفوت الرجل أجفوه جفء فهو مجفواً، ولا تقل جفيت قاله الجوهري. ومن سماع ابن القاسم: قيل له: أرأيت الذي يتناول القاضي بالكلام فيقول لقد ظلمتني، قال: إن ذلك يختلف ولم يجد فيه تفسيراً، إلا أن وجه ما قال إذا أراد بذلك أذاه وكان القاضي من أهل الفضل فله أن يعاقبه (وما ترك ذلك حتى خاصم) أهل الشرف في العقوبة في الإلداد، قال ابن رشد هذا كما قال: إن للقاضي الفاضل العدل أن يحكم لنفسه في العقوبة على من تناوله بالقول وأذاه بأن نسب إليه الظلم والفجور مواجهة بحضرة أهل مجلسه، بخلاف ما شهد به عليه أنه أذاه به وهو غائب، (لأن ما واجهه به من ذلك هو من قبيل الإقرار) وله أن يحكم بالإقرار على من انتهك ماله

هذا الشارح تبعاً لتقرير ابن الناظم باعتبار ظاهره ولكن الأمر ليس كذلك، وقول هذا الشارح تبعاً لما في ابن الناظم (وما ترك ذلك حتى خاصم الخ) هذا قال فيه الحطاب على المختصر هو كذلك في البيان ولم أفهم معناه الخ. قال كاتبه: معناه بحسب ما يفهم من أنفال الناس هو أن الإذابة كانت تصدر من الناس للناس حتى قام ذؤو الشرف بحقوقهم في الإذابات بسبب اللدد عليهم بجزر الحكام المؤذين لهم فانكفت الإذابة منهم تأمله منصفاً، ولكن انظر كلامهم عند قول المختصر: وتأديب من أساء عليه الخ. فائدة: سبب الأدب هنا الإساءة على القاضي وهي قول المختصر وتأديب من أساء عليه ولدد الخصم وهو قوله وضرب خصم لد، وإساءة الخصم على خصمه وهي قوله ومن أساء على خصمه، والإساءة على المفتي والشاهد وهي قوله أو مفت أو شاهد، فالإساءة على القاضي الأدب فيها نذب كما في المتن وإنه لم يجب لأنه شبه منتقم لنفسه. وكلام ابن ناجي معترض، وكذا كلام غيره مما يوافق والأدب في القاضي الفاضل العالم، وأما الثلاث الباقية فإن كانت الإساءة بجمجلس القاضي فالأدب واجب لأنه لا معارض للوجوب، وإن كانت في غير مجلسه فذلك حق آدمي إن قام به أخذ له وإلأ فلا، ولهذا عطف في المختصر ومن أساء على خصمه أو مفت أو شاهد على مفعول عزز وهو شاهد إذ تعزيره واجب فافهم هذا فإن فيه تحريراً. وقول هذا الشارح: (لأن ما واجهه به الخ) هذا كلام فيه ما لا يليق أصلاً، فكيف يتمول هذا المال بلا شهود أنه أخذ من مال القاضي وقد قال في المختصر: ولا يحكم لمن لا يشهد له على المختار. وقال اللخمي في هذا ما نصه: قال محمد كل من لا تجوز شهادة القاضي له لا يجوز أن يحكم له الخ. ومن المعلوم أن القاضي لا يشهد لنفسه إذ من المجمع عليه منع شهادة الإنسان لنفسه، ونقلنا ذلك عند قول المختصر: ولا متأكد القرب وقد قال في المختصر: ويحكم لنفسه، فالحكم للنفس هو من خصائصه ﷺ. وقال أيضاً وتحكيم غير خصم، وقد قال اللخمي في تبصرته ما نصه: واختلف هل يقضي القاضي مما تضمنته من حق الله تعالى أي الحكومة أي ولا يقضي بما تضمنته من حقه. قال محمد: إذا شهد عند القاضي عدلان أنه سرق متاعاً له أي للقاضي قطعه ولم يغرمه المتاع حتى يرفع الشهادة إلى غيره في حقه لأن الغرم حق له وهو لا يقضي لنفسه. وقال ابن عبد الحكم: لا يقطعه وليرفعه إلى من فوقه الخ وهذا منه بلفظه فانظره فإنه دال غاية على ما نرومه. ونقله ابن

فيعاقبه له ويتمول المال بإقراره ولا يحكم بشيء من ذلك بالبينة، وكذا قال ابن حبيب والعقوبة في هذا أولى من العفو. وقال ابن أبي زيد: قال ابن سحنون عنه إن قال الخصم لمن شهد عليه شهدت علي بالزور أو بما يسألك الله عنه أو ما أنت من أهل الدين أو من أهل العدالة ولم يكن قائل ذلك من أهل الفضل ويؤدّب المعروف بالإذابة بقدر جرمه وقدر الرجل المنتهك حرمة وقدر الشاتم في إذابة الناس وإن كان من أهل الفضل وذلك منه فلتة تجافى عنه. قال الشارح: ويلحق بقضية الشاهد وقوع أحد الخصمين في صاحبه فقد نقل ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون إن شتم أحد الخصمين صاحبه عند القاضي أو أسرع إليه بغير حجة كقوله: يا ظالم يا جائر فعليه زجره وضربه إلا إذا مروءة في فلتة منه فلا يضربه لأنه إن لم ينصف الناس في أعراضهم لم ينصفهم في أموالهم اهـ. فلو قال الناظم بدل الشطر الأخير من البيت الثاني في الخصم والشاهد ممّا يغتفر لأفاد مسألة الوقوع في الخصم. وفي مختصر الشيخ خليل عاطفاً على قوله: وعزر شاهداً بزور ومن أساء على خصم أو مفت أو شاهد لا بشهدت بباطل كلخصمه كذبت، وقال قبله وتأديب من أساء عليه إلا في مثل اتق الله في أمري فليرفق به.

دبوس ولم يبحث فيه بشيء. ونقل ابن يونس كثيراً من هذا وسلمه. وانظر كلام الناس في شرحنا عند قول المصنف: وتحكيم غير خصم الخ. وكلام ابن رشد نقله ابن عرفة وسلمه حيث قال ما نصّه الشيخ أشهب عن المجموعة وكتاب ابن سحنون لا يجوز للقاضي أن يحكم لنفسه، ولا ابن رشد في رسم تأخير الصلاة من سماع ابن القاسم له أي القاضي أن يحكم بالإقرار على من انتهك ماله فيعاقبه ويتمول المال بإقراره ولا يحكم بشيء من ذلك بالبينة، ودليله قطع أبي بكر الصديق يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقة هذه الرواية الصحيحة اهـ بلفظه. وقوله هذه الرواية الصحيحة أي كونه قطعه بإقراره فإنه روي أنه قطعه بالبينة، وفي الموطأ فاعترف به الأقطع أو شهد عليه على الشك الخ ولم يظهر هذا الدليل لأن كلا منهما في المال لا في القطع، وقد رأيت الخلاف فيه مع البينة، وتقدم أن القاضي يحكم للأجنبي بالبينة، وهل يحكم بإقرار الخصم بمجلسه فيه خلاف قوي رأيت. وقال أبو الحسن على قولها ولا بأس أن يضرب الخصم إذا تبين لده وظلمه ما نصّه معناه بيينة إذ لا يقضي بعلمه إلا في التعديل والتجريح اهـ. قال ابن ناجي بعد نقله أي كلام أبي الحسن ما نصّه: هذا منه جهل لأن ما ذكره إنما هو في الأموال وما يكون بين يديه من الأدب فإنه يحكم فيه بعلمه، وإلا كان يجب عليه أن لا يحكم بين اثنين إلا بحضوره عدلين، وصرّح شيخنا الشيباني في فتاويه بتأديبه، ومثل هذا نقل عن سيدي عيسى الغبريني ثم قال وبه حكمت بباجة الخ. وما ردّ به على أبي الحسن غير بيّن مع أن العبدوسي تابع أبا الحسن في هذا والحطاب اقتصر على كلام أبي الحسن وابن مرزوق قال ما نصّه قالوا يعني بيينة الخ. وكلام أبي الحسن هو المطابق لقولهم ولا يستند لعلمه إلا في التعديل والتجريح، وبيّنا ذلك عند قول المتن ولا يستند لعلمه الخ فكلام أبي الحسن هو الحق إن شاء الله تعالى، مع أن في تعبير ابن ناجي جفاء لا سيما في حق أبي الحسن فإنه إمام جليل، ومع ذلك فقد اتفق أبو الحسن وابن ناجي على أن الخلاف في حق الله تعالى، وأما في المال فلا يحكم بعلمه فيه، وبه يتبين أن كلام ابن رشد خلاف المذهب باعتبار المال، ومن وقف على أنقلنا عند قول المتن ولا يشهد لمن لا يحكم

وَمَنْ أَلَدَّ فِي الْخِصَامِ وَأَنْتَهَجَ
يُنْفِذُ الْحُكْمَ عَلَيْهِ الْحُكْمُ
وَعَبِيرٌ مُسْتَوْفٍ لَهَا إِنْ اسْتَنْزَرَ
لِكَيْتَمَا الْحُكْمَ عَلَيْهِ يُنْضِي
نَهَجَ الْفِرَارِ عِنْدَ إِتْمَامِ الْحُجَجِ
قَطْعاً لِكُلِّ مَا بِهِ يَخْتَصِمُ
لَمْ تَنْقَطِعْ حُجَّتُهُ إِذَا ظَهَرَ
بَعْدَ تَلَوُّمٍ لَهُ مَنْ يَقْضِي

يعني أن الخصم إذا ألد في الخصام أي أكثر الخصومة وسلك طريق الفرار وفر من القضاء والحكم عليه وتغيّب عن مجلس الحكم فإن كان ذلك بعد أن أتم حجته واستوفى من الآجال معذرتة فإن القاضي ينفذ الحكم عليه ويمضيه ويقطع خصومته ولا تجري له حجة ولا تسمع له بعد ذلك بينة، وإن كان فراره وتغيبه قبل أن يستوفي حجته ويستقضي في إبطال دعوى خصمه منفعته فإن القاضي ينفذ الحكم عليه أيضاً، لكن بعد التلوم له والثاني له من غير قطع لما يأتي به من الحجة، بهذا جرى العمل واقتضاه عند الفقهاء النظر. ففي سماع أشهب قال: كتب ابن غانم إلى مالك بن أنس يسأله عن الخصمين يختصمان إليه في الأرض فيقيم أحدهما على الآخر بينة بأنها له فإذا علم بذلك الذي قامت عليه البينة هرب وتغيّب فطلب فلم يوجد أيقضى عليه وهو غائب؟ فقال مالك لكاتبه: اكتب إليه إذا ثبتت عندك الحجج وسألته عما تريد أن تسأله عنه عندك فلم تبق له حجة بنعم فاقض عليه وهو غائب. قال ابن رشد: هذا كما قال أنه إن تغيّب بعد أن استوفى جميع حججه وهرب فراراً من القضاء عليه أنه يقضى عليه ويعجزه ولا يكون له إذا قدم أن يقوم بحجته بمنزلة أن لو قضى عليه وهو حاضر، قال: وأما إن هرب وتغيّب قبل أن يستوفي جميع حججه فالواجب في ذلك أن يتلوم له، فإن لم يخرج وتمادى على تغيبه واختفائه قضى عليه من غير أن يقطع حجته وبالله التوفيق. قال الشارح ما معناه: إن الهارب من القضاء والحكم عليه أما قبل حضوره مجلس الحكم وهو المتقدم في قوله: ومن عصى الأمر ولم يحضر طبع الخ، وأما بعد حضوره مجلس الحكم ففي ذلك وجهان قبل تمام حجته أو بعد تمامها، وهذا الذي تكلم عليه في هذه الأبيات وألد أكثر الخصومة والملد شديد الخصومة، وتقدم الكلام عليه عند قوله وأجرة العون الخ، معنى انتهج نهج الفرار سلك طريق الفرار أي فرّ وهرب. قال في الصحاح: النهج الطريق الواضح، ونهجت الطريق إذا سلكته، وفلان ينهج سبيل فلان أي يسلك مسلكه اهـ. والحجج جمع حجة وهو ما يدفع به عن نفسه أو يثبت به لها والحكم بضم فسكون مفعول ينفذ والحكم فاعل ينفذ وهو بفتحتين القاضي وقطعاً مصدر في موضع الحال من

له الخ علم صحة ما قلنا، وتقدم في قول الكافي ولا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في حد ولا في حق من الحقوق الخ قريباً. وفي ابن سهل وقال ابن القاسم وأشهب: لا يقضي القاضي بعلمه ولا بما أقرّ عنده به في مجلس قضائه أو غيره لا في حد ولا في غير هذا لفظه وكأن هذا ينظر لمسألة ابن الماجشون ومن خالفه، اللهم إلا أن يكون ما ذكره ابن رشد معه بينة سمعت الإقرار مع القاضي فذلك يقرب ولكن بعيد من لفظه هذا، وانظر قوله: ولا يحكم بشيء الخ.

الحكم، وقوله: وغير مستوف هو مقابل قوله بعد إتمام الحجج، والحكم مفعول يمضي وهو مضارع أمضى وبعد تلوم يتعلق بيمضي وله في موضع الصفة لتلوم والضمير في له وعليه لغير المستوفي حجته ومن يقضي فاعل يمضي. فرع: في طرر ابن عات من وجبت له يمين وتغيب عن قبضها فإن القاضي يوكل من يتقاضى له يمينه إذا ثبت عنده غيبة الذي وجبت له اليمين ويشهد على ذلك.

فصل في المقال والجواب

المراد بالمقال دعوى المدعي، وبالجواب ما يجيب به المدعى عليه، فإن قيدت الدعوى في كتاب فهي التوقيف الآتي ذكره، ومن الدعوى ما يجب كتبه وتقبيده، ومنها ما يحسن ترك تقبيده، ومنها ما يجوز فيه الأمران، والتقيد أحسن كما يأتي ذلك كله إن شاء الله.

وَمَنْ أَبَى إِقْرَارًا أَوْ أَنْكَارًا
لِخُضْمِهِ كُلفَهُ إِجْبَارًا
فَإِنْ تَمَادَى فَلِطَالِبِ قُضِي
دُونَ يَمِينٍ أَوْ بِهَا وَذَا ارْتَضَى

تقدم أن الخصمين إذا جلسا بين يدي القاضي وعرف المدعي من المدعى عليه فإنه يأمر المدعي بالكلام، فإن ذكر دعوى صحيحة لم يختل فيها شرط من شروطها المتقدمة أمر المدعى عليه بالجواب، فإن أجاب بالإقرار ارتفع النزاع، وإن أنكر طوّل المدعي بالبينة، فإن عجز عنها حلف المدعى عليه وبرىء وتقدم هذا كله، وكلام الناظم هنا حيث يمتنع المدعى عليه من الجواب بإقرار أو إنكار فأخير في البيتين أنه إذا لم يجب بإقرار ولا بإنكار فإنه يكلف الجواب ويجبر عليه يعني بالضرب والسجن، فإن لم يجب بشيء قضي للطالب دون يمين تلزمه، وقيل بعد أن يحلف وهو المرتضى عند الناظم، (وأفتى الشيخ بعدم اليمين فقال: وإن لم يجب) حبس وأدب ثم حكم بلا

فصل في المقال والجواب

قوله: (وأفتى الشيخ خليل بعدم اليمين فقال: وإن لم يجب الخ) الراجع والذي به العمل هو ما في المختصر ففي ابن سهل ما نصّه: أفتى فقهاء قرطبة في مثل هذا بالضرب حتى يقر أو ينكر فإن تمادى على إنكاره حكم عليه بغير يمين الخ. وأطال ابن دبوس في المسألة وقال أثناء إنقاله ما نصّه: وقال محمد بن أحمد الذي جرى عليه العمل أن يجبر المطلوب على أن يقرأ أو ينكر فإن أبى من الجواب كلفه القاضي أن يجيب على ما أحب أو كره ويؤذبه إن تمادى، فإن استلج في الإباية وتمادى عليها عد ذلك منه إقراراً بحق الطالب وقضى له بلا يمين اه. بلفظه. وقال ابن الحاجب: وإذا امتنع المدعى عليه من إقرار أو إنكار فروى أشهب يحبس، وقال أصبغ كأننا كل يحلف المدعي ويحكم عليه وإن كان ممّا لا يثبت إلا ببينة طوّل بها وحكم. وقال محمد: يحكم عليه بغير يمين. وقال اللخمي: يخير بين الثلاثة فإن اختار الحكم بغير يمين كان على حجته اه. بلفظه. وكتب عليه في توضيحه: ما

يمين. قال الشارح: فإن أبى المدعى عليه من الإقرار أو الإنكار أجبر على ذلك بالسجن والضرب، فإن تمادى على إباته بعد السجن والضرب فقال ابن المواز: يقضى عليه بما ادّعاه عليه خصمه من غير يمين، وقال أصبغ بعد اليمين: وهذا إذا كانت الدعوى تثبت بالشاهد واليمين وقال إنه الذي ارتضاه أهل العلم. وقال في المقرب: (وقد سأل ابن كنانة) مالكا عن رجل بيده دور فأتى رجل فقال: إن هذه الدور بحدي، فقال الذي بيده الدور: أقم البينة على ما قلت وأما أنا فلا أقرّ ولا أنكر، فقال مالك: لا يترك على ذلك ويجبر حتى يقرّ أو ينكر. وقال المقري في كلياته الفقهية: كل من لا يدفع الدعوى فإنه يحكم عليه بلا يمين ولو كان المدعى فيه في يده. قال الشارح: ظاهر هذه الكلية موافقة ما صدر به الشيخ أولاً من عدم اليمين وهو قول ابن المواز اهـ. وهو الذي في المختصر كما تقدم، وجملة كلفه جواب من أبى وهو بضم الكاف وكسر اللام مشددة مبني للنائب محذوف الفاعل للعلم به أنه القاضي، والنائب ضمير مستتر يعود على من أبى، والضمير البارز مفعول ثانٍ لكلف يعود على الإقرار والإنكار وأفرد الضمير للعطف بأو، ويحتمل أن يقرأ كلف بفتح الكاف واللام مبنياً للفاعل وإيجاباً مفعول مطلق من معنى كلف لا من لفظه وهو مصدر أجبر الرباعي، ويقال جبره جبراً قال في القاموس: جبره على الأمر أي أكرهه كأجبره اهـ.

(فرع: قال المتيطي: وإن كان جواب المطلوب) على التوقيف لا حق له عندي ولم

قاله أشهب استصوبه ابن رشد وهو الظاهر لأن الخصم لم يتوجه عليه غير ذلك ابن عبد السلام وبه جرى العمل الخ. وما قاله أشهب هو أنه أقرّ أن لا يمين معه بدليل قوله وقال أصبغ الخ. وهكذا قال المتيطي الذي به العمل أن هذا إقرار لا يمين معه وفي هذا كفاية غاية فما في التحفة لا يقاوم ما في المختصر مع أن كثيراً ذكروا أنه لا يمين هنا ولم نسهم اختصاراً انظر شرحنا في ذلك، ولكن صاحب التحفة صدر بعدم اليمين فهو موافق لما في المختصر، وإنما الكلام مع قوله: وذا ارتضى، والحاصل الراجح والذي به العمل نفي اليمين وكأن الخلاف مبني على أن هذا الامتناع إقرار فلا يحتاج إلى يمين المدعى عليه أو نكوله فيحلف المدعي وهذا فيما يفيد الإقرار كالرجل في ابنته المجبرة لا غيرها كما لا يخفى، لأن الحق إذا كان لا يثبت إلاً بعدلين فلا بدّ من ذلك. قوله: (وقد سأل ابن كنانة الخ) ظاهر هذا النقل أن المطلوب بالجواب قبل أن يثبت الطالب الموت والإرثاء وليس الأمر كذلك، ولذلك قال في الوثائق المجموعة ما نصّه: وذلك إذا كان المدعي أثبت الموت والإرثاء حتى استبان قعوده عن الذي يزعم أن الأصل كان له فحينئذ يكون له توقيف الذي في يديه الدار الخ وهذا منه بلفظه وهو حسن غاية، وما ذكره في الوثائق المجموعة هو الذي مضى عليه عمل الشيوخ، وقد ذكر هذا ابن رشد وغيره وهو في أنقال المواق عند قول المختصر: وجازت بسماع فشا الخ. وهذا الشارح تبع في عدم التقييد بما ذكر ابن الناظم فأوهم شيئاً لا يحل العمل به.

قوله: (فرع: قال المتيطي: وإن كان جواب المطلوب الخ) هذا صحيح ولكن إن وقتت على

يرد على ذلك فروى ابن القاسم عن مالك أنه لا يقنع منه بذلك حتى يقرّ بالسلف أو ينكره. ابن عرفة: وإذا ذكر المدعي دعواه فمقتضى المذهب أمر القاضي خصمه بجوابه إن استحقت الدعوى جواباً وإلا فلا، كقول المدعي هذا أخبرني أنه رأى هلال الشهر أو سمع من يعرف بلقطة ولا يتوقف أمره بالجواب على طلب المدعي لذلك للدلالة حال التداعي عليه. ابن عرفة: وظاهره إيجاب جوابه بمجرد قوله لي عنده كذا وليس كذلك بل لا بد من بيان السبب من سلف أو معاوضة أو عطية ونحوها لجواز كونها من أمر لا يوجب وجوبها عليه كعدة أو عطية من مال أجنبي اهـ.

وَالكُتْبُ يَفْتَضِي عَلَيْهِ الْمُدْعَى مِنْ خَصْمِهِ الْجَوَابَ تَوْقِيفاً دَعِي

الكتب مصدر وهو هنا بمعنى المفعول، يعني أن المكتوب الذي يطلب المدعي من خصمه الجواب عنه لاشتماله على دعواه وتضمنه إياها يدعي، ويسمى عند الموثقين بالتوقيف لكون الطالب الذي أملاه على كاتبه يوقف عليه المطلوب ويطلبه بالجواب عنه بين يدي القاضي وهذا هو المسمى بالمقال أيضاً. والكتب مبتدأ وجملة يقتضي بمعنى يطلب صفته وفاعل يقتضي هو المدعي ومن خصمه يتعلق بيقتضي والجواب مفعوله وعليه يتعلق بالجواب، ويحتمل أن تكون على بمعنى عن وهو المناسب وتوقيفاً مفعول ثان لدعي والأول ضمير الكتب وجملة دعي خبر الكتب والرباط لجملة الصفة بموصوفها هو ضمير عليه، ولجملة الخبر بالمبتدأ هو نائب دعي العائد على الكتب والله أعلم.

وما يَكُونُ بَيْنَنَا إِنْ لَمْ يُجِبْ عَلَيْهِ فِي الْحِينِ فَالْأَجْبَارُ يَجِبُ
وَكُلُّ مَا افْتَقَرَ لِلتَّأْمَلِ فَالْحُكْمُ نَسْخُهُ وَضَرْبُ الْأَجْلِ
وَطَالِبُ التَّأْجِيلِ فِيمَا سَهَلًا لِمَقْصِدِ يُمْنَعُهُ وَقِيلَ لَا

يعني أن المقال المسمى بالتوقيف إن كان سهلاً بيناً للتأمل قليل الفصول قريب المعنى، فإن المطلوب يجبر على الجواب عنه في الحين من غير تراخ، وإن كان بعكس ذلك من كثرة الفصول واختلاف المعاني والافتقار إلى النظر والتأمل فإنه يحكم للمطلوب بأخذ نسخة منه ويؤجل في جوابه بقدر اجتهاد القاضي. قال الشارح: وذلك مقتضى ما نقله المازري عن ابن أبي زيد قال: وبه العمل، وإلى هذا أشار بالبيتين الأولين فإن طلب المطلوب التأخير بالجواب في المقال القليل الفصول القريب المعاني لمقصد بينه كتوكيل من يجيب عنه وما أشبهه فقليل يمنع منه وقيل لا يمنع، قال الشارح: (والأظهر أنه يمنع)

شرحنا لقول المتن فيدعي بمعلوم الخ رأيت العجب فيما يجب من البيان في هذا.

قوله: (والأظهر أنه يمنع الخ) تأمل هذا ما مع تذكره من تمكين المطلوب من التوكيل في باب الوكالة، ومع ما يأتي من قول المتطي ما نصّه: فإن ادعى رجل على رجل في دار أو عقار بيده سأله عنها بالشهادة فإن أنكر أن يكون له فيها حق معه أو ملك قيدت إنكاره بالشهادة، فإن قال المطلوب لا أجاب الآن عنها لأن فيها حدوداً كثيرة حتى أتأملها أجل في الوقوف عليها بقدر ما يراه الحاكم ويدفع له نسخة الحدود، وهكذا يؤجل المطلوب في كل توقيف لا يتأتى فهمه في المجلس لكثرة فصوله، وأما إن

فصل في المقال والجواب

منه ولذلك قدمه الشيخ رحمه الله في هذا البيت، ولفظ الإجماع يقرأ بنقل حركة الهمزة للسالكين قبلها، وجملة يمنعه بالبناء للنائب خبر طالب والضمير للبارز التأخير والنائب يعود على الطالب.

فرع: وفي الوثائق المجموعة قال أحمد بن سعيد: وإذا دعي الخصم إلى انتساح وثيقة وقف عليها ليوقف على فصولها فإنه إن كانت الوثيقة مختصرة للفهم لمعانيها ويوقف عليها للسمع لها لم يعط نسختها، فإن كانت طويلة كثيرة المعاني لا يحاط بفهم معانيها ويحتاج إلى التثبت فيها أعطي نسختها اهـ. وفي ابن عرفة: وفي تمكين المطلوب من نسخه بما شهد به عليه مطلقاً أو إن كانت فيما يشكل ويحتاج المطلوب فيه إلى تدبير وتأمل نقل المازري عن القاضي أبي طالب والشيخ المازري وعليه العمل اهـ. ونحوه في ابن سلمون.

(ومن نوازل الأيمان والدعاوى) من المعيار سئل ابن أبي زيد عن متخاصمين طلب

كانت الوثيقة مختصرة يوقف عليها وتفهم بالسمع لم يعط نسختها. قال ابن الهندي: وجري العمل عندنا في هذا الوقت بإعطاء النسخ كلها صغيرها وكبيرها الخ وهذا منه بلفظه من ترجمة من قام بحق على ميت أو غائب وكان صاحب التحفة وشارحها ابن عرفة لم يفتوا على هذا، وكان العمل عندنا اليوم على ما قاله ابن الهندي لأننا رأينا أسياننا الذين تولوا القضاء لا يعطون تفصيل صاحب التحفة في هذا وهذا هو أسلم لا سيما من لم يخالط الأمور الشرعية ولا ضرر على المعطي للنسخ في هذا، ومن تولى القضاء بان له أن هذا أولى فافهم وتأمل ما يذكره شارح التحفة هنا في قولها ويوجب التقييد للمقال فإنه ربما يفهم منه ما يعين على فهم ما ذكر.

قوله: (ومن نوازل الأيمان والدعاوى الخ) كأنه لم يقف على هذا إلا في المعيار وفي ابن فرحون ما نصّه: مسألة: إذا كان عند رجل كتب لغائب فقام رجل عند القاضي وذكر أن له تلك الكتب حقاً ومنفعة وسأله أن يأمر الرجل بإحضار الكتب لينظر له فيها فإن القاضي يأمر الذي عنده الكتب بإحضارها وينظر فيها من ابن سهل في كتاب الأفضية اهـ. بلفظه، ونقلنا هذا في شرحنا عند قول المختصر: والعشرة أو اليومان الخ آخر كتاب القضاء، ووجدت بخط شيخنا سيدي محمد بن سودة قاضي فاس في حينه ما نصّه: إن الخصم لا يلزمه إعطاء موجباته التي بيده لخصمه ولو مكن الخصم من هذا وشبهه وألزم خصمه به لفتح على الناس باب في الخصومات يعسر سدها هذا لفظه، ومن خطه نقلت، وكتب عليه الشيخ سيدي عبد القادر الفاسي وهو من خطه أيضاً ما نصّه: الجواب صحيح. وكتب عبد القادر الفاسي وكان ما عند ابن سهل وابن أبي زيد حيث تقدم للخصم الطالب شبهة تقرّبه للصدق وما ذكره هذان الشيخان عند انتفائها، ويحتمل أن هذين الشيخين لم يقفا على ما عند ابن سهل وابن أبي زيد ومع ذلك فاتباع المنصوص أسلم مع الله مع أن هذين الشيخين لم يسوقا نصاً وقولهما لفتح على الناس باب. يقال: وكذلك إذا لم يكن الخصم من رسم يدعي أن له فيه نفعاً لا سيما إن تقدمت بين الخصمين شركة أو وراثة، ولو قيل إن الطالب يحلف أنه ما قصد حيلة وإنما قصد الاطلاع على نفع له في الرسم يجزم به أو يظنه لكان قولاً حسناً. وكذا لو قيل للخصم لا ينظر الرسم وإنما يدفع الرسم للعدل يوثق به ينظره هو لا الخصم، تأمل هذا فإنه أمر صعب، ومن ابتلي

أحدهما صاحبه أن يوقفه على وثيقة بيد له فيها حق فأجاب: إذا حضر الحكم وجب إخراج الوثيقة للطالب لينظر فيها وليس له الامتناع منه وهو من حق الطالب انتهى.

وَيُوجِبُ التَّقْيِيدَ لِلْمَقَالِ تَشَعُّبُ الدَّعْوَى وَعُظْمُ الْمَالِ
لأنه أضبط للأحكام ولأن حصار ناشيء الخصام
وحيثما الأمر خفيف بين فالترك للتقيد مما يخسن
فرب قول كان بالخطاب أقرب لفهم من الكتاب

تقدم أن المقال تارة يكون صعباً متشعباً كثير الفصول والمعاني، وتارة بخلاف ذلك بحيث يكون سهلاً بين المعنى ظاهر المقصود، فأخبر هنا أنه إن كان كالوجه الأول فإن ذلك يوجب تقييد المقال لا سيما إن انضم إلى ذلك كثرة المال المتنازع فيه، لأن تقييده يضبط الأحكام ويحضر ذهن القاضي للنظر في النازلة وأطرافها وينحصر بسبب ذلك ناشيء الخصام لئلا ينتقل من دعوى إلى أخرى، وإن كان المقال سهلاً بيناً فترك التقييد له أحسن، إذ ربما كان تلقي ذلك بالكلام مشافهة أقرب وأسهل من كتبه، ولا يعني الناظم أن تقييد المقال إنما هو عند تشعب الدعوى وكثرة المال، بل هو مشروع في كل دعوى، إلا أنه إن كانت الدعوى متشعبة فتقييده واجب، وإن كان بينة ظاهرة فيجوز أيضاً لكن الأولى تركه، وما كان بينهما فكذلك أيضاً لكن تقييده أولى لأنه أقطع للنزاع، وقد ذكر لي بعض أشياخي رحمه الله أن بعض العلماء العاملين لما ولي القضاء جاءه الأعوان على مقتضى العادة فطردهم وقال لهم: من له حرفة غير هذه فليشتغل بها فلا حاجة لي إليكم وأجلس معه عدلين مرضيين فلما جاءه الخصمان قيد العدلان دعوى المدعي وجواب المدعي عليه عنها ثم تأمل تلك الدعوى وجوابها وفصل بينهما رحمه الله ونفع به، ولفظ عظم في البيت بضم العين وسكون الظاء اسم من العظم بكسرهما قاله في القاموس.

فصل في الآجال

ولاجتهاد الحاكم الآجال موكولة حيث لها استيفاء

قوله: «في الآجال» أي في بيان مقدار الآجال وهو جمع أجل، ويطلق لغة على وقت الموت وحلول الدين ومدة الشيء، والمراد به هنا المدة التي يضربها الحاكم مهلة لأحد المتداعيين أو لهما لما عسى أن يأتي به من الحجة. قوله: «ولاجتهاد الحاكم الخ» يعني أن الآجال حيث تستعمل فإنها موكولة في قدرها وجمعها وتفريقها إلى نظر الحاكم. قال ابن رشد: ضرب الآجال للمحكوم عليه فيما يدعيه من بينة مصروف لاجتهاد الحاكم

بالقضاء وراقب الله تعالى علم صعوبته في التمكين والمنع فافهم.

فصل في الآجال

قوله: (كمن أخذ بالشفعة الخ) هذا قال فيه أبو الحسن على المدونة ما نصه الشيخ العمل ثلاثة

فصل في الأجال

بحسب ما يظهر من حال من ضرب له الأجال، والأصل فيها قول الفاروق رضي الله عنه في رسالته إلى أبي موسى الأشعري: واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بينة أمدأ ينتهي إليه فإن أحضر بينة أخذت له بحقه والأ سجلت القضية عليه فإنه أنفى للشك وأجلى للعمى.

وَبِثَلَاثَةِ مِّنَ الْأَيَّامِ
كَمَثَلِ إِخْضَارِ الشَّفِيعِ لِلثَّمَنِ
وَالْمُدَّعِي أَنْ لَهُ مَا يَدْفَعُ
وَمُنْبِتٍ دِينًا لِمَذْيَابٍ وَفِي
وَشَرْطُهُ ثَبُوتُ الْاِسْتِحْقَاقِ
أَجَلٌ فِي بَعْضِ مَنَ الْأَحْكَامِ
وَالْمُدَّعِي النَّسِيَانَ إِنْ طَالَ الزَّمَنُ
بِهِ يَمِينًا أَمْرُهَا مُسْتَبْشَعُ
إِخْلَاءٍ مَا كَالرَّبِيعِ ذَلِكَ أَقْتَفِي
بِرَسْمِ الْأَعْدَارِ فِيهِ بَاقِي

مراد الناظم رحمه الله في هذه الآيات وما بعدها بيان ما حكم به القضاة المتقدمون في تحديد الأجال في مسائل ينقاس على كل واحدة منها ما يماثلها، فلا معارضة بين تحديدها وبين كونها موكولة لاجتهاد الحاكم لأنه بعد العلم بذلك تبقى النفس متشوفة لتحديدها، وإن كان لا يجب الوقوف عنده لما قررنا أن ذلك لاجتهاد الحاكم فقد يرى قاضي الوقت خلاف ما حكم به من قبله لمعنى يختص بالنازلة المحكوم فيها. قوله: «وبثلاثة الخ» يعني أن العمل جرى عند القضاة بالتأجيل بثلاثة أيام في مسائل وذلك (كمن أخذ بالشفعة) في شقص وطلب التأجيل لإحضار الثمن، وأما إن طلب التأخير لينظر هل يشفع أم لا فلا يؤخر وكمن ادعت عليه دعوى مالية (فادعى النسيان) لطول الزمن فيؤجل ليتذكر فيقر أو ينكر، (وكمن توجهت عليه يمين) فادعى أن عنده ما يدفع عنه به تلك

أيام وهو تشديد على الشفيع إذا كان المال كثيراً اهـ. بلفظه. وقال ابن ناجي: قوله أي صاحب المدونة تلوم له اليومين أو الثلاثة الخ ما ذكره هو المشهور وأحد الأقوال الأربعة، وقال ابن الماجشون: يمهل عشرة أيام ونحوها. وقال أصبغ: بكثرة المال وقتله وعسره ويسره وأقصاه شهر ولا أدري ما وراء ذلك. وقال اللخمي: الشهر كثير للموسر وكنت أقضي بقول أصبغ وربما أزيد على الشهر الخ وهذا منه بلفظه. وفي أبي الحسن أكثر من هذا وذكر ما لا ضرر فيه على المشتري والقضاء بثلاثة أيام هو في التوضيح أيضاً. وقال المتيطي: هو قول مالك في المدونة وبه القضاء الخ. وفي المفيد عن ابن مغيث: الذي جرت به الفتوى بين شيوخنا أن الشفيع يضرب له في الثمن ثلاثة أيام الخ. وقول أصبغ ظاهر بحسب ما نعرفه من القواعد الشرعية، ولعل وجه ما جرى به العمل وهو المشهور أن الأصل في الشفعة إنما يأخذ بها من يأخذ لنفسه، والطول في الأجل ربما يعين على التحليل في الأخذ للغير فافهم هذا، فإن الفقير الذي ليس عنده ما يشفع به ويريد أن يشفع لغيره ويظهر أنه يشفع لنفسه يناسبه الطول ويعينه على مرامه. قوله (فادعى النسيان الخ) انظر عند قول المتن ومن استمهل لرفع بينة آخر الشهادات ترى الحق، وأموراً كثيرة من هذا القبيل، ولا يكفي فيه نقل شيء منه. وعبارة ابن الناظم في هذه هي قوله ما نصّه: ومثل مدع للنسيان إن طال الزمان فيما يوافق خصمه عليه من دعوى مالية أو سواها هذا لفظه، وكان المراد بالطول في هذه المسألة ما هو مظنة للنسيان. قوله: (وكمن توجهت عليه يمين الخ) فائدة: قال ابن عرفة ما نصّه الشيخ عن ابن عبد الحكم إن قال من وجبت عليه يمين

اليمين. قوله: «أمرها مستبشع» صفة اليمين ولعل وصفها بذلك مبني على القول بترجيح الصلح على اليمين في دعوى يتحقق بطلانها، وفي المسألة قولان، وكذلك من طلب التأخير لإثبات دين لمديانه، كأن يكون لك في ذمة إنسان فادعى العدم فزعمت أن له ديناً على غيره وأردت التأجيل لإثباته، ويحتمل أن يريد التأجيل لإثبات الدين على منكره فلام لمديان على هذا بمعنى على، وكذلك من استحق ربعاً بشروط الاستحقاق ولم يبق إلا الإعدار للمقوم عليه وطلب المستحق إخلاء ذلك الربع فإنه يؤجل حائزه لإخلائه ثلاثة أيام، فهذه خمسة فروع نص على الأول منها في المقرب، وعلى الثالث منها المتيطي، وعلى الرابع الجزيري، نقل ذلك الشارح في شرحه.

وفي سَوَى أَصْلٍ لَهُ ثَمَانِيَةَ وَنُصْفَهَا لِسِتَّةِ مُوَالِيَةٍ
ثُمَّ ثَلَاثَةَ لِذَلِكَ تَتَّبَعُ تَلْوُماً وَأَصْلُهُ تَمَتُّعُوا

يعني أن التأجيل في غير الأصول إحدى وعشرون يوماً، ثمانية ثم ستة ثم أربعة ثم ثلاثاً تلوماً، وإنما استثنى الأصول لأن الكلام يأتي عليها، وكذلك تستثنى المسائل الخمس المذكورة قبل وما أشبهها، إذ ليس التأجيل بثلاث محصوراً فيها كما أشعر بذلك إدخال الكاف عليها، وإن لم تستثن لتناقض الكلام لدخولها في قوله: وفي سوى أصل، واستعمال الناظم في البيتين تفريق الآجال، وسيأتي له الكلام فيها في آخر الفصل، والتلوم الأجل الأخير والأصل فيه قوله تعالى: ﴿تَمَتُّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود: ٦٥]

أضرب لي أجلاً أنظر في حسابي وأمرني أنظر بقدر ما يراه. وفي طرر ابن عات الشعباني أن طلب من وجبت عليه يمين أن يؤخر اليومين والثلاثة لينظر في محاسبته فله ذلك ولا يراد على ذلك. ثم ذكر قول ابن عبد الحكم قال: وقال غيره ليس له ذلك إلا برضا الطالب وإذنه لأن على الحاكم إنفاذ الحق على الخصم إذا وجد لذلك سبيلاً. قلت: فالأقوال ثلاثة وتقييد ابن شاس تأخيره بكفيل بوجه صواب يريد ويغرم المال بعد حلف المدعي إن لم يأت به، ولم يحك ابن الحاج في نوازله إلا القول بعدم تأخيره، وأما عكس هذا وهو أن يطلب المدعي تأخير حلف المدعي عليه ففي نوازل ابن الحاجب ليس له ذلك إلا برضا المطلوب وهو مقتضى قول ابن عات في طرره من وجبت له يمين على رجل فتغيب عن قبضها وكل القاضي من يتقاضاها إذا ثبت عنده مغيبه ويشهد على ذلك اهـ. بلفظه. وأغفل ابن عرفة وغير واحد ممن تكلم على المسألة قول صاحب الكافي ما نصّه: ومن سأل الحاكم النظرة في يمينه فله ذلك ما لم يتبين ضرره ولدده اهـ. فالسائل للتأخير كلامه هو الطالب لليمين لا المطلوب باليمين، ويظهر أن هذا هو الحق لأن من وجبت له اليمين قد يتحير هل يحلف خصمه أو لا فيؤخر ليرى ما يليق به تأخيراً لا يضرّ بخصمه، وربما يؤخر يمين صاحبه ليسأل هل له من يشهد عليه أو يتذكر رسماً ونحوه أو يرضى منه بالقليل صلحاً عمّا وجب له باليمين، أو ليسامحه فيها إن كان إذا حلفه خافه، ونحو ذلك من الأمور التي يقصدها العقلاء، ومن مزاج القضاء وطال فيه علم أن هذا حق، نعم إن ظهر منه لدد فما قاله ابن الحاج ظاهر لا ريب فيه، وإلا فما قاله ابن الحاج لا يليق في غير الملذ، وقد تكلمنا على هذا عند قول المتن: ومن استمهّل لرفع بينة الخ.

الآية، وإليه أشار آخر البيت الثاني. قال في المقصد المحمود: الأجال تختلف باختلاف الشيء المدعى فيه ما عدا الأصول للمثبت لدعواه ثمانية أيام ثم ستة ثم أربعة ثم ثلاثة تلوماً. وقال فتحون: والأجال في الديون والحقوق دونها في العقار والأصول.

وفي أصول الإرث أن المُفتَبَر من عَدَدِ الأَيام خمسة عَشْرَ
ثُمَّ تَلِي أربعة تُستَقدَم بضعفها ثم يلي التَّلَوُّم

يعني أن المعتبر في الأجال وهو الذي عبّر عنه بعدد الأيام في إثبات الأصول من إرث أو غيره، وفي الإرث من غير الأصول شهر كامل إلا أنه مفرق أيضاً خمسة عشر يوماً ثم ثمانية ثم أربعة ثم ثلاثة تلوماً، والمراد بالتأجيل هنا في الأصول هو لإثباتها وفي قوله قبل: وفي إخلاء ما كالربع التأجيل للإخلاء لا للإثبات لأنه حاصل بدليل قوله: وشرطه ثبوت الخ وهذا أيضاً مع قرب البينة بدليل قوله بعد: وفي أصول إرث أو سواء إلى أن قال: لكن مع ادعاء بعد البينة. قال ابن رشد: والذي مضى عليه عمل الحكام في التأجيل في الأصول ثلاثون يوماً يضرب له عشرة أيام ثم عشرة أيام ثم يتلوم له بعشرة، أو ثمانية ثم ثمانية ثم ثمانية ثم يتلوم له بستة، أو خمسة عشر يوماً ثم ثمانية ثم أربعة ثم يتلوم له بتمام الثلاثين، وهذا الأخير هو الذي في البيتين. قال الشارح: وزاد الشيخ رحمه الله مع الأصول الإرث حسبما نص على ذلك غير واحد. وقال ابن رشد: أو يضرب له أجلاً قاطعاً من ثلاثين يوماً يدخل فيه التلوم والأجال كل ذلك مضى من فعل القضاة، وهذا مع حضور البينة في البلد، وإن كانت غائبة عن البلد فيؤجل أكثر من ذلك. اهـ.

وفي أصول إرث أو سواءه
لكن مع ادعاء بعد البينة
مع حجة قوية له متى
ثلاثة الأشهر منتهاه
ومثله حائز ملك سكتة
أثبتها لنفسه من أثبتا

يعني أن منتهى الأجال في الأصول كانت من إرث أو من غيره مع بعد البينة ثلاثة أشهر، وكذلك من بيده ملك حائز له فادعاه مدع وأثبت دعواه فطلب الحائز للملك التأجيل ليأتي بحجة ذكرها إن ثبت له كان أولى بالمنزل من مدعيه فإنه يؤجل ثلاثة أشهر أيضاً. وفهم من قوله منتهاه أن للقاضي أن يؤجله أقل من ذلك إن رآه. وفهم من قوله بعد البينة أن ما تقدم من التأجيل في الأصول بشهر إنما هو مع قربها. قال أبو القاسم الجزيري بعد ذكر جملة من الأجال ما نصّه: وفي الأصول الشهران والثلاثة لا سيما إذا ادعى مغيب البينة. وقال المتيطي: والأجال في الأصول أو في العقار أبعد منها في الديون والحقوق، ويختلف في الأجال في الأصول باختلاف أحوال المضروب لهم، ففي العتبية من سماع مطرف وابن الماجشون: من أقام بينة على ملكه منزلاً بيد رجل فيسأل من بيده المنزل فيذكر حجة لو قامت له بها بينة كان أولى بالمنزل من مدعيه وسأل ضرب الأجال لإتيانه بالبينة على ذلك فأجل الأجل الواسع الشهرين والثلاثة فيمضي

الأجل ولم يحضر شيئاً ويذكر غيبة شهوده وتفرقهم أضرِب له أجل آخر أو يقضى عليه؟ قال: أما الرجل المأمون الذي لا يتهم على المدعي بباطل ولا يتقو له فيزيده في الأجل، وأما الملد الذي يرى أنه يريد الإضرار بخصمه فلا يمكن من ذلك إلا أن يذكر أمراً يتقارب شأنه لم يختبر كذبه في مثله.

وَبَيْعُ مَلِكٍ لِقَضَاءِ دَيْنٍ قَدْ أَجَلُوا فِيهِ إِلَى شَهْرَيْنِ
وَحَلُّ عَقْدِ شَهْرٍ التَّأْجِيلُ فِيهِ وَذَا عِنْدَهُمُ الْمَقْبُولُ

يعني أن من له أصل دار أو غيرها وعليه دين وليس له قضاء لدينه إلا من قيمة ذلك الأصل فإنه يؤجل الشهر والشهرين لبيع أصله لقضاء دينه لأنه لا يتأتى في الغالب المعتاد بيعه في أقل من ذلك، لافتقاره إلى التسويف ومعرفة من له رغبة في شرائه بتعريضه للبيع، والشهران في ذلك مظنة بلوغ الإخبار عن بيعه لمن يريد شراءه، وكذا أجلوا في حل العقود الشهر ونحوه، وحل العقود يكون بأشياء، إما بظهور تناقض على السواء في الاسترعاء، أو بظهور تناقض في المشهد ومن في حكمه في الأصل كاختلاف قول واضطراب مقال، أو بمضادة قوله لنص ما شهد له به، وإما بتجريح شهودهما، وإما بثبوت استرعاء، أو إقرار على صفة بعداوة بين الشهود وبين المحكوم عليه في غير ذات الله، وإما بثبوت استرعاء معروف السبب فيما انعقد بعوض أو غير معروف السبب فيما انعقد بالتبرع، وإما بظهور استحالة في متون الرسم، كذا قال الشارح في أول باب الشهادة. قال في أحكام ابن سهل: من ثبت عليه دين ولم يكن من أهل الناض فإنه يؤجل في بيع رבעه الشهر أو أكثر إلى الشهرين فهذا ما عندنا قاله ابن لبابة وابن الوليد، وقال أبو القاسم الجزيري: وفي الإعذار في البيئات وحل العقود ثلاثين يوماً انتهى.

وَتُجْمَعُ الْأَجَالُ وَالْتَفْصِيلُ فِي وَقْتِنَا هَذَا هُوَ الْمَقْمُولُ

يعني أنه يجوز للقاضي أن يجمع الأجال ويعين لها أجلاً معلوماً، ويجوز له أن يفصلها شيئاً بعد شيء كما تقدم في قوله: وفي سوى أصل له ثمانية الخ، وكذا ما بعده، وفي كلا الوجهين سعة والعمل اليوم على تفصيلها ووجهه رجاء تمام القضية في أثناء الأجل الأول فلا يفتقر إلى الأجل الثاني، وهكذا قال ابن فتوح: بتفريق الأجال جرى العمل وعليه بنيت السجلات.

فصل في الإعذار

الإعذار مصدر أعذر إعذاراً إذا بالغ في طلب العذر.

وَقَبِلَ حُكْمٌ يَثْبُتُ الْإِعْذَارُ بِشَاهِدِي عَذْلٍ وَذَا الْمُخْتَارُ

فصل في الإعذار

قوله: (وبه العمل) هذا الذي قال فيه ابن عبد السلام هو المشهور، وهل يكون الحكم

يعني أن من توجه عليه الحكم من المتداعيين فإنه يجب الإعذار إليه قبل الحكم عليه، وذلك بأن يقال له أبقيت لك حجة، فإن قال لا حكم عليه وإن ذكر أن له بينة أجله إليها، وإن ذكر أن له بينة بعيدة حكم عليه وكتب في كتاب، ومتى أحضرها فهو على حجته، وإن عجز ولم يدع شيئاً حكم عليه، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾ [الإسراء: ١٥] ويثبت ذلك الإعذار بشاهدي عدل، هذا هو المختار عند الفقهاء (وبه العمل) فقوله وإذا المختار يحتمل أن تعود الإشارة إلى كون الإعذار قبل الحكم ومقابله أنه بعده وهما قولان كما يأتي، ويحتمل أن تعود إلى قوله بشاهدي عدل ويكون مقابله أنه يكفي الإعذار بشاهد واحد. قال المتطيبي: ينبغي للقاضي أن لا ينفذ حكمه على أحد حتى يعذر إليه برجلين وإن أعذر بواحد أجزأه، واستدل قائل هذا بقوله ﷺ: «اغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» وتؤخذ صحة الاكتفاء بواحد من قول الشيخ خليل: وندب متعدد فيه حيث جعل التعدد مستحباً لا واجباً، وعلى الاحتمال الأول اقتصر الشارح. ابن عرفة: الإعذار سؤال الحاكم من توجه عليه موجب حكم هل له ما يسقطه؟ قال ابن فتحون وغيره: لا ينبغي للقاضي تنفيذ حكم على أحد حتى يعذر إليه، والأصل فيه عند الفقهاء قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ﴾ [الإسراء: ١٥] الآية. وفي مفيد ابن هشام: وقد اختلف في الإعذار إلى المحكوم عليه فقيل يعذر إليه وحينئذ يحكم عليه وبه العمل، وقيل يحكم عليه وبعد ذلك يعذر إليه، وعلى تقديم الإعذار قبل الحكم ذهب الناظم. فرع: إذا حكم القاضي على من توجه عليه الحكم من غير إعذار ثم وجد المحكوم عليه حجة (فله القيام بها)، وكذا إن أعذر إليه ولم يعجزه نقله اليرتاسني في شرحه، وقد استطرد الشارح هنا ذكر الخلاف في قضاء القاضي بما فهم من كلام المتداعيين، وأنه اختلف هل يجتزئ بمجرد فهمه أو لا من تحقيق ما يسمع منهما دون احتمال، وكذا نقل الخلاف في الشهادة بالفهم. قال ابن رشد في إعمال الشهادة بما يظهر من قصد المشهود عليه وإرادته ثالثها ويثبت الشاهد شهادته بذلك اهـ. أي يبين أن شهادته بالفهم لا بالتصريح. ثم قال الشارح ما حاصله: أنه لا يبعد أن يفرق بين الحكم والشهادة، فإن الضرورة تدعو إلى الشهادة بالفهم لا سيما الشهادة الاسترغائية والحكم

كالعدم إن لم يتقدمه الإعذار الراجح أنه كالعدم، فالمشهور والذي به العمل أن الإعذار قبل الحكم وإن لم يسبق الحكم مع ذلك فالراجح بطلانه، هذا حاصل ما نقلناه في شرحنا على قول المتن: واعذر بأبقيت لك حجة، وعلى هذا فقول الناظم: وإذا المختار يحتمل رجوعه للأمرين قبله كون الإعذار قبل الحكم، وكون الإعذار بعدلين إذ الخلاف في الأمرين معاً، والراجح فيهما أن الإعذار قبل والعدل الواحد كاف، ولكن الذي وجدنا فيه ذكر الاختيار إنما هو في الأمر الثاني وهو المتبادر، فيرجح أن قول الناظم وإذا المختار راجع للأمر الثاني، والمذهب كما بينا ذلك في الشرح عند قول المتن وندب توجيه متعدد فيه أن الواحد كاف، ولكن ما اختير هو المناسب لزماننا لقلة العدالة وكثرة الجهالة. قوله: (فله القيام بها) هذا فيه إجمال وصوابه أن يقول بعدما ذكره إلا إن كان لذلك وجه كنسيان بينة ونحو ذلك، وهذا في المقرب مبین غاية في شرح ابن الناظم، وهذا من هذا الشارح عجب مع كونه تبع ابن الناظم في جل كلامه، وهذا

ليس كذلك، إذ لا ضرورة تدعو إلى إنفاذ الحكم دون تحقيق الفهم على الخصمين، قال: والشهادة الأصلية مثله. انظر الباب من تبصرة ابن فرحون.

وَشَاهِدُ الْإِعْذَارِ غَيْرُ مُغْمَلٍ فِي شَأْنِهِ الْإِعْذَارُ لِلتَّسْلُسِلِ
وَلَا الَّذِي وَجَّهَهُ الْقَاضِي إِلَى مَا كَانَ كَالْتَّخْلِيفِ مِنْهُ بَدَلًا
وَلَا الَّذِي بَيْنَ يَدَيْهِ قَدْ شَهَدَ وَلَا اللَّفِيفُ فِي الْقَسَامَةِ اغْتِمِدَ
وَلَا الْكَثِيرُ فِيهِمُ الْعُدُولُ وَالْخُلْفُ فِي جَمِيعِهَا مَنْقُولُ

عدد في هذه الآيات من الشهود الذين لا يعذر فيهم أي لا يجرحون خمسة. الأول: الشاهد على المحكوم بالإعذار أي بأنه لم تبق له حجة، فإذا أشهد عليه بذلك ثم أتى بحجة تقبل لو لم يعذر إليه وأنكر الإعذار فاستظهر المحكوم له بشهادة شاهد الإعذار فأراد المحكوم عليه الإعذار في الشاهد بتجريحه فإنه لا يمكن من ذلك لأن الحكم متوقف على الإعذار، فإذا أمكن من تجريح شاهد الإعذار وجرحه بطل وصار كالعدم وتعذر الحكم عليه لتوقفه على الإعذار، والفرض تجريح شاهده فيتعذر الحكم عليه أبداً وهذا مراده بالتسلسل والله أعلم. فالإعذار الأول في البيت هو المصطلح عليه وهو قطع الحجة وهو أعم من أن يكون بتجريح الشهود أو حجة غيره، فيقال لمن توجه عليه الحكم: شهد عليك فلان وفلان بقيت لك حجة أي من تجريحهما أو معارضة شهادتهما بما يبطلها أو نحو ذلك. والإعذار الثاني المراد به التجريح لا غيره. واعلم أن هذا الإعذار هو من حق القاضي فإذا كان المحكوم عليه حاضراً بين يدي القاضي وقت الإعذار لم يجرح شاهده لأن الشاهد بما في مجلس القاضي لا يجرح كما يقوله الناظم ولا الذي بين يديه قد شهد وإن لم يكن حاضراً لكونه مريضاً أو امرأة لا تخرج فوجه إليه القاضي من يعذر إليه فلا يعذر أيضاً في الشاهد الموجه لذلك كما يقوله أيضاً، ولا الذي وجهه القاضي إلى ما كان كالتحليف منه بدلاً، فمسألة الناظم المشار إليها بقوله: وشاهد الإعذار البيت آيلة إلى إحدى هاتين المذكورتين بعدها، وقد عادت المسائل الخمس أربعاً، وإنما ذكرها بالخصوص لإرادة التنقيص على أعيان المسائل، وإلى هذه المسألة أشار بالبيت الأول وغير معمل بضم أوله وفتح ثالثة اسم مفعول من أعمل، وفي شأنه يتعلق به، والإعذار نائب فاعل معمل. الثاني: من الشهود الذين لا يعذر فيهم من وجهه القاضي نيابة عنه لتحليف أو حيازة

الفرق بين الإعذار والتعجيز الذي يقع بعده، فإن التعجيز المذكور لا يقام بعده مطلقاً بخلاف الإعذار، وإنما يقام بعد التعجيز الموصوف في أمور مذكورة في المختصر وغيره وقد بيّنا هذا في شرحنا غاية، وإن كانت المسألة فيها خلاف، ووقع لبعض تخليط حتى جعل الإعذار كالتعجيز والتعجيز كالإعذار، ولذلك قال في المختصر: وإن نفاها واستحلفه فلا بينة إلا لعذر إلى آخر تلك المسائل، وقال أيضاً: ويعجزه إلا في دم الخ انظر الأتقال في المحليين المذكورين إن شئت وخفت من الخطأ. تكميل: قال أبو الحسن على المدونة في كتاب الجنائيات مشبهاً بشيء ما نصه: الشاهد يشهد بحق لرجل لا يحلف المشهود له حتى يعذر للخصم في الشاهد لثلاث تذهب يمينه باطلاً هذا هو الصحيح، وبذلك وقعت الفتوى بسؤال أتى من سبته اه. وبه تعرف ما في

ونحوها. (الثالث: الشاهد بما أقر به الخصم بين يدي القاضي) قال في طرر ابن عات: قال الباجي: إنما يعذر في الذين حضروا الحيازة إذا لم يوجههم القاضي لحضور الحيازة، وإنما توجهوا برغبة الطالب في ذلك، وأما إذا أرسلهم القاضي فلا يباح المدفع فيهم لأنهم مقام نفسه في ذلك، والحجة في ذلك قول سيدنا ومولانا محمد ﷺ: «اغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها». فجعله مقام نفسه في ذلك. ولما ذكر ابن عرفة أن الحكم لا يكون إلا بعد الإعذار قال: ظاهره ولو فيما شهد به على الخصم في مجلس الحكم ولا ابن رشد يحكم عليه بتلك البيئة دون إعذار، قاله ابن العطار وفيه اختلاف. الرابع: إذا شهد اللفيف وهم جماعة غير عدول والنساء والصبيان على أن فلاناً قتل فلاناً فقد اختلف هل ذلك لوث تجب معه القسامة أو ليس بلوث؟ والمشهور ليس بلوث، وعلى كونه لوثاً أشار إليه بقوله: ولا اللفيف في القسامة اعتمد، فلا يقدر في شهادتهم عدم العدالة ولا يجرحون، لأن من قبل شهادتهم وعدّها لوثاً إنما دخل على أنهم غير عدول فكيف يجرح من دخل على عدم عدالته وتجريحه؟ وستأتي هذه المسألة للناظم في أحكام الدماء في أمثلة اللوث الموجب للقسامة حيث قال: أو بكثير من لفيف الشهدا الخ. الخامس: شهادة الجماعة الذين منهم عدول أو غيرهم فلا يجرحون أيضاً ولا يعذر فيهم للمشهود عليه. قال ابن عرفة: وذكر ابن سهل في مسألة أبي الخير الزنديق الملقب لزندقته بأبي الشر أنه شهد عليه بأنواع كثيرة من الزندقة الواضحة عدد كثير ثبتت عدالة نحو عشرين منهم وأكثر من ضعفهم استظهاراً فأفتى قاضي الجماعة منذر بن سعيد وإسحاق بن إبراهيم وصاحب صلاة الجماعة أحمد بن مطرف بقتله دون إعذار، وأشار بعض من حضر من أهل العلم بأن يعذر إليه فأخذ الناظر في أمره بالقول بعدم الإعذار اه. من الشارح. وفي التوضيح: لما ذكر أنه يعذر للمشهود عليه في شهادته من شهد عليه ما نصه: أما لو شهدوا على إقراره بمحضر القاضي فهل يعذر إليه فيهم أو لا يعذر لكونه سمع إقراره معهم قولان: الأول لابن الفخار، والثاني مذهب الأكثر وبه مضى العمل. قال صاحب التحرير: يعذر في كل الشهود إلا خمسة: أولها هذا، ثانيها: من وجهه الحاكم من قبل نفسه. ثالثها: المزكى في السر. رابعها: المبرز في العدالة والعمل على أنه يعذر فيه بالعداوة لا غير. خامسها: من قبل شهادته بالتوسم. خليل: وتزداد سادسة نقلت عن ابن بشير القاضي وذلك أنه حكم على وزير في قضية وهو غائب فقال له الوزير: أخبرني بمن شهد عليّ، فقال ابن بشير: مثلك لا يخبر بمن شهد عليه، يعني وإن كان نص في المدونة أنه يخبر بمن شهد عليه وبالشهادة فلعل له حجة وإلا حكم عليه اه. وليس في كلام الناظم من هذه الست إلا الأولى والثانية فمجموعها إذاً تسع مسائل، خمسة في النظم وأربعة في التوضيح وهي الثالثة وما بعدها، وانظر تزكية السر في قوله: وشاهد تعديله باثنين البيتين. ومعنى المسألة (الخامسة وهي الشهادة بالتوسم) هي شهادة أهل القافلة بعضهم لبعض

شروح التحفة. قوله: (الثالث الشاهد بما أقر به الخصم بين يدي القاضي) أي وسمعه كما بيناه في الشرح ويدل له التعليل المذكور هنا وهو قولهم لعلم القاضي بما شهد به الشاهد. قوله: (الخامسة وهي الشهادة بالتوسم الخ) هذه لم يذكرها في المختصر هنا وتكلمنا عليها عند قول المتن لا المجلوبين إلا كعشرين الخ في كتاب الشهادات، والراجح باعتبار ما يظهر من كلامهم

عند حاكم القرية أو البلدة التي حلّوا أو مرّوا بها فإن مالكا وجميع أصحابه أجازوا شهادة من شهد منهم لبعضهم على بعض، وإن لم يعرفوا بعدالة ولا سخطة إلا على التوسم لهم بالحرية والعدالة، وذلك فيما وقع بينهم من المعاملات في ذلك السفر خاصة، والتوسم مأخوذ من الوسم وهو العلامة. وعنه عليه السلام: «إن لله عبادا يعرفون الناس بالتوسم» انظر الباب السادس والثلاثين في القضاء بشهادة التوسم من القسم الثاني من تبصرة ابن فرحون، وستأتي هذه في قول الناظم:

ومن عليه وسم خير قد ظهر زُكي إلا في ضرورة السفر

فصل في خطاب القضاة وما يتصل به

الخطاب هو أن يكتب قاضي بلد إلى قاضي بلد آخر بما ثبت عنده من حق الإنسان

ألا بدّ من شرط العدالة، ولا يكفي التوسم فيما ذكر إلا إذا كثر من شهد بحيث يفيد كلامه القطع فانظره إن شئت السلامة من الحكم بغير الراجح، وقد بسط المسألة صاحب المنتخب غاية ونقلنا ذلك في الشرح، وحاصله أن سحنون في المدونة سمع من ابن القاسم عدم الاكتفاء إلا بالتعديل، وابن حبيب نسب للأخوين الاكتفاء بالتوسم عى وجوه مخصوصة، ونسب المتيطي عدم الاكتفاء لابن القاسم وأشهب والمقابل للأخوين عن مالك وأصحابه، وقال ابن ناجي في كتاب اللقطة على قولها وإذا شهد قوم غرباء لا يعرفون لم يقبلوا الخ ما نصّه: ظاهرها ولو في الشيء اليسير وظاهرها أنه لا يعمل على التوسم وهو كذلك، وقيل يعمل على من ظاهره العدالة بالتوسم فيما يقع في الأموال الخ، وأصل ذلك لأبي إبراهيم فإنه قال على كلامها هذا ما نصّه ظاهره وإن كانت الشهادة فيما بينهم، وظاهره كانت في الأموال أو في الجراح. وقال ابن شعبان: إذا قدمت الرفقة فشهد بعضهم لبعض في الإجراءات جازت الشهادة إذا توسمت فيهم العدالة الخ. فتبين أن الراجح هو مذهبهما وهو عدم الاكتفاء بالتوسم، وما في المنتخب عن المدونة هو صريحها لا ظاهرها، مع أن القول بالاكتفاء بالتوسم فيه تفصيل يطول جلّه، وقد قال في التحفة:

ومن عليه وسم خير قد ظهر زُكي إلا في ضرورة السفر

ونقل عليه شارحها كلام ابن حبيب فتأمله فإنه مرّ على خلاف الراجح، ولم نقف على من قال العمل على ما في التحفة ممن يعتبر قوله، والباقي ذكر المسألة ويظهر منه قبول قول ابن حبيب، وكذا صاحب المعيار في نوازل الأقضية فإنه نقل ما نصّه: تجوز شهادة الأسارى بعضهم لبعض على التوسم للضرورة الخ. انظر هذا كله في الشرح مع زيادات كثيرة وتفصيل طويل فيما أجازاه ابن حبيب ولا يكفي عنه كلام هذا الشارح.

فصل في خطاب القضاة وما يتصل به

قوله: (وقد نقل الشيخ ابن غازي الخ) هذا لا يمكننا فيه اختصار بل كتبنا في الشرح ما

في بلد القاضي الكاتب على آخر في بلد القاضي المكتوب إليه وينفذ المكتوب إليه ذلك في بلده فيقع الحكم هنالك عملاً بقوله قبل: «والحكم في المشهور» البيت.

ثُمَّ الْخِطَابُ لِلرُّسُومِ إِنْ طُلِبَ حَتْمًا عَلَى الْقَاضِي وَإِلَّا لَمْ يَجِبْ

يعني أن خطاب القاضي للرسوم إن طلبه منه صاحبها فهو واجب عليه وإن لم يطلبه منه لم يجب عليه ذلك، والرسوم جمع رسم والمراد بها الصكوك، وكأن اللام في «للرسوم» بمعنى في على حد **﴿ونضع الموازين القسط ليوم القيامة﴾** [الأنبياء: ٤٧] أي في يوم القيامة، أي ثم خطاب القاضي لقاض آخر في الرسوم فهو متعلق بمحذوف صفة للرسوم، وإنما قال في الرسوم لأن الخطاب يكون بالرسم ويكون بمشاهدة القاضي للقاضي كما أشار إليه خليل بقوله: وأنهى لغيره بمشاهدة إن كان كل بولايته وبشاهدين مطلقاً الخ، وكلاهما واجب على القاضي إن طلبه منه والله أعلم. قال الشارح: قال المازري: ويكتب الحاكم إن حكم بما حكم به وبكل حجة له من تعديل وتجريح وموجب حكمه ليكون له حجة على المحكوم عليه إن نازعه، ويكتب بما حكم به لحاضر على غائب أبهم المكتوب إليه أو عينه، وفي سماع عيسى عن ابن القاسم: من ثبت حقه عند قاض فله أن يكتب له بذلك كتاباً إلى أي الآفاق كان لا يسمى قاضياً بعينه ولا بلداً بعينها. قال ابن رشد: هو كما قال اتفاقاً. قال الشارح: وما يلحق بذلك النظر في الخطاب وفي محله من الرسم المخاطب به وفي كفيته. قال ابن المناصف: وشأن قضاة وقتنا كتب الخطاب أسفل وثيقة ذكر الحق، وقد يكون في ظهر الصحيفة أو أحد عرضيها إن عجز أسفلها، وربما كان في ورقة ملصقة بالوثيقة إن تعذر الموضوع، ويستحب أن يبدأ بيسم الله الرحمن الرحيم، واستخف قضاة زماننا ترك ذلك في مخاطبات الوثائق، وأراهم لاكتفائهم بالاستفتاح الواقع في صدر العقد وإعادة ذلك أولى لأنه ابتداء فصل غير الأول، وكفيته أن يكتب أعلم بصحة الرسم المقيد فوق هذا على ما يجب الشيخ الفقيه الأجل أبا فلان ابن فلان أدام الله توفيقه وتسديده وليه في الله تعالى فلان ابن فلان والسلام عليكم. وذكره تاريخ المخاطبة أحسن وأحوط لاحتمال عزل القاضي الكاتب ولم يبلغه العلم بعزله فيدخله الخلاف في أعمال خطابه وعدم أعماله، ولأن البينة التي خاطب بقبولها وثبت الحق بها ربما انتقلت حالهم إلى جرحه حدثت فإذا تأخر العمل بذلك الخطاب ثم أعذر لمن ثبت عليه الحق ولم يكن تاريخ أمكنه إبطاله بإثبات جرحه البينة الآن ولا يمكنه ذلك مع ذكر التاريخ لسلامة وقت الأداء والقبول من الجرح الحادثة، وإنما قدموا في التخاطب مفعول اعلم وهو اسم المكتوب إليه على الفاعل الكاتب تعظيماً له واهتماماً به اهـ. ببعض اختصار وبعضه بالمعنى. (وقد نقل الشيخ ابن غازي) في تكميل التقييد كلام ابن المناصف المنقول آنفاً

فيه الشفاء إن شاء الله تعالى وذكرنا حكاية السطي وما وقع في ذلك، ولكن مرادنا هو الإنهاء يصح مطلقاً مات الكاتب أو عزل قبل الوصول، أو مات المكتوب إليه أو عزل وتولى غيره، وهذا هو الذي أدركنا أשיاخنا عليه، وما ذكره ابن عرفة في مسألة السطي لم يظهر لنا هو

في شرح قول المدونة في كتاب القضاء: وإذا كتب قاض إلى قاض فمات الذي كتب الكتاب أو عزل قبل أن يصل الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه أو مات المكتوب إليه أو عزل ووصل الكتاب إلى من ولي بعده فالكتاب جائز ينفذه من وصل إليه وإن كان إنما كتب لغيره اهـ. ثم استطرذ ذكر فروع رأيت إثباتها هنا لغرابتها بالنسبة للقاصر مثلي.

(أحدهما: بما يثبت خط القاضي) الكاتب قال فيه ما حاصله: إنه اتفق أهل عصرنا

المذهب وإن رجع لكلام ابن المناصف لأن دليل ابن المناصف لم يظهر وصاحب التحفة مرّاً على أنه إن مات المخاطب أو عزل ففي بطلان الإنهاء قولان ما لم يسجل الحكم فيمضي الإنهاء بلا خلاف، وإن مات المكتوب إليه أو عزل تمّ الإنهاء من جاء في محله وهذا مضمون قوله: وإن يمت مخاطب الخ الأبيات الثلاثة. والذي تظهر صحته هو المضي مطلقاً وهو الذي يظهر من كلام ابن رشد وغيره، ولكن لا بدّ من النظر عند قول المتن: وأنهى لغيره الخ.

قوله: (أحدهما بما يثبت خط القاضي الخ) قال القاضي المكناسي: جرى اصطلاح من أدرنا من القضاة يعملون على خطوط كل من يعرفون خطّه من القضاة ومن لم يعرف ذلك اكتفوا فيه بشاهد واحد الخ، ولعل الاكتفاء بشاهد واحد إن الغالب على المخاطب بالفتح أن يعرف خط المخاطب الكسر فصار الشاهد يشهد بما يعلم القاضي صحته غالباً فسومح في ذلك لأجل هذا، ألا ترى إن من شهد بين يدي القاضي لا يعذر فيه لمشاركة القاضي للشاهد في علم ما شهد به كما تقدم، ولكن كلام الكثير من الموثقين على أن التعريف لخطاب القاضي إنما يكون بعدلين، ولكن قف على الشرح عند قول المتن أو بأنه حكم له به في الشهادة وهذا هو المناسب لزماننا عند من أنصف، وكان شيخنا العالم الأطهر والقاضي الأشهر سيدي علي المراكشي إذا أتاه من يعرف بخط يقول له اكتب بيدك في رسمه إن هذا خط فلان وضع علامتك على ذلك، والله لقد نصح المسلمين في هذا غاية وذلك أن الشاهد ربما لقلّة دينه وحرصه على الإجارة يقول هذا خط فلان وإن لم يتيقنه، فإذا ظهر أنه غير خطه أنكر أن يكون هو المعروف به، والقاضي قد ينسى من عرف وربما عزل أو مات، وإن لم ينس ولم يمت ولم يعزل أنكره المعروف فيتحير القاضي، وربما نسب لما لا ينبغي ولا يتأتى شيء من هذا إن كتب ما ذكر بخطه، وقد فعلنا هذا حين ولايتنا فانزجر العدول فخافوا وعادوا يحتاطون في التعريف غاية، وكان شيخنا العلامة قاضي مكناسة الزيتون سيدي أبو مدين ربما قال شهد على خطه فلان، وهذا وإن كان فيه بعض احتياط لكن المعروف يتأتى له الإنكار مع هذا، وربما ينسب القاضي للخطأ لا سيما إن عزل أو مات، فالاحتياط التام هو الكتب فافهم هذه الفائدة إن أردت السلامة والسلام. وما ذكره ابن المناصف من اكتفاء القاضي بمعرفة خط المخاطب بالكسر ففي نوازل الأفضية من المعيار عن أبي زيد لا يعتمد القاضي على معرفته بخط من خاطبه إلا أن يشهد عدول عليه أن يأتيه ذلك الخط مراراً في غير شيء واحد لا يختلف الخط عليه فليقبله. ونقل عن محمد بن عياض أن عبد المنعم حين كان قاضياً بالمرية خاطب ابن عمّه عبدالله بن علي وهو قاض بتلمسان يقول له: إنك تعرف خطي وتعرف خطك ولا معنى للناقلين عندي مع هذا، وكان عبد المنعم بمكان من العلم والنبيل. وهنا ذكر عن أبي الحسن اعتماد القاضي على معرفته بالخط هو من باب الحكم

على قبول كتاب القاضي في الأحكام والحقوق بمجرد معرفة خطه دون إشهاده على ذلك ولا خاتم معروف، ولا أعلم خلافاً في مذهب مالك أن كتاب القاضي لا يجوز بمجرد معرفة خطه دون إشهاده على ذلك ولا خاتم ثم وجه ما جرى به العمل. الثاني: قال ابن المناصف: إن ثبت خط القاضي بيينة عادلة عارفة بالخطوط وجب العمل به وإن لم تقم بيينة على ذلك، والقاضي المكتوب إليه يعرف خط القاضي الكاتب إليه فجازز عندي بمعرفة قبوله خطه، وقبول سحنون كتب أمئائه بلا بيينة يدل على ذلك، وليس ذلك من باب قضاء القاضي بعلمه الذي لا يجوز القضاء به، لأن ورود كتاب القاضي عليه بذلك الحق كقيام بيينة عنده بذلك، فقبوله الكتاب بما عرفه من خطه كقبوله بيينة بما عرف من عدالتها. الثالث: قال ابن المناصف: ويجب على القاضي الذي ثبت عنده كتاب قاض إليه في حق يتأخر الحكم فيه أن يشهد على نفسه بثبوت ذلك الكتاب عنده الذي قبله بمعرفة خطه لأنه إذا لم يفعل ذلك فمات أو عزل وقد مات الذي كتبه له أو عزل وخلف مكان المكتوب إليه قاض آخر أوجب الحق لإثبات ذلك الكتاب عنده بشهود على القاضي الذي كتبه في حال ولايته أنه كتابه، إذ لا يكتفي في ذلك بمعرفة الخط إن كان الذي كتبه مات أو عزل لما نبينه، وهو أن ثبوت كتابه بمجرد الشهادة على خطه كمشافهته بسماع نطقه ذلك، وسماع ذلك منه إنما يعتبر في ولايته، وأما بعد عزله فلا انظر تمام كلامه إن شئت. الرابع: قال ابن المناصف: وتجوز مخاطبة قضاة الإمام بعضهم لبعض، ولو ولي بعض قضاة الإمام قضاة في عمله لبعده المحل عنه صح مخاطبته إياهم، ومخاطبة بعضهم بعضاً إن أذن لهم في ذلك، وإن قصرهم على مخاطبته لم تجز مخاطبة بعضهم بعضاً لأنهم وكلاؤه فلا يتعدوا ما حدّه لهم، ولا ينبغي أن يخاطبهم قاضي إقليم غير الذي ولاهم، ولا يخاطبوه إلا أن يكون ذلك بإذن الذي ولاهم، وإن كان تقديم القاضي قضائه بإذن الإمام الذي ولاه جازت مخاطبتهم مطلقاً فيما بينهم وبين غيرهم. الخامس: قال ابن المناصف: وشأن قضاة وقتنا كتب الخطاب في أسفل ووثيقة ذكر الحق إلى آخر كلامه الذي نقلناه عن الشارح أول شرح هذا البيت فراجع. السادس: قال ابن عرفة الذي استقر عليه عمل القضاة بإفريقية عدم تسمية القاضي المكتوب إليه، وغالب أمرهم أنه إن كان الذي كتب الإعلام هو قاضي الجماعة بتونس فإنه لا يكتب في آخر خطابه: والسلام على من يقف عليه ورحمة الله وبركاته، وإن كان الكاتب غيره كتب في إعلامه لفظ السلام

بعلمه الخ. والاحتياط في هذه الأزمان لا بدّ من تعريف عدلين للخطاب مع الثاني والنظر للقرائن الدالة على الصدق في التعريف هذا الذي يدان به الله تعالى حيث لم يعرف القاضي الخط، وإلا فالواحد كاف إذا علم القاضي بتنزول منزلة عدل آخر وأكثر لا سيما على من يقول: تكفي معرفة القاضي لخط المخاطب فافهم. ولعل ما عند فارس من الاكتفاء بالواحد في تعريف خطوط القضاة هو مبني وناظر لكفاية الشاهد الواحد في خط شاهد آخر على نفسه بخطه أو خط شاهد مات أو غاب، ولكن ذلك مع اليمين كما تراه فيما يأتي. وأما الشهادة على خط المقر أو الشاهد فيأتي عند قول الناظم: وخط عدل مات أو غاب اكتفى الخ.

الخ. وذكر لي بعض من يوثق به أنه كان ورد خطاب من قاضي بجاية إلى تونس والقاضي بها يومئذ أبو إسحاق بن عبد الرفيق ولم يكن فيه لفظ السلام فتوقف في قبوله. قال ابن المناصف: وإن شاء جعل فعل الإعلام حالاً وكتب أعلم بضم الهمزة وكسر اللام ورفع آخر الفعل، ثم يقولون بعد ذكر اسم المكتوب إليه: وكتب فلان ابن فلان، وإن شاء كتب أسفل العقد المقيد فوق هذا أو صحّ بالرسم أو ثبت الحق وما أشبه ذلك مما يدل على هذا المعنى. السابع: إن اشتملت الصحيفة على عقود كثيرة صحّ جميعها عنده، نص على ذلك في خطاب واحد فيقول: أعلمت الشيخ الفقيه القاضي أبا فلان بصحة الرسوم الثلاثة أو الأربعة المقيدة أو الرسمين المقيدتين فوق كتابي هذا أو بمقلوبه، وإن صحّ بعضها دون جميعها نص على ما صحّ منه إما بأن يقول المقيد أول هذا الصنف الموالي لكتابي هذا أو يعينه تعييناً يدفع الإشكال فيذكر الحق بعينه. الثامن: إن لم يكن في العقد المخاطب عليه إلا شاهد واحد وكان فيه شهود لم يقبل منهم إلا شاهداً واحداً خاطب فيه من غير أن يذكر صحّ في الرسم ولا استقل ولا ثبت، بل يقول: أعلم الشيخ الفقيه أبا فلان بقبول شهادة فلان ابن فلان المسمّى عقب ذكر الحق المقيد فوق هذا فيما شهد به من ذلك على ما يجب، وشبه هذه العبارة وهذا إنما هو في الحقوق المالية فيحلف صاحبها مع الشاهد ويستحق حقه، وأما الوكالات والحدود وما يثبت بشاهد ويمين فليس للمخاطبة فيه على الشاهد الواحد وجه إلا إن رجي أن يضاف إليه في غير ذلك الموضوع شاهد آخر، فإن أحلفه القاضي الكاتب وثبت يمينه عنده بشاهدي عدل كما يجب قال: أعلم الشيخ الفقيه القاضي أبا فلان بصحة الرسم المقيد فوق هذا بشهادة فلان ابن فلان، ويمين صاحب الحق المشهود له فلان على صحة ما شهد له به من ذلك وثبوت عندي كما يجب بعد سؤاله الإذن مني في اليمين المذكورة ورأيت إباحة ذلك كله وكتب فلان ابن فلان. التاسع: إن كان الخطاب بقبوله خطاباً وصل إليه كتب أعلم الشيخ أبا فلان بقبوله الخطاب الثابت عندي المرتسم فوق هذا أو يمينته أو يسرته أو مقلوبه. العاشر: إذا لم يكتب القاضي تحت العقد خطاباً يصرح فيه بالإعلام بصحة ذلك العقد عنده واقتصر على أن كتب صحّ الرسم عندي أو استقل وكتب فلان ابن فلان فذلك لغو غير جائز قبوله بمجرد الخط اهـ. وإلى كون ثبت ونحوه ليس بخطاب أشار ابن عاصم بقوله: وليس يغني كتب قاض كاكثفى البيتين. الحادي عشر: ممّا تسامح فيه أهل فاس وعملها ولا يعلم له أصل شهادة عدولهم على تسجيل قاضيهم، فإذا وضع القاضي خطه كتب الشاهد شهد على إسهاد من ذكر بما فيه عنه فهذه شهادة على خطه، وكيف تصحّ الشهادة على خطه وقد لا يكون بين مقعده ودكان من شهد عليه إلا قدر خطوة أو أقل، وممّا يتسامحون فيه أيضاً رسوم إثبات الأصول إذا ثبت الرسم عند القاضي ووقع عليه اكتفى فتحاز عنهم كتب الموثق الحمد لله حضر عن إذن قاضي الجماعة إلى أن قال: فحاصله أن شاهدي الحيازة هما الشاهدان على القاضي بأنه قدمهما للحيازة وأذن لهما فيها فكيف تصحّ شهادتهما لأنفسهما وقد كان العدل أبو عبدالله بن دشار يحدث أن عادتهم كانت في القديم أن الشهادة في الحيازة تكون بأربعة شهداء اثنان منهم يشهدان على القاضي بصحة الرسم ويتوجيه الآخرين للحيازة

والاثنان الآخرين يشهدان على الحائزين بالحيازة ولا إشكال في هذا. قال مقيد هذا الشرح عفا الله عنه: وكان الأصل أن يحتاج إلى ثمانية عدول: اثنان يشهدان بالملكية واستمرارها، واثنان يشهدان على القاضي بتقديم اثنين للحيازة، واثنان يحوزان أعني اللذين قدمهما القاضي للحيازة يقولان هذا الذي حزنه وتطوفنا به هو الذي شهد به فلان وفلان عند قاضي كذا بأنه لفلان الغائب مثلاً، واثنان يشهدان على الحائزين بالحيازة، ويكتفي بأربعة اثنان يشهدان بالملكية واستمرارها، واثنان يشهدان على القاضي بتقديم شهود الملك للحوز وبأنهما حازا، ولا يكفي أن يشهد الحائزان بأن القاضي قدمهما للحيازة لأنها شهادة لأنفسهما، ولا أنهما حازا لأنها شهادة على فعل أنفسهما، وإنما يقع التداخل بين شهدي الملك والحيازة، فيكون شهدي الملك هما الحائزين، وبين شهدي تقديم القاضي للحيازة وشهدي الحوز، فيكون شهدي التقديم على الحوز هما شاهدي الحوز. الثاني عشر: قال في تكميل التقييد أيضاً وفي النوادر عن المجموعة: إن ثبت عند المكتوب إليه أن من كتب إليه مستحق للقضاء في فهمه ومعرفته ودينه وورعه غير مخدوع قبل كتابه. قال ابن سحنون عنه عن أشهب: وإن كان غير عدل لم يقبله. وقال سحنون: يكاتب غير العدل بإفناذ الأمر ولا يقبل كتابه. قال أشهب: لا يقبل كتاب غير العدل إلا ما كان من أمر لا يشك في صحته، وفي النوادر عن أصبغ: إن جاء بكتاب قاض لا يعرف عدالته ولا سخطه، فإن كان من قضاة الأمصار الجامعة كمكة والمدينة والعراق والشام ومصر والقيروان والأندلس فلينفذه وإن لم يعرفه، ومحمل مثل هؤلاء على الصحة، وأما قضاة الكور الصغار فلا ينفذه حتى يسأل عنه. الثالث عشر: في رسم العتق من سماع عيسى سئل عن القاضي يكتب إلى قاض في الحقوق والأنساب والموارث وأشبه ذلك فيكتب: أتاني فلان بشهود عدلوا عندي وقبلت شهادتهم ولا يسميهم في كتابه أيجوز؟ قال نعم، وهذا قضاء القضاة رأيت إن سماهم له أيعرفهم أم تبغي عدالة أخرى ويسأل عنهم أن يستأنف فيهم حكماً غير ما حكم به وفرغ منه ليس ذلك كذلك. قال العتبي: قد قيل إنه ينبغي أن يسمي البينة في الحكم على الغائب ليجد سبيلاً إلى دفع شهادتهم عنه وهو عندي بين إن شاء الله. الرابع عشر: قال ابن رشد: يجب على القاضي المكتوب إليه أو من ولي بعده أن يصل نظره فيما ثبت عند القاضي الكاتب، فإن كتب بثبوت شهادتهم فقط لم يأمر بإعادة شهادتهم ونظر في تعديلهم، وإن كتب بتعديلهم أو بقبوله إياهم أعذر للمشهد عليه فيهم، وإن كتب أنه أعذر إليه فعجز عن الدفع أمضى الحكم عليه اهـ. مختصراً من سماع ابن القاسم أول مسألة في الأفضية. الخامس عشر: ليس قول القاضي ثبت عندي كذا حكماً منه بمقتضى ما ثبت عنده فإن ذلك أعم منه اهـ. باختصار. قال مقيد هذا الشرح سمح الله له بفضلته وقد أطال الكلام في هذه المسألة ومما استدل به على أن الثبوت أعم من الحكم قولهم: ثبت عندنا موت الخليفة وخصب أرض كذا، وثبت عندنا ظلم فلان وعداوته، إلى غير ذلك مما علموه بالخبر وتلقوه بالقبول من أفواه العدول مما لا يصح أن ينتصب إليه الحكام ويطلب فيه القضايا والأحكام، وحاصل الأمر أن المعنى بالثبوت لغة حصول الأمر وتحققه، انظر كلامه إن شئت وإلى الخلاف في كون

قول القاضي ثبت عندي كذا حكماً أو ليس بحكم أشار الإمام سيدي علي الزقاق بقوله في المنهج المنتخب في قواعد المذهب:

والحكم والثبوت شيء اتحد وقيل غيران على ذا يعتمد
انظر شرح الشيخ المنجور. قال الشيخ رحمه الله:

وَالْعَمَلُ الْيَوْمَ عَلَى قَبُولِ مَا خَاطَبَهُ قَاضٍ بِمِثْلِ أَعْلَمَا
وَلَيْسَ يُغْنِي كَتَبَ قَاضٍ كَاكْتَفَى عَنِ الْخِطَابِ وَالْمَزِيدُ قَدْ كَفَى
وَإِنَّمَا الْخِطَابُ مِثْلُ أَعْلَمَا إِذْ مُعَلِّمًا بِهِ اقْتَضَى وَمُعَلِّمًا

هذا هو الصواب في ترتيب هذه الأبيات والفصل بينها غير ظاهر والله أعلم، لأن مضمون معناها وحاصله مسألة واحدة، وهي أن العمل جرى في زمن الناظم على قبول خطاب القضاة بعضهم لبعض بقوله: اعلم باستقلاله أو ثبوته فلان، ونحو ذلك مما يؤدي معناه ولا يكفي في الخطاب أن يقول: اكتفى أو ثبت أو استقل ونحوها، وإنما يكفي ذلك عن زيادة الشهود فقط. وأما الخطاب فلا يكفي فيه إلا مثل اعلم الخ كما تقدم قريباً. فقوله: وإنما الخطاب مثل اعلم هو تكرار مع البيت الأول بزيادة ما يدل على الحصر، وهو إنما وبيان توجيه كون اكتفى ونحوه لا يكفي في الخطاب في قوله: إذ معلماً به اقتضى ومعلماً، وبيانه أن اللفظ الذي جرى به العمل في الخطاب يدل على ثلاثة أمور، أحدها: شخص معلم بكسر اللام بما ثبت عنده وهو القاضي الكاتب. والثاني: شخص معلم بفتحها وهو القاضي المكتوب إليه ويصح العكس وهو فتح اللام في الأول وكسرهما في الثاني، وبالضرورة أنهما يدلان على أمر ثابت معلوم عند القاضي الكاتب أعلم به القاضي المكتوب إليه، فضمير به في البيت الثالث للأمر المعلوم الذي دل عليه المعلم، والمعلم بالكسر والفتح والمجورور يتنازع فيه معلم بالكسر والفتح واقتضى بمعنى طلب وافهم فقولهم في الخطاب أعلم باستقلاله أو بثبوته فلان أعلم بفتح الهمزة واللام والميم فعل ماض وفاعله هو الاسم المكنى عنه بفلان الذي هو المعلم لغيره بما ثبت عنده وهو يتعدى لمفعولين: حذف الأول منهما للعموم على حد قوله تعالى: ﴿والله يدعو إلى دار السلام﴾ [يونس: ٢٥] أي جميع عباده، وتقديره هنا من يقف عليه يعني ممن هو أهل لذلك فيشمل القاضي المكتوب إليه وغيره ممن يتولى بعده لموته أو عزله. والمفعول الثاني هو قوله بثبوته أو استقلاله وهو يتعلق بأعلم وضمير ثبوته للرسم أي أعلم كاتبه الواقف عليه أن هذا الرسم يستحق أن يعمل بمقتضاه لاستجماعه شروط الحكم به واستقلاله بنفسه وعدم توقفه على غيره. قال الشارح: قوله: «وإنما الخطاب» البيت يعني أن الخطاب المعلم به عند القضاة هو أعلم بما اتصل به من تسمية المعلم وتعيين المعلم أو اقتضائه له على الإطلاق وبما يماثل هذا اللفظ لو وقع عليه الاصطلاح، إذ ليس لفظ أعلم بخصوصها بواجبة الوجوب الذي لو تعدى لبطل العقد، وإنما تعينت لوقوع اختيار القضاة عليها لاستيفائها المعنى المقصود في الوضع، ولو وقع الاصطلاح مثلاً بسواها لما كان مانع من ذلك ولما تقرر الاصطلاح بالإعلام لزم، فلو لم يكتب القاضي خطاباً يصرح فيه

بالإعلام بصحة الحق عنده، واقتصر على أن كتب صحَّ الرسم عندي أو ثبت أو استقل وكتبه فلان ابن فلان فذلك لغو غير جائز قبوله بمجرد الخط، قال ذلك ابن المناصف اهـ. كلام الشارح. وقد جرت العادة أن لا يكتب القاضي اسمه المكنى عنه بلفظ الخطاب بفلان بالكتابة المعهودة التي يقرؤها كل واحد بل يكتب بتخليط وتعمية ويسمي العلامة، وذلك والله أعلم لثلاً يزور ويخاطب غير القاضي على لسانه، وكذلك الاصطلاح في وضع الشاهد اسمه في العقد لثلاً يكتب اسمه غيره فينسب إليه ما لم يشهد به، ومما ينبغي للشاهد ويتأكد عليه أن يثبت على علامة واحدة ولا ينوعها فيقع الالتباس في شهادته. ولما ذكر الناظم أن الخطاب يكون بأعلم وبمثله مما يؤدي معناه خاف أن يتوهم أن لفظ اكتفى ونحوه واستقل وصحَّ وثبت تكفي في الخطاب بها أيضاً، فرفع هذا الوهم أيضاً بقوله: «وليس يعني كتب قاض كاكثفى» البيت، فالكاف الداخلة على اكتفى أيضاً اسم بمعنى مثل مفعول كتب، وكتب فاعل يعني وهو مصدر مضاف للفاعل وهو قاض وكمل بالمفعول وهو الكاف أي بمثل اكتفى وصحَّ ونحوهما وليس هنا حرف بمعنى لا النافية. وعن الخطاب يتعلق بغيري أي لا يعني عن الخطاب ولا يكفي عنه المخاطبة بمثل اكتفى ونحوها، ولما نفى الاكتفاء به في الخطاب أراد أن ينبه على ما يفيد وما يفهم منه فأفاده بقوله: والمزيد قد كفى أي إنما يكفي اكتفى وثبت ونحوهما عن زيادة الشهود فقط ولا يكفي عن الخطاب. قال الشارح: ما جرى به عرف بلدنا الأندلسية من كتبهم اكتفى فيه إشعار بأن المشهود له لا يطلب بعد ذلك بشهود زيادة على ما حصل في العقد، وأن اللفظ لا يعني عن الخطاب، وإنما يكفي المشهود له عن زيادة الشهود، ويدل على أن الرسم قد استقل عند القاضي اهـ. فقوله: والمزيد منصوب على إسقاط الخافض أي كفى لفظ اكتفى، وما أشبهه عن زيادة الشهود على ما حصل في العقد لا عن الخطاب فلا يكفي عنه، فالمزيد بمعنى المصدر أي الزيادة. ولما ذكر أن اكتفى وشبهه لا يكفي عن الخطاب بين ما يكون به الخطاب موجهاً له بقوله: «وإنما الخطاب مثل أعلم» البيت وقد تقدم بيانه، وإطلاق الناظم في أعمال الخطاب بما ذكر يقتضي أنه عام في جميع الأمور من الحقوق المالية والبدنية وهو كذلك. قال الشارح: وتقييد العمل باليوم يؤذن أنه كان قبل ذلك بخلافه وهو صحيح، فقد كان العمل حين حدث الضرب على الخطوط باستصحاب شاهدي عدل كتاب القاضي إلى المكتوب إليه بعد أن كان العمل قبل ذلك بالاكتفاء بالكتاب المختوم، وكان العمل الآن بالاكتفاء بالخطاب دون الشاهدين عليه عاد إلى ما كان عليه قديماً من الاكتفاء بالكتاب المختوم وذلك لضرورة فقد العدول في أكثر المواضع من ندور أحكام الضرب على الخط فاستحسن الرجوع إلى العمل القديم. قال في المقرب: قلت له: فالقاضي إذا كتب إلى القاضي بشهادة شهود شهدوا عنده وعدلوا وكانوا قد شهدوا على رجل بعينه بحد أو قصاص أو غير ذلك أيقبل القاضي الذي جاءه الكتاب البينة التي في الكتاب ويقضي بها؟ قال نعم اهـ. تنبيه: قال في تكميل التقييد فائدتان: الأولى في قول القاضي: ثبت عندي ثلاث نكت: أولها أنه ليس بخطاب كما تقدم لابن المناصف. وثانيها: هو حكم أم لا وفيه صنف الإمام الرازي. وثالثها: هل

يقبل ذلك منه وإن لم يسم البينة أم لا؟ قال المازري: من الحكمة والمصلحة منع القاضي الحكم بعلمه خوف كونه غير عدل فيقول: علمت فيما لا علم له به، وعلى هذا التعليل لا يقبل قوله: ثبت عندي كذا إلا أن يسمى البينة، وقد ركب ذلك ابن القصار وقال: لا يقبل حتى يسمى البينة، وكذا قال ابن الجلاب. ثم قال: الفائدة الثانية: ظاهر كلام ابن المناصف أن ثبت واكتفى وصح واستقل كالمترافة. وذكر عن أبي عبدالله بن راشد أنه كان يخص استقل بالعدول واكتفى بإثبات الأملاك وثبت مما عداهما. وعن العقباني: استقل للمبرزين وثبت لمن يقاربهم واكتفى لمن دون ذلك اه. ونحوه في شرح اليرتاسني عن العقباني أيضاً ونصه: جرى العمل في زماننا هذا في تلمسان وما بعدها من مدن المغرب بتصريح الخطاب بالإعلام بالاستقلال فيما ثبت من الرسوم بشهادة المبرزين من العدول، وبالثبوت فيما ثبت دونهم، وبالاكتفاء بالأدنى، فهي ثلاث مراتب. وأما بالجزائر وما والاها فالخطاب عندهم بالثبوت والاكتفاء فقط اه. تنبيه: هذا ما يكتبه القاضي الذي يخاطب قاضياً آخر، وأما المخاطب بالفتح وهو الذي ورد عليه الخطاب فإنه إن كان معيناً في الخطاب باسمه وقع تحته أعملته، وإن كان الخطاب لا تعيين فيه أو عين فمات أو عزل وقع من خلفه قبلت وهو اصطلاح لا غير والله أعلم.

وإن يَمُتْ مُخَاطِبٌ أَوْ عَزَلَا رَدَّ خِطَابُهُ سِوَى مَا سُجِّلَا
وَاعْتَمَدَ الْقَبُولَ بَعْضُ مَنْ قَضَى وَمُعَلِّمٌ يَخْلُفُهُ وَالْيَ الْقَضَا
وَالْحَكْمُ الْعَدْلُ عَلَى قَضَائِهِ خِطَابُهُ لَا بُدَّ مِنْ إِمْضَائِهِ

تعرض في الأبيات لما إذا خاطب قاض قاضياً آخر فمات أحدهما أو عزل، فأخبر أنه إذا مات القاضي المخاطب بالكسر أو عزل فقد اختلف هل يعتمد خطابه ويعمل عليه أو لا؟ فمنهم من رد خطابه ولم يعتمده، ومنهم من قبله واعتمد عليه، وإلى هذين القولين أشار بقوله: رد خطابه، ثم قال: واعتمد القبول بعض من قضى أي بعض القضاة، وهذا الخلاف إذا لم يسجل الحكم، وأما إن سجله وأشهد على نفسه عدلين أنه حكم به وأنفذه فإنه يعمل عليه اتفاقاً، سواء بقي على قضائه أو مات أو عزل، وعلى ذلك نبه بقوله: سوى ما سجلا. فإن قلت: كلامنا في خطاب القاضي بما ثبت عنده لقاضي بلد المدعى عليه فيكون الحكم والتنفيذ في بلد المحكوم عليه فكيف يسجل المخاطب الحكم وينفذه؟ وإنما ينفذه القاضي المنهي إليه المخاطب بالفتح. قلت: يتصور ذلك حيث يكون المتنازع فيه ديناً في الذمة، فكان المحكوم عليه مع طالبه في بلد الطالب فينفذ قاضياً الحكم عليه عملاً بقوله قبل: «وحيث يلفيه بما في الذمة يطلبه»، ثم يكتب لقاضي بلد المطلوب بما حكم به وأمضاه ليتمكن الطالب من مال المطلوب إن لم يكن له مال في بلد الحكم والله أعلم. ثم أخبر أنه إذا مات القاضي المكتوب إليه المخاطب بالفتح أو عزل، فإن من ولي القضاء بعده يخلفه ويتنزل منزلته في إنفاذ ما طلب به سواء كان معيناً مسمى في الخطاب أو غير معين، وإلى ذلك أشار بقوله: «ومعلم يخلفه والي القضاء»، فمعلم بفتح اللام اسم مفعول من أعلم، ثم صرح بمفهوم قوله: وإن يمت مخاطب أو عزلا فأخبر أن القاضي

المخاطب لغيره من القضاة إذا لم يطراً عليه موت ولا عزل فإن خطابه ماض غير مردود. قال في المدونة: فإن مات القاضي المكتوب إليه أو عزل ووصل الكتاب إلى من ولي بعده أنفذه من وصل إليه وإن كان إنما كتب إلى غيره وفي آخر كتاب الرجم منها، وكذلك إن مات القاضي المكاتب أو عزل اهـ. أي فإن من وصل إليه ينفذه، فالمسألة الأولى هي قوله: ومعلم يخلفه والي القضاة، والتي في آخر كتاب الرجم هي قوله في مسألة موت القاضي الكاتب واعتمد القبول بعض من قضى. قال الشارح: وفي المدونة وغيرها إن مات القاضي أو عزل وفي ديوانه شهادة البيئات وعدالتها لم ينظر فيها من ولي بعده ولم يجزه إلا أن تقوم عليه بيعة، وإن قال المعزول: قد شهدت به البيعة عندي لم يقبل قوله ولا يكون شاهداً بذلك، وإلى هذا القول أشار بقوله: رد خطابه والله أعلم. وأشار بقوله: سوى ما سجلا إلى ما في سماع ابن القاسم وبه العمل قال إشهاد الحاكم بحكمه يوجب حقاً للمحكوم له، ولو مات القاضي أو عزل أو مات المحكوم له أو عليه قبل حوز المحكوم له بما حكم له به، قال ابن رشد: اتفاقاً اهـ. ولفظ مخاطب في البيت الأول بكسر الطاء وفاعل سجلا يعود على المخاطب والقبول مفعول اعتمد وبعد فاعله ومعلم بفتح اللام اسم مفعول والحكم بفتحيتين واحترز بالعدل من غيره فإن خطابه لا يقبل. قال في النوادر عن المجموعة: إن ثبت عند المكتوب إليه أن من كتب إليه مستحق للقضاء في فهمه ودينه وورعه غير مخدوع قبل كتابته. قال ابن سحنون عن أبيه عن أشهب: وإن كان غير عدل لم يقبله ولو كتب إليه العدل أن ابني ثبت له عندي بيعة كذا لم يقبله وكان كالشاهد له فإن أجازه لم يفسخه من ولي بعده.

وفي الأداء عند قاضٍ حلّ في غير محلّ حكمه الخلف اقتضي
ومنعهُ فيه الخطاب المرتضى وسوّغ التّغريف بعض مَنْ مَضَى

ذكر في هذين البيتين ثلاث مسائل متناسبة المعنى وهي إذا حلّ القاضي بغير محلّ ولايته هل له أن يسمع هنالك بيعة شاهدة بحق لمن يكون في ولايته وتؤدى شهادتها عنده هنالك أو لا؟ وهل له أن يخاطب رسماً ثبت عنده بموضع ولايته ولم يخاطبه هنالك وافتقر إلى خطابه هنا أو لا؟ وهل له أن يعرف قاضي موضع حلوله بما ثبت عنده من الرسم على القول بمنع خطابه إياه؟ ونقل الناظم الخلاف في المسائل الثلاث وأن المنع من الخطاب هو المرتضى. قال الشارح: وما ضمنه الشيخ في البيتين هو مقتضى ما نقله ابن سهل في نوازل عن ابن عبد الحكم إن حلّ قاضٍ بغير محلّ ولايته فليس له أن يسمع بيعة على من في محله ولا أن يشهد على كتابه بذلك إلى أحد، وله أن يسأل عن حال بيعة شهدت عنه.

(وفي كتاب منهاج القضاة لابن حبيب عن أصبغ) إن بعث الإمام القاضي لبعض

قوله: (وفي كتاب منهاج القضاة لابن حبيب الخ) قال كاتبه: وفي أسئلة أبي عمران أن الحكم على من هو في غير عمل القاضي جائز إذا كان في موضع القاضي ما يحكم عليه فيه، لأنه إنما حكم

الأمصار في شيء من أمور العامة فحل به فله أن يسمع فيه بيعة بحق على غائب في عمله ويسأل من قام بها تعديلها، وله أن يسأل قاضي ذلك المصر عنهم ويجتزىء بما أخبره به من عدالتهم لأنه من عمله، ولو اجتمع الخصمان عنده بذلك المصر للمخاصمة عنده وما يختصمان فيه في بلد القاضي الغائب عن قطره لم ينظر بينهما إلا أن يتراضيا عليه كتراضيهما أن يحكم بينهما، وبعض جواب أصبغ خلاف ما تقدم لابن عبد الحكم. وسألت ابن عتاب عن قاض حل بغير بلده وقد ثبت عنده ببلده حق لرجل فطلب منه أن يخاطب به قاضي موضع المطلوب قال: لا يجوز له ذلك فإن فعل بطل خطابه ثم قال: ولا يبعد أن ينفذ. قلت له: فإن كان الحق الثابت عنده ببلده على من هو بموضع احتلاله فاعلم قاضي الموضع بذلك مشافهة بما ثبت عنده أيكون كمخاطبته بذلك؟ قال: ليس مثله. قلت: ما يمنعه من إخباره به ويشهد عنده بذلك وينفذه كما يشهد بما يجري في مجلسه من إقرار وإنكار ويقضي به؟ قال: ليس مثله ولكن إن أشهد هذا القاضي المخبر بذلك شاهدين في منزله وشهدا بذلك عند قاضي الموضع نفذ وجاز، قال ابن سهل: ورأيت فقهاء طليطلة يجيزون إخبار القاضي المحتل بذلك البلد وينفذ ويروه كمخاطبته إياه. قال الشارح: فمعنى البيت الأول هو مقتضى ما لابن عبد الحكم وأصبغ ومنع الخطاب هو مرتضى ابن عتاب، والتعريف هو الذي أسند ابن سهل لفقهاء طليطلة، وعلى ما ذهب إليه فقهاء طليطلة العمل عند قضاة الجماعة بالحضرة اه. فقول الناظم في الأداء خبر مقدم وعند يتعلق بالأداء وجملة حل صفة لقاض والخلف مبتدأ واقتضى صفة لخلف ومنعه مبتدأ والخطاب مفعول منع من مفهوم قوله المرتضى، وقوله بعض من مضى يفهم الخلاف في الفرع الثاني والثالث، وقوله وليس يغني البيتين تقدم شرحهما إثر قوله: والعمل اليوم على قبول ما البيت، وتقدم أن ذلك المحل أنسب لهما والله أعلم.

وُثِّبَتِ الْقَاضِي عَلَى الْمَحْوِ وَمَا أُشْبِهَهُ الرَّسْمَ عَلَى مَا سَلِمَا

يعني أن الرسم إذا كان به محو أو قطع أو حرق نار ونحو ذلك طلب من القاضي تصحيحه أو الخطاب به إلى غيره من قضاة، فإنه إنما يصحح ويخاطب بما سلم من فصول لا على جميعه. قال الشارح: وينص في كتابه على منتهى ما ابتدء به المحو أو البشر ومبتدأ ما انتهى إليه اه. أي الكلمة التي قبل ابتداء المحو والتي بعد انتهائه، فقوله: ويثبت القاضي فعل وفاعل والرسم مفعول وعلى المحو يتعلق بمحذوف صفة للرسم أي الرسم المشتتمل على المحو، وما أشبه المحو من قطع وغيره، وعلى ما سلم بدل من الرسم بدل بعض من كل أي على ما سلم منه.

فرع: قال في الطرر: فإن وقع في الوثيقة محو أو بشر أو ضرب في مواضع العدد مثل عدد الدنانير أو أجلها أو تاريخ الوثيقة سئلت البيعة، فإن حفظت الشيء بعينه الذي

في شيء تحت حكمه وفي بلده الذي ولي النظر فيه، وإنما لا يجوز حكمه على غائب لا مال له ببلد الحاكم اه. انظر المتيطي. وما ذكره هنا فإننا قد استوفينا في الشرح.

وقع فيه ذلك من غير أن يروا الوثيقة مضت، وإن لم يحفظوا سئلت عن البشر، فإن حفظوه مضت أيضاً وإن لم يحفظوه سقطت الوثيقة، وإن كان ذلك في غير مواضع العقد لم يضر الوثيقة ولم يوهنها وإن لم يعتذر عنه اهـ. من الباب الثامن من الفائق للونشريسي.

وَعِنْدَ مَا يَنْفُذُ حُكْمٌ وَطُلِبَ تَسْجِيلُهُ فَإِنَّهُ أَمْرٌ يَجِبُ
وَمَا عَلَى الْقَاضِي جُنَاحٌ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ إِذَا حَرَجَ مِنْ حَرَجٍ إِذَا ابْتَدَأَ فَمَلَا

يعني أن القاضي إذا حكم على الخصم وطلب أحد الخصمين من القاضي تسجيل الحكم أي كتبه في سجل أي صك فإن ذلك يجب على القاضي لمن طلبه ليحصن به لنفسه ما حكم له به لما فيه من دفع مفسدة تجديد الخصومة وتعني المطلوب فيها بعد انقضاء النزاع باستثناه مرة أخرى، فإن فعله القاضي لنفسه من غير أن يطلب به جاز. قال في الوثائق المجموعة: وإن طلب القائم أن يسجل له القاضي بما أثبتته من ملكه للعقار الذي كان بيد المقوم عليه وكان القاضي قد أعذر إلى المقوم عليه في الشهود الذين ثبت عنده ذلك بشهادتهم وعجز عن المدفع فإنه يسجل له اهـ. باختصار واقتصار على محل الحجة.

وَسَأَلَ مَعَ سُؤَالِهِ تَسْجِيلُ مَا لَمْ يَقَعِ النِّزَاعُ فِيهِ كَلِمًا

يعني أنه يجوز للقاضي تسجيل ما لم يقع فيه النزاع إذا سئل ذلك منه على وجه التحصين له والاستعداد به، وذلك مثل رسوم الأحباس التي يهلك شهودها ويشهد على خطوطهم وغير ذلك مما يثبت عند القاضي ولم يقع فيه خصام. قال الجزيري في وثائقه: وإذا سئل القاضي إثبات ما لا خصومة فيه والتسجيل فإن شاء أجاب وإن شاء لم يجب اهـ. وتسجيل فاعل سأغ ومع يتعلق به أو بمحذوف حال تسجيل.

وَسَائِلُ التَّعْجِيزِ مِمَّنْ قَدْ مَضَى يُمَضَى لَهُ فِي كُلِّ شَيْءٍ بِالْقَضَا
إِلَّا أَدْعَاءَ حُبْسٍ أَوْ طَلَاقٍ أَوْ نَسَبٍ أَوْ دَمٍ أَوْ عِتَاقٍ
ثُمَّ عَلَى ذَا الْقَوْلِ لَيْسَ يُنْتَفَتُ لِمَا يُقَالُ بَعْدَ تَعْجِيزِ ثَبَتَ

يعني أن المقضي له إذا سأل من القاضي تعجيز المقضي عليه فإن ذلك له، ويمضي عليه حكم التعجيز في كل شيء يقع فيه التحاكم بين يدي القاضي، ولا يخرج من ذلك إلا ما استثناه الناظم من الحبس والطلاق والنسب والدم والعتاق، فإذا عجز المقضي عليه فلا يلتفت بعد ذلك لما يأتي به من بينة على صحة دعواه، ولا ينظر له إلا في تلك الأمور المستثناة دون غيرها. قال ابن سهل: وإذا انقضت الآجال والتلوم ولم يأت المؤجل له بشيء يوجب نظراً عجزه القاضي وأنفذ القضاء عليه وسجل وقطع بذلك شغبه عن خصمه في ذلك المطلوب، ثم لا تسمع بعد ذلك حجة إن أتى بمكان هذا المؤجل العاجز طالباً أو مطلوباً إلا في ثلاثة أشياء: العتق والطلاق والنسب. قال ابن سهل: ويشبه ذلك الحبس وطريق العامة وشبه ذلك من منافعهم، وليس عجز طالبه يوجب منعه ومنع غيره من النظر له إن أتى بوجه. وفي طرر ابن عات: زيادة الدم على المستثنيات

المذكورة كما عند الناظم .

(والفرق بين الإعذار والتعجيز) أن الإعذار سؤال الحاكم المشهود عليه أبقيت لك حجة؟ فإن قال لا أو بقت وأنظره لها فإن لم يأت بشيء أشهد عليه أنه لم يبق له حجة في الوجه الأول وأنه لم يأت بشيء في الوجه الثاني وذلك هو التعجيز اهـ. وفي التوضيح ما ذكره أي ابن الحاجب من أنه إذا ذكر أن له حجة وتبين لده يقضي القاضي عليه هو التعجيز اهـ.

تنبيه: قال في التبصرة، ولم تجر عادة الموثقين بإفراد عقد التعجيز وإنما يضمنونه عقد السجلات فتقول: أشهد القاضي فلان أن فلاناً قام عنده وادعى على فلان كذا وأنكر المدعى عليه ذلك فكلف القائم الإثبات وأجله أجلاً بعد أجل ثم تلوم له فلم يأت بشيء فسأل المدعى عليه تعجيزه وقطع دعواه عنه فأجابه القاضي إلى ذلك، وسأل الحاكم المدعي أبقيت لك حجة؟ فقال لا فاستبان له عجزه فعجزه وقطع عن المدعى عليه طلبه وتعنيته وسجل بذلك وأشهد به على نفسه في تاريخ كذا اهـ. ببعض اختصار. فرع: فإن حكم على القائم بإسقاط دعواه حين لم يجد بينة من غير صدور تعجيز ثم وجد بينة فله القيام بها ويجب القضاء له .

تنبيه: ما تقدم من أن المعجز إذا أتى بينة لم تسمع هو أحد أقوال ثلاثة، وثانيها أنها تسمع، وثالثها أن ذلك يقبل من الطالب دون المطلوب، وهذا الخلاف إذا عجزه القاضي بإقراره على نفسه بالعجز، وأما إذا عجزه بالتلوم والإعذار وهو يدعي أن له حجة فلا يقبل منه ما أتى به بعد ذلك، وأشار بقوله ثم على ذا القول إلى إذا قيل بامضاء التعجيز في كل شيء فلا يلتفت إلى ما يأتي به، فمفهومه أنه على القول بعدم تعجيزه أنه ينظر لما يأتي به ويعمل عليه والله أعلم .

قوله: (والفرق بين الإعذار والتعجيز الخ) بل الفرق بين هذين أن الاعذار هو قول القاضي للخصم: أبقيت لك حجة فإذا لم يأت بحجة فلا يقبل ما أتى به إلا لعذر كئسيان، والتعجيز هو جعل القاضي الخصم عاجزاً بعد الاعذار إليه، ولا يقبل منه بعد ذلك ما أتى به ولو لوجه على ما به العمل إلا في الحبس. وما ذكر بعده وقد وقع لبعض تخليط في المسألة، وتقدم كلام في هذا وكلام التوضيح فيه إيهام، فانظر كلامنا على المسألة عند قول المتن واعذر بأبقيت لك حجة، وما ذكرناه على قول المتن في تنازع الزوجين، ثم لم تسمع بينته إن عجزه قاض مدعي حجة الخ، وقد قال اللقاني في حواشي التوضيح ما نصّه: اعلم أن التعجيز هو الحكم بالعجز وانقطاع الحجة، وأنه لا يقبل منه بعد ذلك حجة، فجعل التعجيز هو قضاء القاضي بالحق أو الإبراء تسمع هذا لفظه وهذا هو الحق في التعجيز، وكثير خلط ما يترتب على الإعذار بما يترتب على التعجيز، وكذا خلط حقيقة هذا بحقيقة هذا.

باب الشهود وأنواع الشهادات وما يتعلق بذلك

الشهود جمع شاهد، وأنواع الشهادة على ما ذكره الناظم في الفصل الآتي خمسة، والشهادة والرواية خبران، غير أن المخبر عنه إن كان عاماً لا يختص بمعين فهو الرواية كقوله عليه الصلاة والسلام: «الأعمال بالنيات» وغير ذلك، فإن ذلك لا يختص بشخص معين بل هو عام في كل الخلق، بخلاف قول العدل عند الحاكم لهذا عند هذا دينار فإنه إلزام المعين لا يتعداه، والأول هو الرواية، والثاني هو الشهادة، قاله القرافي، ثم أورد سؤالاً قائلاً ما قرناه من أن الشهادة تتعلق بجزئي منقوض بأنها قد تتعلق بكلي كالشهادة على الفقراء في الوقف، وكذلك الرواية قد تتعلق بجزئي كالإخبار عن النجاسة في الثوب والماء المعينين. وأجاب عن الأول بأن العموم في الشهادة بالعرض، والمقصود الأول إنما هو الجزئي، لأن المقصود بالوقوف إنما هو الواقف لينزع المال من يده، وكون الموقوف عليه غير معين لا يقدح، وعن الثاني الإخبار عن نجاسة الماء المعين إنما هو باعتبار وصفه من حيث أنه صفة كلية لا باعتبار ذاته المخصوصة، ولذلك كان كل ماء مماثل له في الصفة التي حكم عليه بالنجاسة مماثل له في الحكم بنجاسته.

وَشَاهِدُ صِفَتُهُ الْمَرْعِيَّةُ عَدَالَةٌ تَيْقِظُ حُرِّيَّةَ

ذكر في هذا البيت صفة الشاهد المقبول الشهادة لا أن بعضها مصرح به وبعضها داخل فيه بالتضمن. أولها: العدالة، ويأتي تفسيرها في البيتين بعد هذا. قال الشارح: وهي متضمنة للإسلام الذي هو شرط في أدائها كقوله تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة: ٢٨٢] ويفهم منه أن من لا يرضى ليس أهلاً للشهادة. الثاني: التيقظ وهو الفطنة والتحرز لأنه إن كان من أهل الغفلة أو البله لم يؤمن عليه التحيل من أهل الحيل فيشهد بالباطل. قال الشارح: واشتراط التيقظ أخص من اشتراط التكليف المتضمن للعقل والبلوغ فيستلزمهما حسب ما مر التنبيه على مثل ذلك في شروط القاضي لأنه إذا اشترط التيقظ الذي لا يمكن أن يتصف به إلا من حصل له مطلق وصف العقل لكون التيقظ زيادة عليه فأحرى أن تحصل مظنة العقل التي هي البلوغ، فكيف يتوهم الاكتفاء دون هذين الشرطين وقد اشترط ما لا يكون تاماً إلا بعد حصولهما وذلك ظاهر، فاشتراط التيقظ يتضمن شرطي العقل والبلوغ واكتفائه به دونهما. الثالث: الحرية وهي شرط في الشاهد أيضاً لأن قدر المناصب الدينية من القضاء والشهادة وأمثالهما لا تليق بذوي الرق. قال الشارح لكونه بقية من البقايا اللاحقة من شؤم الكفر (أو سوى ذلك مما علل به).

باب الشهود وأنواع الشهادات وما يتعلق بذلك

قوله: (أو سوى ذلك مما علل به الخ) قال الباجي في منتقاه: وإنما شرطنا الحرية خلافاً لمن

قال ابن عرفة: والحرية شرط اتفاقاً. قال الشارح ما معناه: أن حمل كلام الشيخ على المنتصب للشهادة حسبما سبق به الاعتذار في شرط التيقظ فهلا اشترط الذكورية لذلك؟ والجواب أنه اكتفى بالإتيان في لفظ الشاهد بصيغة التذكير عن اشتراط الذكورية أو أن الذكورية غير مشترطة في الشاهد في الإطلاق وإنما هي في أحكام خاصة.

(فإن قيل: شرط عدم الولاية) في المال اختلف فيه وهل هو معتبر عند الشيخ فنقصه من النظم فلم يذكره أو غير معتبر فسكت عنه قصداً. فالجواب: أن الظاهر أنه لم يعتبره وكأنه اعتمد على مقتضى قول ابن القاسم من أنه لا يعتبر في حال الحجر إلا ما في نفس الأمر، فمن كان جاري التصرف على الرشد فأفعاله جائزة نافذة عنده وإن كانت عليه ولاية، ومن كان بعكس ذلك فأفعاله كلها عنده مردودة وإن كان لا ولاية عليه. وأما على مقتضى قول مالك في اعتبار الولاية في المال إذا وجدت وعدم اعتبارها إذا لم توجد فلا بد من اعتبار هذا الشرط ويكون قد نقصه الشيخ رحمه الله، ولا اعتذار على نقصه على هذا القول إلا مسامحة قصد الاختصار في عدم الاستيفاء اهـ. باختصار وبعضه بالمعنى.

(وَالْعَدْلُ مَنْ يَجْتَنِبُ الْكِبَائِرَ) وَيَتَّقِي فِي الْغَالِبِ الصَّغَائِرَ
(وما أبيض) وهو في العيان يَقْدَحُ فِي مُرْوَةِ الْإِنْسَانِ

قال شهادة العبد مقبولة لأن الرق نقص يمنع الميراث فنفي الشهادة كالكفر اهـ. بلفظه. وفي المعونة وابن يونس: وإنما لم تجز شهادة العبد لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية إلى آخر ما ذكره هنا من العلل.

قوله: (فإن قيل شرط عدم الولاية الخ) قال في المختصر: العدل حر مسلم عاقل بالغ بلا فسق وحجر الخ، فمّر على أن السفية بلا حجر تجوز شهادته، لكن مذهب المدونة هو عدم الجواز وبيتنا ذلك في الشرح، والعلة نقص العقل بدليل عدم حفظ ماله فأحرى أن لا يحترز في الشهادة.

وقول الناظم: (والعدل من يجتنب الكبائر الخ) ظاهره أنه مهما فعل كبيرة سقطت عدالته ولو ظهرت توبته منها وهو ظاهر في كلام من شرح ذلك، وفي المختصر مفسراً لما قبله لم يباشر كبيرة أو كثيرة كذب، أو صغيرة خسة أو سفاهة ولعب نرد الخ، وهذا ما لم يتب من فعل الكبيرة وتظهر القرائن الدالة على صحة توبته، ويدل لذلك قوله: وزوال العداوة والفسق بما يغلب على الظن. وقول الناظم أيضاً: (وما أبيض الخ) جعل الأمور التي تنافي المرءة مباحة مع أن فعلها يبطل الشهادة، والإنسان لا يحل له أن يتسبب فيما يبطل شهادته، لأن الإنسان لا يخلو من تحمل شهادته لغيره مع أن فعل ذلك تردّ به شهادته وفي ذلك تضييع حقوق. وفي نوازل الأقضية من المعيار عن الشاطبي ما نصّه: لأن الاتصاف بالمرءة مطلوب كما أن الاتصاف بخلافها منهي عنه، وإن ظهر بباديء الرأي أنه مباح كما قالوا في الأكل في الأسواق لمن لا يليق به والاجتماع مع الأزدال والتحرّف بالحرف الدنية التي لا تليق بمنصب المتلبس بها ولا ضرورة تدعو إلى ذلك، فهذا وإن قيل في الأصل فالتحقيق أنه منهي عنه إما كراهة أو منعاً بحسب حال المتصف والمتصف به ووقت الاتصاف إلى غير ذلك ممّا يلاحظ المجتهد اهـ. المقصود منه بلفظه، والطلب يحتمل الندب أو الوجوب وكلاهما ينافي الإباحة في اصطلاح المتأخرين والنهي يحتمل الكراهة والمنع. قال كاتبه

لما ذكر صفة الشاهد وكانت العدالة من جملتها بيّنها في هذين البيتين، فأخبر أن العدل هو الذي يجتنب الذنوب الكبائر دائماً كالشرب والسرقة ونحوهما، ويتقي أيضاً الذنوب الصغائر في غالب أحواله، ويتقي أيضاً الأمر المباح الذي يقدح في المروءة، كالأكل في السوق والمشى حافياً في بلد لا يفعلون ذلك، وإنما قال: ويتقي في الغالب لأن النادر لا يعتد به ولا يسلم منه إلا من عصمه الله تعالى، ولذلك قال مالك: من الرجال رجال لا تذكر عيوبهم، قال ابن يونس: إذا كان عيبه خفيفاً والأمر كله حسن فلا يذكر اليسير الذي ليس بمعصوم منه أحد في الصلاح، وقد حدّ بعضهم العدالة بقوله: هي اجتناب الكبائر، وتوقّي الصغائر، وحفظ المروءة، وقيد الشيخ خليل الصغائر بصغائر الخسة، قالوا: كتطيف حبة أو سرقة لقمة، وأما غيرها كالنظر لأجنبية فلا تقدح، وفي تقسيم الذنوب إلى كبائر وصغائر خلاف، انظر الدر الثمين في شرح المرشد المعين.

فَالْعَدْلُ ذُو التَّبَرُّيزِ لَيْسَ يَفْدَحُ فِيهِ سِوَى عَدَاةٍ تُسْتَوْضَحُ
وغيرُ ذِي التَّبَرُّيزِ قَدْ يَجْرَحُ بِغَيْرِهَا مِنْ كُلِّ مَا يُسْتَفْبَحُ

ذكر في البيتين ما لا يجرح به الشاهد وما يجرح به، (وحاصله أن العدل مبرز وغير مبرز) فالمبرز لا يقدح فيه ولا يجرح إلا بالعداوة يعني والقراية، وأما غيره فيقدح فيه ويجرح بالعداوة والقراية وغيرهما من كل قبيح. قال اللخمي: يسمع الجرح في الرجل المتوسط في العدالة مطلقاً ويسمع في المبرز، والمعروف بالعدل والصلاح إذا طلب ذلك المشهور عليه من باب العداوة أو الهجرة أو القراية وما أشبه ذلك، واختلف هل يقبل فيه الجرح من وجه الإسفاه؟ فمنعه أصبغ وأجازة سحنون اهـ. وفي المختصر وقدح في المتوسط بكل، وفي المبرز بعداوة أو قراية وإن بدونهما كغيرهما على المختار، والمبرز بكسر الراء المشددة اسم فاعل من برز بالتشديد إذا فاق أصحابه، وكذلك الفرس إذا سبق. قال في القاموس: رجل برز وبرزي عفيف موثوق بعقله ورأيه، وقد برز ككرم، وبرز تبريزاً فاق أصحابه فضلاً أو شجاعة والفرس عن الخيل سبقها وراكبه نجاه اهـ. وفي المعيار عن التنبهات: هو بكسر الراء المشددة أي ظاهر العدالة سابقاً غيره متقدماً فيها،

عفا الله عنه: والحق أن ارتكاب ما ينافي المروءة حرام باعتبار ما يعرض لما تقدم من بطلان شهادته والظعن عليه بسبب ارتكاب ذلك، وفي ذلك هتك لعرضه وإيقاع الناس في المعاصي بالكلام فيه، مع أن الاجتماع مع الأردال لا يخلو من سماع ما لا يحل أو رؤيته، ولذلك سقط به إتيان الدعوة الواجبة في النكاح إلى غير ذلك ممّا نقلناه في شرحنا، ولكن قول من قال هذا مباح مراده باعتبار الأصل، ومن قال منهي عنه باعتبار ما يعرض له، ويدل لذلك قول الشاطبي: وإن قيل مباح في الأصل فقد رمز للجواب وأعرب عن ذلك أي إعراب.

قوله: (وحاصله أن العدل مبرز وغير مبرز) قال في المختصر: وقدح في المتوسط بكل، وفي المبرز بعداوة وقراية كغيرهما على المختار تشبيه تام فصيح بمن دونه وبالإسفاه، ولكن المشهور أن المبرز لا يجرح إلا بالعداوة، وقد بيّنا هذا في شرحنا بكلام الناس وهذا الجامع

وأصله من تبريز الخيل في السبق وتقدم سابقها وهو المبرز لظهوره وبروزه أمامها اه. قال غيره: هو اسم فاعل من برز مشدد الراء وأصله برز خفيفة بمعنى خرج إلى البراز بفتح الراء وهو الفضاء المتسع من الأرض وضعف تكثيراً اه. قال في المعيار: وعوام الوقت بعض الطلبة يظنون أن المبرز في العدالة من تصدى وبرز بإذن الأمير أو القاضي لتحمل الشهادة وبيعها في الأسواق وليس كما ظنوا، وكان بعض الشيوخ يمثل المبرز بالشيخ أبي محمد صالح ونظرائه، وما أقل هذا الوصف في هذا الزمان المسكين بل كاد أن يعدم بالكلية، وكنت وقفت على بعض أجوبة شيخنا الإمام أبي عبدالله محمد بن العباس تغمده الله برحمته وهو يقول فيه: والتبريز في زماننا معدوم كانهما بيض الأنوق. قال الشيخ أبو عبدالله محمد بن قاسم الفوري: المبرز في العدالة المنقطع في الخير والصلاح وأين هو اليوم؟ إنما هو في وقتنا كالغراب الأعصم بين الغربان، قال صاحب المعيار: قلت: أما عدم هذا الوصف وهو التبريز في العدالة أو عزته في المنتصبين في الشهادة ممن أدر كنا من عدول المغرب الأوسط والأقصى فغير بعيد، وأما عدمه أو عزته في المنتصبين وغيرهم فغير مسلم، وقد شاهدنا منهم والحمد لله عدداً كثيراً، وكتب مسلماً عليكم عبدالله أحمد بن يحيى بن محمد بن علي الونشريسي وفقه الله اه. وذلك بعد نحو ثمانية عشر ورقة من نوازل الهبات والصدقات. قلت: وعلى ما ذكر مما يعتقد عوام الوقت وبعض الطلبة يقرأ بفتح الراء اسم مفعول والله أعلم.

(وَمَنْ عَلَيْهِ وَسَمٌ خَيْرٌ قَدْ ظَهَرَ)
وَمَنْ بَعَكْسٍ حَالُهُ فَلَا غِنَى
بِحَالَةِ الْجَزْحِ فَلَيْسَ تُقْبَلُ
وَأَنْ يَكُنْ مَجْهُولَ حَالٍ زُكْيَا

زُكْيَا إِلَّا فِي ضَرُورَةِ السَّفَرِ
عَنْ أَنْ يُزَكَّى وَالَّذِي قَدْ أَعْلَنَّا
لَهُ شَهَادَةً وَلَا يُعَدُّ
وَشُبْهَةً تُوجِبُ فِيهَا ادِّعَا

حصر في هذه الأبيات أحوال الشاهد غير المعروف بالعدالة باعتبار افتقاره للتركيز وعدم افتقاره، فأخبر بأن من شهد في أمر من الأمور فلا يخلو حاله من أربعة أوجه: إما أن يظهر علامة الخير عليه أو علامة الشر، أو يعلن بالشر أو يجهل حاله، فإن كان ممن ظهر عليه علامة الخير والدين فإن شهادته لا تقبل إلا إذا زكى بأن يشهد له اثنان فأكثر بأنه عدل رضا ممن تقبل شهادته إلا في السفر، أعني شهادة أهل القافلة بعضهم لبعض عند حاكم أهل القرية أو البلدة التي حلوا أو مروا بها، فإن مالكا وجميع أصحابه أجازوا شهادتهم بعضهم لبعض وإن لم يعرفوا بعدالة ولا سخطة، وإلى ذلك أشار بقوله إلا في ضرورة السفر، وقد تقدمت هذه المسألة قبل فصل خطاب القضاة، وإن ظهرت عليه علامة الشر ولم تتحقق عليه فلا تقبل شهادته حتى يزكى، وإليه أشار بقوله: ومن بعكس حاله فلا غنى من أن يزكى والذي قد أعلننا. وإن كان معلناً بالشر وما لا يليق فلا تقبل

لأكثر مما في هذا الشارح فلذلك كتبناه. وقول الناظم: (ومن عليه وسم خير قد ظهر الخ) تقدم الكلام عليه قبل فصل خطاب القضاة فانظره هناك.

شهادته ولا يصح تعديله لأن حالته التي أعلن بها مكذبة لمن يريد تعديله، وإليه أشار بقوله: والذي قد أعلننا بحالة الجرح فليس تقبل له شهادة ولا يعدل وإن كان مجهول الحال، فلم يظهر عليه وسم خير ولا شر فلا بدّ من تزكيته، ومع ذلك فلا تهمل شهادته، كمن ظهرت عليه علامة الشر، بل لها مزية وهي أن شهادته توجب شبهة في المدعى فيه قبل تزكيته إلى أن تثبت التزكية فيترتب الحكم على الشهادة أو يعجز عن التزكية فتضمحل شبهة المترتبة على الشهادة. قال الشارح: وإذا أوجبت شهادة المجهول الحال شبهة في المدعى فيه فأحرى أن توجبها شهادة من ظهرت عليه سمة الخير. وفي العتبية: سئل ابن القاسم عن الشاهد لا يعرفه القاضي بعدالة ولا بحال فاسدة وهو ممن يشهد الصلاة في المساجد ولا يعرفه بأمر قبيح أنجز شهادته أم لا؟ فقال: لا ينبغي له أن يقبل إلا عدلاً ثابت العدالة. قال ابن رشد: هذا قول جمهور أهل العلم ومذهب مالك وجميع أصحابه لقوله تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة: ٢٨٢] إذ لا يرضى إلا من تعرف عدالته، قال: وقد أجاز ابن حبيب شهادة من ظاهره العدالة بالتوسم فيما يقع في الأسفار بين المسافرين من المعاملات والتجارات والأكرية بينهم وبين المكارين مراعاة لقول الحسن والليث بن سعد. وقال المتيطي: وأما الشاهد الذي لا تتوسم فيه العدالة ولا الجرح فلا تجوز شهادته في موضع من المواضع دون تزكية إلا أن شهادته شبهة في بعض المواضع، وعند بعض العلماء فتوجب اليمين وتوجب القسامة وتوجب الحميل وتوقيف الشيء المدعى فيه. وقال ابن القاسم الجزيري في شهادة من تتوسم فيه الجرح: إنها لا تقبل إلا بتزكية ولا تكون شبهة توجب حكماً. وقال المتيطي: لا يقبل القاضي فيمن علم جرحه تعديلاً فيمن شهد به. وقال اللخمي: وأعلى منازل الشاهد أن الأمر فيه مشكل ومتردد بين العدالة وسقوطها وقد شرطت العدالة، فلا تجوز الشهادة مع الشك في وجود ذلك الشرط إلا من شهر اسمه بالصلاح والخير وقد شهد فلا تطلب تزكيته ويحمل على ما عرف به حتى يثبت غير ذلك اهـ.

وَمُطْلَقاً مَعْرُوفٌ عَيْنٍ عُدْلًا وَالْعَكْسُ حَاضِرًا وَإِنْ غَابَ فَلَا

يعني أن الشاهد الذي يحتاج إلى التزكية لا يخلو إما أن يكون معروف العين فيعدل سواء كان حاضراً بمجلس القاضي أو غائباً عنه، وعلى ذلك نبّه بالإطلاق وإن كان معروف العين وهو المجهول العين وهو الذي عنى بالعكس فلا يعدل إلا حاضراً على عينه وأما مع غيبته فلا. قال الشارح: وهل يحمل قوله معروف عين على من يعرفه الحاكم الذي يزكى بين يديه عينه أو على ما هو أعلم من ذلك ممن عرف عينه الناس سواء عرف الحاكم عينه أو لم يعرفه (والظاهر أنه قصد الأول) وعليه يدل قول ابن أبي زمنين في المنتخب قال: وفي المدونة قال سحنون: قلت

قوله: (والظاهر أنه قصد الأول الخ) لا شك أن الأسماء تشترك والحق في المسألة هو قول ابن فتوح في الوثائق المجموعة ما نصه: والتعديل يكون إلا على العين إلا أن يكون المعدل مشهور العين في البلد الذي لا يشتبه بغيره في صفته واسمه فلا بأس بتعديله غائباً اهـ. بلفظه، إذ

لابن القاسم: أيزكى الشاهد وهو غائب عن القاضي؟ قال نعم، قال محمد: وهذا في الرجل الذي يعرفه، وأما من لا يعرفه فلا تكون التزكية إلا على عينه وهذا من أصل قولهم، وعلى المحمل الثاني يدل ما نقله ابن يونس عن سحنون. قال ابن عرفة: وفيها يزكى الشاهد وهو غائب عن القاضي. الصقلي عن سحنون: معناه إن كان مشهوراً فإما غير المعروف فلا يزكى إلا بحضرته. عبد الحق: معناه إن كان غائباً عن مجلس القاضي وهو حاضر البلد أو قريب جداً ومن بعدت غيبته جازت تزكيته كما يقضى عليه ونحوه لأبي محمد يعني ابن أبي زيد.

وَشَاهِدٌ تَغْدِيلُهُ بِأَثْنَيْنِ كَذَلِكَ تَجْرِيحُ مُبْرَزَيْنِ
وَالْفَحْصُ مِنْ تِلْقَاءِ قَاضٍ قِنَمَا فِيهِ بَوَاحِدٍ فِي الْأَمْرَيْنِ مَعَا

يعني أن التعديل والتجريح للشاهد لا يثبت كل واحد منهما (إلا بعدلين) مبرزين. قال الشارح: هذا هو الذي جرى به العمل ومضت به الأحكام، وإذا كان الفحص في ذلك من قبل القاضي فإنه يقنع فيه بالواحد في الأمرين معاً أعني في التجريح والتعديل.

هذا أبين من الوجهين اللذين ساقهما الشارح وتبعه هذا الشارح فكان من حقهما نقهله إذ هو المنجي مع الله تعالى إذ ما عداه ربما لا ينجي لكثرة اتفاق الأسماء، فإذا انتفى الالتباس بالغير تعين المعدل وذلك هو المطلوب فافهم.

قوله: (إلا بعدلين الخ) ظاهره كظاهر الناظم أن التجريح كالتعديل لا بد فيه من التعدد والتبريز ولا يجوز ما دون ذلك. وصرّح ابن الناظم في الشرح بقوله: التعديل والتجريح للشهود لا يكون إلا بعدلين مبرزين في كل واحد من الوجهين، هذا هو الذي جرى به العمل ومضت عليه الأحكام الخ. وقال ابن ناجي على الرسالة ما نصّه: لا يجوز تعديل النساء ولا تجريحهن، ولا يقبل في التزكية إلا من يقول عدل رضا، ولا يقبل في ذلك ولا في التجريح واحد لأن التعديل والتجريح أمر ظاهر لا يخفى، فشهادة واحد في ذلك ريبة، وكذا العدم لا يثبت بالشاهد واليمين وعلته ما ذكرناه، وذكر هذا أيضاً في شرحه على المدونة في كتاب القضاء منها، وفي ابن الفاكهاني شيء من هذا، بل قال ابن شاس في جواهره عن الأخوين ما نصّه: ينبغي للحاكم أن يستكثر من العدول ولا يكتفي باثنين إلا في الفائتين في العدالة والعلم بالتعديل الخ. وهو في ابن يونس وغيره. وذكر في المجرح أيضاً لا بد أن يكون يميز العدالة أي ابن شاس، وفي الكافي عن ابن كثران: لا يكون التعديل بأقل من ثلاثة الخ. وفي الوثائق المجموعة قال أحمد بن سعيد: ولا بأس أن يجرح في العداوة والخصومة من لا تقبل شهادته إلا بتعديل، وكذلك أيضاً يجرح في البوائق والكبائر لأنها إنما تكون أكثر ما تكون في البائن وليس يعرف ذلك العدول ولأجل الناس، وإنما شرطوا في المجرحين التبريز والعدالة والعلم إذا جرحوا مجعلاً الخ هذا لفظه. وقوله: إذا جرحوا الخ وهو راجع لقوله والعلم فقط، ولكن هذا الأخير فيه خلاف قوي استوفينا في الشرح ولم نقله لظوله، وأحمد بن سعيد هو ابن الهندي ولكن في تنبيه الحكام ما نصّه: فرع: قال ابن عتاب: الذي أحاط به العلم وجرى به الحكم في التجريح بالعداوة وإنما تكون بشهادة من يزكى من الشهداء، ولا يشترط في ذلك أهل التبريز في العداوة، وإنما يطلب التبريز في غير العداوة من وجوه التجريح ولا أعلم في ذلك خلافاً، وهذا منه بلفظه، وقد تحصل من هذا أن التجريح في العداوة لا يشترط في التبريز، وقد تبين أيضاً أن التعديل والتجريح لا بد فيه من التعدد والتبريز في غير التجريح

(ووجه ذلك خروجه) من باب الشهادة إلى باب الخبر ولا خفاء بأن الشهادة يشترط فيها التعدد مع العدالة وسائر ما يشترط في الشاهد وأن المخبر غير مشروط فيه التعدد فاكتمى في كل ما مرجعه إلى باب الخبر بواحد. قال في المدونة: قال مالك ولا يقبل في التزكية أقل من رجلين وإن اقتضى القاضي رجلاً للكشف جاز أن يقبل منه ما نقل من التزكية عن رجلين لا أقل من ذلك. وقال سحنون: لا يجوز في التزكية في العلانية إلا المبرز النافذ الفطن الذي لا يخدع في علمه ولا يستزل في رأيه اهـ. وفي كتاب ابن يونس قال ابن الماجشون وكل ما يبتدىء القاضي السؤال عنه والكشف من الأمور فله أن يقبل فيه قول الواحد وما لم يبتدئه هو وإنما يبتدأ به إليه في ظاهر أو باطن فلا بد من شاهدين فيه. وقال اللخمي: والعدالة تثبت بشهادة رجلين إذا كان التعديل من القائم بالشهادة واختلف إذا كان ذلك بمسألة من القاضي سأل من حضره أو بمسألة من يكشفه سأل من حضره أو مضى إلى من يسأله فقبل لا يقبل أقل من رجلين لأنها شهادة وقيل واحد لأنها من باب الخبر واستحسن اللخمي الأول قال ابن رشد السؤال عن الشهود في السر هو تعديل السر وهو مما ينبغي للقاضي أن يفعله ولا يكتفي بتعديل العلانية دونه وله أن يكتفي بتعديل السر دون تعديل العلانية وتعديل السر لإعذار فيه ويجزىء فيه الشاهد الواحد وإن كان الاختيار اثنين بخلاف تعديل العلانية ومبرزين أعربه بعضهم صفة لائتين وفيه الفصل بين الصفة والموصوف بجملة كذاك تجريح.

وَمَنْ يُرْكَ فَلْيَقُلْ عَدْلٌ رِضًا وَبَعْضُهُمْ يُجِيزُ أَنْ يُبْعَظَا

بالعداوة كما تقدم، وأما في تعديل السر وتجريحه فلا يشترط في ذلك التعدد وهو قول الناظم والفحص الخ.

قوله: (ووجه ذلك خروجه الخ) في الكافي ما نصّه: فإن لم يعرف القاضي الشاهد بعدالة ولا بجرحة سأل عنه في السر، فإن شهد بعدالته عدلان قبل شهادته قال سحنون: ولا يجزىء بواحد وبه العمل، واختلف فيه قول مالك فمرة أجازة ومرة استحب أن لا يجزىء به، ولا بأس للقاضي أن يتخذ مكشفاً قد ارتضاه يكشف عن أحوال الشهود في السر، ولا ينقل للقاضي إلا ما اتفق عليه عدلان ويقبل منه ما نقل إليه الخ، وهذا منه بلفظه.

وفي المفيد ما نصّه: ومن الأحكام لابن بطال قال ابن حبيب عن الأخوين إنما يجوز التعديل سرّاً إذا سأل القاضي عن ذلك لنفسه، ولا يقبل ذلك إلا من العدل البين العدالة العالم بوجه التجريح الخ وهذا منه بلفظه. ومن نوازل ابن رشد ما نصّه: وإنما كان تعديل السر أقوى من العلانية لأن الشاهد قد يسأل التزكية فيستحي من التوقف عنها. قال ابن شبرمة: أنا أول من سأل في السر، كان الشاهد إذا أتى القوم ليزكوه استحيوا منه، وتعديل السر هو أن يبتدىء القاضي بالسؤال عن الشاهد من يظن أنه خبير بحاله من جيرانه وأهل خلطته ومكانه، أو يتخذ رجلاً يوليه السؤال عن الشهود فيقبل ما أخبر به وحده، ولا ينبغي له هو أن يكتفي بسؤال واحد خوف أن يكون بينه وبين الشاهد عداوة هذا لفظه. وفي ابن ناجي تزكية السر الواحد فيها كاف. وقال سحنون: لا بد من اثنين كظاهرها وحمله بعضهم على الخلاف، قال ابن رشد: غير صحيح ومعناه مع الاختيار فلا خلاف

يعني أن التزكية إنما تكون بهذين اللفظين معاً وهو أن يقول الشاهد المزكي بالكسر في المزكى بالفتح هو عدل رضا (وقال في المدونة: لا يجزىء في التعديل إلا القول بأنهم عدول مرضيون) اهـ. وهذا هو التعديل التام عند مالك وجميع أصحابه ونقل عن بعض المتأخرين جواز الاكتفاء بقوله رضا ونقل عن سحنون أنه إن اقتصر على قوله عدل أجزأه وعلى ذلك نبه بقوله وبعضهم يجيز أن يبعضاً قال اللخمي إذا علم منه بعد المخالطة اجتناب الكذب واجتناب الكبائر والوفاء بالأمانة جاز أن يعدله وإذا قال المعدل عدل رضى صحّت العدالة واختلف إذا اختصر على أحد الكلمتين فقال عدل أو قال رضا هل يكون ذلك تعديلاً أم لا والمسألة على وجهين فإن قال إحدى الكلمتين ولم يسأل عن الأخرى فهو تعديل لأن العدل ممن يرضى للشهادة والرضى عدل وقد ورد القرآن بقبول شهادة من وصف بإحدى الكلمتين وإن وصف المعدل بإحدى الكلمتين فسأل عن الأخرى فوقف كان ذلك ريبة في تعديله ويسأل عن السبب في وقوفه فقد يذكر وجهاً يريب فموقف عنه اهـ. ثم نقل الشيخ عن أبي إسحاق الشاطبي ما حاصله أن العدالة معتبرة في كل زمان بأهله وبحسبه

في أجزاء الواحد مع السرّ الخ. وفي الوثائق المجموعة ما نصّه: ولا يجزىء في التعديل أقل من اثنين في مذهب ابن القاسم عن مالك. وروى غيره إذا كشف القاضي في الباطن رجلاً ثقة اجتزىء بذلك، والحزم في ذلك أن يكشف في الباطن كسفاً خفياً بعد التعديل في الظاهر بشاهدين وقيل بثلاثة احتياطاً على أموال الناس وإبشارهم، وقيل لا يجزىء القاضي في الباطن بأقل من رجلين وبه القضاء الخ، وهذا منه بلفظه. وفي تبصرة اللخمي: واختلف في قبول التعديل بواحد إذا كان ذلك بسؤال من القاضي أو مكشفه ولم يكن أحد الخصمين هو الذي أتى به القاضي أو مكشفه، ولا أرى اليوم أن يجتزأ بأقل من اثنين قولاً واحداً اهـ. بلفظه. فضفه إلى ما نقل عن سحنون وما ذكره من قضاة الزمان. وقال المتيطي: ويستحب أن يكون التجريح سراً لأن في إعلانه أذى للشاهد، ومن حق الشاهد والمشهود له أن يعلم بالمجرح، فقد تكون بينه وبين أحدهما عداوة، أو بينه وبين المشهود عليه عداوة، أو غير ذلك ممّا يمنع التجريح. واختلف إذا كان الشاهد أو المشهود ممّن يتقى شره هل يعلم بالمجرح أو لا؟ فقال سحنون يعلم، ثم قال: دعني حتى أنظر. وقال أبي القاسم: إذا قال المجرح نكره عداوة الناس جاز التجريح سراً. قال اللخمي: وقول سحنون أحسن لفساد القضاة اليوم اهـ. بلفظه. وقول اللخمي لفساد القضاة اليوم هذا في زمانه فكيف بمن بعده من الأزمنة؟ فكيف بزماننا الذي هو حدود الثلاثين بعد مائة وألف؟ وبهذه الإشارة تعلم اكتفاء القضاة بواحد في السرّ تزكية وتجريحاً وعدم القدح في مزكي السرّ فإن ذلك لا يناسب زماننا، لأن القاضي ربما يقول عدل لي الشاهد أو جرح ولم يكن شيء من ذلك، فلذلك اعتمد الناس تزكية الظاهر وتجريحه وأهملوا ذلك في السرّ بحسب ما أدركنا عليه القضاة من شيوخنا برد الله أضرحتهم وأعلى منزلتهم، ومرادنا من هذا كله هو أن الوقت يعتبر انظر ولا بدّ ما كتبناه على قول المتن وتزكية وإن بحد وتأمل ما قدمناه هنا عن الوثائق المجموعة. قوله: (وقال في المدونة: ولا يجزىء في التعديل إلا القول بأنهم عدول مرضيون الخ) الجمع بين الوصفين هو الذي قال فيه في معين الحكام به جرى العمل وهو الراجح إن شاء الله تعالى، انظره عند قول المختصر وتزكية وإن بحد إلى آخر تلك المسائل، وربما يفهم هذا من التحفة فافهم.

فعدالة الصحابة رضي الله عنهم لا تساويها عدالة التابعين وعدالة التابعين لا تساويها عدالة من يليهم وكذلك كل زمان مع ما بعده إلى زماننا هذا ولو فرض زمان يعرى عن العدول جملة لم يكن بد من إقامة الأشبه فهو العدل في ذلك الزمان وكذلك تعتبر في كل مكان بأهله فليست العدول في الحواضر كالعدول في البوادي انظر تمام كلامه إن شئت .

تنبيه: تقدم في شرح البيتين قبل هذا أنه يشترط في المزكى أن يكون مبرزاً في العدالة فطناً لا يخدع . وفي المواق لا يزكي الشاهد إلا من خالطه في الأخذ والإعطاء وطالت صحبته إياه في الحضر والسفر اللخمي ولا يقبل التعديل بيسير المخالطة ولا يقبل تعديله من غير سوقه ومحلته فإن وقف أهل سوقه ومحلته عن تعديله فذلك ريبة فإن لم يكن فيهم عدل قبل من سائر بلده . المتيطي: لا يزكي الشاهد إلا أهل مسجده وسوقه وجيرانه رواه أشهب وقاله مطرف وابن الماجشون ولا يزكي الشاهد من شهد معه أو نقل معه شهادة في ذلك الحق اهـ . ويشترط في المزكي أيضاً أن يكون معروفاً . قال في المدونة: إن شهد قوم على حق فعدلهم قوم غير معروفين وعدل المعدلين آخرون فإن كان الشهود غرباء جاز ذلك، وإن كانوا من أهل البلد لم يجز لأن القاضي لا يقبل عدالة على عدالة اهـ . وكذلك إن جاز الشهود نساء فزكاهن من ليس معروفاً وزكى المزكين آخرون جاز ذلك أيضاً، وفي ذلك يذكر البيت المنسوب لسيدي عبد الواحد النونريسي رحمه الله وهو:

شهادة على شهادة هبا
إلا شهادة النساء والغربا

وفي طرر شيخنا الإمام أبي محمد سيدي عبدالواحد بن عاشر رحمه الله نسبة هذا البيت لسيدي علي بن هارون قال: وأصرح من هذا البيت قولي مصلحاً له:

تعديل احتاج لتعديل هبا
إلا مزكي امرأة أو غربا
والذي كنت حفظته من لفظه رحمه الله إلا عدالة نسا أو غربا وهو أنسب بصدر البيت والله أعلم أي إلا تعديل النساء والغرباء فإنه يجوز تعديل من عدلهم إن كان المعدل غير معروف، والهباء ما يرى في الشمس تدخل البيت من كوة مثل الغبار وليس له حس ولا يرى في الظل، قاله في الغريب للعريزي، وهو في البيت المذكور كناية عن عدم اعتبار هذه الشهادة وأن وجودها كالعدم .

وثابت الجرح مُقَدَّمٌ عَلَى ثابِتِ تَغْدِيلِ إِذَا مَا اغْتَدَلَا

يعني أن الشاهد إذا جرحه قوم وعدله آخرون واستوى الفريقان في العدالة بحيث لم يكن أحدهما أعدل من الآخر فإن مثبت الجرح مقدم على من أثبت العدالة، لأن المجرحين علموا من باطن حال الشاهد المجرح ما لم يعلمه المعدلون الذين شهدوا بظاهر أمره، وقوله: إذا ما اعتدلا لفظة ما زائدة أي إنما يقدم التجريح على التعديل عند تساوي البينتين، وأما إن كانت إحدى البينتين أعدل من الأخرى فهي مقدمة هذا ظاهره، (وظاهر ما نقل المواق) عن ابن عرفة أنهما قولان قيل يقدم الأعدل من البينتين، وقيل تقدم بيته

قوله: (وظاهر ما نقل المواق) فيه إيهام والراجح تقديم بيته التجريح مطلقاً، هذا هو الحق إن

التجريح، ولفظ ابن عرفة إن اجتمع تعديل وتجريح فطرق، روى ابن نافع عن مالك في الشاهد يعدله رجلان ويأتي المطلوب برجلين يجرحانه فقال مالك: ينظر إلى الأعدل من الشهود فيؤخذ به، وقال ابن نافع: المجرحان أولى لأنهما زادا ويسقط التعديل، وقاله ابن أبي حازم وسحنون وقال: لو عدله أربعة وجرحه اثنان والأربعة أعدل أخذت بشهادة المجرحين لأنهما علما ما لم يعلمه الآخرون اهـ. وإلى تقديم المجرح أشار الشيخ خليل بقوله: بخلاف الجرح وهو المقدم، ونقل الشارح عن ابن رشد أن محل الخلاف إذا قال المعدلون هو عدل جائز الشهادة وقال المجرحون هو مسخوط غير جائز الشهادة، وأما إذا بيّن المجرحون الجرح فلا خلاف أن شهادتهم أعمل من شهادة المعدلين وإن كانوا أقل عدالة منهم، ثم قال: والقول بأن شهادة المجرحين أعمل هو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب وعليه ذهب الناظم.

وطالبُ التَّجْدِيدِ لِلتَّعْدِيلِ مَع مَضِيّ مُدَّةٍ فَالْأَوْلَى يُتَّبَعُ

يعني أن الشاهد إذا شهد وزكي ثم بعد مدة شهد شهادة أخرى فهل يحتاج إلى تجديد تزكية أخرى أو يكتفى بالتزكية الأولى؟ قولان، والأولى منهما اتباع من طلب التجديد وإجابته إلى ما طلبه. ابن رشد: المجهول الحال إذا عدل مرة في أمر ثم شهد ثانية فقال سحنون: يطلب تعديله كلما شهد حتى يكثر تعديله ويشهد مطلقاً. وقال ابن القاسم: يكتفى بالتعديل الأول حتى يطول سنة، (فلو طلب تعديله) بالقرب على قول سحنون أو بالبعد على قول ابن القاسم فعجز عن ذلك لفقد من عدله أولاً وجب قبول شهادته لأن طلب تعديله ثانية إنما هو استحسان. ابن عرفة: العمل قديماً وحديثاً على قول سحنون نقله المواق على قوله وإن شهد ثانياً ففي الاكتفاء بالتزكية الأولى تردّد. وفي العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم: إن كان ذلك قريباً من شهادته الأولى وتعديله فيها بالأشهر وما أشبهها ولم يطل ذلك جداً فلا أرى ذلك، وإن كان ذلك قد طال رأيت أن يعذر فيه وأن يسأل عنه طلب ذلك المشهود عليه أو لم يطلبه، والسنة عندي في مثل هذا كثير طويل لأن في ذلك تتغير الحالات وتحدث الأحداث. قال أصبغ: إلا أن يكون الرجل المعروف بالخير المشهور الذي لا يحتاج مثله إلى ابتداء السؤال فلا يسأل عنه ثانية اهـ. والقرب في ذلك الأشهر وما دون العام، (وقد تبين) بهذا أن موضوع

شاء الله تعالى وبيّناه في شرحنا. وفي نوازل البرزلي ما نصّه: المشهور أن بينة الجرح أعمل لأنها اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى هذا لفظه وهكذا علل غيره ممّن يكثر جلبه، وإذا كان الأمر كذلك فلا تعارض بين البينتين لأنه يمكن الجمع، وعليه فتصحّ البينة المجرحة مطلقاً وإن لم تصل إلى عدالة مقابلتها، وبتقديم التجريح على التعديل جرى العمل كما في المعيار وغيره ونقلنا هذا كله في شرحنا. قوله: (فلو طلب تعديله الخ) فيه نظر مع كلام الناس إذ كثير منهم نص على أنه يحتاج إلى تزكية أخرى، وإن مات من زكاه أو غاب بحسب ظاهر كلامهم وإن كان بعضهم ذكر هذا وسلمه ابن عرفة ونقله وقد نقلنا كلام الناس. وقول هذا الشارح استحسان، زاد ابن عرفة بعده ما نصّه: والقياس الاكتفاء بتعديله أولاً ما لم يتهم بأمر حديث وهو قول الأخوين في الواضحة الخ. وقوله: (وقد تبين الخ) في التوضيح وغيره ما يدل على خلاف ولكن جلب ذلك يطول.

بيت الناظم هو في الشاهد المجهول الحال، أما المعروف بالعدالة فلا يبحث عن تعديله لأنه من تحصيل الحاصل.

وَأَخِيهِ يَشْهَدُ الْمُبَرَّرُ إِلَّا بِمَا التُّهْمَةُ فِيهِ تَبَرَّرُ

يعني أن الشاهد يجوز له أن يشهد لأخيه إذا كان مبرراً أي سابقاً في العدالة وقد تقدم الكلام عليه، وأما غير المبرر فلا يجوز أن يشهد لأخيه وإنما تجوز شهادة المبرر لأخيه إذا لم تلحقه في ذلك تهمة، (فإن لحقته تهمة مثل أن ينفي عن أخيه وصمة) أو يدفع عنه بشهادته محنة فإنه في هذه الحالة كالشاهد لنفسه لما يلحقه من قبل أخيه بذلك من المعرفة، وما يطرقه من إمكان التساهل بما يدفع عنه، وحاصل الأمر أنه يرجع إلى قوة التهمة وضعفها، وشهادة الأخ

قوله: (فإن لحقته تهمة مثل أن ينفي عن أخيه وصمة الخ) من التهمة أن يعدل أخاه وفي ذلك خلاف، ومن في المختصر على الجواز وهو قوله بخلاف أخ لأخ إن برز ولو بتعديل، وظاهره شهد لأخيه بمال قليل أو كثير، شهد بما فيه حمية أو لا، شهد بحد أو لا، شهد بنكاح يتشرف به أو لا، وهو كذلك في الجميع عند كثير لأنهم حكوا مقابل هذا بقليل، والاتفاق المذكور هنا طريقة، وكلام اللخمي فيه طول، ونصه شهادة الأخ لأخيه على تسعة أوجه في الأموال أو ما ليس بمال وهو مما يدرك فيه الحمية والغضب، أو ما يدفع به عن نفسه معرفة، أو يكتسب بها حظوة ومنزلة، أو تعديله من شهد له، أو تجريحه من جرحه أو من شهد عليه أو تجريحه من جرح من شهد له، فلا تجوز شهادته له في ثلاثة في الحمية، ولا فيما يكتسب به حظوة، ولا فيما يدفع به معرفة، واختلف في شهادته له في الأموال على أربعة الجواز وعدمه، وقيل إن برز جازت وإلا فلا، وقيل إنما تجوز في اليسير. ثم قال: وأرى أن يرد في الكثير الذي يؤدي إلى شرفه، ولا ترد في الوسط إن برز ولا في اليسير مع عدم التبريز إلا أن يكون قد جرى بين المشهود له والمشهود عليه مقابحة وما يدرك في مثله الحمية فلا تجوز بحال، وإن كان أحد الأخوين في نفقة الآخر فلا تجوز شهادة المنفق عليه للمنفق، ويختلف في شهادة المنفق للمنفق عليه حسبما تقدم، إلا أن يكون نفقته عليه لفقره لثلاث تدركه في ذلك ضيعة أو معرفة فلا تجوز لأنه يدفع بشهادته مؤنة الإنفاق أو معرفة الترك، وإن شهد له بنكاح امرأة وأنكرت فإن كان يشرف بمثلها أو علم تعلق نفسه بها أو لها يسار والمشهود له فقير لم تجز، وإن عريت عن هذه الوجوه التي يتهم في مثلها جرت على الخلاف المتقدم في المال فتجوز وتمنع مع عدمه، ولا تجوز شهادته له أن فلاناً قذفه لأنه يدفع بها معرفة، ويختلف في شهادته له في جرح الخطأ لأنه مال، واختلف في العمد، والمعروف من المذهب المنع لأنه مما يدرك في مثل الحمية، وأجازها أشهب في العتبية والأول أحسن إلى آخر كلامه وهو طويل جداً، ومحصله ما فيه تهمة لا يشهد له وما لا يشهد. وحكى تلميذه المازري الاتفاق على عدم الشهادة فيما يكتسب به شرفاً أو يدفع به معرفة أو تقتضيه الحمية، ورأى بعضهم أن المشهور عدم الجواز في جراح العمد والكلام في التوضيح والمدار على التهمة، ولذلك قال بعض المحققين: المدار في هذا الباب التهمة، فحيث تحققت ردت الشهادة، وحيث لم تظهر جازت، وقد أشار ابن مرزوق لشيء من هذا، ولكن لم ينتصر لما مر عليه المصنف بحسب ظاهره، وقد استوفينا الكلام على المسألة في الشرح غاية، وأن ما ذكره اللخمي وأتباعه ذهب كثير على خلافه وهو ظاهر المتن، ويدل على أن

لأخيه هي إحدى النظائر التي يشترط في شاهدها أن يكون مبرزاً. وقال ابن بشير: سته لا يقبل فيها إلا العدل المبرز الشهادة للأخ وشهادة المولى لمن أعتقه. قال ابن القاسم: ما لم يدفع بها عن نفسه شراً أو يجر إليه بها منفعة والشهادة للصديق الملائم ولشريكه المفاوض في غير مال المفاوضة، وإذا زاد في شهادته أو نقص بعد أدائها والشهادة في التعديل، وزاد ابن رشد: والأجير لمن استأجره إن لم يكن في عياله، ومن سئل في مرضه شهادة لتنقل عنه فقال لا أعلمها ثم شهد بها واعتذر بأنه خشي في مرضه عدم تثبته فيها، وإلى هذه النظائر أشار الشيخ بقوله: بخلاف أخ لأخ إن برز (ولو بتعديل) وتأولت أيضاً بخلافه كأجير ومولى، وملائم ومفاوض في غير مفاوضة، وزائد وناقص وذاكر بعد شك وتركية.

والأب لابنهِ وَعَكْسُهُ مُنْعٌ وفي ابنِ رُؤُوجَةٍ وَعَكْسُ دَأْ أُتْبِغِ
ووالِدِي رُؤُوجَةٍ أَوْ رُؤُوجَةٍ أَبٌ وَحَيْثُمَا التُّهْمَةُ حَالُهَا غَلَبٌ
كَحَالَةِ الْعَدُوِّ وَالظَّنِّينِ وَالخَصْمِ وَالْوَصِيِّ وَالْمَدِينِ

(اشتملت الأبيات الثلاثة) على ما يرد من الشهادة، ولا يقبل لثبوت المانع من قبولها وهي

كلام اللخمي لم يمرّ عليه المصنف. قوله: (ولو بتعديل) وإن فيه شرفاً له كما في ابن ناجي وغيره، وإن اقتصر غير واحد من المحققين على ما قاله اللخمي، والحاصل أن كلام اللخمي ومن تبعه قوي غاية، وربما يكون هو الراجح وهو اللائق لفساد الزمان وضعف العدالة في أهله، وما مرّ عليه المصنف بحسب ظاهره هو الراجح على حسب ما يظهر من كلام كثير، ولكن يجب أن تراعى قوة التهمة بالمنع وضعفها بالجواز، وكلام اللخمي يصح أن يحمل عليه كلام المتن بالنظر لقوله ولا إن جر بها نفعاً، وقوله: ولا إن دفع الخ. أي فيقيد إطلاقه هنا بما ذكره في غيره، وإنما أطلنا في هذا لكون المسألة في غاية الصعوبة باعتبار ما هو الراجح فيه، وإن أردت اطلاعك عليه بلا واسطة فعليك بالشرح ومن الله الفتح. وقول التحفة إلا بما التهمة فيه تبرز، هو قليل من كلام اللخمي لا يفني به قطعاً إلا إذا أريد القياس على ما ذكره في التحفة.

قوله: (اشتملت الأبيات الثلاثة الخ) هذه مسائل كثيرة أشار لها في المختصر بقوله: ولا متأكد القرب كأب وإن علا، وأم وزوجهما وولد وإن سفل لبنت وزوجهما، فقوله كأب حاصله أن الشاهد لأصوله كلها كان الجد لأب أو أم، وكذا الجدات من قبل الآباء والأمهات، وقوله: أو ولد وإن سفل لبنت أي الفروع كلها كيفما كانت فروع ذكر أو أنثى، وعلى هذا فكل من يحرم نكاحه تحرم الشهادة له وذلك هو قول المختصر وحرم أصوله وفصوله الخ. وقوله: وزوجهما أي زوجة الأب وزوج الأم وإن علوا، وقوله ثانياً: وزوجهما أي زوجة الابن وزوج البنت على الوصف المذكور وإن سفلاً، فزوج الأصول ذكراً وإنثاءً كأصول، وزوج الفروع ذكراً وإنثاءً كالفروع بلا قيد أصلاً. قال ابن يونس: وأصل هذا كله إن كانت شهادته تجر نفعاً إلى من لا تجوز شهادته له فلم يجر ذلك ابن القاسم، فالحفيد لا يشهد لجدّه فكذلك لزوجة هذا الجد، لأن الشهادة لزوجة الجد المذكور تجر نفعاً للجد المذكور، بدليل أن الجد المذكور لا يشهد لزوجته لأنه يجر نفعاً لنفسه الخ. وكذا لا يشهد لوالد زوجته أو ولده بخلاف ولد زوجة ابنته أو أبيه مثلاً، وهذا يؤخذ من قول المتن: ولا إن جر الخ. بدليل ما قدمناه يعني وكذا، لأننا إذا قلنا لا يشهد فلان لفلان من أجل القرابة، وكذلك العكس في هذا كله وهو ظاهر، إذ

التهمة لأنه معارض لحصول شرطها الذي هو العداوة، وقد عدّ بعضهم عدم المانع شرطاً، وعلى هذا القول فوجود المانع هو تخلف شرط. قال الشارح: ولا خفاء في ظهور التهمة في هذه المواضع التي عددها وهي شهادة الأب لابنه وشهادة الابن لأبيه وهي التي عبر عنها بقوله: «وعكسه منع»، وشهادة الرجل لابن زوجته وشهادة الرجل لزوج أمه وهي التي عبر عنها بقوله: «وعكس ذا اتباع»، وشهادة الرجل لوالدي زوجته أو زوجة أبيه، وما نص عليه الشيخ من هذه القضايا مساو لما سكت عنه، فينبغي أن يحمل ما سكت عنه على ما نص عليه لأنه من قياس لا فارق أو من القياس الجلي، فإذا قيل قد نص على الأب لابنه بقوله: «والأب لابنه وعكسه منع» فمثل ذلك البنت لأبيها وهو لها، والأم لابنها ذكراً كان أو أنثى، وإذا قيل إنه قد نص على ولد الزوجة وعلى زوجة الابن بقوله: «وفي ابن زوجة وعكس ذا اتباع» فمثلها ابن الزوجة وابن الزوج وبنته بالنسبة للزوجة، وزوج البنت بالنسبة لوالديها، والزوج للزوجة والزوجة للزوج من باب الأولى، وكذلك إذا قيل فإنه نص على والدي الزوجة بالنسبة للزوج وزوجة الأب بالنسبة إلى ولده ذكراً كان أو أنثى بقوله: «ووالدي زوجة أو زوجة أب» فمثلهم أيضاً والد الزوج بالنسبة إلى الزوجة، وزوج الأم بالنسبة إلى ولدها ذكراً كان أو أنثى، وعلى الجملة بحيث يغلب حال التهمة ويقرب حالة الظنة كحالة العدو في شهادته على عدوه والظنين وهو المتهم لمن يتهم عليه (كالمواضع) التي تقدمت وسواها مما شهر من ذلك التمثيل، وشهادة الخصم على خصمه، (والوصي لمحجوره) والمدين لمن له عليه دين، ومما يلحق بذلك تركية كل واحد من هؤلاء

القرابة هي المانع وهي مشتركة بينهما، وظاهر كلام المختصر هنا كان الشاهد مبرزاً أو لا كانت الشهادة في المال قل أو كثر، كانت الشهادة في تركية أو تجريح من شهد عليه كان بين المشهود له والمشهود عليه إرث أم لا، كان المشهود له حراً أو عبداً مسلماً أو كافراً، لاعن في الولد أو لا، كان الولد منقطعاً عن والده أو لا، وهو كذلك في الجميع، وقد بيّنا هذا كله في الشرح بأنقال محررة والحمد لله رب العالمين، وقد لفتت هذا بقولي ما نصّه:

شهادة قد منعت من شاهد	لمن ترى خذ وصفه واعتمد
أصوله فروعه مع زوجهم	بلا تقييد لدى من قد فهم
وزوجة ووالد لزوجهم	أو ولد فخذ له وانتبه

قوله: (كالمواضع الخ) هذا يدل على قول أبي الحسن على التهذيب ما نصّه: قال مالك ويدخل في قول عمر لا يجوز شهادة خصم ولا ضنين ولا شهادة الأبوين والولد وأحد الزوجين للآخر اهـ. بلفظه. والراوي عن مالك هو ابن نافع كما في ابن عرفة. وقال الباجي على كلام عمر ما نصّه: قال ابن كنانة الخصم في الحديث الذي يخاصم الرجل في الأمر الجسيم مثله يورث العداوة والحقد، فمثل هذا لا تقبل شهادته على خصمه في ذلك الأمر ولا في غيره الخ، انظر شرحنا حول المتن ولا عدو ولو على ابنه الخ. هذا أثر في الموطأ عن عمر كما في ابن عرفة ونسبه في التهذيب صدر كتاب الشهادات للنبي ﷺ وزاد فيه ولا جار لنفسه، وفسره أبو الحسن بما صورته أن يكون له على رجل عديم دين فيشهد لذلك الرجل العديم بدين على رجل آخر، فهذا إذا شهد شاهد لنفسه ليأخذ دينه اهـ. بلفظه، وبه تفهم ما في هذا الشارح. وقوله: (والوصي لمحجوره) هذا كلام مجمل قال في التهذيب ما نصّه: ولا تجوز

الأصناف لمن شهد لمن يتهم له أو شهد على من يتهم عليه . قال المقرري في كلياته الفقهية : كل من لا تجوز شهادته لرجل لا تجوز تركيته لمن شهد له ، وكل من لا تجوز شهادته على رجل لا تجوز تركيته لمن شهد عليه اهـ . ثم استظهر الشارح على ما نقل الناظم وما أشبهه بنقول يطول سردها ، واستطرد الكلام على ما يتعلق بذلك وعلى مواضع الشهادة وأطال في ذلك بنحو ثلاث ورقات ونصف فليراجعه من أراد .

وساعَ أَنْ يَشْهَدَ الْإِبْنُ فِي مَحَلِّ مَعَ أَبِيهِ وَبِهِ جَرَى الْعَمَلُ

يعني أنه يجوز أن يشهد الابن مع أبيه على أمر واحد على ما جرى به العمل ، وفي كلام الشيخ إشعار بوجود الخلاف في المسألة ، لأنه يدل على أن في المسألة قولاً بالمنع لم يجز به عمل ، ومعنى المنع أن شهادتهما معاً كشهادة عدل واحد وهو قول الشيخ خليل وشهادة ابن مع أب واحدة . ابن رشد : الخلاف في شهادة الأب عند ابنه والابن عند أبيه ، وشهادة كل منهما على شهادة صاحبه ، وشهادة كل منهما على حكم صاحبه ، وشهادة كل منهما مع شهادة صاحبه واحد ، قيل : كل ذلك جائز وهو قول سحنون ومطرف ، وقيل غير جائز وهو قول أصبغ ، وفرق ابن الماجشون وهو تناقض ، وأما تعديل أحدهما الآخر فلم يجزه أحد من أصحاب مالك إلا ابن الماجشون وفي ذلك بعد . ابن عرفة : ما أدركت قاضياً حفظه الله من تقدم ولده أو قريبه إلا قاضياً واحداً جعلنا الله ممن علم الحق وعمل به . ولبعض شيوخ الشورى بقرطبة شهادة الأخوين في حق واحد لرجل جائز وليس كذلك لابن مع أبيه اهـ . فقول ابن رشد : وشهادة كل منهما مع شهادة صاحبه هي مسألة الناظم وقد حكى فيها مع ما ذكر معها قولين ، وقد ذكر الفقيه المحصل النوازلي آخر قضاة العدل بالبادية أبو سالم سيدي إبراهيم بن عبد الرحمن الجلال في تأليفه المسمى بالمسألة الإمليسية في الأنكحة الإغريقية ما حاصله : أن شيخه وشيخي أهل ذلك

شهادة الوصي بدين للميت إلا أن يكون الورثة كباراً عدولاً ، وكان لا يجز بشهادته شيئاً يأخذه هو فشهادته جائزة ، قال مالك : وإن شهد الوصي لورثة الميت بدين لهم على الناس لم تجز شهادته لهم لأنه هو الناظر لهم إلا أن يكونوا كباراً عدولاً وهم بحال رشد يلون أنفسهم فتجوز شهادته لهم لأنه لا يقبض لهم شيئاً وهم يقبضون لأنفسهم إذا كانت حالتهم مرضية اهـ . بلفظه . فكتب عليه أبو الحسن ما نصه : أسقط ابن يونس لفظ عدولاً من الموضوعين ولعله تبع في ذلك أبا محمد ، وقوله : وكان لا يجز الخ لا يحتاج إليه لأنهم خرجوا من ولايته الخ . وأما شهادة الوصي على الميت فجائزة كما في المقرب وذلك ظاهر . وفي نوازل الأقضية والشهادات من المعيار ما نصه عن ابن الحاج : وإذا يكن للشاهد إلا الإشراف بنفسه والمشاركة برأيه في أمر الأيتام دون قبض شيء من المال ودفعه فشهادته غير مردودة هذا لفظه . وقد قال ابن شاس : وألحق بالجار لنفسه شهادة الوصي بدين للميت إن كان يلي ما يقتضي منه هذا لفظه . وفي ابن عرفة ما نصه : وفي أوائل الثلث الأخير من أجوبة ابن رشد شهادة المشرف لمن يشرف عليه جائزة إذ لا تهمة في ذلك الخ . وقال أيضاً ما نصه الجلاب : لا تجوز شهادة الوصي لمن يلي عليه . وعن مالك في شهادة الوصي على من يلي عليه روايتان اهـ . بلفظه . زاد الباجي : الأشهر الجواز وهو في المفيد ، وفي الكافي وهو الصواب الخ . فانظر كلام الباجي والكافي فإنه مخالف لما في المدونة والمعتبر هو ما في المدونة ، ويقول ابن شاس : تعرف هذا الفرع داخل في قول المتن ولا إن جر بها الخ

العصر الفقيهان سيدي يحيى السراج وسيدي عبد الواحد الحميدي اختلفا في شهادة الأب مع ابنه ووقع فيها تنازع عظيم فأفتى السراج بقول الشيخ خليل وشهادة ابن مع أب واحدة، وحكم الحميدي بقول ابن عاصم وساغ أن يشهد الابن في محل البيت حتى آل الأمر أن رفعت المسألة للسلطان إذ ذاك مولاي أحمد، ووقع الاجتماع عليها بين يديه بالديوان من فاس الجديد فخرج الحكم بما حكم به القاضي من العمل على قول ابن عاصم رحم الله الجميع بمته، قال: وكان السراج المذكور يقف مع لفظ المختصر وما به الفتوى فيه ولا يتعدى ذلك بوجه، (وكان القاضي الحميدي) لا يقف مع ذلك لعلمه بالصناعة التوثيقية وتدريبه معها بالمباشرة للعمل اهـ.

وَزَمَنُ الْأَدَاءِ لَا التَّحْمُلِ صَحَّ اغْتِبَارُهُ لِمُقْتَضِ جَلِي

يعني أن المعتبر في قبول الشهادة من الشاهدين زمان أدائها لا زمان تحملها، فإذا تحملها كافراً أو فاسقاً أو عبداً أو صبياً وأداها وهو مسلم أو عدل أو حر أو بالغ فإن شهادته تقبل لأنه في زمان الادعاء أهل لقبول الشهادة، وهذا ما لم يشهد واحد منهم قبل زوال المانع، فردّ القاضي شهادته ثم شهد بعد زوال المانع فإن شهادته لا تقبل.

(قال في المقرب): قال ابن القاسم: وإذا شهد الصبي بشهادة أو العبد أو النصراني فردّت ثم كبر الصبي أو عتق العبد أو أسلم النصراني ثم شهدوا بها لم تجز، وإن لم تكن ردّت قبل ذلك جازت اهـ. فقلوه: وإن لم تكن ردّت قبل ذلك جازت هي مسألة الناظم ولذلك قال المقري في كلياته الفقهية: كل من ردّت شهادته لمانع لم تقبل عند زواله. ابن عرفة: موانع الشهادة التهمة على زوال نقص عرض. فمن المدونة: إن شهد صبي أو عبد أو نصراني عند قاض فردّها لموانعهم لم تجز بعد زوالها أبداً. أشهب: من قال لقاض يشهد لي فلان العبد أو النصراني أو فلان الصبي فقال لا أقبل شهادتهم ثم زالت موانعهم قبلت شهادتهم لأن قوله ذلك فتياً لا ردّ اهـ. (والأداء عرفاً). قال ابن عرفة: إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به، وإعلام مصدر مضاف للفاعل والحاكم

فافهم. قوله: (وكان القاضي الحميدي الخ) كأن الجماعة أغفلوا قول المتيطي ما نصّه: وإذا شهد والد وولده وهما عدلان فشهادتهما شهادة واحدة وبه جرى العمل وقيل هما بمنزلة شاهدين الخ وهذا منه بلفظه، وما ذكره المتيطي هو لابن فتوح في الوثائق المجموعة غير أنه قال: وبه جرى العمل أي كون شهادتهما شهادة واحدة وقيل هما بمنزلة شاهدين وهو أقيس الخ، وناهيك بهذين الشيخين، نعم قال ابن سلمون: والمفيد فيهما ما ذكره صاحب التحفة وكذا ابن فرحون وابن راشد، فالمصنف مرّ على ما به العمل أيضاً وهو كلام المختصر وعليه اقتصر في المنتخب، وبهذا تعرف أن الكمال لله تعالى، وأن أفراد الفروع كثيرة لا تنحصر لزمام فافهم هذا وخذه عدة يقل اعتراضك على الفقهاء، نعم مقابل ما في المختصر هو الأقيس كما رأيته، وهو الأعدل أيضاً كما في معين الحكام مع كونه أبعد التهمة ومع كون ما علّل به ما في المختصر بحث فيه قف عليه إن شئت عند قول المختصر: وشهادة ابن مع أب واحد الخ.

قوله: (قال في المقرب الخ) هذا قول صاحب المختصر، ولا إن حرص على إزالة نقص فيما ردّ فيه لفسق أو صبا أو رق الخ. قوله: (والأداء عرفاً الخ) قف على ابن عرفة والرصاص في هذا ولا

مفعول، ولم يقل القاضي لأن الحاكم أعم من ذلك وبشهادته متعلق بإعلام، وبما يحصل يحتمل تعلقه بإعلام فتكون الباء الثانية سببية أو للتعدية ويكون المجرور بدلاً، ويحتمل تعلقه بشهادة وبما شهد به متعلق بالعلم وضمير له يعود على الشاهد. قال في النوادر لأشهب: قوله هذه شهادتي أداء قال: والأظهر أن الإشارة المفهمة في ذلك تكفي، وشاهدت بعض الموثقين أداها إشارة فلم يقبلها منه من أداها إليه اهـ. والتحمل تحصيل علم ما يشهد به بسبب اختياري وهو مأمور به شرعاً لأنه فرض كفاية، والتعير بالعلم يدل على أنه لا يجوز مع غيره من شك أو وهم، وقد يكون علماً قطعياً، وقد يكون فيه غلبة الظن، (فالمراد بالعلم) هنا الاعتقاد، وقد يحصل العلم القطعي بقرائن وقد يحصل غلبة الظن كذلك، فقوله بسبب اختياري أخرج به علمه دون اختيار، كمن قرع سمعه صوت مطلق من غير اختيار فإنه لا يسمّى تحملاً، وقوله: ما يشهد به فصل أخرج به ما لا يشهد به كالعلم بأمور ليست متعلقة بشهادة، وقول الناظم: «المقتض جلي» أي ظاهر، قال بعض من شرحه: لأن الشهادة إنما تظهر فائدتها ويعمل بمقتضاها بالأداء فإن لم تؤد كانت كالعدم فلذلك اعتبر زمن الأداء لا زمن التحمل اهـ.

فصل في مسائل من الشهادات

ذكر في هذا الفصل مسائل من باب الشهادة مما يتكرر وقوعه غالباً.

وَيَشْهَدُ الشَّاهِدُ بِالْإِقْرَارِ مِنْ غَيْرِ إِشْهَادٍ عَلَى الْمُخْتَارِ
بِشَرْطِ أَنْ يَسْتَوْعِبَ الْكَلَامَا مِنْ الْمُقَرِّ الْبَدءَ وَالتَّمَامَا

يعني أنه يجوز للشاهد أن يشهد بإقرار من سمعه يقرّ على نفسه بما يلزمه بسبب حكم مالي وبدني، وإن كان المقرّ لم يشهده بذلك ولم يقل له اشهد علي ولكن ذلك بشرط أن يستوعب الشاهد كلام المقرّ من أوله إلى آخره، لأنه إذا لم يستوعبه قد يفوته منه شيء لو سمعه لم يشهد عليه لما تضمن من نقض أوله لآخره أو بالعكس. قال في المدونة: قال مالك: وإن سمع رجل رجلاً يطلق زوجته يقذف رجلاً فليشهد بذلك وإن لم يشهده، وعليه أن يخبر بذلك من له الشهادة، ويشهد في الحدود بما سمع إن كان معه غيره. (قال ابن يونس: خوف أن يقول) له المقذوف كذبت لم يقذفني وإنما عرضت أنت بقذفني فيحده. قال ابن القاسم: وسمعت مالكا يقول قبل ذلك فيمن مرّ برجلين يتكلمان في أمر فسمع منهما شيئاً ولم يشهدها ثم طلب أحدهما

بدّ وقف على شرحنا لقول المتن: والتحمل إن افتقر إليه الخ. قوله: (فالمراد بالعلم الخ) ابن عرفة لا يتمجز في التعبير بحسب ما اعتيد منه، ولذلك اعترض عليه هنا بالظن والاعتقاد هو جزم ولذلك قالوا في حد المعرفة هي الجزم المطابق عن دليل، فقولهم الجزم أخرجوا به الظن والشك والوهم، والمطابق أخرجوا به الجزم غير المطابق كاعتقاد النصارى في عيسى على نبينا وعليه الصلاة والسلام، وكلام هذا الشارح غير موافق للاصطلاح المشهور من أن الاعتقاد لا يدخل فيه الظن وافهم. قوله: (قال ابن يونس خوف أن يقول الخ) هذا اعترضه ابن الناظم وتركه هذا الشارح وذلك

تلك الشهادة قال لا يشهد له . قال ابن القاسم : إلا أن يستوعب كلامهما من أوله إلى آخره إذ قد يكون قبله أو بعده كلام يطله . (قال ابن هشام) في مفيدة : وبه العمل . وفي ابن الحاجب في عدّ مواعن الشهادة السادس الحرص على الشهادة في التحمل كالمختفي ليتحملها لا يضرّ على المشهور .

(وقال محمد : إذا لم يكن المشهود عليه خائفاً أو مخدوعاً) . التوضيح : المشهور أن ذلك لا يقدر ، وبه قال أشهب وعيسى بن دينار وعمامة أصحاب مالك وأكثر أهل العلم ، ومقابل المشهور إما مبني على القول بأنه لا يجوز حتى يقول المشهود عليه للشاهد اشهد علي وهو قول مالك ، وإما مبني على القول بجوازها لكن يرى الاختفاء يضر بها . ابن رشد : وهو قول سحنون ، وقول محمد تقييد للمشهور بل هو من تمامه . ففي الموازية قال مالك في رجلين قعدا لرجل وراء حجاب ليشهدا عليه قال : إن كان ضعيفاً أو مخدوعاً أو خائفاً لم يلزمه ويحلف ما أقرّ إلا لما يذكر ، وإن كان على غير ذلك لزمه ولعله يقرّ خالياً ويأبى من البيئة ، فهذا يلزمه ما سمع منه ، قيل فرجل لا يقرّ إلا خالياً هل أقعد له بموضع لا يعلم للشهادة عليه؟ قال : لو أعلم أنك تستوعب أمرهما ولكن أخاف أن تسمع جوابه لسؤاله ولعله يقول له في سر : ما الذي لي عليك إن جئتك بكذا؟ فيقول : عندي كذا ، فإن

لا ينبغي . قوله : (قال ابن هشام الخ) عبارة ابن هشام هي قوله ما نصّه في ذلك روايتان إحداهما يشهد إذا كان يستوعب ذلك واختار هذا القول ابن القاسم وبه العمل الخ . وفي نقل ابن الناظم له شيء موهوم والمذهب مضى شهادة المختفي ولو كان غير مبرز وغير هذا لا عبرة به ، وقد بينا ذلك في الشرح .

قوله : (وقال محمد : وإذا لم يكن المشهود عليه خائفاً أو مخدوعاً الخ) مع قوله : وقول محمد تقييد للمشهور الخ ، كلام محمد ذكره ابن شاس وابن عبد البر وابن هشام في مفيدة وابن رشد والظاهر من كلامهم أنه تقييد ، وما في هذا الشارح هو التوضيح ، ولكن لم أقف على من صرح بذلك غيره ممّا ينقل عنه ولما نقله ابن رشد قال بعد أن ذكر كلاماً في شهادة المختفي ما نصّه : ولو أنكر الضعيف الجاهل الإقرار جملة للزمته الشهادة عليه به ، وإنما يصدق عنده أي ابن القاسم مع يمينه إذا قال إنما أقررت لوجه كذا ممّا يشبهه وبالله تعاليّ التوفيق اهـ . بلفظه من بيانه ، وقد تكلم على هذا في المقدمات والبيان وأجاد ، فإطلاق هذا الشارح تاركاً لكلام ابن رشد معترض غاية ، وعبارة الكافي ما نصّه : وشهادة الأعمى جائزة ، وشهادة المستتر إذا عرف الصوت مثل ذلك ، ولا ينبغي لأحد دعوى إلى الاستتار بالشهادة أن يجيب إليه إلا أن يضطر ، فإن ابتلي بذلك فلا يشهد حتى يستوفي آخر الكلام من المقرّ وأوله ويشهد للذي دعاه إليه ، وإن كان المقرّ ضعيفاً أو مختدعاً أو مروعاً لم تقبل شهادتهم عليه وعليه اليمين أنه ما كان إقراره إلا لبعض ما ذكرناه ، وإن لم يكن ذلك ثبت عليه الحق لأن من الناس من يقرّ في الخلا ولا يقرّ في الملا ، ومن عرف ذلك منه جاز أن يستتر له لسمع بإقراره اهـ . بلفظه . وفيه تنبيهات تعجب اللبيب المخالط الأريب . وقول التحفة « بشرط الخ » فيه خلاف ولكن الرجراجي حكى الاتفاق على هذا القيد وهو يقوي ما في التحفة ، وبه قيد أبو الحسن المدونة قائلاً : إن قول ابن القاسم تقييد وذلك هو بشرط استيعاب الكلام ، ومالك أطلق في

قدرت أن تحيط بسرهم فجائز اهـ. انظر الباب الثامن والثلاثين من القسم الثاني من تبصرة ابن فرحون في القضاء بشهادة الاستغفال قال في آخره: تنبيه: وحيث أجزنا شهادته فلا يكون من باب الحرص على التحمل قاله ابن رشد، وينبغي للشاهد النبيه أن يرفع نفسه عن أن يختفي ليشهد، وهذا فيما لم يندب إليه ولا فرض عليه، فإن فعل فقد فعل ما لا يليق بالفضلاء ولا يختاره العقلاء اهـ. وانظر قوله: وحيث أجزنا شهادته فلا يكون من باب الحرص على التحمل (مع كلام ابن الحاجب المتقدم فإنه صريح في أنها من الحرص على التحمل) والله أعلم.

وَمَا بِهِ قَدْ وَقَعَتْ شَهَادَةٌ وَطُلِبَ الْعَوْدُ فَلَا إِعَادَةَ

يعني إذا شهد الشاهد بحق فتحمل الشهادة وكتبها ثم جاءه صاحب الحق وطلب منه إعادة الشهادة إما بأن يكتب له رسماً آخر بذلك لزعمة ضياع الرسم الأول، أو طلب منه أداء الشهادة عند القاضي من غير كتب فإنه لا يجيبه إلى ذلك لما يخشى في ذلك من تكرار الحق على المشهود عليه بذلك، وهذا ظاهر إذا كتب له رسماً ثانياً، وكذا إن أدى فحكم على المشهود عليه ثم ظهر الرسم الذي كتب له أولاً قوله وطلب العود يشمل العود للكتابة والأداء. قال الشارح: ولكن لا بد أن تكون الشهادة التي يمنع من إعادتها مما يتضمن حقاً يتكرر بإعادتها، ففي كتاب الاستغناء قال ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن أشهد في كتاب ذكر حق ثم ذكر أنه ضاع وسأل الشهود أن يشهدوا بما حفظوا فلا يشهدوا وإن كانوا حافظين لما فيه خوفاً أن يكون قد انقضى ومحي الكتاب، (فإن جهلوا وشهدوا بذلك قضى به). وقال مطرف: يشهدون بما حفظوا إن كان الطالب مأموناً وإن لم يكن مأموناً فقول ابن الماجشون أحب إلي، ولم يتعرض الشيخ لحكم ما إذا جهل الشهود وأعادوا الشهادة لأنه لم يقصد استيفاء النقل ولا قول مطرف لندور المأمون بل اقتصر على ما يلزم الموثق من التحفظ اهـ. كلام الشيخ. وفي الفصل الأول من الباب الخامس عشر من الفائق لسيد أحمد الونشريسي أنه إذا أدى الشاهد شهادته عند القاضي فلا يلزمه أداء ثان لا عند ذلك القاضي ولا عند غيره إذا أدى على نص الرسم ولا إجمال في شيء من فصوله، وفي

الجواز فجعل قول ابن القاسم تقييداً لقول الإمام، وقال عياض في تنبيهاته: الأكثر أن قول ابن القاسم تقييد وقد صحَّ كلام التحفة أعني قولها بشرط الخ. قوله: (مع كلام ابن الحاجب المتقدم فإنه صريح في أنها من الحرص على التحمل الخ) بل هو في ابن شاس حيث قال ما نصّه: السبب السادس الحرص على الشهادة وذلك في التحمل والأداء والقبول. أما الحرص على التحمل فمثل أن يجلس مختفياً في زاوية لتحمل شهادة الخ، وهذا هو قول المختصر بخلاف الحرص على التحمل كالمختفي أي فذلك لا يضر الشهادة وبذلك تفهم الحق في المسألة. قوله: (فإن جهلوا وشهدوا بذلك قضى به) هذا في ابن سلمون ولكن تأمله مع تعليلهم هنا عدم إعادة الشهادة والنقل في هذا رأيت عمل هو في هذا الشارح، وإنما يناسب هذا المضي قول مطرف بأن إعادة الشهادة تجوز للمأمون، ولكن المضي قال به ابن الماجشون القائل بعدم جواز الإعادة، وقول ابن الماجشون به عمل الموثقين لما يخشى في ذلك من تكرار الحق على المشهود عليه كما في ابن الناظم.

أثناء جواب لسيدي عبدالله العبدوسي ما نصه : ولا يلزم الشاهد أن يؤدي شهادته مرتين إذ ذلك إضرار به والله تعالى يقول : ﴿ولا يضار كاتب ولا شهيد﴾ [البقرة: ٢٨٢] نقله في السفر الخامس في نوازل الشهادة، وإلى هذه المسألة بوجهيها أعني طلب الكتب والأداء وقولها من المشهور وقول مطرف أشار الإمام سيدي علي الزقاق بقوله في قصيدته اللامية التي في المسائل المتكررة الوقوع من أحكام القضاء حيث قال :

ومن يبتغي تكرير كتبك رسمه لزعم ضياع أو أداء فاهملا
وإلا وقد ودبته تمضي مطرف إذا كان مأموناً فكرر ولا فلا
تنبيه : تقدم أن هذا فيما يخشى فيه تكراراً لحق على المشهود عليه، وذلك كالدين والوصية والكتابة، وفي ذلك ما وجدت بخط بعض شيوخنا رحمه الله :

دين وصية كتابة دما لا نسخ في رسومها قد علما
وصورة الدماء كما إذا شهد في وثيقة أن فلاناً جرح فلاناً جائفاً فإذا نسخ الرسم توهم أنه جرحه جائفتين ونحو ذلك والله أعلم .

وشاهد بُرَزَ خَطُّهُ عَرَفَ نَسِيَ مَا ضَمَّنَهُ فِيمَا سَلَفَ
لَا بُدَّ مِنْ أَدَائِهِ بِذَلِكَ إِلَّا مَعَ اسْتِرَابَةِ هُنَالِكَ

هذا شروع من الناظم رحمه الله في الكلام على الشهادة على الخط، وقد ذكرها ابن فرحون في تبصرته في الباب الرابع والثلاثين من القسم الثاني من التبصرة وهو كما قال ابن الحاجب في ثلاثة مواضع، أحدها : الشهادة على خط نسيه المتضمن للشهادة على غيره وهو الذي بدأ به الناظم هنا . الثاني : الشهادة على خط الشاهد الميت أو الغائب وهو الآتي للناظم بعد هذا . الثالث : الشهادة على خط المقر المنكر أن ذلك الخط خطه وهو الآتي في قول الناظم وكاتب بخطه ما شاء البيتين، فقوله : «وشاهد» البيتين يعني أن الشاهد إذا عرف خطه في وثيقة ونسي ما تضمنته الوثيقة واشتملت عليه فإنه يعتمد على ذلك ويؤدي شهادته عند القاضي إلا إذا وجد في الصك ريبة من محو أو بشر ولم يعتذر عنه فلا يؤديها حينئذ .

(قال الشارح : وهل يحمل) قوله «خطه عرف» على معرفة الشاهد خطه في الشهادة

قوله : (قال الشارح وهل يحمل النخ) قال ابن فرحون في تبصرته بعد ذكره كلاماً ما نصه : أما إذا كانت الوثيقة كلها بخط الشاهد وشهادته في أسفلها وهو يعرف خطه ولم يرتب غير أنه لا يذكر الشهادة فحكى ابن يونس الاتفاق في مذهب مالك على جواز الشهادة وإن لم يذكرها، وفي المدونة ما يدل على خلاف ذلك وأنه لا يشهد بذلك اهـ . من التنبيه لابن المناصف اهـ . بلفظه . وقوله : لا يذكر الشهادة مراده المشهود به أي لم يذكر الحكاية كما دل على هذا كلامهم . وقال الرجراجي في مناهجه ما نصه : فأما الرجل إذا عرف خطه في الكتاب ونسي الشهادة ولم يذكرها ولا عقل عليها فهل يشهد أم لا؟ فالمذهب على أربعة أقوال : أحدها : أنه لا يشهد ولا يرفعها جملة وهو قول ابن القاسم وابن نافع وأصبغ وغيرهم من أصحاب مالك في العتبية والموازية والواضحة . والثاني : إذا لم يسترب في الكتاب محو ولا حكاً ولا بشرأ فإنه يرفعها ويشهد ويتنفع بها المشهود له وهو قول سحنون في العتبية . والثالث : أنه يرفعها

وحدها أو في الشهادة والوثيقة معاً هذا مما يحتمل، والظاهر أن قصده فيهما معاً لقوله نسي ما ضمنه يعني مما اشتملت عليه الوثيقة، فدل على أن الوثيقة كلها بخط الشاهد، وقوله: لا بد من أدائه بذلك وهل علي أن القاضي يحكم بها أو يؤديها الشاهد ولا ينتفع بها صاحبها هو محتمل أيضاً، والظاهر أنه قصد أنه ينتفع بها. قال في المدونة: إذا عرف الشاهد خطه في كتاب فلا يشهد حتى يذكر الشهادة ويوقن بها ولكن يؤدي ذلك كما علم ثم لا ينفع الطالب. سحنون: اختلف في هذا أصحابنا وقولي إذا لم ير في الكتاب محو ولا لحقاً ولا ما يستنكره فليشهد بما فيه، وهذا أمر لا يجد الناس منه بدأ وإن لم يذكر من الكتاب شيئاً. ابن يونس: إنما قال ابن القاسم: يرفع شهادته لأنه قد يرى الحاكم إجازتها على قول من يجيز ذلك اه. وفي التوضيح عن البيان في هذه المسألة خمسة أقوال، الأول: أنها شهادة جائزة يؤديها ويحكم بها. والثاني: أنها غير جائزة لا يؤديها ولا يحكم بها. والثالث: أنها غير جائزة إلا أنه يؤديها ولا يحكم بها. والرابع: أنها إن كانت في كاغد لم يجز له أن يشهد، وإن كانت في رق جاز له أن يشهد، قال: يريد والله أعلم إذا كانت الشهادة في مطلق الرق ولم تكن على ظهره لأن البشر في ظهره أخفى منه في الكاغد. والخامس: إن كان ذكر الحق والشهادة بخطه جاز أن يشهد وإن لم يكن بخطه إلا الشهادة لم يشهد ثم قال: وصوب جماعة أنه يشهد إن لم يكن محو ولا ريبة فإنه لا بد للناس من ذلك لكثرة نسيان الشاهد المنتصب ولأنه لو لم يشهد حتى يذكرها لما كان لوضع رسم خطه فائدة.

للحاكم ويؤديها كما علم ثم لا ينتفع بها المشهود له وهو قول مالك في المدونة. والرابع: التفصيل بين أن يكون الكتاب بخط يده أو بخط يد غيره، فإن كان جميع الكتاب بخط يده وأثبت خطه ولم يستنكر في الكتاب محو ولا بشراً ولا لحاقاً فشهادته جائزة وإن لم يرفع الشهادة، وإن كان الكتاب بخط غيره فلا يشهد وهو قول ابن نافع في المجموعة، وهذا القول أشبه في النظر ولا سيما في وقتنا هذا، لأن الغالب على الناس النسيان، فإذا حقق أنه خطه وكان ممن لا تشبه عليه الخطوط شهد إلا أن تدخله ريبة فيتوقف الخ، وهذا كله منه بلفظه. فأنت تراه فصل واختار فصل تبعاً لغيره، ولكن قال أبو الحسن على قولها في كتاب القضاء، وإذا عرف الشاهد خطه في كتاب فيه شهادته فلا يشهد حتى يذكر الشهادة ويوقن بها ولكن يؤدي ذلك كما علم ثم لا تنفع الطالب ما نصّه التفرقة بين كتبه الرسم والوضع أو الوضع فقط استحسان على المعنى الذي ذكرناه هذا الخط رسم يدرك بحاسة البصر أم لا الخ، وساق ابن الناظم هذا الاستحسان الخ. وقوله وهو قول سحنون ظاهره أن هذا لسحنون وحده وليس كذلك، قال ابن رشد في البيان ما نصّه: وأما شهادة الشاهد على خطه إذا لم يذكر الشهادة فكان مالك أول زمانه يقول إنه يشهد إذا كان الكتاب نقياً ولم يكن فيه محو ولا شيء يريبه ثم رجع فقال لا يشهد وإن عرف خطه حتى يذكر الشهادة أو بعضها أو ما يدل على حقيقتها وينفي التهمة عنه فيها فأخذ بقوله الأول عامة أصحابه مطرف وابن الماجشون والمغيرة وابن أبي حازم وابن دينار وابن وهب، وإليه ذهب ابن حبيب وهو اختيار سحنون في نوازله، قال مطرف وعليه جماعة الناس: وليقم بالشهادة تامة بأن يقول ما فيه حق وإن لم يحفظ ممّا في الكتاب عدداً ولا يعلم السلطان أنه لم يعرف غير خطه الخ وهذا منه بلفظه، ونقل ابن

تنبيه: معنى اشتراط انتفاء المحو والريبة إذا لم يكن معتدراً عنه في الوثيقة وإن كان معتدراً عنه فهو من زينة الوثيقة على ما قاله بعض كبار الشيوخ اهـ. من التوضيح. وفي المختصر: لا علم خط نفسه حتى يذكرها وأدى بلا نفع ولم أقف الآن على من اشترط في هذا الشاهد التبريز كما اشترطه الناظم.

(وَالْحُكْمُ فِي الْقَاضِي) كَمَثَلِ الشَّاهِدِ وَقِيلَ بِالْفَرْقِ لِمَعْنَى زَائِدٍ

يعني أن القاضي إذا وجد حكماً في ديوانه بخطه وهو لا يذكر أنه حكم به فقيل إنه كالشاهد فينفذ ذلك ويمضيه لأن كلا منهما يعذر بالنسيان إلا إن وجد في الكتاب ريبه كما

الناظم هذا أيضاً، فانظر من قال بهذا القول مع أنه هو قول مالك الأول. والحاصل إذا ذكر بعض هذه الشهادة فإنه يشهد بما تضمنته الكتاب ويتنفع بذلك، ولا يقول للقاضي عرفت الخط ونسيت الحكاية، بل يشهد كالذاكر لها اعتماداً على خطه، وكذا إن لم يذكر شيئاً على هذا القول من غير فرق وأداؤها واجب على الشاهد على هذا القول أيضاً، ولا بد أن لا يكون محو ونحوه مع انتفاء الأعدار عن ذلك، وأن يعرف من نفسه أنه لم يكن يشهد إلا مع التحري، وكلام بعضهم إذا عرف خطه ونسي مبلغ الحق أن ذلك مختلف فيه، ولكن غير ظاهر كما نبهنا عليه في الشرح، وأن ما ذكرنا كالمتفق عليه قف عليه إن شئت، ولا فرق على هذا القول بين أن يكون الرسم هو الكاتب له ووضع عليه أو وضع فقط على ما يظهر من كلام الرجراجي لأن التفصيل عنده قول رابع وهو في المتيطي أيضاً. وقال ابن ناجي: ما في المدونة هو المشهور وبه العمل الخ، ولم أر قوله وبه العمل إلا عنده بل ما قاله سحنون هو الذي به العمل كما في ابن الناظم وفي ابن فرحون، وتبعه على ذلك اليرتاسني وهو الذي نقله من ألف في عمل فاس عند سيدي العربي الفاسي وتكلم في شرح اللامية على شيء من هذا والمتيطي وابن رشد قبله والرجراجي وصاحب المفيد وابن سلمون والعبدوسي على المدونة لم يذكروا ما به العمل في المسألة، ومقابل هذا الذي به العمل هو المشهور وهو مذهب المدونة، وعليه مرّ في المختصر وهو قوله لا على خط نفسه حتى يذكرها وأدى بلا نفع الخ. وقوله وأدى بلا نفع استشكل وأجيب عنه بما هو ضعيف، ولكن المسألة فيها كلام طويل من أراذه فلينظر الشرح إن شاء، وفيما كتبناه ربما يكفي اللبيب، والقول بأنه لا يرفع ولا يشهد أصلاً قوي غاية، لا سيما والقائلون به فيهم ابن القاسم، وهو الذي صدر به الرجراجي كما رأيت، وقول التحفة وشاهد برز الخ رأيت قول هذا الشارح فيه ولم أقف الآن على من اشترط في هذا الشاهد التبريز. قلت: كلام عياض ربما يلوح منه شرط التبريز حيث قال ما نصّه: إلا أن يكون الشاهد على بصيرة أو يقين أنه لم يضع خط شهادته مسامحة ولا كتب اسمه إلا على صحة أي فيشهد وإن كان يعلم من نفسه أنه قد مرّ به زمان قبل عدالته يسامح فيه بالشهادة الخ فلا يشهد بها حينئذ. وفي نقل الإمام ابن مرزوق ما نصّه: وأنا أرى للقاضي أنه يقبل في هذا من الشهود المتيقظ الذي لا يخشى عليه التباس الأمور ويوقف شهادة من ليس كذلك اهـ. وهذا كلام حق لائح عليه الصدق، وربما قد يكون هذا مأخوذاً من كلام عياض، وإنما أطلنا في هذا الصعوبة هذا الفرع وكثرة الاضطراب فيه وكثرة قيوده، ووجه القول بعدم الشهادة كثرة الضرب على الخطوط.

وقول الناظم: (وَالْحُكْمُ فِي الْقَاضِي الخ) انظره عند قول المتن: وأنهى لغيره، وعند قوله: ولا تقبل شهادته بعده أنه قضى بكذا الخ، وعند قوله وشهود الخ، وقدمنا في ذلك كلاماً بعيداً ما إذا شهد عدل بخلاف ما عند القاضي.

تقدم، وقيل لا يحكم به ولا يعمل عليه وليس هو كالشاهد لأن بينه وبين الشاهد فرقاً وهو عذر الشاهد بأن ذلك مقدوره، بخلاف القاضي فإنه قادر على أن يشهد على حكمه عدلين، وعلى هذا نته الناظم بقوله: «وقيل بالفرق لمعنى زائد». قال ابن المناصف: اتفق أهل عصرنا في البلاد التي ينتهي إليها أمرنا على قبول كتاب القاضي في الأحكام والحقوق بمجرد معرفة خط القاضي دون الشاهد على ذلك ولا خاتم معروف، مع أنني لا أعلم خلافاً في مذهب مالك أن كتاب القاضي لا يجوز بمجرد معرفة خطه، بل قولهم في القاضي يجد حكماً بديوانه بخطه وهو لا يذكر أنه حكم به أنه لا يجوز له إنفاذه إلا أن يشهد عنده بذلك شاهدان، ولا إن وجد القاضي المولى بعده وثبت أنه خط الأول فإنه لا يعمل به ولا يتخرج القول بعمله بتيقنه بخطه دون ذكر حكمه به من الخلاف في الشاهد بتيقن خطه بالشهادة بالحق، ولا يذكر موطنها لعذر الشاهد بالجملة إذ هو مقدور كسبه والقاضي كان قادراً على الشهادة على حكمه، واعتمد الناظم في حكاية الخلاف في مسألة القاضي على ما حكاه ابن المناصف من أهل عصره وما ذكره بعده من التفرقة بين الشاهد والقاضي.

وَحَطُّ عَدْلِ مَاتَ أَوْ غَابَ ائْتَفَى فِيهِ بَعْدَلَيْنِ وَفِي الْمَالِ ائْتَفَى
وَالْحَبْسُ إِنْ يَقْدُمَ وَقِيلَ يُغْتَمَلُ فِي كُلِّ شَيْءٍ وَبِهِ جَرَى الْعَمَلُ
كَذَاكَ فِي الْغَيْبَةِ مُطْلَقاً وَفِي مَسَافَةِ الْقَضْرِ أُجِبَزَ فَأَعْرِفِ

هذا هو الموضوع الثاني من الشهادة على الخط وهو الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت. قال اللخمي: الشهادة على خط الشاهد لغيبته أو موته صحيحة على الصحيح من القولين لأنها ضرورة. وقال ابن رشد: أما الشهادة على خط الشاهد الميت أو الغائب فلم يختلف في الأمهات المشهورة قول مالك في إجازتها وإعمالها. ابن عرفة: فظاهر هذا أن المشهور إعمالها (خلاف قول الباجي) لا تجوز على المشهور. الباجي: مشهور قول مالك لا

قوله: (خلاف قول الباجي الخ) لعل الفرق بين الخط واللفظ أن مسألة الخط أن الضرورة دعت للشهادة عليه لغيبه كاتبه أو موته، وقد عللوا مسألة النقل أن اللاقط لو عرف أنها تنقل عنه لتحرز، والكاتب يتحرز في كتبه بدليل ما تقدم أن العمل على أن الشاهد إذا عرف خطه ولم يذكر الحكاية أنه يشهد، ولذلك قال في الجواهر مفرقاً بين ما ذكر ما نصّه: والفرق على المشهور أن الرجل قد يخبر بما لا يتحققه، ولا ينبغي للرجل أن يكتب شهادته حتى يتحقق ما يشهد عليه ويعرف من أشهده بالعين والاسم مخافة أن يموت أو يغيب فيشهد عليه خطه، فأشبه ذلك من يسمع رجلاً يؤدي شهادته عند الحاكم أو يشهد عليها غيره أن يشهد على شهادته ممّا سمع منه وإن لم يشهده عليها، قال الشيخ أبو الوليد: والقول الأول أظهر إذ قيل وهو قول محمد أنه لا يجوز أن يشهد على شهادته حتى يشهده عليها وإن سمعه يؤديها على الحاكم أو يشهد عليها غيره مع أن وضع الشاهد شهادته في الكتاب لا يقوي مدة ذلك أه. بلفظه، فالفرق مبني على المذهب وهو قول المتن ولم يشهد على حاكم الخ، واستظهار ابن الحاجب لا يخفاك ما فيه، وتبع ابن الحاجب ابن شاس في التفرقة المذكورة وذلك واضح، ويدل على ذلك الخلاف القوي في شهادة المختفي، وإن كان الراجح الجواز بشروط تقدمت والتفرقة المذكورة للمازري، وأشار ابن عرفة إلى تقويتها بالضرورة

تجوز الشهادة على خط الشاهد رواه محمد لأن غاية خطه أنه كلفظه وهو لو سمعه يقص شهادته لم ينقلها عنه، وروى ابن القاسم إجازتها اهـ. وقوله: «اكتفي فيه بعدلين» أي يكتفي في ثبوت

في الخط، وفي كلام ابن ناجي نظر حيث قال لا فرق بين لفظ الشاهد وخطه، مع أن الرجراجي بين التفرقة غاية، وقول الباجي مشهور قول مالك عدم الجواز الخ لا يلزم من ذلك أن يكون هو المشهور في المذهب لأنه قال مشهور قول مالك لأنه قد يقول مالك قولاً بلا اختلاف منه ويكون المذهب خلافه، فكيف إذا اختلف قوله في ذلك، وبه تفهم ما يفهمه كلام ابن عرفة ومن تبعه، قال القاضي: وبالجواز مضى العمل عند شيوخنا أي جواز الشهادة على الخط والخلاف بالمنع قوي لكن القول بالجواز أقوى، وقد استوفينا الأفعال في الشرح وفي العبدوسي على المدونة، وأما الشهادة على خط الغائب أو الميت فالمشهور جوازها في كل شيء، وعند أهل قرطبة لا تعمل إلا في الأحباس خاصة، وفي البرزلي عن السيوري لا تجوز الشهادة على الخط، وما عندي فيها خلاف لأن للأزمة حالة وحال الناس بكثرة الضرب على الخطوط وقلة تمييزهم لها الخ، ونظير ما في العبدوسي هو قول ابن حارث: جرى العمل من القضاة بالإجازة في الأحباس وغيرها بلا فرق. وفي المختصر وإن بغير مال فيهما، وبيّنا في شرح المتن هناك أن النكاح والحدود وغيرها داخله في المتن بكلام الناس وأن ذلك هو المعمول به، والراجع وقف على شرحنا لقول المتن وجازت على خط مقرّ تجد الحق إن شاء الله، وفي التنيّهات مشهور قول الإمام عدم الجواز. وقال ابن سهل بعد أن ذكر أن المنع هنا أشد من مسألة قول المختصر حتى يذكرها ما نصّه: والمنع هو الصحيح الذي لا أقول بغيره ولا أعتقد سواه وهو دليل المدونة وغيرها، وذكر أنها تكون في الأحباس وما جرى مجراها اتباعاً للأشياخ في استثناء ذلك. وقال ابن الهندي: الأحوط المنع مطلقاً وابن لبابة لا يحكم إلا بالمنع، زاد ابن عرفة وغيره إلا إن مات، والأبهرى قال المنع هو الصحيح، والحاصل الخلاف قوي غاية لكن الأشهر والذي عليه العمل الجواز وإن كان في البرزلي أن العمل قال به بعضهم في عدم الجواز ولكن قف على شرحنا ترى العجب العجائب في هذا الاختلاف عند قول المتن وجازت على خط مقر، وكذا عند قوله على خط شاهد مات الخ، وإنما أشرنا لهذا التعلم أن التعريف بالخطوط يحتاج في المعرف بها غاية، وقد رأينا في هذا من عدم الاحتياط ما يعلمه سبحانه، ولكن المنع الذي قال به هؤلاء الفحول قد لا يظهر وجهه لأنه يؤدي إلى الضرر وقد أشار اللخمي لذلك، قال ابن عطية على قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية بعد ذكر الخلاف في الكتب هل هو على الوجوب أو الندب؟ ما نصّه جمهور العلماء على أنه ندب إلى حفظ الأموال وإزالة الريب الخ. فقولته إلى حفظ الخ هذه الفائدة للكتب لا تتم إلا بجواز الشهادة على الخط وبالاعتماد عليه، مع أن قوله سبحانه: ﴿ذلك أدنى ألا تترابوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] فيه دليل واضح وقد استدل به غير واحد، والموت والغيبة يكثران، والكتب مأمور به منه سبحانه، فإذا كان لا يشهد على خطه في غيبته وموته وكذا هو إن لم يذكر الشهادة لم يبق للكتب فائدة أو تبقى له فائدة قليلة ككونه يتذكر به كاتبه إذا رآه، والحبس وما جرى مجراه قليل من كثير مع الخلاف فيه أيضاً مع قلة حفظ الناس لا سيما في الأزمنة المتأخرة، والناس يقولون في هذا ينسأ الرأس وصار كتب أصدقاء النساء وكتب الأمور وما ينسأ الكراس العظام التي لا تنحصر في الأموال والدماء وغير ذلك معرضة لعدم الفائدة، ونحن نقول ما قاله الفحول من الجواز، فعنه لا نزول لما اطلعنا عليه من كلام الناس، انظره عند قول المتن: وجازت على خط مقر، وعند قوله: وخط شاهد الخ تر ما أشرنا إليه، وقد قال ذلك كثير منهم قف

خط العدل الميت أو الغائب بشهادة عدلين أن الخط خط فلان الميت أو الغائب وظاهره الاكتفاء بالعدلين كان المشهود على خطه واحداً أو متعدداً، لأن لفظ عدل من قوله: وخط عدل يصدق بالواحد وبأكثر، فإذا كان الصك بعدلين: ميتين أو غائبين: أو أحدهما ميت والآخر غائب فإنه يكتفي في إثبات خطهما معاً بعدلين، وفي التعبير بالاكتفاء إشارة إلى أن الأولى أن يشهد على خط كل واحد اثنان فيحتاج في الوجه المذكور إلى أربعة عدول فتطلب النص في ذلك، وقوله: وفي المال اقتضي والحبس إن يقدم يعني أنه اختلف في الشهادة على الخط هل يعمل بها في المال والحبس القديم فقط أو يعمل بها في كل شيء وبه العمل في زمان الناظم يعني وكذا في زماننا، وقوله: كذا في الغيبة التشبيه في ثبوت خط الشاهد الغائب بعدلين وقد تقدم ما يغني عنه، إذ فرض المسألة أن ذلك في الغيبة أو الموت ولعله أعاده لبيان قدر الغيبة الذي هو مسافة القصر، وقوله: مطلقاً أي في المال وغيره وتقدم ذلك أيضاً، وقوله: وفي المال اقتضي الخ ابن الحاجب وفي قبولها في غير الأموال قولان. التوضيح: القول بأنها تختص بالأموال لمطرف وابن الماجشون وأصبح قالوا: لا تجوز الشهادة على الخط إلا حيث اليمين مع الشاهد، والقول الآخر لمالك اهـ. وقال ابن الهندي: أكثر ما يجوز العمل بإجازة الشهادة على الخط في الأحباس القديمة نقله المواق ونقل قبله من المفيد قال: قال محمد بن حارث جرى العمل من القضاة ببلدنا يعني قرطبة بإجازة الشهادة على خط الشاهد، ولا علمت أحداً من أهل العلم فرق بين الشهادة على الخط في الأحباس وغيرها في حال من الأحوال.

فرع: ظاهر قول ابن القاسم أن الشهادة على الخط (إنما تكون على القطع) حتى يكون في معرفة الخط ومعرفة الشهود له كمعرفة الحيوان والثياب وسائر الأشياء، ووقع في كتاب القزويني أن الشهادة في ذلك أن تكون على العلم اهـ. من التوضيح أيضاً، انظر أول

عليهم في الشرح فافهمه منصفاً، ولذلك الناس اليوم في حدود الثلاثين بعد مائة وألف لا تجد أحداً من القضاة يعرج على القول بالمنع، ويرحم الله الرجراجي حيث قال في مناهجه ما نصه: فالمنع ذريعة إلى إبطال الحقوق وإتلاف أموال الناس الخ، ولعله أخذه من كلام اللخمي، نعم القول بالجواز يلزمه الاحتياط في التعريف بالخط غاية لأنه إذا كان القول بالمنع قوياً أدى ذلك إلى الاحتياط في التعريف غاية وقد تساهل الناس في ذلك، وذلك أيضاً مؤد للضرر بالناس فصعب الأمر، وقول الناظم بعدلين يأتي الكلام عليه في المقر هنا بعيدة وهو قوله: وكاتب بخطه الخ.

قوله: (إنما تكون على القطع الخ) هذا قول المختصر إن عرفته كالمعين، وبيّنا في شرحه أنه لا يشهد إلا على الخط إلا على القطع ولا يكفي الظن وإن قيل بكفايته إن قرب من اليقين كما نقله صاحب المعيار في نوازل الأقضية عن ابن رشد وفي ذلك نظر، بل لا يشهد إلا إذا قطع على أن الخط خط فلان، ولكن انظر عند قول المتن وجازت على خط مقرّ ولا بدّ، وبيّنا أن قوله كالمعين لا بدّ من حضور الخط وإلا فلا عبرة بذلك، وبه يفهم الفرع الذي يذكره هذا الشارح عن أبي الحسن هنا، وأن الصحيح خلاف ما أفتى به أبو الحسن، وهذا الفرع نقله صاحب المجالس ولم يرجح فيه شيئاً، ولما نقل ابن غازي في تكميله مسألة قول الموثق حسيماً ذلك برسم بيد فلان عايناه شاهدها وأن ذلك لا يكفي وذلك المذكور في البرزلي قال ما نصه: وهذا خلاف ما نسب لأبي الحسن الصغير

الباب الرابع والثلاثين من القسم الثاني من تبصرة ابن فرحون، وإلى هذه المسألة والفروع الثلاثة بعدها أشار الشيخ خليل بقوله: وخط شاهد مات أو غاب ببعد وإن بغير مال فيهما إن عرفه كالمعين وأنه كان يعرف مشهده وتحملها عدلاً. المتيطي: لا تقبل الشهادة على الخط إلا من الفطن العارف بالخطوط وممارستها، ولا يشترط فيه أن يكون قد أدرك صاحب الخط اهـ.

فرع: قال في التوضيح: إذا فرعنا على قبول الشهادة على الخط (فلو لم يعرف الشاهد) على الخط أن الشاهد الأول وهو المشهود على خطه كان يعرف من أشهده معرفة العين لم يجز له أن يشهد على خطه وهذا قول ابن زرب، والقول الثاني الجواز بناء على أن الشاهد لا يضع خطه إلا على من يعرف. ثم قال في التوضيح أيضاً: فرع: ولا تجوز الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت (حتى يقول) إنه كان في تاريخ الشهادة عدلاً ولم يزل على ذلك حتى توفي احتياطاً من أن تكون شهادته سقطت بجرحه أو كان غير مقبول الشهادة اهـ. فرع: قال في التوضيح: وإذا قلنا يحكم بالشهادة على الخط فهل عليه يمين مع الشاهدين أم لا؟ روايتان، ومنشأ الخلاف هل يتنزل الشاهدان على خطه منزلة الشاهدين على الإقرار أو منزلة الشاهد فقط لضعف الشهادة على الخط؟ ثم قال ما حاصله: إنه إذا لم يشهد بذلك إلا شاهد واحد فمن قال عليه اليمين مع الشاهدين أبطل الشهادة هنا، ومن قال لا يمين عليه أعمل الشهادة هنا ويحلف يمينين يمين مع شاهده ويمين أخرى لكمال السبب.

فرع: سئل الإمام سيدي أبو الحسن الصغير عن شهادة شاهدين نظرا وثيقة بيد رجل تتضمن إثبات حق وتحققا ما فيها وحفظها ونظرا إلى شهودها فتأملا خطوطهم فتحققا أنها خطوط قوم ماتوا وعلموا أنهم كانوا بوسم العدالة وقبول الشهادة حين الوضع واتصل ذلك إلى أن ماتوا ثم ضاعت الوثيقة فاستظهر صاحب الحق بشهادة هذين فأذيا عند القاضي حسبما وصف هل يعمل على ذلك كما لو لم يضع الرسم بإحياء شهادة شهوده أم لا؟ فأجاب بقوله: سألت عن مثل هذا مرتين فأجبت عنه جوابين بأن القاضي يعمل على ذلك، إذ لا فرق بين ما تقرر عند القاضي الآن مع غيبة الوثيقة، وبين ما تقرر عنده مع

ولعله يجري على قول ابن القاسم في شهادة الاستحقاق على الصفة وقد يفرق بأن الخط لا تحصره الصفة بخلاف غيره الخ. قلت: وفي كلامه نظر لأن الرائي للرسم لم يشهد في غيبته على صفته إنما يشهد على مضمونه كما هو مفهوم من كلام أبي الحسن، وكان هذا سهو من ابن غازي رحمه الله تعالى.

قوله: (فلو لم يعرف الشاهد الخ) هذا هو قول المختصر وإن كان يعرف مشهده، وذكرنا أن العلم بقفصة على خلاف ما في المتن، ولذلك لم نر أشياخنا القضاة يبحثون عن هذا أصلاً، وقول خليل مشهده هو من أشهد الرباعي، مع أن المختفي إذا عرف المقر يشهد عليه ولذلك عبر كثير بقولهم يعرف المشهود عليه. قوله: (حتى يقول الخ) هذا هو قول المختصر وتحملها عدلاً، وقد

حضورها باستيفاء هذين جميع ما فيها وإحيائهما الشهادة الواقعة فيها وهو الذي يفعل لو حضرت اه. ، نقله صاحب المعيار بعد نحو اثنتي عشرة ورقة من نوازل الشهادات ثم قال أثره: وانظر ما يناقض هذه الفتوى في ابن عرفة والمتيطي وهو الصحيح الذي لا يلتفت إلى غيره.

وَكاتَبَ بِخَطِّهِ مَا شَاءَهُ وَمَاتَ بَعْدَ أَوْ أَبِي إِنْضَاءَهُ
يُثَبِّتُ خَطُّهُ وَيَنْضِي مَا أَقْتَضَى دُونَ يَمِينٍ وَبِذَا الْيَوْمِ الْقَضَاءُ

هذا هو الموضوع الثالث من الشهادة على الخط ، وهو الشهادة على خط من كتب بيده ما يلزمه الإقرار به ثم مات أو أنكر أن ذلك الخط خطه ، فأخبر الناظم أن الحكم في ذلك أن يثبت صاحب الحق (بشاهدين) أن الخط خط هذا المنكر أو الميت ويلزمه أو ورثته ما أقر به دون يمين يلزم صاحب الحق في ذلك وبهذا الحكم القضاء ، وبه أفتى الشيخ خليل حيث قال : وجازت على خط مقر بلا يمين . ابن الحاجب : أما الشهادة على خط المقر فجازة كإقراره ولا يحلف على الأصح . التوضيح : وإذا قلنا إنه يحكم له بالشهادة على الخط فهل عليه يمين مع الشاهدين أم لا؟ روايتان ، ومنشأ الخلاف هل يتنزل الشاهدان على خطه منزلة الشاهدين على الإقرار أو منزلة الشاهد فقط لضعف الشهادة على الخط؟ ثم قال : فرع : وإذا أقام صاحب الحق شاهداً واحداً على الخط فروايتان حكاهما ابن الجلاب وهما مبنيان على أنه إذا شهد له اثنان هل يحتاج إلى يمين أو لا؟ فمن قال لا يحتاج إلى يمين أعمل الشهادة هنا ، ومن قال يحتاج أبطل الشهادة هنا ، وإذا قلنا يحكم له به فيحتاج إلى يمينين يمين مع شاهده ويمين أخرى ليكمل السبب . الشارمساحي في شرح الجلاب : وصح أن يحلف يمينين في حق واحد لأنهما على جهتين مختلفتين لا على جهة واحدة اه. فرع : إذا لم يوجد من يشهد على خط المقر فطلب المدعي أن يجبر المدعى عليه على أن يكتب بمحضر العدول ويقابل ما كتبه بما أظهره المدعي فأفتى عبد الحميد بعدم جبره ، وأفتى للخصمي بجبره وأن يطول تطويلاً لا يمكن أن يستعمل فيه خطأ غير خطه اه.

فسرناه تفسيراً مفيداً فف عليه إن شئت . قوله : (بشاهدين الخ) تقدم هذا في صريح النظم في الشهادة على خط الميت أو الغائب ، فأخبر هذا الشارح أن هذا أيضاً يكون في خط المقر وهو تابع لما في التوضيح وهو الذي نقله الشارح في كلامه هنا . والحاصل أن الخط إنما يشهد عليه عدلان هنا وأن الواحد لا يكفي مع اليمين على الراجح وإن كان قولاً قوياً ، والعمل بالراجح في الأزمنة المتأخرة هو اللاتق عند من أنصف وأنه لا يمين مع الشاهدين ، ومقابل هذا أنه يحلف استشكل وضعف فلا عمل عليه ، وهذا كله حيث تكون الشهادة من قطن عارف بالخطوط ممارس لها عدل لا ريبة تلحقه ، وكان العدل المشهود على خطه مشهور ، لكن إن عجز عن شاهد ثان فليتنظر في ذلك القاضي لقرائن الأحوال ، وما ظهر له فعله راجحاً ثواب الله تعالى ، وقول المختصر بلا يمين هو دليل على أنه لا بد من شاهدين إذ لم يقل أحد أنه يحلف مع الشاهد الواحد ، فافهم هذا الذي لخصناه من كلام الناس بعد اجتهاد وتعب كثير وجمعناه في شرحنا بدليله تقبل الله ذلك بفضله وكرمه وطوله .

وَأَمَّا نَقْصَ التُّقْصَانِ وَالزِّيَادَةِ إِلَّا لِمَنْ بَرَّرَ فِي الشَّهَادَةِ

يعني أن الشاهد لا يجوز له أن يزيد في شهادته أو ينقص منها إلا إذا كان مبرزاً سابقاً في العدالة فيقبل منه ما زاد أو نقص، كما لو شهد أن لزيد قبل عمرو مائة ثم شهد أنها مائة وعشرون، أو قال: إنما عليه ثمانون أو بالعكس، وظاهر قبول ذلك من المبرز قبل الحكم أو بعده، (وفي ذلك خلاف وتفصيل) يراجع في المطولات، وأما غير المبرز فلا تقبل منه زيادة ولا نقصان، وقبول ذلك من المبرز محله بعد أدائها عند القاضي، (وأما قبل ذلك) فلا تعتبر زيادة ولا نقصان، قال ابن رشد في عد ما يشترط فيه التبريز في العدالة: ومن زاد في شهادته أو نقص بعد أدائها اه. وقال ابن يونس: قال ابن القاسم:

قوله: (وفي ذلك خلاف وتفصيل) قال كاتبه: ففي سماع يحيى عن ابن القاسم وهي أول مسألة من الكتاب الثالث من الشهادات قال: سألت ابن القاسم عن العدل يشهد عند القاضي ثم يعود يزيد في شهادته أو ينقص فقال: إذا كان منقطع العدالة ممن لا يتهم في عقله فما زاد أو نقص قبل أن يقع الحكم بشهادته هو مقبول منه، وأما ما رجع عنه أو نقصه مما كان شهد به أو زاد كلاماً فيه نقص الشهادة الأولى وذلك بعد أن حكم بشهادته فهو غير مقبول ولا يفسخ الحكم للذي كان من تحويل شهادته ولما زاد أو نقص، فأما ما زاده بعد الحكم مما زعم أنه كان نسيه مثل أن يكون شهد لرجل على رجل بثلاثين ديناراً ثم تذكر أنها كانت خمسين فجاء يشهد بتمام الخمسين فإن ذلك يقبل منه وتجاوز شهادته اه. بلفظ صاحب البيان ابن رشد. وفي المتيطي: وليس للشاهد أن يزيد في شهادته أو ينقص منها إلا أن يكون مبرزاً، قال بعض الفقهاء: وفيه نظر بل الواجب لا يزيد ولا ينقص فإن نقص قبل المبرز وغيره وإن زاد قبل المبرز خاصة اه. بلفظه. وفي ابن سلمون ما نصه: وإذا زاد شاهد في شهادته أو نقص قبل منه إن كان مبرزاً وإلا فلا، وقيل إن كان بعد الحكم لم يقبل منه هذا لفظه، ولكن انظره مع السماع المتقدم، وما نقله المتيطي حسن غاية ظاهر وجهه. وفي النوادر أيضاً ما نصه: من شهد بثلاثين ديناراً ثم جاء فذكر أنها خمسون قبلت شهادته، وقاله في العتبية والمجموعة. وقال ابن حبيب عن مطرف: وإذا جاء فقال هي خمسون وكنت نسييت وقد ادعى ذلك رب الحق أو لم يدعه فإن كان مبرزاً قبلت شهادته وإلا لم تقبل الخ. وما في النوادر نقله الحطاب، وقال ابن ناجي على المدونة على قولها في كتاب التنجيز والتملك: وإن قالت قد قبلت أو قبلت أمري أو طلقت نفسي سألت عن نيتها فيلزم ما نوت إلا أن يناكرها الزوج الخ ما نصه: أقام شيخنا حفظه الله من قولها سألت أن الشاهد إذا شهد شهادة مجملة أنه يفسرها ولا يكون زيادة في الشهادة وأظنه قال: ولا يشترط فيه المجلس الواحد ثم وقع الحكم بذلك عندنا بالقيروان اه. بلفظه. وما ذكره ابن ناجي فيه فائدة كثيرة الوقوع وذلك ظاهر إذ تفسير المجمع ليس بزيادة ولا نقص، وعليه فلا يشترط في الشاهد المفسر أن يكون مبرزاً كما هو ظاهر قول ابن ناجي هذا وصف هذا لما نكتبه على قول التحفة ومن لطالب بحق شهد الخ بعد هذا. قوله: (وأما قبل ذلك الخ) انظر إذا كتبها الشهود عليه وقيدوها ولم يؤدوا فإني لم أقف عليه، وأما قبل كتبها فلا شهادة بلا زيد ولا نقص، لكن المعتبر في الشهادة هو حالة الأداء، مع أن ظاهر كلامهم هنا أن المعتبر أيضاً في خصوص النازلة هو الأداء، والحاصل لم يظهر لنا ما نعتمده في هذا.

من شهد بثلاثين ديناراً ثم جاء يذكر أنها كانت خمسين فإنها تقبل شهادته في ذلك كله. قال ابن رشد: هذه إحدى المسائل التي يشترط فيها التبريز في العدالة على مذهب ابن القاسم اهـ. وقد تقدمت هذه النظائر في شرح قوله: ولأخيه يشهد المبرز البيت، وبرز في البيت بفتح الراء.

وراجع عنها قبوله اعتبِر
وإن مَضَى الْحُكْمُ فَلَا وَاخْتَلَفَا
ما الْحُكْمُ لَمْ يَمْنُضْ وَإِنْ لَمْ يَعْتَذِرْ
فِي غُرْمِهِ لِمَا بَهَا قَدْ أَتَلَفَا
وشاهد الزور اتفاقاً يغرّمه
في كل حال والعقاب يلزمه

تكلم في الأبيات على رجوع الشاهد عن الشهادة وللرجوع كما قال ابن الحاجب ثلاث صور: الصورة الأولى: قبل القضاء فلا قضاء أي لا يقضى بها وتصير كالعدم، وإلى هذه الصورة أشار بالبيت الأول، فضمير قبوله للرجوع والمعنى أن رجوعه يقبل ويعمل به سواء اعتذر وقال توهمت مثلاً أو نسيت، أو لم يعتذر إذا كان ذلك قبل إمضاء الحكم. ابن الحاجب: الصورة الثانية: بعد القضاء وقبل الاستيفاء، قال ابن القاسم: يستوفي الدم كالمال، وقال أيضاً وغيره: لا يستوفي لحرمة الدم. الصورة الثالثة: بعد الاستيفاء فيغرمان الدية وغيرها إن لم يثبت عمدهما عند ابن القاسم وأشهب، ولا يغرمان عند ابن الماجشون، فإن ثبت عمدهما فالدية لابن القاسم والقصاص لأشهب، وإلى هاتين الصورتين أشار بقوله: «وإن مضى الحكم فلا» وهو تصريح بمفهوم قوله قبله: «ما الحكم لم يمنض» يعني أن رجوع الشاهد إذا كان بعد حكم القاضي بمقتضى الشهادة، سواء كان قبل الاستيفاء كما إذا حكم بغرم المال ولم يؤخذ من المحكوم عليه حتى رجع الشاهد وهي الصورة الثانية عند ابن الحاجب، أو كان رجوعه بعد الاستيفاء وهو دفع المال في المثال المذكور وهي الصورة الثالثة، فإن الرجوع في هذين الوجهين لا يعتبر ولا يعمل عليه بل يمضي الحكم ويستوفي المال، واختلف في استيفاء الدم هذا بعد الحكم وقبل الاستيفاء، وأما بعد الاستيفاء فلا كلام، فقوله: «وإن مضى الحكم فلا» أي فلا يعتبر الرجوع ولا يعمل عليه بل يقدر كأنه لم يرجع ويبقى الكلام في غرم الشاهد لما أتلف بشهادته.

(واعلم أن المتلف) بالشهادة إما نفس أو مال، فإن لم يثبت أنه تعمد الكذب والزور ففي غرمه المال من دية أو غيرها قولان: فيغرم عند ابن القاسم وأشهب، ولا يغرم عند ابن الماجشون كما تقدم عن ابن الحاجب، وإلى هذا أشار الناظم بقوله: واختلفا الخ وضمير بها للشهادة، فإن ثبت أنه تعمد الكذب والزور فيغرم المال اتفاقاً ولا إشكال، وإن كان شهد بالقتل

قوله: (واعلم أن المتلف الخ) في الغرم خلاف قوي غاية وكذلك في الأدب، ولكن الراجح في الغرم أنه لازم للناسي والمتعمد، والراجح قصر الأدب على المتعمد وأما غير المتعمد فلا أدب عليه رجوع قبل الحكم أو بعده والمتعمد قبله كذلك، وإن رجع بعد الحكم ففي ذلك خلاف قوي غاية واضطراب كثير لا يكاد يتحصل منه ظهور الراجح لكل أصل ابن القاسم الأدب، هذا ما لخصناه

أو الجرح عمداً ثم رجع عن شهادته وثبت أن شهادته بالقتل أو بالجرح كانت زوراً وكذباً فقال ابن القاسم: يغرم الدية (وقال أشهب: يقتص من الشاهد) وإلى هذا الوجه أشار بقوله: وشاهد الزور ارتفاقاً يغرمه أي ما أتلّف بشهادته، ومعنى في كل حال أي سواء كان المشهود به مالاً أو دماً، وظاهر قوله يغرمه في كل حال أنه لا يقتص من الشاهد في القتل أو الجرح وهو قول ابن القاسم كما تقدم، وقوله: «والعقاب يلزمه» أي لشاهد الزور زيادة على الغرم. قال الشارح: في كتاب ابن يونس: قال سحنون إذا رجع الشهداء قبل الحكم وقد شهدوا بحق أو حدّ الله من زنا أو سرقة أو خمر أو عتق أو في جميع الأقوال فإنهم يقولون ولا شيء عليهم من العقوبة وهموا في شهادتهم أو رجعوا عنها لشك خالطهم لأن العقوبة في هذا توجب الخوف، فلا يرجع أحد عن شهادة شهداها على باطل أو شك إذا أراد التوبة، ويجدون فيما شهدوا به من الزنا حد القذف في الحر المسلم، وفيه أيضاً روى المغيرة عن أبي ذئب أن رسول الله ﷺ قال في شاهد شهد ثم رجع عن شهادته بعد أن حكم بها رسول الله ﷺ فقال عليه الصلاة والسلام: «تَمْضَى شهادته الأولى لأهلها وهي الشهادة والأخيرة باطلة» وأخذ بذلك مالك وغيره وجميع أصحابه يرون أن يغرم ما أتلّف بشهادته إذا أقرّ بتعمّد الزور، قاله عبد العزيز بن أبي سلمة. قال سحنون: اختلف أصحابنا في رجوع البيّنة بعد الحكم فقالوا: إن قالوا وهمنا أو اشتبه علينا فلا غرم عليهم ولا أدب، وإن قالوا: زورنا غرموا ما أتلّفوا وأدبوا. وقال آخرون: يغرموا ما أتلّفوا في العمد والوهم والشك ويؤدّب المتعمدون اهـ. وفي شهادة المدونة: إن أخذ شاهد الزور ضرب قدر ما يراه الإمام ويطاف به في المجالس. ابن القاسم: يريد في مجالس المسجد الأعظم. وفي مفيد الحكام: اتفق أصحاب مالك على تغريم شاهد الزور ما أتلّف بشهادته، واختلفوا في تغريمه إذا ادعى الوهم والشبه فقال بعضهم: لا غرم ولا أدب، وقال بعضهم: يغرم اهـ. وراجع شرح قوله: وعزر شاهد الزور في ملا بندا. تنبيهان: الأول ما تقدم من إمضاء الحكم في رجوع الشاهد إنما هو إذا لم يتبين كذبه فيما شهد به أولاً بأن كان ذلك بإقراره لاحتمال صدقه فيما شهد به أولاً، وكذبه فيما رجع إليه، وأما إن تبين كذبه فإن الحكم ينقض إن أمكن نقضه كاستحقاق ربع ونحوه، كمسألة المدونة فيمن شهدت البيّنة بموته فبيعت تركته وتزوجت زوجته ثم قدم حياً فإن ذكر الشهود ما يعذرون به فهذا ترد إليه زوجته وليس له من متاعه إلا ما وجد وما بيع فهو أحق به بالثمن إن وجده قائماً، فإن لم تأت البيّنة بما تعذر به فذلك كتعمدهم الزور فليأخذ متاعه حيث وجده وعبداه وإن كان قد اعتق، وأمه وإن كانت قد صارت أم ولد، وإلى هذه المسألة أشار الشيخ خليل بقوله آخر الاستحقاق كشهود بموته إن غدرت بينته وإلا فكالغاصب، وكذلك إن شهد رجلان بأن هذا الرجل قتل فلاناً عمداً فحكم بقتله ثم قدم فلان حياً قبل قتل المشهود عليه فإن الحكم ينتقض، وكذلك إن شهد أربعة على رجل بالزنا فحكم برجمه فوجد الرجل مجبواً فينقض الحكم ولا يحد الشهود حد القذف إذ لا حدّ على من قال للمجبوب يا زاني، أما

من كلام الناس في شرحنا لمسائل الرجوع بعد نقل كلام الناس. قوله: (وقال أشهب يقتص من الشاهد الخ) هذا روجه غير واحد من المحققين بما يثلج له الصدر، قف على ذلك في الشرح، والحاصل هذه مسائل كثيرة لا يكفي فيها ما ذكر لا سيما وفيها قتل وجراحات وإتلاف أموال.

ما لا يمكن نقضه فلا إشكال في عدم نقضه ويمضي إذ الفرض أن نقضه غير ممكن، وذلك كالحكم بقتل القاتل فقتل ثم قدم المشهود بقتله حياً، وكالحكم برجم من شهد عليه أربع بالزنا فرجم فظهر أن الذي رجم محبوب فلا يحد الشهود للقذف كما مرّ بل عليهم الدية في أموالهم مع الأدب وطول السجن. الثاني: ما تقدم من أن الرجوع إذا كان قبل الحكم فإن الشهادة تصير كالعدم مقيد بغير الشهادة بالزنا ما إن شهدوا بزنا ثم رجعوا قبل الحكم فإنهم يحدون حد القذف في الحر المسلم كما تقدم عن ابن يونس والله أعلم.

فصل في أنواع الشهادات

ثُمَّ الشَّهَادَةُ لَدَيْ الْأَدَاءِ
تَخْتَصُّ أَوْلَاهَا عَلَى الثَّغْيِينِ
فَفِي الزَّانَا مِنَ الذُّكُورِ أَرْبَعَةٌ
وَرَجُلٌ بِامْرَأَتَيْنِ يَنْتَضِدُ
وَفِي اثْنَتَيْنِ حَيْثُ لَا يَطَّلِعُ
جُمَلْتُهَا خَمْسٌ بِالْإِسْتِقْرَاءِ
أَنْ تُوجِبَ الْحَقُّ بِلَا يَمِينِ
وَمَا عَدَا الزَّانَا فَفِي اثْنَتَيْنِ سَعَةٌ
فِي كُلِّ مَا يَزْجَعُ لِلْمَالِ اعْتِمَادُ
إِلَّا النِّسَاءَ كَالْمَحِيضِ مَقْتَنَعُ

قسم الناظم رحمه الله الشهادة إلى خمسة أقسام: الأول منها: ما يوجب الحق بلا يمين لكن بشرط تعدد الشاهد فيها على الجملة ولو صغيراً أو امرأة. الثاني: ما يوجهه لكن مع اليمين. الثالث: لا يوجب حقاً بل توقيف الشيء المتنازع فيه. الرابع: ما يوجب اليمين فقط على المطلوب. الخامس: ما لا يوجب شيئاً ولا عمل عليه ووجوده كالعدم، وهذا التقسيم هو باعتبار موجب الشهادة بفتح الجيم أي ما توجهه وما ينبت عليها. وقسمها ابن الحاجب إلى أربعة أقسام وسماها مراتب، وهذا باعتبار ما يكفي في المشهود فيه على اختلاف أنواعه، فبعضه لا يكفي ولا يثبت إلا بشهادة أربعة كالزنا، وبعضه لا يثبت إلا بعدلين وهو ما ليس زنا ولا مالا ولا أياً إلى مال كالنكاح والطلاق، وبعضه يثبت برجل وامرأتين وذلك المال وما يؤول إليه كالأجال والخيار والشفعة، وبعضه يثبت بامرأتين وهو ما لا يظهر للرجال كالولادة وعيوب النساء، وزاد غيره: ما يثبت بامرأة واحدة، وذلك الخلطة عند من اشترطها في توجه اليمين على المدعى عليه، ولكل من صنيع الناظم التابع فيه لابن القاسم الجزيري، وصنيع ابن الحاجب التابع فيه لابن شاس وجه، وأحدهما قريب من الآخر أو عينه، فالزنا مثلاً تكلم فيه الناظم على أنه إن شهد به أربعة ثبت بلا يمين. وقال ابن الحاجب: لا يثبت إلا بأربعة وما ليس بمال كالنكاح والطلاق في النظم تكلم على أنه إذا شهد به عدلان ثبت بلا يمين، وابن الحاجب قال: إنه لا يثبت إلا بعدلين والمال وما يؤول إليه تكلم في النظم على أنه يثبت برجل وامرأتين وابن الحاجب

فصل في أنواع الشهادات

قوله: (والطلاق) قال الواوغي على مضمون قول المتن والمال دون القطع في سرقة ما

فصل في أنواع الشهادات

على أنه يثبت بذلك وبغيره كامرأتين ويمين ورجل ويمين وكلاهما حسن، فجزأهما الله عن المسلمين خيراً وأعظم لهما ثواباً وأجرأً. وذكر الناظم في هذه الأبيات القسم الأول الذي يوجب الحق بلا يمين وتحته ستة أنواع: النوع الأول: شهادة أربعة عدول في الزنا يروونه كالمرود في المكحلة. الثاني: شهادة عدلين في المال وغيره ما عدا الزنا وإلى هذين النوعين أشار بقوله: ففي الزنا من الذكور أربعة البيت. الثالث: شهادة رجل وامرأتين وذلك في المال وما يؤول إليه وإليه أشار بقوله: ورجل بامرأتين يعتضد. الرابع: شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه الرجال كالحيض والولادة وإلى ذلك أشار بقوله: وفي اثنتين حيث البيت، ولدى البيت الأول بمعنى عند لأنها لا تعتبر فتوجب حقاً أو لا توجهه إلا عند أدائها عند القاضي، والاستقراء التتبع والبحث وضمير أوالها للخمس، وبامرأتين يتعلق بعتضد، وجملة اعتمد خبر رجل وسوغ الابتداء به وصفه بجملة يعتضد ونائبه يعود على الرجل الموصوف وهو الرابط لجملة الخبر بالمبتدأ، وفي كل يتعلق باعتمد، وفي اثنتين خبر مقع وسوغ الابتداء به تقدم الخبر وهو جار ومجرور والله أعلم.

تنبيهات: الأول: قال الشارح: اليمين المنفية في هذا القسم هي اليمين التي يقصد بها تقوية شهادة الشهود الذين شهدوا في ذلك كاليمين مع الشاهد الواحد، أو مع شهادة امرأتين في الأموال ونحوها، فلا تعترض بيمين القضاء الواجبة في حق الميت والغائب ومن لحق بهما لأن تلك اليمين ليست بعاضدة لشهادة الشهود ولا مقوية لها وإنما هي في مقابلة فرض دعوى الغريم البراءة من الحق، وكذلك لا يعترض بيمين الاستحقاق الواجبة في غير الأصول لأنها ليست بمقوية أيضاً وإنما هي في مقابلة فرض دعوى صيرورة المستحق للمستحق منه بهبة أو غيرها مما ينفي اليمين احتمالها ولا يكفي عنها قول الشهود، وما يعلمونه باعه ولا وهبه لأنهم إنما نفوا العلم فقط لأنهم شهدوا بالملكية على البيت وباستمرارها على العلم، فاليمين في مقابلة دعوى ما لم يعلمه الشاهد من عدم استمرار الملك لا لتقوية الشهادة. الثاني: شمل قوله: وما عدا الزنا ففي اثنين معه جميع الحقوق المالية والبدينية ما عدا الزنا لتقدمه، فجميع ذلك يثبت بعدلين على تفصيل في أفراد، إذ منها ما لا يثبت إلا بعدلين، ومنها ما يثبت بعدل ويمين، أو بعدل وامرأتين، أو بامرأتين ويمين، فثبت جميع ذلك بعدلين هو الذي في النظم، والتفصيل الذي في أفراد هو الذي في ابن الحاجب، وسواء تضمنت شهادة عدلين إتلاف نفس كالقود أو عضو كالقطع أو إباحة بضع كالنكاح، أو انتهاك بشرة كالتعزير والحدود، أو إبانة عصمة

نصه: قلت لشيخنا ابن عرفة: هذه المسألة يتعلق بها البحث من وجهين: الأول: أن يقال ندعي أنه قد يؤخذ من هذه المسألة لو شهد رجل وامرأتان على طلاق زوج زوجته لها عليه صداق حال وقلنا لا يحكم به إلا عند الموت أو الفراق أن الطلاق لا يلزم ويقضى بالصداق، وكذا لو طلقها وصير لها داره والشاهد بذلك من ذكر فيصيح التصيير دون الطلاق قال: وعندي أن الأخذ أحرى لأنه قد اختلف الشيوخ في القضاء بالصداق بدون الطلاق الخ وهذا كلام حق.

كالطلاق والفسخ، أو إبانة مال كالهبة والعتق، أو نقل ملك كالمعاوضة والبيع، أو تعمير ذمة كالسلم والدين، أو تعلق حق كالعارية والرهن، أو إلزام حكم كالتعدي والغصب الحكم في ذلك واحد، ولكن الذي يختص به الرجال ولا يتم إلا بهم أحكام مخصوصة من ذلك. قال ابن شاس: المرتبة الثانية ما عدا الزنا مما ليس بمال ولا يؤول إليه كالنكاح والرجعة والعتق (والطلاق) والإسلام والرذة (والبلوغ والولاء والعدة والجرح) والتعديل (والعفو عن القصاص وثبوته في النفس والأطراف) على خلاف فيها والنسب (والموت والكتابة) والتدبير وشبه ذلك، (وكذلك الوكالة والوصية) عند أشهب

قوله: (والبلوغ والولاء) هذا إن أريد بإثبات البلوغ القصاص مثلاً، وأما إن أريد بإثباته أخذ مال ككونه يسهم له من الغنمة فربما يكفي فيه شاهد وامرأتان شهدا أنه بلغ ثمانية عشر عاماً، ويدل لذلك مسائل تأتي هنا، وأما الولاء فقال المصنف في فصل الولاء: وإن شهد واحد بالولاء أو اثنتان أنه مولاه أو ابن عمه لم يثبت لكنه يحلف ويأخذ المال بعد الاستيناء، وقال في آخر العتق وحلف واستؤنى بالمال إن شهد بالبت شاهد أو اثنتان أنهما لم يزالا يسمعان الخ. قوله: (والعدة) هذا أيضاً باعتبار أنها تزوج، وأما إن كان الطلاق رجعياً وادعى أن العدة انقضت لتقطع النفقة عنه وشهد امرأتان بأنها دخلت في الحيضة الثالثة وقد طلقت بطهر أو في الرابعة إن طلقت بحيض فيحلف ويبرأ من النفقة على ما يظهر مما تقدم وما يأتي هنا. قوله: (والجرح) هذا خلاف المذهب فإن جرح الخطأ يكفي فيه الشاهد واليمين ولا إشكال، وكذا جرح العمد وهو قول صاحب المختصر أو قصاص في جرح أي فإنه يكفي فيه الشاهد واليمين، ولذلك قال أيضاً: وجرح خطأ وهذا مبين في شروح المختصر، وقد بيناه في شرحنا بالأنقال المذهبية قف عليها إن شئت، وهذا الشارح تبع ابن الناظم وهو تبع غيره وذلك خلاف المذهب، والقصاص في الجرح إحدى مسائل الاستحسان، نعم الخلاف قوي في المسألة غاية واستوفيناه في شرحنا والحمد لله ولكن ذلك هو المشهور فافهم. قوله: (والعفو عن القصاص) هذا ظاهر في العفو عن القتل، وأما الجرح فانظره، لكن عبارة التوضيح عن ابن القاسم: ولا تجوز شهادتهن أي النساء مع رجل في العفو عن الدم كما لا تجوز في دم العمد اه. ودم العمد فيه تفصيل وهو أن الجرح خطأ أو عمداً يجوز فيه عدل ويمين، وكل ما يجوز فيه عدل ويمين يجوز فيه النساء مع عدل كما بيناه في الشرح وإن كان فيه خلاف كثير. قوله: (وثبوته في النفس) قال في المختصر صدر الجنابات ما نصه: ومن أقام شاهداً على جرح أو قتل كافر أو عبد أو جنين حلف واحدة وأخذ الدية الخ فيقيد قولهم القتل إنما يثبت بعدلين بغير هذا فافهم. وقال في المختصر في الشهادات كقتل عبد آخر. قوله: (والأطراف الخ) بينا الراجح من ذلك. قوله: (والموت) قال في المختصر في فصل التنازع: ولو أقام المدعي شاهداً أي على الموت حلف معه وورث فباعتبار المال الذي هو الإرث يصح الموت بشاهد ويمين وهذا هو المذهب وهو قول ابن القاسم خلافاً لأشهب. وقال في المختصر في كتاب الشهادات ما نصه: أو موت ولا زوجة ولا مدبر ونحوه فانظر ذلك في شروحه. وقال أيضاً في الباب ونكاح بعد موت. قوله: (والكتابة) أي ادعى العبد أن سيده كاتبه ليعتق بذلك وإن كان المال يلزم ذلك والخلاف فيها هل هي عتق أو بيع وكان هذا على الأول، وأما على الثاني فيكفي الشاهد وإن كان يؤدي إلى العتق لأن المعتبر هو المشهود به مطابقة، فإن كان مالا كفى الشاهد واليمين وإن أدى لغير المال والعكس بالعكس كما في شروح المختصر وغيرها بل وفي المختصر، وأما أداء الكتابة فالشاهد واليمين كاف فيه وهو قول

وعبدالمك، وشرط ذلك كله التعدد والذكورية اهـ. على نقل الشارح. فهذه تسع عشرة مسألة مما لا يثبت إلاً بعدلين ومثلها لابن الحاجب، وفي الباب الثاني من القسم الثاني من تبصرة ابن فرحون ما نصه: الباب الثاني في القضاة بشاهدين لا يجزىء غيرهما وذلك في النكاح والطلاق (والخلع) والتملك والمبارأة والعتق والإسلام والردة والنسب والكتابة والتدبير والبلوغ والعدة والجرح والتعديل والشرب (والقذف والحراية والشركة والأجال)

المختصر وأداء كتابة فافهم. قوله: (وكذلك الوكالة والوصية) قال ابن الحاجب: وكذلك الوكالة بالمال والوصية على المشهور أي في كونهما لا يشترط فيهما عدلان ذكران، ففي التنبيه لابن المناصف: واختلف في الشاهد الواحد على التوكيل بالمال من غائب هل يحلف الوكيل معه ليثبت التوكيل أو لا؟ فالأشهر المنع، واستحسنه اللخمي، إلا أن يتعلق بذلك التوكيل للوكيل نفع مثل أن يكون له على الغائب دين أو لأنه يقرّ المال في يديه قرضاً وما أشبه ذلك فيحلف ويستحق، ونقل ابن فرحون هذا. وفي المتيطي ما نصّه: فإن شهد على غائب بوكالة فيروى أنه يحلف الوكيل وتثبت وكالته، والذي عليه العمل أنه لا يحلف معه، قال ابن دحون: يلزم من أجاز شهادة النساء على الوكالة في المال أن يجيزها بالشاهد واليمين، قال بعض الشيوخ: وليس ذلك بصحيح إذ ليس كل موضوع يجوز فيه شاهد ويمين هذا لفظه، ومراده ببعض الشيوخ هو ابن رشد، ولعل ابن دحون قصد اليمين من المنتفع بالوكالة على ما يأتي أنه صحيح، مع أن ابن عرفة نظر في ردّ ابن رشد عن ابن دحون وقد بينا هذا في شرحنا، وحاصل ما لخصناه أن الوكالة على المال تصحّ بشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين إن كان الوكيل له نفع في هذه الوكالة، كما إذا وكله على قبض دين وهبه له مثلاً، وأما إن لم يكن له نفع وقام له شاهد فلا يحلف معه على ما به العمل ولا تثبت، وما ذكرناه من حلف الوكيل الذي له نفع في الوكالة سلمه ح وغيره، وظاهر كلام غير واحد أن الوكيل لا يحلف مطلقاً وذلك هو الحق إن شاء الله تعالى، لأن الوكيل الغائب الذي اسمه زيد مثلاً لعمرو ليقبض من خالد مثلاً ألف دينار وخالد مقرّب بها فإن الوكيل إذا قبضها ربما يقرّ وربما يعدم، فلسنا على وثوق من التوكيل إذ الشاهد إنما اعتبر على القول به مع حلف رب المال والاعذار في الشاهد للمحكوم عليه والوكالة لا إعذار فيها كما قدمناه صدر الوكالة في الجملة، ولو كان المنتفع يحلف مع الشاهد للزم أن يحلف مع الشاهد من له نفقة واجبة على زيد إن قام له شاهد بدين وغاب، والمصنف لم يذهب في مختصره على أن من له نفع يحلف فإنه قال صبي وأبوه وإن أنفق أي فإنه يحلف مع أن الأب له النفع في إسقاط الإنفاق عليه وقف عليه في الشرح تر كلام الناس فيه، وأما الوصية فعلى إضاع بناته لا تصحّ إلاً بشاهدين ذكرين وبمال لزيد فإن زيدا يحلف مع شاهده ويقضى له بها، وكذا إن شهد له امرأتان بذلك، وأما إن شهد له بذلك عدل وامرأتان فتثبت ولا يمين، وأما إن شهد بأنها للمساكين ولم يشهد بذلك إلاً عدل أو امرأتان فلا تصحّ لأنه لا معين هنا يحلف وامرأتان وعدل تثبت ولا إشكال، وأما الوصية بشراء عبد يعتقد ففي ذلك خلاف قف على هذا كله في الشرح. قوله: (والخلع) هذا كالكتابة المتقدمة، فإن ادعت الزوجة الخلع قاصدة طلاقها لذلك لا بدّ فيه من شاهدين إن أنكر الخلع أصلاً، وأما المال المتعلق بهذا فلا يحتاج إلى عدلين وذلك مبين في شرح المختصر. قوله: (والقذف) أي وكذا الشتم الموجب للأدب لا يثبت إلاً بعدلين وفي ذلك خلاف لكن المشهور أنه كالقذف مع أن القذف فيه خلاف أيضاً لكن المعروف أنه لا بدّ فيه من عدلين. قوله: (والحراية) أي إذا أريد إثبات حرايته ليقتل مثلاً. قوله: (والشركة والأجال الخ) الشركة بيع

والإحصال وقتل العمد، وكذلك الوكالة والوصية عند أشهب، فهذه الأحكام لا تثبت إلاً بشاهدين ذكرين حرين عدلين، قاله ابن رشد وغيره اهـ. ونظر عدة الخلع والمبارأة مع أنهما داخلان في الطلاق، والفرق بين الخلع والمبارأة والافتداء أن المبارأة أن تقول المرأة لزوجها قبل البناء: خذ ما أعطيتني واتركني، والخلع بأن تختلع بكل الذي لها، والافتداء أن تفتدي ببعض وتمسك بعضاً، قاله في المقرب. قال مقيد هذا الشرح سمح الله له: وقد كنت نظمت هذه النظائر في أبيات تقريباً للحفاظ فقلت:

وشاهدان في النكاح والطلاق	والخلع والإبراء وتمليك عتاق
وردة إسلام أو بلوغ أو	عدة أو جرح وتعديل حكو
ونسب كتابة تدبير مع	شرب وقذف وحرابة تبع
وأجل مع قتل عمد شركة	إحصال التوكيل والوصية
عفو القصاص وثبوته الولا	ورجعة موت كذلك نقلا
نجل لحاجب وفرحون لدا	تبصرة بشأن قسم قد بدا

التنبيه الثالث: شمل قوله ورجل بامرأتين يعتضد البيت ثلاثة أنواع، الأول: الشهادة على ما ليس بمال ولكنه يؤول إلى المال ويظهر أن هذا هو منطوق البيت المذكور. الثاني: عكسه وهو الشهادة على المال ولكنه يؤول إلى غير المال، وكان دخول هذا النوع في كلام الناظم من باب لا فارق بينه وبين ما قبله. الثالث: الشهادة على المال المحض ودخوله في النوع الأول المصرح به في النظم من باب أولى إذ هو أخف والله أعلم. فمثال الأول: الوكالة ونقل الشهادة على من شهد بمال، (والشهادة على خط القاضي) إذا كان مضمناه مالاً، وعلى النكاح بعد موت الزوج أو الزوجة، أو على ميت أن فلاناً أعتقه، أو على نسبة أنه ابن فلان أو أخوه إن لم يكن هناك وارث ثابت النسب. قال الشارح: فأجراها ابن القاسم على حكم الشاهد على المال لما كان المستحق بها مالاً، وأبقاها أشهب وعبد الملك على الأصل لأنها ليست على مال كالنكاح وشبهه اهـ. وعلى مذهب ابن القاسم ذهب الناظم. ومثال الثاني: لو شهد رجل وامرأتان أن المكاتب دفع كتابته لسيده أو شهدوا لرجل أنه باع أمته من ابنها أو زوجها جازت الشهادة وعتق المكاتب والأمة على ابنها ووقع الفراق بين الزوجين اهـ. قلت: ولا يبعد تخريج الخلاف في هذا النوع من الذي قبله إذ هما من قاعدة واحدة وهي: هل ينظر إلى الحال أو إلى المال؟ وللمسألة نظائر. ومثال الثالث: البيع كان على النقد أو الأجل والقرض أو

كما في ابن عرفة وغيره فكيف يشترط في ثبوتها عدلان والآجال آيل إلى المال إن كان المؤجل بها مالاً مع أن صاحب المختصر مثل بقوله كأجل لما يكفي فيه غير عدلين، والحاصل هذان يشتان بما يثبت به المال وما هنا لا يظهر أصلاً، وإنما ذكر هذا ابن فرحون ولم أفق على من وافقه ممن نقل عنه.

قوله: (والشهادة على خط القاضي الخ) انظر الشهادة على الخط مطلقاً عند قول المتن

القراض والوديعة والإجارة والكفالة بالمال ودية الخطأ والعمد إذا كان لا قود فيه. **والرابع:** دخل في قوله: وفي اثنتين حيث البيت كل ما ينفرد النساء بحضوره دون الرجال وذلك مثل الحيض (والرضاع) والاستهلال والولادة وعيوب الفرج فتثبت هذه الأشياء بامرأتين عدلتين. قال في الرسالة: وشهادة امرأتين فقط فيما لا يطلع عليه الرجال من الولادة والاستهلال وشبه ذلك جائزة، واختلف في شهادتهما على كون المولود ابناً ولم يتعذر تأخيره لشهادة الرجال، كما اختلف أيضاً في إرخاء الستر هل هو ممّا يختص به النساء أم لا؟

وَوَاحِدٌ يُجْزَى فِي بَابِ الْخَبَرِ وَأَثْنَانِ أَوْلَى عِنْدَ كُلِّ ذِي نَظَرٍ

هذا هو النوع الخامس ممّا دخل تحت القسم الأول من أقسام الشهادة وهو ممّا يوجب الحق بلا يمين وهو خبر المخبر وذلك كالقائف والموجه من قبل القاضي للتحليف والحياسة وما أشبهه، وفي عدة من أقسام الشهادة مسامحة (إذ هو من باب الخبير)، وهو مغاير للشهادة في حكمه لكونه يكفي فيه الواحد والشهادة يشترط فيها التعدد، ووجه إدخال الناظم له في باب الشهادة، وخصوصاً في القسم الأول منها كونه مثلها يوجب الحق بلا يمين مع استحباب التعدد فيه لقوله: «وأثنان أولى عند كل ذي نظر» فدخل بهذا الاعتبار مع أقسام سائر الباب. قال ابن رشد: القياس على أصولهم أن يحكم بقول القائف الواحد: وإن لم يكن عدلاً لأنه علم يؤديه وليس من طريق الشهادة كما يقبل قول النصراني الطبيب فيما يحتاج إلى معرفته من ناحية الطب كالعيوب والجراحات فاشتراط ابن القاسم فيه العدالة استحساناً اهـ. قال الشارح: والقياس على أصولهم أن يحكم بقول القائف الواحد وإن لم يكن عدلاً مع أن ظاهر الروايات اشتراط العدالة، (والذي يتضح) أن العدالة شرط فيمن يقبل قوله من شاهد أو مؤدي خبر قائفاً كان أو طبيباً أو سواهما،

«وأنتهى لغيره» الخ. وعند قوله «وجازت على خط مقر» إلى آخر تلك المسائل. قوله: (والرضاع الخ) قال في المختصر: ولما لا يظهر للرجال امرأتان كولادة وعيب فرج واستهلال وحيض الخ ولم يذكر الرضاع وقد قال في المختصر في الرضاع: ويثبت برجل وامرأة وامرأتين إن فشا قبل العقد، وهل تشترط العدالة مع الفشو تردد وبرجلين لا بامرأة ولو فشا الخ فمّر على أنه يثبت برجلين وذلك هو المشهور كما في ابن فرحون وغيره، وقيل إنما يكفي فيه أربعة عدول، والحاصل ما في فصل الرضاع يكمل به ما ترك هنا. قوله: (إذ هو من باب الخبر الخ) الشهادة خبر أيضاً ولكن هذا خبر تقابل به الشهادة وفي الفرق بين هذا الخبر المقابل للشهادة عسر حتى أن الخبر لا يشترط فيه التعدد ولا يمين مع الواحد والشهادة بعكس ذلك مع أن حكم الحاكم يتوقف عليهما، وقد ذكرنا في ذلك تحقيقاً قف عليه إن شئت صدر الشهادة وفي... (١).

قوله: (والذي يتضح الخ) هذا هو الصحيح انظره عند قول المختصر وقبل للتعذر غير عدول

فإذا وجدت العدالة فلا معدل عنها، وإن لم توجد فإن الملائم بتصرفات الشرع أن هذه الشروط التي هي تكميل للمشروط إذا أعذرت بالجملة حتى يعود اشتراطها على أصلها بالإبطال فإنها تلغى حينئذ، كما يقال: إن الزكاة شرط في حلية المأكول، فإذا اضطر المكلف لم يعتبر هذا الشرط، وكذلك ستر العورة في الصلاة وعدم الماء في التيمم على قول أشهب وما أشبه ذلك. وفي كلام الشيخ أبي إسحاق الشاطبي أنه لو فرض ارتفاع العدالة جملة لكان أمثل من يوجد هو العدل اه. ببعض اختصار.

وِبَشَاهِدَةٍ مِنَ الصَّبِيَانِ فِي جَزْحٍ وَقَتْلٍ بَيْنَهُمْ قَدْ اكْتَفَى
وَشَرْطَهَا التَّمْيِيزُ وَالذُّكُورَةُ وَالاتِّفَاقُ فِي وَقُوعِ الصُّورَةِ
مِنْ قَبْلِ أَنْ يَفْتَرِقُوا أَوْ يَدْخُلَا فِيهِمْ كَبِيرٌ خَوْفٌ أَنْ يُبَدَّلَا

هذا هو النوع السادس من القسم الأول من أقسام الشهادة وهو ما يوجب الحق بلا يمين، وهو شهادة الصبيان بعضهم على بعض فيما يقع بينهم من الجراح والقتل فيجوز ويكتفى من غير يمين. ابن الحاجب: وتقبل شهادة المميز من الصبيان بعضهم على بعض في الدماء خاصة، وعليه إجماع أهل المدينة. وقال ابن أبي مليكة: هي السنة وما أدركت القضاة إلا وهم يحكمون بها بخلاف النساء في المآثم والأعراس على الأصح. التوضيح: أي فلا تقبل، والأصح لمالك ومقابلة في الجلاب عن بعض الأصحاب وألحق بالأعراس الحمام، (والفرق على المشهور) أن شهادة الصبيان على خلاف الأصل فلا يصح القياس عليها اه. ولقبول شهادتهم شروط، أولها: التمييز فلا يقبل قول غير المميز منهم. (الثاني: الذكورة) فلا يقبل قول الإناث منهم على قول مالك في المدونة وهو الذي اعتمد الناظم. الثالث: الاتفاق على الشهادة لأن اختلافهم فيها شاهد بداخله دخلت عليهم في تحصيلها. الرابع: عدم افتراقهم لأنه مظنة تعليمهم، فإن تفرقوا لم تقبل إلا أن يشهد العدول على شهادتهم قبل تفرقهم. الخامس: أن لا يدخل بينهم كبير وإن كانوا مجتمعين خوف تبديله لهم ما كانوا عملوه. وقد اقتصر الناظم على هذه الشروط الخمسة، وزاد ابن الحاجب في الشروط سادساً: وهو أن يكونوا أحراراً فلا يقبل العبيد. أشهب: ولا من

وإن مشركين الخ، فقول من قال يقبل وإن لم يكن تعذر فذلك غير صحيح واعتراضه على المتن لم يصب فيه.

قوله: (والفرق على المشهور الخ) ويزاد بأن اجتماع الصبيان فيه للتدرب على الرمي النافع في الجهاد وما أشبه ذلك ولا كذلك مجامع النساء ونص الجواهر في ذلك: وإنما جازت هذه الشهادة لأن الشرع ندب إلى تعليمهم الرمي والثقاف والصراع إلى سائر ما يدر بهم على حمل السلاح والظعن والضرب والكر والفر توقيع أقدامهم وتصليب أعضائهم وتعليمهم البطش والحمية والأنفة من العار والفرار الخ وهذا منه بلفظه. وقوله والثقاف في القاموس امرأة ثقاف كسحاب فطنة وككتاب الخصام والجلاد الخ، وأصل ما في الجواهر للقاضي في المعونة ويفهم منها أن تدريبهم على ما ذكر واجب. قوله: (الثاني الذكورة الخ) هو المناسب لأحد جزأي التعليل المتقدم قبيله.

فيه بقية رق لأنه إذا لم تجز شهادة كبارهم فأحرى صغارهم. وسابعاً: وهو أن يكونوا محكوماً بإسلامهم. قال في البيان: ولا أعلم فيه خلافاً. وثامناً: وهو أن يشهد منهم اثنان فصاعداً قياساً على الكبار، ولا تجوز شهادة الواحد عند مالك وابن القاسم ولا تكون معه قسامة ولا يحلف في الجراح. وتاسعاً وهو مختلف فيه: وهو أن لا يكون الشاهد قريباً للمشهود له ولا عدو للمشهود عليه. التوضيح: واختار جماعة قول ابن القاسم أي بأن ذلك يقدح لأننا عملنا بالعادة من حال الأطفال الميل إلى القريب والبغض للعدو. وعاشراً: وهو أن تكون الشهادة من بعضهم على بعض فلا تجوز شهادتهم لصغير على كبير ولا بالعكس خلافاً لابن الماجشون، ويفهم هذا الشرط من قول الناظم «بينهم» قوله: «وبشهادة» يتعلق بـ «اكتفي»، و«من الصبيان» يتعلق بمحذوف صفة لشهادة، و«في جرح» يتعلق بشهادة، و«بينهم» يتعلق بمحذوف صفة لجرح وقتل. فرع: قال ابن الحاجب: ولا يقبل رجوعهم ولا تجريحهم. التوضيح: يعني لا يقبل رجوعهم عما شهدوا به (ولو كان الرجوع قبل الحكم) لأن الظاهر أن ما شهدوا به أولاً هو الحق الواقع، وأما الثاني فمن التعليم، وأما تجريحهم فقال ابن المواز: لم يختلف أنه لا ينظر إلى ذلك لأن رأس أوصاف العدالة عدم منهم وهو البلوغ اهـ. وإلى المسألة برمتها أشار الشيخ خليل بقوله: إلا الصبيان لا نساء في كعرس في جرح أو قتل والشاهد حرّ مميز ذكر تعدد ليس بعدو ولا قريب ولا خلاف بينهم وفرقة إلا أن يشهد عليهم قبلها ولم يحضر كبيراً ويشهد عليه أو له ولا يقدح رجوعهم ولا تجريحهم.

فصل

ثَانِيَةٌ تُوجِبُ حَقًّا مَعَ قَسَمٍ فِي الْمَالِ أَوْ مَا آلَ لِلْمَالِ تَوْمٌ
شَهَادَةُ الْعَدْلِ لِمَنْ أَقَامَهُ وَأَمْرَاتَانِ قَامَتَا مَقَامَهُ

هذا هو القسم الثاني من أقسام الشهادة الخمسة، وهي الشهادة التي توجب الحق مع اليمين، وتحت هذا القسم أربعة أنواع، الأول: شهادة العدل الواحد. الثاني: شهادة امرأتين إذا عدلتا، وعلى هذين النوعين نبه بقول: شهادة العدل البيت. النوع الثالث: في قوله: «وها هنا عن شاهد قد يغني» الأبيات الثلاثة. والرابع في قوله: «وغالب الظن» البيت. فإذا شهد عدل واحد في المال أو في غير المال ولكنه يؤول إلى المال وحلف

قوله: (ولو كان الرجوع قبل الحكم) أي وقد رجع قبل البلوغ وأما بعده وقد عدلوا فيقبل رجوعهم كما في شروح المختصر، وفي ابن الحاجب وغيره يشترط الإسلام أي يكون الصبي محكوماً بإسلامه وذلك صحيح، والشهادة على القتل هنا إنما تتم مع تعيين الميت على ما يظهر رجحانه من الأتقال المذكورة هنا، وإن كان ظاهر كلام ابن القاسم يقتضي أن ذلك لا يشترط لأن هذه شهادة ضعيفة، ولا كذلك في شهادة امرأتين بالاستهلال كما فرّق به ابن رشد بين المسألتين، والخلاف في هذه الشهادة واسع جداً.

الطالب مع العدل فإن الحق يثبت، وقد تقدمت أمثلة ذلك في التنبيه الثالث إلا أن الكلام ثمة أنسب لكونه ثبت بالعدلين من غير يمين، وهنا لكونها ثبتت بعدل واحد مع اليمين، أو ما يقوم مقام العدل وهو امرأتان مع اليمين أيضاً، وكذلك إذا شهدت امرأتان أو عدل بما ذكر وحلف الطالب فإن الحق يثبت أيضاً.

(قال الشارح: والحكم بالشاهد واليمين) في المذهب المالكي متفق عليه، وفي خارج المذهب خلاف ولا داعي لنقله. ثم نقل عن ابن يونس أن رسول الله ﷺ قضى بالشاهد واليمين في الأموال دون العتق والنكاح والطلاق والحدود والعقل. وفي المقرب قال ابن القاسم: وإن شهدت امرأتان أن الميت أوصى لهذا الرجل بكذا حلف مع شهادتهما واستحق الوصية إن لم يشهد معهما رجل وشهادة امرأتين ومائة امرأة في هذا سواء، وفيه قال ابن القاسم: وإن شهدتا لعبد أو امرأة بمال لهما على رجل حلف مع شهادتهما، وإن شهدتا لصبي لم يحلف حتى يكبر. وقال ابن عرفة: إن اليمين مع الشاهد

قوله: (قال الشارح والحكم بالشاهد واليمين الغ) أطال الناس في هذا وجلبوا أثقالاً في هذا الخلاف ونقلناه بتمامه عند قول المتن وما ليس بمال إلى آخر تلك المسائل في كتاب الشهادات. قال ابن سهل ما نصّه: ومن صحّ نظره في أحوال الناس لم تطلب نفسه أن يقضي إلا بالشاهد المبرز في العدالة وهذا منه بلفظه ثم قال: وكان يحيى بن يحيى من أصحابنا لا يقول به. وفي أحكام ابن زياد عن محمد بن بشير القاضي أنه لم يحكم في ولايته باليمين مع الشاهد إلا حكماً واحداً. وحكى عبيد الله بن يحيى عن أبيه التخيير في ذلك للقاضي، فإن كان ما شهد به الشاهد مشهوراً عند الناس أو كان كتاباً قديماً مات شهوده إلا هو قبله. والذي في نقل ابن فرحون إلا واحداً مبرزاً، ثم قال ما نصّه: وقال ابن لبابة اختلاف العلماء وما ذهب إليه مالك في ذلك معروف وقضاتنا لا يرون ذلك وأنا متوقف على الاختيار في ذلك، وقال في نوازل قضية من المعيار. وسئل ابن لب عن الحكم بالشاهد واليمين، فأجاب: القضاء بالشاهد مع اليمين مختلف فيه بين أهل العلم وقد منعتة الحنفية وأجازته المالكية، لكن قال محمد بن عبد الحكم: إنما ذلك في الشاهد العدل بين العدالة وحمل على التفسير للمذهب، وقد كان القاضي أبو بكر هنا لا يحكم به إلا مع شاهد مبرز ولا يأخذ مع غيره، أما إن ظهرت ريبة في القضية وكان الأخذ بذلك مؤدياً إلى فسخ عقد ثابت الصحة فلا وجه للأخذ بذلك ح. اهـ. بلفظه. وما ذكره ابن لب عن ابن عبد الحكم ربما يدل له كلام ابن سهل وغيره وقد رأيت ذلك، ولكن ظاهر كلام الجمهور من المالكية أنّ ما قاله ابن عبد الحكم مخالف للمذهب لا تفسير، وإن رأيت ذلك مقولاً في هذا الكلام والناس إنما يحكمون بالعدل مع اليمين، ولم أقف على من قيد كلام أهل المذهب المدونة وغيرها بما ذكره محمد بن عبد الحكم، والإنسان يتحير في أمثال هذه الأمور الصعاب، والواجب المتعين في هذا بحسب ما ظهر لنا من كلام الفحول هو التفصيل، فإن كان المشهود له يمكنه الإتيان بالمبرز والحكاية فيها دعوى بعيدة في الجملة والمدعى له بال لم يقنع بغير المبرز، وإن كان الإتيان بالمبرز تعذر الدعوى قبيحة والمال لم يكثر جداً اكتفي بمطلق عدل، ولو كان مزكى بائنين مبرزين، ولكن قلت الأمانة وضعفت الديانة فأين المفصل المعتبر لما ذكرناه الله يسامح الجميع. وإذا كان ما قاله ابن سهل في أحوال أهل زمانه فكيف بأحوال أهل زماننا؟

في الحقوق المالية كشاهدين. وفي الموطأ: قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد. ومن المدونة قال مالك: ومن أقام شاهداً على رجل أنه تكفل له بما على فلان حلف مع شاهد واستحق الكفالة قبله لأن الكفالة بالمال إنما هي مال مثل الجرح الذي لا قصاص فيه إنما هو مال. فرع: ويتحاصر من قضي له في دينه بشاهد ويمين مع من قضي له بشاهدين. فرع: من له حقان في كتابين قام له بكل حق شاهد فليس نكوله عن أحدهما يسقط حقه في الآخر.

(فرع: في سماع عيسى) عن ابن القاسم: من أقام شاهداً على أن القاضي قد قضي له فلا يحلف مع شاهد ولا يجوز في ذلك إلا الشاهدان لأنه من وجه الشهادة على الشهادة، والشهادة على قضاء القاضي شهادة على شهادة اهـ. ولعل وجه ذلك أن مستند حكم القاضي هو شهادة الشهود، فالشهادة على الحكم شهادة على مستنده.

(تنبيه: قال الشارح): نقص الناظم ممّا عده الجزيري والمتيطي تحت هذا القسم شهادة غير العدل في إجابة القسامة ممّا في رواية أشهب عن مالك. والجواب أنه اكتفى بذكر ذلك في أحكام الدماء، فأغناه ذلك عن ذكره هنا قصداً للاختصار اهـ. يعني ذكره في قوله: ومالك فيما رواه أشهب قسامة بغير عدل يوجب، وفي هذا الجواب ما لا يخفى لأن المقصود في هذا المحل جمع النظائر وهي أوجه الشهادة التي يثبت بها الحق مع اليمين، فعدم ذكر بعضها في هذا المحل وإن ذكر في موضع آخر يفيت المقصود المذكور

قوله: (فرع في سماع عيسى الخ) هذا خلاف المذهب بل حكم القاضي يثبت بشاهد ويمين وهو قول مطرف وأصبخ وهو ظاهر المدونة ومقابله بعيد بل المشهور هو الثبوت، وكلام ابن الحاجب معترض وكذا من تبعه كالمواق وغيره، ولذلك قال في المختصر عاطفاً على ما يكفي فيه الشاهد واليمين أو بأنه حكم له به الخ، نعم الشهادة على خط القاضي في الإنهاء لا بدّ فيه من شاهدين على خلاف في ذلك، والله دَرّ صاحب الشامل في هذا حيث قال: وكذا بأنّ القاضي قضى عليه بمال وشهر خلافه وأنكر تشهير ابن الحاجب بعدم الكفاية وهو تابع للتوضيح، والحاصل ما اقتصر عليه هذا الشارح ليس هو المذهب بل المذهب هو ما في المختصر وكان هذه غفلة منه سامحه الله تعالى، ولكن تبع ابن الناظم وابن الناظم ساق المسألة عن ابن القاسم ولم يذكر تشهيراً وإنما حكى ما ذكر فخف أمره، والمنكر للتشهير المذكور هو ابن عبد السلام، وقال ابن عرفة عن ابن رشد أثناء كلام في المسألة ما نصّه: قوله أي ابن القاسم إن المقضي له لا يحلف مع شاهده على أمر القاضي وقضائه هو على خلاف أصله في المدونة. ثم قال في الواضحة: إن حكم الحاكم لا يستحق باليمين مع الشاهد وهو تأويل بعيد، وظاهر المدونة أنه يستحق بهما وهو قول مطرف وأصبخ، ويجوز فيه على قول ابن القاسم شاهد وامرأتان الخ، وانظر تمام الكلام على المسألة في الشرح.

قوله: (تنبيه: قال الشارح الخ) لكن كلام أشهب هو المذهب بل المذهب أن القسامة إنما تكون مع العدل خلاف ما يوهمه كلام الشارح، انظر عند قول المختصر: وكالعدل فقط في معاينة الخ آخر كتاب الشهادات، ولعل هذا هو الذي أوجب ترك صاحب التحفة لهذا لأنه أراد أن جمع النظائر المشهورة إذ ذاك هو الذي تكثر فائدته. ثم ذكر ذلك في باب بيان الخلاف، مع أن صاحب التحفة مقصده الأعظم هو

والله أعلم. ولو أجاب بكونه على غير المشهور لكان أقرب، على أن جمع النظائر لا يقتصر فيه على المشهور.

وَاهُنَا عَن شَاهِدٍ قَدْ يُغْنِي
وَالْيَدُ مَعَ مُجَرَّدِ الدَّعْوَى أَوْ أَنْ
وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَأْبَى الْقَسْمَا
وَلَا يَمِينٌ مَعَ نَكْوَلِ الْمُدَّعِي
إِرْخَاءَ سِتْرِ وَاخْتِيَارَ رَهْنٍ
تَكَافَأَتْ بَيْنَتَانِ فَاسْتَبِينَ
وَفِي سِوَى ذَلِكَ خُلْفٌ عُلِمَا
بَعْدُ وَيُقْضَى بِسُقُوطِ مَا أُدْعِي

هذا هو النوع الثالث من الأنواع الأربعة المندرجة في القسم الثاني من أقسام الشهادة، وهو الذي يوجب الحق مع اليمين، وهو الشاهد العرفي، ومثل له بأمثلة خمسة، الأول: إرخاء الستر والمراد به إذا خلا الزوج بزوجه خلو اهتداء أي خلي بينه وبين امرأته فادعت الميسس وأنكره فإن القول قولها ولها الصداق كاملاً. قال في التوضيح: والتخلية بين الزوج وزوجه هو مراد علمائنا بإرخاء الستور وليس المراد إرخاء ستر ولا إغلاق باب قاله ابن أبي زنين، ثم قال في توجيه كون القول قول المرأة لأن الحامل على الوطاء أمر جبلي لأن العادة أن الرجل إذا خلا بامرأته أول خلوة مع الحرص عليها والتشوف إليها قل ما يفارقها قبل الوصول إليها اه. فأرخاء الستر قائم للزوجة في دعوى الميسس مقام الشاهد فتحلف معه وتستحق الصداق كاملاً، (ولا فرق على المشهور) في كون القول قولها بين أن يقوم بها مانع شرعي كأن تكون محرمة بحج أو عمرة أو تكون حائضاً أو في نهار رمضان أولاً. قال في التوضيح: ورأى بعضهم أنها لا تصدق مع المانع الشرعي إلا على من يليق به ذلك وأما الصالح فلا.

(فرع: قال ابن الحاجب) وكذلك المغصوبة تحمل بيينة وتدعي الوطاء لها الصداق كاملاً ولا حدّ عليها. قال في التوضيح: لها الصداق كاملاً بيمين قاله في الواضحة (وعن مالك في التي تعلققت) برجل وهي ترى أن لها الصداق بغير يمين واستحسنه اللخمي واختار ابن يونس وغيره الأول، وإنما ثبت الصداق ولم يثبت الحد لأن الشرع جعل لإثبات الحقوق المالية طريقاً غير طريق إثبات الزنا، (ويكفي في البيينة) التي تشهد باحتمال المغصوبة اثنان اه. المثال الثاني من أمثال الشاهد العرفي (حوز المرتهن) للرهن فإنه كالشاهد في قدر الدين فيحلف المرتهن ويكون له ما قال. قال في المدونة: قال مالك:

تبيين الراجح وما به العمل كما هو معلوم، وقد أشار لهذا هذا الشارح آخر كلامه. قوله: (ولا فرق على المشهور الخ) هذه المسألة هي قول المختصر في فصل الصداق وصدقت في خلو اهتداء وإن بمانع شرعي الخ. قوله: (فرع قال ابن الحاجب) انظر عند قول المختصر في فصل العدد أو غاب غاصب أو ساب الخ. قوله: (وعن مالك في التي تعلققت الخ) انظر عند قول المختصر آخر كتاب الغصب: وإن ادعت استكراهاً الخ تر العجب في المسألة وتفاصيلها. قوله: (ويكفي في البيينة الخ) يظهر أن الصداق يثبت بشاهد ويمين أو امرأتين وشاهد لأنه محض مال كما تقدم في نظائره وإنما يحتاج إلى شاهدين باعتبار تعزيره والاستبراء إلى غير ذلك، وهذا أمر ظاهر عند من فهم ما تقدم. قوله: (حوز المرتهن) هو

وإذا اختلف الراهن والمرتهن في مبلغ الدين فالرهن كساهد للمرتهن إذا حازه وثيقة، فإن كانت قيمته يوم الحكم والتداعي لا يوم التراهن مثل دعوى المرتهن فأكثر صدق المرتهن مع يمينه. قال ابن المواز: وإن كان الرهن يساوي ما قال الراهن فأقل لم يحلف إلا الراهن وحده اهـ. **المثال الثالث:** للشاهد العرفي اليد مع مجرد الدعوى أي الحوز من غير معارض له أو الحوز مع تكافؤ البينتين، كمن كان حائزاً لدار مثلاً يتصرف فيها (تصرف المالك في ملكه) فقام عليه من ادعى ملكيتها ولا بينة لهذا القائم أو أقام كل منهما بينة فتساقطت البينتان عند المساواة وتصيران كالعدم ويزيد الحائز بحوزه فيصير الحوز له كالشاهد فيحلف معه ويستحق. ابن الحاجب: واليد مرجحة عند التساوي مع اليمين على المشهور. التوضيح: يعني إذا تعارضت البينتان وتساوتا فإنهما يسقطان ويبقى الشيء بيد حائزه هذا هو المشهور اهـ. وفي الشارح: قال ابن يونس: وإذا تكافأت البينتان سقطتا ويبقى الشيء بيد حائز ويحلف، وإنما يحلف لأن البينتين لما سقطتا كأنهما لم يكونا وبقيت الدعوى، فوجب على المنكر اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» اهـ. وإلى هذا المثال أشار بقوله: «واليد مع مجرد الدعوى» البيت، فلفظ البيت وإن شمل صورتين فهما في المعنى صورة واحدة، لأنه إذا تكافأت بينة القائم والحائز يتساقطان ويصيران كالعدم، فتؤول ثانية الصورتين إلى أولاهما، فقله: «أو أن تكافأت» «أن» المفتوحة الهمزة مصدرية والمصدر المنسبك منها ومن مدخولها معطوف على مجرد أي مجرد الدعوى أو مع تكافؤ البينتين، ويقراً بنقل حركة الهمزة إلى الواو قبلها فتكون الواو مفتوحة. **المثال الرابع:** إذا عجز المدعي عن البينة وتوجهت اليمين على المدعي عليه فامتنع منها (فإن امتناعه ونكوله كالشاهد) فيحلف معه المدعي ويستحق، وإلى هذا المثال أشار بقوله: والمدعى عليه البيت يعني وحلف المدعي ولا بد من هذا العقد. ابن شاس: الركن الرابع النكول ولا يثبت الحق به بمجرد، ولكن ترد اليمين على المدعي إذا تم نكول المدعى عليه فيحكم القاضي بنكوله، فإن قال بعد

قول المتن وهو كالشاهد في قدر الدين لا العكس إلى قيمته ولو بيد أمين على الأصح ما لم يفت، وبه تفهم أن المراد بالحوز ما يشمل ما تحت يد الأمين، والمسألة فيها تفاصيل طويلة بينها الرجراجي في مناهجه وكتبها في شرحنا والحمد لله. قوله: (تصرف المالك في ملكه الخ) ظاهره أن هذا حوز عشر سنين الذي يفوت به الملك عن ربه وهو المشار إليه بقول المختصر: وإن حاز أجنبي الخ وحلف هذا فيه خلاف قوي وتفصيل طويل ولكن الراجح هو اليمين، وما في الخطاب يدل على أنه لم يحط بالمسألة، وإذا ثبت فالحوز عشر سنين مع سكوت المالك بلا مانع هو كاشاهد الحسي، فالحلف هنا مع الشاهد العرفي الشبيه بالحسي فاندرجت المسألة في القاعدة. قوله: (فإن امتناعه ونكوله كالشاهد الخ) أي وقيل هو كالإقرار وعليه اختلف هل يغرم المدعى عليه بنفس النكول لأن نكوله إقرار أو نكوله شاهد عرفي فلا بد من اليمين معه وهو الذي أشار إليه في المختصر بقوله: وإن نكل في مال وحقه استحق به بيمين إن حقق الخ، ووجه اليمين أيضاً قول صاحب المعونة بعد كلام في المسألة ما نصه: ولأن الأصول موضوعة على أمر لا يحكم للمدعي بسبب واحد وإتما يحكم بسببين كشاهدين أو شاهد وامرأتين أو شاهد ويمين أو شاهد ونكول، فأما النكول وحده فهو سبب واحد فلا بد أن يضاف إليه

ذلك أحلف لم يقبل منه. ابن الحاجب: النكول يجري فيما يجري فيه الشاهد واليمين. ونقل الشارح عن ابن يونس قال في كتاب ابن سحنون قال مالك وأصحابه: لا يجب الحق بنكول المدعى عليه حتى يرد اليمين على المدعي فيحلف، ولم يختلف في هذا أهل المدينة وبه حكم أئمتهم اه. قوله: «وفي سوى ذلك خلف علماً» يعني أن سوى ما ذكر من أمثلة الشاهد العرفي (وذلك كمعرفة العفاص) والوكاء في اللقطة، (ومن كان له القمط والعقود) في الحيطان، (ومن ادعى ما يشبهه) في البيوع وسائر المعاوضات، (وما يعرف للزوج) أو الزوجة من متاع البيت عند تنازعهما فيه وما أشبه ذلك (وهذا هو المشهور)، وأن الشاهد العرفي يقضى به مع اليمين، (وانظر مقابل) هذا القول هل هو إلغاؤه وعدم اعتباره أو غير ذلك؟ لم أقف الآن فيه على شيء والله أعلم. والذي نقل أهل القواعد أن الشاهد العرفي قيل هو كالشاهد الواحد فيحلف معه ويستحق وهو الذي عند الناظم هنا، وقيل هو كشاهدين فيثبت به الحق من غير يمين، فقوله: «ولا يمين مع نكول» البيت لما قدم أن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين فإن المدعي يحلف، ويستحق ذكر في هذا البيت حكم ما إذا نكل المدعى عن اليمين بعد نكول المدعى عليه وهو سقوط الدعوى، فقوله: ولا يمين (أي لا يمين على المدعى عليه) مع نكول المدعي الكائن بعد نكول المدعى عليه بل يقضى بسقوط الدعوى.

غيره وذلك هو يمين المدعي الخ، ولكن لا يلزم بهذا من يقول إن النكول بمنزلة الإقرار فافهم به وتفهم ما تكمل به المسألة. قوله: (وذلك كمعرفة العفاص الخ) الراجح في هذه الأمور هو اليمين إلا معرفة العفاص والوكاء وقد قال فيه في المختصر ورد بمعرفة مشدود فيه وبه وعدده بلا يمين فرتب نفي اليمين على ثلاثة لكن كلامه موهم باعتبار اليمين، والمذهب أن كل صفة استقلت بدفع اللقطة لواصلها فلا يمين مع ذلك والخلاف في ذلك قوي ومفصل وذكرنا ذلك في الشرح فقف عليه إن شئت. قوله: (ومن كان له القمط والعقود الخ) هذا فيه اليمين وبيننا ذلك غاية عند قول المتن: ويا عادة السائر في فصل الشركة. وقوله: (ومن ادعى ما يشبه الخ) قال في المختصر: وصدق مشتر ادعى الأشبه وحلف الخ أي وكذلك البائع إن أشبه وحده كما في شروحه. وقوله: (وما يعرف للزوج الخ) هذا قال فيه في المختصر وفي متاع البيت للمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين وإلا فله بيمين، وقال أيضاً: وفي قبض ما حلّ بقبل البناء قولها وبعده قوله بيمين فيهما، وهذا من هذه القاعدة وإن لم يذكره هذا الشارح. قوله: (وهذا هو المشهور) رأيت كلام الناس فيما تقدم. قوله: (وانظر مقابل الخ) هذا كلام من لم يقف على كلام الناس وذلك أن مقابل المشهور في هذه الأمور هو عدم اليمين بلا توقف ولا شك، انظر المحال عليها يظهر لك ذلك غاية، وحاصل هذا المذهب هو وجوب اليمين مع الشاهد العرفي كالشاهد المحسوس إذا عرض عارض كما في معرفة العفاص والوكاء، فإن عدم اليمين في ذلك هو أن الحديث ذكر دفعها لمن عرف ما ذكر، ولم يذكر يميناً مع كون المدعى لها لا مكذب له فافهم. قوله: (أي لا يمين على المدعى عليه الخ) وهذا صحيح ونقله صاحب التوضيح وغيره، ووجه ذلك أن نكوله تصديق للمدعى عليه، وفي المختصر قال: وإن نكل ما في مال الخ.

وَعَالِبُ الظَّنِّ بِهِ الشُّهَادَةِ بِحَيْثُ لَا يَصْحُ قَطْعُ عَادَةٍ

هذا هو النوع الرابع مما اندرج تحت القسم الثاني من أقسام الشهادة وهو ما يوجب الحق لكن مع اليمين، وذلك حيث يكون مستند الشاهد في شهادته عليه الظن في المحل الذي لا يصح القطع فيه عادة أو يعسر بالنسبة للمخاطب المطلع على باطن حال المشهود فيه، وذلك كالشهادة بالفقر لمن طولب بدين مع إمكان أن له مالا أخفاه إذا رثيت عليه مخايل الفقر كالصبر على الجوع والبرد وغير ذلك مما فيه ضرر، (وكالشهادة باستمرار) ملك من له ملك ادعى عليه تفويته ببيع أو غيره مع إمكان أن يكون فوته خفية وهو ما زال تحت يديه كما كان، وكالشهادة (بضرر الزوج بزوجه) إذا ظهرت مخايل من تكرر شكواها به للأقارب والجيران مع إمكان كذبها وأنها تريد فراقه، إلى غير ذلك مما يشبه، فيجوز للشاهد في مثل ذلك أن يشهد ويعتمد على غلبة الظن ويحلف صاحب الحق ويثبت له، ولا شك أن القاعدة في الشريعة من أقام بينة يثبت بها الشيء المتنازع حكم له فيه بها من غير يمين، لكن ذلك فيما تشهد فيه البينة بالقطع، أما ما شهدت فيه بظاهر الحال معتمدة على الظن لتعذر القطع بذلك أو عسره فلا بد من يمين الطالب استظهاراً على باطن الأمر. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب في التفليس: فإن شهد بإعساره حلف، وانظر ما نصه هذه من المسائل التي يحلف فيها المدعي مع بينته كدعوى المرأة

قوله: (وكالشهادة باستمرار الخ) قال ابن عرفة حين عدّ أموراً من هذا المسائل ما نصه: ومنه الشهادة بالملك فإنه لا يقطع به، وقول بعضهم يقطع به في صيد صيد بمعينة شهيد به وما غنم بمعابنتهما معترض لجواز كونه ند عن قرب من ربه وكون الغنيمة مال مسلم. قلت: وصورة بعضهم بملك مشترك لقطعة لشهادة الشاهدين على التقاطع وتعريفها سنة وبيعها بإذن الإمام اهـ. بلفظه، ولكن يتصور الملك حقيقة على سبيل القطع إذا عين شاهد أن رجلاً في لجج البحار ناصباً إناء حتى امتلأ ماء من المطر إلى غير ذلك مما يكثر، فتمثيل هذا الشارح باستمرار الملك غير ظاهر، وإنما حقه أن يمثل بأن هذا ملك فلان اعتماداً على مضمون قول المتن وصحة الملك الخ، وبيان ذلك أن ابن عرفة قال هنا الشاهد يشهد بالجزم ونصه قلت وهذا الظن الناشئ عن القرائن إنما هو كاف في جزم الشاهد بما به يشهد على وجه البت ولو صرح في أداء شهادته بالظن لم تقبل الخ، وهذا منه بلفظه، ولكن كلام ابن عرفة فيه إذ لا يتأتى في جميع هذه الأمور بدليل ما تراه هنا من الشهادة بالإعسار فإن الشهود يقولون لا نعلم له مالا الخ، ولكن هذه شهادة بانتفاء فافهم، ولكن هذه مسائل فيها خلاف من جهات شتى، والملك تشهد البينة فيه أنه ملك فلان، ولذلك يحلف المستحق أنها لم تخرج عن ملكه لا أنها ملكه، لأن البينة خرمت بذلك فلا تحتاج إلى تقوية ولا كذلك لم تخرج عن ملكه إنما هي بحسب ما في عملهم، وبيننا هذا فيمن استحق شيئاً وأشار إليه ابن سلمون فافهم هذا، ولكن هذه أمور صعاب لا تفهم إلا بالوقوف على كلام الناس فانظره إن شئت عند قول المختصر: واعتمد في إعسار الخ في فصل الشهادة وعند قوله وصحة الملك الخ، وأفراد كثيرة غاية من هذا القبيل في المحل الأول، وانظر عند قوله: وإن شهد بعسره في فصل الفليس، وعند قوله ورد المال في فصل الخلع، ولا يمكن فهم ما أشرنا إليه إلا بمطالعة ما ذكرناه والعلم عند الله. قوله: (بضرر الزوج بزوجه الخ) هذا يكون على سبيل القطع في بعض صورته كما إذا سمع تكرر له سبها الذي لا يكون للأدب، أو رآه

على زوجها الغائب النفقة والقضاء على الغائب (وضابطه) كل بينة شهدت بظاهر الأمر فيستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر اهـ. وقال الشارح: وحكى المازري عن محمد بن عبدالحكم في الشهادة بالزوجية إذا رأى إنساناً يحوز امرأة ويشتمل عليها اشتمال الأزواج فيشهد بذلك وإن لم يوجب حين التزويج قال المازري: وهذا نوع آخر كأنه خارج عن شهادة السماع، وإنما يتطلب فيه الظن المزاحم للعلم والقطع اليقيني بقرائن الأحوال كما تكون الشهادة بالفقر للفقير، فإن الشهود بفقر من طولب بدين لا يقطعون بصحة ما شهدوا به لجواز أن يكون له مال أخفاه لا يعلم به إلا الله سبحانه، لكن إذا بدت قرائن الفقر والإعسار والصبر على ضرر الجوع في الشيء الذي لا يصبر عليه إلا الفقراء هذا يدرکه المخالط للإنسان المطلع على باطن حاله فالتعديل في الشهادة على قرائن الأحوال. قال الإمام أبو إسحاق الشاطبي: الأصل في الشهادة أن لا تكون إلا عن قطع لا تردد فيه، لكن إن لم يمكن ذلك فلا بد من التنزل إلى ما دون ذلك من الظن الغالب لأن الاستناد إليه ضروري، أصله شهادة الشهود عند الحاكم فإنها لا تفيد في الغالب إلا الظن وهي يقضي بها إذ لا يتأتى غير ذلك في مجاري العادات، فالشهادة إذا لم يتأت فيها القطع واقتضت المصلحة إعمالها فلا بد من ذلك اهـ. تنبيه: قال الشارح رحمه الله: وفي عد هذا النوع وما قبله مما تحت هذا القسم مسامحة درج عليها المتيطي فمن دونه من أصحاب كتب الأحكام وإياهم تبع الشيخ في ذلك.

فصل

ثَالِثَةٌ لَا تَوْجِبُ الْحَقَّ نَعْمَ تَوْجِبُ تَوْقِيفًا بِهِ حُكْمُ الْحَكَمِ
وَهِيَ شَهَادَةٌ بَقَطْعِ ارْتُضِي وَيَقِي الإِعْدَارُ فِيمَا تَقْتَضِي
وَحَيْثُ تَوْقِيفٌ مِنَ الْمَطْلُوبِ فَلَا غِنَى عَنْ أَجْلِ مَضْرُوبِ

هذا هو القسم الثالث من أقسام الشهادة الخمس، وهي التي توجب الحق لا من غير يمين كالقسم الأول، ولا مع اليمين كالقسم الثاني، وإنما توجب توقيف الشيء المتنازع فيه. (وذكر في هذا الفصل) ثمان مسائل: التوقيف فيما شهد به عدلان وبقي

يضربها الضرب الذي لا يكون للأدب وبيناه في المحل المشار إليه. قوله: (وضابطه الخ) هذا فيما يمكن أن يكون المشهود له يعلم الباطن ككونه لم يبع الدابة ولم يفوتها، وأما فيما إذا حلف مع بينة عسره ففي ذلك كلام طويل وخلاف قوي، قال في المختصر: وإن شهد بعسره أنه لا يعرف له مال ظاهر ولا باطن حلف كذلك أي لا يعلم أن له مالاً الخ، وعللوا ذلك باحتمال أن يوهب له مال مثلاً لم يعلم به ولا يحلف على البت حتى قال ابن سلمون: حلفه على البت خطأ، ولكن نقلنا في هذا المحل أن المذهب هو حلفه على البت ولا عبرة بكلام ابن سلمون، قف على كلام الفحول فيه إن شئت.

فصل

قوله: (وذكر في هذا الفصل) حاصل ما وقفنا عليه من كلام الناس أن العدلين يوقف معهما العقار

الإعذار للمشهود عليه، وضرب الأجل فيه، وكيفية في الأصول، وتوقيف الأصول بشهادة العدل الواحد إلى كمال الشهادة إلى أن يقدر المشهود عليه وحينئذ يستحقه ظاهراً

وغير العقار بالقفل ونحوه والعروض بالوضع تحت يد أمين، والعدل الواحد توقف معه العروض والحيوان أيضاً وفي العقار لا، وقيل يوقف العقار به بالقفل كما يوقف بالعدل بالقفل ونحوه، وأما منع العقار من البيع ونحوه بالعدل فلا إشكال في ذلك، والقول هنا أن العدل كالعدلين قوي وأقني به، ولكن في ابن سهل الذي به عمل بلدنا إنما الوقف بعدلين وحيازتهما أي في العقار على الوجه التام لا المنع من البيع ونحوه فقط فإن ذلك يكون بالعدل ولا إشكال، والحيوان كالعروض هنا، واثنان يزكيان بمنزلة العدل الواحد يوقف به العقار على الوجه المذكور وهو المنع من البيع ونحوه يوقف بهما العروض والحيوان، وأما الشاهد الواحد الذي تطلب تزكيته فقال فيه عبد الحق في نكته هو بمنزلة الشاهدين اللذين تطلب تزكيتهما في بيع ما يخاف فساد الخ، فيكون وقف العروض به ونحوها ومنع الربع من البيع ونحوه أخرى، لأن البيع أشد من الوقف المذكور إلى أجل من أن الثمن يمنع منه في بيع ما يفسد، وهذا هو الذي يقتضيه كلام ابن الحاجب وغيره، وإن كان كلام ابن سهل ظاهره لا وقف مع الشاهد الذي تطلب تزكيته، والعدل الواحد تقدم الإيقاف به في العروض والحيوان، وفي العقار على وجه المنع من البيع ونحوه، وهذا الإيقاف مع العدل للإتيان بعدل آخر، وأما إن أراد الحلف معه فإنه يأخذ ما شهد له به إن حلف لأن لهذا مال، وإن امتنع من الحلف فيما يفسد سقط حقه إن قال لا أحلف، ولكن إن وجدت آخر ثبت حقي وإلا أسقط، وأما إن قال أرجو آخر فإن لم أجده حلفت مع هذا فإنه يباع ما يفسد ويوقف ثمنه، والشاهد الذي تطلب تزكيته إن قال أنا أزكيه ببيع معه ما يفسد ووقف الثمن كالعدل الواحد، وإن لم يقل أنا أزكيه فلا بيع فيما يفسد، ولا وقف به في غير ما يفسد، وإذا شهد له عدلان وبقي الاعذار ببيع ما يفسد ووقف ثمنه للاعذار، وهذا كله إذا كان الفساد يتوقع قبل الإتيان بالحجة وإلا فيوقف نفسه ولا بيع، وملخص هذا أن العدلين يوقف بهما العقار التوقيف التام، ويزال بهما العروض والحيوان، والعدل الواحد يوقف به ما لا يفسد من حيوان وعروض وعقار الوقف غير التام ويبيع له ما يفسد إن لم يرد الحلف بالكلية، والشاهد الذي تطلب تزكيته كالعدل إذا قال من أتى به أنا أزكيه في جميع أحواله إلا في بيع ما يفسد، وقد ذكر الوقف بالواحد المجهول ابن رشد وأبو الحسن وابن الحاجب وغيره. وبه تعرف ما يقتضيه كلام ابن النازم، وإذا ثبت هذا فأحرى الشاهدان اللذان تطلب تزكيتهما أن يكونا كالعدل إذا قال من قام بهما أنا أزكيهما إلا في بيع ما يفسد أيضاً وإلا فلا عبرة بهما، والشاهد الذي تطلب تزكيته وقع خلاف في الوقف به فقال غير واحد يوقف به، وقال غير واحد لا وقف به، ولعل من قال يوقف به أراد إذا قال أزكيه، ومن قال لا وقف لم يرد تزكيته، وزيادة هذا المطلوب تزكيته واحداً كان أو اثنين كالعدل في وقف العروض والحيوان والعقار الوقف غير التام، وفي بيع ما يفسد إن أريد تزكيته من ذكر وإلا فلا عبرة بمن ذكر، والعدلان الوقف بهما مطلقاً، والعدل الواحد يوقف معه العروض والحيوان والعقار الوقف غير التام ويبيع به ما يفسد إن لم يمتنع من اليمين معه بالكلية، فقول صاحب التحفة يوقف الفائد لا الأصول في اللذين تطلب تزكيتهما لم أقف عليه عند غيره، وإنما كلام ابن عرفة وغيره يدل على أنهما كالعدل، ومما يدل ذلك على ذلك ابن النازم لم ينسب ذلك لأحد من العلماء وكذا من شرح معه، وإذا ثبت هذا فقول هذا الشارح ولم يبق إلا الاعذار الخ لم يبين هل الاعذار قبل التوقيف أو بعده، وفي طرر ابن عات: الشيوخ يرون العقلة قبل الاعذار، وابن سهل يرى الاعذار قبلها الخ، والذي يفهم هو ما قاله

وكيفيته أيضاً، وما يفعل بالغلة زمن الإيقاف، والتوقيف فيما شهد به رجلان ينظر في تركيتهما، والتوقيف فيما يسرع له الفساد إما للإعذار أو لتركية الشهود أو لتكميل نصاب الشهادة، والتوقيف لغير ذلك من إقامة البينة عند ظهور مخايل الصدق. فقولُه: «وهي شهادة» البيت هو إشارة إلى المسألة الأولى من الثمان يعني أن من شهد له عدلان باستحقاق شيء مثلاً وبقي الإعذار فيهما للمشهود عليه فإن هذه الشهادة لا توجب له ما شهدا له به، وإنما توجب توقيف الشيء المتنازع فيه إلى أن يعذر للمشهود عليه وحينئذ يستحقه المشهود له، وإذا وقف الشيء المتنازع فيه فلا بد من ضرب أجل لذلك للضرر الذي يلحق صاحبه، فإن تَمَّت الشهادة في الأجل المضروب أخذ المشهود له وإلا بقي بيد صاحبه، ويأتي تفسير التوقيف ما هو. قال في الفصل الرابع من القسم الخامس من الركن السادس من تبصرة ابن فرحون: واعلم أن الاعتقال والتوقيف لا يكونان بمجرد دعوى الخصم في الشيء المدعى فيه، ولا يعقل على أحد شيء بمجرد دعوى الغير فيه حتى ينضم إلى ذلك سبب يقوي الدعوى أو لطخ، والسبب كالشاهد العدل أو المرجو تركيته، واللطخ الشهود غير العدول، وإذا ثبت هذا فالاعتقال في الربع على وجهين: الأول عند قيام الشبهة الظاهرة أو ظهور اللطخة فيريد المدعي توقيفه ليثبتته، فالتوقيف هنا بأن يمنع الذي هو في يديه أن يتصرف فيه تصرفاً يفيته كالبيع والهبة، أو يخرج عن حاله كالبناء والهدم ونحو ذلك من غير أن ترفع يده عنه. والثاني: بعد أن يثبت المدعي دعواه في ذلك بشهادة قاطعة وكان الربع على ما يجب ويُدعى المستحق من يده مدفوعاً فيما قامت به البينة للمدعي فيضرب للمستحق منه الآجال ويوقف المدعى فيه حينئذ بأن ترفع يد الأول عنه، فإن كانت داراً غلقت بالقفل، أو أرضاً منع من حرثها، أو حانوتاً له خراج وقف الخراج، ويؤمر بإخلاء الدار من نفسه ومتاعه ويؤجل في إخلاء ذلك ثلاثة أيام ونحوها، فإن سأل المعقول عليه أن يترك في الدار ما يثقل عليه إخراجه أجابه الحاكم إلى ذلك وبهذا جرى عمل سحنون اهـ. وقد تلخص من كلام التبصرة أن التوقيف يختلف باختلاف سببه، وعليه ذهب الناظم رحمه الله، فإن كان سببه شهادة عدلين ولم يبق إلا الإعذار فإن التوقيف يكون برفع يد حائزه عنه وغلقه ونحوه مما يذكر في الأبيات الأربع بعد هذين، فهو تفسير للتوقيف المتقدم قريباً في قوله: توجب توقيفاً. وإن كان سببه شهادة عدل واحد فإن الإيقاف يكون بمنع صاحبه من تفويته ببيع أو غيره ومن إخراجه عن حاله بهدم أو بناء، ولا ترفع يد حائزه عنه، ولذلك قال الناظم حيث تكون العقلة بشاهد واحد: «ولا يزال من يد بها ألف»، وفهم من إطلاق الناظم أن هذا الحكم

الشيوخ وهو الذي يدل عليه قول هذا الشارح قبيل هذا، وإنما توجب توقيف الشيء المتنازع فيه إلى أن يعذر إلى المشهود الخ، والحاصل هذه نفثة من كلام الناس اختصرناها لتعينك على المحل فإنه صعب، وإن أردت الاطلاع على تحقيق هذه المسائل وعللها فقف على شرحنا لقول المختصر في فصل الشهادات وحيلت أمة الخ تر العجب إن شاء الله تعالى في تحقيق هذه، وتر غلط كثيراً في هذه المسائل وتطلع على وقف الثمار والحبوب وما يعرف بعينه وما لا.

جار في الأصول وغيرها، ولذلك والله أعلم قال بعد: «وشاهد عدل به الأصل وقف»، فخص ذلك بالأصل، فيفهم منه أن ما قبله عام في الأصل وغيره والله أعلم. وقوله في التبصرة في الوجه الثاني: ويدعي المستحق من يده مدفعا الخ، واحتمال ثبوت هذا المدفع احتيج إلى التوقيف إلى أن يقع الإعذار للمشهود عليه وأنه لا مدفع له، وقوله به حكم الحكم خير ومبتداً والجملة صفة لتوقيفاً والرباط ضمير به أي توقيفاً محكوماً به، وشهادة القطع يقابلها شهادة السماع، وقوله: وحيث توقيف من المطلوب أي حيث طلب التوقيف فلا بد فيه من ضرب الأجل، وتقدم في كلام التبصرة: فيضرب للمستحق منه الأجال الخ.

وَوَقَفَ مَا كَالدُّورِ قُفْلٌ مَعَ أَجَلٍ لِنَقْلِ مَا فِيهَا بِهِ صَحَّ الْعَمَلُ
وَمَا لَهُ كَالْفُزَنِ خَرْجٌ وَالرَّحَا فَفِيهِ تَوْقِيفُ الْخَرَجِ وَضَحَا
وَهُوَ فِي الْأَرْضِ الْمَنْعُ مِنْ أَنْ تَغْمُرَا وَالْحِطُّ يُكْرَى وَيُوقَفُ الْكِرَا
قِيلَ جَمِيعاً أَوْ بِقَدْرِ مَا يَجِبُ لِنَحْظِ مِنْ ذَلِكَ وَالْأَوَّلُ انْتُخِبَ

تعرض في الأبيات للمسألة الثانية من الثمان مسائل التي ذكرت في هذا الفصل، وهي كيفية التوقيف الذي سببه شهادة العدلين، وأما التوقيف الذي سببه شهادة عدل واحد فيأتي في البيتين بعد هذه، وكيفية ذلك في الوجه الأول هو كما قال ابن أبي زمنين في المنتخب: ومن ادعى على رجل في دار أو أرض بيده أو غير ذلك من الأصول الثابتة وسأل أن يوقف له فالذي عليه الفتيا أن الدعوى إن كانت في دار اعتقلت بالفقل بعد أن يضرب له أجل في إخلائها بقدر ما يراه الحاكم، وإن كانت في أرض منع من حرثها، وإن كانت فيما له خراج كالفرن والحانوت وما أشبه ذلك وقف الخراج، وإن كانت في حصة أرض أو دار أو شبه ذلك اعتقلت تلك الحصة المدعى فيها بالكراء ووقف الكراء، وقيل: يوقف من الكراء بقدر الحصة فقط اهـ. وفيه كفاية لشرح أبيات الناظم رحمه الله، وزاد اختيار القول الأول بتوقيف جميع الكراء لا ما ينوب الحصة فقط. وفهم من قوله: ووقف ما كالدور الخ أن وقف غير ذلك من العروض والحيوان لا يكون كذلك وليس إلا وضعها تحت يد أمين، فإن كان كذلك فالأولى زيادة بيت بعد هذه الأبيات كقولنا:

ووقف غيره يوضعه على يد أمين فاحفظن ما نقلنا
وشاهد عدل به الأصل وقف ولا يُرْزَأُ مِنْ يَدِ بِهَا أَلْفُ
وباتفاق وقف ما يُفَادُ مِنْهُ إِذَا مَا مِنْ الْفَسَادُ

تعرض في البيتين للمسألة الثالثة والرابعة والخامسة مما اشتمل عليه هذا الفصل، يعني أن من ادعى ملكية أصل تحت يد غيره وشهد له بذلك عدل واحد وأبى أن يحلف مع شاهده لرجاءه وجود شاهد آخر أو كان القاضي لا يرى الشاهد مع اليمين، فإن الأصل المدعى فيه يوقف، ولكن ليس كالوقف المتقدم فيما شهد به عدلان وبقي الإعذار للخصم من كونه يخرج من يد حائزته، بل يبقى بيد حائزته، وتوقيفه هو منعه من تفويته

بيع أو غيره، ومن تغيير حالته بهدم أو بناء كما تقدم عن التبصرة ولهذا قال: ولا يزال من يد بها ألف لأنه إذا لم يزل من يد حائزه لم يبق إلا منعه من تفويته وتغييره والله أعلم. وكذا توقيف غلة الأصل المذكور إذا كانت لا تفسد، وأما ما يفسد فيباع ويوقف ثمنه كما يأتي في قوله: «وكل شيء يسرع» البيتين، وعلى حكم العقلة نبّه بالبيت الثاني، وضمير منه للأصل، وفهم من حكاية الاتفاق مع توقيف الغلة أن توقيف الأصل غير متفق عليه بل فيه خلاف وهو كذلك، فقد حكى ابن عرفة فيه ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يوقف ولكن وقفاً خاصاً كما ذكر الناظم. قال ابن عرفة في وثائق ابن العطار: لا تجب العقلة بشاهد واحد ولكنه يمنع المطلوب أن يحدث في العقار بناء أو بيعاً أو شبه ذلك بقوله: ولا يخرج عن يده بالقول، فقوله: لا تجب العقلة بشاهد واحد يعني العقلة التي يخرج بها عن يد حائزه لا مطلقاً. القول الثاني: أنه يوقف كما إذا شهد عدلان. قال ابن عرفة: قال ابن سهل: اختلف في العقلة بشاهد واحد عدل، ففي أحكام ابن زياد وجوب العقلة بها وهو في الدار بالقل لها وفي الأرض بمنع حرثها، وقاله عبدالله بن يحيى وأيوب بن سليمان. القول الثالث: لابن بطال عن ابن لبابة: لا تجب العقلة إلا بشاهدين، قال سليمان: وهو قول ابن القاسم اهـ. باختصار وتقديم وتأخير على نقل الشارح. وكما توقف الغلة بشهادة عدل واحد كذلك كل ما يغاب عليه من عرض وغيره يوقف بشاهد واحد، وأما الأصول فتوقف بالشاهد الواحد وبشاهدين إلا أن كيفية الإيقاف تختلف كما تقدم. وفي التوضيح ما نصّه: وفي مسائل ابن أزر ب كل ما يغاب عليه من العروض وغيرها يوقف بشاهد عدل واحد بخلاف العقار فلا يعتقل إلا بشاهدين وحيازتهما، وقوله: ولا يزال من يد بها ألف هو بيان لكيفية التوقيف بشهادة العدل الواحد.

وَحَيْثَمَا يَكُونُ حَالُ الْبَيِّنَةِ فِي حَقِّ مَنْ يَخُكِّمُ غَيْرَ بَيِّنَةٍ
يُوقَفُ الْفَائِدُ لَا الْأَصُولُ بِقَدْرِ مَا يُسْتَكْمَلُ التَّغْدِيلُ

هذا هو السبب الثالث من أسباب التوقيف، وهو أن يشهد للمدعي قوم لا يعرف القاضي عدالتهم ولا جرحتهم، فإن كان المدعى فيه أصلاً لم يوقف وإنما يوقف فائدته وعلته إلى أن يعدل الشهود، وكذا يوقف غير الأصل من العروض والحيوان وغيرها، وقوله: «بقدر ما يستكمل التعديل» قال الشارح: يعني بذلك القدر أجلاً موكولاً لاجتهاد الحاكم مقدراً بما يحصل به قدر المستحق من التعديل مراعى فيه من الضيق والفسحة ما يقتضيه الحال من بعد البيينة المطلوب منها التعديل وقربها وخطر المستحق وحقارته، وما أشبه ذلك من اللواحق التي يراعيها الحاكم في القضية المعينة اهـ. ابن عرفة: الحيلولة بإقامة المدعي شاهدين عدلين هو نقل غير واحد عن المذهب، وكذا قبل تعديلهما وهو قولها إن كان أقام شاهدين بإذن القاضي أن ينظر في تعديلهما وخاف على المدعى فيه الفساد أمر أميناً فباعه وقبض ثمنه ووضع على يدي عدل وفي حيلولته بإقامته شاهداً واحداً عدلاً خلاف اهـ. وقد اشتمل كلام ابن عرفة هذا على أوجه العقلة الثلاثة المتقدمة في الناظم، فقوله الحيلولة بإقامة شاهدين عدلين أي وبقي الإغذار للمشهود عليه هو

الأول في النظم، وقوله: وكذا قبل تعديلها الخ هي مسألة الناظم هنا، وقوله في الحيلولة بإقامته شاهداً عدلاً هي مسألة قوله: «وشاهد عدل به الأصل وقف»، وأما قوله: «وخاف على المدعى فيه الفساد الخ» فيأتي الكلام عليه في شرح البيتين بعد إن شاء الله، وقد اشتمل البيتان على المسألة السادسة من مسائل هذا الفصل وهي التوقيف فيما شهد فيه رجلان ينظر في تزكيتهما.

وَكُلُّ شَيْءٍ يُسْرِعُ الْفَسَادَ لَهُ وَوَقْفٌ لَا لِأَنَّ يُرَى قَدْ دَخَلَهُ
وَالْحُكْمُ بَيْنَهُ وَتَوْقِيفُ الثَّمَنِ إِنْ خِيفَ فِي التَّعْدِيلِ مِنْ طُولِ الزَّمَنِ

تكلم في البيتين على كيفية توقيف ما يفسد إذا شهد به من لم تثبت عدالتها، وهي المسألة السابعة من مسائل هذا الفصل، يعني أن ما احتيج إلى توقيفه لوجه من الوجوه وكان ممّا يفسد إن طال كاللحم والفواكه الخضراء ونحو ذلك فإنه ينظر، فإن رجي حصول ما لا يتم الحكم إلاّ به من أعذار أو تجريح أو تعديل وما أشبه ذلك قبل تغييره ووقف، وإن خيف تغييره وفساده قبل ذلك فالحكم ببيعه وتوقيف ثمنه، وهذا إذا كان التوقيف بشهادة رجلين ينظر في تزكيتهما، لأن سياق الكلام يدل على ذلك لقوله قبله: وحيثما يكون الخ، وأما إن كان بشهادة عدل واحد فيحلف المشهود عليه ويخلي بينه وبين شيء ونحوه قوله في المختصر: وبيع ما يفسد ووقف ثمنه معهما بخلاف العدل فيحلف ويبقى بيده. قال في المقرب: قال سحنون في كتاب الشهادة: إن ابن القاسم قال: وإن كان الذي ادعى المدعي ممّا لا يبقى ويسرع إليه الفساد كالفاكهة الرطبة واللحم أن المدعي إذا كان إنما شهد له شاهد واحد وأبى أن يحلف وقال عندي شاهد آخر فإن القاضي يؤجل المدعي في إحضار شاهده ما لم يخف الفساد على ذلك الذي ادعى، فإن أحضر ما ينتفع به وإلا خلى بين المدعى عليه وبين المدعى فيه، وإذا أقام المدعي شاهدين لا يعرفهما القاضي بعدالة وخاف على المدعى فيه الفساد أمر أميناً فباعه وقبض ثمنه ووضع الثمن على يد عدل، فإن زكيت البينة قضي بالثمن للمدعي. قال عياض: قوله عندي شاهد واحد لا أحلف معه أي لا أحلف البتة ولو أراد لا أحلف معه الآن لأنني أرجو شاهداً آخر، فإن وجدته وإلاّ حلف مع شاهدي بيع حينئذ ووقف ثمنه إن خشي فساده، وليس هذا بأضعف من شاهدين يطلب تعديلها فقد جعل له بيعه هنا وإن كان على شك من تعديلها وهو إن لم يثبت بطل الحق، وشاهد واحد في الأول ثابت بكل حال، والحلف معه ممكن إن لم يجد آخر وثبت الحق اهـ. على نقل الشارح مع بعض اختصار. وقال ابن الحاجب: وما يفسد من طعام أو غيره قالوا يباع ويوقف ثمنه إن كان شاهدان، ويستحلف ويخلي إن كان شاهداً. التوضيح: يستحلف أي المدعى عليه أن المدعي لا يستحق من هذا شيئاً ويخلي أي المدعى فيه تحت يد المدعى عليه. وتبرأ ابن الحاجب منه بقوله: قالوا لإشكاله وذلك لأن الحكم كما يتوقف على الشاهد الثاني فكذلك يتوقف على عدالة الشاهدين، فإما أن يباع ويوقف ثمنه فيهما أو يخلي بينه وبين من هو بيده فيهما. وأجاب صاحب النكت بأن مقيم العدل قادر على إثبات حقه بيمينه، فلما ترك ذلك

اختياراً صار كأنه مكنه منه، بخلاف من أقام شاهدين أو شاهداً ووقف ذلك القاضي لينظر في تعديلهم لا حجة عليه في ذلك لعدم قدرته على إثبات حقه بغير عدالتهم. وأشار المازري إلى فرق آخر وهو أن الشاهدين المجهولين أقوى من الشاهد الواحد لأن الواحد يعلم قطعاً الآن أنه غير مستحق، والشاهدان المجهولان إذا عدلا فإنما أفاد تعديلهما الكشف عن وصف كانا عليه حين الشهادة اهـ.

مُدَّعٍ كَالْمَعْبُودِ وَالنَّشِدَانِ ثَبُوتُهُ قَامَ بِهِ الْبُزْهَانُ
أَوْ السَّمَاعُ إِنْ عَبْدُهُ أَبَقَ إِنْ طَلَبَ التَّوْقِيفَ فَهُوَ مُسْتَحَقُّ
لِخَمْسَةِ أَوْ فَوْقَهَا يَسِيرًا حَيْثُ ادَّعَى بَيِّنَةً حُضُورًا
وَإِنْ تَكُنْ بَعِيدَةً فَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَا الْقَسْمُ عَنْهُ ارْتَفَعَا
كَذَلِكَ مَعَ عَدْلٍ بِنَشِدَانِ شَهِد وَبُعْدِ بَاقِيهِمْ يَمِينُهُ تُرَدُّ

هذا هو السبب الرابع من أسباب التوقيف لإقامة البينة كما تقدم أول شرح قوله ثالثة لا توجب الحق نعم البيتين، يعني أن من وجد عبداً مثلاً أو غيره ولذلك أدخل الكاف على العبد بيد رجل وادعى أنه له وأقام بينة أنه كان ينشد عبداً أو غيره ممّا ادعى أنه له، أو أقام بينة بالسماع أنه أبق له عبد، أو ضاع له فرس مثلاً وادعى أن له على ذلك بينة حاضرة وطلب أن يوقف له ذلك الشيء ليأتي ببينة فإنه يجاب لذلك الأيام اليسيرة كالخمسة وفوقها بيوم أو يومين لا أكثر من ذلك، وإلى ذلك أشار بالأبيات الثلاثة الأولى، ثم صرح بمفهوم قوله بينة حضوراً فقال: «وإن تكن بعيدة» البيت أي فإن المدعى عليه يحلف أنه لا يعلم فيه حقاً للقائم ويبقى شئيه بيده كما في سائر الدعاوى، وفهم من مقابلة البينة الحاضرة بالبعيدة أن المراد بالحاضرة الحاضرة حقيقة أو ما في حكمها من الغائبة غيبة قريبة وهو كذلك كما يأتي. ثم صرح بمفهوم قوله: والنشيدان البيت أنه إذا لم يشهد بالنشيدان إلا عدل واحد وادعى أن باقي شهود النشيدان غيب غيبة بعيدة فإن الحكم كذلك أيضاً يحلف المدعى عليه ويبقى شئيه بيده، هذا ظاهر لفظه والله أعلم. والذي نقل عليه الشارح ما نصّه: قال ابن حارث: وإن كانت الدعوى في عبد أو عرض فسأل أن يوقف له ذلك فليس له ذلك إلا أن يأتي بسماع أو لطح أو ادعى بينة قريبة فيوقف له الخمسة أيام إلى الجمعة. وفي كتاب ابن يونس: قال ابن القاسم: فإن قال أوقفوا العبد حتى آتي ببينتي لم يكن له ذلك إلا أن يدعي بينة حاضرة على الحق أو سماعاً يثبت له دعواه، فإن القاضي يوقف العبد ويؤجل له حتى يأتي ببينة فيما قرب من يوم أو نحوه، فإن جاء بشاهد أو سماع وسأل أن يوقف العبد ليأتي ببينة فإن كانت بينة بعيدة وفي إيقافه ضرر استحلف المدعى عليه وسلمه له بغير كفيل. قال سحنون: وإن ادعى شهوداً حضوراً على حقه رأيت أن يوقف له نحو الخمسة أيام إلى الجمعة وهذا التحديد لغير ابن القاسم. قال ابن أبي زيد: وهو لسحنون. وفي المجموعة: فإن ثبت بسماع أو شاهد عدل أنه نشد مسروقاً أو ادعى بينة بعيدة وفي إيقافه ضرر على المدعى عليه استحلف السلطان المدعى عليه وخلق سبيله ولا يأخذ منه كفيلاً، قال: ومما ينظر فيه نفقة العبد

الموقوف على من تكون. ففي الوثائق المجموعة قال ابن القاسم: نفقة العبد في التوقيف على الذي يقضى له به اه. نقل الشارح. والنشدان قال الجوهري: نشدت الضالة أشدها نشدة ونشداناً أي طلبتها اه. والبرهان والحجة وهي البينة والسماع بفتح السين أي بينة السماع، وأبق أي هرب، والتوقيف أي إلى أن يأتي ببيته.

(تنبيه: ظاهر قوله: حيث ادعى بيته) حضوراً أن فاعل ادعى هو المدعي المتقدم

قوله: (تنبيه: ظاهر قوله حيث ادعى بيته الخ) قال في التهذيب: ومن ادعى عبداً بيد رجل وأقام شاهداً عدلاً يشهد على القطع أنه عبده أو أقام بيته يشهدون أنهم سمعوا أن عبداً سرق له مثل ما يدعي وإن لم تكن شهادة قاطعة وله بيته ببلد آخر فسأل وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بيته ليشهدوا عليه عند قاضي تلك البلدة فذلك له، وإن لم يقم شاهداً ولا بيته على سماع ذلك وادعى بيته قريبة بمثل مسيرة اليومين أو الثلاثة فسأل وضع قيمة العبد ليذهب اليومين به إلى بيته لم يكن له ذلك، وإن قال: أوقف العبد حتى آتي ببيته لم يكن له ذلك إلا أن يدعي حاضرة على الحق أو سماعاً يثبت له به دعواه، فإن القاضي يوقف العبد ويوكل به حتى يأتي ببيته فيما قرب من يوم ونحوه، فإن جاء بشاهد أو سماع فسأل إيقاف العبد ليأتي ببيته فإن كانت بعيدة وفي إيقافه ضرر استحلّف القاضي المدعى عليه وأسلمه إليه بغير كفيل، وإن ادعى شهوداً حضوراً على حقه أوقفه نحو الخمسة أيام والجمعة وهذا التحديد لغير ابن القاسم، ورأى ابن القاسم أن يوقف له لأن الجاني بشاهد أو سماع له وضع القيمة عند مالك والذهاب به إلى بيته وهذا كالإيقاف، ونفقة العبد في الإيقاف على من يقضى له به، قال غيره: وإنما يوقف مثل ما يشهد على عينه من الرقيق والحيوان والعروض لأن ذلك يحول وتزول عينه، قال ابن القاسم: يوقف ما لا يؤمن تغييره وزواله، وأما المأمون كالعقار والرباع وما له من ذلك الغلة فإنما يوقف وفقاً يمنع من الاحداث فيه، والغلة أبداً هي للذي في يديه لأن ضمانها منه حتى يقضى بها للطالب، قال سحنون: هذا إن كانت مبتاعاً أو صارت إليه بذلك من مبتاع الخ، وهذا كله منه بلفظه من كتاب الشهادات وزاده أبو الحسن بياناً، قف عليه في شرحنا عند قول المختصر في الشهادات وإن سأل ذو العدل، أو بيته سمعت وإن لم تقطع وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بلد يشهد له على عينه، أوجب لا إن انتفيا والقلة له للقضاء والنفقة على المقضي له به الخ. وقوله: وأقام شاهداً عدلاً الخ ولم يرد أن معه لما قيده أبو الحسن به، ونقل عن اللخمي ما يقتضي أن الوقف أوسع من الذهاب بالعبد، وتأمل ما ذكرناه يظهر لك ما في ابن الناظم والتحفة ومن تبعهما والذهاب والإيقاف أمرهما متقارب، وقد رأيت قول ابن القاسم: لأن الجاني الخ فإنه جعل الإيقاف لازم للذهاب، والعجب من ابن الناظم لم ينقل كلام المدونة ونقل كلام من ذكره مع ما فيه من الإيهام، وجزم العبدوسي بأن الذهاب أخف من الإيقاف، ومرادهم هنا بالسماع القاطع هو السماع المحصل للعلم، وذلك مذكور في الشرح عند قول المتن: وجازت بسماع فشا الخ. وذكر أبو الحسن أن اثنين يزكيان هنا بمنزلة العدل. وكذا ذكر ابن رشد الواحد الذي يزكى في كونه يوقف به كما يوقف بالاثنتين اللذين يزكيان، وقد ذكرنا هنا فقهاً كثيراً في الذهاب بالدواب والعبيد وغيرهم وما يتبع ذلك من ضياع، ووضع قيمة وكيفية الذهاب للرجوع بالقيمة في القرب والبعد، وما يتبع ذلك من تحقيق هذه الأمور الكثيرة الوقوع، ونبهنا على ما يقع

ذكره، وهو الذي قد قامت له بينة بالنشدان، أو بالسماع أن عبده أبق وأن المدعي المذكور لا يجاب إلى الإيقاف إلا بأمرين: النشدان مع دعوى البينة الحاضرة، أو السماع مع البينة أيضاً، وظاهر ما نقل عليه الشارح أن البينة سبب ثالث، وأن الإيقاف يكون بأحد ثلاثة أشياء: إما ببينة النشدان، وإما ببينة السماع أو دعواه أن له بينة حاضرة، وعلى هذا ففاعل ادعى أي مدع لا بقيد كونه أقام له بينة نشدان أو سماع، فلو قال: أو ادعى بينة حضوراً لكان أبين والله أعلم.

فصل

رَابِعَةٌ مَا تُلْزِمُ الْيَمِينَا لَا الْحَقَّ لَكِنْ لِلْمُطَالِبِينَا
شَهَادَةُ الْعَدْلِ أَوْ اثْنَتَيْنِ فِي طَلَاقٍ أَوْ عِتَاقٍ أَوْ قَذْفٍ يَفِي
وَتَوْقُفِ الزَّوْجَةِ ثُمَّ إِنْ تَكَلَّ زَوْجٌ فَسِجْنٌ وَلِعَامِ الْعَمَلِ
وَقِيلَ لِلزَّوْجَةِ إِذْ يُدَيَّنُ تَمْنَعُ نَفْسَهَا وَلَا تَزَيَّنُ

هذا هو القسم الرابع من أقسام الشهادة وهو ما يوجب اليمين، لكن لا على الطالب كما في القسم الثاني بل على المطلوب، ولا يوجب حقاً وذلك إذا شهد عدل أو امرأتان عدلتان بطلاق أو عتق أو قذف (أو نحو ذلك مما لا يثبت إلا بعدلين) وأنكر المشهود عليه فإنه توقف زوجة المشهود عليه بما ذكر ويحال بينها وبينه، ويؤمر بأن يحلف لردّ الشهادة، فإن حلف برىء ولا شيء عليه، وإن نكل عن اليمين فالمشهور أنه يحبس في السجن ويطال سجنه العام ونحوه، فإن تمادى على نكوله فإنه يطلق ويوكل إلى دينه وتؤمر زوجته

للناس من الغلط في ذلك، وأتينا بأنقال المتقدمين والمتأخرين، وحررناها والحمد لله رب العالمين، وعبارة الوثائق المجموعة ما نصّه: قال أحمد بن سعيد: وإن سأل المعتبر توقيف العبد أو الأمة أو الدابة إلى أن يأتي ببينة فإن ادعى أنه يقيم ذلك بما قرب من يومه أو أشبهه وقفه السلطان له، فإن أتى بسماع أو شاهد عدل على أنه نشده مسروقاً وادعى بينة بعيدة وفي إيقافه مضرة على المدعى عليه استحلف السلطان المدعى عليه وخلق سبيله ولا يأخذ منه كفيلاً. قال سحنون: وروى غير ابن القاسم فإن ادعى شهوداً حضوراً على حقه رأيت أن يوقف له ما بين الخمسة الأيام إلى الجمعة اهـ. بلفظه. وأحمد بن سعيد هو ابن الهندي.

قوله: (أو نحو ذلك مما لا يثبت إلا بعدلين الخ) هذا لا يصح لدخول النكاح فيه، ولا خلف فيه لقول المختصر في هذا لا نكاح، وقد أشار هذا الشارح في آخر كلامه لهذا لكنه أوهم أن النكاح كالطلاق، والعتق والقذف حيث لم يبين الراجح في المسألة، والراجح أن النكاح لا يمين فيه وغيره لا عبرة به، وصاحب التحفة إنما ذكر ثلاث مسائل ولم يقل يكون هذا في كل ما لا يثبت إلا بعدلين، وصاحب التوضيح قال في عدم الحلف في النكاح هو المعروف. وحكى ابن الهندي قولاً بأنه يحلف كما في الطلاق، ولكن كلام ابن شاس وابن الحاجب فيه شيء أيضاً. وقال المازري: عدم اليمين في النكاح هو منصوص المذهب وهو الذي قدمه في تنازع الزوجين صاحب المختصر

حينئذ بأن تمنع نفسها منه ما استطاعت ولا تزين ولا يأتيها زوجها إلا كارهة ولتفتد منه بما قدرت. ابن يونس: وأما إن ادعت المرأة أن زوجها طلقها لم يحلف الزوج إلا أن تقيم المرأة شاهداً أو امرأتين ممن تجوز شهادتهما في الحقوق فيحلف الزوج. قال مالك: يحال بينه وبينها حتى يحلف، فإن نكل طلقت عليه مكانها واعتدت من يوم الطلاق، وروي عنه إذا طال سجنه دين وترك والطول سنة وبهذا أخذ ابن القاسم. قال مالك: وإذا ادعى عبد على سيده أنه أعتقه فلا يمين عليه، ولو جاز هذا للنساء والعبيد لم يشأ عبد إلا حلف سيده ولا امرأة إلا حلفت زوجها كل يوم، فإن أقام العبد أو المرأة شاهداً أو امرأتين ممن تقبلان في الحقوق مثل أن لا تكون من الأمهات والبنات والأخوات أو هو متهم بمظنة فإنه لا يحلف العبد ولكن يحلف السيد، فإن نكل عتق العبد ثم رجع فقال: يسجن أبداً حتى يحلف، ثم قال: إن طال سجنه دين. وفي تبصرة اللخمي: وإن شهد بقذف حلف المشهود عليه وبريء، ويختلف إن نكل هل يحد أو يسجن أبداً حتى يحلف أو يخرج بعد سنة قياساً على الإطلاق، (والجراح هل يطلق أو يقتصر منه) عند النكول؟ قال الشارح: اعتمد الشيخ على قول مالك الذي رجع إليه في المسألتين الأوليين وعلى ما للخمي في مسألة القذف، ومما يلحق بذلك دعوى النكاح، والظاهر أنه لا يجري مجرى العتاق والطلاق. قال المازري: منصوص المذهب أن من أقام شاهداً واحداً بنكاح امرأة وأنكرته أن لا يمين عليها. وفي الموازية: لا يمين على دعوى النكاح على امرأة لرجل ولا عليه لها ما لم يقيم بذلك شاهد واحد، فأخذ منه بعض الأشياخ وجوب اليمين على المنكر منهما بالشاهد الواحد اه. وعلى عدم اليمين مع الشاهد في النكاح ذهب الشيخ خليل بقوله: وحلف بشاهد في طلاق وعتق لا نكاح فإن نكل حبس وإن طال دين. فقوله رابعة صفة لمحذوف أي شهادة رابعة، وما تلزم ما موصولة بمعنى الذي وتلزم بضم أوله مضارع الزم، وللمطالبين يجوز أن يقرأ بفتح اللام الثانية اسم مفعول من طالب واللام بمعنى على على حد «واشترطي لهم الولاء» أي عليهم أن الشهادة

حيث قال: وإلا فلا يمين الخ. قوله: (والجراح هل يقتصر منه الخ) هذا لا أعرفه ولا وقفت على من ذكره، ولا شك أن هذا خلاف المذهب، وإنما الخلاف في جرح العمد مع الشاهد واليمين فيه خلاف قوي هل يقتل بذلك أم لا شيء في ذلك؟ وقد استوفينا هذا في الشرح. وأما كون الجراح يحلف فلم أفهم عليه، وإنما ذكر صاحب المختصر الطلاق والعتق تبعاً للمدونة لاقتصاره عليهما، وزيادة صاحب التحفة القذف صواب، وقد بينا أنقاله عند قول المتن: وحلف بشاهد في طلاق وعتق لا نكاح الخ. وقول شراح التحفة هنا في المرأة: ولا تزين الخ يعني الأمة مثل الزوجة في هذا إن سمعت عتق سيدها لها كما في ابن يونس وغيره، وربما يشملها قولهم هنا العتق وعدم تزين الخ ظاهر إذا كان الطلاق بائناً، وأما إن كان رجعيّاً فيحتمل أنه يطأ بنية الارتجاع وذلك الوطاء حلال فكيف تمتنع منه؟ ولكن انظر تحقيق المسألة عند قول المتن في النكاح: ولا تمكنه إن سمعت إقراره وبانت الخ أي والحالة أنها بانت منه بما ذكره الزوج. قول النظم: والابن للأب الخ قدمنا هذا مستوفى.

توجب اليمين لا على الطالب كما في القسم الثاني بل على المطلوب وهو الزوج في الشهادة بالطلاق، والسيد في الشهادة بالعتق، ويجوز أن يقرأ بكسرهما وتكون للاستحقاق أي أن هذه الشهادة توجب اليمين للطالب وهي الزوجة في الطلاق والعبد في العتق، ويستحقها كل واحد منهما على المطلوب، وقوله: ولا تزين على حذف إحدى التاءين أي لا تزين.

فصل

خَامِسَةٌ لَيْسَ عَلَيْهَا عَمَلٌ وَهِيَ الشَّهَادَةُ الَّتِي لَا تُقْبَلُ
كَشَاهِدِ الزُّورِ وَالْأَبْنِ لِأَبٍ وَمَا جَرَى مَجْرَاهُمَا مِمَّا أَبِي

هذا هو القسم الخامس من أقسام الشهادة الخمسة المذكورة في قوله قبل: «ثم الشهادة لدى الأداء» البيت وهي الشهادة التي لا عمل عليها ولا توجب شيئاً، وهذا القسم في الحقيقة ليس بقسم منها وإنما هو قسم لها، فالصواب في التقسيم إذن أن يقال الشهادة على قسمين: قسم يوجب أمر أو يندرج فيه الأنواع الأربعة المتقدمة، وقسم (لا يوجب شيئاً) وهو هذه أعني الشهادة التي اختل فيها شرط من شروط الشهادة المتقدمة أول الباب، أو وجد فيها مانع يمنع من قبولها، فالأول: كشاهد الزور لاختلال شرط العدالة فيه. والثاني: كشهادة الابن لأبيه لوجود المانع وهي التهمة، وقد تقدم الكلام على الشروط، وأن من اختل فيه شرط منها لا تقبل شهادته، وأما الموانع فعد ابن الحاجب منها جملة صالحة، أولها: التغفل. والثاني: أن يجر بها نفعاً كمن شهد على موروثه المحصن بالزنا أو قتل العمد ما لم يكن فقيراً أو يدفع ضرراً كشهادة بعض العاقلة بفسق شهود القتل خطأ. الثالث: أكيد الشفقة بالنسب كالأبوة والأمومة أو بالسبب كالزوجية فلا يشهد الزوج للزوجة ولا هي له. الرابع: العداوة فلا تقبل عليه وتقبل له عكس القرابة. الخامس: الحرص على إزالة التغيير بإظهار البراءة أو التآسي. فالأول: كشهادته فيما ردّ فيه بفسق أو صبا أو رق أو كفر. والثاني: وهو التآسي كشهادة ولد الزنا في الزنا وكشهادة من حدّ في مثل ما حدّ فيه. السادس: الحرص على تحمّل الشهادة كالشاهد المختفي لتحملها ولا يضر على المشهور أو على أدائها فيرفع شهادته قبل أن يطلب بها في محض حق آدمي وذلك قاذح. السابع: الاستبعاد كإشهاد أهل الحاضرة شهوداً من البادية. وفي المدونة: لا تقبل شهادة السؤال إلا في التافه اليسير لحصول الريبة فيما له قدر وبال. وقوله: «مما أبي» بضم الهمزة أي ممّا أباه الفقهاء من الشهادات ولم يقبلوه.

فصل

قوله: (لا يوجب شيئاً) أي من مضمون الشهادة وإلا فشهادة الزور توجب تعزير من شهد بها

فصل في شهادة السماع

ابن عرفة: شهادة السماع لقب لما يصرح الشاهد فيه بإسناد شهادته لسماع من غير معين، فتخرج شهادته البت والنقل أي تخرج شهادة البت من قوله بإسناد شهادته لسماع، وتخرج شهادة النقل من قوله: من غير معين لأن المنقول عنه في شهادة النقل معين.

وأُعْمِلَتْ شَهَادَةُ السَّمَاعِ	فِي الْحَمْلِ وَالنِّكَاحِ وَالرِّضَاعِ
وَالْحَيْضِ وَالْمِيرَاثِ وَالْمِيلَادِ	وَحَالَ إِسْلَامٍ أَوْ ارْتِدَادِ
وَالجَزْحِ وَالتَّغْدِيلِ وَالوَلَاءِ	وَالرُّشْدِ وَالتَّنْصِيفِ وَالإِصْءَاءِ
وَفِي تَمَلُّكٍ لِمَلِكٍ بِيَدِ	يُقَامُ فِيهِ بَعْدَ طَوْلِ المُدَدِ
وَحَبْسٍ مَنْ جَازَ مِنَ السُّنَيْنَا	عَلَيْهِ مَا يُنَاهِزُ العِشْرِينَ
وَعَزْلِ حَاكِمٍ وَفِي تَقْدِيمِهِ	وَضَرَرِ الرُّوَجَيْنِ مِنْ تَشْمِيمِهِ

اشتملت الأبيات الست على عدّ مواضع شهادة السماع وذلك في الحمل، ومما ينبني عليه أن تصير الأمة أم ولد وفي النكاح، وصفة شهادة السماع في النكاح أن تكون المرأة تحت حجاب الزوج فيحتاج إلى إثبات الزوجية بينة أو يموت أحدهما فيطلب الحي منهما الميراث فيثبت الزوجية بالسماع المستفيض فيحكم له بالميراث، (فلو لم تكن المرأة في عصمة أحد) بزوجية فأثبت رجل أنها زوجته تزوجها بالسماع لم يستوجب البناء عليها

فصل في شهادة السماع

قوله: (فلو لم تكن المرأة في عصمة أحد الخ) ظاهره أنها إذا لم يكن لها زوج أصلاً أن النكاح لا يثبت بالسماع، أما إذا كان لها زوج فلا تنزع منه بشهادة السماع أنها لغيره، وأما حيث لا زوج لها أصلاً ففي ذلك خلاف والراجح الجواز، وأما حيث تكون تحت حوز المشهود له فيصح بها النكاح ولا إشكال، وما سمع من الناس إن أفاد السامع اليقين والعلم فيشهد بذلك ولا يذكر سماعاً أصلاً كما إذا رأى بعينه، وتجاوز في كل شيء وإن أفاد السماع الظن، فهذه هي شهادة السماع المختلف في جوازها على أربعة أقوال وهي التي يصرح فيها بقوله: سمعت سماعاً فاشياً الخ، وهي التي اشترط فيها شروط من طول الزمان ونحوه، وملخص ما عند الناس أن من حصل له العلم بالنكاح من جهة السماع وقرائن الأحوال كالدف فهو بمنزلة من حضره، فإذا شهد بذلك عدلان فإنهما يقولان نشهد بالله إنها لزوجته ولا يقولان ما زلنا نسمع وتكون له زوجة بذلك أنكرت أم لا، كانت تحت حوزة أم لا، طال الزمان أم لا، حتى إذا شهد اثنان بالنكاح لغير من شهد له بالقطع من جهة السماع وكان هذان اثنان حضرا نكاح من شهد له بها فإنهما يتعارضان والحاصل من شهد لرجل بالقطع كمن شهد مع حضوره للواقعة وتخرج بها المرأة من حوز من هو زوج لها إن وقع ترجيح معتبر، وأما إن لم يحصل لهما العلم وإنما حصل لهما

بذلك لأن شهادة السماع إنما تنفع مع الحيابة للمرأة وهذا لم يحزها إليه، إذ يحتمل أن يكون السماع من واحد وقد فشا ذكره، وواحد لا يجوز به النكاح، قاله القاضي أبو عبدالله بن الحاج. قال القاضي المكناسي: قلت: فيظهر منه أن لا يبني عليها بشهادة السماع مع أنه يرثها به إلا أن يكون سماعاً منتشرأً مستفيضاً يقع به العلم، كما أن عائشة زوج النبي ﷺ لا يمكن أن يختلف في هذا أنه يبني بها بهذه الشهادة لا سيما إذا طال الأمر وماتت البنات اه. وفي التوضيح عن أبي عمران: أنه يشترط في شهادة السماع على النكاح أن يكون الزوجان متفقين عليه، وأما إذا أنكر أحدهما فلا اه. وتجاوز في الرضاع وينبني عليه انتشار الحركة المذكورة في باب الرضاع، وتجاوز في الحيض وينبني عليه البلوغ والخروج من العدة وغير ذلك، وتجاوز في الميراث فيشهد أن فلاناً وارث فلان وذلك يؤول إلى النسب والولاء، وتجاوز في الولادة ومما يبني عليها أيضاً أن تصير الأمة أم ولد والخروج من العدة وغير ذلك، وتجاوز في الإسلام وينبني عليه أن ترثه ورثته المسلمون دون غير المسلمين، وفي الرد فميراثه لبيت المال، وفي الجرح والتعديل: وينبني عليهما قبول شهادة من عدل وعدم قبولها ممن جرح، وتجاوز في الولاء، وأن فلاناً معتق لفلان أو معتق لأبيه أو جده فيرثه بذلك إن لم يكن له عاصب من نسبه، وتجاوز في الرشد والسفه، ومما يبني عليهما إمضاء تصرفات الرشيد ورد تصرفات المحجور على تفصيل المذكور في محله، وتجاوز في الوصية فتثبت بشهادة السماع. قال شيخ شيوخوا أبو العباس المنجور رحمه الله في شرح المنهج المنتخب: والمفهوم من الوصية المذكورة في كلام المؤلف يعني سيدي علي الزقاق إنما هي الوصية بالمال. قال شيخ شيوخوا أبو عبدالله محمد بن غازي: ولم أر من صرح بالوصية بالمال، وإنما ذكر ابن العربي والقرافي

غلبة الظن من السماع فقط فإنهما يقولان: ما زلنا نسمع الخ ويثبت بهما النكاح، ولكن لا تتعارض مع هذه البينة مع اثنين حضرا النكاح بل من حضر يقدم على من سمع لأن بيينة الحضور أقوى، ولذلك اتفق على عدم اليمين معها، ولذلك قال في المفيد: شهادة السماع يثبت بها الحق بعد أن لا يكون مستحق له أكد من هذه الشهادة الخ. وهذه البينة لا تخرج بها المرأة من متزوج بها لأنه حائز لها ولا إشكال في هذا، وظاهر أنقالهم أنه يستحقها ولو أنكرت المرأة النكاح خلاف ما عند أبي عمران، وكذا حيث لا عصمة عليها خلاف ما عند ابن الحاج وإن كان هذا الأخير فيه خلاف قوي، والمصنف قال في مختصره بملك لحائز، ولا فرق في هذه الشهادة أيضاً طال الزمان أم لا، ولكن انظر طول الزمان فيما يأتي، والذي يأتي هو أن طول الزمان يشترط في جميع أفراد شهادة السماع إلا في ضرر الزوجين، ولا تنكر قبل الاطلاع على ما استند للنابه، وما ذكروه في الموت هنا ابن عرفة وغيره بمحوث فيه، وكذا نقل ابن عاشر عنه، انظر الشرح تر الفتح إن شاء الله تعالى، وبهذا تعلم ما في كلام هذا الشارح من الإجمال واقتصاره على غير الراجح موهماً أن ذلك متفق عليه وكذا غيره، ولكن إنما يظهر لك الحق في هذه الأمور التي تصعب على القضاة الذين يخشون العقاب بالوقوف على شرحنا لقول المتن وجازت بسماع، فإننا أفردنا كل مسألة من هذه المسائل بكلام طويل من كلام الفحول لا يوجد عند أحد

والغرناطي لفظ الوصية غير مفسر، (فالظاهر أنهم قصدوا) ما في الكافي من الإيحاء بالنظر، وبذلك فسر صاحب التوضيح الوصية في النظم الذي في أوله: يا سائلي عمّا ينفذ حكمه، وتجاوز أيضاً في ثبوت الملك لحائزه، ولا تنفع لغير الحائز لضعفها، ولذلك قال الناظم: الملك بيده. وأما قوله: يقام فيه بعد طول المدد، وقوله: وحبس جاز الخ فيأتي بعض الكلام عليه قريباً إن شاء الله، وتجاوز في الحبس القديم ولذلك قال: جاز من السنين الخ. التوضيح: ولا تفيد شهادة السماع في الحبس إلا مع القطع على المعرفة أنه محترم برحمة الأحباس اه. وتجاوز أيضاً في عزل حاكم أو توليته، وينبغي على توليته نفوذ حكمه وعلى عزله عدم نفوذه، وتجاوز أيضاً (في إثبات ضرر الزوجين) وينبغي عليه التطبيق بالضرر إلى غير ذلك ممّا ينبغي على هذه الأمور.

(تتميم): قال في الباب الثاني والثلاثين من التبصرة في القضاء بشهادة السماع قال ابن راشد: شهادة السماع لها ثلاث مراتب، المرتبة الأولى: تقييد العلم وهي المعبر عنها بالتواتر كالسماع: بأن مكة موجودة ومصر ونحو ذلك، فهذه إذا حصلت كانت بمنزلة الشهادة بالرؤية وغيرها ممّا يفيد العلم. المرتبة الثانية: شهادة الاستفاضة وهي تفيد ظناً قوياً يقرب من القطع وترتفع عن شهادة السماع مثل أن يشهد أن نافعاً مولى ابن عمرو أن عبد الرحمن هو ابن القاسم فيجوز الاستناد إليها، ومنها إذا رئي الهلال رؤية مستفيضة ورآه الجهم الغفير من أهل البلد وشاع أمره فيهم لزمهم الصوم أو الفطر من رآه ومن لم يره، وحكمه حكم الخبر المستفيض لا يحتاج إلى شهادة عند الحاكم ولا تعديل، قاله الطرطوشي. ومنها استفاضة التعديل والتجريح وما يستفيض عند الحاكم من ذلك. قال محمد بن عبد الحكم: من الناس من لا يحتاج أن يسأل عنه الحاكم لاشتهار عدالته، ومنهم من لا يسأل عنه لاشتهار جرحته وإنما يكشف عمّا يشكل، ومنها القسامة بالسماع بالاستفاضة. قال ابن القاسم: مثل أن يعدو رجل على رجل في سوق مثل سوق الأحد وما أشبهه في كثرة الناس، فقطع كل من حضر عليه بالشهادة، فرأى من ارتضى من أهل العلم أن ذلك إن كثر هكذا وتظاهر بمنزلة اللوث تكون فيه القسامة من معين الحكام. المرتبة الثالثة: شهادة السماع وهي التي يقصد الفقهاء الكلام عليه، ويتعلق النظر بصفاتها وشروطها ومحلها، فأما صفاتها بأن يقولوا سمعنا سمعاً فاشياً (من أهل العدل وغيرهم). وفي مفيد الحكام: وتفسير شهادة السماع أن يشهد شاهدان أو أربعة على الاختلاف في

والعلم عند الله تعالى. قوله: (فالظاهر أنهم قصدوا الخ) هذا جزم به ابن فرحون فقال ما نصّه: قوله والوصية يريد ما حكاه أبو عمر في الكافي الخ. قوله: (في إثبات ضرر الزوجين الخ) هذا يحتاج إلى كلام طويل وتفصيل حفيظ فانظره عند قول المتن في الخلع. ورد المال في شهادة السماع.

قوله: (تتميم الخ) يظهر أن المرتبة الثانية بمنزلة الأولى في الحكم. قوله: (من أهل العدل وغيرهم) هذا الذي به العمل أي لا بدّ من جمعه الكلمتين العدول وغيرهم وفي ذلك خلاف قوي

ذلك أنهم لم يزالوا يسمعون أن هذه الدار صدقة على بني فلان، وأن فلاناً مولى فلان قد تواطأ ذلك عندهم وكثر سماعهم وفشا حتى لا يدرون ولا يحيطون بمن سمعوه من كثرة ما سمعوا به من الناس من أهل العدل وغيرهم، ولا يكون السماع أن يقولوا سمعنا من أقوام بأعيانهم يسمونهم أو يعرفونهم، إذ ليست حينئذ شهادة سماع بل هي شهادة على شهادة السماع اهـ. وأما شروطها فيأتي الكلام عليها في البيتين بعد، وأما محلها فقط عد الناظم جملة صالحة وزاد غيره مسائل أخر انظر شفاء الغليل لابن غازي. تنبيه: قوله: وفي تملك الملك بيد البيتين (قال في التوضيح: قال في الجواهر): إنما يشهد بالملك إذا طالت الحيازة وكان يتصرف فيه تصرف المالك في الهدم ونحوه ولا ينازعه أحد، ولا يكفي بشهادتهم أنه يحوزها حتى يقولوا إنه يحوزها لحقة وأنها له ملك، وأما من يشتري شيئاً من سوق المسلمين فلا يجوز أن يشهد له بالملك لأنه قد يشتري من غير مالك. المازري: والملك لا يكاد يقطع به. وقال في مختصره: وجازت بسماع فشا عن ثقة وغيرهم بملك لحائز متصرف طويلاً. وفي التبصرة: إذا شهدت بينة بالسماع أنه حبس على الحائزين له وهو تحت أيديهم أو يكون لا يد لأحد عليه فتشهد بينة بالسماع أنه حبس على بني فلان أو لله تعالى ما بقيت الدنيا فهذا الذي تصح فيه شهادة السماع إذا تطاول الزمان. وفي المواق ما نصّه: تقدم نص المدونة أن الشهادة على السماع في الأحباس جائزة بطول زمانها اهـ. (وفي حاشية شيخنا) سيدي محمد عبد الواحد بن عاشر رحمه الله على المختصر ما نصّه: قوله وإن طال الزمان هذا الشرط عند ابن عرفة خاص بغير الموت، وأما بالبعد فيشترط عدم طول الزمان لأنه مع الطول تمكن الشهادة فيه على القطع، وشهادة السماع يشترط فيها كون المشهود به بحيث لا يدرك بالقطع، فف على ابن غازي، وفي ابن عرفة ما هو صريح أو كالصريح في اختصاص شرط الطول بالأحباس والأشربة اهـ. وهذا الذي نسب إليه ابن عرفة هو ظاهر النظم. وفي الحاشية المذكورة أن شرط طول الزمان في بعض المسائل كالحيض والحمل مشكل اهـ.

وَشَرَطُهَا اسْتِفَاضَةً بِحَيْثُ لَا
يُخَصِّرُ مَنْ عَنَّهُ السَّمَاعُ نُقْلًا
مَعَ السَّلَامَةِ مِنْ ارْتِيَابِ
يُفْضِي إِلَى تَغْلِيظٍ أَوْ أَكْذَابِ
وَيُكْتَفَى فِيهَا بِعَدْلَيْنِ عَلَى
مَا تَابَعَ النَّاسُ عَلَيْهِ الْعَمَلَا

غاية. قوله: (قال في التوضيح: قال في الجواهر الخ) كلام ابن شاس. هذا في الشهادة بالملك على وجه البت، وأما شهادة السماع فلم يشترطوا فيها التصرف. وقول المتن: لجائز متصرف الخ غير صحيح باعتبار قوله المتصرف، وإنما جاء هذا من فهمه لكلام ابن شاس أنه في بينة السماع، وما تأول به ابن مرزوق لا يجدي، وكذا ما ذكره الشراح فذلك كله ضرب في حديد بارد، ولذلك قال المؤلف في الشهادة بالملك على وجه البت وصحبه الملك بالتصرف وحوز طال كعشرة أشهر الخ، وبيننا هذا في الشرح غاية البيان بكلام المحققين فقف عليه إن شئت إن أردت تحرير المسألة، وإلا فامكث في غيب جهلها والله يسامح الجميع. قوله: (وفي حاشية شيخنا الخ) هذا كله مباحث فيه بل الطول مشترط في جميع أفراد شهادة السماع ما عدا ضرر الزوجين كما أشرنا إليه قبيلة. قوله:

يعني أنه يشترط في صحة شهادة السماع شرطان: أحدهما: الاستفاضة. والثاني: السلامة من الريبة المؤدية إلى تغليب الشاهد أو تكذيبه، فالاستفاضة هي أن يكون المنقول عنه غير معين ولا محصور كما أشار إليه بقوله: بحيث لا يحصر الخ. قال الباجي: وشرط شهادة السماع أن يقولوا: سمعنا سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم وإلا لم تصح. قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وقاله ابن المواز قالوا: ولا يسموا من سمعوا منه، فإن سموا خرجت من شهادة السماع إلى الشهادة على الشهادة. وقال ابن القاسم وأصبخ: وأما السلامة من الريبة بغلط الشاهد أو كذبه فيحترز بذلك من وجود الريبة، ومثالها ما حكاه ابن أبي زيد في النوادر عن المجموعة لابن القاسم: إذا شهد رجلان على السماع وفي القبيل مائة من أسنانهما لا يعرفون شيئاً من ذلك لم تقبل شهادتهما إلا بأمر يفشو ويكون عليه أكثر من اثنين إلا أن يكونا شيخين كبيرين قد باد جيلهما فتجوز شهادتهما. (ونقل الشارح) عن أبي إسحاق الشاطبي شرطاً لنا وهو أن يكون فيما تقادم عهده وطال زمانه، فإنه إن لم يكن كذلك لم يفتقر إليها لأن قصد الزمان مظنة لوجود شهادة القطع إلا أن لا يمكن في العادة شهادة القطع كما في الضرر بين الزوجين. قال (والتحقيق) في الطول الاستناد إلى العرف. قلت: وتقدم قبل هذه الأبيات متصلاً بها بعض ما يتعلق بهذا الشرط. ورابعاً: وهو كثرة عدد الشهود فلا يقتصر على رجلين لأنه إذا لم يوجد إلا رجلان دل على عدم الانتشار، لكن لو كانا من الكبر بحيث باد جيلهما لزالَت الريبة والعمل على الاكتفاء بعدلين كما نبّه عليه بقوله: ويكتفى فيها الخ. وخامساً: وهو العدالة في هؤلاء الناقلين فلا تكفي الكثرة (ما لم تبلغ مبلغ التواتر)، بخلاف من ينقل عنهم فإن الانتشار كاف لشهادة العادة بالصدق في مثله. (وسادساً): وهو أن يكون المشهود فيه من شأنه الاشتهار، وأن لا يختص بمعرفة بعض دون بعض كما في الأنساب والأحباس العامة ونحو ذلك، بخلاف الحبس الخاص لمعين فإنه قد لا يشتهر اشتهار الحبس العام، ولا بدّ في نص الشهادة من لفظ الانتشار أو ما يفهم ذلك المعنى. وسابعاً: وهو كون الاشتهار في موضع الشيء المشهود به. وزاد في التبصرة. وثامناً: وهو كون الشيء المشهود به تحت يد المشهود له وإنما تنفع لمن الشيء في يده.

(ونقل الشارح الخ) تقدم أن هذا شرط في جميع هذه الأفراد إلا في ضرر الزوجين. قوله: (والتحقيق الخ) هذا خلاف ما به العمل، قال ابن يونس ما نصّه: قال مطرف وابن الماجشون: شهادة السماع تجوز في الخمسة عشر عاماً ونحوها لتقاصر أعمار الناس وقاله أصبخ، وكذا فيما طال زمانه إذا حملها أهل العدل هذا لفظه، ونقله أبو الحسن وسلمه وقال بعده: قال ابن المواز: قال ابن القاسم: لا تجوز شهادة السماع في مثل الخمسة عشر عاماً الخ. وقال أبو الحسن أيضاً عن ابن رشد: العمل عندنا بقرطبة على قول ابن القاسم أنها تجوز في العشرين سنة اهـ. ومما يدل لذلك قول ابن عرفة أثناء كلامه ما نصّه: ولابن القاسم في العشرين أي تجوز وقال: إن كان وباء قبلت في أقل من ذلك الخ. قوله: (ما لم تبلغ التواتر الخ) هذا إذا حصل العلم بالفعل فلا إشكال، وإلا فما به التواتر فيه خلاف قوي، انظر عند قول المختصر: وبمزيد عدالة لا عدد تر الحق في أمثال هذا والكلام فيه نظر انظر شرحنا هنا. قوله: (وسادساً الخ) هذا قد يظهر من كلام الناس أنه ليس هو المذهب ولم يشر

قال ابن المواز: لا تجوز شهادة السماع المدعي دار بيد غيره وقد حازها وإنما تجوز لمن الدار في يده. وتاسعاً: وهو أن يحلف المشهود له. قال ابن محرز: لا يقضى لأحد بشهادة السماع إلا بعد يمينه لاحتمال أن يكون السماع من شاهد واحد، والشاهد الواحد لا بد له من اليمين. وعاشراً: وهو أن لا يسموا المسموع منهم وإلا كان نقل شهادة، فلا تقبل إذا كان المنقول عنهم غير عدول. قلت: وهذا الشرط بعينه هو الذي عنى الناظم بالاستفاضة. وقال بعض الشيوخ: شهادة السماع إذا كان ينتزع بها فلا تجوز إلا على السماع من العدول وإن كانت ليقر بها في يد حائزها فهذه يختلف في اشتراط العدالة فيها. تنبيه: ما تقدم من حلف المشهود له بالسماع هو خاص بالدعوى التي يقطع القائم بها، لا في مثل دعوى موت مورثه فيما بعد من البلاد، فإن اليمين هنا تضعف على القول بأنه لا يحلف إلا فيما يعلمه الحالف علماً يقينياً من غير طريق الشاهد، وأما على القول الآخر فإنه يحلف إذا تحقق ذلك من قبل الشاهد، فينظر في إمكان تحقق ذلك هنا. والظاهر أنه لا يمكن اهـ. من الشارح. قال مقيد هذا الشرح: وقد كنت جمعت الشروط المذكورة في أبيات فقلت:

شهادة السماع فيما عددوا	عامله مع حلف وقيدوا
حلفه بكون ما ادعاه	محققاً عنده لا امتراه
كذا عدالة يلي طول المدا	والانتشار مع لفظه بدا
مع كون مشهود به مما يرى	أن يستفيض ويشيع في الورى
وكثرة الشهود ثم الانتشار	معتبر لدى محل الاضطرار
ولا بها يزال ما يد شمل	ونفي تعيين لمن عنه نقل
وذوا استفاضة كذا السلامه	من ريبه فاحفظ ولا ملامه

قال الناظم رحمه الله:

إليه في المختصر وإن ذكره بعضهم وكذا الشرط السابع، وبيننا وجه ردّ هذا في الشرح فانظره إن شئت، مع أن الأفراد التي ذكرها في المختصر بعضها فيه مظنة الشهرة وبعضها لا، فانظر قوله: وهبة ووصية الخ، وكذا مسائل كثيرة ذكرها هنا ليس من شأنها الاشتهار، وقد قال أبو الحسن على المدونة ما نصّه: قالوا شهادة السماع إن أفادت العلم جازت قولاً واحداً، وإن أفادت غلبة الظن اختلف فيها على أربعة أقوال: تجوز في كل شيء، لا تجوز في شيء، تجوز في أربع مسائل ولا تجوز في غيرها وهي النسب، قال الشيخ: والولاء نسب والنكاح والموت وتولية القضاء، وقيل تجوز في كل شيء إلا في هذه الأربع الخ، وهذا منه بلفظه. فقله: تجوز في كل شيء الخ على هذا مرّ الناس وهذه قاعدة إذ هي كلية موجبة، وهذا ذكره ابن رشد وابن عرفة وغيرهما، وعلل ابن رشد المسائل الأربع بأن من شأنها أن تستفيض الخ، ولعل ابن الناظم أراد هذه الأربع لأن من شأنها الانتشار، وهذه الأربع الاقتصار عليها إنما هو أحد الأقوال للأربعة. وقال الباجي: تجوز هذه الشهادة في الأشربة والحيازات والصدقات والأحباس وشبه ذلك والشراء قد يخفى فافهم.

فصل في مسائل من الشهادة

وَمَنْ لَطَالِبٍ بِحَقِّ شَهْدَا
فَمَالِكَ عَنْهُ بِهِ قَوْلَانِ
إِلْغَاؤُهَا كَأَنَّهَا لَمْ تُذَكَّرْ
أَوْ يُلْزَمَ الْمَطْلُوبُ أَنْ يُقْرَأَ
بَعْدَ يَمِينِهِ وَإِنْ تَجَنَّبَا
كُلَّفَ مَنْ يَطْلُبُهُ التَّغْيِينَا
وَإِنْ أَبِي أَوْ قَالَ لَسْتُ أَغْرِفُ
وَمَا عَلَى الْمَطْلُوبِ إِجْبَارًا إِذَا
وَلَمْ يُحَقِّقْ عِنْدَ ذَلِكَ الْعَدَدَا
لِلْحُكْمِ فِي ذَلِكَ مُبَيِّنَانِ
وَتَرْفَعُ الدَّعْوَى يَمِينُ الْمُتَكْرِ
ثُمَّ يُؤَدِّي مَا بِهِ أَقْرَأَ
تَغْيِينًا أَوْ عَيْنَ وَالْحَلْفَ أَبِي
وَهُوْلَهُ إِنْ أَعْمَلَ الْيَمِينَا
بَطَلَ حَقُّهُ وَذَلِكَ الْأَغْرِفُ
مَا شَهِدُوا فِي أَضْلٍ مَلِكٍ هَكَذَا

يعني أنه إذا شهد الشاهد بحق كدين مثلاً ولم يحقق مقداره وعده، (فمن مالك في ذلك قولان) مبينان للحكم في ذلك، أحدهما: إلغاء تلك الشهادة أي عدم اعتبارها وهي

فصل في مسائل من الشهادة

قوله: (فمن مالك في ذلك قولان) قال أبو الحسن في كتاب صفة الرجم ما نصه: قوله قيل لمالك فيمن شهد بين رجلين في حق فني بعض الشهادة وذكر بعضها فقال: إن لم يذكرها كلها فلا يشهد الشيخ، ومثاله أن يقول الشاهد له عليه مائة دينار أو مائة وخمسة فهو قد نسي بعض الشهادة فلا تجوز شهادته عند مالك وابن القاسم، وقال ابن كنانة وغيره: يستنزل إلى ما لا يشك فيه، وهذا الذي اعتمده أهل السجلات، وهذا في الشهادة على عدد متماثل، كذا فسرها مالك في العتبية، ولو كانت الشهادة على فصول فهي كالشهادة، فلا تبطل إلا في ذلك الفصل الذي نسيها فيه إلا أن يكون مرتبطاً بغيره فتبطل فيه وفي غيره، قالوا: وكذلك لو كانت الشهادة على خط ميت أو غائب لا يمكن أن يؤدي شهادته، وفي الوثيقة محو في بعض الفصول إن كانت الوثيقة مرتبطة بذلك الفصل بطلت كلها، وإن كانت غير مرتبطة بذلك الفصل بطلت في ذلك الفصل لا غير الخ، وهذا منه بلفظه. وفي المنتقى للباجي ما نصه: ولو شهد أي العدل الواحد بعقد نكاح لم يثبت حكمه ولا يجب اليمين به على من ادعى عليه النكاح، ولو ثبت النكاح وجهل الصداق ثبت قدر الصداق بشاهد ويمين كالمال اه. بلفظه، ولم يذكر لهذا مقابلاً، ونقلناه عند قول المتن: وحلف بشاهد في طلاق الخ. وقال أبو الحسن على مضمون قول المختصر: وإن شهدا بطلاق واحدة ونسيها لم تقبل إذ ذلك في المدونة ما نصه: الشهادة إذا كان فيها تقصير لا تجوز ولا تستنزل الشهود وحصل فيها ابن رشد ستة أقوال الخ. وقال ابن ناجي على المسألة ما نصه: ويقوم منها أن الشاهد لا يستنزل إلى أقل المستيقن. وقال مطرف: بل يستنزل. قلت: وعن اللخمي أول لابن الماجشون والثاني لمطرف وابن كنانة، واختار شيخنا حفظه الله تعالى في درسه الأول وذكر أنه قول ابن القاسم نصاً وشيخنا أبو مهدي

كالعدم فلم يبق إلا مجرد الدعوى فترتفع وتقابل باليمين كسائر الدعاوى، وإلى هذا أشار بقوله: ومن لطالب بحق شهد الأبيات الثلاثة، فطالب وبحق يتعلقان بشهد، ويحتمل أن يتعلق لطالب بمحذوف صفة لطالب وفاعل يحقق يعود على من، والإشارة لوقت الشهادة وباء به ظرفية والضمير للفرع المذكور، ومبينان صفة لقولان، وللحكم يتعلق بمبينان، وإلغاؤها يدل من قولان بدل مفصل من مجمل، ويمين فاعل ترفع والدعوى مفعول به. القول الثاني: أن المطلوب أي المدعى عليه يكلف ويلزم بأن يقرّ بما في ذمته ويحلف على ما أقرّ به ويؤديه لصاحبه، فإن لم يقرّ بشيء أو أقرّ ولم يحلف فإنه يرجع إلى الطالب ويكلف بأن يعين ماله على المطلوب ويحلف عليه، فإن عينه وحلف عليه لزم ذلك المطلوب، فإن امتنع الطالب من التعيين أو عين وامتنع من اليمين بطل حقه، هذا كله إذا كانت المطالبة بما في الذمة، فإن كانت في شيء معين كحق في دار أو نحوها فإنه لا يكلف بالتعيين لأنه قد ينجر له ذلك الحق من إرث ولا يعلم قدره، لكنه يحال بينه وبين ذلك الشيء حتى يحلف ولا يسجن على ذلك لأن الحق في شيء معين، وإلى القول الثاني أشار بقوله: أو يلزم المطلوب أن يقرأ الأبيات الأربعة، وإلى مسألة ما إذا كانت المطالبة في شيء معين أشار بقوله: وما على المطلوب البيت، فقوله: أو يلزم المطلوب هو بنصب يلزم عطف على قوله إلغاؤها من باب قوله: وإن على اسم خالص فعل عطف الخ، والمطلوب نائب يلزم مضارع الزم، وإن يقرّ مفعوله الثاني، وفاعل يؤدي المطلوب كذا فاعل تجنب، والحلف مفعول أبي وفاعله المطلوب وهو بفتح الحاء وسكون اللام. قال الجوهري: حلف الرجل أي أقسم يحلف حلفاً ومحلوفاً وهو أحد ما جاء من المصادر على مفعول مثل المجلود، والمعقول والمعسور، وأحلفته أنا وحلفته واستحلفته كله بمعنى، والحلف بالكسر العهد يكون بين القوم وقد خالفه أي عاهده وتحالفوا أي تعاهدوا انتهى. وقوله: «كلف من يطلبه التعيين» هو جواب قوله: «وإن تجنبنا» وضمير وهو لما عيّنه الطالب يدل عليه التعيين، وضمير له لمن يطلب أي الطالب. وقوله: وإن أبي أي من الحلف، ومعنى هكذا أي شهدوا بحق ولم يعينوا قدره. قال ابن يونس: قال ابن حبيب قال مالك في البينة تشهد بحق لرجل ويقولون لا نعرف عدده إلا أنا نشهد أنه بقي عليه حق فليقل للمطلوب أقرّ له بحقه فما أقرّ به حلف عليه ولا شيء عليه غيره وإن

حفظه الله الثاني قائلاً: ولا ينبغي أن يختلف فيه، ثم وقعت عندنا بالقيروان بعد سنين متطاوله وعمل القاضي فيها مجلساً فذكرت له ما تقدم وإذا عند أحد الغربيين فتوى أخرجها من عند شيخنا الأول لما صار مفتياً بتونس بعد موت شيخنا الثاني فذكر فيها قول ابن القاسم ومطرف واختار ما ذكرناه عنه اهـ. بلفظه. ولكن قول أبي الحسن: وهو الذي اعتمده الخ، مع قول أبي مهدي: لا ينبغي أن يختلف فيه يدل على قول القول بالاستئزال مع ظهوره في نفسه، لكن في الخطاب عن ابن رشد: إذا نص الشاهد بعد الشهادة ونسي البعض رد الجميع، ثم قال: وإذا لم يأت الشاهد بالشهادة على وجهها وسقط عن حفظه بعضها فإنها تسقط كلها بإجماع الخ، فانظر هذا الإجماع مع ما تقدم ومع ما كتبناه قبل هذا عند قول الناظم: وامتنع التقصان والزيادة الخ.

حد، قيل للطالب: إن عرفته فاحلف عليه وحذه، فإن قال: لا أعرفه وضاعت كتب محاسبتى أو أعرفه ولا أحلف فليسجن المطلوب حتى يقر بشيء ويحلف عليه، فإن أقر بشيء ولم يحلف أخذ منه وحبس حتى يحلف ولو كان ذلك حقاً في دار حيل بينه وبينها حتى يحلف ولا يحبسه لأن الحق في شيء معين. قال الشارح: فالقول الأول الذي قدمه الشيخ رحمه الله نص عليه صاحب الاستغناء، والثاني هو الذي حكاه ابن حبيب إلا أنه يظهر من قول الشيخ بطل حقه بعض مخالفة لما نقل ابن حبيب من سجن المطلوب إذا أبى الطالب من اليمين أو قال لا أعرف الحق إلا أن يحلف فإله أعلم بمستنده في ذلك، مع أن وجهه ظاهر حيث يأبى الطالب من اليمين مع كونه يعرف الحق والله أعلم.

وَمُنْكَرٌ لِلْخُضْمِ مَا ادَّعَاهُ أَثْبَتَ بَعْدُ أَنَّهُ قَضَاهُ
لَيْسَ عَلَى شُهُودِهِ مِنْ عَمَلٍ لِكُونِهِ كَذَبَهُمْ فِي الْأَوَّلِ

يعني أن من ادعت عليه دعوى تستلزم عمارة دمة بحق من الحقوق التي تعمر بها الذمم فأنكر تلك الدعوى وجحدها، فأثبت الطالب ما ادعاه عليه ببينة أو بإقرار المطلوب بذلك، فأقام المطلوب البينة بأنه قضاه ذلك الحق، فإن بينته على القضاء لا تقبل لأنه كذب شهادتهم بإنكاره الدعوى. قال المتيطي: أما لو أنكر المعاملة فأثبتها الطالب فاستظهر المطلوب بالبراءة بدفعه فإنه لا تقبل منه بينة بعد إنكاره المعاملة، هذا هو المشهور والمعمول به. وروى عيسى عن ابن نافع: تنفعه البراءة ولا يضره إنكار المعاملة، وأما إن قال: ليس علي شيء فلما أقام عليه البينة بسلف أو بيع جاء ببراءة وشهود على الدفع فإنه يسقط ذلك بالحق عنه قولاً واحداً أه. ابن رشد: لأن من حجته أن يقول صدقت ما كان لك علي دين من شراء ولا من سلف لأنني كنت قضيتك حقا، وإنما تكون له حجة إذا قال: ما أسلفتني شيئاً ولا بعنتي شيئاً أه. قال ابن الهندي في توجيه المشهور وتضعيف الشاذ: لأن من كذب بينة فقد أسقطها، ومن أوجب له سماعها بعد تكذيبه إياها فقد فتح باب التعنيت والتشغب وأعان عليه أه. من المواق. (ومن مختصر الشيخ خليل) في باب القضاء: وإن أنكر مطلوب المعاملة بالبينة ثم لا تقبل بينته بالقضاء بخلاف لا حق لك علي. وقال في باب التخيير والتمليك وقبل إرادة الواحدة بعد قوله لم أرد طلاقاً، والأصح خلافه. وقال في باب الوكالة: ولو أنكر القبض فقامت البينة فشهدت بينة بالتلف كالمديان. وقال في باب الوديعة: ويجحدها ثم في قبول بينة الرد خلاف. وفي الوثائق

قوله: (ومن مختصر الشيخ خليل الخ) قف على هذه المواضع في خليل تر الفقه الصحيح في النازلة، فإننا شرحناها بأنقال محررة وذكرنا زيادة وتحريراً على ما عند الناس وتقييدات يجب الوقوف عليها ولا يحكم في المسألة بدونها، والمسألة كثيرة الخلاف والترجيح فيها من جهتين، والتفريقات هل هذا في الحدود والأصول وغيرها؟ وهل يعذر الجاهل فيها ومن غابت بينته أم لا؟ إلى غير ذلك، قف على ذلك في باب الوكالة، وما ذكره هذا الشارح من المحال الأربعة في خليل ترك منه شيئاً، ففي الاستلحاق: وإن اشترى مستلحقه والملك لغيره عتق كشاهد ردت شهادته، وقال في كتاب العتق: وإن شهد على شريكه بعثت نصيبه فنصيب الشاهد حر إن أيسر شريكه والأكثر على نفيه كعسره، وقال في

المجموعة: فإن ادعى المطلوب دفع ما ثبت عليه من الدين بعد إنكاره أصل المعاملة أو السلف لم يبح له القاضي إثبات ذلك لأنه قد كذب شهوده على الدفع بإنكاره أصل الطلب وبهذا القول القضاء اهـ. من الشارح. ثم قال: وقول من مال إلى قبول قول المنكر إذا أقام البيينة على إبرائه أوضح وأرجح والله أعلم. اللخمي: اختلف إذا أنكر الإيداع فلما شهدت البيينة عليه أقام بيينة أنه ردّها فإنها لا تقبل بيئته لأنه كذبها بقوله: ما أودعتني. وكذلك إذا قال: ما اشتريت منك فلما أقام عليه البيينة بالشراء أقام هو عليه البيينة بالدفع، وقيل: يقبل قوله في الموضوعين جميعاً وهو حسن لأنه يقول: أردت أن لا أتكلف بيينة، والمسألة من باب الإقرار الحاصل بالتضمنين لا بالصريح وفي أعماله خلاف، (لأن بيينة القضاء) تتضمن الإقرار بالمعاملة التي تفرع القضاء عنها، وإنكاره المعاملة أولاً تكذيب لبيينة القضاء.

(فرع: قال في أوائل نوازل الدعاوى والأيمان من المعيار): وسئل ابن رشد عن امرأة توفيت وتركت زوجاً وورثة فقاموا يطلبون الزوج بجهازها الذي أورده أبوها بيت بناء الزوج المذكور بها فأنكر أن يكون أورد بيت بنائه شيئاً، فاستدعوا بيينة ببعض أشياء منها فتقيد عليه إنكاره فهل يضره إنكاره ويلزمه إحضار كل ما شهد به أنه وصل بيت بنائه أو لا يلزمه شيء من ذلك ولا يضره إنكاره، إذ لو أقر بوصوله لم يلزمه سوى اليمين أنه ما

الطلاق: حلف على نفيه فإن نكل نوى في عدده الخ. قوله: (لأن بيينة القضاء الخ) بل تفسير هذا هو أن يقال قول المدين ما تسلفت مثلاً يدل على تكذيب بيئته بالقضاء ولكن لم يقل هي كاذبة صراحة. وأما قوله قضيت فهو يدل أيضاً على الصدق، ولكن هذا إنما نحتاج إلى الكلام عليه حيث لم يقم الطالب البيينة، وأما عندها فمضمن الإقرار هو قوله ما تسلفت الخ فافهمه بإنصاف، ويدل لهذا كلام ابن عرفة الآتي هنا في الوديعة، ولا بد من النظر في هذه الأمور إلى قرائن الأحوال على كل حال، إذ هذا المحل وأمثاله مدحضة أقوام ومزلة أقدام، فمن اتقى الله وقف فيها واعتبر ونظر غاية وشمر وإلا هرب وفرّ، ودليل هذا يعرفه من وقف على كلام الناس في هذا.

قوله: (فرع: قال في أوائل نوازل الدعوى والأيمان من المعيار الخ) انظر هذا الفرع قال ابن فرحون ما نصّه: ومن ادعى عليه رجل ديناً من سلف أو قراض أو وديعة أو بضاعة أو رسالة أو رهن أو عارية أو هبة أو صدقة أو حق من الحقوق فجحد أن يكون عليه شيء من ذلك فلما خاف أن تقوم عليه بذلك البيينة أقرّ وادعى فيه وجهاً من الوجوه يريد إسقاط ذلك عن نفسه لم ينفعه ذلك وإن قامت له البيينة على ما زعم أخيراً لأن جحده أولاً إكذاب لبيئته فلا تسمع وإن كانوا عدولاً الخ. وقال ابن عرفة ما نصّه الشيخ، قال ابن حبيب عن ابن القاسم وأشهب والأخوين: من أودع وديعة بيينة ثم جحدها ثم أقام بيينة أنه ضامن لأنه أكذب بيينة يجحدها يريد إن قال ما أودعتني شيئاً، ولو قال ما لك عندي من هذه الوديعة شيء نفعته بيئته وتسمع. عيسى: سئل ابن القاسم عمّن جحد قراضاً ادعى عليه به ثم قال تلفت مني قال: قال مالك فيمن أنكر ما لا بعث معه لرجل فقامت عليه بيينة فقال تلف يحلف لقد ضاع وبربراً فكذلك مسألتك قال: إن جحده فقامت عليه البيينة لم يصدق في دعوى الضياع الخ، وهذا منه بلفظه مع الوديعة وفي ضمنها القراض المدعى عليه لا يلزمه غرم ذلك لأنه أمين، ولعل الفرق أن مسألة الزوجة يمكن أن تكون هي المتلفة للمال، وبهذا وأمثاله تعلم صعوبة هذه المسائل فاجتهد غاية ليوفك الله الهادي بمته.

غاب على شيء منه ما لم يشهد عليه بالضمان حسبما نص عليه أهل العلم، وهو الذي يظهر لي لأنها بينة قامت في القضية لو أقر بها لم يلزمه، فكذلك إذا أنكرها بخلاف من أنكر حقاً طلب به، ثم لما ثبت عليه ادعى البراءة منه لأن ذلك بنفس الثبات قبل الإنكار أو بعده فيحكم عليه بالأداء، وهذا لا يحكم عليه بالأداء، وإن ثبت عليه ووقع بين أصحابه فيه نزاع وراق ما ذكرته فأردت معرفة رأيك العلي في ذلك مأجوراً إن شاء الله. فأجاب: تصفحت سؤالك والذي ظهر لك فيه هو الذي أراه ولا يصح عندي سواء، فلا يلزم الزوج سوى اليمين أنه ما أخذ من مالها شيئاً في حياتها ولا بعد وفاتها ولا غاب على شيء من تركتها، ولا وجد لها سوى ما أحضره لاحتمال أن تكون هي أتلفت ما جهزت به إليه أو تلفت من غير فعلها اهـ.

وَفِي ذَوِّي عَدْلٍ يُعَارِضَانِ مُبْرَزاً أَتَى لَهُمْ قَوْلَانِ
وَبِالشَّاهِدَيْنِ مُطْرَفٌ قَضَى وَالحَلْفَ وَالأَعْدَلَ أَصْبَغَ ارْتَضَى

يعني إذا تعارضت بيتان إحداهما بشهادة عدلين والأخرى بشهادة عدل واحد مبرزاً عدل من الشاهدين فهل تقدم شهادة العدلين أو شهادة العدل المبرز؟ ذهب مطرف إلى أعمال شهادة العدلين ترجيحاً لها على شهادة العدل المبرز مع اليمين. وذهب أصبغ إلى أعمال شهادة المبرز الأعدل مع يمين القائم بها. قال في كتاب ابن يونس: وظاهر لابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وإن أقام أحدهما شاهدين والآخر شاهداً أعدل أهل زمانه وأراد أن يحلف معه فليقتض بالشاهدين. وكذلك روى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية أنه يقضي بشهادة الشاهدين. وروى عنه أبو زيد أنه يقضي بشهادة الشاهد الأعدل مع يمين الطالب دون شهادة الشاهدين وإن كانا عدلين، وبهذا أخذ أصبغ. قال ابن رشد بعد ذكره ما حكاه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: من أن الشاهدين إذا كانا عدلين أحق من اليمين مع الشاهد الذي هو أعدل أهل زمانه: وهو الأظهر، إذ من أهل العلم من لا يرى الحكم بالشاهد مع اليمين أصلاً، ومن لا يرى الترجيح بين البيئتين أصلاً، فالقول بأنه يقضي بالشاهد الواحد مع يمين صاحب الحق إذا كان أعدل من الشاهدين (إغراق في القياس) اهـ.

قوله: (إغراق في القياس) بل هو الذي ربما يظهر ترجيحه. قال ابن يونس ما نصه: وإن أقام أحدهما شاهدين عدلين وأقام الآخر شاهداً أعدل أهل زمانه وأراد أن يحلف معه فليقتض بالشاهدين، وكذا روى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية أنه يقضي له بشهادة الشاهدين، وروى عنه أبو زيد يقضي بالشاهد الأعدل مع يمين الطالب دون شهادة الشاهدين وإن كانا عدلين وبهذا أخذ أصبغ، وكذلك في كتاب ابن المواز: إن أقام أحدهما شاهداً وأقام الآخر أربعة فإن كان الواحد أعدل قضيت به مع يمين صاحبه، وإن كان في الأربعة اثنان أعدل منه قضيت بهما، ثم قال عن أشهب ما نصه: إذا لم يكن في أيديهما فهو لصاحب الشاهدين، وقال أيضاً: يحلف مع الشاهد الأعدل ويكون أحق به، وتابعه عليه أصحاب مالك وقاله أصبغ اهـ. بلفظه وأصله في النوادر، ولم ينقله ابن عرفة ولا صاحب التوضيح وكان من حقهما نقله، فقوله: وتابعه عليه أصحاب مالك وقف على قول المختصر ما نصه: وبمزيد عدالة لا عدد وبشاهدين على شاهد ويمين أو امرأتين، والخلاف مبني على أن التعارض ترجيح أم لا والواحد لا

وَقَدَّمَ التَّارِيخَ تَرْجِيحَ قَبْلِ
وَأَمَّا يَكُونُ ذَاكَ عِنْدَمَا
لَا مَعَ يَدٍ وَالْعَكْسُ عَنِ بَعْضِ نُقُلٍ
لَا يُمَكِّنُ الْجَمْعُ لَنَا بَيْنَهُمَا

يعني إذا تعارضت البيتان فإن أمكن الجمع بينهما جمع ابن عرفة تقرر صورة الجمع مثل قولها من قال لرجل: أسلمت لك هذا الثوب في مائة إردب حنطة، وقال الآخر: بل هذين الثوبين سواء في مائة إردب حنطة، وأقاما جميعاً البينة لزمه أخذ الثلاثة الأثواب في مائتي إردب اه. وإن لم يمكن الجمع بينهما فإنه يرجع إلى الترجيح والترجيح يكون بأشياء من جملتها قدم التاريخ فإن كان تاريخ إحدى البينتين أقدم فهي مقدمة على حديثه التاريخ، إلا أن يكون القائم بحديثه التاريخ حائزاً يتصرف تصرف المالك في ملكه بمحضر المدعي ولا عذر له في سكوته عنه فتقدم بيئته وإن كانت أحدث تاريخاً لأن تركه بيده يتصرف فيه وهو ينظر إليه قاطع لحجته، (وقيل بعكس هذا القول، وأن المعتبر في الاستحقاق التاريخ المتأخر. قال ابن يونس: لو شهدت بينة) أن هذا يملك الأمة منذ عام وشهدت بينة لآخر أنه يملكها منذ عامين فإني أقضي بيئته أبعد التاريخين إن عدلت وإن كانت الأخرى أعدل، ولا أبالي بيد من كانت الأمة إلا أن يجوزها الأقرب تاريخاً بالوطء والخدمة والادعاء لها بمحضر الآخر فهذا يقطع دعواه فيها. وفيه أيضاً عن ابن سحنون قال أشهب في عبد بيد رجل أقام الآخر بيئته أنه عبده منذ عامين وأقام حائزه بيئته أنه له منذ سنة قضى به لصاحب السنتين إلا أن يحوزه الآخر على وجه الملك بمحضر هذا وعلمه فأقضي له به. قال: ولو أقام رجل بيئته أنه له منذ سنة وأقام الحائز بيئته أنه في يده منذ سنتين ولم يشهدوا أنه له قال أراه لمن شهدوا له أنه له منذ سنة إلا أن يكون للآخر بيئته بالحوز له على الآخر بوجه الملك على ما ذكرنا. قال اللخمي: وإن ورختا قضى للأقدم وإن كانت الأخرى أعدل، وسواء كانت بيد أحدهما أو تحت أيديهما أو تحت يد ثالث أو لا يد عليها اه. فقولوه: وسواء كانت تحت يد أحدهما صادق بما إذا كانت تحت يد صاحب التاريخ الأحداث فإنه يقضى للأقدم وإن كانت بيد الأحداث، وإلى ذلك أشار بقوله: والعكس عن بعض نقل فمراده بالعكس تقديم بيئته للأقدم ولو كان ذلك بيد صاحب الأحداث، والمتبادر أن المراد

يرجع به، انظر شرحنا في المحل المذكور تطلع على أمور كثيرة وعلى العدد إذا كثر جداً وأفاد اليقين ولا بد ولا بد.

قوله: (وقيل بعكس هذا القول وأن المعتبر في الاستحقاق التاريخ المتأخر الخ) هذا لا نعرف من قاله وإن صرح به ابن الناظم وتبعه عليه هذا الشارح مع كونهما لم يأتيا بدليل من كلام الناس. قوله: (قال ابن يونس: لو شهدت بيئته الخ) علل ابن عرفة هذا بقوله سنة قابلت سنة فتساقطتا وبقيت للأقدم سنة زادت بها على الأخرى، وشبهه لصاحب التوضيح، وعلل أبو الحسن ترجيح من ورخت على من لم تورخ بأن الأولى حفظت، ولكن كلام اللخمي لا بد منه في هذا، وأشار إلى سؤال البينتين في تاريخ أحدهما وأتى بكلام كثير يطول بنا اختصاره فتركناه لذلك، وإن كان القاضي يحتاجه احتياج الظمان للماء إن كان يخشى الله تعالى، وأشار أنه ينظر لسن الدواب مع ما وقع من الشهادات عليها، ولكن كتبنا ذلك في شرحنا عند كلام المختصر على المرجحات فانظره إن شئت، وقد أكلت هنا أموال يعلمها الكبير المتعال، وكلام اللخمي المذكور ينجي من ذلك إن شاء الله

بالعكس تقديم ذات التاريخ الأحداث، على أن العكس الحقيقي تقديم بينة صاحب التاريخ الأحداث، (ولو كان الشيء بيد صاحب التاريخ الأقدم) فاستظهر على ذلك بالنقل .

وَالشَّيْءُ يَدْعِيهِ شَخْصَانِ مَعَا وَلَا يَدُّ وَلَا شَهِيدٌ يُدْعَى
يُقَسَّمُ مَا بَيْنَهُمَا بَعْدَ الْقَسَمِ وَذَلِكَ حُكْمٌ فِي التَّسَاوِي مُلْتَزِمٌ
فِي بَيِّنَاتٍ أَوْ نُكُولٍ أَوْ يَدٍ وَالْقَوْلُ قَوْلُ ذِي يَدٍ مُتَّفَرِّدٍ
وَهُوَ لِمَنْ أَقَامَ فِيهِ الْبَيِّنَةَ وَحَالَةَ الْأَعْدَلِ مِنْهَا بَيِّنَةٌ

يعني أن الشيء إذا ادّعه شخصان سواء كان ذلك أصلاً أو عرضاً أو حيواناً أو غير ذلك وليس لواحد منهما ما ترجح به دعواه على دعوى صاحبه لا بيد أي حوز ولا بشهادة شاهد ولا بغير ذلك بوجه من الوجوه، وادّعى كل واحد منهما أن جميعه له فإنه يقسم بينهما نصفين بعد حلفهما هذه مسألة الناظم وإليها أشار بقوله: والشيء يدعيه شخصان معاً إلى قوله: بعد القسم، إلا أن ظاهره أنه يقسم في الحال، وليس كذلك (بل فيه تفصيل)، فإن كان يخشى فساده كالحيوان والرقيق والطعام فإنه يستأني به، فإن يأتي بشيء وخيف عليه قسم بينهما، وإن كان ممّا لا يخشى عليه الفساد كالدور. قال في المدونة: يترك حتى يأتي أحدهما بأعدل ممّا أتى به صاحبه. ابن القاسم: إلا أن يطول الزمان ولا يأتي بشيء غير ما أتى به أولاً فإنه يقسم بينهما، لأن ترك ذلك ووقفه ضرر، قاله في التوضيح، وأما إن ادعى أحدهما بعضه بالنصف والآخر جميعه فإن كان المتنازع فيه ليس تحت أيديهما بل كان بيد شخص آخر لا يدعيه لنفسه أو لم يكن أحد أصلاً كما لو تنازعا في عفو من الأرض فإنهما يحلفان ويقسم بينهما على قدر الدعوى اتفاقاً قاله ابن الحاجب، وإن كان في أيديهما معاً والمسألة بحالها من كون أحدهما ادعى جميعه والآخر بعضه كالنصف فقيل يقسم على قدر الدعوى أيضاً وهو المشهور. وقال أشهب وسحنون: يقسم بينهما نصفين لتساويهما فيه في الحيازة قاله ابن الحاجب أيضاً: وإذا قلنا بالقسمة على الدعوى إما اتفاقاً أو على المشهور كما تقدم ففي كفيتهما قولان: التوضيح: فقال مالك وأكثر أصحابه: يسلك فيها مسلك عول الفرائض لتساويهما في المتداعي فيه ولتعذر الترجيح وصارا كورثة زادت الاسهام الواجبة لهم على الجميع. وقال ابن القاسم وابن

تعالى. قوله بعيد هذا: (ولو كان الشيء بيد صاحب التاريخ الأقدم) الذي نعرفه أن أقدم التاريخ يرجح على مقابله كانت بيد أحدهما أو غيرهما أو لا يد عليها أصلاً كانت إحداها أعدل أو لا إذا حازها مقابل صاحب الأقدم على وجه الملك مع علم صاحبه بذلك، وإذا فهم هذا فتفهم قول الناظم والعكس الخ، وما ذكرناه هو الذي في كلام الناس، وتأمل ما شرح به هذا الشارح، ولكن ما ذكرناه من كلام الناس متفق عليه أو هو الراجح، وعليه فالأمر سهل لأن المقصود هو معرفة الأرجح من الخلاف أو المتفق عليه.

قوله: (بل فيه تفصيل الخ) هذا كلام صحيح وهو في كلام التهذيب وابن يونس غير أن فيه خلافاً فالأرض فيها هذا الحكم وذلك هو الراجح، وقيل تبقى أبدأ إلى أن يأتي أحدهما بحجة يحكم له بها، قال أبو الحسن: والوقوف في عفو الأرض أكثر منه في الدور ونحوها أي على القول أن ذلك يقسم بعد

الماجشون: مبنى هذه المسألة على التنازع، فمن أسلم شيئاً لخصمه سقط حقه فيه، فإذا ادعى أحدهما الدار كاملة وادعى الآخر نصفها فعلى الأول يعال المدعي النصف بمثل نصف اثنين فيقسم المدعى فيه بينهما من ثلاثة لمدعي الكل الثلثان وعلى الثاني يختص مدعي الكل بالنصف ثم يقسم الآخر بينهما اهـ. ببعض اختصار. وقد أطال فيها ابن الحاجب والتوضيح (فعليك بهما إن شئت) وذلك حكم الإشارة لقسمة المدعى فيه أي قسمته حكم ملتزم في تساوي الخصمين، إما في إقامة البينتان كأن يقيم كل واحد منهما بينة مساوية لبينة الآخر، وإما في النكول عن اليمين إذا نكلا معاً، وإما في الحوز بحيث يكون تحت أيديهما معاً، وإلى ذلك أشار بقوله: وذلك حكم في التساوي ملتزم في بينات أو نكول أو يد، فالمراد باليد الحوز فيقسم بينهما في الأوجه الثلاثة بعد أيمانهما، فإن كان المتنازع فيه تحت يد واحد منهما فالقول قوله مع يمينه لزيادته على صاحبه بالحيازة، وعلى ذلك نبّه بقوله: والقول قول ذي يد منفرد، وقد تقدم هذا الفرع في القسم الثاني من أقسام الشهادة، وهي التي توجب الحق مع اليمين في قوله: واليد مع مجرد الدعوى، فإن أقام البينة على الملك غير الجائر بتعارض دليل الحيازة مع البينة بالملك فالبينة أعمل من دليل الحيازة وعلى ذلك نبّه بقوله: وهو لمن أقام فيه البينة أي لا للحائز الذي لا بينة له، فإن تساوى في الحيازة وإقامة البينة فإنه يقضي بأعدل البينتين وعلى ذلك نبّه بقوله: وحالة الأعدل فيها بينة، فإن تكافأت البينتان في العدالة قضى بالشيء لحائزه وهذا يفهم من قوله: ولا يد إذ مفهومه أنه مع اليد لا يقسم بينهما بل يكون لصاحب اليد أي الحوز. فرع: قال الشارح: فإن اتفق الخصمان على أن لكل واحد منهما حظاً في ذلك الشيء المتنازع فيه لكنهما يجهلانه فهل يكون مندرجاً تحت الفقه التي تضمنته الأبيات؟ وسئل عن ذلك الأستاذ أبو سعيد بن لب فأجاب: أما القاعدة التي جهل فيها حق الحبس وقدره وقدر حق الغير فمحمل الاشتراك المعلوم مع جهل المقدار عند الفقهاء على التسوية حتى يظهر خلافه، قال فرج اهـ. باختصاره.

الطول فافهم، وهذا على ما في المدونة، وأما على مذهب غيرها فلا استيناء أصلاً كما تراه قريباً. قوله: (فعليك بهما إن شئت) صاحب المختصر قال: وقسم على الدعوى إن لم يكن بيد أحدهما كالعول فمّر على هذا كعول الفرائض مثال ما تظهر فيه الثمرة ادعى أحدهما في شيء جميعه والآخر نصفه فعلى العول، فالقسمة على ثلاثة: لمدعي الكل سهمان و لمدعي النصف سهم، وعلى التسليم والدعوى على أربعة: لمدعي الكل ثلاثة و لمدعي النصف واحد الخ. وإلى هذا أشار هذا الشارح. وقول المختصر قسم الخ فقوله على الدعوى أي لا على الرؤوس وظاهره كان عفواً من الأرض أو غيرها وأنه لا يستأني به كيف ما كان، وهذا هو كلام المعونة وابن شاس وابن الحاجب وصاحبي الكافي والمفيد وابن الجلاب وصاحب الرسالة والتلقين مع تكلمهم على المسألة، وصاحب المنتخب اقتصر على كلام المدونة المفصل، وصاحب الشامل نقل كلام المدونة تبعاً للتوضيح، ولا بد من اليمين هنا وإن لم يذكرها المصنف في مختصره. وقوله: إن لم يكن بيد أحدهما يشمل ما بأيديهما معاً أو لا يد عليه أو يد الغير ولم يقرّ به لأحدهما ولا ادعاه لنفسه وهو كذلك، وظاهره قامت لهما بينتان وتساقتنا لعدم ترجيح أحدهما أو لا بينة أصلاً وهو كذلك، وبيّنا هذا كله بكلام الناس في الشرح، وبه نستعين على قول الناظم: وذلك حكم في التساوي ملتزم الخ. وعلى ما شرح به.

باب اليمين وما يتعلّق بها

ابن عرفة: واليمين قسم أو التزام مندوب غير مقصود به القربة أو ما يلزم بإنشاء لا يفتقر إلى قبول معلق بأمر مقصود عدمه اهـ. فقوله: قسم قال جلال الدين الدماميني في شرح التسهيل ما نصّه: القسم مصدر ليس بجار على فعله وقياسه الأقسام وهو في عرف النحاة جملة إنشائية يؤكد بها أخرى لا على جهة التبعية، وبالقيد الأخير خرجت الإنشائية الثانية من نحو: أكرم زيداً أكرم زيداً اهـ. بيانه: أن قول القائل مثلاً بالله لأفعلن فجمله بالله التي تقديرها أقسم بالله جملة إنشائية أكدت بها الأخرى التي هي لأفعلن. وقوله: أو التزام مندوب غير مقصود به القربة لما دخل في قوله التزام مندوب النذر كله على صدقة دينار مثلاً أخرجه بقوله غير مقصود به القربة لأن المقصود بالنذر القربة، وذلك الصدقة في المثال المذكور بخلاف اليمين وذلك كقولك: إن دخلت الدار فعبدي حر، فإنه لم يقصد القربة التي هي العتق وإنما قصد الامتناع من دخول الدار وغير بالرفع صفة التزام، وقوله: أو ما يجب بإنشاء، قوله أو ما يجب عطف على التزام، فتكون أقسام اليمين ثلاثة، ويجوز عطفه على مندوب مدخول للتزام، والإنشاء ما يقع به مدلوله فيشمل نحو: أنت طالق وثوبي صدقة، فأخرج الصدقة ونحوها بقوله: لا يفتقر إلى قبول لأنها تفتقر إلى القبول، ولفظ الإنشاء يشمل المندوب كأنت حر إلا أن هذا تقدم وهو القسم الثاني من أقسام اليمين، أو ما يجب بإنشاء يعني ممّا ليس بمندوب لثلاث يتداخل مع القسم الثاني من أقسام اليمين، وقوله: معلق بأمر مقصود عدمه معلق بالخفض صفة لإنشاء وذلك كقوله: أنت طالق إن دخلت الدار، فقوله أنت طالق الطلاق يجب بالإنشاء ولا يفتقر إلى قبول وهو معلق بأمر وهو دخول الدار والمقصود عدم الدخول لا الدخول، (وهذا الحد) هو لليمين من حيث هي، والمقصود في الترجمة إنما هي اليمين الشرعية التي تجب على الخصم وهو أن يقول: بالله الذي لا إله إلا هو، كما يقول بعد: وبالله يكون الحلف، والذي يتعلّق باليمين أي من الأحكام كتغليظها بالمكان والزمان في اللعان، وحالة الحلف من قيام واستقبال مثلاً وتقسيم اليمين وما يقلب منها وما لا يقلب ونحو ذلك.

في رُبْعِ دِينَارٍ فَأَعْلَى تُفْتَضَى
 وَمَا لَهُ بَالٌ فَفِيهِ يَخْرُجُ
 (وَقَائِمًا مُسْتَقْبَلًا يَكُونُ)

في مسجِدِ الجَمْعِ اليمينُ بالقِضَا
 إِلَيْهِ لَيْلًا غَيْرُ مَنْ تَبْرُجُ
 مَنِ اسْتَحِقَّتْ عِنْدَهُ اليمينُ

باب اليمين وما يتعلّق بها

قوله: (وهذا الحد الخ) هذا كلام حق. قوله في النظم: (وقائماً مستقبلاً يكون الخ) في المختصر وبالقيام لا بالاستقبال، وفي ابن يونس قيل لمالك: أيحلف قائماً أو قاعداً؟ قال: قائماً أبين. وقال ابن القاسم: يحلف قائماً لا من علة، ثم قال: يحلفون في مداينهم جلوساً لا قياماً، ثم قال: وقال

يعني أن من وجبت له يمين في ربع دينار فأكثر فإن له أن يقتضيها في المسجد الجامع الذي تصلى فيه الجمعة، ويقضي على الذي توجهت عليه بذلك أحب أم كره، اللهم إلا إذا رضي صاحب الحق بأن يحلفه في غير الجامع فله ذلك، ثم إن كان رجلاً فلا إشكال، وإن كانت امرأة ممن تخرج نهراً فكالرجل، (وإن كانت لا تخرج) إلا بالليل خرجت ليلاً وحلفت في الجامع فيما له بال من المال، وفسره اللخمي بالدينار فأكثر، وإلى هذا أشار بالبيتين الأولين. (وظاهر قوله: وما له بال أن المرأة لا تخرج في ربع دينار) بل في أكثر كما تقدم عن

الأخوان يحلف الحالف قائماً مستقبلاً رجل كان أو امرأة في أقل من ربع دينار. وفي المعونة فصل: يحلف قائماً في كل الحقوق لأن ذلك أبلغ في الردع والزجر، فأما استقبال القبلة فقيل لا يحتاج إليه لأنه لما لم يغلظ بأن يحلف عندها لم يغلظ باستقبالها كسائر المواضع، وقيل يستقبل بالحلف القبلة لقوله ﷺ: «خير المجالس هو ما استقبل به القبلة» ولأن ذلك أردع الخ. وفي اللخمي مذهب ابن القاسم فيها عدم الاستقبال والخلاف في المسألة طويل وهذا كله في ربع دينار فأكثر، وأما أقل فالراجح يحلف مستقبلاً أو جالساً أو قائماً وإن اختير هذا أي الاستقبال حتى في أقل من ربع دينار وابن ناجي على المدونة قال: المشهور عدم الاستقبال. وقال ابن الفاكهاني: المذهب هو القيام لكن في المفيد يحلف قائماً مستقبلاً وبه الحكم، وقاله ابن سلمون وابن الناظم، ولذلك مرّ في التحفة على الاستقبال والمشهور خلافه، وعليه مرّ صاحب المختصر لكن ما به العمل يقدم على المشهور.

قوله: (وإن كانت لا تخرج الخ) هذا فيه تفصيل طويل وكلام حفيظ، انظر ذلك عند قول المختصر: وخرجت المخدرة الخ، ومذهب الأندلسيين أن بنت الملك كغيرها من النساء وفي ذلك خلاف قوي، ونصوا أنها إذا خرجت إنما تخرج لأقرب المساجد إليها وذلك ظاهر إن كان جامعاً، وحاصل ما ذكره عياض أنها إذا كانت لا تخرج ليلاً ولا نهراً فإنها تخرج وقيل لا تخرج، وهو الذي قاله غير واحد واستظهر، وهو الذي يظهر ترجيحه من كلام من ذكرناه في شرحنا، وهذا كبنت الملك التي لا تخرج أصلاً وهذا فيما طلبت به، وأما فيما تطلبه فتخرج. وقال أبو الحسن على قولها: ويبحث القاضي إليها أي المرأة من يحلفها، انظر هل أجرة المحلف عليها أو على من يحلفها أي من تحلف له؟ ونقله الباجي ولم يختر شيئاً من ذلك، وذكر أن المشهور كفاية واحد في التحليف. وفي ابن فرحون ما نصّه: تنبيه: قال ابن رشد: حكى في الطرر أن كل امرأة تخرج إلى الحمام وغيره بالنهار تحلف بالنهار وإن خرجت مستترة، قال: وعندي في خروج المرأة بالنهار إلى الجامع كشف لها ولحالتها وإن كانت تخرج بالنهار لأنها إذا خرجت للحلف عرفت أنها فلائنة بخلاف ما إذا خرجت لغير ذلك، وقد أخبرني بعض الفقهاء أنها وقعت بتونس وأنه وجد نص بذلك الخ وهذا منه لفظه. قوله: (وظاهر قوله: وما له بال أن المرأة لا تخرج في ربع دينار) هذا قول، والمشهور أن المعتبر هو ربع دينار، وفسر أبو الحسن ما له بال بربع دينار في بعض كلام المدونة، وكلام المدونة في محل آخر صريح، أو كالصريح أو ما له بال هو ربع دينار ولفظها حتى في ابن الناظم. وقال أبو الحسن ناقلاً عن غيره فسر أبو محمد ما له بال بربع دينار، وقال غيره: ما له بال المال الكثير، ورأى أن النساء خلاف الرجال فقد تخرج المرأة للجامع في ربع دينار، وفسر اللخمي المال الكثير بدينار فأكثر. وفي ابن فرحون ما نصّه: واختلف في القدر الذي تخرج المرأة إلى الجامع فيه فقيل كالرجل وقيل إلا في الكثير. ابن محرز: وهذا أشبه بظاهر الكتاب لمشقة خروج

للخمي . وفي التوضيح : ظاهر كلام ابن الحاجب أنها تخرج لربع دينار فصاعداً . المازري : وهو المشهور . ثم ذكر في البيت الثالث كيفية الحلف عند اقتضاء اليمين منه فذكر أنه يكون قائماً لا جالساً مستقبلاً للقابلة لا غير مستقبلها ، (وهذا أيضاً في اليمين التي في ربع دينار فأكثر) . قال الشارح : فالألف واللام في اليمين للعهد والمعهود اليمين المتقدم قريباً . قال الشارح : وإذا كانت اليمين على هذه الصفة في الحقوق المالية إذا بلغت النصاب فأحرى أن تكون كذلك في الحقوق البدنية لحل العصم وما أشبه ذلك . قال ابن القاسم : سمعت مالكا يقول : يحلف في المسجد الجامع إذا كان ذلك يبلغ ربع دينار فصاعداً ، وأما الشيء التافه فإنه يحلف في مقامه وحيث قضي عليه باليمين . قال مالك : ويحلفون قياماً . ومن المدونة : وكل شيء له بال فإنما يحلف فيه في جامع بلده في أعظم مواضعه ، وليس عليه أن يستقبل القبلة ولا يعرف مالك اليمين عند المنبر إلا منبر النبي ﷺ في ربع دينار فأكثر اهـ . من الشارح . زاد المواق ما نصه : (قال ابن وضاح) لسحنون : إن ابن عاصم كان يحلف الناس بالطلاق فمن أين أخذ هذا؟ قال : من قول

النساء للحلف هذا لفظه . وقوله : (وهذا أيضاً في اليمين التي في ربع دينار فأكثر الخ) هو صحيح ، وأما فيما دون ربع دينار فلا قيام ولا استقبال كما لا يحلف في الجامع ، لكن قال أبو الحسن : يحلف فيما له بال في الجامع نصّه مفهوم قوله فيما له بال أنه يحلف في غيره أي في أي مسجد من مساجد بلده وهو نص الجلاب . وقال الإخوان : يحلف في مكانه الذي قضي عليه فيه ، حكاه ابن يونس ، قلت : وبه العمل انتهى بلفظه . وما ذكره الجلاب كنا نحكم به إذا ادعاه من له اليمين وكانت الدعوى قريبة لأن العامة إذا لم يكن مسجد تقدم على اليمين كثيراً فافهم كلام الجلاب . قال ابن ناجي : تممه بعض المشايخ بقوله : فإن لم يكن عندهم مسجد حلف كما قال غيره : ولا يكلف بالانتقال إلى الجامع الخ . وفي مكان آخر عنده يحلف جالساً في مكانه ، وتقدم أن بعضهم اختار الاستقبال فيما دون ربع دينار وإن كان ظاهر المذهب خلافه ، ويأتي قول الناظم : وما يقل حيث كان يحلف فيه الخ . قوله : (قال ابن وضاح الخ) في نوازل الأفضية من المعيار ما نصّه : قال ابن وضاح قلت لسحنون : ابن عاصم كان عندنا يحلف الناس بالطلاق يغلظ عليهم بذلك فقال لي : من أين أخذه؟ قلت : من الحديث تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور ، فقال لي : مثل ابن عاصم كان يتأول مثل هذا اهـ . قال بعض الشيوخ : قوله مثل ابن عاصم كان يتأول مثل هذا هو كلام موجه يحتمل المدح والذم الخ . وقال ابن ناجي في مسألة ابن وضاح أثناء نقله نصّه فعرضته على سحنون فلم يرتضه أي لم يرتض قول ابن عاصم ، ومثل قول الناظم لما به عمل في فاس وحلف ابن سودة الشهود ، من اللفيف لفجور زيد الخ ، فإن ظاهره يشمل الحلف بالطلاق . قال كاتبه عفا الله تعالى عنه : التحليف بالطلاق لا يحل ولا يجوز أصلاً ، ومن مازج القضاء وله عقل سالم علم ولم يرتب في حرمة ذلك ، وذلك أن العامة إذا أتوا إلى القاضي يشهدون لفلان بكذا فقالوا : فلان فعل لفلان كذا مثلاً ، فإذا قال القاضي لأحدهم : احلف بالحرام مثلاً أو بالطلاق مثلاً أن شهادتك صحيحة فإنه يصعب عليه غاية ظهور كذبه بعدم حلفه ، ولا سيما إن كان عند نفسه أنه كبير شأنه فيقتحم الحلف بالطلاق ، وربما يكون هذا الطلاق هو آخر الثلاث ويصعب عليه مفارقة زوجته فيبقى معها على حرام وذلك هو الداهية العظمى ، ولا سيما إن حضر الناس مجلس القاضي فإنه يصعب ظهور الكذب على من يحلف ، فافهم هذا فقد جربنا هذا مراراً متعددة حتى ظهر ما أشرنا من مازج العامة وجد كثيراً

عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أفضية الخ. قال ابن أبي زيد: وكان سحنون لا يقبل الوكيل من المطلوب إلا إذا كان مريضاً أو امرأة ويقبله من الطالب فقيل له: أليس مالكاً كان يقبله منهما؟ فقال: قد قال عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أفضية الخ اهـ. على عدم وجوب الاستقبال كما في المدونة ذهب الشيخ خليل، والناظم ذهب على القول بالاستقبال لجريان العمل به وهو قول مطرف وابن الماجشون، وانظر ما تقدم من التحليف بالطلاق استناداً لقول عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أفضية الخ. فإن الذي يظهر أن المراد الأفضية المباحة التي يتحيل بها على دفع الظالم عن المظلوم، وسدّ أوجه الحيل التي يستعمل الألد الخصم مع كون ذلك على وجه جائز شرعاً لا على الوجه الذي لا يجوز شرعاً، فإن الحلف بالطلاق ممنوع أو مكروه لما ورد أن الطلاق والعناق من إيمان الفساق والعقوبة على المعصية بالمعصية تكثر لها وذلك لا يجوز فانظر ذلك، ولعله ذهب على الكراهة لمسيس الحاجة إلى ذلك ارتكاباً لأخف الضررين والله أعلم. وأما منع المطلوب من التوكيل فهو قول سحنون كما يصرح به الناظم في الوكالة: وجاز للمطلوب أن يوكل الخ. قال الشارح: وقوله في المدونة يحلف في الجامع في أعظم مواضعه هو ممّا يجب أن يلاحظ في الوقت لكون الواقع لأكثر موثقي الزمان أنهم يحلفون حيث تأتي لهم (ولا أعلم مستنداً) لهم في ذلك، والغالب على الظن أنه جهل بالفقه. وفي التهذيب: وتخرج المرأة فيما له بال من الحقوق فتحلف في المسجد فإن كانت ممن لا تخرج نهاراً فلتخرج ليلاً وتحلف في اليسير في بيتها إن لم تكن تخرج ويبعث القاضي إليها من يحلفها لصاحب الحق ويجزىء رجل واحد وأم الولد مثل الحرة فيمن تخرج أو لا تخرج، وتقدم أن من وجهه القاضي للتحليف فلا إعدار فيه ويجزىء الواحد.

فرع: من كلف فيما له بال أن يحلف في المسجد الأعظم عند المنبر وما أشبهه من المواضع فقال: أحلف في مكاني فهو كنكوله عن اليمين إن لم يحلف في مقطع الحقوق غرم ما ادعي عليه. قال ابن يونس: يريد بعد يمين المدعي في ذلك الموضع. قال مالك: من أبي أن يحلف عند المنبر فهو كالناكل عن اليمين. قال الشارح: يريد مالك عند منبر النبي ﷺ.

فرع: أفى الشيخ أبو الحسن الفقير في قوم لا جامع لهم أنهم يحلفون حيث هم ولا يجلبون إلى الجامع. (وأجاب التازغدري) أنهم يجلبون إلى المسجد الجامع على

منهم يحلفون بالطلاق أثناء إخبار بعضهم بعضاً تصديقاً لكلامهم وحكايتهم، فكيف هذا المحل الموصوف بما ذكرناه؟ قوله: (ولا أعلم مستنداً الخ) قال كاتبه: لعله رعاية للخلاف الذي يقول صاحبه: لا مزية لبعض المساجد على بعض، ففي طرر أبي إبراهيم عند قول التهذيب: ولا يعرف مالك الحلف عند المنبر ما نصّه: إشارة إلى أن الجامع كله سواء وهي رواية في المذهب هذا لفظه.

قوله: (وأجاب التازغدري الخ) هذا هو الحق، لا سيّما إن كثر المال وقربت الدعوى كثيراً، وكيف يدعي على بدوي مائة دينار ويحلف بمحله ولا يجلب إلى الجامع مع قربه؟ هذا لا تساعده القواعد ولا نقول به ولا نقّر من قال بغيره، بل يجلب على أكثر من مسافة الجمعة فيما يظهر، وأما على مسافة الجمعة فالجلب لا تشك في وجوبه أصلاً، وإن كان في كلام غير أبي الحسن ممّن قبله

مقدار مسافة الجمعة، صَحَّ من آخر السفر الخامس من المعيار.

(وهي وإن تَعَدَّدَتْ) فِي الْأَعْرَفِ عَلَى وِفَاقِ نِيَّةِ الْمُسْتَحْلِفِ

يعني أن اليمين الواجبة بالشرع هي التي يحكم بها على من توجهت عليه، لأن سياق الكلام في ذلك وإن تعددت أي تنوعت إلى يمين تهمة ويمين قضاء ويمين منكر ويمين كمال النصاب فإنها كلها على نية المستحلف أي الطالب للحلف وهو المحلوف له، فمن طلب دينه من غريمه فحلف الغريم أنه لا شيء عنده ونوى حاضراً مثلاً فإنه يحنث ولا تنفعه نيته. قال الشارح: وعبر الشيخ بالأعراف على قول أكثر أهل المذهب، وأما اليمين التي في غير وثيقة حق فإن كانت بالله فهي على نية الحالف، وإن كانت بغير الله من طلاق أو عتاق فهي على ثلاثة أقوال، قيل على نية الحالف، وقيل على نية المحلوف له، ثالثها إن تبرع بها فعلى نيته وإن طلبت منه فعلى نية المحلوف له. هذا حاصل ما عند ابن الحاجب. قال الشارح ما حاصله: إن إطلاق الناظم في كون اليمين على نية المستحلف صحيح لأن كلامه في اليمين التي تجري بين يدي الحكام وكلها على وثيقة حق، وما كان كذلك فهو على نية المستحلف والله أعلم.

وَمَا يَقْبَلُ حَيْثُ كَانَ يَخْلِفُ فِيهِ (وَبِاللَّهِ يَكُونُ الْحَلْفُ)

يشهد لكلام أبي الحسن، ولكن ذلك تضيع فيه أموال، فإن الناس لا يهابون اليمين إلا فيما يعظم من المواضع والمدار في الأيمان على ما يعظمه الحالف، ولا يقال من على مسافة الجمعة يحتج بأنه لا يلزمه أن يسير هذه المسافة لأنه يرد عليه أن من هو بطرف المصر وبينه وبين الجامع مثل هذا أنه لا يحلف فيه وليس كذلك مع أن كليهما تجب عليه الجمعة والمال الكثير كالقسامة، وقد قال ولد الناظم على قول والده في هذا الباب:

وما كمثل الدم واللعان فيه تحري الوقت والمكان

إن المال الكثير كهاتين المسألتين أي الدم واللعان الخ. وهو في ابن عرفة وغيره، وعليه فيحلف في المال الكثير كما يحلف في الدم الخ. وشارحا التحفة ذكرا ما رأيت في الجلب في الأموال وأطلقا، ولذا كان يجلب في القسامة مثلاً من مسيرة عشرة أيام أو أقل على الخلاف في ذلك، فيحلف في المال الكثير من مسافة الجمعة انحطاطاً لرتبة الأموال عن رتبة الدماء، والدماء والأموال تجب بعدلين فقد استويا في هذا.

وقول الناظم: (وهي وإن تعددت الخ) تقدم هذا في قول المختصر: أو استحلف مطلقاً في وثيقة حق. وحاصل ما لخصنا من كلامهم الذي يظهر رجحانه إن كانت على وثيقة حق فهي على نية المستحلف بكسر اللام كانت بالله أو بغير ذلك كالطلاق ونحوه، وعلى غير وثيقة حق فهي على نية الحالف في اليمين بالله وغيرها، وقيل في اليمين بالله تعالى فقط، وهذا الشارح نظم المسألة في تكملة المنهج وشرحها، غير أن كلامه في شرح التحفة ربما يقتضي أن الحلف بالعتق إذا وقع في وثيقة الحق أنها على نية الحالف، وليس ذلك هو الراجح بل الراجح على نية المحلوف له، وإنما قلنا كلامه في شرح التحفة يقتضي ما ذكر لقوله تبعاً لابن الناظم، لأن كلامه أي الناظم في اليمين التي تجري بين أيدي الحكام الخ، ولا يجري بين أيدي الحكام إلا اليمين بالله تعالى.

وقول الناظم: (وبالله يكون الحلف) حاصل ما ذكرناه في شرحنا ولخصناه أن اليمين هو قول

يعني أن الحق تتوجه بسببه اليمين إذا كان أقل من ربع دينار، فإن من توجهت عليه يحلف حيث كان في مسجد أو سوق أو غير ذلك، يعني وكيف كان أيضاً قائماً أو جالساً مستقبلاً أو غير مستقبل. قال ابن يونس: قال مطرف وابن الماجشون: يستحلف الرجال والنساء قائمين مستقبلين القبلة في ربع دينار فأكثر في المدينة عند منبره ﷺ وبغيرها في مسجدهم الأعظم حيث يعظمون منه عند منبرهم وتلقاه قبلتهم، فإن لم يبلغ الحق ربع دينار حلفوا جلوساً إن أحبوا أو يحلف الرجل في أقل من ربع دينار في مكانه الذي قضي عليه فيه والمرأة في بيتها لا تخرج في ذلك اهـ. والشاهد قوله: فإن لم يبلغ الحق ربع دينار الخ وإليه أشار بقوله: وما يقل حيث كان يحلف فيه. وأما قوله: وبالله يكون الحلف فهو بيان لكيفية اليمين كان الحق ربع دينار أو أقل، وفي تقديم اسم الجلالة في البيت إشارة إلى الحصر، وأن اليمين تكون بهذا اللفظ الذي هو اسم الجلالة لا بغيره مما تتعقد به اليمين في غير الحقوق الشرعية (كالقرآن والمصحف)، وأحرى مما لا تتعقد به كالنبي

الحالف بالله الذي لا إله إلا هو، أو والله الذي لا إله إلا هو، والمشهور عدم الزيادة على هذا، كانت اليمين في دم أو لعان أو غيرهما كما صرح به العبدوسي على المدونة وكذا غيره بل نص عليه الباجي، ولا فرق بين كافر ومسلم، ولا يكفي بالله فقط، أو والله فقط، أو قوله: والذي لا إله إلا هو على الراجح لعدم ذكر اسم الجلالة صراحة، ولو كان الحالف كافراً، وإنما يحلف الحالف بقول المختصر بالله الذي لا إله إلا هو، ومثل الباء الواو إذ كلاً منهما للقسم، ولذلك الحطاب استظهر أن تاء القسم كذلك، ولا يكفي بالرحمن الذي لا إله إلا هو، ولا الحلف بالطلاق أو العتاق، وما ذكره ابن سهل فإنما هو من باب إسقاط الإنسان حقه إن كان عالماً بالواجب فلا إشكال، وإلا فهو مفرط في السؤال، والمجوسي كغيره في هذا، والإغياض الذي في المختصر في الكتابي بيننا وجهه في الشرح، ومن ذكر في اللعان غير هذا فإنه لم يصب، واغتر بكلام المختصر في فصل اللعان لأنه لم يفهمه فافهم هذا ولا بد ولا بد فإننا أتعبتنا نفوسنا في هذا غاية.

قوله: (كالقرآن والمصحف) قال ابن فرحون في هذا ما نصّه: وأما التغليظ بالتحليف على المصحف فقال ابن العربي: هو بدعة لم يرو عن أحد من الصحابة وقد أجازها الشافعية الخ. وقال ابن عرفة ما نصّه: ولو زعم من وجب حلفه عجزه عن الخروج لمحل الحلف لمرضه ففي نوازل الشعبي أربعة أقوال: ابن بقي: إن أثبت ذلك بيينة حلف ببيته وإلا أخرج. ابن حارث: وإلا حلف لا يقدر على الخروج لا ركباً ولا راجلاً وخير المدعي في حلفه ببيته وتأخير له لصحته فإن نكل لزمه الخروج أو رد اليمين. ابن لباية: إن ثبت مرضه حلف ببيته بالمصحف وإلا حلف على عجزه وخير المدعي في الأمرين الخ وهذا منه بلفظه وهو في المتيطي قبيل حريم الآبار والمقصود منه ذكر ابن لباية التحليف على المصحف في الجملة، وقال فيما قاله ابن لباية في المعيار عن بعضهم ما نصّه: هو عندي حسن، وقد ذكر ابن ناجي على قول التهذيب في الجامع الأعظم ما نصّه: يريد ما لم تكن بلدة يعظم أهلها مسجداً من مساجدهم غير جامعهم فإنهم يحلفون به، وبه حكمت ببلد بلنسية لما وجدت ذلك بها، وكذلك الحكم به ببلد قفصة لما كان ذلك بها الخ. وهذا منه بلفظه: واحتجنا لهذا حين ولينا القضاء بالمدينة البيضاء فاس الجديدة وقد وجدنا جل أهلها يعظمون جامع الحجر، وكنت إذا رأيت الدعوى قريبة وطلب رب الحق التحليف بهذا المسجد مكنته من التحليف به بعد أن

والكعبة، وسواء كان الحالف مسلماً أو كتابياً أو غير كتابي. ابن الحاجب: واليمين في الحقوق كلها بالله الذي لا إله إلا هو فقط على المشهور. وروى ابن كنانة يزداد في ربع دينار، وفي القسامة اللعان عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم. التوضيح: ظاهره أنه لا بد من الاسم المعظم ووصفه بالذي لا إله إلا هو. المازري: والمعروف من المذهب المنصوص عند جميع المالكية أنه لا يكتفى بالله فقط وكذلك نص عليه أشهب وكذلك لو قال: والذي لا إله إلا هو ما أجزاءه حتى يجمع بينهما. وقال اللخمي: الذي يقتضيه قول مالك الإجزاء إذا اقتصر على أحدهما واختاره واستدل له بلزوم الكفارة في أحدهما بغير خلاف اه. واقتصار الناظم على اسم الجلالة كأنه على قول اللخمي والله أعلم أن اللخمي بحث معه ابن عرفة قال أثر تعليل اللخمي إجزاؤها بأنها يمين تكفر ما نصه، قلت: لا يلزم من أنها يمين تكفر أن تجزىء في الحقوق لاختصاص يمين الخصومة بالتغليظ اه. قال الشارح: وما قاله ابن عرفة واضح لا إشكال فيه فتأمل اه.

(فرع: من اشترى شيئاً) ووجهه فأنكر البائع البيع فشهد للمشتري بالشراء شاهد واحد فاليمين التي مع الشاهد على الموهوب له لا على المشتري، لأن من حجته أن يقول: لا أحلف ويتنفع غيري، قاله أبو الحسن الصغير في بعض فتاويه اه.

وَبَغْضُهُمْ يَزِيدُ لِلْيَهُودِي
مَنْزِلَ التَّوْرَةِ لِلسَّيِّدِ
كَمَا يَزِيدُ فِيهِ لِلسَّيِّدِ
عَلَى النَّصَارَى مَنْزِلَ الْإِنْجِيلِ
وَجُمْلَةَ الْكُفَّارِ يَحْلِفُونَ
أَيْمَانَهُمْ حَيْثُ يُعْظَمُونَ

يعني أن بعض أهل المذهب زاد في يمين اليهود بعد قوله بالله الذي لا إله إلا هو منزل التوراة على موسى، وفي يمين النصارى يزيد على قوله بالله الذي لا إله إلا هو منزل الإنجيل على عيسى، لقصد التشديد عليهم والتخويف وهو مراده بالثقل، (وهذا خلاف المشهور)، والمشهور أن لا يزيد ذلك وإنما يقول بالله الذي لا إله إلا هو فقط، ويكون

أعلمه أن الجامع الأعظم هو الذي تجب اليمين به، وإنما سقنا هذا تقوية للتحليف على المصحف لمن طلبه، إذ بمثل كلام ابن ناجي تعرف أن المدار في الأيمان هو المحل الذي يرهب به الحالف، فالمرأة التي لا تخرج للجامع تحلف على المصحف وكذلك المريض فأى ضرر عليهما في هذا، والمصحف يهابه المسلمون والحمد لله، وتعظيمه واجب من جهة كونه مشتقاً على كلامه تعالى وهو الحق المبين، وأما حلف الكافر ببيت النار والكنائس والبيع التي هي باطل محض إلا لأجل أنه يرهب ذلك ويأتي بعد هذا في إرهاب الحلف على أضرحة الصالحين وتحليف اليهود بالسفر، بل في البرزلي قبيل مسائل الضرر أثناء كلامه عن بعضهم ما نصه: وسمعت ابن لبابة يفتي أن العلية أي من النساء تحلف في بيتها في المصحف هذا لفظه.

قوله: (فرع: من اشترى شيئاً الخ) قف على الحلف في الهبة من جهات على شرحنا عند قول المتن في كتاب الهبات: أوجد فيه أو في تزكية شاهده الخ.

قوله: (وهذا خلاف المشهور الخ) صحيح.

حلفهم حيث يعظمون من كنائسهم ومواضع تعظيمهم. قال اللخمي في تبصرته: قال ابن شعبان: روى الواقدي عن مالك أنه قال: يحلف اليهودي بالله الذي لا إله إلا هو منزل التوراة على موسى، والنصارى بالله الذي لا إله إلا هو منزل الإنجيل على عيسى قال: ومن الكفار من لا يحلف بما يحلف به المسلم لأنه ينكر ما يقر به أهل التوحيد ويحتج بأن ليس عليه الخروج من دينه ليمين وجبت عليه فيحْتَاط عليه حتى يقول ما ليس يخرجُه عن الشهادة بالحق ولا يحلف بكفره. وقال محمد في مجوسية أسلم زوجها فلا عنت فقالت أقول والنار ولا أحلف بالله فقال لا تحلف إلا بالله، وأرى يمين اليهودي والنصراني على ما روى الواقدي حسناً لأنه إذا حلف بذلك حلف بحق وفيه تغليظ، وزاد في يمين اليهودي بالله الذي لا إله إلا هو لأنهم يوحدون، وفي يمين المجوسي بالله إن أطاع حسن من باب اليمين بالحق وذلك يؤدي إلى استخراج الحق منه، ويرهب باليمين بغير ذلك ممّا يعظمه من دينه، وذلك يؤدي إلى استخراج ما طلب منه، ولا فرق بين أن يرهب عليه بالموضع فيحلف في بيت ناره ويحلف الآخرون في كنائسهم ولا بين اليمين بما يعظمون اهـ. واستشكل الشارح هذا القول. المدونة: لا يحلف اليهودي والنصراني في حق أو لعان أو غيره إلا بالله ولا يزداد عليه الذي أنزل التوراة أو الإنجيل. ابن محرز: وظهرها أنهم لا يحلفون بالله الذي لا إله إلا هو. ابن شبلون: لأنهم لا يوحدون ولا يكلفون ما ليس من ديونهم وليس كذلك بل يحلفون اليمين على هذه الصورة ولا يكون ذلك منهم إيماناً ونص عليه متقدمو علمائنا، ويدل عليه استحلاف المجوس بالله وهم ينفون الصانع. عياض: فرق غير ابن شبلون بين اليهود فألزمهم ذلك لقولهم بالتوحيد وبين غيرهم. المدونة: يحلف اليهود والنصارى في كنائسهم وحيث يعظمون، ويحلف المجوس في بيت ناره وحيث يعظمون اهـ. (قال الشارح: وقد كان القاضي) أبو عبدالله بن مالك الأبيدي حفظه الله أيام استخلافه على قضاء الجماعة بالحضرة (يغلظ على من فهم منه اللدد) من اليهود ويطلب منه غريمه ذلك بالتوراة التي تسميها اليهود بالجلجلة فيأمر بذلك،

قوله: (قال الشارح: وقد كان القاضي الخ) هذا كلام ظاهر في نفسه. وقوله: (يغلظ على من فهم منه اللدد) حسن غاية لأننا وجدنا اليهود يهابون هذا السفر غاية ويهربون من الحلف عنده جهد قواهم، حتى أن الكنيسة عندهم الآن في حدود عشرين بعد مائة وألف لا عبّرة بها ولا يخافونها أصلاً بحسب ما استقرّ لنا وشاهدنا حين ولايتنا القضاء بالمدينة البيضاء فاس الجديدة آدمها الله تعالى للإسلام، وأخبرنا بذلك مع هذا كثير ممّن يوثق بكلامهم وتأملهم فحصل لنا اليقين بما ذكرناه، ولكن يجب أن يتنبه لأمر قد أغفله القضاة لما سمعوا أن الخصم يحلف فيما يخافه وذلك أردع له عن اليمين، وتقع الغفلة عن أمر آخر وهو صعوبة اليمين على الناس فيما يخافونه حتى اشتروا الخلطة في أصل اليمين فتردع من لا يخشى الله تعالى ولم يراقبه وكثر منه الدعاوى، وقد سمع أن العمل جرى بتحليف اليهود مثلاً في السفر، وأن الخلطة لا تشتترط في توجه اليمين على ما به العمل أيضاً، فعاد يلجئ المدعى عليه لليمين في المحل المشار إليه بمجرد دعواه سلفتك مثلاً فتضرر اليهود من ذلك فيأتي من لا مال عنده من المسلمين ولا يظن به أنه يسلف اليهودي المدعى عليه، والملعون يعتقد أن له في نفسه وجاهة عند الناس وأن تحليفه يمزق عرضه وإن كان ممزقاً عند الله وعباده، فيفر

وكثيراً ما كانوا ينكلون عن اليمين بها ويستخرج الحق من الباطل عند ذلك بعدما كان ظاهر العزم على اليمين دونها، ولعله أخذ من رأي اللخمي الإرهاب عليهم بما يعظمون بالقياس على بيت نار المجوسي.

وَمَا كَيْفَ نَبْلِ الدَّمِ وَاللَّعَانِ فِيهِ تَحَرِّيِ الْوَقْتِ وَالْمَكَانِ

يعني أن ما كان من الأيمان في الأمور العظام كمثل الدماء واللعان والمال العظيم فإنه تغلظ فيه اليمين بالزمان والمكان معاً فيزاد في التغليظ في هذه الأمور على ما بلغ ربع دينار اعتبار الزمان أيضاً. (قال ابن عرفة عن الباجي): وقد يغلظ بالزمان. روى ابن

الكلب من اليمين حيث ذكر غاية وتسقط عليه السماء فلا يمكنه إلا الصلح ويرضى المسلم بما يبذله له وإن قل ذلك يشعر بأن دعواه باطلة الخ، فالواجب في ذلك التحيل مع المجارة على كلام الفقهاء في توصيل كل ذي حق لحقه، وإبقاء من له حق بيده هو أن يجتهد القاضي وينظر لقرائن الأحوال، فإن ظهر منها قوة الدعوى على الذمي ولا مبعدها أصلاً مكن المسلم من التحليف على السفر إن طلبه، وإن كان يتبين للقاضي بعد الدعوى فليحلف له اليهودي بالكنيسة، ويحتج القاضي على المسلم بكلام الفقهاء المتقدمين إن التحليف في الكنيسة، ولا عبرة بالسفر وإن ذكره من ذكره هنا يحتاج القاضي إلى لبه وأسفاره والهرب إلى أسفاره بمثل هذا وأمثلة كثيرة عظم أمر القضاء وصعب على من يخشى الله تعالى، فإن الذمي وإن كان لعيناً طريداً فحقه لا يضيع شرعاً مع القدرة على تمكينه منه، وإذا كان الناس قالوا هذا في السفر الذي هو باطل فليسلك بالمسلمين هذا المسلك الذي في السفر في أضرحة الصالحين نفعنا الله ببركاتهم، بل ذلك أخرى من مسألة السفر، فإن الصالحين عظمهم الله سبحانه، فإن طلب صاحب حق التحليف في قبر صالح فإنه يمكن من ذلك على الوجه المذكور لا مطلقاً والله المعين، وإذا كان يغلظ بالحلف عند النار والسفر فكيف بالمصحف وأضرحة أولياء الله تعالى، فإن المسلمين يهابون ذلك غاية والحمد لله، والمصحف أخرى من هذا كله لأن اليمين تنعقد به وتجب الكفارة على الحلف به إن حنث، وقدمنا كلاماً في المصحف والمشاور قال: يحلف اليهودي في الكنيسة حتى في أقل من ربع دينار كما في ابن ناجي على المدونة الخ، وهذا القول حسن غاية في هذه الأزمنة لما ذكرناه من عدم اعتبارهم الكنيسة في الأيمان.

قوله: (قال ابن عرفة عن الباجي الخ) حاصل هذا أن الدم واللعان والمال الكثير يغلظ فيه بالزمان والمكان، أما المكان فظاهر وهو الجامع، وأما الزمان فهذا رواه ابن كنانة فيه ونقله عنه الباجي مع أن الباجي ترك ابن الناظم منه قول ابن حبيب أن هذا التغليظ إنما هو في الدم واللعان لا في المال الكثير فجعله مباحاً للدم واللعان، ولكن انظر هل هو الراجح أم لا؟ والظاهر أن الراجح خلافه. قال في المعونة ما نصّه: فصل: وأما التغليظ بالزمان فمستحب في الدماء وأن يكون الحلف بعد العصر، ثم استدلل لذلك ثم قال: ولأن أدبار الصلوات أوقات معظمة مشرفة يرتجى فيها إجابة الدعاء واختير وقت العصر لأنه وقت يجتمع فيه الناس الخ. وقال ابن ناجي: وظاهر كلامه أي صاحب المدونة أنه لا يعتبر في القسامة زمن معين وهو كذلك، وقيل بعد صلاة العصر يوم الجمعة ذكره ابن رشد ثم قال: وذكر ابن رشد أن العمل مضى عندهم بذلك أي بكونها بعد صلاة العصر من يوم الجمعة هذا لفظه، فقوله: وهو كذلك يدل على رجحان عدم اعتبار الزمان، نعم صاحب التلقين

كثانة في كتاب ابن سحنون يتحرى في أيمانهم في المال العظيم والدماء واللعان وقتاً يحضره الناس في المساجد ويجتمعون للصلاة وما سوى ذلك من مال وحق في كل حين اهد. والمقصود في البيت التغليظ بالزمان وأما بالمكان فليس إلا الجامع وقد تقدم والله أعلم.

وَهِيَ يَمِينُ تَهْمَةٍ أَوْ الْقَضَا أَوْ مُتَكَبِّرٍ أَوْ مَعَ شَاهِدٍ رَضَا

يعني أن الأيمان على أربعة أقسام: الأول: يمين التهمة وهي اللازمة في الدعوى غير المحققة وفي توجيهها خلاف يأتي. الثاني: يمين القضاء استحسناها الفقهاء احتياطاً على حفظ مال من لا يمكنه الدفع عن نفسه، إما في الحال كالغائب والصغير، أو في المال كالميت فهي لرد دعوى مقدرة لا حاصلة أي في مقابلة فرض دعوى الغريم البراءة من الحق، وكذلك يمين الاستحقاق الواجبة في غير الأصول فإنها في مقابلة فرض دعوى صيرورة المستحق للمستحق منه هبة أو ما في معناها من المستحق للمستحق منه، قال الشارح: أول فصل أنواع الشهادة. الثالث: يمين المنكر التي في مقابلة دعوى المدعي محققاً لدعواه. الرابع: يمين القائم بشهادة عدل واحد في حق مالي. قال الشارح: وفائدة تعداد هذه الأيمان أن يميز بعضها من بعض لما يلحقها من الأحكام مثل كونها تقلب أولاً أو تجب أو سوى ذلك من العوارض اللاحقة لها حسبما يتضح إن شاء الله، والأصل في يمين التهمة ويمين القضاء عندهم الاستحسان حسبما يأتي لابن رشد وغيره فيهما. ومن أصول الفتيا لابن حارث: كل من قضي له على غائب أو ميت أو طفل يحلف لم يقتض ولم يضع ولم يحل، وهذه اليمين تسمى يمين القضاء، والأصل في يمين المنكر قول النبي ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» والأصل في اليمين مع الشاهد قول النبي ﷺ: «إن جبريل أمرني بالقضاء باليمين مع الشاهد».

وَتُهْمَةٌ إِنْ قَوِيَتْ بِهَا تَجِبَ يَمِينُ مَثُومٍ وَلَيْسَتْ تَنْقَلِبُ

لما ذكر أقسام اليمين مجملة أراد الآن ذكرها مفصلة بذكر أحكام كل واحد منها فأخبر أن يمين التهمة تجب إن قويت التهمة ولا تجب مع ضعفها، وإذا وجبت فلا تنقلب على المدعي، لأن فرض المسألة أنه لم يحقق الدعوى على المدعي عليه فلا يكلف

اقتصر على قوله: وأما الزمان ففي الدماء واللعان بعد العصر هذا لفظه، لكن ما به العمل مقدم على المشهور، والعمل ذكره ابن رشد في الدم وما أحوج من شرح التحفة لنقل هذا العمل لأن صاحب التحفة إنما مقصده تبيين ما به العمل واللعان مثله كما لا يخفى، ولذلك قال في المختصر في اللعان وندب أثر صلاة، وقدما ما يدل للمصنف في ذلك، وأن اعتراض الحطاب ليس بصواب، وربما تكون الدماء كاللعان أو أخرى لعظمها فاكتفى في المختصر باللعان عنها، ويدل لذلك العمل الذي ذكرته ورأيتُه بعيني، مع أن التغليظ بالمكان الذي هو الجامع مثلاً فيه قول عندنا بأنه مندوب فقط، لكن ظاهر ما به العمل أنه على وجه الوجوب، وهو ظاهر ما نقلناه عن ابن كثانة أي روايته، وكلام المعونة والمختصر فيه صريح الندب، والأولى حمل العمل على الوجوب، ومن وقف على شرحنا وجد تحقيق هذه الأمور، ولكن في هذا الذي نقلناه كفاية للبيت وغنية للأريب.

بالحلف على ما لم يتحققه. فقد سئل ابن رشد عن يمين التهمة فقال: أما يمين التهمة وهي الدعوى التي لم تحقق على المدعى عليه فقد اختلف في لحوقها ابتداءً، واختلف إذا لحقت على القول بأنها تلحق هل ترجع أم لا؟ والظاهر في القياس أن لا تجب اليمين إلا بتحقيق الدعوى لقوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» وإيجابها استحساناً، والأظهر إذا وجبت على القول بأنها تجب أن يحق الحق على المدعى عليه بالنكول دون أن ترجع اليمين على المدعي إذ لا يكلف أن يحلف على ما لا يعرف. (والذي اختاره) في هذا أن تلحق يمين التهمة إذا قويت وتسقط إذا ضعفت ولا ترجع إذا لحقت. قال الشارح: معتمد الشيخ رحمه الله في هذا البيت هو ما اختاره ابن رشد في يمين التهمة.

وَلِلَّتِي بِهَا الْقَضَا وَجُوبٌ فِي حَقِّ مَنْ يُغَدِّمُ أَوْ يَغِيْبُ
وَلَا تَعَادُ هَذِهِ الْيَمِينَ بَغْدُ وَإِنْ مَرَّ عَلَيْهَا حِينُ
اشتمل البيت الأول على مسألة وهي بيان بعض من تجب في حقه يمين القضاء.

قوله: (والذي اختاره الخ) أما عدم انقلاب يمين التهمة فذلك هو المشهور كما في التوضيح ونص عليه ابن فرحون وغيره، وقد أشار في المختصر إلى عدم الانقلاب في مواضع كقوله في النكاح ولا ترد أي التهمة وفي آخر الشهادات وإن نكل في مال وحقه استحق به يمين إن حقق إلى غير ذلك، فقوله إن حقق مفهومه أنه إن لم يحقق فإن المتهم بنفس نكوله يغرم وهذا مسلم، وأما توجه اليمين فيها فظاهر كلام الفقهاء أن اليمين تجب في التهمة على من تليق به التهمة قويت التهمة أم لا، هذا ظاهر كلامهم مع قولهم المشهور والمعمول بها توجهها، وقال العبدوسي ما نصّه: التهمة على قسمين: تهمة تلحق في دعواها معرفة كالاتهام بالسرقه والغصب فهذه لا تلحق اليمين فيها جميع الناس، وتهمة لا تلحق فيها معرفة فهذه تلحق اليمين فيها جميع الناس برهم وفاجرهم، وعلى القول بإيجاب اليمين في التهمة وهو المشهور من المذهب وبه القضاء وعليه العمل استحسّن ابن رشد الخ ما ذكره هنا في شرح التحفة وهذا منه بلفظه من نوازل الأقضية، وقوله فهذه لا تلحق الخ هذه مثله في دعوى التحقق وهو قول المختصر صدر الغصب وأدب مميز كمدعيه على صالح أي من لا يليق به الغصب وبيناه في المحل المذكور، وابن سلمون اقتصر على كلام ابن رشد وقال في اختلاف الزوجين في المتاع، وفي يمين التهمة قولان مشهوران فانظره فإنني لم أقف على القول بعد اليمين أنه مشهور هنا إلا ما يفهمه قول المصنف وغيره فيدعي بمعلوم المحقق ولكن ذلك اعترض كما في ابن عرفة وغيره، غير أن الذي قال بتحقيق معلوم هو الذي قال لا يمين في التهمة، ولكن ذكرنا في الشرح كلاماً في توجيه الانقلاب وتفصيلاً في ذلك، وكذا ذكرنا كلاماً عند قول المتن فيدعي الخ، وفي المختصر في الوديعه ما نصّه: وحلف المتهم أي المودع عنده المتهم أن الوديعه تلفت لا في الرد فإنه يحلف متهماً كان أو غيره كما بيناه في محله، واقتصر في النكت على عدم قلب هذه اليمين التي هي مضمون قول المختصر وحلف المتهم، وعلى توجه اليمين في يمين التهمة ممن تليق به اقتصر ابن سهل في أحكامه الكبرى وكذا غيره، وفي نوازل المعيار عن ابن رشد أن يمين التهمة لا تتوجه اتفاقاً الخ وهذا حسن، وقول ابن رشد: إذا قويت التهمة وجبت اليمين تكلمنا عليه في الشرح

والثاني على مسألة أخرى وهي إذا حلف يمين القضاء من وجبت عليه ثم تأخر اقتضاؤه للدين فهل تعاد أم لا؟ فأما المسألة الأولى: فاعلم أن الفقهاء أوجبوا يمين القضاء على طالب من مات وهو مراده بمن يعدم أو غاب احتياطاً على أموال هذين الصنفين لكونهما في الحال لا يدفعان عن أنفسهما لامتناع ذلك منهما إما مطلقاً كالميت أو مع إمكان ذلك منه في المستقبل كالغائب (وشبهه). فقدر الفقهاء على فرض حضورهما أنه لو ادعى كل واحد منهما أنه قضى غريمه ولا بينة له فإن اليمين تجب له على غريمه الطالب فكذلك ههنا. وأما المسألة الثانية وهي إذا حلف هذه اليمين من وجبت عليه فإنه لا تتوجه عليه ثانية ولا يطالب بإعادتها وإن مرَّ على ذلك حين وزمان ما لم يحدث ما يوجبها من اعتراض الشك في باقي الحق مثل ما عرض أولاً فإنها تجب ثانياً، ويتصور ذلك بعودة الغائب من مغيبه وإقامته مدة بعد حلف طالبه معه في موضع الحكم ثم تعرض له غيبة ثانية فإن يمين القضاء تجب هنا لتجدد ما يوجبها من الشك في بقاء الدين. قال ابن عرفة: وشرط الحكم على الغائب بقضاء دين عليه مع قيام البينة عليه يمينه على بقاء دينه إلى حين الحكم له بذلك. قال ابن رشد في نوازل: هذه اليمين لا نص على وجوبها لعدم الدعوى بما يوجبها إلا أن أهل العلم رأوها على سبيل الاستحسان احتياطاً للغائب وحفظاً على ماله للشك في بقاء الدين عليه أو سقوطه عنه. وفي الوثائق المجموعة: يحلف بحيث يجب الحلف قائماً مستقبلاً القبلة بالله الذي لا إله إلا هو ما قبضت من فلان الغائب شيئاً من الدين الذي ثبت لي عليه عند فلان ابن فلان صاحب أحكام كذا ولا قبضت عنه شيئاً ولا استحلت على أحد ولا أحلت به أحداً ولا وهبته له ولا شيئاً منه ولا قدمت أحداً يقتضيه منه وأنه لباق عليه إلى يميني هذه.

وأما الميت (والصبي والمجنون) ما دام كل واحد منهم بصفته فإنهم لا يقضى عليهم بالديون إلا بعد استحلاف الطالب لهم لكون الميت يستحيل أن يدعى قضاء الدين، وكذا الصبي والمجنون ما دام كل واحد منهما بصفته. صحَّ من الشارح. ثم نقل عن ابن رشد أنه لو حلف الطالب هذه اليمين وتأخر اقتضاؤه مدة طويلة لجميع مال الغائب وبيع عقاره لاحتمال سقوط الدين فتعاد اليمين كما لو كان المدين حاضر أو ادعى ذلك على الطالب فأحلفه ثم تأخر تنفيذ القضاء لطول بيع ربه ثم ادعى الطالب مثل ذلك فإنه يحلفه ثانياً، إلى أن قال عن ابن رشد: والصواب أن لا تعاد عليه اليمين. ثم قال ابن رشد: ولا يشبه هذا إذا كان حاضراً فادعى أنه قضاه بعد ذلك أو وهبه إياه لأن اليمين عليه واجبة بنص قوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» بخلاف اليمين للغائب فلا نص على

كثيراً عند قول المتن: وحلف المتهم قف عليه إن شئت. قوله: (وشبهه) هو الصغير والسفيه وحاصله المحجور ودليله ما يأتي في باب القضاء عند هذا الشارح.

قوله: (والصبي والمجنون الخ) هذا في ابن الناظم أيضاً وذلك أنهما يمكن أن يكون قضى دينهما كان القضاء منهما أو من غيرهما فلذلك يحلف من له الدين، وما بقي من كلام هذا الشارح هو في ابن الناظم وزيادات كثيرة.

وجوبها اهـ. وإلى قول ابن رشد أنه لو حلف الطالب هذه اليمين الخ أشار الناظم بقوله: ولا تعاد هذه اليمين البيت، ثم نقل الشارح عن ابن رشد ما نصه: ولو تأخر القضاء بعد يمينه إلى أن جاء الغائب فأقام معه مدة ثم غاب لوجب أن لا يقضي حقّه حتى يحلف ثانية لأن الشك هنا حاصل كما كان أول مرة، والدين المنجم لا يجب عليه أن يحلف على كل نجم إلا أن يقدم الغائب في خلاله أو تبعد النجوم بحيث يمكن أنه بعد قبضه النجم الأول مضى فاقضى النجم الثاني أو وكل من اقتضاه، ولا خلاف في عدم حلفه ثانية إذا حلف مع شاهد له بحق، وذكره ابن عات وقال السائل له عياض. قال ابن عات: وهذا يقتضي أن اليمين تكون قبل بيع ربع الغائب. قال الشارح: وقد كنت نظرت في مسألة توجه اليمين بالظن وهي يمين التهمة ومسألة توجه يمين القضاء نظراً اقتضى أن قيدت في المسألتين ما نصّه انظره فيه إن شئت، ولو أراد الناظم التبيه على مسألة ابن رشد ولو تأخر القضاء بعد يمينه إلى أن جاء الغائب الخ لزد بعد قوله: ولا تعاد هذه اليمين البيت فقال مثلاً:

إلا إذا ما حدث الشك الذي أوجبها من أول فلتحتذي
ويكون الاستثناء راجعاً لقوله: ولا تعاد الخ.

ولليمين أيما إعمالٍ فيما يكون من دعاوى المال
إلا بما عدّ من التبرّع ما لم يكن في الحال عند المدعي
وفي الإقالة ابن عتاب يرى وجوبها بشبهة معتبرا
وهذه اليمين حيث توجب يسوغ قلبها وما إن تقلب

هذا هو القسم الثالث من أقسام اليمين وهي يمين المنكر، فأخبر أن هذه اليمين لها عمل وأثر في دعاوى المال ممّا يقتضي عمارة ذمّة برية أو براءة ذمّة معمورة، فتتوجه اليمين على المطلوب في الوجه الأول وعلى الطالب في الثاني، وإلى هذا أشار بالبيت الأول، ثم استثنى من دعوى المال دعوى التبرّع وأنها لا توجب يميناً وذلك أن يدعي الإنسان على غيره أنه وهبه شيئاً أو تصدق به عليه أو نكر مالك ذلك الشيء أن يكون وهب أو تصدق فلا يمين على المدعي عليه في ذلك (على المشهور). وعلى ذلك نبّه بقوله: إلا بما عدّ من التبرّع فهو مخرج من قوله: ولليمين أيما إعمال البيت. واحتترز بالتبرّع من المعاوضة فإنها توجب اليمين. ثم أخرج من دعوى التبرّع التي توجب اليمين سورة واحدة وهي ما إذا كان الشيء المدعى هبته أو صدقته تحت يد المدعي في وقت الدعوى فإن اليمين تجب على مالكة أنه ما وهبه ولا تصدق به، وعلى ذلك نبّه بقوله: ما لم يكن في الحال عند المدعي، فاسم يكن يعود على الشيء المدعى هبته أو صدقته في الحال أي حال الدعوى، والمدعي هو الموهوب له بزعمه. ولما دخل في دعوى التبرّع

التي لا توجب اليمين دعوى الإقالة وكان ابن عتاب يرى وجوب اليمين فيها لشبهة ما نبّه على ذلك بقوله: وفي الإقالة البيت، ثم نبّه على أن هذه اليمين أي يمين الإنكار حيث تتوجه يجوز قلبها تارة وذلك حيث تكون الدعوى محققة وتارة لا يجوز قلبها وذلك إذا كانت غير محققة، وتوجب بفتح الجيم مضارع أوجب مبني للنائب و«إن» بعد «ما» زائدة. ابن عرفة: الباجي في ترجمة ما يجوز من العطية من ادعى على رجل هبة معينة ظاهر المذهب أن لا يمين على المدعى عليه. وقال ابن الجلاب: عليه اليمين وإن نكل حلف المدعي وأخذها، وأما إن كان في الذمة كمن عليه دين فيدعي على ربه أنه وهبه له فالظاهر أن عليه اليمين، ويحتمل أن يقسم قسمة أخرى إن كانت الهبة بغير يد الموهوب له فلا يمين على الواهب، وإن كانت تحت يد الموهوب له فعليه اليمين كانت معينة أو في الذمة، ويصحح هذا التقسيم أن من استحق عرضاً بيد رجل لم يحكم له حتى يحلف أنه ما باع ولا وهب.

قال الشارح: أقول: معتمد الشيخ رحمه الله استثناء التبرّع من الدعاوى المالية إلا أن يكون بيد المدعي هو (مقتضى ما ذكره الباجي) رحمه الله أنه يحتمل أن يقسم قسمة أخرى. وفي طرر ابن عات: سئل ابن رشد عن دعوى الإقالة ونحوها فقال: ما هي من دعوى المعروف وكان بين شيوخنا اختلاف في ذلك، ثم نقل عن بعض الشيوخ أن الشيء المدعى فيه إن كان بيد المدعي (أو كان له به تشبث) وجبت له اليمين في ذلك على

قوله: (مقتضى ما ذكره الباجي الخ) الذي وقفنا عليه من كلام الباجي هو قوله ما نصّه: إذا شهد واحد لزيد بأن عمراً أعطاه كذا فإن زيداً يحلف مع شاهده ويأخذه فإن نكل حلف عمرو فإن نكل أذى وإن لم يكن شاهد فلا شيء لزيد عليه، وهذا ما لم يدع زيد على عمرو أنه أبراه من دين في ذمته أي من دين لعمرو في ذمة زيد فإن زيداً لا يلزمه أن يدفعه إلا بعد حلف عمرو أنه لم يبرئه منه، وكذا ما هو من مال عمرو فإنه إذا ادعى زيد أن عمراً وهبه ذلك فإن عمراً يحلف أيضاً أنه لم يهبه له لأن عمراً يريد إخراج ما في حوزة في الأمرين أصله حلف المستحق لشيء من يد غيره الخ. وابن عرفة قال ما نصّه: وفي إيجاب دعوى هبة معين يمين الواهب قول الجلاب، ونقل الباجي عن ظاهر المذهب قائلاً: دعوى المدين هبة رب الدين دينه يوجب يمينه اتفاقاً. ابن عرفة: وكذا هبة ما بيده من معين اه. قال الرعيني في كتاب الدعوى والإنكار ما نصّه: ومن ادعى على أحد من الناس هبة لله أو صدقة أو عطية أو نحلة أو عارية إلى أجل أو سكنى أو عمرى أو حبساً أو إخدام عبد أو وصية وكان ذلك بيد المدعى عليه وعجز المدعي عن إثبات البيّنة على دعواه فلا يمين على المدعى عليه إذا أنكر، وإن كانا أخوين أو خليطين بأي خلطة كانت، وإن كانت هذه الأشياء بيد المدعي بما ذكرنا وقام صاحبها يريد أخذها فادعى عليه المدعي بما ذكرنا وأنكر المدعى عليه ذلك حلف وأخذ متاعه استحساناً، والقياس أنه أولى بمتاعه بلا يمين اه. بلفظه. وهذا التفصيل هو الذي في التحفة وهو الذي في المذهب، وخلاف ابن الجلاب الذي يقابله نقل الباجي إنما هو في معين هو بيد المدعي وفي غير الدين تأمل ما قدمناه وانظر هذا صدر الهبة عند قول المتن، أوجد فيه الخ. قوله: (أو كان له به تشبث) أي تعلق وكأنه عنى بهذا الدين والله أعلم بدليل ما عند غيره.

المدعى عليه، وإن لم يكن بيده ولا له به تشبث لم تجب عليه في ذلك اليمين، وهو تفصيل حسن له وجه من النظر، ثم قال: وكان ابن عتاب رحمه الله يقول: لا تجب اليمين لمدعي الإقالة على المدعى عليه فيها إلا أن يأتي بشبهة تقوي بها دعواه، وكذلك كان صاحبه ابن القطان يفتي أن لا يمين في ذلك إلا بشبهة اهـ. باختصار. وإلى قول ابن عتاب وابن القطان إلا أن يأتي بشبهة أشار المؤلف بقوله لشبهة معتبراً.

وَمُثِبَّتْ لِنَفْسِهِ وَمَنْ نَفَى عَنْهَا عَلَى الْبَتَاتِ يُبَدِي الْحَلْفَا
وَمُثِبَّتْ لغيره ذَلِكَ اُكْتَفَى وَإِنْ نَفَى فَالنَّفْيُ لِلْعِلْمِ كَفَى

يعني أن الحالف لا يخلو إما أن يحلف عن نفسه أو عن غيره، وفي كل من الوجهين إما أن يثبت بيمينه شيئاً أو ينفيه فالأقسام أربعة، فإن حلف عن نفسه فإنما يحلف على البتات سواء أثبت كما إذا قام له شاهد بحق فإنه يحلف مع شاهد ويستحق ويكون حلفه على البت أن له ذلك في ذمة المدعى عليه، أو نفي كما إذا كان له دين على غائب أو ميت بيينة فإنه لا يقتضيه حتى يحلف يمين القضاء أنه ما قبض منه شيئاً، وإن حلف عن غيره فإن أثبت فيحلف على البت أيضاً كمن قام له شاهد بدين لأبيه الميت فيحلف مع الشاهد على البت أن لأبيه قبل المدعى عليه ذلك الدين، وإن نفى فلا يحلف على البت بحيث يجزم بنفي ما نفى وإنما يحلف على نفي العلم، كما إذا كان لأبيه الميت دين على ميت أو غائب فيحلف يمين القضاء عن أبيه على أنه (لا يعلم) أن أباه اقتضى ذلك الدين ولا شيئاً منه فيمينه في هذه الصورة على نفي العلم لا على البت. قال الشارح: (وظاهر سياقه) أنه لابن يونس ما نصه: قال مالك: يحلف في دين لأبيه الميت على البت ولو أقام شاهدين على علمه أنه ما علم أباه أنه قبض ذلك الدين. قال ابن كنانة: ويحلف الكبار مع شاهد والدهم على البت في الدين ولا يعلمون أنه قبض منه شيئاً ولا قبضه قابض فتصير أول اليمينين على البت والثانية على العلم. وفي العتبية من سماع ابن القاسم: وسئل مالك عن الذي يأتي بشاهد واحد في حق لأبيه كيف يحلف أعلى البت أو على العلم؟ قال: على البتات أنه حق، ولكن إن جاء بشاهدين أحلف بالله أنه ما علم أباه اقتضاه ويحلف مع الشاهد على الحق بالبتات ومع الشاهدين على العلم. قال الشارح: ما في العتبية أنها يمين واحدة ولا خفاء أنهما يمينان أحدهما على البت مع الشاهد الواحد والثانيهما على العلم سواء كانت مع الشاهد واليمين أو مع الشاهدين حسبما تقدم لابن كنانة اهـ. ونقل قبل هذا ما حاصله: (أن الصغير إذا شهد له عدل واحد) بحقه أن المطلوب يحلف ويبقى الشيء بيده ويسجل له بذلك سجلاً ليحلف إذا بلغ ثم قال قيل: وكيف يحلف الصبي على ما لا يعلم؟ قال: (لا يحلف حتى يعلم بالخبر الذي

قوله: (لا يعلم الخ) هذا هو قول المختصر، وإن ادعت قضاء على ميت لم يحلف إلا من يظن به العلم من ورثته الخ أي على العلم كما في شروحه. قوله: (وظاهر سياقه الخ) كأنه لم يقف على ديوان ابن يونس وإلا فالكلام في ديوان ابن يونس وقد نقلناه بلفظه في شرحنا. قوله: (لا يحلف حتى يعلم بالخبر الذي يتيقن به الخ) هذا في ابن الناظم، وظاهر هذا أو صريحه أنه لا يعتمد

يتيقن به) فله أن يحلف بذلك ويحلف على البت أن هذا الحق لحق اهـ. قوله: ومثبت في الموضوعين هو صفة لمحذوف أي حالف مثبت وذلك إشارة للبتات، وقوله: وإن نفى أي عن غيره.

وَالْبَالِغُ السَّفِيهَ بَانَ حَقُّهُ يَخْلِفُ مَعَ عَدْلٍ وَيَسْتَحِقُّهُ

هذا هو القسم الرابع من أقسام اليمين وهو اليمين مع الشاهد لكمال النصاب، يعني أن السفية البالغ إذا بان حقه بشهادة عدل واحد فإنه يحلف مع شاهده ويستحق حقه. قال في العتبية من سماع أصبغ، قال: سمعت ابن القاسم يقول في الذي يأتي بشاهد واحد على حقه وهو كبير سفية مولى عليه قد احتلم أنه يحلف مع شاهده وإن كان سفياً وليس هذا مثل الصبي ههنا، فإن أبي أن يحلف حلف الآخر وبريء ولم يستأن به كما يستأني بالصغير وقاله أصبغ كله ثم قال: وإن نكل السفية عن اليمين في الموضوع الذي يحلف فيه معه حلف المطلوب وبريء (ولم يكن للسفية إذا رشد أن يحلف) كالكبير المالك أمر نفسه اهـ.

وَتُرْجَأُ الْيَمِينُ حُقَّتْ لِلْقَضَا لِيَغْيِرَ بِالِغِ وَحَقُّهُ اقْتَضَى

يعني أن الصغير الذي لم يبلغ إذا كان له حق على ميت أو غائب ونحوهما ممن لا يقتضي منه إلا بعد يمين القضاء فإنه يقتضي حقه الواجب له الآن وترجى اليمين الواجبة عليه إلى بلوغه، فإن حلف بقي حقه بيده وتم له الحكم به، وإن نكل عنها رد الحق إلى من أخذ منه. وقال في الوثائق المجموعة: ومعنى ترجأ تؤخر وحقه مفعول اقتضى تحصيل.

على الظن، وقد قال في المختصر: واعتمد إثبات على ظن قوي، وحاصل ما لخصناه من كلام الناس أنه يقول في يمينه مع الشاهد أن ما شهد به شاهدي لحق جازماً بذلك، ولا يقول أظن ذلك أو أنا ظان، وأما ما يعتمد عليه في هذا البت فقليل لا يعتمد إلا على اليقين وقيل على الظن، والأول هو الذي يظهر رجحانه، وعليه الباجي قائلًا: هو المعلوم من مذهب مالك وهو قوله وهو الصحيح، بل وعليه العمل على ما تأولناه من كلامهم. وقول المختصر ظن قوي هذا النعت بالقوة ليس في كلامهم إنما هو للغزالي، ولكن قف على الشرح يظهر لك حقيقة ما لخصناه والعلم عند الله، ولكن من تأمل ما كتبناه على قول المتن واعتمد البات على ظن قوي وما كتبناه في الحاشية على قول المتن وغموس بأن ظن أو شك مطلع علم كثير والله المعين. قوله: (أن الصغير إذا شهد له عدل واحد الخ) هذا قول المختصر وحلف عبده وسفيه مع شاهد لا صبي الخ وبيّناه والحمد لله غاية البيان، وسيأتي بيانه في النظم قريباً هنا.

قوله: (ولم يكن للسفية إذا رشد أن يحلف الخ) هذا قول ابن القاسم وأصبغ، وقول مطرف وابن كنانة وابن دينار أن نكوله لا يسقط حقه، وفي ذلك اضطراب كثير وترجيحات، وذكرنا ذلك كله عند قول المختصر: وحلف عبد وسفيه الخ، ولخصنا أن الراجع هو عدم سقوط حقه بنكوله وهو الذي تدل عليه القواعد وبيّنا ذلك فعليك به إن رمت التحقيق وما تنجو به مع الله تعالى، وهذا

(اعلم أن أقسام اليمين) أربعة كما تقدم، والذي تتوجه عليه ثلاثة: إما رشيد أو سفية

فرع كثير الوقوع، فعليك بمعرفته مع كونه بسيطاً في نفسه، وادع لمن أتعب النفس في ذلك.

قوله: (اعلم أن أقسام اليمين الخ) اعلم أن الذي لخصناه في شرحنا عند قول المختصر: وحلف عبد وسفيه الخ ما نصّه: الصبي لا يحلف مطلقاً أي في حين صباه والسفيه مولى عليه أو لا يحلف مع شاهده وفي اليمين المقلوبة عليه كدعواه على رشيد بشيء فأنكر الرشيد فإنه يحلف على ما قال ابن سهل فيه هو الصحيح خلافاً لابن الهندي ويحلف يمين الاستحقاق لأن ذلك بمنزلة قيام الشاهد ويمين القضاء تؤخر لرشده، وما ذكر في الوثائق المجموعة من حلفه يمين القضاء فإن نكل أخرت لرشده ظاهره غاية لا سيما وقد شهر حلفه اليمين القضاء، لكن الراجع والذي به العمل هو تأخيرها لرشده في هذا، قف على دليله في المحل المذكور من كلام أهل المذهب فقول هذا الشارح: أقسام اليمين أربعة ترك اليمين المقلوبة وترك يمين الاستحقاق ولم يذكرهما صراحة، والسفيه تحلف في ادعاء الوطاء على ما في التحفة ولا تحلف الصغيرة، وفي المختصر وحلفت هي أو أبواها إن كانت سفية، وقال أيضاً: وصدقت في خلوة الاهتداء أي مع يمينها كما في شروحه، وفي التحفة والبكر مع شاهدها تحلف، وفي ادعاء الوطاء أيضاً تحلف وهو خلاف ما في المختصر باعتبار السفية، وإذا حلف الأب مع السفية فأحرى الصغيرة، ووجه ما في المختصر أنه لا يحلف إلا من يكون قراره لازماً له والسفيه ليست كذلك، وما في التحفة هو في ابن سهل وابن محرز، غير أن ما في المختصر ادعى على الزوجة أنها وجدت ثيباً، وما في التحفة ادعت أنها وطئت، وقال أيضاً في المختصر في الاختلاف في الصداق: ولا كلام لسفيهة ولكن قف على ما في الشرح عند قول المتن وصدقت في خلوة الاهتداء في فصل الصداق، وعند قوله: وأجل المعترض، وعند قوله: أو بكارتها، وعند قوله: أو الثيبوبة في فصل الخيار بين الزوجين، وما ذكره الحطاب في الصغيرة مما يؤذن بحلفها فذلك لا يظهر أصلاً، وخلوة الاهتداء شاهد عرفي كما هو في التحفة وغيرها، والسفيه يحلف مع الشاهد الحقيقي، فيظهر حلف السفية في دعوى الوطاء كما في التحفة بخلاف الصغيرة فإن الصغير لا يحلف مع الشاهد على المذهب، وعلى ما لخصناه من كلام الناس كان من حق الناظم أن يزيد بعد قوله المتقدم وهي يمين تهمة أو القضاء أو منكرأ، ومع شاهد رضي ما نصّه:

وكلها يحلفها الرشيد	عكس صبي بدءاً يا مجيد
ثم سفيةاً حلفوا فيما قلب	أو مع شاهد بلا قيد طلب
ومثل ذا استحقاق غير ربع	فافهم وكن لقولهم ذا سمع
وأخرنه في يمين للقضا	ورشده في أرجح به رضى

وقولنا بلا قيد طلب أي لا فرق في الشاهد بين أن يكون عرفياً أو حقيقياً، فافهم هذه الفائدة وادع لمن قرب الله تعالى. وقولنا بدءاً أي في حين صباه إذ لا حلف للصبي مطلقاً ذكراً كان أو أنثى، ولعل الناظم ومن تبعه لم يذكروا يمين الاستحقاق واليمين المقلوبة لأن يمين الاستحقاق تدخل في يمين القضاء كما في تفسير بعضهم لأنه يقول: ما بعث الخ. ويمين القضاء يقول فيها: ما قبضت الخ. واليمين المقلوبة شبه اليمين مع الشاهد، لأن النكول قيل إقرار، وقيل هو بمنزلة الشاهد، فلا

بالغ أو صغير، فالأقسام اثنا عشر من ضرب أربعة عدة أقسام اليمين في ثلاثة ممن تتوجه عليه، فالرشيد يحلف الأقسام الأربعة، والصبي لا يحلف إلا واحداً منها على المشهور، وأما يمين الإنكار والتهمة فلا إشكال، وأما يمين القضاء فذكر في هذا البيت أنها تؤخر إلى بلوغه، وأما يمين كمال النصاب فيأتي للنظام بعد هذا البيت حكم ما إذا شهد له عدل واحد، وأما السفیه البالغ فيحلف مع الشاهد كما ذكر في البيت قبل هذا، وفي حلفه الآن يمين القضاء وتأخيرها لخروجه من الولاية قولان. قال المتيطي في المرأة المولى عليها تقوم بكالتها المشهور أنها هي التي تحلف، وأفتى ابن عتاب أنها ترجى عليها اليمين حتى تخرج من الولاية، ولا يحلف يمين الإنكار ولا يمين التهمة لأنه لو أقر لم يلزمه ما أقر به، والقاعدة أن اليمين إنما تتوجه في الدعوى التي لو أقر المدعى عليه بها انتفع المدعي وهذه لا ينتفع بها فلا توجب يميناً والله أعلم.

وَحَيْثُ عَدَلَ لِلصَّغِيرِ شَهِدًا بِحَقِّهِ وَخَضَمَهُ قَدْ جَحَدًا
يَخْلِفُ مُنْكَرٌ وَحَقٌّ وَقَفَا إِلَى مَصِيرِ خَضَمِهِ مُكَلَّفًا
وَحَيْثُ يُبْدِي الْمُنْكَرُ التُّكُولًا بُلُغَ مَخْجُورٍ بِهِ الْمَأْمُولًا

يعني أن الصغير إذا قام له شاهد بحق والمشهود عليه منكر فإن المشهود عليه يحلف أن لا حق للصغير عنده، فإن نكل اقتضى الصغير حقه في الحال دون يمين ولا يحلف إذا كبر، وإن حلف بقي الشيء بيده إلى أن يبلغ الصغير ويكتب القاضي له بذلك عقداً بما صحّ عنده من شهادة الشاهد، فإن بلغ وحلف أخذ شيئه، وإن نكل فلا شيء له. قال ابن يونس: ومن كتاب ابن المواز: وإذا قام للميت شاهد بدين ووارثه صغير حلف المطلوب، فإن حلف ترك حتى يكبر الصبي فيحلف ويستحق، وإن نكل أي بعد بلوغه لم يحلف المطلوب ثانية، وإن نكل المطلوب أولاً غرم ويكتب القاضي بذلك قضيته ويشهد على ما ثبت عنده من شهادة الشاهد لينفذه من بعده إن مات الشاهد، وإن شاركه وارث كبير حلف الكبير واستحق قدر حصته وأحلف المطلوب، فإن نكل عجل حق الطفل إن كان حالاً، ثم لا يمين على الصغير بعد كبره كحكم نفذ. ثم نقل الشارح عن ابن رشد خلافاً في توقيف الحق فقال: فعلى قول أصبغ هذا لا يجب توقيف الدين، وقد قيل إنه إذا حلف الذي عليه الحق أخذ منه الدين فيوقف حتى يكبر الصغير فيحلف ويأخذه. (ومعنى ذلك إذا لم يكن غنياً) وخيف العدم وهو في القياس صحيح، إذ لو كان المدعى فيه شيئاً

يحلف معه على الأول بخلاف الثاني، وبيننا هذا غاية عند قول المتن آخر الشهادات: وإن نكل في مال وحقه الخ، لكن يمين الاستحقاق تخالف يمين القضاء باعتبار السفیه كما رأيت، فالحق هو التمييز، وعلى ما في الوثائق المجموعة يصير السفیه كالرشيد في هذه الأيمان، وفي الشرح للمحل المذكور مسائل حسان تناسب، فف عليها إن شئت من حلف العبد أو سيده في أمور والبكر في الافتضاض وغير ذلك.

قوله: (ومعنى ذلك إذا لم يكن غنياً الخ) صاحب المختصر قال في الصبي الذي قام له

بعينه لوجب توقيفه أو بيعه وتوقيف ثمنه إن خشي عليه على ما يأتي لابن القاسم في سماع محمد بن غالب إذا وقف الدين أو العرض فضمنانه من الصبي إن حلف ومن الغريم إن نكل ولم يحلف. قال ابن رشد: لا اختلاف في أن الذي عليه الحق إذا نكل

شاهد ما نصّه: وحلف عبد وسفيه مع شاهد لا صبي وأبوه وإن أنفق وحلف مطلوب ليترك بيده وسجل ليحلف إذا بلغ كوارثه قبله إلا أن يكون نكل أولاً ففي حلفه قولان، وإن نكل اكتفي بيمين المطلوب الأولى الخ. وعبارة ابن رشد في بيانه بعد كلام وبعد حلف المدعى عليه ما نصّه: قال أصبغ: لأنه قد برىء يوم حلف وهو بريء أبداً حتى يحلف الصبي فيكون حلفه كالشهادة الحادثة القاطعة، فعلى قول أصبغ هذا لا يجب توقيف الدين، وقد قيل: إذا حلف الذي عليه الحق أخذ الدين منه فوق حتى يكبر الصغير فيحلف ويأخذه، ومعناه إذا لم يكن ملياً وخيف عليه العدم وهو في القياس صحيح، إذ لو كان المدعى فيه شيئاً بعينه لوجب توقيفه أو بيعه، ويوقف ثمنه إن خشي عليه على ما يأتي لابن القاسم في سماع محمد بن خالد، وإذا وقف الدين أو العرض فضمنانه من الصبي إن حلف ومن الغريم إن نكل ولم يحلف، لأنه إنما وقف لمن يجب له منهما بتمام الحكم ببلوغ الصبي، فإن حلف لم يجب لأحدهما على صاحبه شيء حلف أو نكل، لأنه إن حلف وجب له وكانت مصيبته منه، وإن نكل عن اليمين وجب للمدعى عليه وكانت مصيبته منه الخ وهذا منه بلفظه. فظاهره رجحان التوقيف في الدين والاتفاق عليه في العرض وهو المعين، وليس هذا الاتفاق بصحيح. ففي الجواهر ما نصّه: فإن حلف ففي إيقاف المشهود به إذا كان معيناً كدار أو عبد وكان ممّا يخشى تلفه إن لم يوقف قولان مبنيان على الخلاف في أن القضية مستندة إلى الشاهد، وإنما اليمين كالمقوية، فيوقف المطلوب إذا وجد سببه أو ليس استنادها إليه فلا يوقف لعدم السبب الخ. وهذا البناء في المازري. وفي ابن الحاجب: فإن حلف ففي وقف المعين قولان، قال في التوضيح المعين كدار أو ثوب، زاد اللخمي أو كان غنياً والمدعى عليه يخشى فقره والقول بعدم الوقف قاله الأخوان وأصبغ وابن عبد الحكم، وعليه إذا حلف بعد بلوغه أخذه بعينه إن كان قائماً أو قيمته إن فات، والوقف هو ظاهر الموازية وكتاب ابن سحنون وهو ظاهر لأن شهادة الشاهد لم تبطل رأساً، وإنما حلف المدعى عليه ليتأخر الحكم الخ. وفي الباجي مثل هذا. وقال الرجراجي: فإن حلف بقي الحق عنده كان الحق معيناً أو ثابتاً في الذمة حتى يحلف الصغير بعد بلوغه فيستحق حقه ما كان منه في الذمة وما بقي من المعين، وإن فات فقيمه يوم الحكم به للصبي إن كان سبب الفوات من الذي هو بيديه أو من آدمي غيره، وإن كان من قبل الله تعالى فلا شيء عليه إلا أن يكون غاصباً أو متعدياً، رواه ابن حبيب عن الأخوين وأصبغ وابن عبد الحكم اه. بلفظه، وتفصيله في الضمان لم يذكره الباجي. وقوله يوم الحكم به عبارة العبدوسي هي قوله ما نصّه: هل يضمن قيمته يوم الحكم أو يوم الهلاك؟ هكذا قال ولم يجزم بأحدهما. وفي نهاية المتيطي: هل يوقف المعين وكان عيناً وخشي فقر الغريم ففي كتاب محمد يوقف، وفي كتاب ابن حبيب لا يوقف الخ. فظاهره أن محمداً صرّح بذلك، وقد رأيت أنه ظاهر كتاب الموازية. وذكر ابن يونس أن المبين وما له غلة يسلم للغريم، ونسبه لابن عبد الحكم وأصبغ. وقال في محل آخر: يوقف للصغير حتى يكبر إلا ما لا يصلح إيقافه مثل الحيوان ونحو ذلك فيباع ويوقف ثمنه الخ، وقوله مثل الحيوان به تعرف معنى قولهم يباع إن خشي عليه وعلى عدم الوقف مرّ في المختصر لقوله

يغرم ولا يجب على الصغير إذا بلغ أن يحلف لأن نكوله كالإقرار. فرع: وكذلك وكيل الغائب يقيم شاهداً واحداً على حق الغائب فيقضى على الذي عليه الحق باليمين إلى أن يقدم الغائب فيحلف مع شاهده، وإن نكل عن اليمين غرم، ولم يكن على الغائب إذا قدم أن يحلف اهـ. وقد ذهب الناظم على ما تقدم أنه الجاري على قول أصبغ من عدم التوقيف لأن معنى قوله: وحق وقفا أي بيد المدعى عليه وظاهره كان ديناً أو شيئاً معيناً، كان المدعى عليه غنياً أو فقيراً، وبه صرح الشيخ خليل حيث قال: وحلف مطلوب لترك بيده ويسجل ليحلف إذا بلغ. فرع: في العتبية يشبه ما تقدم، قال أشهب في الميت يثبت عليه دين فيجد وصيه شاهداً بالبراءة منه والورثة صغار فيحلف الطالب أنه ما قبض فإن حلف دفع إليه المال الآن فإذا كبر الصغار حلفوا واسترجعوا المال.

وَالْبِكْرُ مَعَ شَاهِدَيْهَا تُحْلَفُ وَفِي ادْعَاءِ الْوَطْءِ أَيْضاً تَحْلَفُ
(وَفِي سَوَى الْمَشْهُورِ يَحْلَفُ الْأَبُ عَنِ ابْنِهِ وَحَلْفُ الْإِبْنِ مَذْهَبٌ)

يعني أن البكر البالغ إذا قام لها شاهد بحق فإنها تحلف معه وتستحق، وهذا كما تقدم في السفية البالغ حيث قال: والبالغ السفية البيت، وكذلك أيضاً إذا خلا بها الزوج خلوة اعتداء وادعت الوطء وأنكره الزوج فإن خلوته بها شاهد عرفي يشهد لها فتحلف معه وتستحق الصداق كاملاً، وقد تقدم هذا في قوله في القسم الثاني من أقسام الشهادة وهي التي توجب الحق مع اليمين وههنا عن شاهد البيت، وعلى هاتين المسألتين اشتمل البيت الأول. قال ابن سهل في أحكامه عن ابن لبابة: إن العواتق الأبقار لا يمين على من لم تطلق منهم من الولاية إلا في شيء يكون لهن به شاهد واحد فإنهن يحلفن كما يحلف السفية، وفي مثل ادعائهن على الأزواج الوطء اهـ. وأما البيت الثاني فقد استدرك فيه قولين آخرين في مسألة الصبي يقوم له شاهد بحق فقد قدم فيه قولاً واحداً هو المشهور في قوله: يحلف منكر وحق وقفا البيت، وذكر هنا قولين آخرين مقابلين للمشهور ولذلك قال: وفي سوى المشهور أحدهما أن الأب يحلف عن ابنه الصغير،

ليترك بيده، نعم من يخشى فقره ظاهر معه الوقف، وكان صاحب المختصر لم يستثنه لظهوره، ولأنه قال وسجل ليحلف الخ إذ فائدة التسجيل تقل مع ما ذكر من خشية العدم، مع أن تعليل صاحب البيان وابن شاس قد يظهر منه عدم الوقف مطلقاً وهو ظاهر المختصر، وليس صريحاً في ذلك كما في هذا الشرح، وكلام الناس رأيت به وتعلم ما في هذا الشرح من عدم الاستيفاء للمسألة وما فيه من الإجمال والإبهام، وقول النظم: وحيث يبدي الخ. قال المتيطي في هذا ما نصّه: فلو نكل الغريم أولاً أخذ الحق منه ولا يحلف الصبي إذا كبر وهو المشهور وبه العمل الخ. وقف على الشرح تر كلام الناس وتحريره والحمد لله.

وقوله في النظم: (وفي سوى المشهور يحلف الأب عن ابنه وحلف الابن مذهب) هذا قف على كلام كثير فيه في شرحنا، لكن المشهور هو قول المختصر: لا صبي وأبوه وإن أنفق كما في ابن رشد وغيره، لكن في الأب المنفق خلاف قوي والوصي أخرى في عدم الحلف لأنه لا يجب عليه الإنفاق وهذا ما لم يليا المعاملة وإلا حلف كما بيّناه في شرحنا.

الثاني أن الصبي هو الذي يحلف. قال الشارح: قوله: وحلف الابن مذهب يعني به أنه قد قيل إن الابن يحلف وإن كان صغيراً وساقه بالتكثير إشعاراً بأنه مذهب لا يخلو من شذوذ لعدم جريانه على الأصول وفيه إشكال كما يأتي، ثم قال: وقال ابن رشد وليس لوصي الصغير أن يحلف مع شاهد ويستحق حقه، واختلف هل ذلك للأب أم لا؟ فالمشهور المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك أن ذلك ليس له. وقال ابن كنانة: ذلك له لأنه يمونه وينفق عليه، وهذا فيما لم يل فيه الأب أو الوصي المعاملة، لأن ما ولي فيه أحدهما المعاملة فاليمين عليه واجبة لأنه إن لم يحلف غرم، وقد وقع في كتاب جمعت فيه أقضية مالك والليث أن الصغير يحلف مع شاهده كالسفيه وهو بعيد لأن القلم مرفوع عنه فلا يتخرج من الحلف على باطل.

باب الرهن وما يتعلق به

(ابن عرفة: الرهن) مال قبض توثقاً به في دين فتحرج الوديعة والمصنوع بيد صانعه وقبض المجني عليه عبداً جنى عليه وإن شاركه في الأحقية لجواز اشتراك المختلفات في أمر يخصها ولا تدخل وثيقة ذكر الحق ولا الحميل، ولا يخرج ما اشترطت منفعتها لأن شرطها لا ينافي قبضه للتوثق اهـ. فقوله «مال» جنس مناسب الرهن لأن الرهن بمعنى المرهون، وحد الاسم دون المصدر الذي هو إعطاء مال توثقاً بحق لأن الاسم هو المستعمل في عرف الشرع. قوله «قبض» أشار به إلى أن الرهن لا يتقرر من غير قبض وهو قول مالك رحمه الله وإن وقع منه صحة التوثق به. قوله «في دين» أشار به إلى أنه لا يصح أن يكون الرهن في معين، وإنما يصح أن يكون في دين والدين لا يتقرر في المعينات. فإن قلت: وقع في كتب الفقهاء أن الرهن يصح في العارية وإطلاقهم يدل على الحقيقة كما تقدم فالحد غير جامع. قلت: الجواب أن الرهن المذكور لم يكن في المعين وإنما ذلك في قيمته إذا هلك وكان ممّا يغاب عليه بذلك تأولوا ما وقع لهم وهو صحيح صح من الرضاع. ابن سلمون: وإذا كان في العارية فهو في القيمة فيما يغاب عليه. وفي ابن الحاجب: الرهن إعطاء أمر وثيقة بحق اهـ. التوضيح: الرهن لغة اللزوم والحبس قال الله تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ [المثدر: ٣٨] أي محبوسة، والراهن دافع الرهن، والمرتهن بكسر الهاء آخذ، ويقال للرهن مرتهن بفتح الهاء وقد يطلق على آخذه لأنه وضع عنده الرهن وعلى الراهن لأنه يسأل الرهن. الجوهري والنووي: يقال

باب الرهن وما يتعلق به

قوله: (ابن عرفة الرهن الخ) جميع من حد الرهن ابن عرفة وابن الحاجب وابن شاس والقاضي وصاحب الكافي وغيرهم لم يستوف الرسم حقه، وبيننا ذلك كله في شرحنا وبيننا حقيقته عند الفقهاء غاية البيان بالدليل والبرهان من كلام الناس، ومن ارتاب فليظنر فإن العرب بالباب، وما ذكره هذا الشارح هنا من الكلام تبعاً لغيره ففيه اعتراضات يطول بنا تتبعها وقد

رهنته الشيء وأرهنته، وجمع الرهن رهان ورهون ورهن. ابن عبد السلام: وأتى بلفظ أمر ليشمل الذوات والمنافع لأنه يصح رهنهما، ونبه بقوله إعطاء على الإقباض لأن الرهن لا يتم بمجرد القبض حتى يكون المالك هو الذي أقبضه إياه وأذن له في قبضه، فلو تولى المرتهن قبضه دون إقباض مالكة وإذنه لم يكن رهناً بخلاف الهبة والصدقة (لأنه تعالى وصف الرهان بكونها مقبوضة) ولفظ مقبوضة يقتضي قابضاً ومقبوضاً، فلا بد من المقبوض منه وإلا لم يصح وصفه بكونه مقبوضاً، ولما لم يقل ذلك في الهبة والصدقة صح قبض الموهوب له والمتصدق عليه دون إقباض من الواهب والمتصدق اهـ.

قوله: «وما يتعلق به» يعني كاشتراط حوزة وانقسامه إلى ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، وما يضمن وما لا يضمن، وما يجوز اشتراط منفعته وما لا يجوز، وما يتعلق بذلك مما يكثر فيه التداعي بين المتراهنين.

الرَّهْنُ تَوْثِيقٌ بِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ وَإِنْ حَوَى قَابِلَ غَيْبَةٍ ضَمِنَ
مَا لَمْ تَقُمْ لَهُ عَلَيْهِ بَيْنَةٌ لِمَا جَرَى فِي شَأْنِهِ مُعَيِّنَةٌ
وَإِنْ يَكُنْ عِنْدَ أَمِينٍ وَقَفًا فَلَا ضَمَانَ فِيهِ مَهْمَا تَلَفًا

اشتمل البيتان الأولان على مسألتين: الأولى: حد الرهن، وقد تقدم أنه مال قبض توثقاً به في دين. الثانية: أن الرهن إذا كان مما يغاب عليه وكان تحت يد المرتهن وادعى ضياعه فإنه يضمنه إلا إذا قامت بينة على هلاكه بغير سببه فلا يضمنه على المشهور وقيل يضمنه، وهما مبنيان على القولين في كون الضمان ضمان تهمة أو ضمان أصالة، ومفهوم قوله قابل غيبة أنه إن كان مما لا يغاب عليه فلا يضمنه وهو كذلك، واشتمل البيت الثالث على مسألة وهي أن الرهن إذا كان تحت يد أمين فتلف فلا ضمان على المرتهن أيضاً، وعلى ذلك نبه بقوله: وإن يكن عند أمين وقفا البيت. ابن يونس: قال مالك: وما قبضه المرتهن من رهن غاب عليه فضاع فإنه يضمنه (إلا أن يقيم بينة) على هلاكه من غير

كتبتها في شرحنا. وقول هذا الشارح: (لأنه تعالى وصف الرهان بكونها مقبوضة الخ) هو يستدل على شرط الإقباض الرباعي، والآية إنما فيها القبض الثلاثي لأن مقبوضة اسم مفعول الثلاثي، نعم لو قال في الآية مقبضة اسم مفعول الرباعي لكان دليلاً واضحاً وهو مع ذلك تابع لغيره وذلك لا يصح والعلم عند الله تعالى.

قوله: (إلا أن يقيم بينة الخ) هذه عبارة التهذيب، وقد قال في المختصر في هذا ما نصّه: وضمنته مرتتهن إن كان بيده مما يغاب عليه ولم تشهد بينة بكحرقه ولو شرط البراءة أو علم احتراق محله إلا ببقاء بعضه محرقاً أفتى بعدمه في العلم والإفلا، ولو اشترط ثبوته إلا أن يكذبه عدول في دعواه موت دابة وحلف فيما يغاب عليه أنه تلف بلا دلالة ولا يعلم موضعه ولفظ التهذيب بتمامه ما نصّه: وما وضع من رهن يغاب عليه أم لا على يد عدل فضمامه من الرهان، وما قبضه المرتهن من رهن لا يغاب عليه من ريع أو حيوان أو رقيق أو نحوه فالمرتهن مصدق فيه، ولا يضمن ما زعم أنه هلك أو عطب أو أبق أو دخله عيب، وأما ما يغاب عليه فالمرتهن يضمنه إذا قبضه إلا أن يقيم بينة على هلاكه من غير سببه بأمر من الله تعالى أو بتعد من أجنبي فذلك منه اهـ. المقصود منه بلفظه.

سببه. قال المتيطي: هذا قول ابن القاسم رواه عن مالك وبه الحكم وعليه العمل اهـ. فقوله من غير سببه يريد بأمر من الله تعالى أو بتعدي أجنبي فذلك من الرهن وله طلب المتعدي. ابن الحاجب: وإن كان مما يغاب عليه كالحلي والثياب عند مؤتمن فكالأول.

وكتب عليه أبو الحسن ما نصه قوله فضمامه من راهنه وإنما لم يضمن الأمين لأنه مودع عنده قاله ابن يونس. وقوله: فالمرتهن مصدق فيه معناه إن ضاع ابن يونس لقوله ﷺ: «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه» ومعناه له غلته، فرأى العلماء ذلك فيما لا يغاب عليه من الرباع والنخل والرقيق والحيوان لأن النخل تثمر والرقيق والحيوان ينتج وذلك للرهن فوجب أن يكون عليه ضمانة. ابن يونس: وكذلك الحكم في عارية ما لا يغاب عليه أنه من ربه لحديث الرهن، فقيس الرهن على العارية فيما يغاب عليه لحديث العارية وهو قوله عليه السلام في سلاح صفوان: «العارية مودعات» وقيست العارية على الرهن فيما لا يغاب عليه لحديث الرهن لاشتباه الرهن والعارية لأن منفعتهما للقباض، بخلاف الوديعة التي منفعتها للمالك، قال بعض البغداديين: وهي حجتنا في الرهن على أبي حنيفة في إيجاب ضمان الجميع، وعلى الشافعي في إسقاط ضمان الجميع. الشيخ: فالقباضون لمال غيرهم ثلاثة: قابض لمنفعة نفسه كالمشتري والمتعدي، وقابض لمنفعة ربه لا غير كالمودع، وقابض لمنفعتهما كالمرتهن. وقوله: فالمرتهن مصدق فيه. قال ابن يونس: وحكي عن بعض فقهاء القرويين أنه قال: لا بد من يمينه كان متهماً أم لا، وكذلك في عارية ما لا يغاب عليه أو كان شراؤه إياه بالخيار وضمأن الشيء المستأجر، قال: وذلك أن هذه الأشياء إنما أخذها لمنفعة نفسه وهي تخالف الوديعة التي لا منفعة له فيها انتهى بلفظه. ثم قال: وفي القراض إنما يحلف المتهم لأن منفعة العامل إنما هي الربح وهي غير محققة. ثم حكى خلافاً في المسألة. ونقل عن بعضهم أنه يحلف المتهم لقد ضاع وما فرطت وما تعديت وغير المتهم ما فرطت وما ضيعت الخ وهذا كله منه بلفظه. وفي ابن الناظم كثير من هذا. وقوله: لأن منفعتهما للقباض أي ولغيره وهو الدافع بدليل قوله بعده: وقابض لمنفعتهما كالمرتهن، وقد علم منه أن بيع الخيار والرهان هي من باب واحد في الضمان وعدمه كان مما يغاب عليه أو لا، وإلى هذا التفصيل في بيع الخيار أشار في المختصر بقوله: والضمان منه وحلف مشتر إلا أن يظهر كذبه أو يغاب عليه إلا ببينة، فقوله: وحلف مشتر الخ هو فيما لا يغاب عليه وحلفه دال على تصديقه. وقوله: أو يغاب عليه الخ هو فيما يغاب عليه. وقوله: إلا أن يظهر كذبه هو كقوله في الرهن إلا أن يكذبه عدول الخ. وربما يكون ما في الرهن أوضح في التعبير. وقوله في الرهن: ولو اشترط ثبوته يجري في بيع الخيار، وكذا قوله في الرهن: وحلف فيما يغاب عليه الخ فالرهن والمبيع بالخيار متحدان في الحكم، ولكن صاحب المختصر زاد في محل ما لم يذكره في غيره كما رأيت اتكالا على العلم باتحاد حكميهما، وظاهر كلامه أنه لا فرق بين متهم وغيره وهو كذلك، وكذا العارية هي معهما كالشيء الواحد في الحكم، وقد قال في فصلها صاحب المختصر وضمن المغيب عليه إلا ببينة وهل وإن شرط نفيه تردد لا غيره ولو بشرط وحلف فيما علم أنه بلا سببه كسوس أنه ما فرط الخ، وإن وقفت على شرحنا في المواضع الثلاثة ظهر لك سر ما أشرنا إليه غاية، ووجه حكاية هذا الخلاف الذي عتبر عنه بالتردد في العارية فقط، وزيادة قوله فيما علم أنه بلا سببه، وقوله في الرهن: ولا يعلم موضعه الخ. وهذه فائدة جليلة اشتملت على أمور جزيلة فافهمها تنك على هذه الأبواب باعتبار الضمان وعدمه. وأما الشيء المستأجر فانظر عند قول المختصر: وهو أمين الخ في كتاب الإجارة،

التوضيح: أي فالضمان من الراهن اهـ. وفاعل حوى للمرتهن ومعنى حواه ضمه وكان تحت يده، وقابل صفة لمحذوف أي رهناً قابل غيبة وفاعل ضمن للمرتهن أيضاً، و «ما» ظرفية مصدرية وضمير له للمرتهن أيضاً وضمير عليه للرهن وبينه فاعل تقم ومعينة صفة لبينة ولما جرى متعلق بمعينة واسم يكن للرهن وجملة وقفا خبر يكن وعند يتعلق بوقفا. فرع: قال مالك: وإذا غرم المتعدي القيمة فأحب ما فيه إن أتى الراهن برهن ثقة مكان ذلك الرهن أخذ القيمة وإلا جعلت هذه القيمة رهناً وطبع عليها، قال (وما قبضه المرتهن من رهن لا يغاب عليه من ربيع أو حيوان أو رقيق فالمرتهن مصدق فيه) ولا يضمن ما زعم أنه هلك أو عطب أو أبق أو دخله عيب ويكون ضمانه من الراهن. وفي المقرب: وما كان من العروض كلها التي يغاب عليها إذا جعلت رهناً على يد من ارتضياه فهلك فهو من الراهن. قال ابن يونس: لبيان براءة المرتهن ولم يضمن الأمين لأنه مؤتمن وإنما قبضه لمنفعة غيره كالمودع. (فرع: قال اللخمي) إن اختلفا فدعا أحدهما إلى كونه عند المرتهن والآخر إلى أن يكون على يد عدل كان القول قول من دعا إلى العدل وهو قول ابن القاسم في العتبية لأن المراد من الرهن التوثق وهو يحصل بكونه على يد عدل إلا أن تكون العادة تسليمه إلى يد المرتهن، فإن لم تكن عادة كان للراهن أن لا يسلمه إليه لأنه يقول: لا أمنك عليه، وللمرتهن أن لا يقبضه لأنه يقول: علي في قبضه مضرة أضمنه إن كان ممّا يغاب عليه وأتكلف حفظه إن كان حيواناً. قال الشارح: فعلى هذا إن كان الرهن أصلاً ممّا لا يضمن ولا يتكلف حفظه يلزم المرتهن قبضه وإن لم تكن هناك عادة. (مع أن في قول اللخمي) إلا أن تكون العادة تسليمه للمرتهن بحثاً لأن ما أبداه من حجة المرتهن في عدم قبضه واضحة فكيف ترد عليه بعادة غيره فليتأمل اهـ. والجواب والله أعلم أنه إن دخلا على المساكاة ولم يبيننا عند من يكون الرهن فيرجع للعادة لأنها كالشرط، وإن امتنع ابتداء وذكر عذره في عدم قبضه فإنه لا يلزمه قبضه عند أمين لأن القول قول من دعا إليه كما تقدم.

وَالْحَوْزُ مِنْ تَمَامِهِ وَإِنْ حَصَلَ وَلَوْ مُعَارَاً عِنْدَ رَاهِنٍ بَطُلَ

يعني (أن الحوز من تمام الرهن) ولا يصح إلا به، وكذلك إذا عاد ليد راهنه بأي وجه فرض بطل. ابن يونس: قال الله تعالى: ﴿فَرَاهَانَ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: 283] فلزم بهذا استدامة القبض وهو شرط في صحته، فمتى عاد إلى الراهن بوجه ما بطل كالابتداء. قال

ومسألة القراض عند قوله: والقول للعامل آخر بابه. قوله: (وما قبضه المرتهن إلى قوله: فالمرتهن مصدق فيه) أي مع يمينه كما رأيت وكان من حق هذا الشارح بيان ذلك ولكن تبع ابن الناظم في عدم ذلك على عادته مع أن عبارته فيها مادة التصديق وهي عندهم تدل على عدم اليمين. قوله: (الحوز من تمام الرهن الخ) عبارة ابن عرفة في هذا ما نصه، وقبضه شرط خاصته وهي اختصاص المرتهن به الخ. والحاصل القبض شرط في اختصاص المرتهن بالرهن لا أنه من تتمته إذ تام بلا قبض بدليل رهن الآبق، لكن إن قبضه قبل المانع اختص به المرتهن وإلا فهو

ابن القاسم: من ارتهن رهناً فقبضه ثم أودعه عند الراهن أو أجره منه أو أعاره إياه أو ردّه إليه بأي وجه حتى يكون الراهن هو الحائز له فقد خرج من الرهن. قال ابن القاسم وأشهب: ثم إن قام المرتهن برده قضي له بذلك ما لم يدخله فوت من تحييس أو عتق وتدبير أو بيع أو قام غرماؤه. وفي المقرب: وإن استعاره منه الراهن ثم استحدث ديناً أو مات قبل أن يقدم المرتهن كان أسوة الغرماء. وفيه قال ابن القاسم: ومن ارتهن داراً ثم أذن للراهن أن يسكنها أو يكرها فقد خرجت من الرهن (وإن لم يسكن ولم يكر). ابن حارث: اتفقوا على أنه لا يتم إلا بقبضه، فإن تراخى بقبضه إلى قيام الغرماء بطل ولو كان جاداً في طلبه. فرع: إذا وجد الرهن بيد المرتهن بعد موت راهنه فيقبل قوله حزته في صحته وكذلك الهبة. المواق: وعن عبد الملك لا ينفع ذلك حتى تعلم البينة أنه حازه قبل الموت أو الفليس. قال أبو محمد: صوابه لا ينفعه إلا بمعاينة الحوز. ابن رشد: يجري هذا الخلاف في الصدقة توجد بيد المتصدق عليه بعد موت المتصدق فيدعي قبضها في صحته وفي المدونة دليل القولين جميعاً. الباجي: عندي لو ثبت أنه وجده بيده قبل الموت أو الفليس كان رهناً وإن لم يحضروا الحياة لأنه قد صار مقبوضاً وكذلك الصدقة اهـ. وهذا هو القول بالاكتفاء بالحوز. ابن يونس: قال ابن المواز: صوابه لا ينفع إلا بمعاينة البينة الحوز بعد الارتهان. وفي التوضيح عن اللخمي: إذ لا بدّ

أسوة الغرماء وإن وجد في قبضه، هذا مذهب مالك وبيّناه صدر كتاب الرهن. قوله: (وإن لم يسكن ولم يكر) صحيح وقد لخصنا في الشرح أن الإذن في إسكان الدار أو إكراهها مبطل للرهن وقع إسكان أو إكراه أو لم يقع، وأما الإذن في الوطاء فلا يبطل به الرهن إلا إذا وقع الوطاء بالفعل لأن الأمة بيان بها، ولا مستند لمن خالف في الوطاء كابن الحاجب وغيره ممن تبعه، وكذا صاحب التوضيح ومن تبعه واحتججه غير ظاهر، والعجب من الحطاب حيث تبعه في ذلك، وصاحب المختصر كأنه خالف ما في توضيحه، وابن الحاجب حيث قال: وبإذنه في وطاء أو إسكان أو إجارة، ولو لم يسكن حيث لم يقل، ولو لم يفعل الشامل لمسألة الوطاء، وبيّنا في الشرح وجه اقتصاره على قوله: ولو لم يسكن وهل هو من أسكن الرباعي أو من سكن الثلاثي وإن هذا الإذن في غير الوطاء إذا كان يبطل به الرهن لو لم يقع ما أذن فيه فإن ذلك يمنعه من أخذ الرهن فقف على ذلك إن شئت، وأن المراد بالكراء هنا أو الإجارة فيما لا بيان به إلى غير ذلك كذكر الخلاف في هذه المسائل الصعاب. قوله: (فرع: قال اللخمي الخ) هذا قال فيه صاحب المختصر والقول لطالب تجويزه لأمين وفي تعيينه نظر الحاكم الخ. قوله: (مع أن في قول اللخمي الخ) كلام اللخمي إنما هو حيث دخلا في البيع مثلاً على رهن كذا ولم يعينا عند من يكون ثم اختلفا عند من يكون، وإنما غلبت العادة لأنها كالشرط، وعلم الراهن بالعادة غالباً مع سكوته عند العقد يدل على رضاه بما جرت به العادة، وما قاله اللخمي اختاره صاحب الناحب على ابن الحاجب، والقواعد دالة على أن العرف كالشرط، وكلام التوضيح حسن حيث قال ما نصّه: إن وقع الشرط على أن يكون بيد المرتهن أو بيد عدل عمل عليه وإلا قبض ابن القاسم في العتبية أن القول قول من دعا إلى وضعه بيد العدل، أما الراهن فإنه قد يكره حيازة المرتهن خوف أن يدعي ضياعه، وأما المرتهن فلأنه يدفع عن نفسه حفظه، والضمان على تقدير

من معاينة البينة لقبض المرتهن وهذا هو القول بأنه لا يكفي إلا التحويز (والفرق بينهما)

هلاکه إن كان ممّا يغاب عليه، ونصّ اللخمي على أنه إذا كانت العادة تسليم الرهن للمرتهن أنه يقضى له بذلك كالشرط الخ فانظره فهو ظاهر فيما ترومه من حمل كلام اللخمي على ما أشرنا إليه، وهو الذي يرجع إليه قول هذا الشارح آخراً والجواب الخ. ويدل لذلك أيضاً قول اللخمي: إن اختلفا فرأى أحدهما إلى كونه عند المرتهن الخ فافهم وانظر عند قول صاحب المختصر وأجبر عليه إن شرط ببيع وعين الخ. قوله: (والفرق بينهما) هذا يحتاج إلى كلام طويل، فقال ابن عرفة ما نصّه: ولما كان الحوز رفع مباشرة الراهن التصرف في الرهن صحّ بيد من لا تسلط للراهن على ما في يده وبطل في غيره. ابن شاس: يصحّ حوز مكاتب الراهن رهنه لمرتهنه الخ. وإنما زدنا كلام ابن شاس ليفهم منه ما أشرنا إليه. ابن عرفة: وقال أبو الحسن على المدونة ما نصّه: الحوز هو القبض والقبض هو الحوز الخ. وقال غيره ممّن يكثر عدّه وعليه قال في التوضيح على قول ابن الحاجب: الرهن إعطاء إلى آخر ما تقدم ما نصّه، نبّه بقوله إعطاء على الإقباض لأن الرهن لا يتم بمجرد القبض حتى يكون المالك هو الذي أقبضه إياه وأذن له في القبض، فلو تولى المرتهن القبض دون إقباض مالكة أو إذنه لم يكن رهناً بخلاف الهبة والصدقة لأنه تعالى وصف الرهان بكونه مقبوضة، ولفظ مقبوضة يقتضي قابضاً ومقبوضاً منه الخ وهذا منه بنصه، وتبعه شراحه على ذلك، فقوله: فلو تولى الخ ظاهر في أن ذلك هو الحوز، وأما استدلاله فيه شيء فإن القبض المراد به هو جعل الشيء في حوز الإنسان وتحت يده، ولو لم يحضر ربه فالقبض لا يستلزم مقبوضاً منه وإنما يستلزم قابضاً ومقبوضاً، فإن العبد إذا لقيه المرتهن وأخذ بيده وذهب يقال فيه قبض ولم يحضر ربه أصلاً. وقد قال في المختصر: وقبض العقار بالتخلية وغيره بالعرف. قال ابن الحاجب: ويصحّ الرهن قبل القبض ولا يتم إلا به ويجبر الراهن عليه إن كان معيناً، فإن تراخى القبض إلى الفلوس أو الموت بطل اتفاقاً، ولو كان مجداً وقبضه كقبض المبيع الخ. فانت تراه عبّر بالقبض عن الحوز وغيره عبر في هذا بالحوز. وقال المتيطي: وتصير الأصول في الدين جائزاً إلا أنه يفتقر إلى القبض الناجز حين العقد فإن تأخر عنه فسد الخ. وتوقف الشيخ ميارة بيّنا عدم إصابتها في ذلك. وفي المختصر: وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض وفيه وحيز بجميعة إن بقي الخ. وفي المختصر مسائل كثيرة من هذا تبعاً لغيره، ولم يشترط أحد في اعتبار هذا القبض أن يكون من مقبوض منه، والمسألة محالة على العرف كما رأيتها في المختصر وعرف الناس يقولون قبض فلان وحشا ونحو ذلك ولا مقبوض منه في هذا. والحاصل الحوز والقبض شيء واحد، وكلامنا في الشرح كاف في هذه المسألة لمن نظر أنقلنا فيه عن الفحول، ومعنى ذلك أن يكون عنده وأن يضمه إليه بحسب العرف في القبض عند الناس، وأما التحويز فهو كما قال القلشاني ما نصّه: المشهور اشتراط التحويز في حيازة الرهن، ومعنى التحويز أن تكون الحيازة بإذن الراهن والشاذ عدم اشتراطه كالمشهور في الهبة والفرق بقاء ملك الراهن الخ. وهو في الحقيقة مأخوذ من كلام ابن عرفة هنا. وفي باب الهبة إذ قال ما نصّه: والمذهب لغو التحويز في هباتها إن قبض الموهوب له الهبة بغير إذن الواهب جاز قبضه إذ يقضى عليه بذلك إن منعه. وقول ابن عبد السلام: ويشترط إذن الواهب على القول الشاذ بعدم لزوم الهبة بالعقد هو مفهوم تعليلها. وقوله: ولا يبعد تخريجه على المشهور من افتقار الرهن لإذن الراهن يرد بقوة بقاء ملك الراهن اه. بلفظه. وانظر قوله: أن قبض الخ فإنه دالّ لما

أن الحوز رفع مباشرة الراهن التصرف في الرهن والتحويز هو تسليم العطية أو الرهن من المعطي أو الراهن لمن ثبت له ذلك. الرصاع: والصحيح أن الرهن يشترط فيه التحويز ولا يكفي الحوز بخلاف غيره اهـ. ولذلك يكتب في وثيقة الرهن وبسط يده على حوز الرهن فحازه معاينة ولا يحتاج ذلك في وثيقة الهبة والصدقة (وكتبه فيهما من جهل الموثق) وإلى ذلك أشرنا بقولنا في تكميل المنهج:

قلنا في الحوز، وكان التحويز لفلان هو جعلها في حوزة وحوزه هو قبضه وأن يكون بيده. قال ابن سلمون: والعمل على أنه إذا وجد الرهن بيد المرتهن فهو حوز له الخ. وهذه عبارة الفحول الباجي وابن شاس وغيرهما. وصاحب المختصر قال في هذه الأمور: والحوز بعد مانعه لا يفيد ولو شهد الأمين وهل تكفي بينة قبله وبه عمل أو التحويز وفيها دليلهما. فقوله: والحوز الخ أي دعوى الحوز كما لا يخفى أي إذا وجد بيده بعد المانع وقال حزته قبله فلا عبرة بقوله ولا يصدق في ذلك ولو وافقه من له الرهن على ذلك. وقوله: وهل تكفي بينة على الحوز قبله أي قبل المانع. وقوله: أو التحويز هذا هو الراجح وهو معاينة البينة التحويز قبل المانع أي لا بد من الأمرين معاينة البينة، وأن يكون ما تعينه تحويزاً لا حوزاً وقد علمت الفرق بينهما. وقد قال في المجالس للمكناسي ما نصه: ولا تنفع البينة في الرهن أنه قبضه وحازه قبل قيام الغرماء حتى تشهد أنه قبضه وحازه بأمر الراهن وإذنه اهـ. وفي الرصاع: والصحيح أن المرتهن يشترط فيه التحويز، ويدل لذلك أيضاً كلام التوضيح المتقدم، وكلام ابن عرفة رأيته دالاً على ذلك، ولذلك قال في المختصر في الهبة: وحيز وإن بلا إذن فالحوز بلا إذن هو كفاية الحوز دون التحويز، وهذا في الهبة صحيح وهو المذهب، وأما الرهن فلا بد من التحويز بعين، والفرق بقاء الملك للراهن في رهنه، ولا كذلك الهبة والصدقة فإنه ينتقل الملك بنفس الهبة للموهوب له، ولذلك الموثق في الرهن يكتب وبسط يده على الحوز الخ، وبسط يده للحوز هو إذن في الحوز، وفي الرسالة: ولا تتم هبة ولا حبس ولا صدقة إلا بالحيازة، وقال في الرهن: لا يتم إلا بالحيازة، ولا تنفع الشهادة في حيازته إلا بمعاينة البينة وفي ذلك ما لا يخفاك. وفهم من كلام ابن عرفة وغيره أن الهبة يملكها المعطي له بنفس الهبة وقبولها وهو كذلك، انظره عند قول المتن: وحين الخ صدر الهبة، وكذا اللزوم فإنها لازمة بالقول على المذهب وعليه يترتب قوله: وحيز وإن بلا إذن أي بعد القبول، انظر شرحنا في المحل المذكور ولا بد، وفي ابن شاس في الهبة ما نصه: وإنما الحوز شرط في التمام والاستقرار في الصحة واللزوم إذا ثبتا بوجود السبب ولذلك يجبر الواهب عليه ويحصل من غير تحويزه، بل لا يعتبر علمه به فضلاً عن إذنه فيه، ولو علم لم يشترط رضاه لأنه لو منعه قضي عليه به الخ وهذا منه بلفظه. واختصرها ابن الحاجب تابعاً له فيه. ولما ذكر ابن سهل ما يشترط فيه الحيازة من أنواع العطايا ذكر الرهن قائلًا: وهو أوكدها أي في الحوز، ووجه الأوكدية تفهمه مما تقدم، وبهذا كله تعرف ما عند هذا الشارح. وكلام ابن عرفة في رسم الحوز لا ينافي ما ذكرناه، وجميع ما ذكرنا ملخصه الحوز والقبض مترادفان، والتحويز هو الإقباض أو الإذن في القبض، فإذا لم تكن بينة على حوز ولا تحويز إلى أن وقع ما وقع بطل الرهن مطلقاً وإن قامت بينة على الحوز قبله فكذلك على الراجح وفيه خلاف قوي، وما ذكر فيه من العمل لعله لم يعمّ بدليل قوله: وعمل ولم يقل وبه العمل مثلاً، وإن قامت بينة قبله على التحويز عمل به. قوله: (وكتبه فيهما من جهل الموثق) إلى آخر كلامه بنظمه، قال

والقبض في غير الرهان كاف
لذا قالوا في رسوم الرهن قط
وكتبه في غيره دل على
جهل الموثق كذلك نقلنا

(فرع: إذا كان الرهن) بيد من هو من الراهن بسبب كمدبره وأم ولده وزوجته وعبده وولده الصغير فالاتفاق على لغو حوزهم، وأما مثل ولده الكبير ومكاتبه وما أشبههما مما يختلف فيه حسبما يظهر من النقول. قال ابن عرفة: ولما كان الحوز رفع مباشرة الراهن التصرف في الرهن صح بيد من لا تسلط للراهن على ما في يده وبطل في غيره. ابن شاس: يصح حوز مكاتب الراهن رهنه لمرتهنه.

فرع: ومن هذا المعنى قول مثلها الثالث إن كان لك على رجل طعام سلم حل فلا ينبغي أن يوكل على قبضه منه عبده ومدبره وأم ولده وزوجته أو صغار بنيه وهو كتوكيلك إياه فلا تبعه بذلك القبض ولك أن تبعه بقبض الكبير من ولده البائن عنه، اهـ. من الشارح.

فرع: قال في الباب الثامن والعشرين من القسم الثاني من تبصرة ابن فرحون مسألة في الطرر: ولا يجوز للمرتهن أن يكري الرهن من قريب الراهن ولا لأحد من سببه ولا لصديقه الملاطف ولا لأحد يتهم أن يكون اكترى ذلك لرب الدار، فإن أكره لأحد من هؤلاء ثم أكره لصاحب الدار خرج الرهن عن أن يكون رهناً للتهمة الداخلة فيه من

كاتبه عفا الله عنه: وتقبل منه ليس هذا بجهل، وكلام الموثقين مبني على قطع النزاع والخروج من الخلاف كما ذكره في كتب الموثق بإذنه في مسألة الضمان الآتية في قول النظم في الباب الذي يلي هذا أعني باب الضمان، ولا اعتبار برضا من ضمنا، وعليه مر هذا الشارح هناك، وتراه إن شاء الله تعالى حين نصل إليه إن شاء الله تعالى وصولنا إليه، والخلاف في مسألة الهبة موجود وهو قول ابن عرفة. وقول ابن عبد السلام يشترط إذن الواهب الخ، وكونها لا تلزم بالقول هو مذهب أهل العراق كما في نقل أبي الحسن وغيره، ونقلناه عند قول المتن في الهبة وحيز الخ.

قوله: (فرع: إذا كان الرهن الخ) هذا قال فيه في المختصر: وصح توكيل مكاتب الرهن في حوزة وكذا أخوه على الأصح لا محجوره ورقيقه الخ. ودخل في محجوره ولده الصغير ذكراً كان أو أنثى، والولد الكبير إذا كان حاجزاً له وبيته ودخل في رقيقه أم ولده والقن مطلقاً وإن كان مأذوناً له في التجارة والابن الرشيد والأجير كالمكاتب والزوجة فيها خلاف قوي، لكن مذهب ابن القاسم أنها لا تجوز، وإن كان حوزها هو الذي يظهر ترجيحه، ومع ذلك لم يتحصل لي فيها ما أتقلده وأتحملة، ولكن انظر كلامهم في الشرح والمدبر والمعنى إلى أجل داخلان في قوله: ورقيقه، وقد عللوا حوز المكاتب بأنه أحرز نفسه وماله فانظر عليه المبعوض مع أنه يخدم سيده في الجملة، ولا كذلك المكاتب فإنه لا يخدم أصلاً فقد أحرز نفسه، ولا كذلك المبعوض، وفي كلام الخطاب وغيره شيء فافهم هذه الفائدة المشار إليها إجمالاً.

إجارته مَمَّنْ يَتَهَمُ عَلَيْهِ، وَنَحْوَهُ فِي كِتَابِ الرَّهْنِ مِنَ الْمُتَيْطِيَةِ اهـ. وَفَهُمْ مِنْ قَوْلِهِ: فَإِنْ أَكْرَاهُ مِنْ أَحَدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ الْخُ أَنْ الْمُرْتَهَنَ إِذَا أَكْرَاهُ لِأَجْنَبِيٍّ مِنَ الرَّاهِنِ ثُمَّ أَكْرَاهُ ذَلِكَ الْأَجْنَبِيَّ مِنَ الرَّاهِنِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَبْطُلُ وَبِهَذَا رَأَيْنَا الْعَمَلَ.

وَالْعَقْدُ فِيهِ لِمُسَاقَاةٍ وَمَا أَشْبَهَهَا حَوْزٌ وَإِنْ تَقَدَّمَ

يَعْنِي أَنْ عَقَدَ الْمَسَاقَاةَ وَمَا أَشْبَهَهَا مِنْ إِجَارَةٍ أَوْ كِرَاءٍ لِلرَّهْنِ حَوْزٌ لِلْمُرْتَهَنِ، فَمَنْ ارْتَهَنَ شَيْئًا ثُمَّ عَقَدَ فِيهِ مِنْ رَاهِنِهِ مَسَاقَاةً أَوْ كِرَاءً وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنْ سَائِرِ الْعُقُودِ فَإِنَّ ذَلِكَ حَوْزٌ لَهُ سِوَاهُ تَأْخِرُ عَقْدَ الْمَسَاقَاةِ وَنَحْوَهَا عَنِ الرَّهْنِ كَمَا ذَكَرْتُ أَوْ تَقَدَّمُ عَقْدَ ذَلِكَ عَلَى الرَّهْنِ، كَأَنْ يَكُونَ فِي يَدِهِ حَائِطُ مَسَاقَاةٍ أَوْ دَارٌ مَكْتَرَةٌ ثُمَّ يَرْتَهِنُ ذَلِكَ مِنْ رَبِّهِ فَإِنَّ ذَلِكَ حَوْزٌ لَهُ أَيْضًا وَعَلَى ذَلِكَ نَبَّهَ بِقَوْلِهِ: وَإِنْ تَقَدَّمَ أَيُّ عَقْدِ الْمَسَاقَاةِ وَنَحْوَهَا عَلَى الرَّهْنِ. أَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ وَهِيَ تَقَدُّمُ عَقْدِ الْمَسَاقَاةِ وَنَحْوَهَا عَلَى الرَّهْنِ فَقَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَيَصَحُّ رَهْنُ الْمَسَاقَاةِ وَالْمُسْتَأْجِرِ لِلْمُسْتَأْجِرِ وَغَيْرِهِ. التَّوْضِيحُ: يَعْنِي إِذَا دَفَعَ رَجُلٌ حَائِطَ مَسَاقَاةٍ لِرَجُلٍ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَرَهِّنَ ذَلِكَ الْحَائِطَ، وَكَذَا يَصَحُّ رَهْنُ الشَّيْءِ الْمُسْتَأْجَرِ لِمَنْ هُوَ فِي إِجَارَتِهِ وَغَيْرِهِ. وَفِي الْجَلَابِ: مَنْ أَجْرَ دَارَهُ مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ رَهِنَهَا مِنْهُ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَجْرَهَا مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ رَهِنَهَا مِنْ غَيْرِهِ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ مِنْ سَائِرِ حَائِطِهِ مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ رَهِنَهُ مِنْهُ فَلَا بَأْسَ. وَنَقَلَ عَنِ ابْنِ يُونُسَ أَنَّ مَذْهَبَ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَرْتَهِنَ مَا هُوَ بِيَدِهِ بِإِجَارَةٍ أَوْ مَسَاقَاةٍ وَيَكُونُ ذَلِكَ حَوْزًا لِلْمُرْتَهَنِ. وَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى وَهِيَ تَقَدُّمُ الرَّهْنِ عَلَى الْمَسَاقَاةِ وَنَحْوَهَا (فَلَمْ أَقْفِ فِيهِ الْآنَ عَلَى نَصِّ صَرِيحٍ)،

قَوْلُهُ: (فَلَمْ أَقْفِ فِيهِ الْآنَ عَلَى نَصِّ صَرِيحٍ) قَالَ صَاحِبُ الْمُخْتَصَرِ فِي هَذَا مَا نَصَّهُ: وَالْمُسْتَأْجِرُ وَالْمَسَاقِي وَحَوْزُهُمَا الْأَوَّلُ كَأَيِّ صَلَاحٍ رَهْنِ الْمُسْتَأْجِرِ الْمَسَاقِي، وَالصُّورُ هُنَا أَصْلُهَا أَرْبَعُ مَسَاقِي وَعَيْنُ مُسْتَأْجِرَةٍ، وَالْعَامِلُ وَالْمُسْتَأْجِرُ إِذَا مَرْتَهِنَ أَوْ أَجْنَبِيٍّ، وَالْإِرْتَهَانُ إِذَا تَأَخَّرَ عَنِ الْمَسَاقَاةِ وَالْإِسْتِجَارِ أَوْ سَابِقَ عَنْهُمَا، فَذَلِكَ ثَمَانُ صُورٍ، فَفِي الْكَافِي مَا نَصَّهُ: وَمَنْ سَاقَى حَائِطَهُ مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ رَهِنَهُ غَيْرَهُ فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَيَنْبَغِي لِلْمُرْتَهَنِ أَنْ يَسْتَخْلَفَ مَعَ الْعَامِلِ فِي الْحَائِطِ غَيْرِهِ اهـ. بَلْفِظِهِ. وَنَقَلَ ابْنُ عَرَفَةَ عَنِ الْجَلَابِ وَسَلَّمَهُ. وَقَوْلُهُ يَنْبَغِي يَظْهَرُ مِنْهُ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَفْعَلْ لَمْ يَبْطُلِ الرَّهْنُ إِذَا الْمُنْدُوبُ لَا تَبْطُلُ بِهِ الْعُقُودُ، وَالْأَصْلُ فِي لَفْظِ يَنْبَغِي عَدَمُ الْوُجُوبِ، وَالْمُسْتَأْجِرُ يَجْرِي مَجْرَى الْمَسَاقَاةِ كَمَا قَرْنَهُمَا فِي الْعَتَبِيَّةِ فِي هَذَا بِنَفْسِهِ. وَقَالَ ابْنُ عَرَفَةَ فِي هَذَا مَا نَصَّهُ: وَرَهْنٌ مَا هُوَ مُؤَاجِرٌ فِي تَقَرُّرِ حَوْزِهِ لِمُرْتَهَنِهِ بِكَوْنِهِ بِيَدِهِ مِنْ اسْتَأْجَرِهِ وَلِغَوَاهُ. ثَالِثُهَا هَذَا إِنْ لَمْ يَرْضَ الْمُسْتَأْجِرُ بِحَوْزِهِ لِمُرْتَهَنِهِ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ الْمُرْتَهَنَ يَدَهُ مَعَهُ. اللَّخْمِيُّ عَنِ ابْنِ نَافِعٍ: وَرِوَايَةُ مُحَمَّدٍ وَاخْتِيَارُهُ نَاقِلًا عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ الْخُ فَنَسَبَ لِابْنِ نَافِعٍ الْإِجْرَاءَ مُطْلَقًا رَضِيَ بِحَوْزِهِ الْمُرْتَهَنَ أَمْ لَا، وَهُوَ قَرِيبٌ مِنْ كَلَامِ الْجَلَابِ وَالْكَافِي الْمَتَقَدِّمِ. وَقَالَ الْبَاجِي: وَمَنْ ارْتَهَنَ حَائِطًا فَجَعَلَ عَلَى يَدِ الْمَسَاقِي فِيهِ أَوْ الْأَجِيرِ فَلَيْسَ بِرَهْنٍ حَتَّى يَجْعَلَ عَلَى يَدِي غَيْرٍ مِنْ هُوَ فِي الْحَائِطِ، وَلِيَجْعَلَ الْمُرْتَهَنَ مَعَ الْمَسَاقِي رَجُلًا يَسْتَخْلَفُهُ أَوْ يَجْعَلَانَهُ عَلَى يَدِي مِنْ يَرْضِيَانِ بِهِ رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنِ مَالِكٍ فِي الْمَوَازِيَةِ. وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي الْمَجْمُوعَةِ: إِنْ كَانَ رَهْنُهُ نِصْفَهُ لَمْ يَجْزِ ذَلِكَ فِي الْأَجِيرِ وَالْقِيمِ وَإِنْ كَانَ رَهْنُ جَمِيعِهِ فَهُوَ جَائِزُ الْخُ. ثُمَّ عَلَّلَ الْقَوْلَيْنِ بِمَا يَوْقِفُ عَلَيْهِ فِي الشَّرْحِ. وَقَالَ ابْنُ الْحَاجِبِ: وَيَصَحُّ رَهْنُ الْمَسَاقِي وَالْمَشَاعِ وَالْمُسْتَأْجِرِ

وظهر من كلام الشارح أنه أحرى لأنه إذا كان عقد المساقاة المتقدم على الرهن حوزا للمرتهن، فأحرى عقد المساقاة المتأخر عن الرهن أن يكون حوزاً للمرتهن، ولذلك غياً الناظم بتقدم المساقاة وغيرها على الرهن لأنه محل خلاف، ولقظ الشارح وقول الشيخ وإن تقدما هو في مساق الغاية للخلاف الذي في كون العقد سابقاً اهـ.

وَالشَّرْطُ أَنْ يَكُونَ مَا يُرْتَهَنُ مِمَّا بِهِ اسْتِيفَاءُ حَقِّ يُمَكِّنُ
فَخَارِجٌ كَالخَمْرِ بِاتِّفَاقٍ وَدَاخِلٌ كَالعَبْدِ ذِي الإِبَاقِ

يعني أنه يشترط في الرهن (أن يكون ممّا يمكن أن يستوفى منه) الحق الذي رهن

للمستأجر وغيره. ثم قال بعد كلام طويل ما نصّه: والحوز المتقدم لغير الراهن كالمتأخر وكتب عليه في التوضيح بعض مضمون كلام الباجي، وقال أيضاً: ومن المجموعة لابن القاسم يجوز للرجل أن يرتهن ما هو في يده بإجارة أو مساقاة ويكون ذلك حوزاً، ثم قال: ومقابلته لمالك في الموازية من اكترى عبداً أو داراً سنة أو أخذ حائطاً مساقاة ثم ارتهن شيئاً من ذلك قبل فراغ أجله لا يكون محوزاً للرهن لأنه محوز قبل ذلك بوجه آخر، قيل: فما الفرق بين هذا وفضلة الرهن وقد تقدم فيه حوز الأول؟ قال: هذا محوز عن صاحبه والأول هو باسم صاحبه في المساقاة والكرء الخ. وبه تعرف أن ما يجري في الكراء يجري في المساقاة، وبالعكس إذا لم نقف على من فرق بينهما مع ذلك ومع كثرة ما نقلناه في المسألة ويتفهم هذا تفهم أن صاحب المختصر مرّ على الجواز في الصور كلها، وهذا هو الحق لأنه أطلق ولم يقيد بشيء فيحمل على إطلاقه، ويقول الناظم هنا وإن تقدم تفهم أن الحوز قبل الرهن أبعد من الصحة من الحوز بعده، وإذا فهمت هذا فقول الناظم: والعقد فيه الخ العاقد في البيت المراد به غير المرتهن، وقوله فيه أي في الشيء المرهون وسمّاه مرهوناً باعتبار ما آل إليه الحال، والمعنى أن من عقد في الحائط مثلاً مساقاة ثم رهنه لغيره أن المرتهن لا يحتاج لحوز الحائط لكفاية يد العامل، ومن المعلوم أن العامل يقبض الحائط في الغالب أي قبضه حوز للمرتهن، وكأنه قال العقد المصحوب للقبض وهذا في تأخر الرهن، وكذلك إذا تقدم الرهن ولم يجزه المرتهن ثم ساقاه من آخر وقبضه العامل فذلك القبض بمنزلة قبض المرتهن الخ. والناظم أجحف في الجملة.

قوله: (أن يكون ممّا يمكن أن يستوفى منه الخ) عبارة ابن شاس ما نصّه: وفيه أي الرهن أربعة أبواب: الأول: في أركانه وهي أربعة: المرهون والمرهون به والراهن وصيغة الرهن، والركن الأول المرهون شروطه أن يكون ممّا يمكن أن يستوفى منه أو من ثمنه أو من ثمن منافعه الدين الذي رهن به أو بعضه، ولا يشترط أن يكون عيناً فيصح رهن الدين ممّن هو عليه ومن غيره ولا يشترط فيه الإحراز بل يصحّ رهن المشاع الخ وهذا منه بلفظه. وقال قبيل هذا ما نصّه كتاب الرهن ومعناه احتباس العين وثيقة بالحق ليستوفي الحق من ثمنها أو ثمن منافعها عند تعذر أخذه من الغريم، وفي تعبيره هنا بالعين ما لا يخفى لأن الدين عندنا يكون رهنأ كما ذكره هنا نفسه وهو تابع للغزالي في تعبيره بالعين، والدين عند الشافعية لا يكون رهنأ كما في وجيزه وقد أخرجه هو من العين، والدين لم يذكر المصنف رهنه هنا صراحة ولكن المصنف قال: الرهن بذل من له البيع ما يبيع والدين يباع، ولكن قال في صدر الهبة عاطفاً على ما تجوز هبته ما نصّه: وديناً وهو براء إن وهب لمن هو عليه

فيه، سواء أمكن الاستيفاء من عينه كالدينانير والدراهم، وكالمثليات إذا ارتهنت في مثلها وطبع عليها، أو من قيمته كرهن ثوب في دراهم، أو ثمن منافعه كرهن حائط في دين فإنه يمكن استيفاء الحق من ثمن غلته، وأما ما لا يمكن استيفاء الحق منه كالخمر والخنزير فلا يصح رهنه، وتعبيرهم بالإمكان ليدخل رهن العبد الآبق والبعير الشارد فإنه يمكن استيفاء الحق منه إذا ظفر به، ولا يمكن أن يستوفى منه إن لم يظفر به لأن القاعدة أن كل ما يجوز بغير عوض جاز فيه الغرر وذلك كالطلاق فإنه يجوز بعوض وهو الخلع، ويجوز بغير عوض، فيجوز أن تخالعه بعبد آبق أو بعير شارد، وكذلك الدين سواء كان من بيع أو من سلف يجوز أن يأخذ عنه وثيقة رهن، ويجوز من غير رهن فيجوز في الرهن الغرر لأن غاية الأمر أنه إذا لم يظفر بذلك يكون باع أو سلف من غير رهن وذلك جائز. قال ابن شاس: وشرطه أن يكون ممّا يمكن أن يستوفى منه أو من ثمنه أو ثمن منافعه الدين الذي رهن به أو بعضه. وفي المدونة: لا يجوز لمسلم أن يرتهن من ذمي خمرأ أو خنزيراً. قال أشهب: فإن قبضه ثم فليس الذمي هو فيه أسوة الغرماء لأنه لم يجز في الأصل. وفي ابن يونس وابن المواز: يجوز ارتهان البعير الشارد والعبد الآبق إن قبضه قبل موت صاحبه أو فلسه. قال الشارح: وظاهر إطلاق الشيخ أن رهن ما لا يجوز بيعه للغرر كالآبق والشارد والتمر قبل بدو صلاحه جائز في القرض وبعد عقد البيع وفي عقد البيع، فأما جواز ذلك في القرض وبعد عقد البيع فقد حكى ذلك اللخمي وغيره، وأما في عقد البيع (ففيه خلاف) حكى ابن رشد أن المشهور جوازه قال: وهو ظاهر إطلاقات ابن القاسم في المدونة. وقال ابن عرفة: المازري في رهن ما فيه غرر في عقد البيع قولان بناء على أن للرهن حظاً من الثمن أو لا والله أعلم. تنمة: وكما يشترط في الرهن أن يكون ممّا يمكن استيفاء الحق منه كذلك يشترط في الراهن أن يكون ممّن يصحّ منه البيع. ابن شاس: يصحّ الرهن ممّن يصحّ منه البيع فلا يرهن المحجور عليه ولا أحد الوصيين إلاّ بإذن صاحبه.

وَجَازَ فِي الرَّهْنِ اشْتِرَاطَ الْمَنْفَعَةِ
إِلَّا إِذَا التَّفْعُ لِعَامٍ عَيْنًا
وَالْبَدْوُ لِلصَّلَاحِ قَدْ تَبَيَّنَا
وَفِي التِّي وَفَتْ اقْتِضَائِهَا خَفِي

وإلا فكالرهن أي للدين. وقول ابن شاس: بل يصحّ رهن المشاع هو قول المختصر وصحّ مشاع الخ. والرهن كالضامن. وقد قال في المختصر: إن أمكن استيفاءه من ضامنه وأما ما لا يمكن الخ أي لا يمكن شرعاً كما لا يخفى. قوله: (ففيه خلاف الخ) ذكر في المختصر أن رهن الجنين لا يجوز وهو قوله: لا كأحد الوصيين أو جلد ميتة أو جنين وخمر وإن لذمي إلاّ أن تتخلل وإن تخمر إهراقه بحاكم، وهذا كله إن وقع رهن الجنين في العقد، ومع ذلك ففي الجنين خلاف قوي بالجواز والمنع في العقد، وأما الثمرة قبل بدو صلاحها أو ظهورها فالراجح جواز رهنها أثناء العقد وإن كان في ذلك خلاف أيضاً، ورهن الغائب جائز أيضاً أثناء العقد كالآبق بل الغائب أحرى لجواز بيعه فافهم وانظر الشرح ولا بد.

يعني أنه يجوز للمرتهن أن يشترط الانتفاع بالرهن إن كان مما يجوز شرعاً مثل سكنى الدار واعتمار الأرض وما أشبه ذلك إلا في ثلاثة أشياء منفعة الأشجار على تفصيل فيها، وإلاً إذا كان الدين من سلف، وإلاً ما يختلف الانتفاع به باختلاف الناس. فأما المسألة الأولى: وهي من ارتهن أشجاراً فلا يجوز اشتراط منفعتها وهي ثمارها لكون ذلك من بيع ما لم يخلق، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يخلق إلا أن يكون النفع لعام عيّن، وقد بدا صلاح الثمرة المنتفع بها فإن ذلك جائز لخروجه عن بيع ما لم يخلق، وعن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها. المتيطي: من ارتهن أشجاراً واشترط ثمارها في ذلك العام، فإن كان الرهن في سلف لم يجز وإن كان عن بيع والثمرة قد طابت فذلك جائز، ولو كانت سنتين أو أكثر لم يجز. وأما المسألة الثانية: وهي إذا كان الدين المرتهن فيه من سلف فلا يجوز اشتراط المنفعة أيضاً لأنه سلف جر نفعاً. قال المتيطي: ولا يجوز اشتراط المنفعة بالرهن في السلف كان ذلك في العقد أو بعده وهو في العقد سلف بزيادة وبعد العقد هدية مديان (وكذلك بعد العقد في البيع أيضاً. وأما المسألة الثالثة): وهي إذا كان الرهن ثياباً أو حيواناً ونحوهما مما يختلف الانتفاع به باختلاف الناس فلا يجوز اشتراط منفعته، فرب مرتهن ثوباً يسخره ضعفي مرتهن آخر ومستعمل دابة كذلك، ورب لابس ثوب يومين أو ثلاثة ينقص منه ما لا ينقص لو لبسه غيره عشرة أيام أو أكثر، وعن

قوله: (وكذلك بعد العقد في البيع الخ) حاصل هذا لا صحة بعد العقد كانت العقدة بيعاً أو سلفاً لأن ذلك هدية مديان، وفي أثناء العقد عدم الصحة في السلف لأنه شرط منفعة في عقدة السلف وفي البيع الجواز، وملخصه المنع مطلقاً إلا في عقدة البيع بالجواز. قوله: (وأما المسألة الثالثة الخ) ليس هذا هو المذهب بل المذهب أنه فزق بين الثياب والحيوان والعقار وإن شرط المنفعة جائز في الجميع، قال في التوضيح على قول ابن الحاجب: إذا اشترط المرتهن منفعة مدة معينة جاز في البيع دون القرض لأنه إجارة ما نصّه هذا بيع السلعة بثمن سمّاه وبعمل الدابة مثلاً فلذلك جاز لأن المشهور جواز البيع والإجارة، وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق بين الحيوان وغيره وهو اختيار ابن القاسم وعلّله بأنه إجارة، وعن مالك أيضاً كقول ابن القاسم، وبه قال أشهب وأصعب، قال في البيان: وكره ذلك مالك وظاهرها كراهة ذلك ابتداء، وكون هذا من باب البيع والإجارة هو في ابن يونس وأبي الحسن وهو ظاهر لا شك فيه. وفي المنتخب: وقال ابن القاسم وأنا لا أرى في هذا بأساً في الحيوان وغيره إذا ضرب لذلك أجلاً لأنه إذا باعه سلعة بثمن سمّاه وبعمل هذه الدابة أو بلبس هذا الثوب فيصير بيعاً وكراء الخ. وفي الجواهر: هذه إجارة وبيع. وعبارة المتيطي: يجوز ذلك في الحيوان وغيره في قول ابن القاسم وكرهه مالك في الحيوان والثياب، قال ابن القاسم: لأنه لا يدري كيف ترجع الخ. وما علّل به هنا ابن الناظم قول غير ابن القاسم كأن ابن القاسم أجاب عنه بقوله لأنه إجارة يعني وإجارة الثوب والدابة جائزة، والغرر في الرهن جائز، فلا يقال كيف يبقى الثوب بعد الانتفاع به، واللخمي حمل الكراهة على المنع وتبعه ابن سلمون حيث عبّر عن ذلك بالمنع، وعبارة الكافي: ويكره. وقد تبين أن الصحيح هو عموم قول المختصر، وجاز شرط منفعته إن عينت ببيع، وفي ضمانه إذا تلف تردد مع أن قوله وفي ضمانه إنما يتأتى فيما يغاب عليه كالثياب، وقد بيّننا أن الرجح هو الضمان في هذا، انظر شرحنا ففيه فوائد، والعجب من هذا الشارح حيث لم

هذا المعنى عبر بقوله: وفي التي وقت اقتضاها خفي، أي وإلا المنفعة التي وقت اقتضاها يختلف، وخرج بذلك الدور والأرضون ونحوها لأن منفعتها لا تختلف لأن في الدور السكنى وفي الأرض الاعتمار فلا ينقص استعمالها منها ولا كذلك الثياب والحيوان. قال في المقرب: قلت: فهل يجوز للمرتهن أن يشترط شيئاً من منفعة الرهن؟ فقال: إن كان من بيع فذلك جائز، وإن كان من قرض فإن ذلك لا يجوز لأنه سلف جر منفعة إلا أن مالكا قال لي إذا باعه بيعاً وارتهن رهناً (واشترط منفعة الرهن إلى أجل) فلا أرى به بأساً في الدور والأرضين، وأكره ذلك في الثياب والحيوان اهـ. وقوله: وفي الذي عطف على قوله إلا في الأشجار فالذي صفة لمحذوف أي وإلا الرهن الذي للدين، وضمير به للرهن

يشر لشيء من هذا تبعاً لابن الناظم على عادته، وصاحب التحفة تبع ابن سلمون وذلك لا يحل اعتماده مع وجود ما ذكرناه، وعبارة المقرب: وأكره ذلك في الثياب والحيوان. قوله: (واشترط منفعة الرهن إلى أجل الخ) ظاهره أن النقد لا يجوز فيه هذا الشرط، قال العبدوسي على المدونة: إذا كان الثمن نقداً لا يجوز فيه شرط المنفعة، لكن في الكافي ما نصّه: ويضرب للانتفاع به حداً معلوماً كان أبعد من أجل ثمن السلعة أو مثله أو أقرب اهـ. وما في العبدوسي لم يظهر لنا لأن هذا بيع وإجارة فأى مانع يمنع منه مع أنه كيف يكون الرهن في بيع النقد إلا إذا كان على أن يأتي بالثمن مثلاً، نعم إن باع على النقد واشترط المنفعة على أن يؤخره فذلك سلف جر نفعاً لأن التأخير سلف فافهم.

تنبيه: قولهم: هذا بيع وإجارة واجتماعهما جائز ظاهر غاية، وبيان ذلك إذا باع زيد كتاباً من عمرو بعشرة دنانير مثلاً إلى أجل سنة ورهنه عمرو عبداً في ذلك وشرط زيد منفعة العبد له سنة ومنفعته في السنة مثلاً تقوم بدينارين فالكتاب ثمنه عشرة وتلك المنفعة فوق العشرة فخمسة أسداسه بيع وسدسه في منفعة العبد إجارة، فالخارج من يد زيد كتاب، والخارج من يد عمرو عشرة دنانير، ومنفعة العبد سنة، وإذا ثبت هذا فقولهم هنا لا يجوز اشتراط الثمرة إلا إذا طابت وكان ذلك في عام طبيها فقط إنما لم نجز ذلك لأن صاحب المختصر قال في كتاب الإجارة لا لأخذ ثمرة لأن الإجارة لا تكون إلا في المنافع والثمرة، ولأن هذا شراء ثمر لم يبد صلاحه أو لم يوجد وذلك غرر، وجاز ذلك فيما طابت لعامها لأن ذلك شراء لها وقد قال: وجاز بيع ثمر الخ. والأرض إنما يجوز شرط منفعتها إذا رويت لا قبل ذلك كما في العبدوسي وغيره لقول المختصر: وأرض لم يؤمن ربتها مفهومه أنه إذا أمن جاز وهو كذلك، وشرطوا أيضاً أن لا يكون الدين من طعام وإلا فلا يجوز رهن الأرض واشترط منفعتها لأنه كراء أرض بما يخرج منها، وبيننا هذا كله مع زيادات في الشرح بأنقال محررة، وإنما أطلنا في هذا لكثرة وقوع هذه المسائل في هذه الأوقات التي هي في حدود الثلاثين بعد مائة وألف، وإنما كان صاحب المختصر لم يتنازل لهذه الزيادات لما أشرنا إليه، لأنه إذا صح هذا بأنه كراء فيجري على حكمه، وقد بينه في محاله كما أشرنا لبعضه حتى قال في مسألة الطعام: وكراء أرض بطعام أو بما تنبت الخ. والحاصل ما يكون جائزاً في محض الكراء يكون جائزاً مع جمعه مع البيع والعكس بالعكس، ولو كان البيع يجوز والكراء المجموع معه لم يجز لحرمت الصفقة كلها لجمعها حلالاً وحرماً فافهم.

الموصوف بالذي وبأوه ظرفية وكأنه من باب القلب، أي إلا الدين الذي فيه الرهن من سلف، ويحتمل أن المراد إلا العقد الذي الرهن فيه من سلف فلا يجوز فيه اشتراط المنفعة.

وَبَجَوَازِ بَيْعِ مَخْدُودِ الْأَجْلِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ رَاهِنِ جَرَى الْعَمَلِ
مَنْ جَفَلِهِ ذَلِكَ لَهُ وَلَمْ يَحِنْ دَيْنٌ وَلَا بِمُقَدَّةِ الْأَصْلِ قَرْنٌ

يعني أن من رهن رهنأ في حق إلى أجل محدود وجعل للمرتهن بيع ذلك الرهن (بمعنى أنه وكله) على بيعه إن حلّ الأجل ولم يقضه حقه وكان جعله له ذلك بعد عقد المعاملة وقبل حلول الأجل المضروب أي فيما بينهما فإنه جرى العمل بجواز بيع المرتهن للرهن المذكور إذا حلّ الأجل ولم يقضه حقه من غير إذن الراهن إذناً ثانياً، ومفهومه أنه لو جعل له بيعه في عقد البيع أو بعد حلول الدين فإن ذلك كالعدم لأنها وكالة اضطرار، وعلى اعتبار الإذن الحاصل في نفس العقد، لكن بالنسبة للأمين ذهب الشيخ خليل حيث قال: وللأمين بيعه بإذن في عقده، فقلوه: وبجواز يتعلق بجري، ومحدود صفة في اللفظ المحذوف أي رهن محدود أجله، ومن غيره يتعلق ببيع أيضاً، وجعل مصدر مضاف للمفعول أي مع جعل الراهن ذلك البيع له أي للمرتهن، والحالة أنه لم يحن أي لم يحل أجل ذلك الدين ولا قرن أي الجعل الذي هو التوكيل على البيع بعقده الأصل الذي هو البيع أو القرض بل بعده وقبل حلول الأجل، فقرن عطف على يحن وبعقده يتعلق بقرن ونائب قرن يعود على الجعل، هذا ظاهر كلام الناظم وهو الذي

قلوه: (بمعنى أنه وكله الخ) هذه مسائل كثيرة يطول تتبعها، لكن نذكر كلام المتن لخليل ونختصر شرحه بما هو الراجح وبه تعرف الصحيح من غيره من كلام هذا الشارح ونصه، وللأمين بيعه بإذن في عقده إن لم يقل إن لم آت كالمرتهن بعده وإلا مضى فيهما الخ. فقلوه في عقده: وأخرى بعده كما في شروحه ومحشيه، وقلوه كالمرتهن بعد أي بعد العقد بيعاً كان أو قرضاً تطوع بالرهن أو شرط في أصل المعاملة، وقد ذكر ابن عرفة ذلك. وقلوه: إن لم يقل الخ هو راجع لصورتى الجواز، ومفهوم بعده أنه لا يجوز في أثناء العقد وهو كذلك كما هو في كلام الناس، مع أن قوله بعده فيه نظر ولكن المصنف تابع لغيره لأنه شبه هدية المديان كما نقله ابن عرفة والمصنف في توضيحه عن المتيطي وسلماه، ولكن الجواب وإن كان الاعتراض مذكور حتى في الوثائق المجموعة أن هذا الإذن في البيع لا زيادة فيه لصاحب الحق إنما هو يوصل صاحب الحق إلى حقه بلا زيد وهو وإن كان يسقط عن رب الحق مشقة لكن لا زيد، وقف على مسألة من له دين على رجل فأسلفه آخر على في شرط تصديق المقرض في عدم القبض، وقف على مسألة من له دين على رجل فأسلفه آخر على أن يشهد بالدينين في الرهن عند قول المتن: أو في قرض الخ ففيه شبه ما هنا مع كونه لم يشهد بالأول أو لا يظهر لك ما أشرنا إليه، وما استدلل به ابن عرفة ليس متفقاً عليه، وأن ابن العطار جوز جعل التصديق بعد العقد في القرض بل الصحيح هو الجواز حتى في القرض شرط، وقف على هذا عند قول المصنف في القرض وكعين كرهت إقامتها، وما جاز شرط هذا التصديق إلا لأجل ما ذكرناه والعلم عند الله تعالى وفي ذلك كفاية. وقلوه: وإلا مضى فيهما ظاهره وقع فوت في المبيع أو لا كان كثيراً أم لا وهو كذلك الخ.

في ابن سلمون ولفظه قال بعضهم: وإنما لا يغني التقديم في البيع وإن جعل له ذلك دون مشورته ولا سلطان إذا كان التقديم في عقد البيع أو عند حلول الدين لأنها وكالة اضطرار. وقال إسماعيل القاضي وغيره: ذلك جائز نافذ، ولو كان ذلك بعد عقد البيع وقبل حلول أجل الدين لجاز الشرط وعملت الوكالة باتفاق لأنها على طوعية. قال محمد ابن عمر: وإذا كان هذا التقدم والرهن في قرض فلا يجوز لأنه سلف جر منفعة إذ قد رفع عن نفسه المؤنة في بيعه ومشورة القاضي. وقال محمد بن أحمد: ذلك جائز اهـ. فقلوه: ولو كان ذلك بعد عقد البيع إلى قوله على طوعية هو منطوق قول الناظم: مع جعله ذاك له البيت، وقوله: وإنما لا يغني التقديم في البيع إلى قوله: لأنها وكالة اضطرار هو مفهوم قوله مع جعله ذاك له البيت. وقوله: وقال إسماعيل القاضي هو مقابل قوله: وإنما لا يغني التقديم، وقال إسماعيل القاضي يغني أي يكفي، وقوله: قال محمد ابن عمر الخ لما ذكر أن التقديم على البيع إذا كان بعد العقد وقبل حلول أجل الدين فهو جائز، وكان ظاهره العموم كان الدين من بيع أو قرض استدرك الخلاف في ذلك، وأن محمد بن عمر قيد جواز ذلك بالبيع دون القرض، وأن محمد بن أحمد أجاز ذلك في القرض والبيع معاً وهذا هو ظاهر النظم، ويحتمل أن يكون معنى قوله ولا بعقدة الأصل قرن أنه يجوز للمرتهن بيع الرهن من غير إذن الراهن إذا لم يكن الرهن مقروراً بعقدة البيع أو القرض بأن كان متطوعاً به بعد العقد، أما إن كان مشروطاً في أصل المعاملة فلا يجوز للمرتهن بيعه من غير إذن الراهن، فنائب قرن على هذا الاحتمال ضمير الرهن، وهو الموافق لنقل الشارح عن المتيطي أنه إن اشترط المرتهن على الراهن أن له بيع الرهن عند الأجل من غير مؤامرة صاحبه، أو العدل إن كان على يد عدل جاز إن كان الرهن بعد عقد البيع لأن كل ذلك معروف من الراهن والإذن في بيعه. قال بعض الشيوخ: وذلك جائز باتفاق، واختلف إذا كان ذلك شرطاً في أصل العقد فقال مالك: لا يباع إلاً بأمر السلطان إن كان الرهن بيد المرتهن أو بيد عدل فإن بيع نفذ البيع ولم يرد. ثم قال: وقال ابن رشد: ولو طاع الراهن للمرتهن بعد البيع وقبل حلول الأجل بأن رهنه رهنًا ووكله على بيعه عند حلول الأجل دون مؤامرة سلطان جاز اتفاقاً لأنه معروف منه، وكذلك شرط توكيل غيرهما وهو الواقع في عصرنا اهـ. وحاصله: أن الرهن إذا كان متطوعاً به بعد العقد فللمرتهن بيعه اتفاقاً وإليه أشار الناظم بقوله: ولا بعقدة الأصل قرن، ومفهومه إن كان مشروطاً مدخولاً عليه فليس للمرتهن بيعه وهو قول مالك كما تقدم، والاحتمال الأول المؤيد بكلام ابن سلمون هو أقرب لعبارة الناظم حيث عيّن وقت الجعل بقوله: مع جعله ذاك له ولم يحن الخ وليس ذلك في عبارة المتيطي على نقل الشارح والله أعلم.

تنبيهات: الأول: ما ذكره الناظم من أنه إذا أذن بعد عقد الرهن وقبل حلول الأجل جاز للمرتهن البيع بذلك. قال في التوضيح: قال صاحب البيان وابن مرزوق: لكن نقل المتيطي عن بعض الموثقين منعه (لأنه هدية مديان). والثاني: ما فهم من كلام الناظم من

أن الإذن إذا كان بعد الأجل لا عبرة به هو خلاف قول ابن الحاجب ولا يستقل المرتهن بالبيع إلا بإذن بعد الأجل. التوضيح: قوله: ولا يستقل بل يرفع إلى الحاكم ليطالب الراهن أو يكلفه البيع فإن امتنع باع عليه اه. الثالث: قال في التوضيح عن الجواهر: فلو قال الراهن لمن على يده الرهن من مرتهن أو عدل إن لم آت إلى أجل كذا فأنت مسلط على بيع الرهن فلا يبيعه إلا بأمر السلطان فإن باعه بغير إذنه نفذ اه. ونحوه في المدونة ثم قال: وإنما لم يجز البيع هنا للأمين إلا بأمر السلطان لأنه قيد البيع بأن لم يأت، ومن الجائز أن يكون أتى أو حاضرًا معه في البلد فلذلك لا بد له من نظر السلطان، بخلاف الأول فإنه قد أذن إذنًا مطلقاً. وعلى ما في الجواهر والمدونة من التقييد بقوله: إن لم آت عول الشيخ خليل مع اعتبار الإذن الحاصل في نفس العقد بالنسبة للأمين والحاصل بعد العقد بالنسبة للمرتهن حيث قال: وللأمين يبيعه بإذن في عقده إن لم يقل إن لم آت كالمرتهن بعده وإلا مضى فيهما. فرع: إذن الراهن في بيع الرهن هو توكيل منه على ذلك، والقاعدة أن للموكل عزل وكيله إلا إذا تعلق بالوكالة حق الغير كمسألتنا هذه فليس له حينئذ عزله لأن المرتهن تعلق له حق بالوكالة. قال اللخمي: لأن في ذلك حقاً للطالب إن كان حاضرًا فله أن لا يتكلف مطالعة سلطان وإن كان غائباً أن لا يتكلف إثباتها اه.

وَجَارَ رَهْنُ الْعَيْنِ حَيْثُ يُطْبَعُ عَلَيْهِ أَوْ عِنْدَ أَمِينٍ يُوَضَّعُ
(يعني أنه يجوز رهن العين) ذهباً كان أو فضة إذا طبع عليه أو جعل بيد أمين لأنه

قوله: (يعني أنه يجوز رهن العين الخ) العين عند ابن عرفة مسماها والمسكوك وصاحب المختصر قال: والمثلي ولو عيناً بيده إن طبع عليه وذلك حسن حيث عبر بما يخص المسكوك، وحاصل ما لخصناه من كلام الناس في الشرح أن ما لا يعرف بعينه إذا وضع على يد أمين فالجواز مطلقاً وعند المرتهن بلا طبع فالفساد مطلقاً على المذهب، ومذهب أشهب مقابل خلاف ما يقتضيه كلام التحفة هنا ولم يبين ذلك من شرحها وإن ذلك مقابل للمذهب، وحاصل مذهب أشهب أن غير العين جائز بلا طبع والعين لا تجوز إلا بالطبع أو لا ينبغي إلا بالطبع ولا فساد عنده مطلقاً ولكن يستقل الطبع، وما اعترضه الناس من كلام خليل لا عبرة به، وإنما ذكر ما ذكره على الوجه المذكور لأجل أمر تفتن له لم يفتن له غيره، قف عليه في الشرح تشهد للمصنف بأن له الباع الطويل في الاختصار والاقتصار، وعلل الباجي وجه الطبع بقوله: مخافة أن ينتفع بما لا يعرف ويرد مثله ونحوه في صريح المدونة، وقال المازري: وإنما امتنع إذا لم يطبع على ما لا يعرف بعينه ولم يوضع عند أمين حماية للذريعة أن يكون الراهن والمرتهن قصداً أن يقبض على وجه السلف وسمياً ذلك القبض رهناً، واشترط السلف في المدانية والمبايعة ممنوع والتطوع به كهبة المديان، هذا لفظ التوضيح عنه مسلماً لذلك وكلا العلتين فيها ما فيها، أما الأولى فيقال عليه وما المانع من فك الطبع والانتفاع بالمطبوع عليه وأي شيء يلزمه إن فعل فهو بصدد الانتفاع في الجملة. وأما الثانية فالاعتراض فيها ظاهر لأن الراهن والمرتهن إن لم يرهما أحد فلا يحتاجان إلى هذا وإن كانا يراهما الناس فيقول الراهن للمرتهن أولاً خذ مطبوعاً أمام الناس واذهب به وافعل ما شئت بعد الغيبة عنهم. وقد قال أبو الحسن: المراد بالطبع طبع لا يقدر على فكّه غالباً، وأما ما لا يقدر على فكّه أصلاً فليس في

حيث لم يطبع عليه ولا جعل تحت يد أمين يتهم المرتهن بسلفه ورد مثله. ابن الحاجب: وما لا يعرف بعينه إن لم يطبع عليه أو يكون عند أمين امتنع مطلقاً. وقال أشهب: إن كان نقداً لقوة التهمة. التوضيح: يعني أن الرهن إذا كان ممّا يعرف كالحیوان والكتاب. قال في المدونة: والحلي جاز أن يوضع تحت يد المرتهن وغيره وإن كان ممّا لا يعرف بعينه فالمشهور أنه ممتنع إلا أن يطبع عليه أو يوضع تحت يد أمين. المازري: وإنما امتنع إذا لم يطبع عليه أن يوضع تحت يد أمين حماية للذريعة أن يكون الراهن والمرتهن قصداً أن يقبض على جهة السلف ويسميا ذلك القبض رهناً، واشترط السلف في المداينة والمبايعة ممنوع والتطوع به كهبة مديان، وقوله مطلقاً أي كان نقداً أو طعاماً مكياً أو موزوناً. وقال أشهب: إنما يمتنع في النقد، وهكذا نقل المازري ولفظه: وإن كان ممّا لا يعرف بعينه وليس من الأثمان التي هي الدنانير والدراهم والفلوس كالمكيل والموزون فإن في ذلك قولين المشهور منهما إلحاق ذلك بالدنانير والدراهم، وقد أجاز أشهب ذلك لأن التصرف في الدراهم والدنانير ممن وضع يده عليها بغير إذن مالكها مستخف، ويبعد استخفاف ذلك في المكيل والموزون اهـ. قال الشارح: ظاهر اقتصار الشيخ على ذكر العين دون الطعام وما أشبهه أنه موافق لما نقل عن أشهب في المجموعة دون ما تقدم لابن القاسم في إلحاقه ما لا يعرف بعينه ممّا يكال أو يوزن بالعين والله أعلم.

وَالرَّهْنُ لِلْمُشَاعِ مَعَ مَنْ رَهَّنَا قَبْضُ جَمِيعِهِ لَهُ تَمَعِينًا
وَمَعَ غَيْرِ رَاهِنٍ يَكْفِيهِ أَنْ يَحُلَّ فِيهِ كَحُلُولِ مَنْ رَهَّنَ

تكلم في البيتين على كيفية قبض الرهن إذا كان جزءاً مشاعاً أي غير معين، بل هو عام شائع في جميع ذلك الشيء المرتهن بعبه كنصف دار أو ربعها أو غير ذلك من الأجزاء، فإن النصف مثلاً لا يختص بموضع منها دون آخر بل هو عام في كل جزء منها، وهكذا الربع والثلث وسائر الأجزاء المشاعة لا تختص بمحل دون آخر، فمن رهن جزءاً كربع مثلاً فإن ما عدا ذلك الجزء لا يخلو أما أن يكون للراهن أيضاً كمالك دار رهن نصفها مثلاً، وإما أن يكون لغير الراهن كمن يملك نصف دار فرهنه، وإما أن يكون للراهن ولغيره معاً كمن يملك ثلاثة أرباع دار فرهن نصفها، فالوجه الأول لا يتم الرهن فيه إلا بحوز جميع الدار مثلاً وإلى هذا الوجه أشار بالبيت الأول. وأما الوجه الثاني فيكفي في حوزة حوز النصف الذي يملكه الراهن وإليه أشار بقوله: ومع غير راهن البيت.

قدرتهما والطبع الذي يقدر على فكه كل أحد كلا طبع اهـ. وفي البرزلي: يكفي من الطبع أن يكون الطبع إذا أزيل علم زواله اهـ. يقال: وما الحكم إذا علم زواله اللهم إلا أن يقال يؤدب، ولكن هذا أيضاً بعيد لأنهما على العلة الأولى اتفقا على الربا فهما لا يتخاصمان في هذا غالباً لإذن الراهن للمرتهن في هذا فيما بينهما، وكذا يأتي الإشكال على تفسير أبي الحسن للطبع إن تأملت.

(وأما الوجه الثالث): فلا بدّ فيه من حوز الثلاثة الأرباع إذ بحوزها يحل محل الراهن، ويصدق على هذه الصورة أيضاً قوله: ومع غير راهن الخ لأنه يصدق بغير الراهن وحده كما في الصورة الثانية، وبغير الراهن ولغير الراهن معاً كما في الصورة الثالثة، والمقصود في الصور كلها رفع يد الراهن وعدم جولانها في الرهن. قال ابن يونس: قال مالك: ولا بأس برهن جزء مشاع غير مقسوم من ربع أو حيوان أو عرض وقبضه إن كان بين الراهن وغيره أن يحوز المرتهن حصة الراهن ويكرهه ويوليه مع من له فيه شرك كرهه، ولا بأس أن يضعاه على يد الشريك والحوز في ارتهان ما يملك الراهن جميعه من عبد أو أمة أو دابة أو ثوب قبض جميعه. قال ابن يونس: واختلف في الدار فقيل لا يجوز حتى يقبض المرتهن جميعها أو تكون على يد عدل، وقيل تكون بيد الراهن مع يد المرتهن فيكرهان جميعاً، ويصحّ الحوز أو يضعانها جميعاً على غيرهما ما لم يكن الموضوع على يده هو القيم به مثل عبده أو أجيره. قال الشارح: إطلاق الشيخ رحمه الله في جواز رهن المشاع مع غير الراهن من غير تقييد له بإذن الشريك إن كان غير ربع ولا ينقسم يقتضي أنه اعتمد قول ابن القاسم في ذلك فإنه لا يشترط إذن الشريك. ابن عرفة: في الكلام على رهن المشاع وهو فيما باقيه لغير الراهن ربعاً أو منقسماً لا يفتقر لإذن شريكه وإن كان غيره ففي كونه كذلك ووقفه عليه قولان لابن القاسم وأشهب قائلان: لأن رهنه يمنعه من بيعه ناجزاً اهـ. وكذلك إطلاقه في حوز المشاع بحلول المرتهن محل الراهن دون التفرقة بين كونه داراً أو أرضاً فيكفي فيه ذلك، وبين كونه ممّا ينقل كالثوب والعبد فيكفي فيه ذلك على قول ابن القاسم دون قول أشهب أنه لا يكفي فيه ذلك يقتضي أنه اعتمد قول ابن القاسم أيضاً في ذلك دون قول أشهب.

وَالرَّهْنُ مَحْبُوسٌ بِبَاقِي مَا وَقَعَ فِيهِ وَلَا يَرُدُّ قَدْرَ مَا انْدَقَعَ

يعني أنه إذا أدى الراهن للمرتهن بعض حقه وطلب منه أن يرد له من الرهن ما يقابل ما دفع من الحق إذا كان الرهن ممّا ينقسم فليس له ذلك إلا برضا المرتهن، والرهن بجملته محبوس بباقي الحق إلى أن يقع منه الخلاص. ابن عرفة: وكل جزء من الرهن رهن بكل جزء من الدين الذي هو رهن فيه بمعنى الكلية فيهما لا بمعنى التوزيع إن اتحد مالك الدين وإن تعدد ولا شركة بينهم فيه، فعلى معنى التوزيع. وفيها من رهن امرأته رهنأ بكل المهر قبل البناء ثم طلقها قبله لم يكن له أخذ نصف الرهن والرهن أجمع رهن بنصف المهر، كمن قضى بعض الدين أو وهب له فكل الرهن رهن بما بقي، وفيها من رهن داراً من رجلين صفقة واحدة في دين لهما ولا شركة بينهما فقضى أحدهما كل حقه أخذ حصته من الدار اهـ. ومن المدونة: من ارتهن دابة أو داراً أو ثوباً فاستحق نصف ذلك من يد المرتهن فباقيه رهن بجميع الحق اهـ. وفي مختصر الشيخ خليل: وإذا قضى بعض الدين أو سقط فجميع الرهن فيما بقي كاستحقاق بعضه، وبباقي يتعلق بمحبوس، وما

موصول مضاف إليه ما قبله. واقع على الدين أي بباقي الدين الذي وقع الرهن فيه ولا يرد من الرهن قدر ما دفع من الدين.

وَشَرَطُ مِلْكِ الرَّهْنِ حَيْثُ لَا يَقَعُ إِنصَافُهُ مِنْ حَقِّهِ النَّهْيُ وَقَعُ

يعني أنه نهى عن أن يشترط المرتهن على الراهن أنه إن لم ينصفه من حقه لأجل كذا ملك الرهن في ذلك الحق وذلك هو غلق الرهن الذي ورد النهي عنه. ذكر الإمام مالك في موطنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلُق الرهن». قال مالك: تفسير ذلك فيما نرى والله أعلم أن يرهن الرجل الرهن عند الرجل بشيء وفي الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك إلى أجل يسميه له وإلا فالرهن لك بما فيه فهذا لا يصح ولا يحل وهو الذي نهى عنه، وإن جاءه صاحبه بالذي رهن به بعد الأجل فهو له وأرى هذا الشرط منفسخاً. وفي ابن يونس: ومن لك عليه دين إلى أجل مع بيع أو قرض فيرهنتك به رهناً على أنه إن لم يفتده منك إلى أجل فالرهن لك بدينك لم يجز وينقض هذا الرهن ولا ينتظر به الأجل. قال أبو محمد: ويصير السلف حالاً ولك أن تحبس الرهن حتى تأخذ حقك وأنت أحق به من الغرماء. قال ابن يونس: وهذا إذا كان الرهن في أصل البيع أو السلف، وإذا كان الأمر كذلك فسد البيع والسلف لأنه لا يدري ما يصح له في ثمن سلعته الثمن أو الرهن، وكذلك في السلف لا يدري هل يرجع إليه ما أسلف أو الرهن، ولو كان هذا الرهن بعد أن وقع البيع أو السلف لم يفسخ إلا الرهن وحده ويأخذه ربه ويبقى البيع والسلف بلا رهن إلى أجله، ولا يكون المرتهن أحق بهذا الرهن في فلس ولا موت اهـ. وشرط مبتدأ أول وهو مضاف للمفعول، وانصافه فاعل يقع، ومن حقه يتعلق بإنصافه والنهي مبتدأ ثان خبره جملة وقع، والجملة خبر المبتدأ الأول وفاعل وقع يعود على النهي، والرابط لجملة الخبر بالمبتدأ الأول محذوف أي عنه، وهذه المسألة من الزوائد على ما في المختصر.

فصل في اختلاف المتراهنين

ذكر الناظم من اختلاف المتراهنين ثلاث مسائل: الاختلاف في عين الرهن، والاختلاف في حلول الأجل، والاختلاف في صفة الرهن.

وَفِي اخْتِلَافِ رَاهِنٍ وَمُرْتَهِنٍ فِي عَيْنِ رَهْنٍ كَانَ فِي حَقِّ رُهْنٍ
الْقَوْلُ قَوْلُ رَاهِنٍ إِنْ صَدَقَا مَقَالُهُ شَاهِدُ حَالٍ مُطْلَقًا
كَأَنَّ يَكُونُ الْحَقُّ قَدْرَهُ مِائَةً وَقِيَمَةُ الرَّهْنِ لِعَشْرِ مُبْدَأَةً

يعني أنه إذا اختلف المتراهنان في عين الرهن فقال الراهن: ليس هذا رهني ورهني

فصل في اختلاف المتراهنين

قوله: (ادعى ما يشبه الخ) قال في المختصر: وهو كالشاهد في قدر الدين لا العكس الخ.

أفضل من هذا، وقال المرتهن: بل هو رهنك، فالقول قول الراهن إن صدقه العرف والحال. قال في العتبية: قال أصبغ فيمن رهن رهناً بألف دينار فجاء ليقبضه فأخرج المرتهن رهناً يساوي مائة دينار فقال الراهن ليس هذا رهني وقيمة رهني ألف دينار وذكر صفة تساوي ألف دينار فالراهن مصدق مع يمينه لكونه (ادعى ما يشبه) وادعى المرتهن ما

فقوله: لا العكس أي لا يكون الدين شاهداً على الرهن أي والرهن يشهد على الدين هذا الذي في المتن، وصاحب التحفة مرّ على أن الدين يشهد على الرهن، وما في التحفة هو قول أصبغ، واختاره ابن رشد قائلاً قول أشهب إغراق أي القائل بما في المختصر، وكلام ابن فرحون في التبصرة يدل على ترجيح ما اختاره ابن رشد، وابن عبد السلام قال: والأقرب أنه لا فرق بين الصورتين أي في كون الرهن يشهد على الدين والعكس وهو الذي في التحفة واستدل له بقول أصبغ وقول ابن يونس كما لو قال: لم ترتني شيئاً دليل واضح للفرق، كما لا يخفى على من أنصف معنى ذلك أن المرتهن لو أراد الخديعة لقال لم ترتني شيئاً ولا كذلك الراهن فإنه لا يمكنه إنكار الدين من أصله بعد قوله هذا رهن عندك يشهد لي بقدر ديني فهو يقول هذا لأجل أن يشهد له بما ينفعه، والحاصل يلزم من الإقرار بالرهن بالإقرار بالدين أي من جهة المرتهن، إذ لا يكون الرهن إلا في مقابلة الدين الدين، ولا يلزم من كون المرتهن يذكر أن له ديناً أن يكون ذلك الدين في رهن لأن الدين لا يلزمه أن يكون له رهن لأنه يوجد بدون رهن كثيراً، وما ذكرناه من قولنا لو أراد الخديعة ذلك معتبر عند الفقهاء وهو قول المختصر كدعوة ردّ ما لم يضمن، وحاصله أن من ادعى ردّ شيء لصاحبه وقد قبضه بلا إشهاد فإنه يصدق في هذا الردّ إن كان على تقدير إذا ادعى تلفه فإنه يصدق، كقبضه الوديعة بلا إشهاد فإنه يصدق في ردّه إذ لو أراد الكذب لقال تلفت فله مخرج يهرب إليه فيصدق في الردّ، ولا كذلك العارية التي يغاب عليها أو رهن ما يغاب عليه فإنه لا يصدق في ردّ ذلك لأنه لا مخرج له فإنه لا يقبل منه التلف أي حيث ثبت أنه أعير وارتهن، وهذا مبين في شرح المحل المذكور وهو في فصل الوديعة والمرتهن له مخرج بقوله لم ترتني شيئاً، ولو أراد الكذب لم يقل هذا رهنك بل يقول لم ترتني شيئاً، فتعليل ابن يونس حسن غاية وتفريق بلغ في التحقيق النهاية، هذا وقد قال في المعونة: القول للمرتهن في عين الرهن لأنه مؤتمن على عين الرهن والراهن يريد تضمينه وقد ائتمنه ولم يتوثق منه بالإشهاد على عينه الخ. وهذا دليل آخر لا سيما وهو من القاضي عبد الوهاب، وقال الباجي في منتقاه وجه تصديق المرتهن في الرهن ما نصّه: أن الرهن مبني على أن قيمته لا تراعى يوم الرهن وإنما تراعى يوم يحتاج إلى بيعه ولذلك يرتهن ما لا قيمة له يوم الرهن كالشجرة التي لم تؤبر فلذلك لم يشهد الدين بقيمته أي بقيمة الرهن. وقد روى أبو زيد عن أصبغ فيمن رهن رهناً بألف دينار فقضاها ثم أخرج إليه المرتهن ثوباً قيمته دينار واحد وقال الراهن رهنك شيئاً ووصف صفة تساوي ألفاً أن القول قول الراهن إذا تفاوت الأمر، هكذا قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه، وهذا عندي ليس من باب شهادة الدين، وإنما هو من باب أن يدعي ما لا يشبه ويدعي صاحبه ما يشبه فالقول قول مدعي ما يشبه لا إن هذا نوع من شهادة الدين للرهن والله أعلم وأحكم. انتهى المقصود منه بلفظه ونسب مقابل قول أشهب للمجموعة، وحنة قول أصبغ أن العادة جارية بأن الإنسان إنما يأخذ رهناً يساوي دينه وهذه علة ظاهرة، لكن عارضها ما قاله ابن يونس والقاضي مع كون الدين كثيراً يكون بلا رهن، وما في المختصر هو مذهب أشهب

لا يشبه، فإذا حلف أي الراهن سقط عنه من الدين مقدار قيمة رهنه اه. ونقله المواق وقال أثره ما نصه: وقال أشهب القول قول المرتهن وإن لم يساو إلا درهماً واحداً، وقال عيسى عن ابن القاسم نحو قول أشهب. ابن حبيب: وبه أقول وقاله ابن عبد الحكم. ابن يونس: كما لو قال لم ترهني شيئاً اه. وعلى هذا القول ذهب الشيخ خليل بقوله لا العكس أي لا يكون شاهداً على الرهن. قوله «في عين رهن» يفهم منه أن قدر الدين متفق عليه، وجملة كان في حق صفة لرهن، ومقاله مفعول صدق وشاهد فاعله، ومعنى الإطلاق كان الراهن متهماً أو لا كذا قال بعض من شرحه، وجملة قدره مائة خبر يكون وجملة وقيمة الرهن لعشر مبدئة حالية. وقد استطرده الشارح هنا حكم اختلاف المتراهنين في صفة الرهن إذا ضاع مع اتفاقهما على قدر الدين أو اختلافهما فيه، وإذا كان الرهن شيئين فضاع أحدهما أو اختلفا في كونه رهنًا أو ودیعة أو عارية انظره فيه إن شئت.

(وَالْقَوْلُ حَيْثُ يَدْعِي) مَنْ ارْتَهَنَ حُلُولَ وَقْتِ الرَّهْنِ قَوْلُ مَنْ رَهَّنَ
وَفِي كَثُوبٍ خَلَقِي وَيَدْعِي جَدَّتَهُ الرَّاهِنُ عَكْسُ ذَا وَعِي

قائلاً: وإن لم يساو إلا درهماً واحداً. وقال عيسى عن ابن القاسم نحو قول أشهب، وبه قال ابن حبيب وقاله ابن عبد الحكم، وعلمه ابن يونس والقاضي بما رأيته، وظاهر المختصر في قوله لا العكس وإن ادعى المرتهن ما لا يشبهه قال عياض: وهو قوله في كتاب محمد، وفي العتبية عن أصبغ لا يصدق فيما لا يشبه وإنما يصدق في ذلك الراهن. قال أبو الحسن: واختلف في النقل عن ابن القاسم هنا وعبارة العبدوسي، ولابن القاسم هنا قولان: أحدهما إن القول للمرتهن مطلقاً وإن ادعى ما لا يشبهه ولا يكون الدين شاهداً على الرهن وهذا هو ظاهر الكتاب، ولأشهب مثل هذا القول قال أشهب: وإن لم يذكر المرتهن من الصفة إلا ما يساوي درهماً، وقال أصبغ قول أشهب هذا ليس بشيء الخ. وقد تبين أن القول للمرتهن مطلقاً وإن لم يشبهه هذا الذي يظهر ترجيحه وكيف وهو قول ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم، وبه قال ابن حبيب وهو ظاهر هنا فكيف يترك هذه الرواية أبي زيد عن أصبغ مع كون الأول اقتصر عليه في المعونة. ولا تغل: خالفت الأعلام. لأننا نقول: خالفهم من هو أعلى منهم مرتبة، والراجح ما في المختصر بدليل ما رأيته لا ما في التحفة فهو مرجوح تأمله بإنصاف، نعم المرتهن يحلف لأن هذه دعوى محققة غير مستبعدة، وبهذا وأمثاله كثرة تعلم اصطفاً خليل للمشهور والراجح لا أنه يجلب ما وجد، وإنما أطلنا في هذا لأن الناس ربما يميلون لما في التحفة أكثر من غيره، نعم قول التحفة كأن يكون الخ فيه تحرير لما قال أصبغ من عدم شبه المرتهن فإنه في هذا خطأ أشهب.

قوله في النظم: (والقول حيث يدعي الخ) حاصل البيتين القول للراهن في عدم حلول الدين إن أشبه، والقول في الثوب للمرتهن إن أشبه، وإن لم يشبه الأول أو الثاني فالقول لصاحبه، ومسألة حلول الدين هي قول المختصر في اختلاف المتبايعين، وفي انتهاء الأجل فالقول لمنكر التقضي، ومنكر التقضي أعم مما في النظم، فإن الاختلاف في الحلول يظهر أنه لا فرق بين أن يكون مع رهن أم لا، والناظم جعله في خصوص الضمان وليس ذلك خاصاً به فانظره في الشرح، وانظر الشرح في الإقرار عند قول المتن وقبل أجل مثله في بيع لا قرض وإن كان هذا في أصل الأجل فافهمه.

إِلَّا إِذَا خَرَجَ عَمَّا يُشْبِهُهُ وَفِي ذَا وَذَا فَالْعَكْسُ لَا يُشْتَبَهُ

اشتمل البيتان على مسألتين: الأولى: إذا اختلف المتراهنان في حلول أجل الدين المرهون فيه فادعى المرتهن حلول أجله وادعى الراهن عدم الحلول فالقول في ذلك قول الراهن وأنه لم يحل إلا إذا خرج قوله عما يشبهه وأشبهه قول المرتهن فالقول قوله. المسألة الثانية: إذا اختلفا في جدة الرهن وكونه خلقاً بالياً مع اتفاقهما على أنه هو فقال الراهن: كان جديداً وإنما خلق باستعمال المرتهن، وقال المرتهن كذلك رهنته خلقاً بالياً فالقول في ذلك قول المرتهن إلا إذا خرج قوله عما يشبهه وأشبهه قول الراهن فالقول قوله. قال في المقرب: قلت له فإن اختلف الراهن والمرتهن في حلول الحق فقال المرتهن قد حلّ وقال الراهن لم يحل قال: القول قول الراهن لأن المرتهن قد أقر أن الحق إلى أجل وادعى انقضاءه والأصل الاستصحاب إلا أن يدعي الراهن من الأجل ما لا يشبهه فلا يصدق. وفي طرر ابن عات: وكذلك إن أتى بثوب خلق وقال الراهن كان جديداً فالقول قول المرتهن بيمينه إذا أتى بما يشبهه اهـ. الجوهرى: وملحفة خلق وثوب خلق أي بال يستوي فيه المذكر والمؤنث لأنه في الأصل مصدر الأخلق أي الأملس والجمع خلقان وملحفة خليق صغروه بلا هاء لأنه صفة والهاء لا تلحق تصغير الصفات كما قالوا نصيف في تصغير امرأة نصف وقد خلق الثوب بالضم خلوقه أي بلي، وأخلق الثوب مثله، وأخلقته أنا يتعدى ولا يتعدى، وأخلقته ثوباً إذا كسوته ثوباً خلقاً، وثوب أخلاق إذا كانت الخلوقه فيه كله كما قالوا برمّة أعشار وأرض سباسب اهـ.

باب الضمان وما يتعلق به

عبر بعضهم بالضمان كابن الحاجب وبعضهم بالحمالة. قال ابن عرفة: الحمالة التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له. قوله: «لا يسقطه» في محل خفض صفة الدين، وفاعل يسقط ضمير الالتزام، ومفعوله البارز للدين لأن الضمان لا يسقط الحق عن المضمون، وأخرج بذلك الحوالة فإن التزام قبول المحال عليه للحوالة، وإن كان لا يشترط على المشهور يسقط الدين الذي كان للمحال بالفتح على المحيل بالكسر ويصير على المحال عليه، وقوله: أو طلب من هو عليه طلب بالخفض عطف على دين مدخول الالتزام ويدخل في ذلك الحمالة بالوجه والحمالة بالطلب.

وَسُمِّيَ الضَّامِنُ بِالْحَمِيلِ كَذَلِكَ بِالزَّعِيمِ وَالْكَفِيلِ

يعني أن الضامن يسمى بهذه الأسماء التي هي الحميل والزعيم والكفيل، والمراد من ذلك بيان صيغ الضمان. قال ابن عرفة: الصيغة ما دل على الحقيقة عرفاً، ففيها من

باب الضمان وما يتعلق به

قوله: (وإن أراد المال لزمه الخ) يعني وإن قال لم أرد مالاً ولا وجهاً فهو يحمل على

قال: أنا حميل بفلان أو زعيم أو كفيل أو ضامن أو قبيل أو هو لك عندي أو علي أو إلي أو قبلي، فهي حمالة لازمة إن أراد الوجه لزمه (وإن أراد المال لزمه).

وَهُوَ مِنَ الْمَعْرُوفِ فَالْمَنْعُ اقْتَضَى مِنْ أَخْذِهِ أَجْرًا بِهِ أَوْ عَوَضًا

يعني أن الضمان من المعروف فلا يجوز أخذ العوض في مقابلته. قال ابن يونس: وقال مالك في كتاب محمد: لا خير في الحمالة بجعل. قال ابن القاسم: (فإن نزل) وكان يعلم صاحب الحق سقطت الحمالة ورد الجعل، وإن لم يكن يعلمه

المال، وإن ادعى المضمون له أنه تكفل له بالمال وشرطه عليه وادعى الضامن خلاف ما زعم أنه شرط عليه فالقول للضامن، وهذا هو قول المختصر وحمل في مطلق أنا حميل أو زعيم أدين أو قبيل أو عندي وإلي وشبهه على المال والأرجح والأظهر لا إن اختلفا الخ فالقول للضامن أنه بغير المال. ومحصل ما لخصناه في الشرح أنه إذا قال أنا حميل فهو محمول على المال إلا أن يدعي أنه أراد الوجه فيقبل قوله عند اللخمي ومن تبعه، وعند عبد الحق يلزمه ضمان المال إلا أن يحضر المدين معدماً والأكثر على الأول، وعند الاختلاف فيما شرط فالقول للضامن أنه أراد الوجه.

قوله: (فإن نزل الخ) قال في المختصر: وبطل إن فسد متحمل به أو فسدت بكجعل الخ. فقوله: وبطل أي الضمان أي سقط لقوله تعالى: ﴿وبطل ما كانوا يعملون﴾ [الأعراف: ١١٨] وقوله: متحمل به العقدة لي الحقيقة هي الفاسدة لأنها هي التي يعرض لها الصحة والفساد، ولكن المتحمل به من متعلقاتها. وقوله: وبطل الخ ظاهره علم صاحب الحق بالفساد أو لا، وقعت الحمالة أثناء العقد أو بعد تمامه وهو كذلك. وقوله: أو فسدت بكجعل الخ أي مع علم الطالب لا إن لم يعلم فإنه لا يبطل، والفرق بينهما أن المتحمل به ثبوته على الضامن فرع ثبوته على المضمون عنه وهو غير ثابت في الصورة الأولى مع كون الفساد من المتعاملين ومنهما الطالب، وفي مسألة الجعل لم يعلم الطالب فالضامن له مدخل في دفع ماله بسببه مع أنه لم يعلم فساد أو لا دخل عليه. وقوله: بكجعل أدخلت الكاف كل حمالة فاسدة كالمتمحل بالكتابة وغير ذلك، وقد قال في المعونة لا تصح الحمالة بالكتابة هذا لفظه وكذا غيره، ولنمثل لك بعض ما تقدم قال الباجي في المتقى فيمن تحمل لأجل أخذ جعل ما نصّه: وذلك لأنه عقد معروف كالقرض فلا يصح فيه العرض والحمالة لازمة إن لم يعلم المتحمل له بذلك وإن علم سقطت، ثم قال: ومن باع طعاماً من بيع قبل قبضه وأخذ به حميلاً سقطت حمالته، ووجه ذلك إن ما تحمل به لا ينفذ على حسب ما تحمل به فبطلت الحمالة اه. وقال في الوثائق المجموعة: ولا تلزم الحمالة إلا في المعاملات الجائزة، وأما الفاسدة منها فالحمالة فيها ساقطة إذا علم المتحمل له بفسادها، فإن لم يعلم لزمته الحميل الحمالة بالقيمة، وكذلك لا تجوز الحمالة بالجعل، وتسقط الحمالة إذا علم المتحمل له ويرد الجعل اه. وانظر قوله: فإن لم يعلم الخ فإنه خلاف مذهب ابن القاسم في المدونة وكذا مذهب غيرها، وأن الحمالة ساقطة مطلقاً علم صاحب الحق بفسادها أم لا، وما ذكره في الوثائق إنما هو قول ولكن الراجح خلافه فيما يظهر ونص التهذيب، أما إن كان الفساد في المتحمل به كما لو أعطاه ديناراً في دينارين إلى شهر وتحمل له رجل بالدينارين فثلاثة أقوال: الأول: لابن القاسم في المدونة والعتبة ورواه عن مالك وهو قول ابن

فالحمالة لازمة للحميل ويرد الجعل على كل حال، وقاله أصبغ. وقال اللخمي: الحمالة بجعل فاسدة لأنه يأخذ الجعل، فإن كان المتحمل عنه موسراً كان من أكل أموال الناس بالباطل، وإن كان معسراً فغرم الحميل كان ربا سلف بزيادة، ففضاؤه عنه سلف والزيادة الجعل المتقدم، وهذا إذا كان الجعل يأخذه الحميل أو غيره، واختلف إذا كان يحصل الجعل أو المنفعة للغريم وكانت الحمالة بما حلّ ليؤخره به إلى أجل أو بما لم يحلّ ليأخذه إذا حلّ الأجل فإذا كان الجعل تحصل منفعته للحميل ردّ الجعل قولاً واحداً، ويفترق الجواب في ثبوت الحمالة وسقوطها، وفي صحة البيع وفساده، وذلك على ثلاثة أوجه، انظر تمامه في الشرح إن شئت. ابن الحاجب: ولا يجوز الضمان بجعل. التوضيح: أي لا يجوز للضامن أن يأخذ جعلاً سواء كان من رب الدين أو المديان أو غيرهما. المازري: وللمنع علتان: أولاهما: أن ذلك من بيعات الغرر لأن من اشترى سلعة وقال لرجل تحمل عني بثمانها وهو مائة على أن أعطيك عشرة دنانير، أو باع سلعة وقال لآخر تحمل عني الدرك في ثمنها إن وقع الاستحقاق وأنا أعطيك عشرة لم يدر الحميل هل يفلس من تحمل عنه أو يغيب فيخسر مائة دينار ولم يأخذ إلا عشرة أو يسلم من الغرامة فيأخذ العشرة. ثانيتهما: أنه دائر بين أمرين ممنوعين لأنه إن أدى الغريم كان له الجعل باطلاً، وإن أدى الحميل ورجع به على المضمون صار كأنه أسلفه ما أدى وربح ذلك الجعل فكان سلفاً بزيادة. مالك: ويرد الجعل. ابن القاسم: وإن علم بذلك الطالب سقطت الحمالة وإلا ردّ الجعل والحمالة عامة، وهذا إذا كان الفساد في الحمالة اهـ. محل الحاجة منه الآن.

فائدة: ثلاثة أشياء لا تفعل إلا الله سبحانه ولا يجوز أخذ الأجرة عليها: أحدها: الضمان. والثاني: رفق الجاه. والثالث: القرض، وقد جمعها شيخنا العالم المتفنن المرحوم بفضل الله وكرمه أبو محمد سيدي عبد الواحد بن عاشر في بيت فقال:

القرض والضمان رفق الجاه تمنع إن ترى لسفير الله
وَالْحَكْمُ ذَا حَيْثُ أَشْتَرِطَ مَنْ ضَمِنَ حَطًّا مِنَ الْمَضْمُونِ عَمَّنْ قَدْ ضَمِنَ

يعني أن الحكم المتقدم وهو المنع وعدم الجواز جار فيما إذا اشترط الضامن على المضمون له أن يحط عن المضمون بعض دينه الحال ويضمن له باقيه إلى أجل يضربانه وهو قول مالك في العتبية، وقيل بجواز ذلك وهو أبين. قال اللخمي: واختلف عن مالك فيمن كان عليه دين حال فأخره إلى أجل على أن يتحمل به رجل ويسقط الطالب بعض دينه فقال مالك وابن القاسم وأشهب وغيرهم في كتاب محمد فيمن كان له دين حال فقال له رجل: ضع له بعض دينك عليه وأنا أتحمّل لك بما بقي إلى أجل آخر لا بأس به لأنه قد كان له أن يأخذه بحقه حالاً فتأخيره له بحميل وقال سلف منه بحميل اختلفت رواية أشهب عنه بالجواز والكراهة. وقال مالك في العتبية: لا يصح ذلك. قال: وهو بمنزلة لو قال: أعطني عشرة دراهم من دينك وأنا أتحمّل لك فتكون الحمالة على هذا القول حراماً والأول أبين. وقال أشهب في كتاب محمد فيمن له على رجل عشرة

دنانير إلى أجل فقال له قبل الأجل: هل لك أن أحط عنك دينارين وتعطيني بالثمانية رهناً أو حميلاً؟ فلا بأس به. وقال ابن القاسم: لا يجوز اهـ. قيل: لأنه إذا أخذ رهناً أو حميلاً في حكم من تعجل حقه على أن أسقط بعضه. وقد ذهب الناظم على القول الثاني في المسألتين وهو المنع وعدم الجواز حلّ الدين أو لم يحل ولفظه يشملهما.

وَبِأَشْتِرَاكِ وَاسْتِوَاءٍ فِي الْعَدَدِ تَضَامُنٌ خُفِّفَ فِيهِ إِنْ وَرَدَ

التضامن تفاعل مصدر من تضامن، وهو أن يضمن كل منهما صاحبه، وظاهر ما تقدم منعه لأن كل واحد منهما ضمن صاحبه لأجل أن يضمنه هو فلم يقع الضمان لوجه الله تعالى، يعني أنه يجوز على وجه الرخصة والتوسعة أن يشتري اثنان أو أكثر سلعة بضمن في ذمتها على أن يضمن كل واحد منهما أو منهم بقية أصحاب (لكن بشرطين):

عبد الحكم أن الحمالة ساقطة، ومثله في الموازية لأن فيها وكل حمالة وقعت على حرام بين المتبايعين في أول أمرهما أو بعد فهي ساقطة لا يلزم الحميل بها شيء، علم بذلك المتبايعان أنه حرام أو جهلاه، علم الحميل بذلك أو جهله. محمد وسواء كان الفساد من عند البائع أو بسببه وهو قول أشهب لأن الحمالة بالحرام وبالأمر الفاسد باطلة، ووجه هذا القول إن الذي تحمل به الحميل هو الثمن لما سقط عن المتحمل عنه لفساد البيع سقط عن الحميل. (القول الثاني): أن الحمالة لازمة على كل حال علم الحميل بفساد البيع أو لا وهو قول ابن القاسم في العتبية وقول غيره في المدونة وقول سحنون في نوازله، ووجهه أن الكفيل هو الذي أدخل المتحمل له في دفع ماله لثقتة به فعليه الأقل من قيمة السلعة أو الثمن الذي تحمل به. (الثالث): التفصيل بين علم الحميل بالفساد فعليه أولاً فلا شيء عليه وهو لابن القاسم في العتبية قال: الذي يعطي ديناراً بدينارين ويتحمل له رجل بالدينارين إن كان علم فعليه الدينار الذي أعطاه، وإن كان لم يعلم فلا شيء عليه لأنه يقول: لو علمت لم أتحمّل ولم أدخل في الحرام، وهذا الخلاف إنما هو إذا كانت الحمالة في أصل البيع الفاسد، وأما إن كانت بعد عقده فهي ساقطة باتفاق الخ فانظره، مع أن صاحب الوثائق لم يذكر مقابلاً لما قاله، والفساد بالجعل المعتبر فيه وصول الجعل للحميل كان من عند المضمون له أو الضامن أو غيرهما، وكذا إن شرط الضامن أن الجعل يعطى لغيره فهو بمنزلة ما قبضه في الفساد لأنه كان ملكه ووجهه وهذا هو كلام الناس، وكلام التوضيح نقله هذا الشارح على قول الناظم: ويسقط الضمان الخ ببعض اختصار، وبه تعلم أن الرجوع قول النظم بعيده والحكم ذا الخ هو المنع الذي مرّ عليه الناظم، وإن كان اللخمي وابن الناظم قالوا الجواز أبين لأن قول الضامن اطرح عن المدين بعض الدين وأضمن لك هو في قوة أخذ الضامن جعلاً لأن هذه معاوضة وهي ممنوعة في الضمان كان الضامن قابضاً ذلك لنفسه أو اشترطه لغيره لخروجه من باب المعروف إلى باب المعاوضة فافهم، وللخمي تفصيل هو في شروح التحفة والمختصر يطول بنا جلبه، وملخص ما تقدم إذا فسدت العقدة بطل الضمان مطلقاً، وإن كان ضمان بجعل بطل الضمان مع علم المتحمل له لا إن لم يعلم.

قوله: (لكن بشرطين الخ) هذا هو قول المختصر مبالغاً على عدم الجواز ما نصّه: وإن بضمان

أحدهما: وقوع الاشتراك في السلعة الواقع فيها التضامن. وثانيهما: الاستواء في الاشتراك فيها، فإن انخرم أحد هذين الشرطين أو كلاهما فيمتنع ذلك. قال ابن الحاجب: لو اشتريا سلعة بينهما على السواء لجاز للعمل، فأشار بقوله للعمل أن القياس المنع والجواز لعمل الماضين. قال ابن عرفة: قلت: ولأن استواءهما في البيع وثمنه يوجب شبه مجموعهما بشخص واحد، واختلافهما في أحدهما يوجب تعددهما المقتضي للضمان بالجعل اهـ. وقد ذكروا هنا مسألة الحملاء الست فراجعها إن شئت في التوضيح أو غيره من المطولات والله أعلم. وتضامن مبتدأ سوغه العمل في اشتراك، وفي بمعنى مع واستواء عطف عليه وجملة خفف فيه خبر تضامن، وإن ورد بكسر الهمزة وفتحها فالكسر على أنها شرطية حذف جوابها لدلالة ما قبله عليه والفتح على أنها مصدرية أي خفف فيه لأنه ورد أي لوروده فحذف حرف الجر مع أن وهو كثير.

وَصَحَّ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعَاتِ وَتُلْكَ مِنْ مَنْ يُمْنَعُ كَالزُّوْجَاتِ

يعني أنه يشترط في الضامن أن يكون ممن له التبرع في المال ولا حجر عليه لأحد، وكذلك من حجر عليه في الزائد على ثلثه كالمريض والزوجة فإنه يصح ضمانه، فيما لم يحجر عليه فيه وهو مقدار ثلثه فأقل فلا يصح ضمان المحجور مطلقاً، ولا ضمان المريض أو الزوجة في الزائد على ثلثهما، ففاعل صح للضمان وثلث بالخفض عطف على أهل أي وصح الضمان من ثلث من يمنع من التبرع في الزائد على الثلث فيصح في الثلث فدون ولا يصح في أكثر منه. ابن عرفة: الباجي الحميل من لا حجر عليه (فيها كفالة ذات الزوج) في ثلثها، وإن تكفلت لزوجها ففيها، قال مالك: عطيتها

مضمونه إلا في اشتراء شيء بينهما أو بيعه كمقرضهما على الأصح الخ، ولا شك أنه أكمل مما في النظم، ومن وقف على الشرح استفاد سر هذه المسائل.

قوله: (فيها كفالة ذات الزوج) الحاصل لها أن تضمن الأجنبي في الثلث وإن كره زوجها ذلك، وإن تكفلت بأكثر فللزوج رد الجميع كما في شروح المتن، وكلام الباجي المشار إليه في الشرح هو قوله: إذا تكفلت المرأة بزوجه، ففي المدونة قال مالك: عطية المرأة زوجها جميع مالها جائز عليها وكذلك كفالتها عنه، ومعنى ذلك أن كفالتها عنه بإذنه ورضاه، فإن لم يرض بذلك فعلى مذهب ابن القاسم يبطل إلا أن يكون بثلث مالها فأدنى والله أعلم وأحكم، هذا لفظه من منتقاه، وصاحب المختصر قال: وصح من أهل التبرع كمكاتب ومأذون أذن سيدهما وزوجة مريض بثلث الخ ثم قال: وصح بالوجه وللزوج رده من زوجته، وقد قال أبو الحسن على قول المدونة: وإن تكفلت بزوجه ثم ادعت أنه أكرهها لم تصدق إلا ببينة ويلزمها ذلك وإن أحاط بمالها ما نصه الشيخ لأن الأصل الطوع، فمن ادعى غيره فعليه البيان وهذا ما لم يكن معلوماً بالإساءة إليها وإلا فهي مصدقة مع يمينها، وإذا كان صاحب الحق عالماً بإكراهها فالحمالة ساقطة، فإن أنكر صاحب الحق العلم بإكراهها حلف إن كان يظن به علم ذلك كالجار، فإن أنكر حلفت لقد علم وبرتت، وأما غير نحو الجار فلا يمين عليه. قال أشهب: وأما حمالتها بغير زوجها لزوجها فإن علم بالإساءة إليها وقلة ورعه فإن الحمالة ساقطة عنها إذا حلفت وإلا يكن

زوجها جميع مالها جائز وكذلك كفالتها عنه . الباجي: يريد بإذنه وفيها كفالة المريض في ثلثه اهـ . وإنما منعت الزوجة من الضمان إلا في ثلثها لأجل الزوج، فإذا أذن لها ولا حجر عليها صح ضمانها، وكذلك المريض منع لحق الورثة، فإذا أجازوا ضمانه بعد موته، أو قبله على تفصيل فيه صح . وفي مختصر الشيخ خليل: وصح من أهل التبرع كمكاتب ومأذون إن أذن سيدهما وزوجة ومريض بثلث .

وَهُوَ بِوَجْهِهِ أَوْ بِمَالِ جَارٍ وَالْأَخْذُ مِنْهُ أَوْ عَلَى الْخِيَارِ

يعني أن الضمان على وجهين، الأول: ضمان الوجه وهو على ضربين: الأول: أن يتبرأ ضامن الوجه من المال فلا يلزمه منه شيء إلا إن فرط، ويبرأ بإحضار المضمون ولو ميتاً. والضرب الثاني: أن لا يتبرأ من المال ويقع الضمان مجملاً فيلزمه المال كما يصرح به بعد في قوله: وإن ضمان الوجه جاء مجملاً الخ. قال في النوادر: قال مالك: من تحمّل بوجه رجل أو بعينه أو بنفسه فهو سواء إن لم يأت به وإلا غرم المال حتى يشترط في حمالته لست من المال في شيء. محمد: أو يقول لا أضمن إلا الوجه فهذا لا يضمن إلا الوجه غاب الغريم أو حضر أو مات أو فلس لا يطلب إلا بإحضاره. الوجه الثاني: ضمان المال وفي تعيين المطالب بالمال من الغريم أو الضامن تفصيل.

(كان الإمام مالك) أولاً يقول: له أن يأخذ من شاء إما الغريم أو الضامن ثم رجع

معروفاً بما ذكر حلف الزوج أنه ما أكرهها ولزمتها الحماله الخ. وذكره ابن عرفة وغيره فافهم هذه الفائدة فهي كثيرة الوقوع.

قوله: (كان الإمام مالك الخ) حاصل هذا أن مالكاً كان يقول بالخيار في أخذ من شاء منهما أي الضامن والمضمون ثم رجع إلى أنه لا يطالب الضامن إذا كان المضمون حاضراً ملياً، وبه أخذ ابن القاسم وابن رشد وهي الرواية المشهورة، وابن الناظم قال: اعتمد القضاة قول مالك الأول، وصاحب المختصر قال: ولا يطالب إن حضر الغريم موسراً أو لم يبعد ثيابه عليه فمراً على ما أخذ به ابن القاسم، وفي الرسالة: ولا يغرم الحميل إلا في عدم الغريم أو غيبته أي غيبة بعيدة، قال ابن ناجي عليها ما أخذ به ابن القاسم هو الذي يعول عليه أهل المذهب، وقال القلشاني: ما في الرسالة هو الذي به العمل. وقال ابن يونس فيما أخذ به ابن القاسم، ورواه ابن وهب أيضاً، وقال عبد الوهاب بقول مالك الأول، قال أبو حنيفة والشافعي لحديث الزعيم غريم ووجها القولين بغير هذا، والحفيد قال فيما قاله الشافعي وأبو حنيفة، وقال به أصحابهما والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق الخ. وابن يونس قاس الضامن على الرهن وهو لا يؤخذ إلا عند العجز عن الأخذ من المدين فكذلك الضامن. وقال ابن ناجي على المدونة: ما أخذ به ابن القاسم ورواه ابن وهب هو الذي به الفتوى، والمتيطي قال: ما أخذ به ابن القاسم به القضاء. وقال المكناسي به جرى العمل. وفي نوازل الخلع: إذا اجتمع رهن مفوض في بيعه وضامن فذلك كحضور الضامن والمضمون فتكون البداية بالرهن لا بالضامن على المشهور إلا أن يكون في إثبات مقدمات البيع للرهن طول فله مطالبة الضامن الخ. واقتصر في الوثائق المجموعة على البدء بالغريم، واللخمي ذكر في المسألة الخلاف، وابن رشد في المقدمات قال: ما أخذ به ابن القاسم أظهر، وقد تبين أن ما أخذ به ابن القاسم هو

إلى أنه لا يطالب الضامن والغريم حاضر ملي وإنما يطالب إذا غاب المدين أو فلس وبه أخذ ابن القاسم. ابن رشد: وهي الرواية المشهورة وعلى ذلك نبه الشيخ خليل في المختصر بقوله: ولا يطالب إن حضر الغريم موسراً. فقول الناظم: والأخذ منه أي من الغريم الحاضر الملي وهذا هو القول المرجوع إليه المشهور كما تقدم ولذلك قدمه. وقوله: أو على الخيار هو قول مالك الأول المرجوع عنه. قال الشارح: واعتمد القضاة قول مالك الأول المرجوع عنه.

وَلَا أَعْتَبَارَ بِرِضَا مَنْ ضَمِنَا إِذْ قَدْ يُؤَدِّي ذَيْنَ مَنْ لَا أَذْنَا

يعني أن من ضمن عن شخص حقاً من الحقوق فإن الضمان يصح وإن لم يأذن المضمون عنه في ذلك. قال في المقرب: قال مالك: ولو أن رجلين تخاصما في مطلب فقال رجل للطالب: ما ثبت لك قبل فلان فأنا كفيلاً به فاستحق الحق قبل المطلوب كان

الراجح وهو ما في المختصر، وأنه لا يطالب الضامن إلا في غيبة المدين أو عدمه والعمل جار به، وذلك هو الرواية المشهورة والقول بالخيار، وإن قال فيه ابن الناظم هو الذي به عمل القضاة لا يقوى قوة ما في المختصر بدليل ما رأيته وهذا كله عنه استواء الضامن والمضمون، أما إن كان المدين ملداً مثلاً فالبدء بالضامن غير أن بعضهم يقول ملداً ظالماً، وبعضهم يقول ملداً فقط، والعبارة الأولى للمدونة، وقال اليرتاسني الذي أدركنا العمل به بفاس ومراكش وأحوازهما العمل على ما اعتمده القضاة وهو الخيار في قبض من شاء منهما أي من الضامن أو من المضمون، وقال التتائي: إن العمل على ما عند المختصر وهو أنه لا يطالب الضامن والمضمون حاضر ملي، ثم قال: ولعل العمل عندهم هو الذي أراد والذي يظهر أنه يعمل بما في المختصر وذلك لرجحانه ولتضرر الضامن ببيع ماله وقد فعل معروفًا، وذلك يؤدي إلى الزهد في هذا المعروف، مع أن المدين هو أولى ببيع ماله، ولأن الضامن ببيع ماله ويرجع ليحتاج إلى شراء مال بما يقبضه من المدين حين الرجوع عليه وفي ذلك كلفة، وأيضاً فإن الذي في ضمائر الناس هو أن الضامن لا يطلب إلا عند عجز صاحب الحق عن الأخذ من مدينه، وعلى هذا هو دخول الناس، ولذلك تجدد العامة يستغربون أخذ الضامن مع حضور المدين ويسره، والناس إنما يؤاخذون بما هو مدخول عليه، وأيضاً فإن الضامن ربما يدركه الضرر الكثير لأنه إذا قبض أولاً مع يسر المدين وحضوره فإنه يدفع المال فربما يدفع المال فيجد عند الرجوع المدين قد أعدم أو مات موسراً فيحتاج إلى إثبات الموت وعدد الورثة وغير ذلك مما هو معلوم مع أنه لم ينتفع بشيء، ويدل لقولنا فإن الذي في ضمائر الناس قول المعونة معللاً لهذا القول ما نصه: إن الضمان في العادة إنما هو لحفظ الحق عن التوى أي الهلاك، ولم يوضع لأن يكون الضامن كالغريم في أصل المطالبة، فإذا صح ذلك لم تكن المطالبة إلا على الوجه الذي دخل عليه الضامن اهـ. بلفظه. واستدل في المقدمات بأنه أقل عناء ومشقة لأنه إذا أفضى للمدين على الضامن بالدفع قضى للضامن بالرجوع على المضمون عنه، فالقضاء على المدين أولاً أقل عناء الخ فافهم هذا فقد ظلمت هنا أقوام، وما قاله ابن الناظم مستدلاً به يطول بنا تتبع ما فيه فانظره فإنه لا يخفك إن فهمت هذا إن شاء الله تعالى، والحاصل العمل على ما في المختصر هو المنجي مع الله تعالى عند استواء حالة الضامن والمضمون كما تقدم وهو الذي تعمل به والله المعين. والموفق بمتة وطوله وكرمه وفضله.

الكفيل ضامناً. قال ابن القاسم: ولو مات الكفيل قبل أن يستحق الحق لطالبه ثم استحق بعد موت الكفيل لكان ذلك في ماله وكل من تبرع بكفالة لزمته، وكذلك من قال لرجل وهو يدعي قبل أخيه حقاً ما تصنع يا أخي احلف أن حقك حق وأنا ضامن لذلك فإن ذلك يلزمه إن حلف المدعي، فلو قال بعد قوله أنا ضامن إنما قلته قولاً ولا أرى أفعله ولا أضمن لم ينفعه قوله ولا رجوعه إذا رضي المدعي بقوله. قال ابن القاسم: ومن قال لقوم اشهدوا أنني ضامن بما قضي لفلان على فلان، أو قال: أنا كفيل بما ادعى فلان على فلان وهما غائبان جميعاً أو أحدهما أو كانا حاضرين لزمه ما قال لأن مالكاً أُلزم المعروف من أوجه على نفسه لو غاب الضامن لكان ذلك في ماله اهـ.

(قال الشارح: أقول): وعلى الواقع في المغرب هو عمل الموثقين في ضمان ما يتعين على الغريم من غير إذنه، وعلل الناظم ما ذكر من عدم اعتبار رضا المضمون عنه بأنه قد يؤدي الدين عن المدين من غير إذنه أي فكما يؤدي عنه بغير إذنه فكذلك يضمن عنه بغير إذنه، لأن الضامن هو بصدد أن يؤدي عن المضمون فالضمان أخف من الأداء: قال في المقرب قال مالك: ولو أن رجلاً أدى حقاً عن رجل كان عليه بغير أمره لكان له أن يرجع عليه بما أدى عنه. انتهى.

تنبيهان: الأول: يقيد قوله قد يؤدي دين من لا أذن بقيد، أحدهما: أن لا يقصد المؤدي التضيق على المؤدى عنه والإضرار به لعداوة بينهما ونحوه فإن قصد ذلك منع. **الثاني:** أن ذلك فيمن أدى بقصد الرجوع إلى المؤدي عنه، وأما إن أدى بقصد التبرع والهبة فإن ذلك لا يلزم المؤدي عنه إذ لا يلزمه قبول الهبة. (التنبيه الثاني): ما جرى عليه عمل الموثقين من تضمينهم حضور المضمون عنه وإذنه في الضمان هو ما اصطلاحوا عليه من بناء الأحكام على الوجه المتفق عليه قطعاً للنزاع والخصام، (إذ من العلماء من يشترط) رضا المضمون عنه.

قوله: (قال الشارح أقول الخ) هذه المسائل أشار لها في المختصر بقوله بغير إذنه كأدائه رفقاً لا عنناً الخ. قوله: (التنبيه الثاني الخ) هذا قاله ابن الناظم وغيره وكأنهم لم يجدوا ما تظهر فيه ثمرة الخلاف، وقد قال في الكافي ما نصه: ومن ضمن رجل مالاً قد لزمه بغير إذنه لم يكن له مطالبته به قبل أدائه، فإن أداه عنه كان له أن يرجع به عليه، وإذا ضمنه بإذنه فللضامن أن يطالب الذي عليه المال إن كان حالاً بأدائه إلى ربه ليرأ الضامن ضمانه أو يأمن فلسه اهـ. بلفظه. ونقله صاحب المفيد وسلمه. وفي ديوان ابن يونس لما ذكر أن الغريم يرجع عليه الضامن بما أدى قال ما نصه: حكى عن بعض القرويين أنه قال: إنما وجب للكفيل أن يرجع بالثمن فيما تكلف شراءه لأن الغريم قد علم أن الكفيل إذا طوّل بما تحمل به فلم يكن عنده كلف شراءه فكأنه دخل معه على أن يغرم له ما غرم من ذلك، قال: ولو تحمل عنه بغير إذنه لوجب أن يطالب بالأقل من الثمن الذي اشتراه به ومن نفس ما عليه الخ. وإذا صح ما في الكافي فهو فرع تظهر فيه الثمرة ولزم أن يقيد به قول المتن وله طلب المستحق الخ. ولكن انظر الشرح في هذا ولا بدّ ولا بدّ عند هذا النص وعند قول المختصر ورجع بما أدى. قوله: (إذ من العلماء من يشترط الخ) قال الحفيد في نهايته: الشافعي وأبو حنيفة يشترطان

وَيَسْقُطُ الضَّمَانُ فِي فَسَادِ أَصْلِ الذِّي فِيهِ الضَّمَانُ بَادٍ

يعني إذا فسدت الصفقة الواقع فيها الضمان فإن الضمان يسقط في ذلك عن الضامن. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ولا يجوز ضمان بجعل: أما إذا كان الفساد في المتحمل به كما لو أعطاه ديناراً في دينارين إلى شهر وتحمل له رجل بدينار فثلاثة أقوال: أحدها: لابن القاسم في المدونة ورواه عن مالك وهو قول ابن عبد الحكم أن حكم الحماله ساقط ومثله في الموازية لأن فيها وكل حمالة وقعت على حرام بين المتبايعين في أول أمرهما أو بعده فهي ساقطة، ولا يلزم الحميل بها شيء علم المتبايعان أن ذلك حرام أو جهلا علم الحميل بذلك أو جهله. محمد: وسواء كان الفساد من عقد البيع أو بسببه وهو قول أشهب أن الحماله بالحرام أو بالأمر الفاسد باطلة، ووجه هذا القول أن الذي تحمل به الحميل وهو الثمن لما سقط عن المتحمل عنه لفساد البيع سقط عن الحميل. القول الثاني: أن الحماله لازمة علم الحميل بفساد البيع أم لا وهو قول ابن القاسم في العتبية وقول غيره في المدونة، لأن الكفيل هو الذي أدخل المتحمل له دفع ماله للثقة به فعليه الأقل من قيمة السلعة أو الثمن الذي تحمل به. الثالث: التفصيل بين علم الحميل بالفساد فعليه أو لا فلا شيء عليه وهو لابن القاسم في العتبية ثم قال: وهذا الخلاف إنما هو إذا كانت الحماله في أصل البيع الفاسد، وأما إذا كانت بعد عقده فهي ساقطة بالاتفاق اه. ببعض اختصار من القولين الأخيرين.

وَهُوَ بِمَا عَيَّنَ لِلْمَعْيَنِ وَهُوَ بِمَالٍ حَيْثُ لَمْ يُعَيَّنِ

تقدم أن الضمان على وجهين: ضمان المال وضممان الوجه، وأخبر أنه إن وقع الضمان معيناً للمضمون من مال أو وجه فذلك لازم بلا إشكال، وإن وقع الضمان مجملاً من غير بيان فيحمل على المال. وقال ابن يونس: اختلف فقهاؤنا المتأخرون إذا قال أنا حميل لك أو زعيم أو كفيل ولم يزد على هذا هل يحمل على أنه حميل بالمال أو على الوجه إذا عري الكلام من دليل، والصواب من ذلك أن يكون بالمال لقوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غريم» ولأن حميل الوجه إذا لم يأت به غرم المال، فالأصل في الحماله المال لأنه المطلوب حتى يشترط الوجه أو يقتضيه لفظه، وأما إن اختلفا فقال الطالب: شرطت لك الحماله بالمال، وقال الكفيل بالوجه وقد أحضر الغريم معدماً فينبغي أن يكون القول قول الحميل لأن الطالب يدعي اشتغال ذمته فعليه البيان. قال ابن يونس: ولأن الحماله من المعروف فلا يلزمه إلا ما أقر به معطيه اه. ورد في التوضيح الاستدلال بالحديث المتقدم بأمرين، أحدهما: أنه خرج مخرج بيان وجه المطالبة للكفيل بما ضمنه ولم يقصد به بيان حكم إطلاق اللفظة. الثاني: أن الغرامة إنما تكون في الأموال لا في الأبدان إذ البدن لا يصح أن يغرم فكأنه قال الزعيم غريم بما ضمن، والضمان الذي يتصور فيه الغرامة أن يكون في المال.

وإن ضَمَانَ الْوَجْهِ جَاءَ مُجْمَلًا فَأَلْحُكُمُ أَنَّ الْمَالَ قَدْ تَحَمَّلَا

يعني أن ضامن الوجه إذا لم يتبرأ من المال وإنما ضمن ضماناً مجملاً فإن الحكم أن المال

لازم للضامن . قال في الرسالة : وحميل الوجه إن لم يأت به غرم حتى يشترط أن لا يغرم . قال ابن فتوح : وإذا وقع ضمان الوجه مجملاً ولم يحضر الوجه ضمن أيضاً المال إلا أن يشترط أنه يضمن الوجه خاصة وليس عليه من المال شيء فله شرطه . وفي المقرب : قال سحنون قال ابن القاسم قال مالك : تكفل بوجه رجل إلى أجل فمضى الأجل فإن السلطان يتلوم له فإن أتى به وإلا غرم المال ، (فإن أغرمه ثم أتى به) لم يكن له أن يرجع على الذي أخذه منه ولكن يتبع به الذي تحمل به عنه ، قلت لابن القاسم : فإن أتى به عند الأجل لم يكن عليه من الحماله شيء إن كان الذي عليه الحق عديماً اهـ . ثم قال :

(وَجَائِزُ ضَمَانٍ مَا تَأَجَّلًا) مَجَلًّا وَعَاجِلٌ مُؤَجَّلًا

في رجوع الضامن بما آداه على المضمون أن يكون الضمان بإذنه ومالك لا يشترط ذلك ، وبه تعلم هذا المخالف هنا وإن لم ينقله شراح المختصر والتحفة .

قوله : (فإن أغرمه ثم أتى به الخ) انظر عند قول المختصر مخرجاً من الغرم لا إن أثبت عدمه أو موته في غيبته ولو بغير بلده ورجع به ، فإن قوله في غيبته هو راجع لقوله أو موته بدليل قوله ولو بغير بلده ، وقد وقع الخلاف في بعض صور الموت في الغيبة ، وأما قوله عدمه فلا فرق بين أن يثبت في غيبة أو في البلد ، ولا معارضة بين هذا وبين قول المختصر ولو عديماً لأن ذلك قبل الحكم وهنا ظهور العدم بعده ، وقول المتن : لا إن أثبت الخ إنما هو بعد الأداء بدليل قوله ورجع به ، وقوله ورجع به قال الحطاب ما نصه : وانظر إذا غرم ثم أثبت أنه كان عديماً قبل القضاء هل يرجع أم لا؟ وكأن الحطاب لم يقف على قول اللخمي : وإن كان معسراً عند حلول الأجل رد الحكم وإن غرم الحميل المال استرجعه الخ . وعلى هذا فقول المتن لا إن أثبت عدمه أي ولو بعد الحكم عليه بالغرم ودفع المال ، وقول المتن أن الغريم مات في غيبته قبل القضاء الخ يفيد أنه إذا ثبت موته بعد القضاء أنه لا يرجع بما أدى كقول المتن ولا يسقط بإحضاره وهذا هو الذي تدل عليه النصوص ، ولكن لا يفهم هذا فهماً تاماً إلا إذا وقف على كلام الناس في الشرح . وقول الناظم : (وجائز ضمان ما تأجلاً الخ) هذا يحتاج إلى كلام طويل ولذلك أطال هذا الشارح ، وكلام المختصر جامع لذلك إن شرح على ما ينبغي ونصه عاطفاً على ما يجوز والمؤجل حالاً إن كان ممّا يعجل وعكسه إن أيسر غريمه أو لم يوسر في الأجل وبالموسر أو المعسر لا بالجميع اهـ . فقوله : إن كان ممّا يعجل الذي يعجل هو العين مطلقاً والعرض من قرض والذي لا يعجل العرض من بيع وقوله حالاً ومثله إن كان لدون الأجل وأما للأجل فجائز ولا بعد ممتنع لأن التأخير سلف وانتفع بزيادة التوثق ، وظاهر المتن في قوله : إن كان ممّا يعجل أنه إذا كان لا يعجل فإنه لا يجوز ولو قصد بإعطاء الضامن نفع الطالب وهو كذلك ، وكلام اللخمي مردود هنا وإن لم يبنه عليه ابن عرفة والجماعة . وقوله : وعكسه الخ العكس هو أن يكون الدين حالاً في الحال ويؤخره على ضامن فإن ذلك جائز لأنه قادر على أخذ ماله فإذا أخره به فهو كابتداء سلف على ضامن وذلك جائز . وقوله : أو لم يوسر في الأجل هو جائز أيضاً لأن تأخير المدين إلى اليسر واجب فلا سلف ، ومفهومه إن كان يوسر في الأجل فإن ذلك لا يجوز لأن تأخيره بعد اليسر سلف وانتفع بالضامن . وقوله : وبالموسر الخ أي بالموسر به أو المعسر به مثاله أن يكون الدين مائتا درهم موسر بمائة ومعسر بمائة فيجوز تأخير إحدى المائتين بضامن وأما بهما فلا لأنه سلف جر نفعاً إذ تأخيره بالموسر بها سلف وانتفع بضمان المعسر بها ولكن انظر الشرح وكلام ابن عبد السلام هنا مرتضى عندنا بدليل كلام

قوله: وجائز ضمان ما تأجلاً معجلاً يعني أن من له دين على رجل إلى أجل فإنه يجوز له أن يأخذ منه حميلاً بذلك الدين على أن يوفيه عاجلاً إما الآن أو قبل الأجل، (لأن ما قبل الأجل) يصدق عليه أنه معجل، وإلى هذا الفرع أشار بقوله: وجائز ضمان ما تأجلاً معجلاً، وكذا يجوز أن يعطيه الحميل بالمأجل إلى الأجل نفسه كما سيأتي عن المدونة. وفهم من قوله «معجلاً» أنه لو أعطاه الحميل لأبعد من الأجل لم يجز لأنه سلف جر نفعاً، فالسلف التأخير بعد الأجل، والنفع التوثق بالحميل، وهذا إذا كان الدين ممّا للمدين تعجيله قبل أجله كالعين من بيع أو قرض والعرض والحيوان والطعام من قرض، وأما إذا كان الدين عرضاً أو حيواناً من بيع فلا يجوز أن يعطيه حميلاً بالدين المؤجل حالاً لأنه من باب حط عني الضمان في المدة الباقية من الأجل وأزيدك توثقاً بالحميل. قال في المدونة: قال ابن القاسم: ومن له على رجل دين إلى أجل وأخذ منه قبل الأجل حميلاً أو رهناً على أن يوفيه حقه إلى الأجل أو إلى دونه فذلك جائز لأنه زيادة توثق. ابن يونس: إنما يجوز إلى دون الأجل إن كان الحق ممّا له تعجيله، وأما إن كان حيواناً من بيع فلا يجوز لأنه من باب حط عني الضمان وأزيدك توثقاً. (ونقل في التوضيح) عن ابن عبد السلام ما نصه: وليس بيّن لأن رب الدين ما أخذ زيادة في نفس الحق ولا منفصلة ينتفع بها وإنما قصد التوثق، وذلك يدل على أنه لا غرض له في التأخير، ولا غرض للآخر في بقاء الدين في ذمته، وتظهر فائدته مع التأخير لا مع التعجيل اهـ. وفي المقرب: قال ابن القاسم: وإن أخذ منه حميلاً قبل محل الأجل أو رهناً على أن يعطيه حقه قبل محل الأجل أو بعد محله فلا بأس بذلك (لأنه لا تهمة فيه). وقال فيه: ومن أعطى لصاحب الحق حميلاً قبل محل أجل الدين على أن يؤخره إلى أبعد من الأجل لم يصح ذلك، وإن كان قد حلّ أجل الدين فلا بأس بذلك، وكذلك الرهن في هذا. وقال ابن القاسم: لأن ذلك بمنزلة من أسلف سلفاً عن ظهر يد وأخذ به حميلاً. وإلى فرع الناظم أشار الشيخ خليل بقوله في مختصره: والمؤجل حالاً إن كان ممّا يعجل. قوله: وعاجل مؤجلاً عاجل بالخفض عطف على ما والمعنى: أنه يجوز أن له دين حال، وعن حلوله عبر بعاجل أن يأخذ من المدين حميلاً بذلك الدين إلى أجل وأطلق في الجواز وقيدته غيره بما إذا كان المدين موسراً لأنه كابتداء دين بحميل. اللخمي: إن حلّ الدين فأعطاه حميلاً على أن يؤخره فإن كان الغريم موسراً بجميع الحق كان التأخير والحمالة جائزة اهـ. وكذا إن كان عديماً وكان لا يوسر في الأجل كالمحبس عليه أصول لها غلات ليس له منها

الناس فاستعن بهذا التحرير على ما طول به الشارح.

قوله: (لأن ما قبل الأجل الخ) هذا ذكره غير واحد في بيوع الآجال في عبارة المختصر واعترضه بعضهم لكن الأمر في هذا للصدق قريب لأن حكم المسألتين واحد المعجل حقيقة وما دون الأجل. قوله: (ونقل في التوضيح الخ) هذا فيه نظر لأن رب الحق يخاف فليس المدين قبل الأجل وعنده. قوله: (لأنه لا تهمة فيه الخ) هذا في صور التأخير للأجل ظاهر، وأما فيما دون الأجل فذلك بشرط أن يكون الدين ممّا يعجل بدليل كلامه السابق، ولو زاد الناظم بعد هذا البيت:

وشروط ما أجل قبض لزم ما معجل يسر مدين تمما

لكان أم وأبين.

إلماً يقبض في تلك الغلات، فإن كان عليه دين فأعطاه حميلاً به لسته شهر مثلاً ولا توجد غلة أصوله ولا يحل بيعها إلا بعد ستة أشهر فأكثر فذلك جائز أيضاً لأنه معسر وإنظاره واجب. التوضيح: أما إن لم يوسر إلا عند الأجل أو بعده فيجوز باتفاق اهـ. وأما إن كان عديماً ويوسر بعد ثلاثة أشهر مثلاً في المثال المذكور لوجود الغلة في ذلك الزمان ففي جواز التأخير لتمام الأجل ومنعه قولان لابن القاسم وأشهب، وعلى قول ابن القاسم ذهب في المختصر حيث قال: وعكسه إن أيسر غريمه أو لم يوسر في الأجل، إذ مفهومه أنه إذا أيسر في الأجل لم يجز وهو قول ابن القاسم، وإلى مسألة الخلاف فيه أشار ابن الحاجب في قوله: ولو شرط الأجل في الحال والغريم معسر يوسر في مثله منعه ابن القاسم وأجازه أشهب. التوضيح: يعني لو شرط الضامن التأجيل بالدين الحال على الغريم والغريم حينئذ معسر يوسر قبل تمام الأجل فهل يمنع لأن الزمان المتأخر عن يساره يعد صاحب الحق فيه مسلفاً لأنه أخز ما عجل فيمتنع لأنه مسلف قد انتفع بالحميل الذي أخذه من غريمه وهو قول ابن القاسم، وهذا على أن اليسار المترقب كالمحقق، أو يجوز لأن الأصل استصحاب عسره ويسره قد لا يكون فلم يضره وكان المعسر تبرع بالضمان وهو قول أشهب، أما إن لم يوسر إلا عند الأجل أو بعده فيجوز باتفاق وهذا مفهوم المصنف، وقوله في مثله لفظة مثل زائدة لأن المراد في الأجل قبل فراغه، ومعنى قوله يوسر قبل أي الغالب عليه أن يوسر قبله كبعض أصحاب الغلات، وفهم من قوله والغريم معسر أنه لو كان موسراً لجاز، وكذلك نص عليه اللخمي اهـ. كلام التوضيح بلفظه، وقد أطال الشارح هنا بمسألة سئل عنها الأستاذ أبو سعيد بن لب هي من معنى ما نحن بصدده فليراجعها فيه من أرادها.

وَمَا عَلَى الْحَمِيلِ غَرْمٌ مَا حَمَلَ إِذَا مَاتَ مَضْمُونٌ وَلَمْ يَجِزْ أَجَلَ

يعني أنه إذا مات الغريم المضمون عنه قبل حلول أجل الضمان فلا غرم على الحميل إذ ذاك، فإن ترك المضمون مالا أخذه صاحب الدين وبرى الضامن فلا غرم عليه رأساً، وإن لم يترك مالا فلا غرم على الحميل أي الآن قبل حلول الأجل، وأما بعد حلوله فيغرم، فنفي الغرم عن الحميل المذكور في البيت هو عند موت الغريم، ولا إشكال أنه لا غرم عليه حينئذ. قال في المقرب: وإن مات الذي عليه الحق قبل حلول الأجل كان الذي له الحق أن يأخذ من ماله، فإن لم يكن له مال لم يكن له أن يأخذ الكفيل حتى يحل الأجل، ونحوه نقل المواق عن المدونة.

(قال ابن عرفة: وموت الغريم ملياً) يوجب تعجيل القضاء من تركته، وموته عديماً

قوله: (قال ابن عرفة وموت الغريم ملياً الخ) قال في المختصر: وعجل بموت الضامن ورجع وارثه بعده أو الغريم إن تركه وقد أشار لنص التهذيب، وإذا مات الكفيل قبل الأجل فللطالب تعجيل الدين من تركته ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحل الأجل وله محاصة غرمائه أيضاً، وإن مات الغريم تعجل الطالب دينه من ماله، وإن لم يدع مالا لم يتبع الكفيل حتى يحل الأجل، وإن مات الغريم ملياً والطالب وارثه برى الحميل لأنه إن غرم للطالب شيئاً رجع عليه بمثله في تركة الميت والتركة في يديه فصارت كمقاصة، وإن مات الغريم معدماً غرم الكفيل اهـ. بلفظه وهو في غاية الحسن، ونقله أحسن من نقل غيره مع تمامه، وزاده أبو الحسن حسناً فقفاً على الشرح فيه. وفي

لا يوجب على الحميل تعجيله اهـ. هذا حكم موت الغريم قبل حلول أجل الدين . أما إذا مات الضامن قبل الأجل قال في المدونة قال مالك : إذا مات الضامن قبل الأجل فلطالب تعجيل حقه من تركته، ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحل الأجل وله محاصة غرمائه أيضاً اهـ. وفي ابن عرفة أثر ما تقدم عنه، وفي كون موت الحميل يوجب تعجيل الحق من تركته ويقتضيه وارثه عند حلوله ووقفه لحلوله، فإن حلّ والغريم مليء رد لوارثه وإلا أخذه الطالب روايتان لها لابن وهب وعبد الملك، وعلى الرواية الأولى ذهب الشيخ خليل حيث قال: وعجل بموت الضامن ورجع وارثه بعد أجله، وقد كنت نظمت بيتاً في حكم موت الضامن وهو:

وعجل الحق بموت من ضمن وارثه يرجع بعد أن يحن
قال الناظم رحمه الله :

وَيَأْخُذُ الضَّامِنُ مِنْ مَضْمُونِهِ ثَابِتَ مَا أَذَاهُ مِنْ دِيُونِهِ

يعني أن الضامن إذا أدى الحق الذي ضمنه من مال نفسه وثبت ذلك يعني إما ببينة أو بإقرار المضمون له فإنه يرجع على المضمون عنه بما أدى عنه من الدين . ابن الحاجب : ويرجع بما أدى ببينة أو بإقرار المضمون له ولا يكفي إقرار المضمون عنه . وفي كتاب محمد : من تحمل بعدد أو حيوان أو عرض أو طعام فأداء الحميل من عنده رجع بذلك كله بمثله لأنه سلف . ابن يونس : وهو الصواب . وفي التوضيح : فرع : ويرجع بمثل ما أدى إذا كان مثلياً، واختلف إذا تكفل بعرض وأداه فالمشهور وهو قول ابن القاسم وأشهب يرجع بمثله لأنه كالسلف . (وفي سماع أبي زيد) : المطلوب مخير إن شاء دفع مثله وإن شاء دفع قيمته . وفي الواضحة : لأنه لا يغرم إلا مثله . (قال في البيان) : ولا خلاف أنه إن اشترى العرض أنه يرجع بثمنه الذي اشتراه به ما لم يحاب فلا يرجع بالزيادة اهـ.

وَالشَّاهِدُ العَدْلُ لِقَائِمِ بِحَقِّ
إِعْطَاءِ مَطْلُوبِ بِهِ الضَّامِنِ حَقِّ

ضامن الوجه هنا مسائل كثيرة تتعلق بما في المختصر والتحفة .

قوله : (وفي سماع أبي زيد الخ) ليس هذا هو المذهب . وقوله : (قال في البيان) صحيح وما قاله التتائي ومن وافقه لعل كلام ابن رشد طريقة لا تصحّ والله أعلم . وصاحب المختصر قال : ورجع بما أدى ولو مقوماً إن ثبت الدفع فقوله بما أدى أي بمثله إذ الرجوع بالمؤدى لا يتوهم لأنه أخذه رب الحق، وما لفظ عام فيشمل أنه يرجع بمثل المقوم ومثل المثلي إن أذاه من عنده، ويشمل ثمن المقوم وثمن المثلي إذا اشتراهما إذ هذا كله أداء لأنه سلف بدليل قول ابن يونس : ويرجع بمثل المقوم لأنه مسلف، وأيضاً المراد بما أدى هو ما خرج من يده، وما ذكره التتائي ومن وافقه ليس هو كذلك، هذا كلام اللخمي وابن رشد وابن يونس وغيرهم . وذكر ابن يونس عن بعض القرويين أنه يرجع بالثمن الذي اشترى به إن كان الضمان بإذن المضمون عنه وإلا فيرجع بالأقل من الثمن ونفس ما تحمل به، وقدمناه بلفظه عند قول الناظم : ولا اعتبار برضا من ضمنا، ولا فرق في الرجوع بالثمن بين أن يكون أقل من قيمة ما تحمل به أو أكثر، وقد بيّنا هذا كله في الشرح بنصوص العلماء .

يعني أن من ادعى دعوى وأقام عليها شاهداً واحداً عدلاً فإن من حقه أن يأخذ من المطلوب المدعى عليه ضماناً بذلك الحق. قال الشارح: لأن الحكم قد قارب أن يتوجه، إما بإضافة شاهد ثانٍ للأول، وإما بيمين القائم مع شاهد، وأياً ما كان فيجب الحكم به، والضامن في هذا الموضع مما يتعين على المضمون عنه، ويظهر أن هذا إنما يكون من عند من يجيز الحكم بالشاهد واليمين. ففي كتاب ابن يونس: قال ابن القاسم: وإن سأله كفيلاً بالحق حتى يقيم البينة لم يكن له ذلك إلا أن يقيم شاهداً فله أخذ الكفيل وإلا فلا، إلا أن يدعي بيته يحضرها من السوق أو من بعض القبائل فليوقف القاضي المطلوب عنده لمجيء البينة، فإن جاء بها وإلا خلى سبيله، وهذا الذي نقل ابن يونس عن ابن القاسم، وإن ادعى بيته كبالسوق وقفه القاضي عنده، انتهى كلام الشارح.

(وظاهر كلامه) هنا أن الحميل مع الشاهد بالوجه، وكذا ظاهر كلامه آخر الشهادات حيث قال: كحساب وشبهه بكفيل بالمال كأن أراد إقامة ثانٍ أو لا قائمة بيته فبالحميل بالوجه على قاعدته الأكثرية من رجوعه القيد لما بعد الكاف. وفي التوضيح آخر الشهادات ما هو صريح في أن الحميل بالمال ولفظه: فأما المطلوب إذا أجل لدفع البينة فللطالب أخذ حميل بالمال. المازري: وكذلك لو أقام عليه شاهداً وطلب ذلك المدعي أن يأتي بشاهد آخر اه. محل الحاجة منه. فظاهر قول المازري وكذلك الخ أو صريحة أن الحميل بالمال لا بالوجه والله أعلم. ثم قال رحمه الله:

وَضَامِنُ الْوَجْهِ عَلَى مَنْ أَنْكَرَا دَعْوَى امْرِئٍ خَشِيَةَ أَنْ لَا يَخْضُرَا
مِنْ بَعْدِ تَأْجِيلِ لِهَذَا الْمُدْعِي بِقَدْرِ مَا اسْتَحَقَّ فِيمَا يَدْعِي
وَقِيلَ إِنْ لَمْ يُلْفَ مِنْ يَضْمَنُهُ لِلْخَضْمِ لِأَزْمِهِ وَلَا يَسْجُنُهُ

قوله: (وظاهر كلامه الخ) إذا أقام الطالب شاهداً بالحق هل يجب له ضامن بالمال أو بالوجه؟ في ذلك اضطراب، فقال أبو الحسن على المدونة ما نصه: قال أبو إسحاق في المدونة ما ظاهره: إنه إن أقام شاهداً بالحق أن عليه كفيلاً بالمال وقد يكون فيه تأويل لأن الكلام محتمل، فالصواب أنه لا يأخذ حميلاً بالمال إذا أثبت شاهداً إلا بعد أن يحلف الشيخ وهذا غير بين، لأن الذي يجب بعد الحلف مع الشاهد إنما هو الغرم الخ. انظر عند قول المتن: ولم يجب وكيل للخصومة ولا كفيل بالوجه بالدعوى إلا بشاهد، وإن ادعى بيته كبالسوق وقفه القاضي عنده الخ آخر الضمان. وكلام من قال إن قول المتن إلا بشاهد أن الضامن بالمال وأن الاستثناء منقطع، وانظر قول أبي الحسن الشيخ وهذا غير بين الخ عند قول المتن ومن استهمل لدفع بيته أمهل بالاجتهاد كحساب وشبهه بكفيل بالمال كأن أراد إقامة ثانٍ أو بإقامة بيته فبحميل بالوجه الخ في شرح هذا المحل والجواب عما ذكره أبو الحسن، لكن في مفيد ابن هشام أن مذهب سحنون لا يجب الضامن بالمال إلا مع شاهدين وبه العمل فاعرفه، هذا لفظه وهو فرع غريب قل من يعرفه ولذلك قال فاعرفه والله أعلم، انظر آخر المفيد فإنه يقتضي كلامه أن مذهب ابن القاسم يجب الضامن بالمال بشاهد واحد، ولكن العمل على قول سحنون وعلى ما قاله المفيد من العمل يظهر لك ما في المسألة، ولكن هذا ملخصه والبرزلي وافق صاحب المفيد في هذا.

وَأَشْهَبَ بِضَامِنِ الْوَجْهِ قَضَى عَلَيْهِ حَتْمًا وَبِقَوْلِهِ الْقَضَا

لما ذكر في البيت قبل هذا حكم من ادعى دعوى وقام له بها شاهد، ذكر هنا حكم من ادعى ولا مصدق له من شاهد ولا غيره، وزعم أن له بينة على ذلك وأنكر المدعى عليه، فإن الحكم في ذلك أن يضرب القاضي للمدعي أجلاً لإثبات دعواه بقدر ما يليق به، ولا ضرر فيه على المدعى عليه، ويأمر المدعى عليه بإعطاء حميل بالوجه خشية أن لا يجده المدعي إذا أتى ببينة، ولذلك (قال: خشية أن لا يحضر) أي ليقم البينة على عينه، فإن لم يجد من يضمنه فيقول للمدعي لازمه ولا يسجنه بمجرد الدعوى هذا مذهب ابن القاسم. قال أشهب: لا بدّ من ضامن الوجه فإن لم يجده سجن والقضاء بقوله: وإنما يسجن على هذا القول بعد أن يحلف المدعي أن له بينة غائبة وليس في النظم ما يشعر بحلفه، هذا حاصل ما نقل الشارح عن الوثائق المجموعة مع طول عبارتها، فقوله: وضامن الوجه مبتدأ أو مضاف إليه، وعلى من أنكر خبره أي واجب أو لازم، وخشية مفعول من أجله، ومن بعد يتعلق بما تعلق به الخبر وفاعل استحق للمدعي أي يؤجل المدعي بقدر ما استحق من التأجيل ممّا يسعه من إقامة البينة ولا ضرر فيه على المدعى عليه، وقوله: وقيل إن لم يلف من يضمنه أي يقال للمدعي وهو الذي كنى عنه بالخصم فللخصم يتعلق بقيل إن لم يوجد من يضمن وجه المدعى عليه، وقوله: «لازمه» هذا هو المحكي بالقول والله أعلم.

وَيَبْرَأُ الْحَمِيلُ بِالْوَجْهِ مَتَى أَحْضَرَ مَضْمُوناً لِخَصْمِ مَيْتَا

قوله: (خشية أن لا يحضر) أي ليقم البينة على عينه عبارة المفيد معدداً لما خالفت فيه الأندلس ابن القاسم ما نصّه: وأوجبوا الحميل على من لا تعرف عينه لتشهد البينة على عينه، وإن عجز عنه وكانت البينة غائبة سجن قاله أشهب اهـ. بلفظه. وحاصل ما لخصناه من كلام الناس عند قول المتن: ولم يجب وكيل للخصومة الخ أن البينة القريبة يلزم فيها المطلوب الحميل بالوجه، فإن عجز عنه حلف الطالب أن له بينة وسجن له، وأما البعيدة يحلف فيها المطلوب ويسرح ولا يطلب بغير ذلك، والذي به العمل في البعيدة تحليف الطالب أن له بينة ويسجن المطلوب، ولا تسقط بينة الطالب في البعيدة مع حلف المطلوب على قول من لا يرى حيسه وأنه يحلف ويسرح، ولا فرق في هذا الضامن بحسب ظاهر كلامهم في إعطاء الضامن بين مجهول ليشهد على عينه وبين من يعرف ويخاف هروبه وهو أمر ظاهر، فإن المعروف قد يفرض فلا يجد عند الإتيان بالبينة مع من يتحاكم معه، ولا من يأخذ ما شهد له به، والخلطة ليست هنا شرطاً في إعطاء الضامن وإن ذكرت في أنقال لأن ذلك على الأمر الأول والعمل خلاف قول المتن ولم يجب وكيل، ومرادهم بالوكيل هنا من عليه الحق بحسب الدعوى من المدعي، ولم يذكر في الوثائق المجموعة حلف الطالب إلا في الغيبة البعيدة، لكن في ابن الهندي والفشتالي ما ذكرناه، ولكن ما في الوثائق أظهر لأن الحبس في البعيدة أكثر مشقة على المحبوس من القريبة. وكذلك لم يذكروا هذه البينة القريبة من غير ما في السوق ونحوه وحكمها في المتن. وقال اليرتاسني في يمين الطالب ما نصّه: قلت هذه اليمين يغفل عنها الحكام الآن وهي حسنة لا سيما فيمن يفهم منه التضييق على المدعى عليه حيث يعلم أنه لا يجد ضامناً حتى يضطره الحال إلى أن يصالحه بشيء يعطيه له في دعواه، وقيل: إن لم يجد ضامناً فإنه يحلف أنه لا يجد ضامناً ولا يقدر عليه

(يعني أن الحميل بالوجه الذي اشترط): أن لا يغرم المال يبرأ من الحماله بإحضار المضمون للمضمون له سواء أحضره حياً أو ميتاً. قال اللخمي: والحماله بالوجه تسقط عن الحميل بإحضار المضمون وإن كان معدماً، وكذلك إن كان حاضر البلد مسجوناً كان سجنه ذلك في حق أو تعدياً عليه، ولأن ذلك كموته إذا تعدى عليه بالسجن، ومن المقرب في الحماله بالوجه، وإن مات الغريم برى الحميل أيضاً لأنه إنما تحمّل بنفسه وقد ذهبت نفسه اه. ومفهوم قوله: أحضر أنه إن لم يحضره وإنما أثبت موته فإنه لا يبرأ بذلك وهو كذلك.

وَأَخْرَجُوا السَّائِلَ لِلإِجَاءِ كَالْيَوْمِ عِنْدَ الْحُكْمِ بِالْأَدَاءِ
إِنْ جَاءَ فِي الْحَالِ بِضَامِنٍ وَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِالْحَمِيلِ بِالْمَالِ سُجِنَ

هذه المسألة من باب المديان، وإنما ذكرها هنا لمناسبتها بالباب في مطلق إعطاء الضامن، والإجراء التأخير يعني أن المديان إذا حكم عليه بأداء الدين وسأل أن يؤخر الزمان اليسير كالיום وشبهه فإنه يجاب إلى ما سأل، لكن إن جاء بضامن يضمن المال لصاحبه يعني أو جاء برهن فإن لم يأت بواحد منهما فإنه يسجن. (ففي أحكام ابن سهل): سئل سحنون عمن

الخ، وهذا تنبيه حسن غاية وبالغ في النصح النهائية، لكن من مازج الناس وابتلي بالقضاء وكانت له مراقبة مع الله فهم هذا، وهنا يحتاج القاضي إلى لثه وفهمه، فإن رأى القرائن تدل على صدق الطالب في الجملة أخذ بالقول بالسجن بعد حلف الطالب وإلا أخذ بمقابله وهو تحليفه وتسريحه، وتحليفه أنه لا يجد ضامناً فإن القاضي إذا راقب مولاة رزقه الله هداة، وفي المسألة خلاف غير هذا انظر شرحنا لقول المتن: ولم يجب وكيل الخ آخر الضمان، وعند قوله آخر الشهادات ومن استهل الخ. قوله: (يعني أن الحميل بالوجه الذي اشترط الخ) تبع ابن الناظم في قوله الذي اشترط الخ وذلك فاسد، وإنما الكلام في ضامن الوجه الذي لم يشترط أنه لا يغرم المال، وأما الذي اشترط أنه لا يغرم فهو ضامن طلب ولا يضمن إلا إذا فرط أو هرب وهو قول المتن وبالطلب وإن في قصاص كأننا حميل بطلبه أو اشترط نفي المال إلى قوله: وغرم إن فرط أو هرب الخ. وأيضاً كلام هذا الشارح يقتضي أنه إذا لم يشترط ما ذكر فإنه يضمن حتى مع حضور المدين، وأيضاً ضامن الوجه إذا أثبت موت المدين فإنه لا ضمان عليه مطلقاً على المذهب والتفصيل المذكور عند الشارح مقابل، وهذا يرد على الناظم أيضاً بحسب مفهوم كلامه، وانظر الشرح في هذا عند النص المذكور هنا وهو قوله: وبالطلب يظهر لك ما ذكرناه والعلم عند الله تعالى.

قوله: (ففي أحكام ابن سهل الخ) فالذي في ابن سهل بعد كلام هو قوله ما نصّه: فالذي نقوله إن ثبت عليه دين ولم يكن من أهل الناض أنه يؤجل في بيع ربه الشهر وأكثر إلى الشهرين فهذا ما عندنا قاله ابن لباية وابن وليد هذا لفظه: وحاصل ما لخصناه على قول المتن وإن وعد بقضاء وسأل تأخير كالיום أعطى حميلاً بالمال وإلا سجن أن التأخير باجتهاد القاضي باعتبار قلة المال وكثرته وتيسر الحال على الشخص وتعسره ممّا لا يضر المدين ولا صاحب الحق، قف على الشرح فإن ما في المتن إنما هو من سؤال المدين، وإلا فالأمر أوسع من هذا بدليل ما تراه من الأتقال في المحل المذكور قف عليه ومراده على ما ذكرناه وبه جرى العمل وكلام هذا الشارح موهم.

عليه دين فسأل أن يؤخر يوماً أو نحوه قال: يؤخر ويعطي حميلاً بالمال، فإن لم يجد حميلاً بالمال إلى يوم ولا وجد المال سجن. وفي مختصر الشيخ خليل: وإن وعد بقضاء دين وسأل تأخيره كالיום أعطى حميلاً بالمال وإلا سجن.

باب الوكالة وما يتعلق بها

ابن عرفة: الوكالة نيابة ذي حق غير ذي امرأة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته. قوله: «ذي حق» أخرج به من لا حق له فإنه لا نيابة له. وقوله: «غير ذي امرأة» أخرج به الولاية العامة والخاصة. وقوله: «ولا عبادة لغيره فيه» أخرج به إمامة الصلاة. وقوله: «لغيره» متعلق بنيابة والضمير عائد على المضاف إليه الذي هو صاحب الحق. وقوله: «غير مشروطة بموته» أخرج به الموصى لأنه لا يقال فيه عرفاً وكيل ولذا فرقوا بين فلان وكيل ووصيي اهـ. وقد عقد الناظم في هذا الباب الكلام على الوكالة بقسميها من تعميم وتخصيص، ومسائلها مما يكثر وقوعها بين يدي القضاة، هذا مع أن الوارد عن أهل العلم رضي الله عنهم في ذم الخصومة على الجملة وفيما يخص عين المسألة مما لا يحصى كثرة، فمن ذلك ما حكاه المتيطي قال: وكره مالك الخصومات لذوي الهيئات، وحكي عن ابن شعبان قال مالك: أرى المخاصم رجل سوء. وقالت عائشة رضي الله عنها: قال النبي ﷺ: «أبغض الرجال إلى الله الألد الخصم». وفي جامع البيان عن عبدالله بن عمر أنه قال: من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد حاد الله، ومن تكلم في خصومة لا علم له بها لم يزل في معصية الله حتى ينزع.

يَجُوزُ تَوْكِيلُ لِمَنْ تَصَرَّفًا فِي مَالِهِ لِمَنْ بِذَلِكَ اتَّصَفَا

يعني أنه يجوز للإنسان أن يوكل على قبض حقوقه واقتضاء ديونه وغير ذلك من أموره، لكن إنما له ذلك إذا كان رشيداً لا حجر عليه لأحد، وعلى ذلك نبه بقوله: لمن تصرفا في ماله، فالرشد شرط في الموكل بالكسر، وكذلك يشترط في الموكل الرشد أيضاً، وعلى ذلك نبه بقوله: لمن بذاك اتصفا، فيشترط في الموكل بالفتح الرشد أيضاً، وفهم من ذلك أن المحجور لا يوكل غيره على حقوقه ولا يكون وكيلاً لغيره. ابن عرفة: قال ابن شاس: كل من جاز تصرفه لنفسه جاز توكيله، ومن جاز تصرفه لنفسه جاز كونه وكيلاً إلا لمانع، ومسائل المذهب واضحة به وبامتناع توكيل من ليس له جائز الأمر. وفي سماع يحيى في توكيل بكر من يخاصم لها توكيلها غير جائز لها لأنها لا تلي هذا من أمرها إنما يليه وصيها ومن يوكله السلطان، ووقع في المدونة ما يوهم صحة وكالة المحجور عليه في عتقها الثاني إن دفع العبد مالا لرجل على أن يشتريه ويعتقه ففعل فالبيع

باب الوكالة وما يتعلق بها

قوله: (فتحصل من هذه النقول الخ) الخطاب ترك بعض هذه المسائل وكمئلنا في شرحنا الذي

لازم، فإن استثنى ماله لم يغرم المال ثانياً وإلا غرمه ويعتق العبد ولا يتبع بشيء. ثم قال الشارح: وأما منع كون الوكيل محجوراً عليه فقال اللخمي: لا يجوز لأنه تضييع للمال. قلت: وعليه عمل أهل بلدنا، وظاهر كتاب المديان جوازه ففيها ما نصه: قلت: إن دفعت إلى عبد أجنبي محجور عليه مالا يتجر لي به أو ليتيم محجور عليه ثم لحقهما دين يكون في ذمتهما، قال: قال مالك: يكون في المال الذي دفع إليهما وما زاد فهو ساقط عنهما. قلت: ظاهره جواز توكيلهما إلا أن يقال إنما تكلم عليه بعد وقوعه، والأول أظهر وهو الأكثر من أخذ الشيوخ الأحكام من مفروضات المدونة اهـ. فقف على أن مسائل المدونة تؤخذ منها الأحكام ولا يقال إن تلك الأحكام هي بعد الوقوع والنزول لا ابتداء والله أعلم. وفي شرح الحطاب لقول الشيخ خليل في باب الشركة: وإنما تصح من أهل التوكيل بعد أن أطال الكلام على توكيل المحجور، وتوكله ذكراً كان أو أنثى بكرة أو غيرها. ثم قال: (فتحصل من هذه النقول) أن توكيل المحجور عليه في الخصام في

لخصناه عند قول المختصر في الشركة: وإنما تصح من أهل التوكيل والتوكل أن العمل جار بتوكيل المحجور عليه على حقوقه المالية، وأما نحو العصمة فلا إشكال لأنه غير محجور عليه فيما يتعلق بعصمته، وأما كون المحجور عليه يكون وكيلاً لغيره فلا على ما به العمل بتونس كما قاله ابن عرفة وزبدته: المحجور عليه يوكل على طلب حقوقه ولا يتوكل أي فيما هو محجور عليه فيه وهو المال، وأما العصمة فهو فيها رشيد أو كالرشيد فلا دخل لها هنا في الحقيقة، ويظهر من كلام الناس أنه لا منافاة بين ابن الحاج واللخمي، فحمل كلام الأول على أنه إذا دفع للمحجور الموكل فإنه يبرأ الغريم بذلك، وكلام الثاني على أن توكيل الرشيد للمحجور لا يجوز ابتداء وربما يقول يبرأ الغريم بالدفع إليه بعد الوقوع وإن كان كلامه يقتضي أن توكل عدم البراءة، وكذا يفهم ذلك من كلامهم في المسألة وما قاله ابن الحاج به الفتوى كما في المعيار ولكن قيد بكون الموكل بالكسر يعرف أن الوكيل محجور عليه ويكون موكله رشيداً وقد لفقت في هذا ما نصه:

وناقص توكيله قد حظرا	في نحو بيع وشراء وكرا
وجائز توكيله فيما طلب	من حقه في راجح نلت الأرب
توكل منه لغير منعا	وقبل بالجواز فافهم واسمعا
من عارف بحجره وهو رشيد	وعمل بالكل فافهم يا سعيد
وكسل ما يرجع للأبدان	فناقص وكامل سيان

أي فيه ومراده بالناقص هو المحجور، ولا بد من الوقوف على الشرح ففيه زيادات كثيرة وفي هذا كفاية لخصنا في توكل الذمي وتوكيله ما محصله المسلم لا يوكل الذمي في البيع والشراء والتقاضي، وكذا لا يعطيه المال قراضاً لأنه توكيل، ولذلك صاحب المختصر لم يذكر منعه في كتاب القراض، والبضاعة مثل القراض والشراء في المنع، وقد قال صاحب المختصر في كتاب الوكالة: ومنع ذمي في بيع أو شراء أو تقاض، وقال في القراض: القراض توكيل على تجر الخ. وأما توكيل الذمي للمسلم على الخصام ولو لمسلم أو إعطائه قراضاً فذكروا في ذلك الكراهة وغيرها لكن الظاهر هو الكراهة وهو

تخليص ماله وطلب حقوقه لا يجوز على ظاهر المذهب، ويصح على ما قاله في اللباب ونقله في معين الحكام عن أبي بكر بن عبد الرحمن، وتقدم أن غيره خالفه فيه، وأما توكيله على البيع والشراء في ماله فلا يجوز، ولم أر فيه خلافاً بعد البحث إلا ما يؤخذ من مسألة العتق التي في المدونة والعتبية المتقدم ذكرها، وأما توكيل المرأة المحجور عليها في لوازم عصمتها فيجوز كما صرح به في التوضيح، بل ليس لوليها القيام بذلك إلا بتوكيل منها كما تقدم، وأما كون المحجور عليها وكيلاً فيجوز على ما صرح به في العتبية، وصرح به ابن رشد من أنه يجوز بلا خلاف، وصرح به ابن راشد في اللباب، وأفتى به ابن الحاج، ويؤخذ من مسألة العتق الثاني من المدونة من مسألة كتاب المديان منها ولا يجوز على ما قاله اللخمي. وقال ابن عرفة: عليه عمل أهل بلدنا، ومشى عليه صاحب الجواهر وتابعوه كالقرافي وابن الحاجب وقبلة ابن عبد السلام والمؤلف في توضيحه وغيرهم، فتحصل في ذلك طريقان، قال: وإنما أطلت الكلام في هذا لأن المصنف لم يتكلم عليه في الوكالة، ويؤخذ من كلامه هنا المنع من توكيله وتوكله وهي إحدى الطريقتين كما عملت، ولكن يقيد ذلك بما عدا توكيل المحجور عليها في لوازم العصمة والله تعالى أعلم اهـ. و«لمن تصرفاً» يحتمل أن يتعلق بـ «توكيل» أو بـ «يجوز»، و«لمن بذاك اتصفاً» يتعلق بـ «توكيل»، و«بذاك» بـ «اتصفاً» والإشارة للتصرف في المال.

وَمَنْعُوا التَّوَكِيلَ لِلذَّمِّيِّ وَلَيْسَ إِنْ وُكِّلَ بِالْمَرَضِيِّ

يعني أن الفقهاء منعوا أن يوكل المسلم ذمياً لكونه لا يتقي الحرام في معاملاته، وكذلك لم يرتضوا أن يكون المسلم وكيلاً لذمي لما في ذلك من إهانتة والاعتذار عليه. قال الشارح: وكان الحكم بعدم الجواز في الصورة الأولى أشدّ ولذلك عبر عنه الشيخ بلفظ المنع، وفي الصورة الثانية بنفي الرضا اهـ. قال في المدونة: قال مالك: لا يجوز للمسلم أن يستأجر نصرانياً إلا لخدمة، فأما لبيع أو شراء أو تقاض أو ليبضع معه فلا يجوز لعملهم بالربا واستحلالهم له. قال مالك: وكذا عبده النصراني لا يجوز أن يأمره ببيع شيء ولا شراء ولا اقتضائه، ولا يمنع المسلم عبده النصراني أن يأتي الكنيسة، ولا من شرب الخمر أو أكل الخنزير. قال ابن القاسم: ولا يشارك المسلم ذمياً إلا أن لا يغيب على بيع أو شراء إلا بحضرة المسلم، قال: ولا بأس أن يساقه إذا كان الذمي لا يعصر حصته خمرًا، قال: ولا أحب لمسلم أن يدفع لذمي قراضاً لعمله بالربا، ولا يأخذ منه قراضاً لثلاث يذلل نفسه يريد وإن وقع لم يفسخ اهـ. وهذا النص كله في الفرع الأول أعني توكيل المسلم الذمي إلا قوله آخرًا: ولا يأخذ منه قراضاً لثلاث يذلل نفسه فإنه شاهد للفرع الثاني وهو كون المسلم وكيلاً للذمي، والمراد بالذمي والله أعلم الكافر من حيث هو ذمياً كان أو حربياً. وفي طرر ابن عات: قال الشعباني: الوكالات أمانات، وينبغي لأولي الأمانات

صريح كلام ابن رشد في القراض، وقد رأينا المسلم يتوكل للذمي في الخصام مع مسلم أو ذمي كثيراً عند أشياخنا الذين كانوا قضاة ولا نكير عندهم ذلك مع كونه في ذلك شائعاً دائماً غاية، انظر الشرح عند قول المختصر: وإنما تصح من أهل التوكيل والتوكل، والشركة مع الذمي إنما تجوز في شركة العنان وفي كلام الخطاب شيء.

أن لا يوكلوا أولي الخيانات . قال مالك بن دينار : كفى بالمرء خيانة أن يكون أميناً للخونة .

(وَمَنْ عَلَى قَبْضٍ صَبِيحاً قَدْماً فَنَبْضُهُ بَرَاءَةٌ لِنَفْسِهِ)

تقدم أن من شرط الوكيل أن يكون رشيداً لقوله في الشطر الثاني من البيت الأول : لمن بذاك اتصفاً، وذكر هنا أن من قدم أي وكل صبيحاً على قبض دين فقبضه فإن الغريم يبرأ بالدفع له . قال في نوازل ابن الحاج : من وكل على قبض دين له صبيحاً قبل البلوغ فقبضه براءة للغرماء لأن صاحب الحق قد رضي به وأنزله منزلته، وظاهر كلام اللخمي كالمخالف لهذه الفتوى من كونه علل المنع من توكيل من ليس له بجائر الأمر بأنه تضييع للمال، فعلى ذلك كان النظر هنا أن تمنع هذه الوكالة فتأمله . وفي طرر ابن عات : ولا يوكل مسلم لكافر، ولا كبير لطفل، ولا طفل لكبير من الاستغناء، فمن موصولة مبتدأ صلته قدما وصبيحاً مفعوله، وعلى قبض يتعلق بقدما، وجملة فقبضه براءة خبر من، وللغرماء يتعلق ببراءة انتهى .

وَجَازٍ لِمَطْلُوبٍ أَنْ يُوَكَّلَ وَمَنْعٍ سَخْنُونٍ لَهُ قَدْ نُقِلَ

يعني أنه يجوز للمطلوب أن يوكل من يخاصم عنه ويدفع حجة طالبه، كما يجوز للمطلوب عند سائر الفقهاء إلا سحنون فإنه أباح ذلك للطالب وفاقاً لغيره من أهل المذهب ومنع ذلك للمطلوب . (قال المتيطي : فإذا أراد الرجل التوكيل) جاز ذلك له طالباً كان أو مطلوباً، هذا

وقول الناظم : (ومن على قبض الخ) تقدم الكلام عليه قديماً .

قوله : (قال المتيطي : فإذا أراد الرجل التوكيل الخ) هذا كلام صحيح هكذا نقله المتيطي . وقال في محل آخر في هذا ما نصّه : وإذا سأل الخصمان أو أحدهما القاضي في أول مجلس تقدمتا إليه أن يوكل كل منهما من ينوب عنه في الدعوى والإقرار والإنكار فحكى ابن حارث في ذلك اختلافاً فقال ابن الهندي : الأصل قول من رأى ذلك لهما، وقال ابن سهل : الصحيح قول من أبى ذلك حتى ينعقد ما يكون منهما من الدعوى والإقرار والإنكار بالشهادة ثم يوكل من شاء منهما . قال ابن الهندي : الذي جرى به العمل أن يقرّ الخصم أو ينكر في مجلس القاضي إذا كان ما وقف عليه قريب المعنى يفهم في الوقت ثم يوكل إن شاء فإن أبى أن يتكلم أدب حتى يتكلم . وقال ابن العطار : إن كان الوكيل بالحضرة جاز أن يوكله فيجب عنه فإن لم يوكل أدب ثم يقال له قل الآن ما كنت تأمر وكيك أن يقول عنك فإن أبى علم أنه ملد اهـ . بلفظه . وقال ابن عرفة بعد اختصاره كلام المتيطي عن ابن سهل ما نصّه : الذي عليه العمل قديماً وحديثاً قبول الوكلاء إلا من ظهر منه تشغيب ولد فواجب منعه من التوكيل هذا لفظه . وقال ابن فرحون في تبصرته ما نصّه : قال ابن الهندي وقول من قال إن له أن يوكل قبل أن يجيب أصحّ لأنه قد أجاز للحاضر أن يوكل اهـ . بلفظه . وقال أيضاً وأحسن بعد أن ذكر كلاماً وذكر كلام سحنون المتقدم ما نصّه : وفي هذا أي قول سحنون لا يقبل من المطلوب توكيلاً سد لكثير من ذرائع الفساد، والمشهور المعمول به أن الوكالة تقبل من الطالب والمطلوب لكن إذا رأى القاضي توكيل المدعى عليه لداً ولياً عن الانقياد إلى الشرع فيبغى له العمل بقول سحنون فقد كان من الأئمة المتقدّمين بهم ومن قضاة العدل رحمه الله تعالى اهـ . بلفظه . وفي الوثائق المجموعة : أن العمل جرى بما قاله ابن الهندي أيضاً فقد اتفقا في جري العمل بهذا أي بعدم توكيل المطلوب قبل الجواب إذا حضر بين يدي القاضي مع خصمه، ونقل عنه ح فيما يظهر من

هو القول المشهور الذي جرى عليه العمل، وكان سحنون لا يقبل من المطلوب وكياً إلا من امرأة لا يخرج مثلها أو مريض أو مرید سفر، أو من تبين عذره، أو من كان في شغل الأمير، أو على خطة لا يستطيع مفارقتها كالحجاجة وغيرها وكان يقبل التوكيل من كل طالب.

وَحَيْثُمَا التَّوَكَّلُ بِالْإِطْلَاقِ فَذَلِكَ التَّفْوِيضُ بِاتِّفَاقٍ

يعني أن الوكالة على وجهين: تكون مفوضة أي عامة في كل شيء فلا تخص بشيء من الأشياء، وتكون مقيدة كوكلتك على كذا فتختص بذلك، فإذا ورد لفظ التوكيل مطلقاً غير مقيد بشيء فيحمل على الوكالة المفوضة العامة في جميع الأشياء وعلى ذلك نبه بالبيت، وفهم منه أن لفظ التوكيل إذا كان مقيداً بشيء فإنه يتقيد به ولا يتعداه لغيره. ابن عرفة: شرط صحتها علم متعلقها خاصاً أو عاماً بلفظ أو قرينة أو عرف خاص أو عام، فلو أتى لفظ التوكيل مطلقاً كأنت وكيلي أو وكلتك فطريقان. (فقال ابن بشير) وابن شاس: لغو، وهو قول ابن الحاجب لم يفد، وقال ابن رشد: إنما تكون الوكالة مفوضة في كل شيء إذا لم يسم فيها شيء، ولهذا قالوا في الوكالة: إذا طالت قصرت وإذا قصرت طالت، وكذلك الوصية إذا قال الرجل فلان وصيي ولم يزد على ذلك كان وصياً له في كل شيء في ماله وبضع بناته وإنكاح بنيه الصغار، وهذا قوله في المدونة.

وَلَيْسَ يَمْضِي غَيْرُ مَا فِيهِ نَظَرٌ إِلَّا يَنْصُ فِي الْعُمُومِ مُغْتَبَرٌ

يعني أن فعل الوكيل ماض لا يرد إلا ما كان منه غير نظر وغير سداد فيرد ولا يَمْضِي إلا أن ينص له الموكل على العموم والاستغراق، وأن فعله ماض نظراً كان أو غير

كلامه، والظاهر أن مرادهم بهذا إذا لم يوكلا في أول الأمر حتى حضرا عند القاضي، أما لو وكلا أولاً فلا كلام في ذلك، والظاهر أيضاً أن مرادهم ما لم يجلسا ثلاثة مجالس عند الحاكم اهـ. ولم أقف على هذا في تبصرة ابن فرحون فقد اطلعنا على كلام هؤلاء الجهابذة النقاد ومن عليهم في هذا التوكيل والاعتماد، ولكن كلام ابن فرحون أعني قوله: إذا رأى القاضي الخ هو الحق إن شاء الله تعالى، غير أن قوله: فينبغي يتعين أن يقول فيه فيجب فافهم هذه الفائدة فإن القاضي محتاج إليها غاية.

قوله: (فقال ابن بشير الخ) الذي في ابن بشير وابن شاس وابن الحاجب هو الذي مرَّ عليه في المختصر حيث قال: لا بمجرد وكلتك، وقبله ابن عبد السلام وابن هارون كما في ابن عرفة وابن سلمون مرَّ عليه أيضاً، وما في التحفة هو قول ابن رشد وتبعه عليه المتيطي ولم يذكر له مقابلاً، ولم ينقل ابن عرفة كلام المتيطي بل أغفله، وابن عبد السلام قال اتفق مالك والشافعي على عدم إفادة الوكالة المطلقة واختلف في الوصية المطلقة. والفشتالي ذكر قول ابن رشد وأعقبه بقول ابن بشير، وقد فرقوا بين الوصية المطلقة لا تبطل وبين الوكالة المطلقة تبطل على ما قاله ابن بشير ومن وافقه بفرق ذكرناها في الشرح، وكلام ابن رشد هو ظاهر فيما نسب إليه من صحة الوكالة المطلقة لا صريح، وفي كلام ابن عرفة ما يشعر بذلك، قف على كلام ابن عرفة بلفظه في الشرح: وعندني أن فيما نسب لابن رشد هنا نظر ولا سيما وقد خالفه من رأيت، والمتيطي يتبع ابن رشد كثيراً، انظر النصوص في الشرح في المسألة والوصية المطلقة هي قول المختصر في الوصايا ووصي فقط يعم

نظر فيمضي ولو كان غير نظر إلا في أربعة أشياء: طلاق زوجته، وإنكاح أبنكار بناته، وبيع دار سكناه، وعتق عبده، فلا يمضي في هذه الأشياء ولو فوّض له في النظر وغيره. قال في التوضيح: وشرط المصنف أن يكون تصرفه نظراً لأنه معزول عن غيره بالعادة إلا أن يصرح له بذلك فيقول نظراً وغير نظر خ، وفيه نظر إذ لا يأذن الشرع في السفه، فينبغي أن يضمن الوكيل إذ لا يحل لهما ذلك والله أعلم. ابن راشد: وذكر غير المصنف وابن شاس وابن رشد أنه يستثنى من ذلك بيع دار السكنى وبيع العبد وزواج البكر وطلاق الزوجة إذ العرف قاض بأن ذلك لا يندرج تحت عموم التفويض، وإنما يفعله الوكيل إذا وقع النص عليه اه. الحطاب: فقوله إلا الطلاق وإنكاح بكره الخ مستثنى من قوله: وغيره نظر، وإذا استثنيت هذه مع وجود هذا القيد فأحرى أن تستثنى في عدمه، ثم قال الحطاب: وفهم ابن فرحون كلام ابن الحاجب على خلاف ما فهمه المصنف وابن عرفة فقال هذا مثال لو كالة التفويض ولفظ ما يقتضي العموم، ومعناه: فلو قال له وكلتك بما تعاطيه من بيع وشراء وطلاق وعتق وقليل الأشياء وكثيرها جاز فعل الوكيل في ذلك كله بشرط أن يكون على وجه النظر، وعكسه هو معزول عنه بالعادة إلا أن يقول له افعل ما رأيت كان نظراً عند أهل البصر والمعرفة أو غير نظر، وليس مراده افعل ما شئت وإن كان سفهاً كما فهمه صاحب التوضيح. (ثم قال ح): ويمكن أن يقال معنى قولهم: ويمضي

ومثل وكلتك أنت وكيلى كما في ابن عرفة غيره. قوله (ثم قال ح الخ) حاصل هذا أن هذه الأمور المستثناة لا تمضي مطلقاً قال نظر أو غير نظر أم لا إلا إذا نص للوكيل على عينها، وهي في كلام المختصر مستثناة من مقدر دل عليه كلام المتن، والتقدير إلا أن يقول وغير نظر فيمضي فعله في كل شيء إلا الطلاق الخ. وقولنا: فيمضي الخ هذا مدلول الكلام ولذلك سبق قوله: إلا أن يقول الخ. وإذا كانت لا تمضي في هذا فأحرى في غيره وهو إذا لم يقل وغير نظر هذا هو تحقيق المسألة، ومضى غير النظم تكلم عليه ح، وحاصل ما حرره أنه إن أريد بغير النظر الإذن للوكيل في أن يفعل ما هو سفه عنده فهذا لا ينبغي التوقف في عدم جوازه، وإن أريد به الإذن للوكيل فيما هو صواب عنده، وإن كان عند الناس سفهاً والوكيل رشيد فالجواز، وإن كان سفهاً فالمنع. وأما الضمان فممتنع مطلقاً عن الوكيل لأن رب المال أذن في ذلك له، وهذا هو الذي أراده ابن بشير وابن شاس وابن الحاجب، بل هو المتبادر من قولهم مضى وإن كان لا يجوز ذلك ابتداء. قال: ويحتمل أن يحمل كلامهم على وجه آخر وهو أن الوكيل المفوض له لا يتبرع وإلا ضمن إن فات ما تبرع به إلا إذا كان تبرعه يعود بتنمية المال كما تقدم في الشريك المفاوض كأن يضع الشيء للسير للاستيفاء، وإذا ثبت هذا فقولهم يمضي النظر احترزوا به من التبرع الذي لا يعود بنفع على المال فإنه لا يمضي إلا أن يقول وغير نظر فيمضي وإن كان لا نفع فيه للمال، وهذا التبرع غير سفه لأنه أراد أن يتبرع بماله إلا إذا خرج عن الحد وتفاحش وصاحبه لا توكيل قوي عنده فيكون سفهاً، وعلى هذا فيكون هذا أمراً جائزاً ابتداءً وماضياً ولا إشكال، هذا زبدة كلام الحطاب ولا بأس به في الجملة، وما ذكره عن الوكيل المفوض له هو في المدونة والكافي، وربما يفهم من المتن، فإنه قال فيما تقدم وحجر على الرقيق إلا بإذن فوكيل مفوض، وله أن يضع ويؤخر ويضيف إن استألف فافهم، ولكن لا تفهم هذه الأمور على حقيقتها إلا إذا وقفت على الشرح، وربما يظهر لك في كلام الحطاب نظر من كلام

النظر أي ما فيه مصلحة تعود بتنمية المال لا التبرعات كالتعق والهبة والصدقة إلا أن يقول: وكلتك وكالة مفوضة وأذنت لك أن تفعل جميع ما تراه وإن كان غير نظر أي ليس فيه مصلحة تعود بتنمية المال، وإن كان فيه مصلحة في نفس الأمر فتمضي التبرعات، ولا يقال في هذه الأشياء إنها سفه أو فساد إلا ما تفاحش من ذلك وخرج عن الحد، ولم يكن فاعله من أهل اليقين والتوكل فتأمله والله أعلم.

وَذَا لَهُ تَقْدِيمٌ مِّنْ يَرَاهُ بِمِثْلِهِ أَوْ بَعْضِ مَا اقْتَضَاهُ
وَمَنْ عَلَىٰ مُخَصَّصٍ وَكُلِّ لَمْ يُقَدِّمُ إِلَّا إِنْ بِهِ الْجَعْلُ حَكَمَ

الإشارة إلى الوكيل المفوض له، يعني أن الوكيل المفوض إليه له أن يوكل على مثل ما وكل عليه أو على بعضه، وعلى ذلك نبّه بالبيت الأول، وأما الوكيل المخصوص فليس له أن يوكل إلا إن جعل له ذلك وعلى ذلك نبّه بالبيت الثاني. قال المتيطي: وذكرنا في هذا النص أنه إن أذن له أن يوكل عنه من شاء الخ هو أحسن من إسقاط ذكره لاختلاف الشيوخ المتقدمين في ذلك، فمنهم من كان يقول: إذا وكله توكيلاً مفوضاً فله أن يوكل غيره وإن لم ينص عليه الموكل، ومنهم من كان يقول: ليس للوكيل ذلك إلا أن ينص في توكيله على ذلك. قال بعض الشيوخ: ولا أحفظ في ذلك قولاً منصوصاً لأحد من العلماء المتقدمين، (والأظهر أن له أن يوكل) لأن الموكل قد أنزله منزلته وجعله عوضه فله أن يفعل ما كان لموكله أن يفعله اه. وفي ابن سلمون: وللمفوض إليه أن يقدم عن موكله غيره بمثل ذلك أو بما يقتضيه رأيه من معاني التفويض المذكورة، وقيل: ليس له أن يفعل ذلك حتى ينص له عليه. قال ابن رشد: ولا أعلم للمتقدمين في ذلك نصاً، واختلف أصحابنا المتأخرون في ذلك، والأظهر أن له أن يوكل وإن لم يجعل له الموكل ذلك، فمن أراد الخروج من الخلاف فليكتب في العقد ما نصّه: وجعل له أن يفوض عنه إلى من شاء بمثل ذلك أو بما شاء من الفصول المندرجة تحت عمومها والعزل والتبديل ما أحب، وأما الوكيل المخصوص فليس له أن يوكل باتفاق إلا أن يجعل له ذلك الموكل اه.

الناس وإن وقفت عليه، ونقل ذلك يطول بنا غاية فقف على تحقيق ما أشرنا إليه والله المعين، والمراد بالعبد هنا القائم بأمر سيده كما في ابن فرحون وغيره.

قوله: (والأظهر أن له أن يوكل الخ) كلام ابن رشد هذا نقله المتيطي وغيره عن ابن رشد، ومن نسب للمتيطي أنه اختاره لم يصب في ذلك، وإنما نقله عن ابن رشد معبراً عنه ببعض الشيوخ على عادته في التعبير عن ابن رشد وخليل، قال في التوكيل على المعروف ولم أر هذه العبارة عند غيره، والحطاب قال على ما رجحه ابن رشد وغيره ولم يبين هذا الغير. وفي البرزلي أنه نص على جواز هذا التونسي في السلم الثاني ولم ينقلوه وهو جدير بالنقل فافهم. وقال ابن ناجي في كتاب المديان من المدونة ما نصّه: جرى العمل عندنا أن الوكيل المفوض إليه لا يوكل ولا يحل عصمة للموكل ولا يبيع له ربعاً لأجل العرف وإلا فالأصل دخولها الخ. وهذه فائدة لم ينقلها شراح التحفة ولا المختصر. وقوله ربعاً ظاهره ولو لم يكن دار سكنه الخ.

(تنبيه: استثنى) ابن الحاجب من الوكيل المخصوص مسألتين: الأولى: أن يكون الوكيل لا يليق به تولي الموكل فيه كمن وكل رجلاً شريفاً معروفاً بالجلالة على بيع ثوب أو دابة، لأن الوكيل لما كان لا يتصرف في هذا لنفسه كان ذلك قرينة في إجازة توكيله غيره، فكان ذلك كال تصريح بإجازة التوكيل. والثانية: أن يوكله على أمور كثيرة لا يمكن الوكيل أن يستقل بها لأنه بالعادة قد أذن له في التوكيل، انظر التوضيح ومخصص في البيت الثاني بفتح الصاد اسم مفعول نعت لمحذوف أي ووكل على شيء مخصوص والمخصص له الموكل، والجعل بفتح الجيم فاعل بفعل يفسره حكم، فهو إما بمعنى اسم الفاعل أي الجاعل، وإما على حذف مضاف أي ذو الجعل والمراد به الموكل على كل تقدير والله أعلم. ومعنى لم يقدم أي لم يوكل، ومعنى حكم به أي جعل له أن يوكل له وضمير به للتقديم المفهوم من قوله: لم يقدم.

وَمَا مِنَ التَّوَكِيلِ لِاثْنَيْنِ فَمَا زَادَ مِنَ المَمْنُوعِ عِنْدَ العُلَمَاءِ

يعني أن العلماء أي الفقهاء منعوا من توكيل وكيلين اثنين أو أكثر لأن ذلك ضرراً على الموكل عليه. قال المتيطي: ولا يجوز لرجل ولا امرأة أن يوكل في الخصام أكثر من وكيل واحد ولا يجوز توكيل وكيلين اهـ. وهذا في التوكيل على الخصومة. (وأما على بيع) أو شراء أو نكاح ونحوها فيجوز توكيل أكثر من واحد. وما مبتدأ موصول، ومن التوكيل يتعلق بفعل محذوف أي ما يقع صلة ما، ولانئين يتعلق بتوكيل وما عطف على اثنين، وزاد صلة ما الثانية، ومن الممنوع خبر ما الأولى، وعند يتعلق بالممنوع.

وَالنَّقْصُ لِلإِقْرَارِ وَالإِنْكَارِ مِنْ تَوْكِيلِ الإخْتِصَامِ بِالرَّدِّ قِمْنِ وَحَيْثُ الإقْرَارُ أَتَى بِمَفْرُزٍ عَنِ الإخْتِصَامِ فَهوَ غَيْرُ مُعْمَلٍ

يعني أن التوكيل على الخصومة إذا لم يكن فيه الإقرار والإنكار أي لم يجعل الموكل للوكيل أن يقَرَّ عنه أو ينكر وعن عدم فعل ذلك عبر بالنقص، فرد الموكل عليه التوكيل لما انتقص منه من الإقرار والإنكار قال: لا أخاصمك حتى يجعل لك الإقرار والإنكار، فإن ذلك التوكيل المنقوص منه ذلك حقيق بأن يرد لما لخصمه في ذلك من الحق، وقمن بفتح القاف وكسر الميم أي حقيق وهو خبر النقص وللإقرار ومن توكيل يتعلقان بالنقص، وكان المراد أن التوكيل على الخصام المنقوص منه الإقرار والإنكار إذا

قوله: (تنبيه: استثنى الخ) هذا هو قول المختصر عاطفاً على الممنوعات ما نصّه: وتوكيله إلا أن لا يليق به أو يكثر الخ. وربما يفهم من المختصر أن المفوض إليه يوكل من قوله فيمضي النظر الخ، ولا شك أنه إذا وكل أميناً فربما يكون ذلك نظراً، ومن قوله: ولا الإقرار إن لم يفوض أو يجعل له.

قوله: (وأما على بيع الخ) انظر عند قول المختصر ولأحد الوكيلين الاستبداد قولهم هنا: ولا يجوز توكيل وكيلين الخ في الخصام أي كان الموكل واحداً أو متعدداً وكذا الموكل عليه، انظر الشرح.

ردّه الخصم فهو حقيق بأن يرد، وأشار بذلك إلى قول المتيطي: وقولنا في النقص وعلى الإقرار عليه والإنكار عنه هو مما لا بد منه، ولا يتم التوكيل على المخاصمة إلا به، فإن لم يذكر فيه الإقرار والإنكار كان لخصمه أن يضطره إلى التوكيل على هذين الفصلين، هذا هو القول المشهور المعلوم، وبه جرى العمل عند القضاة والحكام اهـ. وهذا هو قول ابن العطار، وبه جرى العمل فلذلك اعتمده الناظم. (وفي نوازل أصبغ خلافة). ثم قال ابن رشد: وقد نزلت ففضى فيها بأن لا يقبل إلا أن يحضر مع وكيله ليقرّ بما يوقف عليه خصمه أو يكون في وقت الحكم قريباً من مجلس القاضي اهـ. ابن عرفة: وفي نوازل أصبغ وهي على الخصام فقط لا تشمل صلحاً ولا إقراراً، ولا يصحّ من الوكيل أحدهما إلا أن ينص موكله عليه. وفي التوضيح: ولا خلاف أنه لا يكون للوكيل الإقرار إن نهاه موكله عنه، وأما إن أطلق الوكالة فالمعروف من المذهب أن الوكالة على الخصام لا تستلزم الوكالة على الإقرار إذا لم يجعله إليه ولو أقرّ لم يلزم. وروي عن مالك لزوم ما

قوله: (وفي نوازل أصبغ الخ) هذا ذكره ابن عرفة وغيره وسلموه، ولكل قال ابن الشقاق في نوازل الوكالات من المعيار لا يلزم الموكل بجعل الإقرار مخافة أن يرشى الوكيل الخ، فجعل ما في نوازل أصبغ لازماً لا يتعدى مع تميمه بكلام ابن رشد، وما أشرنا إليه في التعليل حسن غاية وبالغ في النصيحة النهائية، وقد شاهدنا من ذلك ما يعلمه الله تعالى، وأن الوكيل يغش الموكل بالكسر بأقل شيء يعطاه، ويجري مثل هذا في الإنكار لأنه قد يضمرّ الموكل، كمسألة وإن أنكر مطلوب المعاملة الخ، ولكن إذا حضر الموكل بالكسر عند القاضي لا يتكلم إلا بالإقرار أو الإنكار لثلاث يكون من مخاصمة اثنين، ولا يجيد عن هذا إلا من لم ينصف أو لم يجرب، ولا سيما إن كان الوكيل غير مبرز في الدين، ولا سيما إن كثرت تهمته وقويت فافهم هذا، مع أن في النوازل المذكورة ما يقوي ما أشرنا إليه، وخليل قال في هذا ولا الإقرار إن لم يفوض له أو يجعل له ولخصمه اضطرابه إليه، وإن قال أقرّ عني بألف فإقرار، فقوله إن لم يفوض له ومثل الإقرار الصلح فيجوز من المفوض إليه إن كان نظر إلا المخصوص نص على هذا فضل وغيره فف عليه في الشرح، وهذا يدخل في قول المتن: فيمضي النظر بلا شك، وأما إن نص له على الصلح فلا إشكال في الوكيلين، والمخصوص مع النص على الصلح أخرى من المفوض بلا نص، وكذا الإقرار حرفاً بحرف، وأما قولهم هنا: ما أقرّ به على فلان فهو لازم لي إنه لا يلزمه الخ هذا في الكافي ولكن قولهم: ما أقرّ به فلان هذا ليس فلان بوكيل أصلاً، وهذا الفرع يفهم من قول المختصر في الإقرار مشبهاً بما لا يلزم ما نصّه: كان حلفه في غير الدعوى أو شهد فلان غير العدل، وبهذه المسألة شبه ابن عرفة التي في الكافي مستدلاً بها أي بما في الإقرار، وذلك يدل على أنهما من باب واحد، فإن قصد المصنف هذا فذلك من أغرب ما يكون من فطانتة رضي الله تعالى عنه، وقد قال ابن لب في ثاني نازلة من نوازل الوكالات للمعيار ما نصّه: موضع الخلاف هل إطلاق الوكالة على الخصومة يقتضي الإقرار عليه كما يقتضي الإنكار أو لا يقتضي إلا الإنكار فقط إلا أن يشترط الإقرار هذا لفظه، وبه تعرف أن المصنف إنما يقصد الرد على المخالف، فلم يذكر جعل الإنكار من الموكل للوكيل وإن قرنه المتيطي وغيّبه بالإقرار، فافهم اختصار هذا النقاد في اختصاره وحسن اقتصاره وإن لم يذكر شراحه ومحشوه هذا، وقف على الشرح فيما يلزم فيه إقرار الوكيل وما لا.

أقرّ به، وعلى الأول فقال ابن العطار وجماعة من الأندلسيين وغيرهم: إن من حق الخصم أن لا يخاصم الوكيل حتى يجعل له الإقرار. قال في البيان: ونزلت عندنا فقضي فيها بأنه لا تقبل منه الوكالة إلا أن يحضر الموكل مع وكيله في وقت الحكم أو يكون قريباً من مجلس القاضي، وأما إن جعل له الإقرار ففي المتبعية يلزمه ما أقرّ به الوكيل. قال في الكافي: وبه جرى العمل عندنا، وزعم ابن خويزمنداد أن تحصيل المذهب أنه لا يلزمه إقراره. قال في الكافي: وهذا غير المفوض، قال: واتفق العلماء فيمن قال ما أقرّ به على فلان فهو لازم لي أن لا يلزمه، واختلف أصحاب الشافعي إذا قال الموكل لوكيله أقرّ عني لفلان بألف هل يكون ذلك إقراراً بألف لفلان أو لا، واختار المازري أنه إقراراً أه. وقد اشتمل البيت الأول على مسألة وهي أن نقص الإقرار والإنكار من وكالة الخصم يوجب ردّ الوكالة، وقد تقدم ذلك في كلام المتبعية وفي قول التوضيح، وعلى الأول فقال ابن العطار إلى قوله من مجلس القاضي، وفهم من قوله توكيل الاختصاص أن الوكالة المفوضة لا ترد بعدم النص على الإقرار والإنكار، بل إن نص عليه فلا إشكال، وإن سكت عنه شمله التفويض وصحّ إقرار الوكيل عن موكله. واشتمل البيت الثاني على مسألة أخرى وهي أن وكالة الخصم إذا لم يذكر فيها الإقرار ثم أقرّ الوكيل فإن إقراره لا يلزم الموكل، وقد تقدم هذا في كلام ابن عرفة وفي قول صاحب التوضيح، وأما إن أطلق الوكالة إلى قوله ما أقرّ به وإذا لم يصحّ الإقرار حيث لم ينص عليه فأحرى إن نهاه عنه كما تقدم في أول كلام التوضيح.

(وَمَنْ عَلَى خُصُومَةٍ مُعَيَّنَةٍ تَوَكَّلَهُ فَالطُّوْلُ لَنْ يُوَهَّنَهُ

وقول الناظم: (ومن على خصومة معينة الخ) حاصل ما في التحفة وشروحها أنه إذا وكله على خصومة معينة وشرع في الخصام وطال الأمر فالوكيل باق على وكالته، وإن طال الأمر قبل الشروع في الخصام في هذه الوكالة المعينة فإن كان الموكل حاضراً سأله القاضي أهو باق على وكالته أم لا؟ وإن غاب فالوكيل على وكالته، وهذا هو الذي يدل عليه كلام المقصد المحمود، وما نقلوه عن الشاطبي هنا في الطول قبل الشروع أنه مبطل إنما هو حيث لم يقع إسهاد بقبول الوكالة، تأمله تجده كذلك، وإن وكله على الخصام عنه هكذا من غير تعيين خصومة بعينها وشرع في خصومة وأتمها ثم أراد أن يشرع في غيرها مع الخصم الذي خاصمه أو غيره، فإن مضى بين التوكيل وإرادة الشروع في الثانية نحو ستة أشهر لم يكن له ذلك وإلا شرع في الثانية بلا توكيل، هذا الذي دلّ عليه كلامهم، لكن في ابن شاس ما نصّه: الركن الرابع الصيغة الدالة على معنى التوكيل أو ما يقوم مقامها في الدلالة عليه ثم لا بدّ من القبول، فإن وقع على الفور فلا خفاء بصحة العقد، وإن تراخى بالزمن الطويل فقال الإمام أبو عبدالله: قد يتخرج عندي على الروايتين في قول الرجل لزوجته: اختاري، أو قوله: أمرك بيدك فقامت من المجلس ولم تختري، ثم قال: والتحقيق في هذا يرجع إلى اعتبار المقصود والعوائد هل المراد في هذه الألفاظ استدعاء الجواب بداراً فإن تأخر سقط حكم الخطاب، أو المراد استدعاء الجواب معجلاً أو مؤجلاً أه. بلفظه. واختصره ابن الحاجب مسلماً له، وقال في التوضيح: الصيغة مثل وكتلت وأنت وكيلى وما يقوم مقامهما من قول أو فعل كقوله: تصرف في هذا وكإشارة الأخرس، ثم قال: قال ابن عبد السلام: قد يفرق بين الوكالة والتخيير لأن الموكل له

يعني أن من وكل على الخصام في شيء معين ثم طال الزمان قبل كمال تلك الخصومة سواء ابتدأها ثم حصل الطول أو حصل قبل ابتدائها فإن للوكيل تمام تلك الخصومة، ولا يوهن توكيله أو يضعفه ذلك الطول، ففي مسائل ابن حبيب قال سحنون فيمن وكل على خصومة فلم يقم الوكيل بذلك إلا بعد سنين إما أنشب الخصومة قبل ذلك أو لم يتعرض لشيء ثم قام يطلب بتلك الوكالة القديمة فقال: يبعث القاضي إلى الموكل يسأل أهو على وكالته أم خلعه؟ فإن كان غائباً فالوكيل على وكالته. قال الشارح: ويأتي بعد هذا ما يشهد لهذا، ومن موصولة مبتدأ وجملة توكيله على خصومة في المبتدأ والخبر صلة من، وجملة فالطول لن يوهنه خبر من.

وَإِنْ يَكُنْ قَدَّمَ لِلْمُخَاصِمَةِ وَتَمَّ مَا أَرَادَ مَع مَنْ خَاصَمَهُ
وَرَامَ أَنْ يُنْشِئَ أُخْرَى فَلَهُ ذَاكَ إِذَا أَطْلَقَ مَنْ وَكَّلَهُ
وَلَمْ يَجْزِ عَلَيْهِ (نُضِفَ عَام) مِنْ زَمَنِ التَّوَكِيلِ لِلْمُخَاصِمِ

يعني أن من قدم أي وكل على الخصومة فخاصم وتم خصامه ثم أراد أن ينشئ خصومة أخرى عن موكله الأول فله ذلك بشرطين، أحدهما: أن تكون وكالة مطلقة غير مقيدة بخصومة بعينها وعلى ذلك نبه بقوله: إذا أطلق من وكله. الثاني: أن لا يبعد ما بين التوكيل والخصومة الثانية بستة أشهر فأكثر وعلى ذلك نبه بقوله: ولم يجز عليه نصف عام الخ. قال في المقصد المحمود: وإن كانت الوكالة مبهمة للوكيل أن يخاصم عنه في قضية أخرى يحدثان القضية الأولى وليس ذلك في قضية مفسرة بمطالبة فلان ولا في المبهمة إذا طال الزمان نحو ستة أشهر، وأما إذا اتصل الخصام فيها فله التكلم عنه وإن طال الأمد اهـ. وسئل الإمام أبو إسحاق الشاطبي عمن قام وكالة عن غائب بعد نحو ثلاثين سنة ولم يكن أشهد بقبول الوكالة وقد تعلق الآن لولد القائم بالوكالة حق في مال الغائب. فأجاب بأن عدم الإشهاد بقبول الوكالة مع تركه النظر فيما وكل عليه الثلاثين سنة ونحوها مما يدل

عزل وكيله، وأما الزوج فعليه ضرر في إبقاء الخيار لكونه لازماً له، فلذلك قيد خيارها بالقرب وسقط بطول المجلس على أحد القولين خليل، وهذا الفرق إنما يتم في الوكالة التي ليست بعوض وإلا فلا فرق الخ. وقال ابن بشير: لا تكفي الكتابة في الوكالة للقادر على النطق على المشهور. وفي الغائب قولان ويلزم القبول عقب القراءة على القول بالفورية الخ. وانظر قوله: لا يكفي الخ. وفي ابن بشير تفصيل في القبول تركته لأنني رأيت للغزالي في وجيزه، وكلام الحطاب هنا فيه شيء، وانظر ابن الناظم وهذا الشارح اقتصر على كلام المقصد المحمود، ولم يشيرا لما قاله الإمام الرازي ومن تبعه من ذكر الخلاف لا سيما وقد قال والتحقيق الخ. وما أشار إليه بتعيين المصير إليه، إذ العوائد في أمثال هذا لا يحاد عنها أصلاً، والعوائد في هذا الباب هي المتبعة، انظر الشرح عند قول المختصر بما يدل عرفاً، وعند قوله: وتخصص وتفيد بالعرف إلى آخر تلك المسائل. وقول الناظم: (نصف عام) الذي في النص نحو ستة أشهر كما في ابن الناظم وغيره. وقال القرافي في ذخيرته ما نصه: ولو قال وكلتك لمخاصمة خصم جاز وإن لم يعينه لأن المخاصمة لا تعلم غايتها فاعتبر جنسها خاصة اهـ. فافهم.

على أنه لم يقبلها ولا التفت إلى قبولها فلا يصح الآن القيام بها إلا بتجديد وكالة أخرى من الموكل الغائب أو ينظر القاضي في ذلك فيقدم للنظر في مال الغائب من يرتضيه، ولا حجة له في دعوى عدم العلم بالوكالة حتى الآن إذا كان حاضراً بالبلد الذي وكل فيه لأنه يدعي ما لا يشبه، ولأنه يتهم حين تعلق لابنه حق في مال الغائب اهـ.

فرع: مما يدخل في الإطلاق في التوكيل قيام الوكيل عند من شاء من القضاة، بخلاف ما إذا خصه بقاض بعينه ونص على ذلك الموثقون. قال ابن فتوح: وإذا وكله على الخصام عند حاكم بعينه قد صرح باسمه فليس له أن يخاصم عند غيره إذا لم يكن التوكيل مجملاً، وإذا كان التوكيل مجملاً ولم يذكر فيه عند حاكم كذا فله أن يناظر عنه حيث شاء اهـ.

وَمَوْتُ مَنْ وَكَّلَ أَوْ وَكَّيْلٍ يَبُتُّ مَا كَانَ مِنَ التَّوَكُّيلِ
وَلَيْسَ مَنْ وَكَّلَهُ مُوَكَّلٌ بِمَوْتِ مَنْ وَكَّلَهُ يَنْعَزِلُ
وَالْعَزْلُ لِلْوَكَّيْلِ وَالْمُوَكَّلِ مِنْهُ يَجِزُّ بِوَفَاةِ الْأَوَّلِ

(اشتمل كل بيت من الأبيات الثلاثة) على مسألة. فمسألة البيت الأول هي أن من وكل وكيلاً فمات الموكل والوكيل فإن التوكيل يبطل بموت الموكل لأن الحق انتقل لغيره من الورثة، ولا إشكال في بطلانه بموت الوكيل إذ ليست الوكالة حقاً للوكيل فتورث عنه. ومسألة البيت الثاني هي أن من وكل وكيلاً فوكل الوكيل وكيلاً آخر من تحته لكون الموكل جعل له ذلك أو كان وكيلاً مفوضاً فمات الوكيل الأول فإن الوكيل الثاني لا ينعزل بموت الوكيل الأول لأن الثاني وكيل عن الموكل أيضاً كالأول لا عن الثاني، ف«من» في قوله: وليس من وكله واقعة على الوكيل الثاني ومن الثانية واقعة على الوكيل الأول، ومسألة البيت الثالث هي أن من وكل وكيلاً فوكل الوكيل وكيلاً آخر من تحته ثم مات الموكل فإن الوكيلين معاً ينعزلان فهي كالثانية إلا أن الميت في الثانية هو الوكيل الأول والميت في الثالثة هو الموكل والله أعلم. قال ابن يونس: قال ابن القاسم: من أمر رجلاً يشتري له

قوله: (اشتمل كل بيت من الأبيات الثلاثة الخ) كلام المختصر في هذا هو قوله عاطفاً على ما يمنع ما نصه: وتوكيله إلا أن لا يليق به أو يكثر فلا ينعزل الثاني بعزل الأول، وقال أيضاً: وانعزل بموت موكله وإن علم وإلا فتأويلان وفي عزله بعزل ولم يعلم خلاف، فقوله فلا ينعزل الخ وإذا كان هذا في التوكيل بالعرف فأحرى إذا كان صراحة، وكان من حق شراح التحفة أن ينهبوا على هذا مع أنهم إنما نصوا على من وكل بتصريح من الموكل. وقوله وانعزل الخ هذا فيه خلاف قوي، ولكن الراجح هو الاعتماد على علم الوكيل إن علم بعزله أو موت موكله عزل وإلا فلا في الموت والعزل، فالراجح عذر الوكيل هنا بالجهل، ولا فرق في هذا بين مفوض إليه من غيره، هذا الذي خلصناه في الشرح وقف على حسن صنيع المختصر في اختصاره لهذا، وانظر في الشرح إذا عزل الوكيل وقد أقر عليه عند قول المتن: ولا الإقرار إن لم يفوض له الخ. وكذا عند قول المختصر: وفي عزله بعزله الخ: وقول الناظم هنا فيه إطلاق إذ ظاهر قوله: وليس من وكله الخ حتى في الوكيل المتعدي بالتوكيل وليس كذلك.

سلعة ولم يدفع له ثمنها أو دفعه إليه واشتراها الوكيل بعد موت الأمر ولم يعلم بموته أو اشتراها ثم مات الأمر فذلك لازم للورثة إلا أن يشتريها وهو يعلم بموت الأمر فلا يلزم الورثة ذلك وعليه غرم الثمن لأن وكالته قد انفسخت، وقاله مالك فيمن له وكيل ببلد يجهز إليه المتاع إن ما باع أو اشترى بعد موت الأمر ولم يعلم بموته فهو لازم للورثة، وما باع أو اشترى بعد علمه بموته لم يلزمهم لأن وكالته قد انفسخت، ثم قال: إلا أن يموت عندما أشرف الوكيل على تمام الخصومة، وبحيث لو أراد الميت فسخ وكالته ويخاصم هو أو يوكل غيره لم يكن له ذلك فحينئذ لا تنفسخ وكالته بموت الأمر، قال: وما كان من يمين يحلفها الأمر حلفها الورثة إن كان فيهم من بلغه علم ذلك اهـ. وهذا فقه موت الموكل وهو أحد طرفي المسألة الأولى. وقال المازري ما معناه: إذا وكل الوكيل في الموضع الذي يصح له التوكيل ثم مات الوكيل الأول فالأظهر أن الوكيل الثاني لا ينعزل بموت الأول، بخلاف انعزال الوكيل الأول بموت من وكله، لأن الوكيل الأول إذا وكل رجلاً بإذن رب المال فكان رب المال وكله وناب عنه هو في هذا فيكون تصرف هذا الوكيل الثاني فيما يكون فيه تصرف الوكيل الأول لازماً لرب المال كتصرف رب المال نفسه اهـ. وهذا فقه موت الوكيل الأول. ومن العتبية: قال يحيى عن ابن وهب: وإذا مات الوكيل فليس ولده بمثابته اهـ. وهذا فقه موت الوكيل وإن الوكالة تنفسخ أيضاً وهو الطرف الثاني للمسألة الأولى ولم ينقل الشارح على فسخ وكالة الوكيل الأول والثاني بموت الموكل فقهاً صريحاً، ولكنه ظاهر مما تقدم من فسخها بموت الموكل، إذ ظاهره كان الوكيل واحداً أو متعدداً بسبب توكيل الوكيل وكيلاً آخر من تحته.

وَمَا لِمَنْ حَضَرَ فِي الْجِدَالِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ أَنْعِمَزَالٍ
إِلَّا لِمُنْذِرٍ مَرَضٍ أَوْ لِسَفَرٍ وَمِثْلُهُ مُوَكَّلٌ ذَاكَ حَضَرَ

(اشتمل البيتان) على مسألتين: إحداهما الوكيل إذا جالس خصمه عند القاضي ثلاثاً

قوله: (اشتمل البيتان الغ) قال خليل في هذا ما نصّه: وواحد في خصومة وإن كره خصمه إلا إن قاعد خصمه كثلاث إلا لعذر وليس له حينئذ عزله ولا له عزل نفسه، فقوله كثلاث من غير واحد كصاحب المنتخب وغيره ممن يكثر عدّه على عدم التحديد بثلاث، فعبارة الكافي: وإذا شرع المتخاصمان في المناظرة بين يدي الحاكم لم يكن لأحدهما أن يوكل غيره لأنه عند مالك ضرب من اللدد إلا أن يخاف من خصمه استطالة بسبب أو نحوه، فيجوز له حينئذ أن يوكل من يناظر عنه اهـ. بلفظه. وكذا ابن شاس لم يذكر تحديداً، وكذا ابن الحاجب وابن عات عبّر بقوله: إن انتشب الخصام بينهما فلا عزل ولا فرق بين المفوض إليه من غيره، ونقله ابن عرفة وسلمه، والمقاعدة مع الخصم فيها حق للخصم وهي إذا تعلق بها حق للخصم لا تحل وربما يفهم هذا من التوضيح وغيره، وعبارة المازري كعبارة ابن عات كما في المجالس قائلاً: فسره بعض الموثقين بالمقاعدة ثلاثاً والتحديد بالثلاث إنما رأيناه لابن رشد وأتباعه كالمتطي وابن عرفة وابن سلمون مع ابن رشد، قال في المقدمات: فليس له أن يعزله إذا قاعد خصمه المرتين والثلاث إلا من عذر، هذا هو المشهور في المذهب ووقع لأصغ، وفي ابن سلمون أيضاً: إذا ظهر الحكم قبل الثلاث فلا عزل.

فأكثر فليس لموكله عزله ولا له هو أن يعزل نفسه وينحل من التوكيل لما يلحق خصمه في ذلك من الضرر، إلا لعذر يحدث للتوكيل من مرض أو سفر فينعزل إذ ذاك، وعلى هذا نبّه بالبيت الأول وشطر الثاني. الثانية: أن صاحب الحق إذا قاعد خصمه ثلاث مرات أي فأكثر ثم أراد أن يوكل فليس له ذلك أيضاً وعلى ذلك نبّه بقوله: ومثله موكل ذاك حضر،

وقال ابن عرفة بعد كلام المتيطي المقيد بالثلاث ما نصّه: ولأصيح في الواضحة، إن قاعدة المقاعدة تثبت فيها الحجج لم يكن له عزله، ومثله في أحكام ابن زياد، ولأصيح أيضاً ما يدل على أن عزله ما لم يشرف على تمام الحكم الخ. وقال في التوضيح على قول ابن الحاجب: ومهما شرع في الخصومة فلا يعزل ما نصّه ظاهره أن مجرد الشروع موجب لعدم العزل، وقاله اللخمي وابن شاش وفي المقدمات الخ ما رأيته، وصاحب المختصر قال كالثلاث: وكأنه أتى بالكاف ليشير إلى أن المراد مظنة اللدد هو المانع من التوكيل من غير حصر في خصوص الثلاث، ولا شك المقاعدة الواحدة قد يطول الكلام فيها فتكون بمنزلة مقاعدتين لم يطل فيهما الكلام فالمدار على مظنة اللدد مع ظهور القرائن، وهذا هو التحقيق بدليل ما رأيته إن تأملته، وكأن من صرّح بخصوص الثلاث ظهر له أن الثلاث هي مظنة اللدد، وهذا هو اللائق بقطع النزاع في الجملة فافهم، فإن القاضي يتحير في أمثال هذه الأمور والناس لهم شح مطاع في حقوقهم، ولا تستسهل أمثال هذه الأمور فإنه إن أقيم للعدل على القاضي في أقل من هذا بمراحل يفرق غرقاً لا نظير له، وقول المصنف إلا لعذر يشمل ما ذكره شروح التحفة والمختصر قال في المنتخب قال سحنون: فلو أن رجلاً خاصم رجلاً عند قاض ونظر بينهما ثم حلف أحدهما لا يخاصم صاحبه وأراد أن يوكل فليس له ذلك إلا أن يكون له عذر مثل أن يكون شتمه وما أشبه ذلك وهو مالك، قال ابن القاسم: وأنا أرى أنه إن مرض أو أراد سفراً وغزواً أو حجاً ولم يكن ذلك منه لبدأ بصاحبه ولا قطعاً له في خصومته رأيت له أن يستخلف الخ وهذا منه بلفظه وهو ظاهر غاية في كون الثلاث لا تعتبر كما في كلام الكافي المتقدم وقد رأيته، وقد أشرنا لكلام المنتخب هذا، وقال المتيطي ما نصّه: فرع فإن ظهر من الوكيل تفريط أو ميل مع خصمه أو غش لبيطل بذلك حق موكله أو مرض فللموكل عزله إذا ثبت ذلك لأنها ضرورة الخ. وهذا العزل للغش ونحوه مطلق كان ذلك بعد المقاعدة ثلاثاً أو قبل ذلك، مع أن المحتاج إليه على قول من حدد بثلاث هو بعد ثلاث، وأما قبل ذلك فله أن يعزله مطلقاً، وقد نقلنا هذا في الشرح عن ابن فرحون وغيره، ولذلك رأيت في قول المختصر إلا لعذر بعيد قوله: لا إن قاعد الخ فلله دَر المصنف في اختصاره، ولا فرق في الغش ونحوه بين أن تكون الوكالة بأجر أم لا كما في ابن فرحون أيضاً، وكل ما تقدم من أسباب العزل دخل في قوله إلا لعذر كما أشرنا إليه أولاً، وما قيل في عدم انعزال الوكيل وعزله يقال في انعزال الموكل إذا خاصم وعدمه بالعكس كما أشير إليه هنا وهو في كلامهم ابن رشد وغيره، ولكن انعزال الوكيل قبل ثلاث إنما هو حيث تكون الوكالة بلا أجر وحيث لا يتعلق بها حق للغير، وقد قال في المختصر: وهل لا تلزم أو إن وقعت بأجرة أو جعل فكهما وإلا لم تلزم تردد، انظر الشرح هناك إن أردت تحقيق ذلك، ففي كلام المختصر في ذلك صعوبة انظر الشرح هنا ولا بدّ ولا بدّ، فهذه أمور يحتاج إليها غاية، وقول المختصر: وحلف في كسفر يدخل فيه الحج والغزو لأنهما قد يكونا من غير سفر في العرف، وحلفه إنما هو تحقيق الدعوى عليه أنه أراد السفر ليوكل، وأما إن اتهم فيجري على أيمان التهم، وما اعترض به ابن الفخار على ابن العطار لا يظهر، وكلام ابن الناظم في ذلك رأيته.

وسماه موكلًا بالكسر باعتبار المأل، وهذا ما لم يرض الموكل عليه بعزل الوكيل في الأولى وبالتوكيل في الثانية فله ذلك. قال المتيطي: وللموكل عزل الوكيل ما لم يناسب الخصومة، فإن كان الوكيل قد نازع خصمه وجالسه عند الحاكم ثلاث مرات فأكثر لم يكن له عزله، قال: وفي المكان الذي لا يكون للموكل أن يعزله عن الخصام لا يكون له هو أن ينحل عنه إذا قبل الوكالة، قال: وإن خاصم الرجل عن نفسه وقاعد خصمه أيضاً ثلاث مجالس وانعقدت المقالات بينهما ما لم يكن له بعد ذلك أن يوكل خصماً يتكلم عنه إذا منعه صاحبه من ذلك إلا أن يمرض أو يريد سفر ويعرف ذلك ولا يمنع الخصمان من السفر ولا من أراده منهما ويكون له أن يوكل عنه عند ذلك. قال محمد بن أحمد القطان: ويلزمه في السفر اليمين أنه ما استعمل السفر ليوكل غيره، فإن نكل عن اليمين لم يبح له توكيل غيره إلا أن يشاء خصمه. وقال محمد بن عمر بن الفخار: لا يمين عليه اه. وما نافية، ومن موصولة واقعة على الوكيل، وجملة حضر صلة من، وانعزل مبتدأ جر بمن الزائدة والجار والمجرور وهو لمن حضر خبر انعزال، ووكل بالكسر مبتدأ وذاك حضر صفته وهو المسوغ ومثله خيرمقدم والإشارة لمقاعدة الخصم ثلاث مرات.

وَمَنْ لَهُ مُوَكَّلٌ وَعَزَّلَهُ لِخَصْمِهِ إِنْ شَاءَ أَنْ يُوَكَّلَهُ

يعني أن من وكل وكيلاً ثم عزله حيث يجوز له فأراد خصمه أن يوكل ذلك الوكيل المعزول فإن ذلك له، ولا حجة لمن عزله أن يقول إنه قد اطلع على خصومتي وعلم كنه حجتي فلا يتوكل علي. (قال في الاستغناء: من عزل وكيله) فأراد خصمه توكيله فأبى الأول وذلك لما اطلع عليه من عوراته ووجوه خصوماته فإنه لا يقبل قوله وله أن يوكله إن شاء اه.

وَكُلُّ مَنْ عَلَى مَبِيعٍ وَكُلًّا كَانَ لَهُ الْقَبْضُ إِذَا مَا أَغْفَلَ

يعني أن من وكل وكيلاً على بيع شيء فباعه فإن للوكيل مطالبة المشتري بدفعه الثمن، سواء نص له الموكل على قبض الثمن أو لم ينص له عليه، وعلى ذلك نبه بقوله: إذا ما أغفلا، فما زائدة. وفهم من قوله: إذا ما أغفلا أن له أن يقبض إذا نص عليه من باب أولى وهو كذلك. قال المتيطي: وليس للوكيل أن ينتهي من وكالته إلى أكثر مما جعله إليه موكله بإفصاح أو تبين إلا المأمور بالبيع فله قبض الثمن، فإن لم يقبض الثمن ضمنه إن مات مبتاع ذلك الشيء. (قال ابن فتوح): ومن وكل على بيع سلعة ولم يوكل

قوله: (قال في الاستغناء من عزل وكيله الخ) لم أقف الآن في هذا الفرع إلا على ما في التحفة وفي القلب من ذلك شيء.

قوله: (قال ابن فتوح الخ) هذه المسائل قال فيها في المختصر: بل حتى يفوض، ثم قال: أو يعين بنص أو قرينة وتخصص وتقيد بالعرف فلا يعده إلا على بيع، فله طلب الثمن وقبضه، أو اشتراه فله قبض المبيع ورد المعيب إن لم يعينه موكله، ومثل العرف القرينة فإنها تقيد وتخصص كالعرف، وأحرى قول الموكل بالكسر ولا إشكال في ذلك، وقوله فلا يعده الخ هو راجع إلى قوله: أو يعين بنص أو قرينة

على قبض الثمن فإن للوكيل قبضه دون توكيل اهـ. قال الشارح: ومما يشبه قبض ثمن المبيع للوكيل على البيع قبض المبيع للوكيل على الشراء، وظاهر إطلاقاتهم لا فرق بينها. وفي ابن الحاجب: ويملك الوكيل على المطالبة بالثمن وقبضه وقبض المبيع والرد بالعيب. قال في التوضيح: يعني أن التوكيل على المبيع يستلزم أن يكون للوكيل المطالبة بالثمن وقبض الثمن، ولذلك لم يكن له أن يسلم المبيع وهو لم يقبض ثمنه، وهذا مقيد بما إذا لم تكن العادة الترك، فقد نص أبو عمران على أنه لو كانت العادة في الرباع أن وكيل البيع لا يقبض الثمن فإن المشتري لا يبرأ بالدفع إليه، وقوله: وقبض المبيع أي والوكالة على الشراء تستلزم قبض ما اشتراه وتستلزم الرد بالعيب ولهذا قال ابن الهندي: كل من نص له في الوكالة على شيء فلا يتعداه إلا هنا، وأما لو وكله على البيع وصرح بأنه لا يقبض الثمن فلا يكون له القبض. وقوله: والرد بالعيب يريد ولم يعلم الوكيل بالعيب قبل شرائه ودلّ على ذلك قوله: فإن علم بالعيب كان له أي كان المبيع للوكيل ولا يردّه إلا أن يكون العيب يسير أو في شرائه غبطة ونظر فيلزم الموكل صحّ وأخره بالمعنى. وقوله: على مبيع أي على بيع مبيع أي بيع ما يباع.

لا لقوله: وتخصص الخ، وبيننا وجه ذلك في الشرح. وقوله: فله طلب الخ أي وله عدم الطلب ولكن يغرم فإذا رضي بالغرم وهو ملي بذلك فأى مانع يمنعه من ذلك لأنه يكون له غرض في مسامحة من عامله لضعفه مثلاً، وبه يسقط الاعتراض عليه، وليس هذا من حقوق الله تعالى التي لا يصح إسقاطها مع أنه تابع في هذا التعبير لغيره، وقد نقلنا كلام الناس في الشرح، وقال ابن فرحون في تبصرته: الوكيل على بيع العقار لا يقبض لأن العادة جارية بعدم قبضه للثمن إلا بتوكيل خاص على قبضه إلا أن يكون أهل بلد جرت عادتهم بأن متولي البيع يتولى القبض، وهذا بخلاف الوكيل على بيع السلع فإن له قبض الثمن الخ. وذكر في التوضيح على كلام ابن الحاجب الذي هو ككلام المختصر ما نصّه: وهذا مقيد بما إذا لم تكن العادة الترك فقد نص أبو عمران على أنه لو كانت العادة في الرباع أن وكيل البيع لا يقبض الثمن فإن المشتري لا يبرأ بالدفع إليه الخ، وهذا صحيح لأن المدار على العادة والعادة جرت في الرباع بعدم قبض الثمن وفي غيره بقبضه، ولو انعكس الحال لانعكس الحكم بدليل ما رأيت من كلام ابن فرحون وغيره وهو أمر ظاهر لا غبار عليه أصلاً. وقد قال الفشتالي هنا: علة قبض الثمن هو تسليم المبيع، السنة هو تناجز الثمن والمثمن، فلو بيع لأجل فقال بعضهم لا يقبض الوكيل إلا بوكالة مستأنفة وكلهم يحومون على العادة الخ، وما قاله يدل له قول صاحب المعيار في نوازل المعاضات ما نصّه: سئل السرقسطي عن دلالة باع لرجل أسباباً بالنسيئة ثم إن الرجل قبض لنفسه من الغرماء معظم الثمن وتبقى له منه بقية فطلب المرأة الدلالة بقبضها، فأجاب يرجع فيما ذكر إلى عادة الناس، فإن كانت أن البائع يقبض لنفسه لم يكن على الدلالة أن تقبض له إلا إن شاءت برضاها ولها الأجرة على القبض إن شاءت، وإن كانت العادة أن الدلالة هي التي تقبض وتأخذ الأجرة على البيع والقبض كان القبض عليها اهـ. ولفظه. وقد تحصل من هذا كله أن المدار على العادة في الوكيل والسمسار وإن كان هو وكيلاً في الجملة غير أن السمسار إنما هو لإشهار المبيع ومضى البيع للمالك، ولا فرق بين كون البيع لأجل أو لا، وما ذكروه هنا في الرد بالعيب انظره في الشرح فإن فيه طويلاً وقف على ردّ اعتراض ابن عرفة على ابن الحاجب وغيره هنا في الشرح في كون الوكيل على الشراء يقبض المبيع فإن ما قاله ابن الحاجب هو الصحيح وهو الذي في المختصر.

(وَعَائِبٌ يَنْبُوبُ فِي الْقِيَامِ) عَنْهُ أَبٌ وَابْنٌ وَفِي الْخِصَامِ
وَجَائِزٌ إِثْبَاتٌ غَيْرِ الْأَجْنَبِيِّ لِمَنْ يَغِيبُ وَاخْتِصَامُهُ أَبِي

يعني أن الغائب إذا ظهر له حق كظهور دابة أو عبد سرق له أو أخذ شيء من ماله أو أحدث عليه ضرر في داره مثلاً أو أرضه ولم يترك وكلاً يقوم بأمره فإنه يجوز لأبيه أو ابنه أن يقوم عنه ويخاصم عنه، وعلى ذلك نبه بالبيت الأول. فقوله: وفي الخصام عطف على القيام، وأما غير الأب والابن فإن كان أجنبياً فلا كلام له ولا يمكن من القيام ولا من الخصام، وإن كان غير أجنبي يمكن من القيام والإثبات ولا يمكن من الخصام وعلى ذلك نبه بالبيت الثاني، فظاهر البيتين أن هذا قول واحد بالتفصيل بين القريب جداً وهو الأب في مال ابنه والابن في مال أبيه والقريب لأحد وبين الأجنبي، وكذا قرره الشارح قائلاً: الأصل أن لا ينوب أحد عن أحد إلا باستخلافه إياه واستنابته له، إلا أنهم استثنوا من ذلك قيام الأب عن ابنه وقيام الابن عن أبيه من غير استخلاف أحدهما للآخر، وإنما ذلك للخصوصية التي اقتضتها نسبة الأبوة من البنوة ونسبة البنوة من الأبوة، فلذلك أنزل أحدهما للآخر منزلة الوكيل، وإن لم يوجد منه النص على توكيله فأباحوا لكل واحد منهما القيام عن صاحبه، ولما كان من سواهما من الأقارب لا توجد فيه هذه الخصوصية أباحوا له إثبات حق الغائب خيفة ضياعه بموت من يشهد له أو بغيبته ولكونه لا ضرر عليه في إثبات حقه له، ومنعوا من الخصومة وما أشبهها لعدم فوت ذلك عليه، ولاتقاء المضرة الداخلة عليه من قبل من يختصم عنه ممن يمكن أن لا يكون استوفى حجته اهـ. ببعض اختصار. ثم جلب الشارح كلام العتبية وابن رشد قائلاً: أجاز في هذه الرواية للابن أن يخاصم عن أبيه الغائب في رباعه وحيوانه وجميع ماله دون الوكيل، وكذلك الأب فيما ادعى لابنه. وقال في الواضحة: إن ذلك في الأب أبين منه في الابن، ولم يرو ذلك لمن سوى الأب والابن من القرابة والعشيرة، ويمكن من إقامة البينة وإثبات الحق لا أكثر. ثم قال: والصواب أن الأب والابن يمكنان من الإثبات والخصومة عن الغائب، ومن عداهما من القرابة لا يمكنون إلا من الإثبات لا غير ولا يمكنون من الخصومة، وظاهر الرواية أن الأجنبي لا يمكن من شيء اهـ. الذي في التوضيح قبل باب العدالة متصلاً به: إذا قام عن الغائب محتسب في شيء تسور فيه على الغائب أو أخذ له، أو في عيب أحدث عليه في داره أو أرضه فهل يمكن القاضي هذا القائم من مخاصمة ذلك المتعدي أم لا؟ خمسة أقوال، أحدها: أنه لا يمكن من ذلك إلا الأب والابن ومن له قرابة قريبة، ثم إذا مكّنه

وقول الناظم: (وغائب ينوب في القيام الخ) هذا صوّبه ابن رشد، والمسألة فيها خلاف كثير وكلام طويل نقلناه على قول المختصر آخر كتاب القضاء، وفي تمكين الدعوى لغائب بلا وكالة تردد، وما صوّبه ابن رشد هو الذي ظهر لنا مما رأيناه من كلام الناس، ولكن هذا الخلاف في غير ما إذا كان القائم له حق فيما قام فيه، وإما إن كان له حق فله القيام ومنه قول هذا الشارح: يستثنى الخ، ولكن هي أمور كثيرة وتحتاج إلى تحرير فقف عليها في الشرح واختصارها لم يتأت لنا لكثرة الكلام في ذلك وتقييده بأمر وهي فوائد جلية.

من المخاصمة فلا يخرج الملك من يد حائزه، ولا يزيل العيب الذي أحدث لاحتتمال أن يقر به الغائب أو يقرّ أنه أعلم بما أحدث، وإنما يشهد بذلك خوفاً من موت الشهود، ثم ينظر الغائب، ولو أقرّ من بيده العقار أو غيره أنه لغائب أخرجه عنه وجعله بيد ثقة ويقطع العيب إن اعترف بإحدائه. وثانيها: أنه يمكن من ذلك القريب والأجنبي قاله ابن القاسم أيضاً، وذهب سحنون إلى أن القاضي يوكل عن الغائب وهو أحد قولي ابن الماجشون وقاله أصبغ. وثالثها: أنه يمكن من إقامة البينة ولا يمكن من الخصومة. ورابعها: أنه لا يمكن من إقامة البينة ولا من الخصومة إلا بتوكيل الغائب، قاله ابن الماجشون ومطرف في الواضحة. خامسها: أن القريب والأجنبي يمكن من الخصومة في العبد والدابة والثوب دون توكيل، لأن هذه الأشياء تفوت وتحول وتغيب، ولا يمكن من الخصومة في غير ذلك إلا الأب والابن، حكاه ابن حبيب ومطرف. وعلى القول بالتمكين فهل هذا في القريب والبعيد أو في البعيد؟ وخاصة قولان. قال سحنون في القريب: الغيبة دون بعيدها وقيل في البعيد وهو الظاهر من رواية أشهب وقول ابن الماجشون اه. وفي مختصر الشيخ خليل: وفي تمكين الدعوى لغائب بلا وكالة تردد.

تنبيه: يستثنى من هذا الخلاف مسألتان، الأولى: من تعلق به ضمان مال الغائب المدعى فيه كالمستعير والمرتهن إذا كان الشيء مما يغاب عليه، فإن لهذا المستعير والمرتهن المخاصمة والدعوى وإثبات ملك الغائب وتسلمه. الثانية: من أراد أن يستوفي من ذلك المدعى فيه شيئاً له في ذمة المالك الغائب وذلك المرتهن له أن يثبت ملك الراهن لبيعه ويستوفي منه حقه، وزوجة الغائب وغرماؤه يشتون ماله لبيع لهم ويستوفوا حقهم، وما عدا هذين الوجهين هو محل الخلاف المتقدم، راجع الخطاب آخر باب القضاء.

فرع: إذا ثبت حق الغائب فهل يوقف حتى يحلف يمين الاستظهار أو يسلم لوكيله وتؤخر اليمين حتى يقدم فيحلف أو يموت فتحلف ورثته، وإن نكل أو نكلوا رجع عليه. ذكر البرزلي في ذلك قولين: قال الخطاب: ويأتي الكلام على ذلك عند قول المؤلف في باب الشهادة: وإن قال أبرأني موكلك الغائب الخ، وكذلك إذا أردت اليمين على الموكل وهو غائب. قال ابن رشد: الذي أراه أن يؤخذ حميل بالثمن من الذي وجبت عليه اليمين ابتداء إلى أن يكتب للغائب الذي ردت عليه اليمين في الموضع الذي هو به فيحلف، وسواء كان قريب الغيبة أو بعيدها من الخطاب في الموضع المذكور.

فصل في تداعي الموكل والوكيل

(وإن وكيل ادعى إقباض من) وكَلَهُ مَا حَازَ فَهُوَ مُؤْتَمَنٌ

فصل في تداعي الموكل والوكيل

قول الناظم: (وإن وكيل ادعى إقباض من الخ) طول الناظم في هذه المسألة مع كون مقصوده في

مَعَ طَوَّلِ مُدَّةٍ وَإِنْ يَكُنْ مَضَى
وَأِنْ يَكُنْ بِالْفَوْرِ وَالْإِنْكَارَ لَهُ
شَهْرٌ يُصَدَّقُ مَعَ يَمِينٍ تُفْتَضَى
فَالْقَوْلُ مَعَ حَلْفٍ لِمَنْ وَكَلَّهُ

ذكره في هذه الأبيات والخمس بعدها حكم ما إذا أقر الوكيل بقبض ما وكل على قبضه، أو قبض ثمن ما وكل على بيعه وادعى أنه دفع لموكله ما قبض له وأنكر الموكل وزعم أنه لم يعطه شيئاً وأنه باق تحت يد الوكيل، فحكى المؤلف في ذلك أربعة أقوال، الأول: منها ما ذكره في هذه الأبيات وهو أنه إن كان تداعيهما بعد طول المدة من زمن قبض الوكيل كالعام ونحوه (فالقول قول الوكيل من غير يمين) عليه في ذلك لأنه قام له شاهدان الأمانة وطول المدة، وإن كان التداعي بالقرب كالشهر ونحوه فالقول قوله لكن مع يمينه. قال الشارح: لأن شهادة الأمانة تقتضي أن يكون فالقول قوله، وقصر المدة يوجب للموكل حقاً فوجبت له عليه اليمين. (وإن كان التداعي بالقرب) فلا قول للوكيل بل

نظمه هو بيان ما به العمل بالقطر الأندلسي، واقتصر في المختصر على قوله وصدق أي الوكيل في الرد كالمودع فلا يؤخر للإشهاد اهـ. والذي لخصناه في الشرح هو كلام المختصر وهو تصديقه في الرد على الإطلاق من غير قيد إن لم يقبض بالإشهاد للتوثق وإلا فلا يصدق في الرد إلا بينته، ولا بد من يمينه حيث يصدق طال الزمان أم لا، مات الموكل وزعم أنه دفع له قبل موته أو لم يمض، كان مفوضاً إليه أم لا، ولكن القول بعدم اليمين مع الطول قوي لا سيما إن كان الوكيل ظاهر الأمانة، ولا فرق في هذا بين ما قبضه الوكيل من غير الموكل بأمره كقبض ثمن مبيع وكل على بيعه وبين ما دفعه الموكل له ليشتري به مثلاً فلم يشتر وادعى ردّه للموكل ولذلك قال في التهذيب ما نصّه: والوكيل مؤتمن فيما بينه وبين موكله، فإن ادعى ردّه ما أودعه أو سلمه إليه ليشتري له أو ليدفعه إلى غيره أو على أي وجه كان صدق مع يمينه هذا لفظه. وفي أنقال شرح التحفة غير ما ذكره في المدونة أيضاً فلا تطيل بجلبه. قوله: (فالقول قول الوكيل من غير يمين الخ) الراجع هو اليمين حتى مع الطول، ولكن هذا قول قوي كما تقدمت الإشارة إلى هذا، فقول الناظم: وقيل إن القول للوكيل الخ هذا هو الراجع وهو مذهب المدونة كما في التوضيح وغيره وهو قول مالك، وأصل ذلك لابن رشد، وكلام الناظم فيه بحث فلا تعتمده لا سيما في هذه الأزمنة المتأخرة التي قلت فيها أمانة الناس، فما قال فيه هو المشهور لا يظهر ذلك، انظر كلام الناس في الشرح. قوله: (وإن كان التداعي بالقرب الخ) عبارة ابن عرفة في هذا: وإن مات بحدثان قبضه كان في ماله وبعده ما فيه القضاء والدفع فلا شيء عليه. وفي المفيد: إن أقر الوكيل والزوج عند سفرهما أو مرضهما أو دون ذلك ببقاء ذلك بأيديهما ثم اختلفا بعد ذلك أو بعد الصحة أو القدم لكلف الوكيل البينة على الدفع وإلا حلف الآخر وغرم، وهذا قول ابن حبيب وهو أحسن قوليه لأن بإقراره صار كالدين، ثم ذكر عن ابن الماجشون أن الزوج كالوكيل، وإذا مرض الوكيل أو أراد سفره فأشهد على نفسه بالقبض ولم يدفع فهذا إشهاد يدخله في ذمته فلا يبرأ إلا بينته كالمودع عنده الخ، تأمله هل هو المذهب أم لا وتدبره. وفي نقل ابن الناظم معللاً المسألة ما نصّه بمنزلة ما إذا ادعى بحضرة ما قبض المال أنه قد دفع وأنكر صاحبه حلف صاحب الحق بالله ما قبضت وغرمه الوكيل، وكذلك إن كان بحضرة ذلك وقر به الأيام اليسيرة، وأما إن تباعد ذلك مثل الشهر ونحوه فالقول قول الوكيل مع يمينه في الدفع ويبرأ، وإن طال ذلك جداً لم يكن على الوكيل يمين الخ، لكن لا بد من اعتبار قرائن الأحوال في مسألة ما يكون فيه القول للموكل في مسألة القرب، فإن الدفع قد يمكن في اليوم الذي قبض وقد لا يمكن في أكثر. وعبرة

للموكل مع يمينه لأن قبض الوكيل محقق إما بإقرار أو بينة، (فالوكيل مدع براءة ذمته) بعد ثبوت عمارتها، ولم يقع من التراخي في الزمان ما يشهد ببراءة ذمته. قال ابن أبي زمنين: قال عبد الملك: وسألت مطرفاً عن الرجل يوكل على التقاضي أو على قبض شيء بعينه أو على بيع شيء بعينه أو على الخصومة أو الوكيل المفوض إليه الذي تؤخذ منه البراءات بما دفع إليه من الديون وما حكم له باسم صاحبه، فاختلف هذا والذي وكله فقال الموكل: هات ما قبضت لي، وقال الوكيل: قد برئت إليك به، فقال لي: سمعت مالكا يقول: الوكيل على هذه الأوجه التي ذكرت ضامن بمنزلة إذا ادعى بحضرة ما قبض المال أنه قد دفعه وأنكر صاحبه حلف صاحب الحق بالله ما قبضت وأغرمة الوكيل وذلك إذا كان بحضرة ذلك وقربه بالأيام اليسيرة، وأما إن تباعد ذلك مثل الشهر ونحوه فالقول قول الوكيل في الدفع بيمينه يحلف ويبرأ، أو إن طال ذلك جداً لم يكن على الوكيل يمين وكان بريئاً ولم يضره ما كتب عليه من البراءة إليه بذلك، لأن البراءة وإن كانت منه والدفع وإن كان إليه إنما البراءة على الذي وكله، والدفع كأنه إليه حين ثبت أنه وكيله، وأنه في كل ما قبض أو دفع أقر أو جحد بمنزلته كنفسه، فلا إشهاد ولا براءة على الوكلاء بدفع ما دفعوا إلى الذين وكلوهم بما قبضوا لهم وجرى بأيديهم، فقلوه: وإن كان فاعل بفعل محذوف يفسره ادعى، وإقباض مصدر أقبض أضيف للمفعول الأول وهو من، وما حاز مفعول ثان وفاعل حاز للوكيل وجملة فهو مؤتمن جواب إن ومع يتعلق بمؤتمن، وجملة تقتضي صفة ليمين، والإنكار اسم بالفور خبرها، وجملة فالقول لمن وكله جواب إن يكن ومع حلف حال للقول والله أعلم.

وقيل إن القَوْلَ للوكيل مع اليمين دون ما تفصيل

هذا هو القول الثاني في المسألة، وهو أن القول قول الوكيل مع يمينه مطلقاً أي من غير تفصيل بين طول المدة وقصرها، وهذا هو مذهب المدونة، ونص سماع ابن القاسم في العتبية، وإليه أشار الشيخ خليل بقوله: وصدق في الرد كالمودع، فالأولى للناظم تقديمه على قول مطرف الذي بدأ به. ابن يونس: قال ابن القاسم في العتبية وغيرها في الوكيل المفوض إليه أو المخصوص أو الزوج يوكلون على قبض حق فيدعون أنهم قبضوه ودفعوه إلى من وكلهم أنهم مصدقون في ذلك كله مع أيمانهم كالمودع يقول: رددت الوديعة وينكرها، وقاله ابن الماجشون وابن عبد الحكم خلافاً لمطرف وابن حبيب. ابن عرفة: وفيها والوكيل مبيع مصدق في دفع ثمنه للآمر.

التوضيح: لو مات الوكيل أو الزوج بحدثان القبض كان ذلك في مال القابض إذا ثبت القبض وجهل الدفع وإن مات القابض بعد زمان الخ. وانظر الشرح ولا بد ولا بد إن كان يغلب على الظن أو يجزم به أنه لا يمكن القبض عادة فالوكيل ضامن مع يمين الموكل وإلا فيحلف الوكيل ويبرأ هذا الذي يتبين والعلم عند الله تعالى. قوله: (فالوكيل مدع براءة ذمته الخ) الوكيل لم تعمر ذمته فيما يظهر لأن ذمته خالية باعتبار الأصل ولو ثبت قبضه لأن قبضه على وجه الأمانة، وعبارة ابن الناظم تقرب من هذا، ولكن مسألة الموت تأتي وهي قول الناظم: وموت زوج الخ.

وَقِيلَ إِنْ أَنْكَرَ بَعْدَ حِينٍ فَهَوَ مُصَدِّقٌ بِلَا يَمِينٍ
وَإِنْ يَمُرُّ الزَّمَنُ الْقَلِيلُ فَمَعَ يَمِينٍ قَوْلُهُ مَقْبُولٌ
وَقِيلَ بَلْ يَخْتَصُّ بِالمَفْوُضِ إِلَيْهِ ذَا الحَكْمِ لِفَرَقِ مُفْتَضِي
وَمَنْ لَهُ وَكَالَةٌ مَعِيْنَةٌ يَغْرَمُ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ

ذكر في هذه الأبيات بقية الأقوال الأربعة وهو الثالث والرابع، فالثالث: التفصيل أيضاً بين أن يطول الزمان فالقول قول الوكيل بلا يمين، وعن طوله عبر بالحين، والحين يطلق على السنة لقوله تعالى: ﴿تَوْتِي أكلها كل حين بإذن ربها﴾ [إبراهيم: ٢٥] وكذا تقدم في القول الأول، وأن المراد بالطول السنة ونحوها، وبين أن يكون ذلك بالقرب فالقول للوكيل مع يمينه، وبقي من التقسيم المذكور في القول الأول حكم ما إذا قام بالفور، ولعل القول في ذلك أيضاً للوكيل، وكذا يظهر من كلام بعض من شرحه فإنه قال: إن كان الإنكار بحضرة ذلك أو بقربه بالأيام اليسيرة صدق الوكيل من يمينه اهـ. وبهذا يفترق هذا القول مع الأول، فإن الأول إن أقيم فيه بالفور فالقول للموكل كما تقدم. القول الرابع: أن هذا الحكم المذكور في القول الثالث إنما هو في الوكيل المفوض إليه، وأما الوكالة التي عيّن فيها الأمر الموكل عليه فإنه يغرم ولا يقبل قوله إلا أن يقيم البيينة على الرد للموكل، وقوله: «الفرق مقتض» قال الشارح: هو والله أعلم ظهور الوثوق من الموكل بأمانة المفوض إليه دون ظهور ذلك من الموكل للوكيل المخصوص. ابن عرفة: وفيها والوكيل على بيع مصدق في دفع ثمنه للأمر لأنه أمينه. ابن رشد: في قبول قول الوكيل مع حلفه أنه دفع لموكله ما أمره بقبضه من مبيع أو غريم مطلقاً وإن كان بعد شهر ونحوه إن طال لم يحلف. ثالثها: إن كان بالقرب بيسير الأيام أحلفه وإن طال لم يحلف. ورابعها الوكيل على معين غارم مطلقاً والمفوض إليه يحلف في القرب لا في البعد لسماع ابن القاسم معها ورواية مطرف وقول ابن عبد الحكم مع ابن الماجشون وأصبح اهـ. فقوله: ذا الحكم ذا اسم إشارة فاعل بيختص والحكم نعت له، وبالمفوض يتعلق بيختص وكذا الفرق، وقوله: ومن له وكالة معينة البيت هو تصريح بمفهوم قوله يختص بالمفوض إليه، وأما غيره فيغرم إلا أن يقيم البيينة.

وَالزَّوْجُ لِلزَّوْجَةِ كَالْمُوكَّلِ فِيمَا مِنَ القَبْضِ لِمَا بَاعَتْ يَلِي

يعني أن الزوج للزوجة كالوكيل، فإذا باعت شيئاً وقبض الزوج ثمنه أو قبض لها ديناً ثم تنازعا فادعت أنه لم يدفع لها ما قبض وادعى هو أنه دفع لها ذلك فإنه يجري على الحكم المتقدم في الوكيل من كون النزاع بعد طول المدة أو بالقرب أو بالفور أجره على ما تقدم، قال ابن أبي زمنين في منتخبه إثر ما تقدم عنه في شرح الأبيات الثلاثة: وكذا الزوج (فيما باع لامرأته بإذنها) إذا ادعت أنها لم تقبض ذلك منه وادعى أنه قد برىء بدفع

قوله: (فيما باع لامرأته بإذنها الخ) هذه وكالة لأن إذنها للزوج في البيع وكالة بلا شك، والشارح حلّ النظم بقوله: فإذا باعت شيئاً وقبض الزوج ثم استدل بما فيه توكيل وهذا تخليط وهو تابع لابن

ذلك إليها. وقال ابن عرفة: وفي حمل الزوج في بيعه وشراؤه لزوجه على الوكالة وإن لم تثبت أو حتى يثبت دليلاً سماع ابن القاسم في كتاب المديان وسماع عبد الملك في كتاب الدعوى. قال الشارح: يظهر أن الوكالة إما أن تكون بالنص ولا إشكال، وإما أن تكون بمقتضى العادة كالزوج مع زوجته وكالابن مع أبيه، وهو دليل سماع ابن القاسم في الزوجة، وصحة العقد على أخته البكر إذا أجازها الأب، وإباحة المخاصمة لكل واحد من الأب والابن عن صاحبه.

وَمَوْتُ زَوْجٍ أَوْ وَكَيْلٍ إِنْ عَرَضَ مِنْ غَيْرِ دَفْعَ مَا بِتَحْقِيقِ قَبْضِ
مِنْ مَالِهِ يَأْخُذُ ذَلِكَ قَائِمٌ بِالْقَوْرِ وَالْعَكْسُ لِعَكْسِ لَازِمٌ

يعني إذا قبض الزوج ثمن ما باعته زوجته أو قبض ديناً لها على غيره أو قبض الوكيل ذلك من موكله ثم مات القابض من زوج أو وكيل ولم يحقق براءة ذمته ممّا قبض، فأما أن يكون موته قريباً من قبضه لما قبض أو بعد المدة الطويلة، فإن كان بعد المدة الطويلة فلا شيء للزوجة قبل ورثة الزوج ولا للموكل قبل ورثة الوكيل، وغاية ما تتوجه عليهم اليمين أنهم لا يعلمون أنه بقي قبل موروثهم من الحق الذي ادّعى عليه شيء، وإن مات الزوج أو الوكيل بالقرب فيؤخذ ذلك من أموالهما إذا عرف القبض وجهل الدفع، والمرأة والموكل يدعيان عدم الدفع. قال ابن أبي زمنين: قال مطرف: فإن مات الزوج والوكيل بحدثان ما جرى على أيديهما ممّا ذكرناه فذلك كله في أموالهما إذا كان قد عرف القبض وجهل الدفع، والمرأة والموكل يدعيان ذلك، وما كان من موتهما بغير حدثانه، وما يمكن فيه المخرج والقضاء والدفع، فلا شيء في أموالهما وإن لم يعرف الدفع ولم

الناظم، ولكن ما في ابن الناظم أخف والناظم قال: والزوج للزوجة كالموكل فيما من القبض لما باعت يلي فيما من القبض لما باعت يلي وأنها هي البائعة، فكيف يستدل بكلام المنتخب الذي باع فيه الزوج بإذنها؟ فشروح التحفة لم يسوقوا للنظم دليلاً باعتبار كلام المنتخب، نعم ما ساقوه من كلام ابن عرفة صحيح، وفي المفيد دفع الزوجة بلا وكالة كدفع الوكيل للموكل الخ. ولكن في مسألة الزوج على ما كتبتاه عند قول المختصر بما يدل عليه عرفاً، ولكن يجب أن يراعى حال الزوج مع زوجته، فإنه إذا كان بينهما مشادة فليس هو كالوكيل لها، وكذلك إذا جرت العادة بأنه ليس كالوكيل، والحاصل مدار هذه الأمور على العوائد فيراعى عرف كل بلد والقرائن الدالة على التوكيل وعدم ذلك، ولا يكفي في هذه المسألة الإطلاق أنه كوكيل، وانظر في المحل المذكور الأخ مع أخته، وعبارة ابن عرفة في الزوج ما نصّه: وفي حمل الزوج في بيعه وشراؤه للزوجة على الوكالة إن تثبت أو حتى يثبت دليلاً سماع ابن القاسم في كتاب المديان، وسماع عبد الملك في كتاب الدعوى اهـ. ولعل هذا الاختلاف للعوائد، وقد قال في الجواهر ما نصّه: الشرط الثاني أن يكون ما به التوكيل معلوماً في الجملة ويستوي في كونه منصوباً عليه أو داخلاً تحت عموم اللفظ، أو معلوماً بالقرائن أو بالعادة الخ، وهذا منه بلفظه: فانظر قوله أو معلوماً الخ فإنه حسن غاية، والفرع الثاني الذي ساقه هذا الشارح آخر هذا الباب عن ابن لب تبعاً لابن الناظم في مسألة الزوجة التي قبض زوجها ميراثها يدل على ما ذكرناه أن الزوج ليس كالوكيل بالإطلاق، بل يتعين في بعض الأوقات والمحال أنه متعد.

يذكر. ابن عرفة: وإن مات الوكيل بحدثان قبضه كان في ماله وبعده مما يمكن فيه القضاء والدفء فلا شيء عليه اهـ. وسئل الأستاذ أبو سعيد بن لب عن امرأة توفي والدها وتولى زوجها قبض ميراثها منه ثم توفي زوجها فأثبتت أن ما قبض زوجها من متروك والدها أدخله في مصالحه ولم يمكنها من شيء منه. فأجاب: إذا ثبت أن ما قبض لم يمكنها من شيء منه فلا إشكال وإن لم تثبت ذلك وإنما تعلقت بالقبض خاصة، فإن كان الزوج قبض بإذن الزوجة ومات بحدثان القبض فذلك لازم لتركته بعد يمين القضاء، وإن كان ذلك بغير حدثانه بل بعد شهر ونحوه فيحمل الأمر على أنه قد دفع ما قبض، وإن كان القبض تعدياً منه وتجاسراً على مال الزوجة وتحاملاً فذلك لازم لماله ولتركته بعد يمين القضاء انتهى.

بَابُ الصُّلْحِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ

(ابن عرفة: الصلح انتقال) عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه، وقول ابن رشد: هو قبض شيء عن عوض يدخل فيه محض البيع وهو من حيث ذاته مندوب إليه، وقد يعرض وجوبه عند تعيين مصلحته وحرمة وكرهته لاستلزام مفسدة واجبة الدرء أو راجحته. الرضاع: قوله عن حق أو دعوى الأول الصلح على الإقرار والثاني على الإنكار، وبعوض يتعلق بانتقال وخرج الانتقال بغير عوض، وقوله لرفع نزاع يخرج به بيع الدين وما شابهه، وقوله أو خوف وقوعه يدخل فيه الصلح عن المحجور وما شابهه.

الصُّلْحُ جَائِزٌ بِالْإِتِّفَاقِ لِكَيْتَهُ لَيْسَ عَلَى الْإِطْلَاقِ
وَهُوَ كَمَثَلِ الْبَيْعِ فِي الْإِقْرَارِ كَذَلِكَ لِلْجُمْهُورِ فِي الْإِنْكَارِ
فَجَائِزٌ فِي الْبَيْعِ جَائِزٌ مُطْلَقًا فِيهِ وَمَا أَتَقَى بَيْعًا يُتَّقَى
كَالصُّلْحِ بِالْفِضَّةِ أَوْ بِالذَّهَبِ تَفَاضُلًا أَوْ بِتَأْخُرِ أَبِي

أخبر أن الصلح جائز وأن جوازه متفق عليه عند العلماء. التوضيح: الصلح مأخوذ من صلح الشيء بفتح اللام وضمها إذا كمل وهو خلاف الفساد، والصلح يذكر ويؤنث، وقد اصطالحا واصالحا وتصالحا. وروى الترمذي وحسنه أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» اهـ. ببعض اختصار. والمراد بالجائز والله أعلم الجواز

بَابُ الصُّلْحِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ

قوله: (ابن عرفة: الصلح انتقال الخ) هذا الرسم أو الحد فيه بحث فقف على الشرح يظهر لك الحق في النازلة، ويتبين لك أن قول المختصر الصلح بيع الخ على بابه إلا أنه كالبيع بل هو بيع حقيقة، وعلى المنافع إجارة حقيقة لا كالإجارة، قف على الشرح ففيه الشفاء وفوائد حسان لا توجد في غيره إن شاء الله تعالى، وإنما لم أنقل ذلك خشية التطويل الممل مع كون الناظم لم يتعرض لشيء من ذلك.

الأعمّ الشامل للواجب والمندوب والمباح والمكروه. وقوله: ولكنه ليس على الإطلاق أي لكن جوازه ليس على الإطلاق أي في كل صورة صورة وفي وجه وجه بل هو جائز في الجملة ومنه ما هو غير جائز. ثم بيّن وجه ذلك وهو أن الصلح كالبيع والبيع منه ما هو جائز ومنه ما هو ممنوع فكذلك الصلح، فلذلك أتى بالفاء في قوله فجائز أي فما جاز في البيع جاز في الصلح، وما امتنع في البيع امتنع في الصلح، وعلى ذلك نبّه بقوله: وهو كمثل البيع البيتين، فقوله: جاز فيه أي في الصلح، وما اتقى بيعاً أي في البيع يتقى في الصلح، والكاف الداخلة على مثل زائدة على حد: ﴿ليس كمثلته شيء﴾ [الشورى: ١١] وكون الصلح كالبيع فيما يحل ويحرم وهو المتفق عليه إن كان الصلح على الإقرار، وأما على الإنكار فكذلك عند الجمهور خلافاً لأشهب، وعلى هذا نبّه الناظم بقوله: وهو كمثل البيع البيت. وقوله: كالصلح بالفضة، أو بالذهب البيت هو تمثيل لبعض ما شمله قوله: وما اتقى بيعاً يتقى. قال في المفيد: واتفق العلماء على جواز الصلح على الإقرار والإنكار إذا كان على طوع من المتصلحين لا يدخله إكراه، والصلح كالبيع، فما يجوز في البيع جاز في الصلح، وما امتنع في البيع امتنع في الصلح اهـ. وفي ابن الحاجب: الصلح معاوضة كالبيع وإبراء وإسقاط. التوضيح عن ابن عبد السلام: المعاوضة أخذ ما يخالف الشيء المدعى فيه أما في الجنس أو في الصفة، والإبراء إسقاط بعض ما في الذمة إذا كان المدعى فيه غير معين، والإسقاط وضع بعض المدعى فيه المعين كدار أخذ بعضها اهـ. وذكر في كلام ابن الحاجب هذه احتمالات أخرى. وفي الجواهر: الصلح عن الدين كبيع الدين، وإن صالح عن بعضه فهو إبراء من البعض، ولو صالح من حال إلى مؤجل مثله أو أقل جاز، ولا يجوز على أكثر منه، وإن صالح على مؤجل على حال بعضه وإسقاط بعضه لم يجز، وبالجملة فهذا القسم من الصلح بيع وحكمه حكم البيع في المعين كان أو في الدين ويقدر المدعى به، والمقبوض كالعوضين فيما يجوز بينهما وما يمنع وتمنع الجهالة، والغرر وواحد بائنين من جنس إلى أجل، والوضع على التعجيل وغيره ممّا يشبه اهـ. وهذا كله مندرج في قوله: فجائز في البيع البيت. وأشار بقوله كالصلح بالفضة إلى أنه كما يمتنع أن يبيع فضة مصوغة بفضة مسكوكة أكثر منها أو ذهب (مسكوكاً) بذهب مصوغ أكثر منه، فكذلك يمتنع الصلح عن أحدهما بجنسه أكثر منه أو أقل ولو يبدأ بيد لفوات المماثلة المشترطة في الجنس الواحد، وكذلك يمتنع الصلح عن أحدهما بالآخر كذهب بفضة وبالعكس نسيئة (ولو مثلاً بمثل) لفوات المناجزة. وأما أخذ الفضة عن فضة قدرها أو ذهب عن ذهب قدره ولو نسيئة فجائز لأن هذا اقتضاء دين لا صلح. فقوله: كالصلح بالفضة أي عن الفضة أيضاً لكن تفاضلاً. وقوله: أو بالذهب أي عن الذهب أيضاً متفاضلاً. قوله: أو بتأخر أي الصلح عن الفضة بالذهب أو العكس من غير يد بيد، وكذا

قوله: (مسكوكاً الخ) لا خصوصية للمسكوك لكن التفاضل في الفضة أو في الذهب بالذهب كان في المنع كانا مسكوكين معاً أو أحدهما، أو لا سكة فيهما أصلاً، وهذا بيّن وهو ظاهر النظر، وكذا إذا وجد التأخير هنا ولو بيّن فضة وذهب فالمنع مطلقاً. قوله: (ولو مثلاً بمثل الخ) فيه شيء لا يخفك. قوله:

الصلح عن أحدهما بجنسه غير يد بيد لا على وجه القضاء من الدين . وقد نقل المواق في قول الشيخ خليل وجاز عن دين بما يباع به فروعاً خمسة عن ابن يونس في بيع الدين ، وقد نقلنا عنه في فصل بيع الدين فلذلك لم نعهده هنا . ابن الحاجب : الصلح عن الدين كبيع الدين ويقدر الدين والمقبوض كالعوضين ، فيعتبر (ضع وتعجل) وحط الضمان وأزيدك وبيع الدين بالدين . التوضيح : عطف قوله فيعتبر ضع بالفاء لأنه كالنتيجة عما قبله وضع وتعجل يكون في العين وغيره ، كما لو ادعى عليه بعشرة دراهم أو عشرة أثواب إلى شهر فأقر بذلك ثم صالحه على ثمانية نقداً (وحط الضمان وأزيدك) إنما يكون في غير العين كما لو ادعى عليه بعشرة أثواب إلى شهر فصالحه على اثني عشر نقداً ، وإن صالحه عنها بدنانير مؤجلة أو دراهم مؤجلة لم يجز لأنه فسخ دين في دين ، وهذا معنى قوله : وبيع الدين بالدين ، وكذلك يعتبر الصرف المؤخر كما لو صالحه على دنانير مؤجلة بدراهم أو بالعكس ، وكذلك يعتبر بيع الطعام قبل قبضه ، فلا يجوز لمن ادعى بطعام من بيع أن يصالح عنه بغيره ، وكذلك يعتبر معرفة ما يصالح عنه ، فإن كان مجهولاً لم يجز ولذلك اشترط في المدونة في صلح الولد للزوجة علي إرثها معرفتها لجميع التركة وحضور أصنافها وحضور من عليه العرض وإقراره وإلا لم يجز ، وكان المصنف عبّر بالمواع الثلاثة على ما عداها اهـ . وقد جمع بعض الشيوخ هذه المواع التي تتقى في بيع الدين بقوله :

جهلاً وفسخاً ونسأً وحط ضع والبيع قبل القبض إن صالحت دع

أي إن صالحت فدع أي اترك الجهل وما عطف عليه وهو فسخ الدين في الدين وربا النساء أي التأخر في الصرف مثلاً ، وحط الضمان وأزيدك وضع وتعجل وبيع الطعام قبل قبضه .

(فرعان : الأول : اختلف في الصلح) عن ترك القيام بالعيب ، فابن القاسم يرى أنه مباحة بعد فسخ الأول يعتبر ما يحل ويحرم من بيع وسلف وفسخ دين فيه ، وأشهب يرى البيع الأول باقياً وهذا عوض عن الإسقاط فيعتبر ما يحل ويحرم من سلف جر منفعة

(ضع وتعجل) يكون في العين . وقوله : (وحط الضمان وأزيدك) إنما يكون في غير العين . قال ابن يونس : إنما يكون ضع وتعجل في الجنس الواحد لا في الجنسين ، وأما حط الضمان وأزيدك فيدخل في الجنس والجنسين فيما لا يجب له تعجيله اهـ . بلفظه . ونقلنا هذا على مسألة الفرس آخر بيوت الآجال ، ولكن انظر هذا عند قول المختصر : وقضاء قرض الخ وضع وتعجل يعلل به في البيع والسلف وحط الضمان وأزيدك إنما يعلل به في البيع بشرط أن يكون ذلك في العروض ، وصاحب التوضيح إنما جعل منع وضع وتعجل وحط الضمان وأزيدك في الجنس الواحد وهذا هو الذي نعرفه . وكلام ابن يونس في حط الضمان وأزيدك لم أفهمه ، وقد قلنا على ما في التوضيح تقريباً ما نصّه : علل بضع في بيعنا والسلف كالبيع للعرض بحط تقتفي منعهما وقد خصصوا بما اتحد في الجنس لا في الغير فافهم ما ورد .

قوله : (فرعان : الأول اختلف في الصلح الخ) انظر هذا عند قول المختصر في كتاب الاستحقاق لا إن صالح عن عيب بآخر يظهر لك السحر الحلال والماء الزلال في هذه المسألة

وفسخ دين، انظر ما ينبنى على القولين في ابن الحاجب في التوضيح أول باب الصلح. الثاني: ما تقدم من جواز الصلح على الإنكار هو على الجملة وإلا فلجوازه شروطه، فشروطه عند مالك ثلاثة: وهو أن يجوز على دعوى المدعي، وعلى إنكار المنكر، وعلى ظاهر الحكم، وابن القاسم يشترط الأولين فقط، وأصبغ يشترط واحداً وهو أن لا تتفق دعوتهما على فساد (انظر بيان ذلك في التوضيح).

وَالصُّلْحُ بِالْمَطْعُومِ فِي الْمَطْعُومِ
وَالْوَضْعُ مِنْ دَيْنٍ عَلَى التَّفْجِيلِ
وَأَلْجَعُ فِي الصُّلْحِ لِبَيْعٍ وَسَلْفٍ
وَالصُّلْحُ بِالطَّعَامِ قَبْلَ الْقَبْضِ
وَإِنْ يَكُنْ يُقْبَضُ مِنْ أَمَانَةٍ
نَسِيئَةٌ زُدَّ عَلَى الْعُمُومِ
أَوْ الْمَزِيدُ فِيهِ لِلتَّأْجِيلِ
وَمَا أَبَانَ غَرَرًا بِذَا أَتَّصَفَ
مِنْ ذِمَّةٍ فَذَاكَ غَيْرُ مَرْضِي
فَحَالَةُ الْجَوَازِ مُسْتَبَانَةٌ

جميع ما اشتملت عليه الأبيات الخمس هو مما اندرج في قوله قبل: وهو كمثل البيع، إلى أن قال: فجائز في البيع جاز مطلقاً فيه، وما اتقى بيعاً يتقى وقد اشتملت على مسائل. الأولى: من لك عليه طعام من قرض أو وديعة أو هبة فصالحته بطعام آخر إلى أجل فإن ذلك لا يجوز (لأنه طعام بطعام) إلى أجل وفسخ دين في دين، وأما لو كان الطعام الذي لك على الغريم من بيع فلا يجوز أن تأخذ عنه غيره لا طعاماً ولا غيره، لا نقداً ولا إلى أجل، لأنه بيع الطعام قبل قبضه وفسخ دين في دين. قال ابن أبي زمنين في منتخبه: قال ابن عبد الحكم: وسألت مطرفاً وابن الماجشون عن الصلح يقع بما لا يجوز التبائع به مثل الرجل يدعي على الرجل شعيراً فيصالحه بقمح إلى أجل فقال: لا يجوز الصلح بما ذكرت لأنه حرام صراح، والصلح به مفسوخ إن عثر عليه قبل أن يفوت، فإن فات قبل الفسخ صحح بالقيمة على قابضه كما يصحح البيع الحرام إذا فات، ثم يرجع على صاحبه في دعواه الأولى إلا أن يصلحها صلحاً آخر بما يجوز به الصلح اهـ. ومفهوم

العويصة. قوله: (انظر بيان ذلك في التوضيح) مثال ما هو جائز على الأوجه الثلاثة أن يدعي عليه بدينار حال فينكره فيصالحه على ثوب نقداً فهو جائز على دعوى المدعي، وعلى دعوى المدعي عليه، وعلى ظاهر الحكم، ومثال ما يجوز على دعوى المدعي عليه أن يدعي عليه المدعي بعشرة دنانير مؤجلة فيصالحه على ثلاثين درهماً حالة لأن المدعي عليه يقول: اقتديت من يميني، وعلى دعوى المدعي لا يجوز لأنه صرف مستأخر أقر به المدعي، ومثال ما يجوز على دعوتهما، وظاهر الحكم بأباها إذا ادعى عليه عشرة دنانير حالة فصالحه على تأخيرها شهراً فالمدعي يقول: أخرت فأحسن، والمدعي عليه يقول: اقتديت من يميني، وظاهر الحكم فيه سلف جر نفعاً لأن التأخير سلف، والنفع خوف المدعي حلف المدعي عليه فيذهب المال أصلاً، ومثال ما لا يجوز بالكلية أن يدعي عليه طعاماً من بيع وعشرة دنانير فيقول بالدنانير فيصالحه على دراهم مؤخرة أو على دنانير أكثر للسلف بزيادة والصرف المستأخر أو يقتر بالطعام فيصالحه على طعام أكثر مؤجلاً الخ. قوله: (لأنه طعام بطعام الخ) ظاهره ولو كان وسقاً بوسق مع اختلاف الصفة كما يأتي في كلامه ما يدل عليه

قول ابن أبي زمنين: فصالحه بقمح إلى أجل أنه لو صالحه بقمح عجله له جاز وهو كذلك، لكن إن كان كمثّل الشعير في الكيل، وهذا أيضاً إذا كان الشعير ترتب من قرض أو هبة أو وديعة أو نحوها، وأما إن ترتب من شراء (فإن قلنا المخالفة في الصنف كالمخالفة في الجنس) لم يجز لأنه بيع الطعام قبل قبضه، وإن قلنا ليس كالمخالف في الجنس جاز والله أعلم، وتذكر قوله في بيوع الآجال: وهل غير صنف طعامه كقمح وشعير مخالف أو لا تردد، وإلى هذا الفرع أشار بالبيت الأول، فقوله نسيئة حال من المطعم الأول، وفي الداخلة على المطعم الثاني بمعنى عن، وجملة ردّ خبر الصلح، ومعنى قوله على العموم أي سواء كان من جنسين كقول مؤخر عن قمح أو جنس واحد مختلف الصنف متفق القدر كقمح مؤخر عن شعير أو من جنس واحد وصنف واحد كقمح مؤخر عن قمح أقل منه أو أكثر، فهذه الوجوه ممنوعة في البيع فتمنع في الصلح أيضاً، فالمنع في الوجه الأول والثاني للنساء فقط، وفي الثالث للفضل والنساء معاً، وأما أخذ قمح مثلاً مؤخر عن قمح مماثل للأول في الصفة والقدر فليس بصلح وإنما هو اقتضاء بعد تأجيل. **المسألة الثانية:** الوضع من الدين على تعجيله كأن يكون الدين عشرة إلى شهر فيقول: أعطني ثمانية نقداً فهذا ممنوع في البيع وكذلك في الصلح، ولعله لا فرق بينهما إلا في تسميته بيعاً أو صلحاً، ووجه منعه أن من عجل ما لم يجب عليه يعد مسلفاً، فقد سلف الآن ثمانية ليقضي من نفسه عشرة عند الأجل فهو سلف جر نفعاً، وكذلك تأخير الدين للزيادة فيه، كمن كان لك عليه عشرة حلت فأخرته شهراً مثلاً ليعطيك أحد عشر، لأن من أخر ما وجب له عدّ مسلفاً قد سلف لينتفع، وإلى هذين الوجهين أشار بقوله: والوضع من دين البيت. قال في المفيد: والذي لا يجوز الصلح فيه الرجل يكون له قبل فهذا لا يجوز اهـ. وفي الرسالة: وكان ربا الجاهلية في الديون إما أن يقضيه وإما أن يربي له فيه، ثم قال: ولا تجوز الوضعية من الدين على تعجيله ولا التأخير به على الزيادة فيه، وإلى هذا الفرع أشار بالبيت الثاني. **المسألة الثالثة:** الجمع بين البيع والسلف، فكما يمتنع في باب البيوع يمتنع في باب الصلح. قال الشارح: ومثال البيع والسلف في الصلح أن يكون للغريم قبل غريمه دينار وهو له منكر أو به مقرّ فيصطلحان على أن يأخذ منه عرضاً بنصف دينار ويؤخره بالنصف الباقي إلى أجل فقد اجتمع البيع والسلف، لأن العرض مبيع بنصف دينار، والنصف الآخر من الدين سلف إلى الأجل الذي أخره إليه اهـ. وإلى هذا أشار بقوله: والجمع في الصلح لبيع وسلف. **المسألة الرابعة:** الصلح بما فيه غرر كالعبد الآبق والبعير الشارد، فكما يمتنع بيع ذلك يمتنع الصلح به وإليه أشار بقوله: وما أبان غرراً بذا اتصف. **المسألة الخامسة:** أن يصلح عن دين في ذمته بطعام لم يقبضه من ذمة

وهو كذلك. وقوله: (فإن قلنا المخالفة في الصنف كالمخالفة في الجنس الخ) الذي نعرفه أنها كهي وما في بيوع الآجال إنما هو من باب التهم لا من هذا الباب، وكلام هذا الشارح هنا صحيح وإن كان كثيراً.

من هو في ذمته، فكما لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه كذلك لا يجوز الصلح به، وأما إن كان الطعام المصالح به من قرض أو هبة ونحوهما فيجوز الصلح به قبل قبضه. قال في المقرب في باب ما يجوز من مصالحة الورثة لزوج المتوفى وما لا يجوز ما نصه: قلت: فإن كان الطعام من سلم فقال: لا يجوز أن يصالحوها يعني الزوجة بشيء على أن يكون الطعام لهم لأنه بيع الطعام قبل قبضه وفيه في جامع الصلح. قلت: فمن كان له على رجل إردب حنطة وعشرة دراهم فصالحه من ذلك على أحد عشر درهماً أيجوز هذا؟ قال نعم إذا كان الطعام من قرض اهـ. وإلى هذا أشار بقوله: والصلح بالطعام قبل القبض البيتين. وقوله: من أمانة هو تصريح بمفهوم قوله من ذمة والوضع مبتدأ، والمزيد والجمع وما أبان معطوفات عليه، وجملة اتصف بذا خبر الوضع وما عطف عليه والإشارة بذا لرد الصلح المتقدم في قوله رد على العموم.

فصل

وَلِأَبِ الصُّلْحِ عَلَى الْمَخْجُورِ
 لَوْ بِدُونِ حَقِّهِ الْمَأْتُورِ
 إِنْ خَشِيَ الْفَوْتَ عَلَى جَمِيعِ مَا
 هُوَ بِهِ يَطْلُبُ مَنْ قَدْ خَصِمَا
 وَالْبِكْرُ وَخَدَهَا تُخَصُّ هَهُنَا
 بِعَفْوِهِ عَنِ مَهْرِهَا قَبْلَ الْبِنَا

يعني أنه يجوز للأب أن يصالح عن ولده المخجور ذكراً كان الولد أو أنثى بحقه الواجب له فأكثر ولا إشكال، (كأن يكون لولده) عرض على مدين فيصالحه الأب على عرض آخر يساوي قيمة العرض الذي في الذمة أو أكثر، وكذا يجوز له أن يصالح عن ولده بأقل من حقه لكن بشرط وهو أن يخشى فوات جميع الحق، فالصلح ببعضه أولى من فوت جميعه، وتختص البكر بأنه يجوز لأبيها العفو عن نصف صداقها إن طلقها الزوج قبل البناء لقوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن يمسوهن﴾ إلى قوله: ﴿عقدة النكاح﴾ [البقرة: ٢٣٧] قال في طرر ابن عات: قال جماعة في تفسير الذي بيده عقدة النكاح هو الأب في ابنته البكر منهم الزهري وعلقمة والحسن وطاوس ومالك وأصحابه وبه الفتوى. قال

فصل

قوله: (كأن يكون لولده الخ) هذا بيع، وقد قال في المختصر في فصل الحجر: وله البيع مطلقاً وإن لم يذكر سببه ثم وصيه وإن بعد، وهل كالأب أو إلا الرابع فبيان السبب خلاف، أي فهذا الصلح يجري على ما في الحجر في الأب وغيره وإن كان كلام الناظم في الأب، وأما الصلح بأقل من حقه فذلك جائز حتى للوصي، قال في نوازل العيوب من المعيار أو بعيداً ما نصه: سئل ابن الفخار عن صلح الوصي عن الأيتام في يمين القضاء فأجاب: لا يجوز شيء حتى يرى غريمه أنه يحلف، وإن ظهر له أن الغريم لا يحلف فلا يصالح إذ لعله لا يحلف ويعرف عزيمته وعدمها بقرائن الأحوال والأمارات والكلام ونحو ذلك هذا لفظه. وكأن الناظم إنما عبر بالأب ليرتب العفو عن المهر إذ هو خاص، وإلا فالوصي يظهر أنه مثل الأب في الصلح.

في المفيد: وإذا صالح الرجل على ابنته البكر ببعض حقها من ميراث أو صداق أو غير ذلك، فإن كان حقها عيناً لا خصام فيه ولا دعوى فلا يجوز صلحه عليها بأقل من حقها إذ لا ينظر في ذلك، فإن رفع رجعت بباقي حقها على من هو لها عليه، ثم لا رجوع له على والدها إلا أن يتحمل في ذلك ما يدركه من درك فيكون هو المطلوب به في عسره ويسره، ويتبعه بذلك غريم الابنة، وإن كان غريمها عديماً طلبت والدها بحقها، قال مطرف وابن الماجشون، وهو قول مالك وأصحابه. قال الشارح: والابن والبنت في هذا سواء، ولذلك أتى الشيخ بلفظ المحجور الشامل لهما. وذكر ابن هشام البنت فقط هو على وجه التمثيل فقط، ولا تختص البنت إلا بجواز العفو عن نصف مهرها قبل البناء كما تقدم، وإليه أشار الناظم بالبيت الثالث. وفي الطرر: قال مالك: ولا يجوز لأحد أن يعفو عن شيء من صداقها يريد البكر إلا الأب وحده لا وصي ولا غيره. وفي ابن يونس: فأما قبل الطلاق فلا يجوز أن يضع من صداقها شيئاً.

(التوضيح: وأجاز ابن القاسم) عفو الولي قبل الطلاق أيضاً، ورأى أنه إذا جاز ذلك لتحصيل زوج في المستقبل فلا يجوز للزوج الحاصل لها الذي لم يطلقها أولى اهـ. والعفو قبل الطلاق إما على شرط التطبيق أو على بقاء العصمة لكن بشرط أن يترك لها ما يحل به النكاح.

فقها

هـ

(وللوصي الصلح) عَمَّنْ قَدْ حَجَزَ وَلَا يَجُوزُ إِلَّا مَعَ غَبْنٍ أَوْ ضَرَرٍ

يعني أنه يجوز للوصي أن يصالح عن محجوره إذا كان نظراً للمحجور، فإن كان فيه غبن ونقص من حقه أو عليه فيه ضرر لم يجز. قال ابن رشد: وقعت هذه في بعض الروايات، وظاهرها أن الوصي يجوز صلحه عن اليتيم الذي إلى نظره فيما طلب له من الحق أو طولب به في أن يأخذ بعض حقه الذي يطلب من الغير، ويضع بعضه إذا خشي أن لا يصح له ما ادعاه، وبأن يعطي من ماله بعض ما يطلب به إذا خشي أن يثبت عليه جميع ما يطلب به اهـ. وفي أواخر السفر الثالث من المعيار في صدر جواب لمؤلفه في مسألة من الصلح سمي جوابه المذكور تنبيه الطالب الدراك في الصلح المنعقد بين ابن سعد والحباك قال: تحصيل صلح الوصي عن أيتامه ببعض الحق بعد فرض سلامته من

قوله: (التوضيح: وأجاز ابن القاسم الصلح) هذا قال فيه في المختصر في فصل التفويض ما نصه: وجاز عفواً في البكر نصف الصداق قبل الدخول وبعد الطلاق. ابن القاسم: وقبله لمصلحة وهل هو وفاق تأويلان انظر شرح هذا إن شئت في المحل المذكور فإن فيه زيادات إن احتجت إليها.

وقول الناظم: (وللوصي الصلح الصلح) يظهر أنه لا فرق، وأنه إذا ظهر غبن أو ضرر فإن الصلح لا يمضي في الأب والوصي بلا فرق، وذكرنا عند قول المتن: وله البيع مطلقاً أن الأب لا يبيع مال ابنه إلا على وجه النظر وإن كان لا يلزمه ذكر ذلك، وما ذكره هذا الشارح عن المعيار من التقسيم في الصلح عن الأيتام من الأوصياء يدل على ما ذكرناه والعلم عند الله تعالى. والحاصل أن صلح الأب والوصي عن المحجور يعمل فيه المصالح ما يعمل في الصلح عن نفسه، وهو إنما يعمل الصلح فيما يظهر له أنه هو الصواب له.

القواعد الفقهية والموانع الشرعية أنه لا يخلو من وجهين: أحدهما: أن يكون ممّا يطلب للمحجور. والثاني: أن يكون ممّا يطلب به. فالأول لا يخلو من ثلاثة أوجه، الأول: أن يكون بعد ثبوت الحق لهم بحيث لا خصام فيه ولا دعوى. والثاني: أن يكون قبل ثبوته في الحال ولا يرجى ثبوته في المآل. والثالث: أن يكون غير ثابت في الحال لكن يرجى ثبوته في المآل. فالأول: لا يجوز باتفاق لأنه تبرع في مال المحجور وهو ممنوع عند الكافة والجمهور. والثاني: مشروع. والثالث: ممنوع، وإن كان ممّا يطلب به فلا يخلو أيضاً، إما أن يكون الحق ثابتاً في الحال أو ليس ثابتاً في الحال، ولا يرجى ثبوته في المآل، أو ليس ثابتاً في الحال ولكن يرجى ثبوته في المآل، فالأول: يجوز صلحه عليه بمثل الحق فأقل ولا يجوز بأكثر. والثاني: وهو ما ليس بثابت في الحال ولا يرجى ثبوته في المآل فاختلف المذهب في إجازته ومنعه على قولين، والقول بالإجازة منهما هو قول ابن القاسم في سماع أصبغ، والمنع هو قول ابن الماجشون في واضحته وأحكامه، ثم قال قلت: والقولان متكافئان في نظر كثير من مشايخ المذهب، وصوب بعض متأخريهم قول ابن القاسم واعتلّ له بأن فعل الوصي محمول على النظر حتى يثبت خلافه اهـ. كذا. وجدت هذا الكلام في نسختين من المعيار، والغالب أنه سقط بعضه وأصله. والثاني وهو ما ليس بثابت في الحال ولا يرجى ثبوته في المآل فلا يجوز الصلح فيه عنه بحال. وأما الثالث وهو ما ليس ثابتاً في الحال ولكن يرجى ثبوته في المآل فاختلف المذهب الخ وهذا القسم هو المناسب لمحل الخلاف بسبب النظر إلى الحال والمآل وهي قاعدة من القواعد الشرعية. قوله: وللوصي يتعلق بجوز والصلح مبتدأ وعمن يتعلق به وجملة لا يجوز خبر الصلح.

(وَلَا يَجُوزُ نَقْضُ صُلْحِ أُبْرِمَا) وَإِنْ تَرَاضِيَا وَجَبَرَا أَلْزَمَا

يعني أن المتخاصمين إذا وقع الصلح بينهما على وجه جائز ثم أراد الرجوع إلى ما كانا عليه من الخصومة فإن ذلك لا يجوز ويجبران على التزام ما وقع بينهما من الصلح.

وقول الناظم: (ولا يجوز نقض صلح أبرما الخ) هذا هو قول المختصر في كتاب الاستحقاق، وإن صالح فاستحق ما بيد مدعيه رجع في مقر به لم يفت والأفني عوضه كإنكار على الأرجح لا إلى الخصومة، وما بيد المدعى عليه ففي الإنكار يرجع بما دفع والأفقيمته، وفي الإقرار لا يرجع بشيء، فقوله: لا إلى الخصومة هو عدم نقض الصلح، ولكن في ذلك خلاف قوي أي في الرجوع إلى الخصومة بعد الصلح، قف عليه إن شئت في الشرح، وقد قال ابن يونس في ديوانه ما نصه: وتحصيل هذا الاختلاف أنه لا خلاف إذا استحق ما بيد المدعي والصلح على الإقرار أنه يرجع في شئيه أو قيمته أو مثله إن فات كالبيع، وإن استحق ما بيد المدعى عليه فقبل يرجع بما دفع وقيل لا يرجع، وإن كان الصلح على الإنكار فاستحق ما أخذ المدعي فقبل يرجع بقيمة ما قبض ومثله، وقيل يرجع إلى الخصومة، وإن استحق ما بيد المدعى عليه فقبل يرجع عليه بما دفع إليه وقيل لا يرجع بشيء، وقيل إن استحق بحضرة الصلح رجع وإن كان بعد الطول الكثير لم يرجع اهـ. بلفظه. فانظر قوله وقيل يرجع إلى الخصومة إنما ذكره في الإنكار.

قال ابن أبي زمنين في منتخبه: وسئل عيسى عن رجلين اصطلحا في شيء تداخيا فيه ثم أرادا أن ينقضا الصلح ويرجعا إلى الدعوى الأولى قال: هذا لا يجوز. سحنون: إن استحق ما قبض المدعي في الصلح على الإنكار فليرجع بقيمة ما قبض أو مثله إن كان يوجد له مثل. ابن يونس: هذا هو الصواب لا الرجوع إلى الخصومة.

وَيُنْقَضُ الْوَأَقِعُ فِي الْإِنْكَارِ إِنْ عَادَ مُنْكَرًا إِلَى الْإِفْرَارِ

يعني أن من ادعى حقاً على غيره فجحده وأنكره ثم صالحه على الإنكار ثم بعد ذلك أقر بما أنكر أولاً قبل الصلح فإن الصلح ينقض ويلزمه غرم ما بقي من حق المدعي، وهذا الفرع وما يستطرد بعده من نظائره في معرض الاستثناء من قوله: ولا يجوز نقض صلح أبرما. قال في الوثائق المجموعة: قال أحمد بن سعيد: سئل عيسى بن دينار عن رجل له حق على رجل فجحده فصالحه على الإنكار ببعض الحق ثم أقر بعد أن ما ادعى به عليه حق فقال عيسى: يلزمه غرم ما بقي من حق المدعي وقال: لو أن لرجل على رجل وثيقة بحق فضاعت فأنكره غريمه فصالحه ببعض الحق ثم وجدها فله أن يرجع عليه بما بقي من حقه. ابن الحاجب: والصلح على الإنكار وعلى الافتداء من اليمين جائز حكمه ولا يحل للظالم منهما، فلو أقر بعد ذلك فله نقضه لأنه مغلوب. ثم قال في التوضيح في شرح قوله: وإن أشهد سراً فقولان، وهنا ثمان مسائل أربع متفق عليها أي على نقض الصلح في ثلاثة منها وعلى إقضائه في الرابعة، وأربع مختلف فيها. فأما المتفق عليها، فالأولى: إن كانت له بيعة غائبة وأشهد وأعلن. والثانية: إذا صالح على الإنكار ثم أقر. والثالثة: إذا صالح على الإنكار وذكر ضياع صكه أي وثيقته ثم وجده بعد الصلح، فهذه الثلاثة اتفقوا فيها على القبول. والرابعة: إذا ضاع صكه فقال له غريمه: حقه حق فأنت بالصك فامحه وخذ حقه فقال: قد ضاع وأنا أصالحك ففعل ثم يجد ذكر الحق فلا رجوع له باتفاق. ابن يونس: والفرق بين هذه والتي قبلها أن غريمه في هذه معترف وإنما طالبه بإحضار صكه ليمحو ما فيه فقد رضي هذا بإسقاطه واستعجال حقه، والأول منكر للحق وقد أشهد أنه إنما صالحه لضياع صكه فهو كإشهاد أنه إنما يصلحه لغيبة بيئته. وأما الأربع المختلف فيها فهي: إذا كانت بيئته غائبة وأشهد سراً كما ذكر. والثانية: إذا صالح ولم يعلم بيئته ثم علم والمشهور فيها القبول كما تقدم. والثالثة: إذا صالح وهو عالم بيئته وتقدم أن المشهور فيها عدم القبول. والرابعة: من يقر في السر ويجحد في العلانية فصالحه غريمه على أن يؤخره سنة وأشهد الطالب أنه إنما يصلحه لغيبة بيئته فإذا قدمت قام بها فليل ذلك له إذا علم أنه كان يطلبه وهو يجحده وقيل ليس له ذلك. خليل: وأتت بعض أشياخ شيخي بأن ذلك له للضرورة وهو قول سحنون، والآخر لمطرف، وهذه المسألة تسمى إيداع الشهادة والله أعلم اهـ.

وإلى هذه المسائل الثمان (أشار الشيخ خليل في مختصره) بقوله: فلو أقر بعده أو

قوله: (أشار الشيخ خليل في مختصره) بقوله: فلو أقر بعده أو شهدت بيئته لم يعلمها أو أشهد

شهدت بينة لم يعلمها أو أشهد وأعلن أنه يقوم بها أو وجد وثيقته بعده فله نقضه كمن لم يعلن أو يقرّ سراً فقط على الأحسن لا إن علم ببينته ولم يشهد أو ادعى ضياع الصك فليل له حقه ثابت فأت فصالح ثم وجده اهـ. والمسألة الأولى في المختصر هي الثانية في التوضيح، والثانية فيه هي الثانية من الأربع الأخيرة في التوضيح، والرابعة هي الثالثة في التوضيح، والخامسة هي الأولى من الأربع الأخيرة، والسادسة هي الرابعة من الأربع الأخيرة، والسابعة هي الثالثة من الأربع الأخيرة، والثامنة هي الرابعة من الأربع الأولى. وقوله في آخر كلام التوضيح: وهذه المسألة تسمى إيداع الشهادة. قلت: هي التي تسمى في عرفنا الاسترعاء وهي أن يكون الحق على ظالم لا ينتصف منه ولا تناله الأحكام فيخاف صاحب الحق أن يطول الزمان ويضيع حقه فيشهد سراً وخفية أنه على حقه غير تارك له وأنه يقوم به متى أمكنه ذلك، وقد أشبع الكلام فيها صاحب المعيار في نوازل الصلح عن الإمام أبي الحسن علي بن عثمان بن عطية النوشريسي لما سئل عن قول ابن الحاجب آخر الصلح: فإن أشهد سراً فقولان فعليك به إن تعلق لك به غرض فإنه كثير الوقوع لا سيما في هذا الزمان:

إن طال هذا ولم يحدث له غَيْرٌ لم يبك ميت ولم يفرح بمولود
وقد نقلنا منه جملة صالحة في شرحنا المسمى بفتح العليم الخلاق في شرح لامية
الزقاق في شرح قوله في آخرها: ولا تكتبن طوعاً بعب بمركب... الأبيات الثلاثة.
والتَّرِكَاتُ مَا تَكُونُ الصُّلْحُ مَعَ عِلْمٍ مِقْدَارٍ لَهَا يَصِحُّ
يعني أن التركة يصح ويجوز فيها الصلح أي سواء كانت عيناً أو عرضاً أو حيواناً أو

وأعلن أنه يقوم بها أو وجد وثيقته بعده فله نقضه كمن لم يعلن أو يقرّ سراً فقط على الأحسن، لا إن علم ببينته ولم يشهد أو ادعى ضياع الصك فليل له حقه ثابت فأت به فصالح ثم وجده اهـ. فقوله: فلو أقرّ بعده أي الصلح. وفهم من قوله أقرّ بعده أنه كان قبله منكرأ وهو صورة الفرع، وقوله: أو شهدت بينة هذا هو المذهب وهو مذهب المدونة وظاهر الأنتقال فيها كانت حاضرة بالبلد أم لا، لأن المدار على عدم العلم وقد علم، وقوله: أو أشهد وأعلن أنه يقوم بها هذا في الغائبة جداً إذ القرية كالحاضرة والمتبني لم يذكر لفظ جداً ولكن ذكره غيره، وذلك أن الحاضرة وما في حكمها إذا علمها فلا قيام بها أسقطها أم لا، لأنها إذا علمت فلا معنى للإشهاد بالقيام بها لأن المدار على كون المصالح في حكم المغلوب فالقرينة ظاهرة ودالة على المراد، وقوله: أو وجد وثيقته أي وقد ذكر ضياعها عند صلحها ثم وجدها بعده وكان هذا القيد يفهم من قول المتن أو ادعى ضياع الصك لأن المسألتين كالمسألة الواحدة في الجملة ولذلك احتيج للترقية كما في ابن يونس وغيره. وقوله: كمن لم يعلن الأولى أن قوله على الأحسن راجع لما يليه فقط، وفي كلام ابن غازي شيء انظره في الشرح. وقوله: أو يقرّ يتعين حملة على مضمون قول ابن عرفة ولو صالحه على تأخير سنة الخ هذا هو الحق في تقرير هذه المسائل إن شاء الله تعالى، ولكن قف على ما بينتها غاية في الشرح إن شاء الله تعالى، وقف فيه على مسائل حسان يطول بنا جليها، وعلى أدلة هذه المسائل المذكورة في المتن فإنها محتاج إليها غاية.

طعاماً أو ملقة من البعض أو الكل أو غير ذلك، لكن بشرط علم مقدارها لما في الصلح مع جهل مقدارها من الغرر الذي منع منه الشارح في أبواب المعاوضات. (ثم نقل الشارح) جواب الإمام أبي سعيد بن لب عن صلح في تركة وقع فيه جهل وغبن قال: فأما الجهل فقد قال أهل الوثائق: إذا سقط من العقد ذكر معرفة القدر وادعى أحد المتعاقدين الجهل لم يصدق ولا يمين له على صاحبه في وجه من الوجوه إلا في وجه واحد، وهو أن يدعي أن صاحبه كان عالماً بجهله فيجب له اليمين على صاحبه أنه ما علم بجهله إذا أنكر ذلك، فإن حلف تمّ العقد، وإن نكل ورد اليمين على الآخر حلف لقد كان جاهلاً بما خرج عنه وفسخ العقد إن شاء هذا مع عدم ثبوت جهله بقدر ذلك، أما لو ثبت ذلك أو اعترف به الخصم لثبت الخيار للجاهل في الفسخ، فإن اعترف الخصم أنه كان عالماً بجهل صاحبه عند العقد وجب الفسخ بكل حال لفساده حينئذ، وأما القيام بالغبن فما فيه معلوم فليراجع في محله والله أعلم.

(وَلَا يَجُوزُ الصُّلْحُ بِاِقْتِسَامِ مَا)
وَالزَّرْعَ قَبْلَ ذُرْوِهِ وَالثَّمَرَ
وَلَا بِإِعْطَاءِ مَنِ الوُزْأِثِ
وَحَيْثُ لَا عَيْنٌ وَلَا دَيْنٌ وَلَا
فِي ذِمَّةٍ وَإِنْ أَقْرَّ الغَرَمَا
مَا دَامَ مُبْقَى فِي رُؤُوسِ الشَّجَرِ
لِلْعَيْنِ فِي الكَالِيَةِ وَالمِيرَاثِ
كَالِيَةٍ سَاغَ مَا مِنْ إِزْثِ بُذِلَا

اشتملت الأبيات على أربع مسائل: ثلاثة ممنوعة وواحدة جائزة. الأولى من الثلاث: إذا كانت التركة ديوناً على أناس شتى فلا يجوز للورثة قسم تلك الديون بأن يخرج واحد بغريم وآخر بغريم آخر وهكذا، وإن حضر الغرماء وأقروا بالدين تبقى الديون بينهم، فمتى اقتضوا منها شيئاً اقتسموه ولا تقسم الذمم، وفي الأثر النهي عن الذمة بالذمة. (ومن اقتضى منهم شيئاً) من ذلك أو صالح عن نصيبه منه دخل معه سائر الورثة في ذلك إلا أن يسلموا له فعله أو من شاء منهم ويتبعون الغريم بحصصهم، كذا نقل الشارح عن المتيطي، وإلى هذا أشار الناظم بالبيت الأول بقوله: في ذمة، كأنه أراد الجنس بدليل صيغة الجمع في الغرماء، وأبين منه أن لو قال بذمم وإن أقرّ الغرما. (الثانية: قسم الزرع) قبل ذروه والثمر في رؤوس الشجر قبل جذاده، فإن ذلك لا يجوز

قوله: (ثم نقل الشارح الخ) هذا ذكره الناس عند مضمون قول المختصر: وجهل بمشؤون أو ثمن وهناك ذكره مستوفى.

وقول الناظم: (ولا يجوز الصلح باقتسام ما الخ) هذا ذكره في باب القسمة، وذكرناه في بابها عند قول المختصر: وأخذ وارث غرضاً الخ. وأما قسم على مدين واحد فذلك جائز ذكره ابن عرفة وغيره، وكلام الأجهوري في اعتراضه على ابن عرفة لا يصح، وتكلمنا على ذلك صدر باب القسمة.

قوله: (ومن اقتضى منهم شيئاً) هذا ذكره في المختصر في كتاب الصلح كما في التحفة وهو قوله: وإن صالح أحد وليس إلى آخر تلك المسائل. قوله: (الثانية قسم الزرع الخ) هذه قسمة

لما فيه من الغرر والمخاطرة من غير ضرورة تدعو إلى ذلك. قال المتيطي بإثر النقل المتقدم عنه: وكذلك إذا ورثوا زرعاً وأرضاً وشجراً فيها ثمار ثم لم يقسموا الأرض وأصول الشجر ويبقى الزرع والثمر بينهم على موارِيثهم حتى يصفى الزرع ويصير حياً وتجنى الثمرة فيقتسمون ذلك كيلاً، ولا يجوز اقتسامهم الزرع فدادين ولا قتا ولا حزماً ولا الثمر في الشجر وهو في المزابنة، فإن اقتسموا ذلك جهلاً ثم عثر عليه فسخ، فإن نزلت جائحة فيما قبضه أحدهم فهي من جميعهم، ويكون جميع السالم من الجائحة من ثمر أو زرع بينهم اه. محل الحاجة منه. وإلى هذا أشار الناظم بقوله: والزرع قبل ذروه البيت. فقوله: والزرع هو بالخفض عطف على مدخول الاقتسام، والثمر عطف على الزرع، ومبقي بضم فسكون خبر ما دام. الثالثة: إعطاء الوارث عيناً للزوجة في كاليء صداقها وميراثها من زوجها، فإن ذلك لا يجوز أيضاً للجهل بما بقي من التركة بعد بيع ما يقضي به الدين منها، لأن الدين مقدم على الميراث. قال المتيطي: ولا يجوز أن يتعقد الصلح بدنانير أو دراهم في صفقة واحدة على الكاليء والميراث لأن الجهل يدخله، إذ لا ميراث إلا بعد الدين والكاليء من الدين، وينبغي أن يباع من التركة بقدر الدين ويؤدي ويعرف ما بقي بعد ذلك ويقع الصلح على نصيبها منه، ولعله يباع في الكاليء ثلث العقار أو ربه أو سدسه أو من العبيد أو من الإماء والوطاء وغير ذلك مما يذهب بأكثر المال فلا يدرى كم يباع في الدين من التركة، فإذا لم يعرف وقع الجهل في نصيبها من الباقي، والصلح في ذلك مجهول، والصلح بيع من البيوع، وهكذا نقل عن أشهب، وقاله ابن العطار وابن زرب وفضل بن مسلمة وغيرهم من الموثقين اه. وإلى هذا أشار الناظم بقوله: ولا بإعطاء من الوراثة البيت. فقوله: ولا بإعطاء هو معطوف على قوله: باقتسام، ومن الوراثة متعلق بإعطاء، ومعنى في الكاليء والميراث أي في مقابلتها معاً. المسألة الرابعة: الجائزة إذا لم يكن في التركة عين ولا دين على هالكها ولا كاليء لزوجه عليه وهو من جملة الدين فيجوز أن تصالح بدنانير أو دراهم أو غير ذلك لخلو المسألة عن الموانع الشرعية، وعلى ذلك نبه بقوله: وحيث لا عين ولا دين ولا كاليء البيت.

(تتميم): مما يناسب المسألة الثالثة المتقدمة آنفاً مسائل في المدونة نقلها الإمام

محضة لا ذكر للصلح فيها وهو قد قال ما نصه: فقوله والزرع هو بالخفض عطف على ما مدخول الاقتسام الخ، والناظم قال: ولا يجوز الصلح باقتسام ما الخ، والباب باب القسمة وهذا الشارح تابع لابن الناظم، وكأنهم رأوا الشركة على الإشاعة في الشيء إن قسمه مصالحة في الجملة، والمختصر ساق المسألة في باب القسمة حيث قال: وثمر أو زرع إن لم يجذاه الخ عاطفاً لذلك على ما يمتنع.

قوله: (تتميم الخ) هذه المسألة أشار لها في المختصر بقوله عاطفاً على الجائز وعن إرث زوجة من عرض وورق وذهب بذهب من التركة قدر مورثها منه فأقل أو أكثر إن قلت الدراهم لا من غيرها مطلقاً إلا بعرض إن عرفا جميعها وحضر وأقر المدين وحضر وعن دراهم وعرض تركا بذهب كبيع وصرف وإن كان فيها دين فكبيعه اه. وابن يونس هنا كلامه كثير وحاصله مهما كان الدين من أحد التقدين فلا يصالح عليه بنقد من عنده، ومن غير ذلك وغير طعام البيع يجوز بنقد من عنده مع

المواق على قول الشيخ خليل: وعن إرث زوجة من عرض وورق وذهب بذهب من التركة قدر مورثها منه فأقل إلى قوله: وإن كان فيها دين فكبيعه، رأيت إثباتها هنا تمييزاً للفائدة، وإن كان فيها طول فيغتفر لامتحان ذهن الطالب بها ورفع توهم منع ما هو منها جائز، وجواز ما هو ممنوع، وبيان وجه ما هو الجائز منها والممنوع. قال رحمه الله من المدونة: قال ابن القاسم: من مات عن ولد وزوجة وترك دنائير ودراهم وعروضاً حاضرة وغائبة وعقاراً فصالح الولد الزوجة على دراهم من التركة، فإن كانت قدر مورثها من الدراهم فأقل جاز، وإن كانت أكثر لم يجز لأنها باعت عروضاً حاضرة وغائبة ودنائير بدراهم نقداً وذلك حرام اهـ. فإن كانت الدراهم ثمانين فصالحها بعشرة دراهم فقد أخذت واجبها منها وهو عشرة وسلمت في واجبها من غيرها من الدنائير والعروض، وكذا إن صالحها بثمانية دراهم فقد تركت من حقها من الدراهم درهمين وتركت جميع حقها من الدنائير والعروض ولا محذور في ذلك، وإن صالحها بأكثر من حقها من الدراهم لم يجز كما بين وجهه بقوله: لأنها باعت عروضاً الخ. أي ولا يجوز النقد بشرط في بيع الغائب إلا أن يقرب مكانه أو يكون ممّا يؤمن تغييره، وفيه أيضاً اجتماع البيع والصرف لأن ما زاد من الدراهم على واجبها منها بعضه في مقابلة الذهب وهو صرف وبعضه في مقابلة العروض الحاضرة والغائبة وهو بيع يريد إلا أن تكون الدراهم الزائدة على نصيبها يسيرة أقل من صرف دينار فتنتمي علة اجتماع البيع والصرف في أكثر من الدينار. ثم قال في المدونة إثر ما تقدم: وإن صالحها الولد على دنائير أو دارهم من غير التركة قلت أو كثرت لم يجز لأنها باعت ذهباً وفضة وعروضاً بذهب أو فضة، لأن القاعدة أنه إذا بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة لم يجز أن يكون مع أحد العوضين أو معهما عروض لفوات التمثيل في الوجهين الأولين، ولا اجتماع البيع والصرف في الوجه الثالث. ثم قال في المدونة إثر ما تقدم: فأما على عروض من ماله نقداً فذلك جائز بعد معرفتهما بجميع التركة وحضور أصنافها وحضور من عليه العرض وإقراره به يريد، والعرض الذي أعطاها نقداً مخالف للعروض التي على الغرماء، قال: فإن لم يقف على معرفة ذلك كله لم يجز، انظر قوله بعد معرفتهما بجميع التركة الخ فإن جهلاً أو أحدهما فبين الوجهين فرق اهـ. انظر إذا صالحها بعرض من التركة مع وجود الشروط التي ذكر من معرفتهما بجميع التركة الخ، فإن ذلك جائز والله أعلم. قال ابن عرفة: صلح لوارث بقدر حظه من صنف ما أخذه واضح لأنه لما سواه واهب وبزائد عن حظه فيه بائع حظه في غيره بالزائد فيعتبر البيع والصرف وتعجيل قبض ما معه وشرط بيع الدين بحضور المدين وإقراره، وعبارة المدونة أن ترك دنائير ودراهم وعروضاً وذلك كله حاضر لا دين فيه ولا شيء غائب فصالحها الولد على دنائير من التركة يريد أكثر من حظه من الدنائير فذلك جائز إن كانت الدراهم يسيرة. اللخمي: يعني إذا كانت الدنائير في المسألة المذكورة ثمانين فأعطى الولد للزوجة عشرة دنائير من تلك الدنائير فأقل جاز، واختلف إذا أعطوها العشرة من أموالهم

فمنعه ابن القاسم ورآه ربا، وكأنها باعت نصيبها من الدنانير والدراهم والعروض بهذه العشرة، وإن أخذت من الدنانير التي خلفها الميت أحد عشر ديناراً جاز لأن صرفاً وبيعاً في دينار واحد جائز اهـ. بيان وجه جوازه أن العشرة دنانير هي واجبها في الثمانين ديناراً أو الدينار الحادي عشر بعضه في مقابلة واجبها في العروض وهو بيع وبعضه في مقابلة واجبها من الدراهم وهو صرف، فقد اجتمع البيع والصرف في دينار واحد وهو الحادي عشر وهو جائز. ثم قال: ومن المدونة قال ابن القاسم: وإن ترك دراهم وعروضاً فصالحها الولد على دنانير من ماله فإن كانت الدراهم يسيرة حفظها منها أقل من صرف دينار جاز إن لم يكن في التركة دين، وإن كان حفظها منها صرف دينار فأكثر لم يجز اهـ. فقله: أقل من صرف دينار جاز وجه جوازه أن أحد الدنانير المصالح بها بعضه في مقابلة واجبها من الدرهم وهو صرف، وبعضه مع بقية الدنانير المصالح بها في مقابلة العروض وهو بيع، فاجتمع البيع والصرف في دينار واحد وهو جائز. وقوله: وإن كان في حفظها صرف دينار فأكثر لم يجز وجه منعه أنه كان في حفظها من الدراهم صرف دينار فقط كان دينار صرفاً بواجبها من الدراهم وباقي الدنانير في مقابلة العروض وهو بيع فلم يجتمعا في دينار واحد، وكذلك إن كان واجبها من الدراهم صرف دينار ونصف مثلاً فإن النصف الباقي من الدينار وباقي الدنانير في مقابلة العروض فلم يجتمعا في دينار واحد، وكذا إن كان واجبها صرف دينارين فأكثر. ثم قال من المدونة: وإذا كان في التركة دين من دنانير أو دراهم لم يجز الصلح على دنانير أو دراهم نقداً من عند الولد، وإن كان الدين حيواناً أو عروضاً من بيع أو قرض أو طعاماً من قرض لا من سلم فصالحها الولد من ذلك على دنانير أو دراهم عجلها لها من عنده فذلك جائز إذا كان الغرماء حضوراً مقرين ووصف ذلك كله اهـ. قوله: «لم يجز الصلح على دنانير» وجه منعه أنه اشترى دنانير نقداً بدنانير إلى أجل، أو دراهم نقداً بدراهم إلى أجل، وقوله: وإن كان الدين حيواناً أو عروضاً إلى قوله فذلك جائز وجه جوازه أنه اشترى ديناً من عروض أو طعام في ذمة المدين بدنانير أو دراهم معجلة ولا محذور فيه إلا إن كان الطعام من بيع فلا يجوز بيعه قبل قبضه، فلذلك قال من قرض لا من سلم، وكذا يشترط في جوازه حضور الغرماء وإقرارهم وصف المبيع على قاعدة بيع الدين والله أعلم. قال رحمه الله تعالى:

(وإن يفت) ما الصلح فيه يُطلب لم يجز إلا مع قبض يوجب

وقول الناظم: (وإن يفت الخ) هذا قال فيه في المختصر: وإن صالح بمؤخر عن مستهلك لم يجز إلا بدراهم كقيمته فأقل أو ذهب كذلك وهو ممّا يباع به اهـ. والمسألة مبنية على أمور تعرف من المختصر وغيره منها أن من استهلك عرضاً فعليه قيمته، وإذا وجبت قيمته على مستهلكه فهي دين لأن الدين يشمل الحال وغيره إذ الدين ما يكون في الذمة، وقد قال في المختصر: وعن دين بما يباع به وشرط معرفة المصالح عنه يؤخذ من قوله المصلح على غير المدعي بيع الخ، وهنا لا يصلح عن القيمة إلا بعد معرفتها، وقد علم أن المقوم به ما جرت عادة الناس بالبيع به، وإن أردت الاستيفاء فعليك بالشرح لكلام المختصر المذكور.

يعني أن من ادعى على غيره أنه غصبه أو سرق له ثوباً أو عبداً أو دابة أو غير ذلك وفات ذلك بيد الغاصب أو السارق بموت أو تغير يوجب عليه القيمة أنه لا يجوز أن يصلح عنه إلاً بمعجل لأنه بنفس الفوات وجبت القيمة فلا يفسخ في مؤخر، ومفهومه أنه إذا كان قائماً لم يفت فإنه يجوز الصلح بمعجل وبمؤجل لأنه كالبيع وهو يجوز بالمؤجل والمعجل. قال في المدونة: وإذا ادعى رجل على رجل آخر أنه غصبه ثوباً أو عبداً أو ما أشبه ذلك والعبد والثوب قائماً فيجوز أن يصلحه بدنانير أو دراهم أو بعرض من غير صنفه، ويؤخر ذلك ولا يتعجله وهو كالبيع سواء، فإن كان المدعى فيه فائتاً لم يجز الصلح إلاً بما يتعجل قبضه مكانه لأنه قيمة الشيء المغصوب أو مثله قد صار ديناً على الغاصب، فلا يقبض عن ذلك إلاً ما كان يتعجل قبضه إلاً أن يصلح عن ذلك بمثل قيمة الشيء المغصوب دراهم ويؤخره فيجوز ذلك، ولا يصلحه عن ذلك بدنانير مؤجلة لأن الأشياء المستهلكة إنما تقوم بالورق، ولا يجوز الصلح فيما فات منها حتى تعرف قيمة الشيء المغصوب الفائت، ويجوز إذا كان قائماً وإن لم تعرف قيمته، وإذا طلب الصلح في شيء فات من دابة أو عرض يريد الشيء بمثله أو بغير النقد الجاري في البلد الذي يطلب فيه الصلح فإنه لا يجوز إلاً مع القبض للشيء الذي وقع به الصلح لأنه يدخله الدين بالدين اهـ. من الشارح. ثم قال:

وَجَائِزُ تَحَلُّلٍ فِيمَا ادَّعَى وَلَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ لِلْمُدَّعِي

(يعني أنه يجوز التحلل من الدعوى): التي لم تقم عليها بينة للمدعي، وهذا في الدعوى المجهولة لهما معاً وأجرى المعلومة لهما، وأما المعلومة لواحد المجهولة لآخر فلا يجوز الصلح فيها وبقي هذا القيد على الناظم، ومعنى التحلل أنه يصلحه بشيء ويجعله في حل. قال في كتاب الشفعة من المعيار: إن صالح رجل رجلاً في حق ادعاه عليه في داره فإن عرفاه جميعاً أو جهلاه جميعاً فذلك جائز، وإن عرفه أحدهما وجهله الآخر لم يجز الصلح كالبيع عند مالك. وفي المقرب: قلت: فمن كان له على رجل دراهم ثم نسيها جميعاً عددها كيف يصنعان؟ قال: يصطلحان على ما شاء من ذهب أو ورق أو عرض، ويحلل كل واحد منهما صاحبه ولا يؤخره بما صالحه عليه. وقال بعض المتأخرين: يجوز التحليل في الدعوى المجهولة على ما نصه أهل الوثائق اهـ.

قوله: (يعني أنه يجوز التحلل من الدعوى) بحق في دار مثلاً يجوز الصلح عنها إن جهل قدر ذلك الخصمان أو علما ذلك، وإن علم أحدهما قدره وجهله الآخر لم يجز للجهل، وقد تقدم أن الصلح بيع وجهل أحد المتبايعين بضمن أو مضمون مفسد للعقد على المذهب، كما بينا عند قول المختصر: وجهل بضمن أو مضمون، وإنما جاز الصلح في جهلهما معاً لأن ذلك غاية المقدور، ومثل هذا يجري في دراهم نسيها عددها مثلاً، وهذا الشارح تبع ابن الناظم في تفسير البيت بما رأيته، ويحتمل البيت أن هذا صلح عن إنكار، ويشعر بذلك قوله: ولم تقم بينة للمدعي فإنه ظاهر في إنكار المدعى عليه، ولكن الناظم عبر بالتحلل فافهم، والصلح عن الإنكار هو قول المتن: وعلى الاقتداء من يمين وفيه خلاف.

قال رحمه الله :

وَالصُّلْحُ فِي الْكَالِيءِ حَيْثُ حَلًّا بِالصَّرْفِ فِي الْعَيْنِ لِزَوْجٍ حَلًّا
يعني أنه يجوز للزوج أن يصالح عن كاليء الزوجة الذي في ذمته (إذا حلّ أجله)، وكذا إن حلّ بعضه جاز الصلح عن ذلك البعض، فيصلح بدنانير إن كان عليه دراهم، أو بالدراهم إن كان عليه دنانير، أما أن يحلّ أجله فلا يجوز الصلح المذكور. قال بعض المتأخرين: وصلح الرجل زوجته عن كالثها إذا كان دنانير بدراهم أو بالعكس جائز إذا كان حالاً (أو كان منكراً له)، فإن كان مؤخراً فلا يجوز ذلك، وكذلك إن كان هو يدعي التأخير والزوجة تدعي حلوله لأنه صرف مستأخر في حق الزوج، ويجوز ذلك على قول أصبغ اهـ.

بابُ النكاح وما يتعلّق به

حدّه الإمام ابن عرفة بقوله: النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها بيينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها إن حرّمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر. قال شارح الحدود الإمام الرصاع: قوله عقد عبر بالعقد لأن النكاح فيه إيجاب وقبول من جانبين، والعقد فيه لزوم العاقد على نفسه أمراً من الأمور، وأصل العقد في اللغة الربط ومنه عقد إزاره، وقد يستعار للمعاني أي كهذا، وقوله: على مجرد هو المعقود عليه وهو اسم مفعول من جرد وهو صفة قبل الإضافة للمتعة أي المتعة المجردة بمعنى أنها المقصودة من غير إضافة شيء إليها، واحتراز به من العقد على المنافع وهو الإجارة والكراء، وعلى الذوات وهو البيع، والمتعة معلومة مشهورة فلذلك عرف بها وهي التلذذ والتمتع أعم من التلذذ، لأن التمتع يكون حسياً ومعنوياً كتمتع الجاه والولاية وتمتع الركوب والأكل والمقدمات، والتلذذ يكون بالأمور الحسية، ثم أخرج الأمور المعنوية بقوله التلذذ، ثم أخرج من الحسية التلذذ بالطعام والشراب بقوله: بآدمية، وزعم بعض

قوله: (إذا حلّ أجله الخ) هذا من جملة أفراد قول المتن، وجاز عن دين بما يباع به وعن ذهب بورق وعكسه إن حلاً وعجل كمائة دينار ودرهم عن مائتيهما، فقوله حلاً هو المدعى به ذهب في صورة وفضة في صورة، وقوله وعجل أي العوض عن المدعى فيه، قال في التوضيح: وهذا راجع إلى صرف ما في الذمة الخ، وصرف ما في الذمة هو قول المتن في الصرف أو بدين إن تأجل وإن من أحدهما، انظر بيانه في الشرح غاية هناك. قوله: (أو كان منكراً له الخ) تقدم بيان هذا في شرط الصلح عن الإنكار.

باب النكاح وما يتعلّق به

قف في الشرح على الكلام في حد النكاح وما يخرج بحد ابن عرفة هو قوله بعدما ذكره هذا الشارح ما نصّه: فيخرج عقد تحليل الأمة إن وقع بيينة ويدخل نكاح الخصي والطارئين لأنه بيينة صدقاً فيهما، ولا يبطل عكسه بنكاح من ادعاه بعد ثبوت وطئه بشاهد واحد أو فشو بنائه باسم النكاح

المشايخ أنه أخرج به العقد على الجنية، وفيه عندي بعد قوله غير موجب قيمتها أخرج به تحليل الأمة إذا وقع بينة فإنه يصدق عليه أنه عقد على مجرد التلذذ بأدمية بينة، لكنه يوجب ذلك التلذذ قيمة الأدمية، والقيمة في المحللة تجب بالتلذذ، وقيل بالغيبة على المحللة، وإطلاق متعة التلذذ يوجب إدخال نكاح الخصي والمجبوب وهو ظاهر، وقوله: بينة حال من التلذذ معناه في حال كون التلذذ يكون بينة قبل وجوده أخرج به صور الزنا اه. وكتب عليه شيخنا سيدي أبو محمد عبد الواحد بن عاشر رحمه الله أعني على قول الرصاع بينة حال من التلذذ ما نصه: هذا كلام غير واضح فإن المفتقر للبينه هو العقد لا التلذذ اه. ثم قال الرصاع: قوله غير عالم يحتمل أن يكون حالاً من المتعة وهو المعقود عليه فكأنه قال: عقد على المتعة بأدمية في حال كون المتعة غير عالم عاقدها حرمتها، فهي حال جرت على غير من هي له، ويحتمل غير بالرفع على الصفة وهو الذي ينطق به كثير من الشيوخ، وأخرج به صورة العقد على أدمية بالقيود المذكورة، والعاقد عالم بتحريم المتعة بتلك الأدمية كالعقد على الأخت والعمة وغير ذلك من المحرمات في كتاب الله تعالى فإن ذلك ليس بنكاح بل حكمه حكم الزنا والسفاح، فلا يلحق فيه ولد ولا يدرأ فيه الحد لقوة الدليل على التحريم، هذا على القول المشهور في أن ذلك مقصور على ما حرمت المتعة فيه بكتاب الله تعالى، ولذلك قال: إن حرمة الكتاب على المشهور، ثم أشار إلى القول الآخر أن ذلك لا يقتصر فيه على تحريم الكتاب بل ذلك عام فيما وقع تحريمه بالكتاب أو بغيره وهو أعم وأشمل ممّا حرمه الكتاب وحده ممّا عدد في كتاب الله تعالى، ولذلك قال: الإجماع على القول الآخر وهو معطوف على الكتاب أي أو ما حرمه الإجماع على القول الآخر، وهما طريقتان مشهورتان في المذهب بنوا عليهما مسائل في النكاح والزنا كما هو مقرر في محله، ولنذكر ما تمس الحاجة إليه في فهم رسمه مثال ذلك: إذا جمع بين المرأة وعمتها أو نكح نكاح متعة عالماً بتحريم ذلك فهل يصدق عليه أنه نكاح يثبت فيه لوازم النكاح أو لا يصدق عليه ذلك ويكون حكمه حكم الزنا؟ قولان: المشهور أن حكمه حكم النكاح، والقول الآخر أن حكمه حكم الزنا، فالأول يقول بعدم حدّه وبإلحاق الولد به، والثاني عكسه، فالأول يراعي المحرمات بالكتاب فقط وما حرم بالسنة لا يكون حكمه حكم ذلك. والثاني يراعي ما يعمّ ذلك، فإذا صحّ هذا وجب أن يقول الشيخ أو الإجماع كما تقدم، وقيل إنما صوابه بالواو وقيل أصله أو والإجماع بزيادة

لقول ابن رشد: عدم حدّه للشبهة لا لثبوت نكاحه، تحرير قول ابن عرفة بينة قبله إلى آخر ما ذكره في المسألة صريح أن ما وقع فيه الدخول بلا شاهدين ليس بنكاح، وقد ذكر ابن عرفة هو وغيره أنه يفسخ بطلقة والطلاق فرع ثبوت النكاح فهذا تناقض ببادئ الرأي، والجواب عن ذلك هو ما ذكره ابن رشد في المقدمات أن الطلقة ألزمتها له لأنه يقول: تزوجت بشاهدين عدلين، فهو مقرّ بصحة النكاح، والإنسان يؤخذ بإقراره، وفسخناه حيث لم نصدقه، ودرى عنه الحد للفشو لحديث: «ادرؤوا الحدود بالشبهات» والفشو شبهة، انظر بسطه وكلام ابن رشد في الشرح فافهم، فإن من حشى وشرح لم يلموا بهذا فيما وقفنا عليه.

واو بعد أو لأن الأول لا يقول بالثاني والثاني يقول بالأول ويزيد عليه وذلك إنما يكون مع الواو.

وَبِإِغْتِبَارِ النَّكَاحِ النُّكَاحِ وَاجِبٌ أَوْ مَنذُوبٌ أَوْ مُبَاحٌ

يعني أن حكم النكاح يختلف باختلاف النكاح فتعرض له أحكام الشريعة الخمسة، إلا أن الناظم لم يذكر المكروه والحرام. قال في التوضيح: وحكم النكاح الندب من حيث الجملة، وقد يجب على من لا ينفك عن الزنا إلا به، ويكره في حق من لا يشتهي وينقطع به عن عبادته. وفي المقنع لابن بطال: يكره لمن لا يجد الطول ولا حرفة له ولا صناعة. ابن بشير: ويحرم على من لا يخاف العنت وكان يضر بالمرأة لعدم قدرته على الوطء أو على النفقة أو يكتسب من موضع لا يحل. اللخمي: ويباح لمن لا نسل له ولا أرب له في النساء، وأشار إلى أن المرأة مساوية للرجل في هذه الأقسام. والنكاح في اللغة التداخل، يقال: تناكحت الأشجار إذا دخل بعضها في بعض، ونكح البذر الأرض، ويطلق في الشرع على العقد كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢] وعلى الوطء كقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وكثر استعماله في العقد ولا خلاف أنه حقيقة في الوطء، واختلف في إطلاقه على العقد فليل بطريق الحقيقة، وقيل بطريق المجاز وهو الأصح، لأن المجاز خير من الاشتراك، ثم قال عن ابن عبد السلام: والأقرب أنه حقيقة لغة في الوطء مجاز في العقد. وفي الشرع على العكس صحّ من التوضيح باختصار وتقديم وتأخير حسبما اقتضاه المقام. ابن سلمون: وتستحب الخطبة يوم الجمعة بعد العصر، ويستحب العقد في شوال والبناء فيه لأن النبي ﷺ تزوج عائشة في شوال وبنى بها في شوال اهـ. وفي أواخر السفر الأول من المعيار في الفصل الذي عقده لتعداد البدع المستحبة وغيرها ما نصه: ومنها كراهة الجهال ومن لا يعبأ به عندنا اليوم عقد النكاح في شهر المحرم والدخول فيه. قال صاحب المفهم: بل ينبغي أن يتميز بالعقد والدخول فيه تمسكاً بما عظم الله تعالى ورسوله من حرمة وردعاً للجهال عن جهالتهم.

وَالْمَهْرُ وَالصَّيْغَةُ وَالزَّوْجَانِ ثُمَّ الْوَلِيُّ جُمْلَةً الْأَرْكَانِ

يعني أن أركان النكاح خمسة: المهر والصداق والصيغة الدالة على الماهية والزوج والزوجة والولي. ونحوه قول ابن الحاجب: أركانه الصيغة والولي والزوج والزوجة والصداق (والتحقيق) ما قاله الإمام الخطاب أن الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان والولي

قوله: (والتحقيق الخ) كلام الناس هنا يدل على أن الأمر قريب في هذا، لأن بعضهم يقول فروض النكاح وبعضهم يعبر بالشروط والمدار على ما يتوقف النكاح عليه، ففي المفيد ما نصّه: النكاح يصح بثلاثة شروط: ولي وصداق وشاهدين الخ. وفي أحكام ابن سهل: فرائض النكاح ثلاثة: الولي والصداق وشاهدان وسننه إظهاره الخ. وفي الوثائق المجموعة ما نصّه: باب ما يتم به النكاح أصل النكاح الولي والمهر والشهود ورضا الزوجة غير ذات الأب وغير الأمة الخ. وقال المتيطي: فرائض

والصيغة شرطان. وأما الشهود والصدّاق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما، غاية الأمر أنه يشترط في صحة النكاح أن لا يشترط فيه سقوط الصدّاق، ويشترط في جواز الدخول الإشهاد فتأمل. وقد تقدّم أن الإشهاد في العقد مستحب. وأما الصدّاق فقال الشيخ يوسف بن عمر في قول الرسالة: وصدّاق هذا شرط كمال في العقد لأنه لو سكت عنه لم يضر كما في التفويض، نعم لو تعرضوا لإسقاطه فسد النكاح وفسخ قبل الدخول اه. وعلم منه أن ذكر الصدّاق أولى من نكاح التفويض اه.

وفي الدخول الحثم للإشهاد وهو مكمل في الانعقاد

يعني أن الإشهاد بالنكاح شرط صحة في الدخول، وشرط كمال في الانعقاد، فيصح النكاح وينعقد بدون إشهاد، بل بحصول الإيجاب من الولي والقبول من الزوج بعد كونه صحيحاً منعقداً، فيستحب الإشهاد عند العقد خوف موت أو ندم، فإن لم يشهدا عند العقد فلا بأس، ولكن لا يدخل إلا بعد الإشهاد، فإن دخل بغير إشهاد فسخ النكاح بطلقة بائنة، ولا حد على الزوجين إن كان النكاح فاشياً ولو علما بوجود الإشهاد وإن لم يكن فاشياً حدًا ولو جهلاً وجوب الإشهاد، وإذا فسخ لدخوله قبل الإشهاد فستبرأ بثلاث حيض ولهما المراجعة إن شاء. قال في المقرب: قال سحنون: قلت لابن القاسم: رأيت الرجل يعقد نكاح ابنته البكر ولا يحضر شهوداً أتكون هذه العقدة صحيحة؟ قال نعم ويشهدان فيما يستقبلان وهذا إذا لم يكن دخل بها، ومن الواضحة قال مالك: ومن نكح

النكاح ثلاثة: الولي والصدّاق وشاهد عدل. قال ابن العطار: ورضا الزوجة غير ذات الأب البكر، قلت: وقد كان يجب أن يذكر رضا الزوج أيضاً هذا لفظه. وعبارة ابن سلمون: ولا يصحّ إلا بالولي والصدّاق وشاهدي عدل اه. وقال المازري: اختلف الناس في افتقار النكاح إلى ولي الخ. وقال أبو الحسن على المدونة: وشروط النكاح ثلاثة: ولي وصدّاق وشاهدان. وفي الرسالة: ولا نكاح إلا بولي وصدّاق وشاهدين الخ. فانظر فإنهم لم يجعلوا الصيغة والمحل فيه شرطين، ولذلك ابن الحاجب وابن راشد جعلاهما خمسة الخ، والحطاب كلامه فيه نظر، فإنه جعل الزوج والزوجة ركنين وذلك لا يصحّ لأن النكاح عقد كما في حد ابن عرفة وهو معنى، والزوجان ذاتان، والركن هو جزء الماهية، والجزء هنا مخالف لماهيته بدليل الحسن، وبهذا اعترض ابن عرفة على ابن شاس وابن الحاجب حيث جعلوا أركان الطلاق الأهل والمحل والقصد كما هنا في النكاح فقال ما نصّه: وجعل ابن شاس وابن الحاجب تابعين للغزالي الكل أركاناً له يرد بأنها خارجة عن حقيقته، وكل خارج عن حقيقة الشيء غير ركن له اه. لأنه حد الطلاق بقوله: صفة حكمية الخ، فما جعله الحطاب هو التحقيق غير صحيح، ولا يقال إن الحطاب تمجّز فإن ذلك لا يصحّ لأنه معترض على من تمجّز ورام التحقيق، وهذا الشارح كأنه لم يتفطن لهذا أو تظن وسكت والعلم عند الله تعالى، وبه تعرف ما يقال في الولي والصيغة والصدّاق والإشهاد، وما ذكره الحطاب في نكاح التفويض تبع فيه ابن عرفة، ويأتي تحقيق ذلك عند قول المصنف الصدّاق كالثمن، وإن نكاح التفويض الصدّاق فيه موجود وإنما المنتفي تسميته، والمضر هو التعرّض لإسقاطه، وهو قول المتن عاطفاً على ما يفسد أو بإسقاطه أي الصدّاق فافهم، وحاصل ما ذكره هذا الشارح في

ولم يشهد لم يضره ولكنه لا يبني حتى يشهد. قال الشارح: إن المتأخرين قرّروا حكم الإشهاد إنه شرط في الدخول، ولا يعتبرون الشهرة التي هي خاصية النكاح في نظر الأقدمين، وشدّد المتأخرون في تحصيل هذا الشرط حتى كان عندهم ركن من الماهية وخلو بعض الأنكحة عنه مع وجود الشهرة ممّا تعمّ به البلوى فتحدث من ذلك نوازل كثيرة. وفي كلام المتقدمين ما يشعر بأن انصراف معظم القصد في النكاح إنما هو الشهرة، ولذلك قال ابن شاس في جواهره: ولم تكن أنكحة السلف بإشهاد. وفي جواب الأستاذ سعيد بن لب عن مسائل من هذا المعنى أعني الإشهاد في النكاح أو في المراجعة من الطلاق ما نصه: قد ذكر أهل المذهب أن الإعلان بالنكاح وشهرته مع علم الزوج والولي بذلك يكفي وإن لم يحصل إشهاد، وهكذا كانت أنكحة كثير من السلف، وهذا المعنى قد حكى عن ابن القاسم اهـ. باختصار. وممّا يناسب هذا المحل المسألة الكثيرة الوقوع في كل بلد وفي كل موضع، وقد سئل عنها جماعة من الفقهاء وأجابوا عنها بأجوبة مختلفة، ومن جملتهم آخر الفقهاء وقضاة العدل الفقيه النوازلي أبو سالم سيدي إبراهيم بن عبد الرحمن الجلاللي فاعتنى بالمسألة وجمع ما استحضر فيها وألف في ذلك تأليفاً سمّاه بالمسألة الإمليسية في الأنكحة الإغريسية، لأن السؤال ورد من بلد غريس، والإمليس التمر الذي لا عجم له. ولفظ السؤال: سألت عن عوائد جرت ببلد غريس ونواحيها وهي أن يوجه الرجل أو المرأة من يخطب له امرأة لنفسه أو لولده من المرأة أو وليها خاطباً رجلاً أو امرأة فيجاب بالقبول ويتواعدون للعقد الشرعي في ليلة البناء، ثم يبعث للمرأة ووليها حناء وحوائج تزين بها وهدايا في المواسم، ويولول النساء عند الخطبة ويسمعون

المسألة الإمليسية ثلاثة أقسام، القسم الأول: النكاح ثابت فيه بلا إشكال عند القائل به. والثاني: لا ثبوت للنكاح بلا إشكال. والثالث: هو محل الخلاف. وقد رأيت الأقسام الثلاثة فيه مبينة، واستدل لمن قال بثبوت النكاح في محل الخلاف بمسألة الشريف المزدغري مع أن العقد فيها وقع من أخيها ولكن من غير توكيلها وهي يتيمة وقد أنكرت وقالت لم أوافق وإن فعلت ما يدل على رضاها من استعمال الحناء وما ذكر معها وهنتت وسكتت المدة المذكورة ولم تنكر إلا بعدها، وما أجاب به البقني لا صراحة فيه إذ الإيجاب صدر من أخي اليتيمة، وكلامه من أوله إلى آخره يدل على ذلك بالتأمل الصادق ولا سيما قوله: إذا عظم التراكن الخ. وابن فترج مال إلى ثبوت النكاح بما ذكر هنا من استعمال الحناء ونحو ذلك، واستظهر هذا الشارح ما أفتى به المزدغري قائلاً: هو الموافق لمضمون قول المختصر ولو طال كثيراً لزم، وذكر أنه عرضه على بعض شيوخه فصوبه، والبقني علّله بعدم الإشهاد، وغيره علّل بعدم الصيغة، وهذا الشارح كأنه اعترض تعليل البقني لأن الإشهاد على العقد إنما هو مستحب، هذا حاصل ما جلبه هذا الشارح، وإنما لم أنقله بلفظه لظوله، ولكونه موجوداً عند من يريد أن يتكلم على المسألة، فأشرنا إليه إشارة إجمالية لترتب عليه كلاماً أردناه والله المعين فنقول وبالله سبحانه نستعين: ما ذكره من كون الجماعة بفاس يعينون الصداق الخ، إنما تعين الصداق بفاس من غير الجماعة الذين يقرؤون الفاتحة إلا إن كان ذلك نادراً في بعض الأوقات، والمسألة الإمليسية لا إيجاب فيها ولا قبول صراحة، ومسألة الشريف فيها الإيجاب من أخي اليتيمة، وقد قال غير واحد أن مذهب ابن القاسم أن المرأة لا يحتاج وليها عند تزويجها إلى تفويضها إليه لأن الولاية حق له، يعني إذا زوجها

الجيران أن فلاناً تزوج فلانة ويشتهر ذلك عندهم، ثم يطرأ عند البناء والعقد تنازع وتنافر بينهم أو موت أحد الزوجين فهل تثبت الزوجية بتلك العادة ويحكم بصحتها على المنكر وتبنى عليه أحكامها من الإرث وتحريم منكوحات الآباء وحلائل الأبناء ويتنزل ذلك كله منزلة نكاح التفويض أو لا بينوا لنا ذلك بياناً شافياً ولكم الأجر والسلام اهـ. وفي عادة أهل فاس زيادة على ما ذكر أنه إذا حصل الإيجاب من ولي الزوجة يتواعد أهل الزوجة والزوج ليوم ووقت يجتمعون فيه يسمونه كمال العطية، ويأتي أهل الزوج معهم بمن له وجاهة من الشرفاء وغيرهم ممن له الوجاهة ويجتمعون في المسجد فيسمع الحاضرون من ولي الزوجة إنكاح وليته لفلان ويسمعون من ولي الزوج أو ممن ناب عنه القبول ويعينون الصداق إما جهاراً أو بين أولياء الزوجين ويقرؤون الفاتحة وينصرفون ولا يحضر الزوج حياء ولا يشهد عليه، ثم يقع موت لأحد الزوجين أو ندم فيحتج الزوج أو ورثته بأنه لم يحضر ويدعي أنه لم يوافق. فأجاب سيدي إبراهيم المذكور بما نصه مع اختصار ما أمكن اختصاره: وذلك أن العادة المذكورة إن كانت جارية عندهم مجرى العقد المصطلح عليه عند أهل التوثيق بحيث يرتبون على تلك الأمور من إرسال الحناء وغيرها آثار النكاح وجرت الأحكام عندهم بذلك وتقررت أن الإشهاد الواقع منهم ليلة الدخول ليس هو إلا للتحصين من النزاع في قدر المهر أو أجله وحلوله، ولبيان ما قبض من المهر وما لم يقبض، وإن قول السائل: ويتواعدون للعقد الشرعي في ليلة البناء أن ذلك الوعد إنما هو للتحصين المذكور فهذا لا إشكال فيه عند القائل به أن تلك العادة يحكم بها ويلزم

من كفاء لها وكان الولي غير الأب في البكر، انظر كلامهم في هذا عند قول المتن: ورضا البكر صمت، وإذا ثبت هذا فكيف يستدل بمسألة الشريف على المسألة الإمليسية، واستدلال هذا الشارح بمضمون قول المختصر: ولو طال كثيراً لزم كذلك لأن مسألة الشريف هي المفتات عليها، ورضاها إنما يكون بالنطق على المشهور، وقيل لا تحتاج إلى نطق بل صماتها كاف وهو حتى في التوضيح، وعليه فمسألة الشريف الأخت رضيت بفعل أخيها بلا نطق منها ودليل رضاها هو ما تقدم من استعمال الحناء ونحو ذلك، فنكاحها صحيح على هذا القول الثاني، والمسألة حينئذ تكلم عليها المتقدمون أي مسألة الشريف، والمفتات عليها قيل إنما يصح رضاها بالقرب وقيل حتى في البعد، وكلام الناس في المفتات عليها كثير، ونقلناه في الشرح عند قول المتن: ورضا البكر صمت إلى آخر تلك المسائل فلينظره من أراده فقد سقنا فيه ما فيه الشفاء، ومسألة المتن وهي قوله: ولو طال الخ هي مسألة المفتات عليها في الحكم وإن كان المفتات عليه في هذا ذكراً، وحاصل المسألتين إن وقع الرضا بالقرب ولم يقع من العاقد إقرار بالافتيات ولا رد من المفتات عليه صحّ النكاح، والمسألتان فيهما خلاف قوي غاية، وظاهر كلامهم أن الرضا لا يشترط فيه النطق في الذكر، وإن صرّحوا بأن المشهور هو النطق في المرأة، وقد منا قولاً بأنه لا يشترط فيها النطق، والحاصل أنه إذا تقدم عقد ووقع ما يدل على الرضا فالنكاح صحيح، وإن لم يتقدم عقد فالنكاح غير صحيح وإن كان ما يدل على الرضا حاصلاً، والصحة مع وجود الشروط الثلاثة والرضا بالقرب وكلام الجواهر بأن الشهرة كافية هي فيها عقد مشتمل على إيجاب وقبول فليست من هذا القبيل وإن لم يكن فيها الإشهاد المعروف عند الناس اليوم، مع أن المتأخرين لا يكتفون بالشهرة

المتعاقدان بها، وأما إن كانت العادة المذكورة إنما هي عندهم توطئة للعقدة الشرعية التي يتواعدون إليها ليلة البناء وأنهم لا إلزام بينهم بما يقع بينهم من الأحوال المذكورة، وأن جميع ذلك أمارات على ميل كل من الجهتين إلى الأخرى، وأن تنجيز ذلك لا يقع بينهم إلا عند الإشهاد الذي يقع ليلة الدخول، وعلى هذه الحالة تقررت عاداتهم يعرفها الخاص والعام، فهذا أيضاً لا إشكال في عدم اللزوم بذلك، وأن تلك القرائن والأوصاف إنما هي أمارات على العقد المنبرم، والأمارات على الشيء هي غير ذلك الشيء قطعاً، وإذا كانت العادة هكذا فلا يمكن أن يختلف في عدم اللزوم بتلك العوائد وعدم ترتب الآثار عليها، وأما إن جهلت عادة البلد بحيث أن تلك الأمور تقع بينهم كما وصف فإن سئلوا عن عاداتهم هل مرادهم العقد المبرم اللازم أو الوعد والإمارة؟ وأما الانبرام وإنما يقع ليلة البناء فلم يحرروا شيئاً من عاداتهم، فهذا هو محل الإشكال على ماذا يحمل هل على الانبرام أو الحل؟ ولعل هذا القسم هو محل الخلاف كما يأتي، فمن قال إنها تنزل منزلة العقد المبرم يقول: إن الأركان المذكورة في النكاح كلها حاصلة في الواقع بينهم بالمعنى، وإن ذلك أقوى في الدلالة على الإيجاب والقبول، لأن الدلالة الفعلية أقوى من الدلالة القولية، ومن قال إن الإشهاد على الصفة المذكورة متعبد به لا يقوم غيره مما يقع ويدل على معناه دلالة واضحة مقامه، ولا بدّ من الصفة المعهودة عليه يقول الأوصاف المذكورة غير العقد فلا يترتب عليها حكم، وعلى هذا يتنزل اختلاف فتاوى الشيوخ. فأفتى جماعة بلزوم النكاح منهم السيد الشريف المزدغري، قال في المعيار: وسئل عن يتيمة عقد عليها أخوها النكاح بغير وكالة منها له غير أن الناس حضروا وطلبوه وأعطاهم وأكلوا طعاماً في الوقت وقامت الولاول وذلك منذ عامين ولم يسمعوا من البنت المذكورة إنكاراً ولا قبولاً إلى الآن، وقبله بمدة أنكرت ذلك وقالت: لم أوافق فقال لها زوجها الذي أراد تزويجها: أرسلت إليك الحناء والصابون والفاكهة في الحاجوز والأعياد على عادة الناس حين يتزوجون ويكون ذلك في الأملاك، وهل إذا ثبت هذا وشهد عليها أنها كانت تعلم أن الحناء من عنده وكذا الفاكهة يكون سكوتها رضا منها بالزواج أم لا حتى يسمع منها الإشهاد بالوكالة والرضا بالمهر ونقده وكالته، فبينوا لنا ذلك كله بياناً شافياً مشكورين

في النكاح عن الإشهاد كما في ابن الناظم، ولما ذكر ابن الناظم كلام ابن سراج الذي تمادى على فتواه بالفسخ حيث لا صيغة قال ما نصّه: ولا يظهر أن مثل تلك الأنكحة حال عن الصيغة وجه الخ وهو ظاهر في أن ما خلا من الصيغة غير صحيح وهو مطلوبنا لأن الصيغة ركن ولم توجد، وإذا لم توجد فأبى شيء يفيد رضا المرأة، بل لو صرّحت بالقبول لم يصحّ لخلو المسألة من الإيجاب من الولي فافهم، والذي يدان الله تعالى به هو نظر كلام الناس وقد جمعناه في هذين المحلين من شرحنا للمختصر لمن أراد الإنصاف والعثور على الحق، مع أن ما أفتى به الشريف هو منقول في المستخرجة، وذكره غير واحد كأبي الحسن وابن رشد وابن عرفة، ونقلنا ذلك كله في الشرح في المحل المذكور فقف عليه إن شئت، ووجه عدم ثبوته حيث لا عقد ظاهر لعدم الركن الذي هو الصيغة وهو الذي قاله ابن سراج واستدل على الفتوى به، وقد ذكره الشيخ ميارة عند قول المتن: فالصيغة النطق الخ، وانظر عند قول التحفة: والسبق للمالك الخ في ترتيب الأولياء عند ابن الناظم.

مأجورين. فأجاب: الجواب والله يهدي إلى الحق والموفق للصواب عما ذكر أعلاه أن البنت المذكورة إن أكلت من تلك الفاكهة وغسلت بذلك الصابون أو صبغت بتلك الحناء وصدقت طول المدة المذكورة فذلك كله يدل على قبولها النكاح، مع أن تهنئة الناس لها مع سكوتها وتسميتها بامرأة فلان ولم تنكر يكفي في ذلك كله فهي بما ذكر زوجته والله الموفق، وكتب محبكم محمد بن أحمد الحسني لطف الله به اهـ. وأفتى جماعة بعدم اللزوم منهم الإمام أبو العباس البقني. قال في المعيار: وسئل أبو العباس سيدي أحمد البقني رحمه الله عن رجل خطب بنتاً يتيمة من أخيها واتفقوا على التزويج بعدد معلوم وحوائح معتبرة وحضروا بمجلس واحد وعمل لها طعام وأكلوا دون أن تقع بينهم شهادة وأعطائها أيضاً العصفه وألقته في رأسها وعمل لها طعام أيضاً ومشى الرجل مع الفرسان في حين السفر للغزو في الأيام الماضية ومضى كيف قضى عليه وقيل إنه أسر وقام الآن أهل البنت يريدون تزويجها لغيره فما الحكم في ذلك بواجب الشرع فهل يحل العقد عليها لغيره أم لا؟ فأجاب بعد الصدر تأملت مكتوبكم والذي يكون عليه عملكم في المسألة أن لا نكاح بينهما وبذلك جرت عادة المفتين في هذه المسألة وأنه إذا لم يقع إسهاد فلا نكاح بوجه ولا توارث ولا عدة، وذلك كله إنما هو منوط بالإسهاد فإذا لم يكن إسهاد فلا نكاح، وقد كان شيخنا سيدي إبراهيم بن فتوح يستشكل هذه المسألة ولا سيما إذا عظم التراكن فيها مثل هذه المسألة فهذا ما عندي في هذه المسألة والسلام على سيدنا ورحمة الله وبركاته، من كاتبه أحمد البقني وفقه الله اهـ. بلفظه. فقله رحمه الله: وبهذا جرت عادة المفتين في هذه المسألة هو كذلك كما تقدم عن ابن سراج والسرقسطي. وأما قوله: إذا لم يقع إسهاد فلا نكاح فليُنظر مع قولهم إن الإسهاد مستحب عند العقد شرط في الدخول فقط، والمفتون بما ذكر لم يعللوا ذلك بترك الإسهاد، وإنما عللوه بفقد الصيغة فتأمل ذلك اهـ. ويأتي ذلك في شرح البيت بعد هذا، وهذا ما أمكن جلبه في هذا المحل، ومن أراد تتبع المسألة وأجوبتها وما قيل فيها فليراجع التأليف المذكور المسمى بالمسألة الإمليسية في الأنكحة المنعقدة على عادة البلد الإغريسية لسيدي إبراهيم الجلالي رحمه الله ونفع به، وهو تأليف عجيب في نحو خمس عشرة ورقة في القالب الكبير. قال مقيد هذا الشرح سمح الله له: وقد سئل شيخنا الإمام العالم الحافظ أبو العباس سيدي أحمد المقرئ التلمساني ثم الفاسي عن هذه النازلة وبما ذكر في السؤال أن الزوج فعل عادة أهله من تحنئة يديه وجاء العيد فبعث للزوجة كبشاً وكان عازماً على البناء والعرس فاخترته المنية. فأجاب بما نصه: إن هذه النازلة اختلفت فيها آراء الأئمة وفتاويهم، فالذي أفتى به الشريف المزدغي أن مثل هذا النكاح صحيح في أحكامه ثابتة، والذي أفتى به الشيخ البقني أنه لا بدّ من الإسهاد، ولا تكفي عنه الهدية والتهنئة والحناء ونحوها قائلاً: إنه الذي أفتى به الأشياخ، وإن استشكله الإمام ابن فتوح قائلاً: إن مثل ذلك يكفي في انعقاد النكاح والله أعلم. وكتب أحمد بن محمد المقرئ اهـ. والظاهر ما أفتى به الشريف من لزوم النكاح وترتب أحكامه وهو الموافق لقولهم: من زوج ابنه البالغ أو أجنبياً فقد نقل في التوضيح عن صاحب النكت واللحمة أنه إن طال سكوته بعد عقد

النكاح، زاد اللخمي: وقبل التهنة على جري العادة لزمه النكاح، قال اللخمي: ويغرم نصف الصداق ولا يمكن منها لإقراره أنها غير زوجته. قال صاحب النكت: وعرضته على بعض شيوخنا فصوبه اهـ. وإلى اللزوم في هذه النازلة وما أشبهها أشار الشيخ خليل بقوله: وإن طال كثيراً لزم.

فَالصَّيْغَةُ السُّطُقُ بِمَا كَانَكْحًا مِنْ مُقْتَضِرٍ تَأْبِدًا مُسْتَوْضِحًا

لما عدّ الأركان جملة وألحق بها ما هو شرط في الدخول لا في صحة العقد رجع إلى الكلام على تلك الأركان تفصيلاً فأخبر أن الصيغة التي هي أحد الأركان الخمسة هي التلفظ بأنكحت وزوجت ونحوهما مما يقتضي تملك عصمة وليته على التأبيد لناكحها، وأدخل الكاف على أنكحا إشارة إلى عدم قصرها على صيغة مخصوصة. قال القاضي عبد الوهاب: ينعقد بكل لفظ دال على التملك أبداً كالبيع. وقال ابن الحاجب: الصيغة من الولي لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة، كأنكحت وزوجت وملكت وبعثت، وكذلك وهبت بتسمية الصداق، ومن الزوج ما يدل على القبول. وقال المقرئ في كلياته الفقهية: كل عقد فالمعتبر في انعقاده ما يدل على معناه لا صيغة مخصوصة، ويختلف في المحتمل حيث يقع النكول. قال الشارح: لم تزل الفتيا صادرة عن شيخنا أبي القاسم بن سراج أبقى الله بركته بعدم التوارث مهما مات أحد الزوجين في الأنكحة المنعقدة في الجهة الشرقية التي يتأخر فيها الكتب والإشهاد للدخول، ويقدمون فيها ديناراً واحداً من الصداق ويسمونه الموزون، ويعتدل لقوله بعدم الميراث فيه بأنه فات فيه الصيغة، وما زال الأصحاب يراجعونه في ذلك بالبحث وهو على أوله في فتياه بذلك، وإذا روجع قول المقرئ المنقول آخراً وقول عبد الوهاب المنقول أولاً يظهر أن تلك الأنكحة غير خالية من الصيغة بوجه اهـ.

وَرُبْعُ دِينَارٍ أَقْلُ الْمُضَدَّقِ وَلَيْسَ لِلأَكْثَرِ حَدٌّ مَا ارْتَقَى
أَوْ مَا بِهِ قَوْمٌ أَوْ دَرَاهِمُ ثَلَاثَةٌ فَهِيَ لَهُ تُقَاوِمُ
وَقَدْرُهَا بِالدَّرْهِمِ السَّبْعِينَ نَحْوُ مِنَ العِشْرِينَ فِي التَّبْيِينِ
وَيُنَبِّغِي فِي ذَاكَ الاخْتِيَاظُ بِخَمْسَةِ بِقَدْرِهَا تُنَاظُ

تكلم في هذه الأبيات على بعض ما يتعلق بالصداق أحد الأركان المذكورة وقد اشتملت على مسألتين: الأولى: بيان قدر الصداق كم هو باعتبار أقله وأكثره من الدنانير والدراهم والعروض، فأخبر أن أقله ربع دينار شرعي من الذهب، أو ثلاثة دراهم أيضاً شرعية من الفضة، أو ما يساوي ربع دينار، يعني أو ما يساوي ثلاثة دراهم أيضاً من العروض، وأما أكثره فلا حد له لقوله تعالى: ﴿وَأْتَيْتُمُ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا﴾ [النساء: ٢٠] وعلى هذا نبّه بالبيتين الأولين. الثانية: بيان كم في ثلاثة دراهم شرعية من الدراهم الجارية إذ ذلك في البلاد الأندلسية، فأخبر أن العشرين منها أو نحوها هو قدر الثلاثة الدراهم الشرعية، ومع ذلك فينبغي الاحتياط بزيادة خمسة دراهم على العشرين ليتحقق ويتيقن قدر

الثلاثة دراهم خوف أن يكون في العشرين نقص أو غش فينقص الصداق عن أقله شرعياً فيزول ذلك الخوف بتلك الزيادة، فقوله: أو ما به قوم أي بربع دينار وهو عطف على ربع، وقوله: أو دراهم عطف على ما، وثلاثة نعت لدراهم وضمير فهي للثلاثة وضمير له لربع دينار، ومعنى تقاومه أي تعادله وتساويه في كونها أقل الصداق، وضمير قدرها للثلاثة دراهم وهو مبتدأ خبره نحو. والإشارة بذلك للصداق الذي بتلك الدراهم دل عليه السياق وبخمس يتعلّق بالاحتياط على حذف مضاف أي بزيادة خمسة على العشرين وبقدرها يتعلّق بتناط والضمير في بقدرها للثلاثة دراهم ونائب تناط للخمسة والعشرين. قال في النوادر: ومن كتاب ابن المواز: وأقل الصداق من الذهب ربع دينار، ومن الورق ثلاثة دراهم، ومن العروض (ما قيمته ثلاثة دراهم) ومن المقرب: قلت له: رأيت من تزوج بعرض قيمته أقل من ثلاثة دراهم أو تزوج من درهمين؟ فقال لا أرى لأحد أن يتزوج بأقل من ربع دينار، (فإن فعل كان النكاح جائزاً)، ويقال للزوج أكمل لها ربع دينار فإن رضي وإلا فسخ النكاح إن لم يكن دخل بها، فإن دخل بها أكمل لها ربع دينار أه. وقال غير واحد: تقدير الصداق بما ذكر هو مقيس على أقل ما تقطع فيه اليد في السرقة عند مالك. ابن عرفة: وأقله المشهور ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما قيمته أحدهما، وقيل: أو ما قيمته ثلاثة دراهم فقط. قال الشارح: فتخصيص الشيخ تقويم العرض بربع دينار يدل على اعتماده القول الأول إذ لا قائل بالاقتصار على تقويم العرض بربع دينار، وإنما هما قولان: تعميم التقويم بربع دينار وبالثلاثة دراهم، وتخصيص التقويم بالدراهم. قال الشارح ما معناه: أنّ بعضهم سئل عن تحقيق نصاب الزكاة بتحقيق درهمنا السبعيني من الدرهم الشرعي فأجاب وقال: يتحصل منه أن الدرهم الشرعي فيه من دراهمنا ستة دراهم وثلثة أعشار الدرهم أه. ولا شك أنك إذا ضربت ستة وثلثة أعشار في ثلاثة كان

قوله: (ما قيمته ثلاثة دراهم الخ) أي أو ما قيمته ربع دينار كما في المختصر، وغيره، ويأتي في كلام هذا الشارح. قوله: (فإن فعل كان النكاح جائزاً الخ) هذا نقل يقتضي أن نكاح الدرهمين جائز لا فاسد، ولكن المذهب خلافه وأن نكاح الدرهمين فاسد، ولذلك قال في المختصر: وفسد إن نقص عن ربع دينار أو ثلاثة دراهم خالصة أو مقوم بهما وأتمه إن دخل وإلا فإن لم يتمه فسخ أه. ويبتأ أنه فاسد في شرح هذا المحل بما فيه كفاية، والفساد يقتضي التحريم كما لا يخفى بخلاف العكس، ومن اعترض كلام المتن لتعبيره بالفساد فهو المخطئ، قف على ذلك يظهر لك ما ذكرناه عياناً، وما في نقل هذا الشارح صحيح من جهة نقله ولكن يحمل قوله: فإن فعل كان النكاح جائزاً أي ماضياً لأنه مباح الدخول عليه وإلا فهو خلاف المذهب، ويدل لما تأولنا قوله قبله: لا أرى لأحد أن يتزوج بأقل الخ، وكان من حق هذا الشارح أن يبين هذا مع كونه اقتصر على هذا النقل، ولكن تبع ابن الناظم في اقتصاره على ما ذكر، وإنما كان الزوج مخيراً في التماهي على النكاح رعاية لمن يقول: نكاح الدرهمين جائز ابتداء، ولأجل ما ذكرناه من فساد هذا العقد قال المتيطي عاداً للمفسد ما نصّه: فأما الفساد من قبل الصداق فمثل أن يشترط نفيه أو قصوره عن ربع دينار الخ وهذا منه بلفظه، وهكذا كلام غيره مما يكسر جلّه.

الخارج ثمانية عشر وتسعة أعشار، فلذلك قال الناظم: إن قدر ذلك بتلك الدراهم عشرون درهماً بتقريب.

وَمِنْهُ مَا سُمِّيَ أَوْ مَا فُوضَا فِيهِ وَحَثْمًا لِلدُّخُولِ فُرْصًا

يعني أن النكاح يكون على وجهين: نكاح تسمية وهو أن يسمى الصداق في العقد كما يسمى الثمن في البيع إلا أنه يجوز فيه من المكارمة وعدم الاستقصاء ما لا يجوز في الثمن. الوجه الثاني: نكاح التفويض وهو كما قال ابن عرفة ما عقد دون تسمية مهر ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم أحد، وأخرج بالقيد الأخير نكاح التحكيم.

(قال الرصاص: يرد عليه) ما إذا جرت عادة بمهر في عرف ووقع العقد ولم تقع

قوله: (قال الرصاص يرد عليه الخ) هذا قد لا يرد على حد ابن عرفة لأنه في حكم التسمية، وعليه فلا يدخل في قوله دون تسمية لأن التسمية فيه في حكم الوجود لأنه مدخول عليه لجري عرف أهل الزوج والزوجة، مع أن نقل هذا الشارح فيه تبر ونص ما في المعيار: سئل أي المازري عن أنكحة البادية والعادة أنهم لا يسمون صدقاتهم ولا يشهدون عليها وقت العقد لكن عند الابتداء، والعادة أن الصداق عندهم معروف مقرر لا يزداد فيه لجمال ونحوه، ولا ينقص منه لقبح ونحوه، فهل حكمه حكم نكاح التفويض يسقط بالموت ويوجب الميراث ويسقط بالطلاق قبل البناء؟ فأجاب: إن كانت العادة بأنهما ما سكتا عن التسمية إلا للعلم بها وتفاهمهما أن كل واحد منهما عقد عليها والتزم النكاح فليس بتفويض وهو نكاح سمي صداقه وإن سكتا عن التسمية، والزوج غير ملتزم لها بل فوض الصداق إليه أو إليها فيفوض صداق المثل وهو المحدود الذي أشرت إليه، فهذا حكمه حكم التفويض في الصداق والميراث في الموت والطلاق الخ. انظر تمامه في شرحنا صدر نكاح التفويض، وبه تعرف أن حد ابن عرفة لا يرد عليه هذا كما أشرنا إليه وتعرف ما في نقل هذا الشارح من الإجمال، وكلام المعيار هو كذلك في البرزلي. ونقل الرصاص أن قول اللخمي خلاف ما قاله المازري وأن هذا نكاح تفويض، وعلى كلام الرصاص اقتصر هذا الشارح. تحرير قول ابن عرفة في حد التفويض دون تسمية مهر ولا إسقاطه الخ ظاهره أن الساقط هو التسمية فقط لا الصداق نفسه لأنه لم يقل دون مهر، وهو الذي يدل عليه كلام الناس في الرسالة، ونكاح التفويض جائز أن يعقدها ولا يذكران صداقاً الخ. وعبارة الباجي وصفته أن يصرح بالتفويض أو يسكت عن المهر الخ. وعبارة ابن شاس ونعني بالتفويض إخلاء عقد النكاح من تسمية المهر أو التصريح بالتفويض. وعبارة ابن الحاجب كهذه غير أنه قال هو إخلاء العقد من تسمية المهر، فإن صرح بإسقاطه فسد الخ. وكلام الناس طويل في هذا. فظاهر كلامهم أن الذي خلا عنه التفويض هو ذكر الصداق لا نفس الصداق، ولذلك إذا تعرض لإسقاطه فسد، وهو الذي أشار إليه في المختصر في فصل الصداق عاطفاً على ما يفسد ما نصه أو بإسقاطه، ولذلك قال في التوضيح صدر فصل الصداق ما نصه: وعلى هذا فالصداق موجود في نكاح التفويض وإنما المعدوم تسميته الخ. وهو منتصر لابن عبد السلام في هذا، ومما يدل على هذا قول من يقول: إن الصداق يجب فيه بالموت، واستدلال ابن عرفة على ضد هذا غير ظاهر، وبيننا ذلك صدر فصل الصداق غاية وتظهر الثمرة في قول عيسى كما في التوضيح ونصه عنه: إذا زوج الأب الصغير ولا مال له نكاح تفويض ولم يفرض لها حتى بلغ فالصداق في مال الأب حياً وميتاً

تسمية فيلزم أن يكون ذلك من التفويض، ونقل عن ذلك اللخمي، ونقل المازري أن حكمه حكم التسمية اهـ. وفي الرسالة: ونكاح التفويض جائز أن يعقده ولا يذكران صداقاً ويتحتم فرض الصداق بالدخول فلا يدخل إلا بعد فرضه، وتقديره على هذا نبه بقوله: وحتماً للدخول فرضاً وفي الرسالة أثر ما تقدم ثم لا يدخل بها حتى يفرض لها. وفي المقرب: فإن تزوجها على عشرة من الإبل أو من البقر أو من الغنم كان لها وسط من الأسنان، وكذلك إن تزوجها على عبد بغير عينه ولم يصفه ولم يضرب له أجلاً فعليه عبد وسط حالاً وهو قول مالك، فإن سموا في السر مهراً وفي العلانية مهراً قال ذلك جائز عند مالك، ويؤخذ بمهر السر إن كانوا أشهدوا عليه عدولاً. وفي المقرب أيضاً: قلت: فمن تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً أيجوز ذلك؟ قال نعم وهو قول مالك، ويفرض لها صداق مثلها إن دخل بها قبل أن يفرض لها، وإن طلقها قبل أن يتراضيا على صداق فلا صداق لها ولها المتعة، وإن مات قبل أن يتراضيا فلا متعة لها ولا صداق ولها الميراث. وفيه: قلت: وأي شيء التفويض عند مالك؟ قال: أن يقول الرجل أنكحناك ولم يسموا الصداق. قلت له: فإن تزوج امرأة ولم يفرض لها وقال: لا أفرض إلا بعد البناء، فقال قال مالك: وليس له أن يبني بها حتى يفرض لها صداق مثلها إلا أن ترضى له بدون ذلك، فإن لم ترض له إلا بصداق مثلها لزمه ذلك إن أراد إمساكها اهـ. وفي الرسالة: إن دخل بها لزمه صداق المثل، وإن لم يدخل بها وفرض لها صداق مثلها لزمها، وإن فرض لها أقل فهي مخيرة. وفي مختصر الشيخ خليل: ومهر المثل ما يرغب به مثله فيها باعتبار دين وجمال وحسب ومال وبلد وأخت شقيقة أو لأب وعمة لا أم. ابن الحاجب: وفيها وينظر الرجل فقد يزوج فقير لقربته وأجنبي لماله فليس مهرهما سواء.

وكل ما يصح ملكاً يُمهرُ إلا إذا كان فيه عَرَرٌ

يعني أن كل ما يصح ملكه فإنه يصح أن يكون مهراً إلا إذا كان فيه غرر كالعبد الآبق والبعير الشارد والثمرة قبل بدو صلاحها ونحو ذلك ممّا لا يجوز بيعه، فكذلك لا يجوز كونه صداقاً، وقد يفهم من استثنائه ما فيه غرر أن ما شاركه في كونه لا يباع لا يجوز كونه صداقاً وإن لم يكن فيه غرر كالضحية وأم الولد والزيت النجس وجلد الميتة ونحو ذلك. (قال ابن زرقون) في المنهج السالك: ولا يجوز أن يكون صداقاً إلا ما يجوز ملكه وبيعه.

يريد لأن الصداق كان ثابتاً حين العقد على الأب وإنما تأخر تعيينه هذا لفظه. وقوله: حتى بلغ أي غنياً وإلا فلا معنى للبناء أصلاً، وهذا في غاية الوضوح لمن أنصف، وقد تحصل أن الصداق موجود في نكاح التفويض، فافهم هذه الفائدة فإنك لا تجدها هكذا، ولكن انظر صدر الصداق والتفويض في شرحنا يظهر لك صدق هذا من كلام الناس.

قوله (قال ابن زرقون الخ) هذا شرط مركب من الملك وجواز البيع، وفي المختصر عاطفياً على ما يفسد ما نصّه: أو بما لا يملك كخمر وحرّاً أو بإسقاطه أو كقصاص الخ. وفي الجواهر عاطفياً للمفسد ما نصّه الأول أن يكون ممّا لا يجوز بيعه لتحريم عينه أو لغرره كالخمر والخنزير وكالآبق والشارد. وفي ابن الحاجب مثله. وفي النهاية للميتطي: أو لكونه ممّا لا يجوز تملكه شرعاً أو فيه

وقال ابن عرفة: وشرطه كونه منتفعاً به للزوجة متمولاً اهـ. ويفهم كونه منتفعاً به متمولاً من تحديد أقل الصداق كما تقدم فإنه منتفع به متمول، ولا يؤخذ كونه متمولاً من قوله: وكل ما يصح ملكاً لأن الملك أعم فقد يكون مالاً وغير مال كعصمة الزوجة فإنها ملك للزوج وليست بمال.

والمَهْرُ وَالصَّدَاقُ مَا قَدْ أُصْدِقَا وفي الكِتَابِ بِالْمَجَازِ أُطْلِقَا

يعني أن العوض الذي يعطيه الزوج للزوجة ويصدقها إياه يسمى في العرف مهراً ويسمى صداقاً، وأما إطلاق الصداق على الكتاب أي المكتوب الذي فيه الشهادة على النكاح فإنما هو بطريق المجاز لا الحقيقة، قال الله تعالى: ﴿وَأَتَوْنَا نِسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤]. قال ابن سلمون: والصداق ما يبذله الزوج للزوجة في عقد النكاح وهو المهر أيضاً، وقد يسمى بعض الكتاب المكتوب التي تقع فيه الشهادة بالنكاح صداقاً وذلك تجوز، وإنما يسمى ذلك كتاب الصداق أو كتاب النكاح والصداق هو المبدول اهـ.

(تنبيه): المتبادر أن هذه المسألة من اللغة لا من الأحكام التي قصدت في النظم

غرر ونحو ذلك. وعبرة القاضي: أن يكون محرماً لا يصح أن يملك كالخمر الخ. وعبرة المفيد: كل ما جاز أن يكون متملكاً وأن يكون عوضاً أي هذا شرط الجواز وبضده يكون الفساد. وعبرة الجلاب: كل ما جاز بيعه جاز عقد النكاح به. وعبرة الرسالة: ولا بما لا يجوز بيعه. وقد تبين أن جلد الأضحية ونحوه لا يجوز أن يكون صداقاً وإن كان تملكها يصح، فالعبرة الحسنة هو ما لا يصح بيعه لا يصح النكاح به. وعبرة ابن زرقون حسنة غاية لأن ما لا يصح بيعه قد لا يملكه المتزوج، ولكن من تزوج بمغضوب فيه تفصيل وهو قول المتن: أو بمغضوب علماه لا أحدهما. فقول الجلاب حسن أيضاً وكذا من وافقه، ولكن انظر شرحنا في المذكورين وما تقدم من منع ما فيه غرر إنما هو الغرر الكثير كما هو مبين في المختصر وغيره صدر فصل الصداق، وقول التحفة: وكل ما يصلح ملكاً الخ ظاهر في كون الأضحية ونحوها تكون صداقاً وهو باطل، انظر نصوص الناس في ذلك الشرح، وولده لم يبحث في كلامها من هذه الحيثية، اللهم إلا أن يجاب بحمل الملك على أكمله وهو الذي يتصرف فيه بالبيع وغيره، وانظر صدر فصل القرض في شرحنا تطلع على أن المملوكات أقسام، وابن عرفة قال في الصداق: وشرطه كونه منتفعاً به للزوجة متمولاً الخ. وتوقف ابن الناظم في جلد الميتة وجلود السباع إذا ذكيت فيه نظر، فإن جلد الميتة لا يجوز بيعه لقول المتن: وشرط المعقود عليه طهارة، وعندنا الدبغ لا يطهر الجلد وهو قول المتن: وجلد ولو دبغ الخ مع أنه لم يذكر الدبغ في جلد الميتة، وكيف يقول في هذا لم أر فيه نصاً، وهذا أمر غير خليل مما يكثر عده، وأما جلود السباع إذا ذكيت فظاهرة بدليل جواز الصلاة وهو في غير ما كتاب فتباع، وكل ما يباع يمهر وما لا يباع لا يمهر، كما رأيت فيما تقدم هنا مع كونه كلام ابن زرقون، وقد قال في المختصر: الصداق كالثمن، والعجب من هذا الشارح كيف سكت عن ابن الناظم في هذا؟

قوله: (تنبيه الخ) هذا تبع فيه إشارة ابن الناظم ولكن الأمر في ذلك قريب فلا نطيل بالكلام

عليه.

إنما ذكرها لتأكد معرفتها لأهل التوثيق.

وَيُكْرَهُ النِّكَاحُ بِالمُؤَجَّلِ إِلَّا إِذَا مَا كَانَ مَعَ مُعَجَّلٍ
يعني أنه يكره أن يعقد النكاح ابتداء على صداق مؤجل أي كله بدليل قوله: إلا إذا ما كان مع معجل، أي إلا إذا كان المؤجل مع معجل، فإن دخلا على أن بعضه معجل وبعضه مؤجل فلا كراهة وهو قول ابن القاسم، وقال مالك بكراهته. ابن الحاجب: وكره مالك المؤجل وقال: إنما الصداق فيما مضى ناجز كله، فإن وقع شيء منه مؤخرأ فلا أحب طوله اهـ. وفي المقرب: قال سحنون قلت له: فمن تزوج امرأة بدنانير مسماة نقداً وبدنانير إلى سنة. فقال قال مالك: لا يعجبني هذا النكاح وليس هو نكاح من أدر كنا. (قال ابن القاسم: فإن وقع النكاح هكذا أجزته)، وكان للزوج إذا أتى بالمعجل أن يدخل

قوله: (قال ابن القاسم: فإن وقع النكاح هكذا أجزته الخ) أي أمضيته هذا هو الظاهر من الكلام. فلا دليل فيه واضح أن ابن القاسم يقول بالكراهة حيث يكون بعض الصداق نقداً وبعضه مؤجلاً، ومع ذلك فالراجح هو الكراهة مطلقاً، وهو الذي يدل عليه قول خليل: وفي منعه إلى قوله: والأجل أي مكروه، فظاهره تأجل الكل أو البعض. وقال ابن شاس: ولو شرط الأجل في الصداق فقال عبد الملك: كان مالك وأصحابه يكرهون أن يكون شيء من الصداق مؤخرأ، وكان مالك يقول: إنما الصداق فيما مضى ناجز كله، فإن وقع شيء منه مؤخرأ فلا أحب أن يطول الأجل في ذلك الخ، وهذا منه بلفظه. واختصره ابن الحاجب فقال: وكره مالك المؤجل وقال: إنما الصداق فيما مضى ناجز كله الخ. فكتب عليه في التوضيح ما نصه: ظاهر كلام مالك كراهة الأجل مطلقاً، وقد صرح في المدونة بكراهة الأجل في بعض الصداق ولو إلى سنة، ووجهه ما ذكر من مخالفة أنكحة الماضين اهـ. بلفظه. وقوله: ظاهر الخ فيه نظر ظاهر بدليل الصراحة في كلام الإمام على حساب ما نقله عنه الناس كما تراه هنا بعينيك وابن عرفة قال: ويطلب كون المهر نقداً لا مؤجل فيه الخ. ونص المقرب قال سحنون: قلت له فمن تزوج امرأة بدنانير مسماة نقداً وبدنانير إلى سنة فقال: قال مالك لا يعجبني هذا النكاح الخ. وفي النهاية للمتيطي: فإذا وقع النكاح بصداق إلى أجل جاز إن كان الأجل معلوماً قرب أو بعد، قال في المدونة: ما لم يتفاحش بعد ذلك، قال ابن لبابة في وثائقه: كان بعض أصحاب سحنون يقول عنه إن مالكاً كره أن يكون الكالء بعيداً جداً، أو قريباً جداً وأجاز التوسط من ذلك. قال ابن وضاح الخ ثم قال: وكره مالك في المدونة الأجل في بعض الصداق وإن كان إلى سنة، وأجازه ابن القاسم ابتداء إلى أربع، وأجازه ابن وهب إلى خمس، وأجازه أشهب إلى اثنتي عشرة سنة وبه زوج ابنته الخ. وكان هذا الكلام الذي في النهاية ليس هو ممّا نحن فيه وإنما هو من جهة أخرى كم يحوز من أمد الكالء إذا وقع ونزل وهو قول المختصر عاطفاً على ما يفسد النكاح ما نصه: أو زاد على خمسين سنة الخ وهو مضمون البيتين بعيداً هذا من التحفة، وانظر الشرح هنا يظهر لك ذلك، وقد تبين أن كراهة الأجل موجودة في الكل والبعض وهذا هو الراجح بدليل تأمل ما كتبناه، وبه يظهر أن ما مرّ عليه في التحفة مرجوح ولذلك قال في الشامل: وكره مؤجل ولو بعضه، وقيل يجوز ما لم يطل الخ، فحكى ما في التحفة بقيل وذلك هو الحق إن شاء الله تعالى، ويكفي في ترجيحه على مقابله كونه قول الإمام في المدونة ونقل ما في التحفة عن ابن القاسم فيه ما لا يخفك بدليل كلام الناس وقد رأيت، مع أن ابن رشد قال في المقدمات:

عليها ويكون المؤجل إلى أجل.

وَأَمَدُ الْكَوَالِيءِ الْمُعَيَّنَةِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ لِعِشْرِينَ سَنَةً
بِحَسَبِ الْمَهْوَرِ فِي الْمَقْدَارِ وَنَسَبَةِ الْأَزْوَاجِ وَالْأَقْدَارِ

يعني أنه يجوز في أجل الكالء أي المؤخر من الصداق أن يكون من ستة أشهر من يوم العقد إلى عشرين سنة وذلك بحسب ثلاثة أمور: كثرة المهر وقلته وعلى ذلك نبه بقوله: بحسب المهور في المقدار، وبحسب صغر الزوجين وكبرهما وعلى ذلك نبه بقوله: ونسبة الأزواج، ولو قال: وسني الأزواج والأقدار لكان أبين، وبحسب ضعة الأقدار وارتفاعها وعلى ذلك نبه بقوله: والأقدار. وفي الوثائق المجموعة: قال محمد بن عبدالله: قال ابن وهب رأيت في الكالء العشرون سنة فما دون ذلك وما زاد على ذلك فهو مفسوخ. وقال ابن القاسم: وأنا معك على هذا، فأقام ابن وهب على رأيه ورجع ابن القاسم فقال: لا أفسخه إلى العشرين ولا إلى الثلاثين ولا إلى الأربعين وأفسخه فيما هو فوق ذلك. ولأصبع في العتبية يجوز في العشرين فأقل وهو ظاهر قول ابن القاسم في الموازنة. (وفي المتيطة): وقال ابن لبابة في وثائقه: إن كان الزوج صغيراً والزوجة صغيرة والبناء يتأخر قيد في أجل الكالء إلى عشرين سنة ونحوها، وفيها أيضاً: وإنما ذلك على ما تراضى عليه الأزواج والزوجات وعلى الأقدار والحالات.

فصل في الأولياء وما يترتب على الولاية

قوله «في الأولياء» على حذف مضاف أي في أحكام الأولياء يعني من تعيين من له الولاية ومن لا ولاية له ومن ترتيبهم، ومن له الجبر منهم ومن لا جبر له، ومن ذكر شروط الولي، والذي يترتب على الولاية كتوكيل المالكة والوصية من يعقد نكاح أمتها أو محجورتها، والمراد بالولي إذا أطلق ولي المرأة وهو المقصود هنا، وكذا ولي الزوج إذا كان رقيقاً أو محجوراً كما يأتي، والأولياء جمع ولي وهو كما قال ابن عرفة: الولي من له

ويستحب في النكاح الهضمية في الصداق وأن لا يكون فيه الأجل، وقد أخذ الباجي كراهة الأجل من حديث: «التمس ولو خاتماً من حديد» لأنه لو كان الأجل في الصداق لزوجه المصطفى ﷺ بمؤخر، ونحوه في ابن عرفة، ولأن الأجل ذريعة للإسقاط الخ وكان هذا في الأجل من أصله، وفي ابن سلمون تأجيل الصداق مكروه الخ فظاهاه الإطلاق. قوله: (وفي المتيطة الخ) ما حكاه عن ابن لبابة ربما يكون مخالفاً لقول ابن القاسم، ففي ابن عرفة ما نصّه ابن رشد ظاهر سماع أصبغ ابن القاسم عدم اعتبار ما بقي من عمر الزوج والمشتري بالتعمير وهو قول أشهب الخ. فما في التحفة مخالف لهذا، وصاحب المختصر قال: أو زاد على خمسين سنة أي يفسد النكاح بذلك ولم يقيد، وانظر هنا كلام الناس في الشرح وتأمله يظهر لك الحق في المسألة إن شاء الله.

فصل في الأولياء وما يترتب على الولاية

قوله: (فلا يشترط إسلامه الخ) الأولى أن يقول هو وليها كما لا يخفى، انظره عند قول المتن:

على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام، فقوله على المرأة يشمل الحرة والأمة، وقوله أو تعصيب كالأخ شقيقاً أو لأب وكذا العم، وقوله أو إيصاء أي من أسند إليه الإيصاء أي كان له أن يوصي أب أو وصي، وقوله أو سلطنة يعني من تقرر عليها نظر من السلطان وهو القاضي، وقوله أو ذو إسلام هو معطوف على قوله من له على المرأة وهو أعم الولايات.

وَعَاقِدٌ يَكُونُ حُرّاً ذَكَرًا مَكْلَفًا وَالْقُرْبُ فِيهِ اغْتِبَرًا

تقدم أن الولي أحد أركان النكاح، وذكر هنا أن الولي الذي يعقد النكاح على وليته يشترط فيه شروط وهي: الحرية والذكورية والتكليف، ويندرج فيه العقل والبلوغ، والقرب من المرأة المعقود عليها النكاح بحيث لا يكون ثم من هو أحق بعقد نكاحها منه لثلا يكون من إنكاح الولي الأبعد مع وجود الأقرب منه وذلك لا يجوز وفيه تفصيل. قال في التوضيح: للولي ثمانية شروط ستة متفق عليها واثان مختلف فيهما، فالسنة المتفق عليها أن يكون حرّاً بالغاً عاقلاً ذكراً حلالاً مسلماً أعني إذا كانت وليته مسلمة فإن كانت غير مسلمة (فلا يشترط إسلامه) لأن الكافر يجوز له أن يعقد نكاح وليته الكافرة لمسلم، والاثان المختلف فيهما أن يكون رشيداً عدلاً، وتكلم ابن الحاجب عليها كلها ومراده بالرقيق القن ومن فيه سائبة حرية اهـ. (وقد زاد ابن الحاجب) على الناظم كونه حلالاً مسلماً رشيداً عدلاً، وانفرد الناظم باشتراط قربه من المرأة كما تقدم. قال مقيده عفا الله عنه: وقد كنت جمعت الشروط المذكورة في التوضيح في بيتين وهما:

شرط الولي عقد ذكورة حلال ومسلم حر بلوغ والكمال
في الرشد قل ثم عدالة ترى وفيهما خلف وإلا لا امترا
ثم ذيلتهما بما زاد ابن الحاجب فقلت:

وكونه أقرب خوف عقد من بعد مع وجود أقرب قمن

وهذا الشرط مما يتعلق بقولهم في حق الولي: من له على المرأة تعصيب. فرع: اختلف في ولاية النكاح هل هي حق للمرأة فلا يعقد عليها الولي إلا بتفويض منها له على ذلك ما عدا الأب وهو قول ابن القاسم، أو هي حق الولي فله العقد عليها من غير تفويضها وهو لابن حبيب حكاها في التوضيح. فرع: قال في المقرب: قلت له: رأيت إن اختلف الأولياء في عقد النكاح؟ فقال قال مالك: إن كانوا في العقد سواء نظر السلطان في ذلك، وإن كان بعضهم أعدل من بعض فالأعدل أولى.

وَالسَّبِقُ لِلْمَالِكِ فَابِنِ فَابٍ فالأخ فابننه فجدد النَّسَبِ

فالأقربين بغد بالترتيب بحسب الذنوّ في التّعصيب

لما ذكر شروط الولي ذكر هنا ترتيبهم إن تعددوا، فأخبر أن المالك أي السيد مقدم

على سائر الأولياء، ثم يليه الابن ثم ابنه وإن بعد، ثم الأب ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم الجد أبو الأب ولهذا قال فجد النسب، واحترز به من الجد للأب فإنه لا ولاية له إلا إذا كان من العصابة، ثم بعد الجد العم ثم ابنه ولذلك قال: فالأقربين بعد البيت، ومن في درجة واحدة كالأخوين والعمين وأبنائهم يقدم الشقيق منهم على الذي للأب ونحوه قول الشيخ خليل: وقدم ابن فابنه الخ. تنبيهان (الأول: إنما يقدم الابن على الأب) إذا لم يكن الأب جدد عليها الحجر في وقت يجوز له ذلك فإن فعل فالأب مقدم على الابن كما أن الوصي مقدم على الابن. الثاني: بقي على المؤلف من الأولياء المولى الأعلى أي المعتقد بكسر التاء، وفي كون الأسفل ولياً قولان وهو المعتقد بفتحها ثم بعده الكافل ثم القاضي ثم ولاية الإسلام فتوكل رجلاً من المسلمين بعقد نكاحها، وفي هذه المسائل تفصيل وذلك إذا تعدى على الولي فزوج المرأة غير من له تزويجها، فإما أن يتعدى عليه أجنبي أو ولي أبعد منه، والولي الذي تعدى عليه إما مجبر أو غير مجبر، انظر التوضيح، وفي ولاية الكافل فروع فمن أراد ذلك (فعليه بالمطولات) وقد أطال الشارح هنا بجواب سؤال سئل عنه الأستاذ أبو سعيد بن لب (وهو أن صبية زوجها خالها) مع وجود عم شقيق لها وعلم بالنكاح وفهم منه الرضا به ولم يعقده هو ولا وكل على عقده والصبية ذنية وبنى بها زوجها وأقام معها نحو أربعة أشهر ثم طلقها ثم أراد مراجعتها عند القاضي فرأى أن النكاح مفسوخ فرد المرأة إلى صداق مثلها وألغى الطلاق الواقع ولم يعتد به. فأجاب بأن هذا النكاح عقده ولي عام مع وجود ولي خاص، قال: ولا اعتبار برضا العم إذا لم يتول العقد ولا قدم من يتولاه، ذكر ذلك ابن الحاج في نوازله في نكاح عقد الخال مع حضور الأخ الشقيق ورضاه دون تقديم منه فقال: ليس حضور الأخ عقد النكاح ورضاه بعقد الخال بشيء وحضوره كغيبته إذا لم يتول العقد ولم يقدم، وإنما يراد أن يتولى العقد أو يقدم غيره، وأما إن تولى غيره بغير استخلافه فلا، وإن كان هو حاضراً فهو كعدمه، ثم ذكر أنها إذا كانت قد بلغت واستؤمرت ففي المسألة ستة أقوال في المذهب الخيار للولي في

رق الخ. ثم قال: وعقد السفية ذو الرأي بإذن وليه. قوله: (الأول إنما يقدم الابن على الأب الخ) هذا في الوثائق المجموعة كما في ابن الناظم وابن عات، وذكر هذا الأخير الحطاب، والمواق أشار لذلك قبل الحطاب، ويظهر هذا من قولهم: الوصي يتقدم على الولي من النسب، ومن هناك تعرف صحة هذا القول فانظر البيت بعد هذا وهو قول الناظم:

وللوصي العقد قبل الأوليا وقيل بعدهم وما إن رضيا

فإنه صريح في هذا القيد، فإن الوصي إنما يكون على المحجورة، إذ الكلام في ذات الابن، وإذا قدم الوصي فالأب أحرى بالتقديم على غيره ومن جملة الابن فافهم، فإن هذا القيد لم يبق على الناظم، وقد قال في المختصر: وجبر المجنونة والبكر ولو عانساً أي الأب، أي ولا كلام للابن فيها وهو مشعر بتقديم من ذكرنا في النازلة فافهم. قوله: (فعليه بالمطولات) كلام خليل وشرحه كاف في هذه المسائل. قوله: (وهو أن صبية زوجها خالها الخ) انظر ما قدمناه في المسألة الإمليسية قبل نكاح التفويض.

إمضاء النكاح أو فسخه بحسب ما يراه لوليته إلا أن يطول وتلد الأولاد فيمضي والنكاح ماض بالعقد، يفسخ وإن أجازته. الولي الدخول فوت، يفسخ أبداً وإن تطاول وولدت الأولاد، والتفرقة بين الدنية فيصح وينظر في ذات القدر، واختار الشيخ أبو الحسن اللخمي أنه نكاح صحيح انعقد بولاية صحيحة لكن تعلق به حق لولي آخر قال: ومما يؤيد ذلك تفرقة مالك على المشهور من قوله: بين الدنية وغيرها، فثبت بهذا أن ذلك في ذات النسب من حق الولي لا من حق الله تعالى، فإن وضعت نفسها فيمن هو كفاء لها مضى نكاحها، وتقوى صحة النكاح في هذه النازلة بثلاثة أوجه، أحدها: أن المرأة دنية. والثاني: أن الخال قد قيل فيه إنه ولي من أولياء النسب، وكذلك الأخ للأُم ذكر أنها رواية لعلي بن زياد. والثالث: أن رضا الولي الأقرب وعلمه مما يسقط خياره على القول بأن له الخيار فلا يبقى له في النكاح مقال بعد أن علم به ورضيه، ذكره في الوثائق المجموعة وغيرها انظر تمام كلامه، ونقل في آخره عن عبد الملك بن حبيب أنه إذا كان الولي الأقرب حاضراً يعلم أن غيره عقد على وليته فلم يتكلم ولم يغير فإن ذلك يحمل منه على الرضا والتسليم وهو خلاف ما تقدم عن ابن الحاج. وفي مختصر الشيخ خليل: وصح بها في دنية مع خاص لم يجبر، فتعبيره بالصحة يؤذن بعدم جواز الإقدام عليه ابتداء وضمير بها في كلامه للولاية العامة.

(وَلِلْوَصِيِّ الْعَقْدُ قَبْلَ الْأَوْلِيَا وَقِيلَ بَعْدَهُمْ وَمَا إِنْ رُضِيَ
وَبَغْضٍ اسْتَحَبَّ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُسْنِدَ الْعَقْدَ إِلَى الْوَلِيِّ

يعني أن وصي الأب أولى بالعقد على محجورته من أوليائها وهو مقدم عليهم وقيل إنهم مقدمون عليه. قال الشارح، وهو قول ابن الماجشون: واستحب بعضهم وهو ابن السليم للوصي أن يسند العقد للولي حتى يخرج من هذا الخلاف وإليه أشار بالبيت الثاني. قال في الوثائق المجموعة: واختلف أهل العلم في إنكاح ذات الوصي من قبل الأب فقال مالك: إن الوصي أولى بإنكاحها من الأولياء فإن زوجها أحد الأولياء بغير إذن الوصي فسخه الوصي ما لم تطل وتلد الأولاد. وقال ابن الماجشون: الولي أحق من الوصي، وكان يحيى بن سعيد يرى على الوصي مشورة الولي، ولذلك كان ابن السليم قاضي قرطبة يتحرى الخروج من الخلاف فيأمر الوصي أن يقدم الولي للعقد اهـ. وفي المقرب أن وصي الوصي كالوصي وإن تعدد لثالث ورابع وأكثر، قال: وهذا كله إن بلغت المحيض، وأما إن لم تبلغ فلا يزوجه إلا الأب وحده. وقال ابن أبي زمنين: الوصي

وقول الناظم: (وللوصي العقد الخ) حاصل ما كتبه في الشرح على قول المتن: وجبر وصي إلى قوله: وهو في الثيب أن الرشيدة الثيب قول سحنون لا ولاية للوصي عليها، وقول أشهب وهو الذي قال فيه ابن حبيب هو قول مالك وأصحابه المصريين والمدنيين أن الوصي أولى من الأولياء فيها، وقول أصبغ وهو مذهب الكتاب كلاهما ولي أي الوصي والولي الخ، وبه تفهم ترجيح القول بتقديم الوصي في المحجورة التي لم تخرج إلى الرشد، ولكن نقلنا كلاماً كثيراً في المسألة.

الذي لا يزوج الصغيرة قبل بلوغها ولا البالغ إلا بأمرها هو الوصي الذي لم يأمره الأب بالتزويج، وأما إن قال له زوج ابنتي قبل بلوغها أو بعده فيجوز للوصي تنفيذ ما أمره به الأب، فلذلك يقص الموثقون في عقود الإيضاء أنه جعل له إنكاح الأنثى قبل البلوغ وبعده جبراً من غير كشف ولا استثمار اهـ.

وَالْمَرْأَةُ الْوَصِيَّةُ لَيْسَتْ تَعْقِدُ إِلَّا بِتَقْدِيمِ امْرِئٍ يُفْتَمَدُ

إذا كانت المرأة وصياً أي على أنثى فلا يجوز لها أن تباشر عقد نكاحها لأن من شرط الولي الذكورة، وإنما تقدم رجلاً يلي العقد على المحجورة المذكورة، وذكر المسألة في سياق الولي الذي من جهة المرأة يدل على أن المراد هنا بالوصي على أنثى (وأما الوصي على ذكر) فتعقد له كما يأتي في قوله:

وَالْعَبْدُ وَالْمَرْأَةُ حَيْثُ وَصِيَا وَعَقِدَا عَلَى صَبِيٍّ أَمْضِيَا

ففي المقرب: قلت له: أيجوز للمرأة أن تعقد النكاح على ابنتها؟ فقال قال مالك: لا تعقد المرأة النكاح على ابنتها ولا على أحد من النساء إلا أن تكون وصياً فيجوز لها أن تستخلف من يزوجها وإن استخلفت أجنبياً جاز. (وإن كان أولياء الابنة حضور). قال ابن يونس: ولما كانت المرأة لا تعقد على نفسها كان عقدها على امرأة غيرها أحرى أن لا يجوز فقد قال رسول الله ﷺ: «لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها» ويلحق بالمرأة الوصي المرأة المالكة تريد تزويج أمتها. (والكافلة في مكفولتها) والمعتقة بكسر التاء في

وقوله: (وأما الوصي على ذكر الخ) هذا هو المشهور، وقال ابن رشد في الفرق بين الأمرين ما نصه: إن الولي المعتبر في صحة النكاح إنما هو الولي الذي من قبل المرأة لقول عمر رضي الله تعالى عنه: لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها، فإذا زوجت المرأة أو العبد من إلى نظرها المذكور لم يقع النكاح إلا بولي، لأن الأولياء المعتبر بهم في صحة النكاح أولياء الزوجات لا أولياء الأزواج وهذا بين لا إشكال فيه الخ. وهذا منه بلفظه: وعلل ذلك أيضاً بأن الذكر يحل على نفسه ما عقد عليه بالطلاق ولا كذلك الأنثى، ولأن المرأة لا تزوج المرأة كما في الحديث ولم يرد ذلك في الرجال، وأنها لا تزوج الذكران، قف على هذه الأمور وأزيد في الشرح.

قوله: (وإن كان أولياء البنت حضور الخ) هذا فيه كلام طويل فانظره في الشرح إن شئت عند قول المتن: ووكلت مالكة ووصية ومعتقة وإن أجنبياً الخ. قوله: (والكافلة في مكفولتها) هذا غير صحيح لأن الكافلة لا ولاية لها على الراجح وإنما الولاء للكافل، ولذلك قال في المختصر: فكافل أي ذكر كافل. وقال ابن راشد على ابن الحاجب: المرأة الكافلة ليس لها أن توكل وهي في ذلك بخلاف الرجل الخ. وقال ابن زرب في هذه المسائل لا مدخل للنساء في هذا الخ. ولذلك قال أبو عبدالله الفشتالي: قال ابن زرب إن المرأة إذا كفلت يتيمة لم يكن لها تزويجها الخ. وقد أشار ابن غازي لهذا، وإن اقتصر المصنف هنا على الثلاث مخرج للكافلة والمعتقة بالفتح والأخت الخ، وهذا هو الحق، فلله در المصنف في هذا الاختصار العجيب والاقتصار الغريب، وما ذكر من الخلاف في الكافلة ضعيف، وصاحب المختصر لم يعأ به فلذلك لم يحكه وإن ذكره في توضيحه، لكن اقتصر ابن زرب وابن راشد والفشتالي على ما ذكر كاف في ترجيحه، لا سيما وقد قرر به ابن

معتقتها، والعبد الوصي على أنثى فلا بدّ من توكيلهم من يعقد على الأنثى. وفي النوادر: إذا عقد العبد نكاح ابنته الحرة أو غيرها وأجاز ذلك ولاتها أو كان بإذنهم أو عقد نكاح أمته والمرأة نكاح ابنتها أو ابنة غيرها فلا يجوز ويفسخ قبل البناء وبعده، وإن ولدت الأولاد وطال الزمان وأجازه الأولياء أو كان بإذنهم كان لها خطب أو لم يكن ويفسخ بطلقة ولها المسمى إن دخلت، وكذلك إن كانت المرأة وصية على التي عقدت عليها أو كان العبد وصياً. قال مالك: الأولى للمرأة الوصية أن تولي أجنبياً على العقد فيجوز وإن كره الأولياء وكذلك العبد الوصي. قال أصبغ: (ولا ميراث فيما عقدته المرأة) أو العبد إن فسح بطلاق لضعف الاختلاف فيه. قال ابن القاسم: وكذلك عقد كل من فيه بقية رق بكتابة أو بعق بعضه كعقد العبد، وأما العبد يعقد على نفسه فذلك جائز يريد بإذن سيده اه. وانظر قوله: إلا بتقديم امرئ يعتمد حيث وصف امرئ بجمله يعتمد هل مراده أنه لا يوكل إلا من يعتمد في الولاية (باجتماع شروطها) فيه أو غير ذلك.

وَالْعَبْدُ وَالْمَحْجُورُ مَهْمَا نَكَحَا
وَرُبْعُ دِينَارٍ لَهَا بِمَا اسْتَحَلَّ
وَإِنْ يَمُتَ زَوْجٌ فَالِإِزْتُ هَدْرٌ
وَالْعَكْسُ لِلْحَاجِرِ فِيهِ النَّظَرُ
بِغَيْرِ إِذْنٍ فَانْفِسَاخٌ وَضَحَا
مِنْهَا إِنْ ابْتَنَى وَذَا بِهِ الْعَمَلُ

يعني أن العبد القن وكذا كل من فيه شائبة رق من مكاتب وغيره إذا تزوج بغير إذن سيده، والمحجور أي البالغ بدليل ذكره للصبي بعد إذا تزوج بغير إذن وصيه (ثم علم الوصي أو السيد) بذلك فإن النكاح يفسخ، وظاهره أن الفسخ معتبر متعين لا خيار للحاجر فيه، أما مسألة العبد ففيها قولان المشهور أن السيد يخير بين فسخ النكاح وإمضائه. وقال أبو الفرج: القياس الفسخ لأنه نكاح فيه خيار وهما على الخلاف في الخيار الحكمي هل هو كالشرط أم لا؟ الباجي: وقول أبي الفرج عندي هو الصحيح، وانظر هل يتخرج هذا

غازي، وابن الناظم لم يذكر الكافلة أصلاً هنا. قوله: (ولا ميراث فيما عقدته المرأة الخ) انظر تحقيقه عند قول المختصر: وإنكاح العبد والمرأة فإنه وقع فيه خطأ كثير. قوله: (باجتماع شروطها) صحيح وقد بيناه في الشرح.

تنبية: قال ابن ناجي في شرح المدونة على قولها: ولكن تستخلف رجلاً يعقد عليها النكاح إذا كانت وصية ما نصه: ظاهرها أنها تكون جابرة إذا أوصى لها بذلك وتوكل على العقد، وإليه ذهب بعض شيوخنا، وقيل تستخلف من يجبر ويعقد قاله شيخنا أبو مهدي الخ، ولكن يظهر هو الجبر لأن توكيلها في العقد منع من أجل حديث: «إن المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها» وأما الجبر فتكون فيه مختيرة بين أن تجبر هي أو توكل عليه، لأن الجبر يصح فيه التوكيل لأنه يقبل النيابة، وبدليل أن الأب يوكل على جبر البكر ويوصي به هذا هو الحق والعلم عند الله تعالى، ولم يظهر ما ذكره ابن ناجي من الخلاف تأمله منصفاً.

قوله: (ثم علم الوصي أو السيد الخ) كان من حقه أن يزيد أو الأب لأن المحجور يكون حاجره أباً أو غيره، وقد قال في المختصر: ولولي سفيه فسح عقده الخ، وقد قال في الحجر:

القول في السفية؟ قاله في التوضيح. وأما مسألة المحجور فلم يذكر في التوضيح إلا أن له الخيار إلا ما أشار إليه من تخريج القول الذي في العبد في السفية، فقول الشيخ: فانفساخ وضحا يعني إن شاء وإن شاء أمضى، هذا في المسألتين معاً، (إلا أن في الأولى قولاً منصوصاً بتحتم الفسخ)، فإذا رد السيد أو الوصي النكاح فإن كان قبل البناء فلا شيء للزوجة (للقاعدة أن الصداق يسقط بالفسخ) قبل البناء، وإن رده بعد البناء فترد الزوجة الصداق، وليس لها منه إلا قدر ما يستحل به الفرج وذلك ربع دينار، وإلى هذا أشار بالبيت الثاني، ثم ذكر في البيت الثالث أنه إذا مات الزوج بقسميه يعني المحجور الحر أو العبد قبل فسخ النكاح (فيتعين الفسخ) ويسقط الصداق ولا إرث للزوجة منه، وعلى ذلك نبه بقوله: فالإرث هدر على أنه إنما يتوهم الإرث في موت المحجور لا في موت العبد لأنه لا يرث ولا يورث، وإذا ماتت زوجة المحجور وهو مراده بالعكس فينظر حاجره بالأصلح له، فإن رأى أنه يرث منها أكثر مما يعطي من الصداق فيمضي النكاح ولا يرده، وإن رأى أنه يرث أقل مما يعطي من الصداق فيفسخ النكاح ويرده، إذ لا مصلحة المحجور في إمضائه، ولم يتكلم على ما إذا ماتت زوجة العبد الذي تزوج بغير إذن سيده قبل أن يفسخ السيد أو يمضي لأن العبد لا يرث ولا يورث فلا فائدة في إمضائه والله أعلم. قال في المنتخب: قال سحنون: قلت لابن القاسم فإن تزوج الصغير بغير إذن أبيه فأجازه الأب أيجوز؟ قال نعم إذا كان على وجه النظر له، وإن فرق الولي بينهما لم يكن على الصبي من الصداق شيء وإن كان مثله يقوى على الجماع. قال ابن أبي زمنين: والسفيه الكبير بمنزلة الصغير تزويج أبيه إياه جائز عليه رضي بذلك السفية أو سخطه، وكذلك وصي أبيه وخليفة السلطان عليه الذي يوكله على النظر في ماله وهو من أصل قول مالك، وفي سماع أصبغ: سئل ابن القاسم عن السفية ينكح بغير إذن وليه ثم ماتا أيتوارثان؟ قال: إن مات هو فلا ترث، وإن ماتت هي فالنظر لوليه إن أرادت أن يثبت النكاح ويأخذ الميراث أخذه، وإن أراد أن يرد ورده تركه. ومن المنتخب أيضاً: قلت له يعني لابن القاسم: فلو أن عبداً تزوج بغير إذن سيده فأجاز السيد أيجوز؟ قال نعم، قلت: فإن فسخته بالبتات أ يكون ذلك له؟ قال نعم لأنه لما نكح بغير إذن السيد صار الطلاق بيد

والولي الأب الخ. قوله: (إلا أن في الأولى قولاً منصوصاً بتحتم الفسخ الخ) هذا في التوضيح كما ذكره، ولكن المسألة تحتاج إلى بسط أكثر من هذا وكلام الناس في هذا طويل. قوله: (للقاعدة أن الصداق يسقط بالفسخ الخ) صحيح ولذلك قال في المختصر: ولولي سفية فسح عقده الخ، فعبر بالفسخ ليشعر أنه لا شيء للزوجة إن لم يكن دخول، وقد قال في المختصر: وسقط بالفسخ قبله أي في النكاح الفاسد وغيره كهذا ونكاح العبد فإن النكاح فيهما صحيح بدليل تخيير السيد والولي في الفسخ والإمضاء على المذهب. قوله: (فيتعين الفسخ) ظاهره أو نصّه أن تعين الفسخ في العبد والمحجور، وإنما ذكره خليل في مختصره في المحجور وكذلك غيره ذلك هو الحق، لأن الفسخ إنما يتعين في مسألة السفية لأن المال لغير الولي، أما في العبد فالمال لسيدة وله أن يهبه لمن يشاء فكيف بهذا المضي الذي هو ضد الفسخ الذي نقول بتعيينه فافهمه بإنصاف، وكلام ابن الناظم فيه إيهام قليل، ولعله هو متبوع هذا الشارح.

السيد اهـ. وفي التوضيح في شرح قول ابن الحاجب فلو تزوج العبد بغير إذن سيده ما نصه باختصار على المشهور يفسخ بطلاق لصحته، وعلى قول أبي الفرج بغير طلاق قاله اللخمي، وعلى الطلاق فمحلّه عند مالك إن لم ينو عدداً على واحدة، واختلف قوله إذا طلق طلقتين فقال مرة ذلك له وقال مرة لا يلزمه إلا واحدة لأن الواحدة تبينها وهو أحسن، واستحسن أن تكون له الرجعة إن عتق في العدة اهـ. وذكر ابن يونس أن أكثر الرواة رويوا لزوم واحدة فقط، قال غيره وهو اختيار الجمهور اهـ. وفي مختصر الشيخ خليل: وللسيد رد نكاح عبده بطلقة فقط بائنة.

وعاقِدَ عَلِيَّ ابْنِهِ حَالَ الصَّغَرِ عَلَى شُرُوطٍ مَفْتَضَاةٍ بِالنَّظَرِ
 إِنَّ ابْنَهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ دَخَلَ مَعَ عِلْمِهِ يَلْزَمُهُ مَا حَمَلًا
 وَحَيْثُ لَمْ يَبْلُغْ وَإِنْ بَنَى فَمَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ وَهَبَهُ عَلِيمًا
 وَالْحَلُّ بِالْفَسْخِ بِإِطْلَاقٍ إِنْ رَدَّ ذَلِكَ وَبِإِطْلَاقِ صَدَاقٍ

يعني أن من عقد النكاح على ابنه الصغير على شروط اقتضى نظره الدخول عليها لما رأى له في ذلك النكاح من الغبطة والمصلحة كطلاق من يتزوج عليها أو عتق من يتسرى عليها، ثم بلغ الابن ودخل بالزوجة عالماً بتلك الشروط فإنها تلزمه، وأما قبل بلوغه فلا تلزمه دخل أو لم يدخل، علم أو لم يعلم، وكذا لا تلزمه إن بلغ ولم يدخل أو دخل غير عالم بالشروط، وحيث لم يلزمه النكاح في وجه من هذه الوجوه وأراد حلّه عن نفسه فإنه يفسخ بلا طلاق وبلا صداق. قال في المنتخب: روى ابن مزين عن أصبغ أنه قال: قال ابن القاسم ما كتب الأب (على ابنه الصغير) عند النكاح من الطلاق والعتاق فإذا بلغ الابن وعلم بذلك ودخل بعد علمه لزمته الشروط، وإن دخل قبل أن يعلم لم يلزمه

قوله: (على ابنه الصغير) ظاهره كظاهر النظم أنه لا دخل للوصي في هذا، وكذا المقدم من القاضي، وصاحب المختصر قال: ولولي صغير فسخ عقده بلا مهر ولا عدة وإن زوج بشروط وأجيزت وبلغ وكره فله التطلق، وفي نصف الصداق قولان عمل بهما، والقول لها أن العقد وهو كبير اهـ. فقوله: ولولي يدخل فيه الأب والوصي والمقدم كما لا يخفى، وهذا الشارح حل كلام الناظم بخصوص مع كونه نقل كلام التوضيح وهو قوله في الصغير: يزوج نفسه أو يزوجه وليه بشروط الخ. وقد قال ابن يونس ما نصّه: وإن تزوج الصغير واشترط عليه شرط فأجاز ذلك وليّه الخ. ونقلنا في شرحنا هذا عن القاضي إسماعيل وغيره وهو في ابن فرحون على ابن الحاجب وغيره من الشروح، ولكن الناظم تبع من عبر بالأب ولا ينبغي له ذلك، وقد أحسن ابن الناظم حيث قال في حل النظم ما نصّه: الصغير المعقود عليه النكاح في حال صغره على شروط ألزمه عاقده الجائر العقد عليه إياها على وجه النظر له لا يخلو إلى آخر التفصيل المذكور هنا، ومن المعلوم أن الولي يشمل الثلاثة من أب ووصي ومقدم، بل هؤلاء الثلاثة يجبرون الصغير على النكاح وهو قول المتن: وجبر أب الخ. ويأتي في كلام المدونة هنا دخول الوصي في هذا وهو يشمل المقدم لذلك، يقال وصي من قبل القاضي وغير هذا لا يلتفت إليه على تقدير من يقول به.

منها قليل ولا كثير، فإن علم قبل أن يدخل فهو بالخيار إن شاء دخل على الشروط وإن شاء فسخ النكاح عنه ولم يلزمه شيء، وكذلك عن بعض أهل العلم وهو رأيي والذي أستحسنه. ونقل في التوضيح في الصغير يزوج نفسه أو يزوجه وليه بشروط فبلغ وكرها قولين: أحدهما: لزوم النكاح بشروطه. والثاني: التخيير في الفسخ والإمضاء، قال: والقول باللزوم لابن وهب في العتبية، وبعدهم اللزوم لابن القاسم في الموازية، وعلى عدم اللزوم فهل تسقط مطلقاً أي ويصح النكاح وهو قول ابن العطار أو يخير في التزامها ويثبت النكاح وعدم التزامها ويفسخ النكاح وهو ظاهر قول ابن القاسم، وإذا فسخ فهل بطلاق الباجي وهو ظاهر قول ابن القاسم أو بغير طلاق وهو ظاهر قول أصبغ، وعلى الطلاق فهل عليه نصف الصداق وهو قول ابن القاسم في الكتاب أم لا وهو قوله في المجالس. بعض الموثقين: وعلى الأول العمل، وقال بعضهم العمل على الثاني، ثم الفسخ بطلاق أو بغيره إنما هو إذا تمسكت المرأة بشروطها، وأما إن رضيت بإسقاطها فلا، وإذا أسقطت فلا كلام لأبيها ولو كانت محجوراً عليها، ورأى ابن العطار أن ذلك في الحجر للأب، ولو طلق قبل علمه بالشروط ففي لزوم نصف الصداق قولان، ثم نقل عن ابن راشد وهذا كله إذا لم يحصل الدخول، وإن دخل فأما أن يدخل بعد بلوغه أو قبله، فإن دخل بعد بلوغه لزمته الشروط إن علم بها. ابن القاسم: وإن ادعى أنه لم يعلم بها فالقول قوله مع يمينه، وقال ابن العطار: لا يقبل قوله في ذلك وتلزمه بدخوله، وأما إن دخل قبل البلوغ فذكر المتيطي وغيره أن الشروط تسقط عنه وإن علم بها (لأن المرأة مكنت) من نفسها من لا تلزمه الشروط. وقال ابن بشير: ولو دخل الصبي وقد بلغ عالماً بالشروط فهل تلزمه أو لا؟ قولان. وإن دخل قبل العلم فثلاثة أقوال تلزمه ولا تلزمه يخير الآن اهـ.

قوله: (لأن المرأة مكنت الخ) ظاهره ولو كانت صغيرة، وقد قال ابن ناجي في شرح المدونة ما نصه ابن عبد السلام سقوط المهر ظاهر إذا كانت ثيباً، وفي هذا نظر إن كانت بكرًا، ولا سيما إن كانت صغيرة واقتضاها، فينبغي أن يضمن لها ما شأنها كما يضمن ما أفسد أو كسر إن تعذر الرجوع على الناظر لها، واحتجاجه في المدونة بقول مالك فيمن بعث يتيمًا في طلب أبق لا ينهض لأن مسألة العبد فيها تسليط من المالك له، ولا تسليط في مسألة النكاح إذا كانت صغيرة إلا من غير المالك ولا يلتفت إليه والله أعلم. وما ذكره يرد بأن تسليط الأب كتسليط رب الأبق لأنه المجبر لها، قاله شيخنا أبو مهدي اهـ. بلفظه. ومسألة الأبق هي قول التهذيب: باب: وإن تزوج صبي بغير إذن أبيه أو وصيه ومثله يقوى على الجماع، فإن أجازته من يلي عليه جاز كبيعه وشراؤه يجيزه على وجه النظر، وإن رأى فسخته فإن فسخته قبل البناء أو بعده فلا صداق لها، وكذلك رأى مالك فيمن بعث يتيمًا في طلب أبق فأخذه وباعه وأتلف الثمن أن لرب العبد أخذه ولا عهدة على اليتيم ولا ثمن بخلاف ما أفسد أو كسر، هذا لفظه من النكاح الأول، وكتب عليه أبو الحسن كلاماً حسناً ومن جملته قوله قال بعض الشيوخ يؤخذ منه أن للأب أن يوكل ابنه الصغير على البيع والشراء أي من قوله: جاز كبيعه وشراؤه، قال الشيخ: ويسوغ الاشتراء منه. وقوله: فلا صداق لها لأن وطأه كلا وطء وظاهره وإن اقتضاها وإنما لا يكون عليه ما شأنها لأنها سلطته، هذا لفظه في هذا، وقد نصوا أن المحجور إذا عامل محجوراً فأتلف ما عامله به أن يرجع على المتلف،

فصل فيمن له الإجمار وما يتعلّق به

ثِيُوبَةُ النِّكَاحِ وَالْمَلِكِ مَعَا لِأَبِ الإِجْبَارِ بِهَا قَدْ مُنِعَا
 كَمَا لَهُ ذَلِكَ فِي صِغَارِ بِنَاتِهِ وَيَالِغِ الأَبْكَارِ
 وَيُسْتَحَبُّ إِذْنُهَا وَالسَّيِّدُ بِالْجَبْرِ مُطْلَقاً لَهُ تَفَرُّدُ

ترجم لمن له الإجمار على النكاح من الأولياء، ومعلوم أن الأب ممن يجبر، ولما كان لا يجبر في القليل من الصور قدم الكلام عليه ليتفرغ لصور الجبر فأخبر أن الأب يمتنع إجباره في صورتين. إحداهما: الثيب بنكاح صحيح أو فاسد كما يصرّح به بعد في قوله: وكالصحيح ما بعقد فاسد. مع كونها حرة بالغة فلا جبر للأب عليها. الثانية: الأمة البالغة الثيب بوطء السيد إذا أعتقت ولها أب حر فلا يجبرها أيضاً، وعلى هاتين المسألتين نبّه بالبيت الأول. فقوله: والملك بالخفض عطف على النكاح مدخول لثبوتية وضمير بها للثبوتية والباء سببية أو بمعنى مع وبذكر الثانية بعد الأولى يظهر أنه قليل الجدوى، (ويحتمل) أن يرفع بالعطف على ثبوتية والمعنى أن الملك يمنع الأب من الإجمار ثيباً كانت أو بكرة، فالحر الذي له بنت مملوكة لا جبر له عليها وإنما يجبرها سيدها كما يصرّح به في قوله: والسيد بالجبر مطلقاً له تفرّد، وضمير بها على هذا الاحتمال يعود على الثبوتية والملك بتأويلهما معاً بالصفة. وقوله: كما له ذلك في صغار بناته الإشارة للإجمار يعني أن للأب أن يجبر بنته الصغيرة التي لم تبلغ يعني سواء كانت بكرة ولا إشكال أو ثيباً بأي شيء كانت ثبوتياً. وقوله: وبالع الأبيكار أي وكذلك للأب جبر ابنته البكر البالغ. ثم أخبر في البيت الثالث أن الأب وإن كان يجبر البكر البالغ (فإنه يستحب له إذنها) ثم أخبر

أنظره في كتاب الوديعة عند قول المصنف: وإن أودع صبياً. وكلام التوضيح قريب من كلام أبي الحسن، وفي كلام المواق شيء وكذا كلام خ. وكلام أبي الحسن هو المتبع هنا، وما في الوديعة يدل لابن عبد السلام لولا أن المجبر هنا دفع البنت هنا جبراً عليها، ولكن كلام ابن عبد السلام حيث قيد الأخذ من الزوج يتعذر الأخذ من الولي ظاهر، إذ الزوجة على ما قاله ابن ناجي يضيع حقها مع كونها لا تسليط منها للزوج لأن تسليطها كلا تسليط بدليل مسألة الوديعة، والولي لا يمضي تصرفه إلا بما فيه مصلحة والأخذ منه تعذر فافهمه منصفاً، بل قول أبي الحسن لأنها سلطته هو دال على أن المسلط يعتبر تسليطه وذلك في الرشيدة اهـ.

فصل فيمن له الإجمار وما يتعلّق به

قوله: (ويحتمل الخ) فيه بحث من وجوه، الأول: أفراد ضمير بها وتأنيثه. وثانيها: إيهام أن الأب ولي في الأمة لأنه إنما نفى الإجمار ونفى الأخص لا يستلزم نفى الأعم. ثالثها: شبه تكرار مع قوله في النظم والسيد بالجبر الخ، ولكن الأمر قريب في هذا. قوله: (فإنه يستحب له إذنها الخ) هذه المسألة فيها خلاف قوي، فليل لا يستحب إذنها، وقيل يستحب، واستوفينا ذلك عند قول المتن: ثم أب وجبر

أن السيد أي المالك انفرد بوصف عن سائر الأولياء وهو الجبر لمملوكه مطلقاً أي يجبر الذكر والأنثى بالغين أو غير بالغين بكرًا كانت الأنثى أو ثيباً وهذا مراده بالإطلاق. وفي طرر ابن عات: الثبوت التي تسقط الإجماع على النكاح ما كانت عن نكاح صحيح أو فاسد مختلف فيه، أو مجمع على فساده أو على وجه الملك كان ذلك الملك بوجه صحيح أو فاسد. وفي معين الحكام لابن عبد الرافع: الثيب الصغيرة إذا رجعت للأب قبل البلوغ فله إجبارها على النكاح ويزوجها كما يزوج البكر. وفي المدونة: قال سحنون: قلت لابن القاسم: أيجوز للرجل أن يجبر ابنته البكر على النكاح ولا يستأمرها؟ قال نعم وهو قول مالك كانت بالغاً أو غير بالغ. ابن الحاجب: والأب يجبر الصغيرة التوضيح ظاهره بكرًا كانت أو ثيباً، ولا خلاف في البكر، وأما الثيب الصغيرة ففيها ثلاثة أقوال: الجبر وعدمه، وقال ابن القاسم وأشهب يجبرها إن كان زوجها. ثانياً: قبل البلوغ ولا يجبرها بعده لأنها صارت ثيباً بالغاً. ثم قال ابن الحاجب: والبالغ البكر بغير إذن وقيل يستحب استئذنها اهـ. وفي الوثائق المجموعة وغيرها استحباب مشاوره الأب ابنته البكر في النكاح، ويظهر من إطلاق الشيخ القول بالجبر في بالغ الأبقار أنها (وإن عنست) أي طالت إقامتها قبل التزويج فإن له جبرها وهو كذلك على ما روى ابن القاسم عن مالك. وقال ابن عرفة: المالك وإن تعدد بجبر عبده وأمه. وفي الجواهر: للسيد إجبار العبد الأمة (ولا يجبر هو لهما). ابن الحاجب: وتوكل المالكة في أمتها وليها أو غيره ويوكل المكاتب في أمته وإن كره سيده بشرط ابتغاء الفضل الوصي ويزوج رقيق الموصى عليه في المصلحة. ومن بعضه حر لا يجبر ولكنه كمالك الجميع في الولاية والرد ومن فيه عقد حرية. ثالثها: يجبر الذكر. ورابعها: يجبر من له انتزاع ماله اهـ. فقوله ولكنه أي مالك البعض كمالك الجميع في الولاية على الأمة، وفي رد نكاح العبد والأمة إن تزوجا بغير إذن السيد اهـ.

وَالْأَبُ إِنْ زَوَّجَهَا مِنْ عَبْدٍ فَهُوَ مَتَى أَجْبَرَ ذُو تَعَدُّ

يعني أن الأب وإن كان له جبر ابنته البكر فإنما له ذلك فيما لا ضرر فيه ولا معرفة، أما ما فيه ذلك فلا يجبرها عليه فإن جبرها فهو متعد ولا عبرة بجبره. قال في المفيد:

المجنونة. ولكن في الموطأ ما نصه: إن ابن القاسم ومالكاً كانا لا يستأمران بناتهما، قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا الخ، وهذا دليل على عدم النذب، وخلييل في مختصره لم ينص على هذا النذب صراحة ولا يلزم ذلك من قولهم: إذن البكر صماتها لأن معنى كلامهم إن احتيج إلى إذنهما كفى فيه الصمات، وإذنهما قد يكون واجباً كاليثيمة، ومع ذلك فيظهر أن النذب هو الراجح والأمر سهل في هذا، إذ هذا خلاف في نذب أمر وعدمه، وإنما يصعب الأمر في الخلاف الذي بين المباح والحرام ومسائل آخر كما تراه عند الكلام على ذلك. قوله: (وإن عنست الخ) هذا الذي في المختصر وجبر الأب المجنونة والبكر ولو عانساً، وكان من حق الناظم ومن شره أن يبينوا حكم البكر المرشدة والتي بعدها في المختصر فإنهما لا يجبران وهو قوله: أو بكر أرشدت أو أقامت ببيتها سنة وأنكرت. قوله: (ولا يجبر هو لهما) وهذا هو قول المختصر وجبراً لمالك أمة وعبداً بلا إضرار لا عكسه الخ. ولكن إذا احتاج العبد وقصد السيد ضرره بعدم تزويجه فيه خلاف قوي، ومقابل ما في المتن قوي وحجته ظاهرة،

وأما تزويجها يعني البكر من العبد فيمتنع على كل حال لأن في ذلك نقصاً ومعرة. قال ابن عبد الرفيق في معينه: ليس للأب أن يزوج ابنته من عبد لما يلحقها في ذلك من المعرة، وقال سحنون في السليمانية: إذا أراد الأب أن يزوج ابنته البكر مجنوناً أو مجذوماً أو أبرصاً أو أسوداً ومن ليس بكفء، وأبت الابنة ذلك كان للسلطان منعه لأن ذلك ضرر اهـ. (ولو أدخل كافاً على عبد) ليدخل غيره ممن ذكر لكان أحسن.

(فرع): قال في المفيد إثر ما تقدم عنه من منع الأب إنكاح ابنته من عبد: فإن اجتمع عليه الأب والابنة وهي رشيدة ولا عصبية لها زوجت منه، وإن كانت بكرأ أو ثيباً سفية ولها عصبية قريبة منعت وللعصبية منعها من ذلك اهـ.

وكالأب الوصي فيما جعلاً أب له مسوغ ما فعلاً

(يعني أن الوصي كالأب) فيما جعل له الأب من إنكاح بناته جبراً قبل البلوغ وبعده من غير كشف ولا استثمار، فإذا جعل له ذلك تنزل منزلته في جميع ذلك. قال في النوادر: قال أصيغ: وإذا قال الأب للوصي زوج ابنتي من فلان بعد عشر سنين أو بعد أن تبلغ فذلك لفلان إذا بذل صداق المثل وليس لها ولا للوصي أن يأبى ذلك إلا أن يحدث لفلان فسق أو تلصص، قال في الواضحة: أو سقم بين فتبطل الوصية سواء أحببت أو كرهت وإن لم يحدث منه إلا أنه تزوج وكان خلواً أو اتخذ السراري فلا حجة لها بذلك. قال مالك: وإذا أوصى الأب بتزويج البكر بعد موته لزمها ما أوصى به وإن كرهت

انظر كلامهم في الشرح للمحل المذكور. قوله: (ولو أدخل كافاً الخ) ولذلك قال في المختصر: إلا لكخصي، والقاعدة فيما لا يجبرها عليه هو ما يثبت به الخيار لها كما أشار له الباجي، وسيأتي قول المصنف: وفي العبد خلاف والراجح أنه ليس بكفء فيثبت الخيار للمرأة بظهور العبودية.

قوله: (فرع الخ) حاصل هذا الفرع مهما كانت لها عصبية فلهم المنع، وإن اتفقت مع أبيها على العبد وحيث لا عصبية فلا منع إن اتفقت مع أبيها، وأحرى إن كانت لا أب لها رشيدة كانت أو صغيرة أو سفية ولا عصبية لها فإن الحاكم لا يمنعها من تزوج العبد وإن كانت محجورة لأن الحجر إنما يكون عليها في مالها لا في ذاتها فافهم. وكلام المفيد فيه بعض إيهام، وهذا الشارح تبع ابن الناظم في التعبير.

قوله: (يعني أن الوصي كالأب الخ) قال في المختصر في هذا وجبر وصي أمره أب به أو عين الزوج وإلا فخلاف وهو في الثيب ولي، وابن الناظم وهذا الشارح لم يشرحا قول الناظم:

وكالأب الوصي فيما جعلاً أب له مسوغ ما فعلاً

على ما تتضح به المسائل. وكلام المختصر رأيته، إلا أن قوله وإلا فخلاف يظهر من كلام الناس أن الراجح من القولين هو عدم الجبر لأنه إذا اختلف في الجبر الموصى به صراحة فكيف بغيره، قف على الشرح يظهر لك، وتقديم الوصي المجبر على الأولياء ظاهر، والظاهر من كلام الناس في غير المجبر تقديمه على الأولياء أيضاً مطلقاً ولو في رشدتها، وقدما كلاماً في ذلك عند قول الناظم:

وللوصي العقد قبل الأولياء وقيل بعدهم وما إن رضيا

وبلغت. قال الشارح: من إطلاق هذه الروايات وأمثالها أخذ أهل كتب الأحكام جعل الإيجار للوصي وأن النص عليه يرفع حكم اختلاف إن وجد فيه اه. وفي مختصر الشيخ خليل: وجبر وصي أمره أب به أو عين الزوج وإلاً فخلاف. فرع: قال في المدونة وللوصي أن يزوج البكر البالغ برضاها وإن كره الولي، ولو رضيت هي ووليها برجل وعقد له لم يجز إلا برضا الوصي وإن اختلفوا نظر السلطان. وقال يحيى بن سعيد: الوصي أولى من الولي ويشاور الولي ويزوج الولي الثيب برضاها وإن كره الوصي، وإن زوجها الوصي أيضاً برضاها جاز وإن كره الولي وليس كالأجنبي فيها وليس لأحد أن يزوج الطفلة قبل بلوغها من قاض أو وصي إلا الأب وحده اه. من التوضيح، وحاصله أن الوصي في البكر مقدم على الولي وأما في الثيب فهما سواء.

وَحَيْثُمَا زَوَّجَ بَكْرًا غَيْرَ الْأَبِ فَمَعَ بُلُوغَ بَغْدِ إِنْثَبَاتِ السَّبَبِ
وَحَيْثُمَا الْعَقْدُ لِقَاضٍ وَوَلِي فَمَعَ كُفَّءَ بِصَدَاقِ الْمِثْلِ

يعني أن البكر إذا زوجها غير الأب كأخيها وعمها ونحوهما كالوصي إذا لم يجعل له الأب الإيجار عليها على أحد قولين مشهورين فلا يزوجونها إلا إذا بلغت وثبت سبب تزويجهم لها من كونها لا أب لها أو لها أب مفقود (أو أسير في بلد للعدو) وغير ذلك من الأسباب التي تذكر، أما اشتراط البلوغ فلأنها لا يزوجها غير الأب إلا برضاها ولا عبارة برضا غير البالغ. وأما ثبوت السبب فإن ذات الأب إذا زوجها غيره يفسخ نكاحها إلا لسبب كما يذكر قريباً، ولا يشمل قوله غير الأب الوصي الذي جعل له الأب الإيجار قبل البلوغ وبعده لأنه بمنزلة الأب سواء، ولا يتوقف إنكاحه إياها إلا على ثبوت كونه وصياً من قبل الأب، فلذلك ينسخ رسم الإيضاء أعلى الصداق والصدوق أسفل وهذا أولى وبعضهم يختصر ويقول الموثق في رسم الصداق أنكحه إياها الوصي عليها من قبل أبيها وهو فلان حسبما ذلك في علم شهيديه أو بشهادة شهيديه، وكذلك إذا عقد القاضي نكاح بكر لكونها لا ولي لها من النسب ولا وصي عليها ولا كافل أو غاب أبوها غيبة بعيدة كإفريقية من مصر فلا تزوج أيضاً إلا بعد البلوغ، وثبوت النسب الذي من جملته كفاءة الزوج لها وكون ما بذل لها هو صداق مثلها من مثله. وشمل قوله غير الأب القاضي وإنما ذكره وإن كان من عطف خاص على عام لرفع توهم قصور الحكم على ولي النسب والوصي وصرح بأن القاضي كذلك، ولم يصرح الناظم باشتراط البلوغ في إنكاح القاضي ولا بد منه بل هو أخرى بالنسبة لولي النسب ويأتي التصريح به والله أعلم. قال في النوادر: قال ابن القاسم وإذا رفعت امرأة إلى الإمام أمرها بالتكح كشف عنها فإن لم يكن لها ولي زوجها برضاها إذا دعت إلى كفاء في الحال والمال والقدر. وقال في المدونة: لا يجوز للولي ولا للسلطان ولا لأحد من الأولياء أن يزوجها بأقل من صداق مثلها. وفي المتبعية: وإن كانت الزوجة بكراً فينبغي أن يثبت عنده بالعدول أنها يتيمة بكر بالغ في

قوله: (أو أسير في بلد للعدو الخ) مسألة الأسير والفقيد واحدة وفيها تفصيل يطول ذكرناه عند

سها خلو من زوج وفي غير عدة منه وأن لا ولي لها يعقد نكاحها في علمهم، وأن الزوج كفاء لها في حاله وماله وأن الذي بذل لها من المهر مهر مثلها اهـ. وقد اشتمل كلام النوادر وما بعده على عشرة أسباب: أن لا يكون لها ولي ورضاها بالزوج وبالصدوق والزوج كفاء لها وأن ما بذل لها من الصدوق هو صدوق مثلها وأنها يتيمة بكر بالغ خلو من زوج وفي غير عدة، وزاد الجزولي: كونها صحيحة بالغة غير محرمة ولا محرمة على الزوج وأنها حرة. (قال الحطاب: فإن زوجها) القاضي من غير إثبات ما ذكر فالظاهر أنه لا يفسخ حتى يثبت ما يوجب فسخه، قال: ولم أر في ذلك نصاً انتهى.

وَتَأْذُنُ الثَّيْبِ بِالْإِفْصَاحِ وَالصَّمْتُ إِذْنُ الْبَكْرِ فِي الشُّكَاحِ
وَاسْتَنْطَقَتْ لِزَوَائِدِ فِي الْعَقْدِ كَقَبْضِ عَرْضِ أَوْ كَزَوْجِ عَبْدٍ

تقدم أن الثيب البالغ الحرة لا تجبر وإنما تزوج بإذنها ورضاها، وكذلك البكر غير ذات الأب وغير ذات الوصي الذي جعل له الإيجاب لا تجبر أيضاً، وأفاد الناظم هنا أمراً زائداً على مطلق الإذن والرضا، وهو أن إذن الثيب يكون بالنطق والإفصاح عن الرضا ولا يكفي فيها الصمت وأن إذن البكر صمتها فإن نطقت فأولى، وإلى هذا أشار بالبيت الأول، والأصل في ذلك قوله عليه السلام: «البكر تستأمر فإذا نطقت فأولى، وإلى هذا أشار بالبيت الأول، في الثاني أن البكر تستنطق أي يطلب نطقها في مسائل وكأنها في معرض الاستثناء عن قوله: والصمت إذن البكر في النكاح. (قال الشارح: ووجه ذلك ظاهر)، فإن مطلق النكاح الجاري على صريح العادة هو الذي اكتفى فيه الشارح بصمت البكر دليلاً على رضاها الملزم لها حكم انعقاده عليها، وأما ما زاد على ذلك من حكم المعاوضة في الصدوق لكونه عرضاً عوضاً عن المعتاد من الدنانير والدرهم أو من كون الزوج عبداً أو من كذا فليس ذلك بمحل يكتفى فيه بالصمت دليلاً على الرضا، فيرجع في ذلك إلى الأصل الذي هو الكلام المعرب عما ينطوي عليه الضمير. قال في المنهج السالك: والمستأذنان في النكاح على قسمين: أبكار وثيبات، فإذا البكر يكون بالصمت ويكون بالقول، وإذن الثيب لا يكون إلا بالقول، وقد استقصى الإمام القاضي أبو عبدالله المقرئ كل من يلزمها الكلام من الأبكار فقال في كلياته الفقيهية: كل بكر تستأمر فإذا نطقت صماتها إلا المرشدة والمعنسة والمصدقة عرضاً والمعنسة بعد العقد بالقرب والمزوجة ممن فيه رق أو عيب والصغيرة المنكحة للخوف بعد العشر ومطالعة الحاكم والمشتكية بالعضل اهـ. ولابن القاسم الجزيري: أن المرشدة يكتفى في إذنها بالصمت وأن لا إذن إلا للبالغة اهـ. وفي التوضيح

قول المتن: وفسخ تزويج حاكم الخ، وقول المتن: وإن أسر أو فقد فالأبعد فيه كلام، قوله: (قال الحطاب فإن زوجها الخ) هذا ظاهر ولكن لا يقدم على ذلك ابتداء وإنما هذا بعد الوقوع والنزول، ويدل لما قاله الحطاب ما ذكره ابن حبيب أن من تزوج امرأة معتقد أنها في العدة فتبين أنها خلاف ما اعتقد أن النكاح صحيح وهو حتى في المواق عند قول المتن: كمسلم شك في الإتمام الخ.

قوله: (قال الشارح: ووجه ذلك الخ) هذا كلام جيد قوي.

في عدّ هذه النظائر الثانية والمرشدة ذات الأب كذا في نسخة منه وفي الأخرى كان لها أب أم لا اهـ. والمعنسة هي التي طالت إقامتها ببيت أبيها حتى عرفت مصالحتها، قال ابن القاسم: وسنها أربعون، وقال ابن وهب: ثلاثون، والمراد بالمعنسة اليتيمة، وأما ذات الأب فقد تقدم أن الأب يجبرها فلا يحتاج إلى إذنهما، وقيد في التوضيح المصدقة عرضاً باليتيمة التي لا وصي لها، والمعلمة بعد العقد بالقرب هي التي عقد عليها وليها قبل أن تأذن له ثم بلغها ذلك ورضيت بالقرب، وهذا ظاهر أنها يتيمة أيضاً، إذ لو كانت ذات أب لم يحتج لإذنها، وكذا المزوجة لذي رق أو عيب يتيمة أيضاً. (والحاصل أن هذه السبع كلها في اليتيمة إلا المرشدة والتي عضلها الولي فلا فرق بين أن تكون يتيمة أو ذات أب).

قوله: (والحاصل أن هذه السبع كلها في اليتيمة إلا المرشدة والتي عضلها الولي فلا فرق بين أن تكون يتيمة أو ذات أب الخ) هذا فيه نظر مع قول المختصر: وشرحناه بكلام الناس، وذلك أن صاحب المختصر قال: والثيب تعرب كبكر رشدت أو عضلت أو زوجت بعرض أو برق أو عيب أو يتيمة أو افتيت عليها، وقال قبيل هذا: ورضا البكر صمت الخ. فقوله: ورضا البكر صمت الخ هو في غير المجبرة من أب ووصي أو مالك كما لا يخفى. وقوله: كبكر رشدت ظاهره كان لها أب أو لا وهو كذلك، ويلزم من صحة الرشد البلوغ لأنه لا رشد للصغيرة وإن ظهر منها السداد كما قاله ابن رشد خلافاً لمن غلط في هذا وبيّناه في الشرح. وقوله: أو عضلت ظاهره عضلها أبوها أو غيره من الأولياء وهو كذلك كما في المتطي وابن فتوح قبله. وفهم من قوله: عضلت أنها بالغ لأن الصغيرة لا يعد منعها من النكاح عضلاً كما بيّناه في الشرح عند قول المتن: ولا يعضل أب بكراً الخ. وقوله: أو زوجت بعرض الخ هذه فيها خلاف قوي هل لا بدّ من نطقها أم لا؟ نقلناه في الشرح. وقوله: أو زوجت هو في المهملة، وإلا فوصيها هو الذي ينظر في الصداق، وأما ذات الأب فهي مجبرة، مع أن من زوجت بعرض لا بدّ من نطقها على قول راجح وإن كان لها وصي، وقول راجح أنها إنما يطلب نطقها إن لم يكن لها وصي وبيّنا ذلك في الشرح، وهذه المزوجة بالعرض بالغة أيضاً لقول المتن: ثم لا جبر، فالبالغ إلا يتيمة خيف فسادها، واليتيمة إنما تكون صغيرة كما تراه إن شاء الله تعالى هنا قريباً. وقوله: أو برق أي ذي رق كان خالصاً أو مشوباً كما في المكاتب. وقوله: أو عيب أي من ذي عيب، وتقدم أن الأب لا يجبر البكر على العبد وذي العيب وهو قول المتن: إلا لكخصي، وعليه فلا فرق بين أن يكون لها أب أم لا، ولكن هي بالغة لأنها لو كانت صغيرة ولا أب لها لم تزوج، ولو كان لها أب فإنه لا يجبرها على ما ذكره كالبالغ والحاصل ليست بيتيمة. وقوله: أو يتيمة هذه هي قول المتن إلا يتيمة خيف فسادها الخ. وقوله: أو افتيت عليها آخرها المصنف للكلام فيها وهو قوله: وصحّ الخ. وهذه بالغة لا أب لها لأن البكر ذات الأب مجبورة، وعلى تقدير الافتيات عليها فنكاحها فاسد وهو قول المتن: وفسخ تزويج حاكم الخ. ولا يصحّ فيها قول المتن. وصحّ أن قرب رضاها فذات الأب لا تدخل في هذا كانت كبيرة أو صغيرة، والصغيرة التي لا أب لها لا يزوجه الغير، وعلى تقدير الافتيات عليها لا يصحّ فيها قول المتن: وصحّ إن قرب رضاها الخ. والوصي المجبر في حكم الأب في هذه الأبيكار وهذا كله في البكر بدليل قول المتن كبكر الخ وقتاً تبين أن هذه الأبيكار كلهن غير يتامى إلا قوله أو يتيمة ولذلك صرح باليتيم فيها خلاف ما ذكره هذا الشارح وغيره من شراح المختصر، وبيان ما أشرنا إليه أن غير قول المتن بيّناً أن ذلك إنما

قال الشيخ ابن غازي في شفاء الغليل: وقد استوفينا الكلام عليهن في تكميل التقييد وتحليل التعقيد ونظمنها في رجز وهو:

سبع من الأبيكار بالنطق خليق من زوجت ذا عاهة أو من رقيق
أو صغرت أو عنست أو أسندت معرفة العرض لها أو رشدت
أو رفعت لحاكم عضل الولي أو رضيت ما بالتعدي قد ولي
قال مقيد هذا الشرح عفا الله عنه: وقد ذيلتها بيت وهو:

وكلهن ذات يتم ما سوى من رشدت أو عضلت فهي سوا
أي فهي ممن ينطق سواء كانت يتيمة أو ذات أب والله أعلم. وقد ذكر الشيخ خليل هذه النظائر وأسقط منها المعنسة فقال: والثيب تعرب بكبر رشدت أو عضلت أو زوجت بعرض أو برق أو عيب أو يتيمة أو أفتيت عليها.

فرعان: الأول: قال ابن الحاجب: فإن قالت ما علمت أن الصمت إذن لم يقبل على الأصح، قال في التوضيح: لأنه مشتهر ولعل مقابل الأصح مبني على وجوب إعلامها، وإلا فلو كان استئذانها مستحباً بلا خلاف لما صحّ أن تعذر بالجهل، واختار عبد الحميد أن ينظر إلى أمر هذه الصبية فإن علم منها البله وقلة المعرفة قبل منها وإلا فلا. **فائدة:** مسائل لا يعذر فيها بالجهل منها هذه ثم عدّ منها نحو الأربعين مسألة وقد نظمها الشارح بهرام في الكبير ونظمها غيره كسيدي علي الزقاق في المنهج المنتخب حيث قال: هل يعذر ذو الجهل أو لا؟ والذي قد حققا إلى تمام تسعة أبيات. **والثاني:** تقدم من جملة هذه النظائر المرأة التي عقد عليها وليها قبل أن تأذن له وهذا يقتضي أن الولاية حق للمرأة فلا يعقد عليها الولي إلا بتفويض من المرأة له على ذلك وهو كذلك، لكن هذا فيما عدا الأب وهو قول ابن القاسم بكراً كانت أو ثيباً، وأنكر ذلك ابن حبيب وقال: هو حق له قد استخلفه الله عليه والولي أحق به منها، فهما قولان ذكرهما في التوضيح في شرح قوله: وبقية الأولياء يزوجون.

و**ثِيْبٌ بِعَارِضٍ كَالْبِكْرِ** و**بِالْحَرَامِ الْخُلْفُ فِيهَا يَجْرِي**
ك**وَأَقِيعَ قَبْلَ الْبُلُوغِ الْوَارِدِ** و**كَالصَّحِيحِ مَا بَعَثَ فَاسِدِ**

يتصور في الأبيكار البالغات كما رأيت، والبالغة لا يقال فيها يتيمة، فلله درّ هذا الإمام في اختصاره العجيب ونسجه الغريب حيث قال: أو يتيمة، والعطف يؤذن بالمغايرة وأن غيرها غير يتيم كان لها أب أم لا، وإنما أعاد اليتيمة هنا باعتبار أنه لا بدّ من نطقها لأنه لم يقدمها عند قول المتن: إلا يتيمة خيف فسادها، وقد غلط في هذا بعضهم، وبيان كون اليتيم خاصاً بالصغير الذي لا أب له ذكراً كان أو أنثى بيّناه في الشرح قف عليه إن ارتبت وقد نص على ذلك الحفيد. وقال ابن عطية: اليتيم في كلام العرب فقد الأب قبل البلوغ الخ. وفي القاموس: وقد يتم كضرب وعلم يتماً ويفتح ما لم يبلغ الحلم الجمع أيتام ويتامى الخ. وذكر هذا المفسرون، والكشاف قال: قد غلبت التسمية بذلك قبل البلوغ.

يعني أن الثيوبه الحاصلة بأمر عارض كحمل شيء ثقيل أو بالقفزة أو بكثرة الضحك فإنها كالعدم وكأنها ما زالت بكرأ قائمة العذرة وتستمر عليها حكم الجبر الذي على البكر، وأما إن حصلت الثيوبه بحرام أي بزنا أو غضب ففي بقاء الجبر عليها وانقطاعه قولان. التوضيح: **(القول بالجبر مذهب)** المدونة والقول بعدمه في الجلاب، ثم شبه في الحكم السابق وهو استمرار الجبر وعدم انقطاعه ما إذا حصلت الثيوبه بنكاح واقع قبل البلوغ ثم مات الزوج أو طلق ورجعت قبل البلوغ أيضاً ولا إشكال، والإجماع هنا متفق عليه وإن رجعت بعد البلوغ ففي الجبر قولان ظاهر النظم الجبر لإطلاقه في النكاح الحاصل قبل البلوغ، وأما الثيوبه بالنكاح الفاسد فإنها كالصحيح لا جبر معها. قال في المقصد المحمود: والثيوبه غير مسقطه للإجماع إن كانت من غير نكاح أو من نكاح فرجعت إليه قبل البلوغ، واختلف إن بلغت هل يستمر الإجماع أو يرتفع؟ وقال ابن عات في طرره: واختلف هل كانت الإصابه من زنا أو غضب فقال في المدونة: تجبر كالبكر، قال عبد الوهاب: الغضب والطوع سواء يجبران. وقال ابن الجلاب: الثيب بنكاح أو زنا سواء لا تجبر. وفي سماع عيسى: قال ابن القاسم: وإذا زوج ابنته البكر فابتنى بها زوجها قبل أن تبلغ المحيض ثم طلقها أو مات عنها وهي غير بالغ فتزوجها جائر عليها من غيره مؤامرتها ما لم تحض وهو قول مالك. وفي المقرب: قلت له: رأيت إن زنت البكر فحدثت أو لم تحدث أكون له أن يزوجه بغير رضاها؟ قال نعم. وفيه أيضاً: قال سحنون: قلت لابن القاسم فإن زوجها تزوجاً حراماً فدخل بها زوجها وجامعها ثم طلقها أو مات عنها ولم يتباعد ذلك فقال: ليس له أن يزوجه إلا برضاها **(لأنه نكاح يدرأ به الحد)** ويلحق فيه الولد **(والعده فيه)** كالعده في النكاح الحلال اهـ.

وإن يُرشدَها الوصي ما أبي فيها ولاية النكاح كالأب

يعني أن الوصي إذا رُشد محجورته وأطلق يدها على التصرف في مالها فإن ولاية نكاحها لا تنزل عنها كالحكم في أبيها الذي جاء الوصي بسببه، فكما أن خروجها من حجر الأب لا يقطع نظره عنها في الولاية فكذلك خروجها من حجر الوصي الذي هو بسببه لا يقطع نظره عنها في الولاية، اللهم إلا أن يكون هناك من الأولياء من يتقدم على الأب وهو الابن فكذلك يتقدم على وصيه. قال في طرر ابن عات: انظر إذا رُشد الولي

قوله: **(القول بالجبر الخ)** هذا هو المشهور كما في الفشتالي وغيره، ولذلك قال في المختصر أو بحرام الخ، وكان من حق هذا الشارح أن يشير لذلك حيث لم يشر له الناظم، ولكن عزو الجبر للمدونة هو فيه إشعار بأن الجبر هو المشهور، وقول الناظم: وبالحرمان الخ يشمل الزنا والغضب والمغصوبه أقرب للجبر، ولذلك قال ابن عرفة ما نصّه ابن رشد: غضبها كزناها، قلت: هذه أقرب للجبر اهـ. بلفظه وهو حسن غاية، ويدل لذلك أن أكثرهم إنما يذكر الزنا والتعليل يدل له لأن الزانية قلّ حيائها كذلك المغصوبه فافهم هذا.

قوله: **(لأنه نكاح يدرأ به الحد الخ)** وزيد على هذه العلل أنها عرفت ما عرفته من تزوجت بنكاح غير فاسد. وقوله: **(والعده فيه الخ)** عبارة المقدمات والاعتداد في بيتها وهي أبين. قوله:

محجورته هل تسقط الولاية عنها أو لا؟ قال ابن رشد رحمه الله: لا أذكر في ذلك نص رواية. والذي يوجه النظر أن ولايته عليها في النكاح لا تسقط بتمليكه إياها أمر نفسها لأنه قد صار ولياً من أوليائها بإقامة الأب إياه لها مقام نفسه فوجب أن لا تسقط ولايته عنها إلا بما كانت تسقط به ولاية الأب عنها، والأب لو رشدها لم تسقط بذلك ولايته عنها فكذلك هو فتدبر ذلك اهـ. (قال الشارح): أقول: العجب من ابن رشد كيف قال لا أذكر نص رواية مع ما ذكره المتيطي من الخلاف عن العتبية واعتمد الشيخ ما نقله المتيطي عن أصبغ وأشهب وذهب إليه ابن رشد أي من كون الوصي أولى من الولي في الثيب إن خرجت من الولاية دون قول ابن الماجشون وسحنون ودون ما رجحه اللخمي من كون الولي أحق من الوصي اهـ. أي وإذا كان الخلاف في أيهما أولى فإن ذلك يستلزم بقاء ولاية الوصي بعد ترشيدها وأن ولايته لم تسقط، إذ الخلاف إنما هو فيما وراء ذلك وهو أيهما أولى، ومطلق بقاء ولايته هو الذي في البيت، وسعيد الناطق هذه المسألة في باب الحجر حيث قال:

وحيث رشد الوصي من حجر ولاية النكاح تبقى بالنظر

فصل في حكم فاسد النكاح وما يتعلق به

وفاسد النكاح مَهْمًا وَقَعَا
فَمَا فَسَادُهُ يَخُصُّ عَقْدَهُ
فَالْفَسْخُ فِيهِ أَوْ تَلَاْفٍ شُرْعَا
فَقَسْخُهُ قَبْلَ الْبِنَا وَبَعْدَهُ
فَهُوَ بِمَهْرِ الْمِثْلِ بَعْدُ بَاقٍ
وَمَا فَسَادُهُ مِنَ الصَّدَاقِ

يعني أن النكاح إذا وقع فاسداً فإنه يرجع فيه إلى أحد وجهين: إما الفسخ وإما التلافي والتدارك، فما كان فساداً لفساد عقده فالحكم فيه الفسخ سواء عثر عليه قبل البناء أو بعده، وما فسد لصدّاقه فإنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل ونحوه في الرسالة وغيرها. (قال الشارح): والظاهر من الشارع في عقود هذه المعاملات أنها مهما وقعت مخالفة لما استقر منها شرعاً وكانت المخالفة فيها ممّا يمكن تلافيا ويتأتى استدراك الأمر فيها، فإن المشروع فيها الإصلاح والاستدراك والتلافي لما فرض اختلاله من الأركان، والتحصيل لما وقع إهماله من الشروط، ومهما كانت المخالفة فيها ممّا لا يمكن تلافيا ولا يتأتى استدراك الأمر فيها لخروج الماهية عمّا قصد بها شرعاً أو منافاتها لما

(قال الشارح الخ) كلام حسن مع أن الأكثر على أن الوصي مقدم في المرشدة على الأولياء، وقدمنا هذا عند قول الناطق: وللوصي العقد قبل الأولياء الخ.

فصل في حكم فاسد النكاح وما يتعلق به

قوله: (قال الشارح) هذا كلام حسن، ولكن انظر كلام الناس في شرح المختصر عند قوله:

استقرت عليها وضماً فإن المشروع فيها الفسخ والإبطال. قال ابن عرفة: والعقد الملزوم للتلافي فاسد مطلقاً لعدم قبوله التصحيح كقتل ابن شاس تزويج عبده بجعله مهره فاسد لأداء ثبوته لنفيه ولمنافاة الملك للنكاح لو ثبت بخلاف كون المهر خمرأ. وقال ابن القاسم الجزيري: والفساد على وجهين: فساد في العقد وفساد في الصداق، فالفساد لعقده على ضربين: وجه متفق عليه عند الأئمة، ووجه مختلف فيه، فالمتفق عليه كذوات المحارم فيفسخ أبدأ بغير طلاق ولا موارثة فيه (ولا خلع) وفيه المسمى بعد البناء، ويلحق به الولد ويحد إن كان عالماً، وهذه إحدى المسائل التي يلحق فيها الولد مع وجوب الحد وهي قليلة، والمختلف فيه ككنكاح الشغار والمحرم وشبه ذلك فالفسخ فيه بطلاق ويمضي فيه الخلع وهو آخر قول ابن القاسم لرواية بلغته عن مالك وقد كان يقول: كل نكاح يكونان مغلوبين على فسخته يفسخ بغير طلاق ككنكاح المحرم وشبهه والفساد لصداقه كالنكاح بغير أو حرام أو بمجهول في صداق أو أجل فيفسخ قبل البناء ولا صداق فيه ويثبت بعده ويجب صداق المثل اه. وفي مختصر الشيخ خليل: وهو طلاق إن اختلف فيه كمحرم وشغار والتحرير بعقده ووطئه وفيه الإرث إلا نكاح المريض وإنكاح العبد والمرأة لا إن اتفق على فساده فلا طلاق ولا إرث كخامسة وحرم وطؤه فقط، وما فسخ بعده فالمسمى وإلا فصداق المثل وسقط بالفسخ قبله، ويأتي للناظم قبل باب النفقة:

وفسخ فاسد بلا وفاق بطلقة تعد في الطلاق

وما فسد لصداقه إلى آخر تلك المسائل. قوله: (ولا خلع) هو قول المختصر في فصل الخلع فيما يرد فيه ما وقع به الخلع ما نصّه: أو لكونه يفسخ بلا طلاق. تنكيت: ظاهر تقرير هذا الشارح أولاً وكلام الجزيري أن كل ما هو فاسد لصداقه إنما يفسخ قبل البناء وكل ما فسد لعقده، ويفسخ قبل وبعد، وقد قال في المختصر: وفسخ موصي وإن يكتنم شهود من امرأة أو منزل أو أيام إن لم يدخل ويطل وعوقبا والشهود وقبل الدخول وجوباً على أن لا تأتيه إلا نهاراً أو بخيار لأحدهما أو غير، أو على إن لم يأت بالصداق لكذا فلا نكاح وجاء به وما فسد لصداقه أو على شرط يناقض كأن لا يقسم لها أو يؤثر عليها أو ألغى مطلقاً كالنكاح لأجل، أو إن مضى شهر فأنا أتزوجك الخ، فنكاح السر فيه المسمى بالوطء كما في التهذيب عن ابن شهاب، وفسخ بطلقة كما قاله ابن حبيب، وفسخ ما لم يقع دخول وطول فلا يفسخ، فإن كان فاسد الصداق فيحتاج أن يفوت بالدخول وإن لم يقع طول على ما قاله الجزيري، وإن كان لعقده فيحتاج أن لا يفوت بالدخول والطول بل يفسخ أبدأ. وقول المختصر: وقبل الدخول وجوباً على أن لا تأتيه الخ هذه هي النهارية كما في التوضيح وابن ناجي وغيرهما ومراً المصنف فيها، على أن الفسخ إنما هو قبل الدخول على المشهور، واختلف هل لها صداق المثل بالدخول واستظهر لما في الشرط من التأخير أو المسمى كما في البيان، وقول المختصر: أو بخيار الخ فيه المسمى بالدخول كما في التهذيب، ونقل عياض صداق المثل عن أصل الأسدية، ونقله ابن يونس في مسألة إن لم يأت بالصداق الخ. وقال صاحب الاستلحاق: والقول بالفسخ في الخيار أبدأ أظهر لأن فساده لعقده، وانظر تمام المسائل في شرح كلام المختصر إن شئت، وإنما نبهناك على أن هذه أمور لا يكفي فيها ما اقتصر عليه هذا الشارح، ويكفي في ذلك نكاح السر فافهم.

ومن يمت قبل وقوع الفسخ في ذمها ليرثه من نسخ
 وفسخ ما الفساد فيه مجمع عليه من غير طلاق يقع
 وقال ابن القاسم الجزيري: (وهذه إحدى المسائل) التي يلحق فيها الولد إلى آخر
 هذه النظائر، أشار لها سيدي علي الزقاق بقوله آخر المنهج المنتخب: ونسب والحد لن
 يجتمعا الأبيات الثلاثة انظرها في شرحه، وانظرها آخر باب الاستلحاق من التوضيح في
 شرح قول ابن الحاجب: ويحد الواطيء العالم الخ ويأتي ذكرها قريباً إن شاء الله تعالى.

وَحَيْثُ دَرَزُ الْحَدِّ يَلْحَقُ الْوَلَدُ فِي كُلِّ مَا مِنْ النِّكَاحِ قَدْ فَسَدَ
 وَلَلَّتِي كَانَ بِهَا اسْتِمْتَاعٌ صَدَاقُهَا لَيْسَ لَهُ امْتِنَاعٌ

يعني أن النكاح الفاسد المتفق على فساده إن درىء فيه الحد عن الواطيء كنكاح
 المعتدة أو ذات محرم أو رضاع غير عالم بها فإن الولد يلحق به، ومفهومه إن لم يدرأ فيه
 الحد فإن الولد لا يلحق به لأنه زنا يريد إلا في المسائل التي يحد فيها الواطيء ويلحق به
 الولد فيجتمع فيها الحد والنسب، فهذا القيد في المفهوم وذلك من يتزوج المرأة ويقرّ أنه
 طلقها ثلاثاً وعلم أنها لا تحلّ له إلا بعد زوج ووطنها وأولدها فيحد ويلحق به الولد أو
 يتزوج المرأة ثم يقرّ أنها خامسة ويطؤها وهو يعلم أنها لا تحلّ له، أو يتزوج المرأة
 ويطؤها وهو يعلم أنها لا تحلّ له بنسب أو رضاع مع علمه بعدم حلية ذلك فيحد ويلحق
 به الولد في المسائل الثلاث، وإليها أشار سيدي علي الزقاق بقوله:

ونسب والحد لن يجتمعا إلا بزوجات ثلاث فاسمعا
 مبتوتة خامسة ومحرم وأمتين حرتين فاعلم

فالزوجات الثلاث من هذه، والأمتان الحرتان هما من يشتري أمة ممن تعتق عليه
 ويولدها ثم يقرّ أنه وطئها عالمًا بذلك، أو من يشتري الأمة فيولدها ثم يقرّ بحريتها
 وشرائها مع علمه بحريتها. وأما قوله: وللتّي كان بها استمتاع البيت فيعني بذلك أن
 الرجل إذا دخل بالمرأة في النكاح الفاسد الذي يفسخ ولو دخل فإن لها صداقها كاملاً إن
 كان نكاح تسمية، (وإن كان تفويضاً) فصداق المثل وتقدم قوله في المختصر وما فسخ

قوله: (وهذه إحدى المسائل الخ) هذه المسائل تحتاج إلى بسط في تعليلاتها، وقد ذكرنا ذلك
 في فصل الزنا عند قول المختصر: ومملوكة تعتق أو يعلم حريتها فانظرها إن شئت هناك. وقول
 الناظم: (وللتّي كان بها استمتاع صداقها ليس له امتناع) يشمل ما يفسخ بعد البناء كنكاح السر
 ونحوه، ونكاح الشغار كما تراه هو كنكاح السر، وما لا يفسخ كالفساد لصداقه، وتخصيص الشارح
 له بما يفسخ بعده لا يخفّك ما فيه، ولذلك خ لما فرغ من الأنكحة الفاسدة لعقدتها وصداقها قال:
 وما فسخ بعده فالمسمى وإلا فصداق المثل وسقط وبالفسخ قبله الخ. وكلام ابن الناظم لا بأس به.

قوله: (وإن كان تفويضاً الخ) ظاهره أن هذا إنما يتصور في نكاح التفويض فقط وليس كذلك،
 لأن الأنكحة الفاسدة لصداقها يلزم فيها صداق المثل بالدخول، ففي المدونة: من نكح على آبق أو

بعده فالمسمى وإلاً فصدّاق المثل، والمراد بالاستمتاع في البيت الوطء بدليل وجوب الصداق كاملاً، وأما مقدماته (فلا يجب بها كل الصداق).

(وَالْعَقْدُ لِلنِّكَاحِ) فِي السَّرِّ اجْتِنِبَ وَلَوْ بِالِاسْتِكْتَامِ وَالْفُسْخُ يَجِبُ

يعني أن نكاح السر ممنوع يجب اجتنابه ويفسخ إن وقع وإن كان السر فيه باستكتم الشهود. قال في المقرب: قلت: ولو أن رجلاً نكح بيينة وأمرهم أن يكتموا ذلك أيجوز هذا النكاح؟ قال لا وإن كثرت البينة والنكاح بذلك مفسوخ إذا كان أصله على الاستسرار وأمر الشهود بكتمانه. ابن الحاجب: ونكاح السر باطل والمشهور أنه المتواصى بكتمه وإن أشهدا فيه ويفسخ بعد البناء وإن طال على المشهور وقيل هو الذي دخل ولم يشهد فيه. التوضيح: المشهور مذهب المدونة أن نكاح السر هو المتواصى بكتمه ولو كانوا مائة شاهد، ثم قال: وإنما يفسد على المشهور إذا أوصى بالكتمان قبل العقد، وأما لو أوصى الشهود بالكتمان بعد العقد فإنه صحيح ويؤمرون بإشهاره أشهب وهذا إذا لم تكن له نية، وإن نكح على نية الاستكتم بعد العقد فليفارق، وقال أصبغ: لا أرى أن يفسخ إذا لم يكن إلا ضمير في نفسه لأنه لا بأس أن يتزوج ونيته أن يفارق.

(وَالْبُضْعُ بِالْبُضْعِ هُوَ الشَّغَارُ وَعَقْدُهُ لَيْسَ لَهُ قَرَارٌ)

قال في التوضيح: أصل الشغار في اللغة الرفع من قولهم: شغر الكلب رجله إذا رفعها ليبول، ثم استعملوه فيما يشبهه فقالوا: أشغر الرجل المرأة إذا فعل بها ذلك للجماع، ثم استعملوه في النكاح بغير مهر إذا كان وطأً بوطء وفعلاً بفعل، فكأن الرجل يقول للآخر: شاغرنى أي أنكحني وليتك وأنكحك وليتي بغير صداق. قال في المقدمات: قيل: وإنما سمي نكاح الشغار لخلوه عن الصداق مأخوذ من قولهم بلدة شاغرة أي خالية

شارد أو جنين في بطن أمه أو بزرع لم يبد صلاحه أو على دار فلان فسخ النكاح في ذلك كله قبل البناء وثبت بعده ولها صداق المثل وترد ما قبضت من أبق الخ. قوله: (فلا يجب بها كل الصداق) هذا هو قول المختصر: وتعاض المتلذذ بها الخ، ولو ساقه هذا الشارح لكان حسناً. وقوله: (وَالْعَقْدُ لِلنِّكَاحِ الْخِ) نكاح السر فيه كلام طويل في رسمه فقف على الشرح فيه ص:

(وَالْبُضْعُ بِالْبُضْعِ هُوَ الشَّغَارُ وَعَقْدُهُ لَيْسَ لَهُ قَرَارٌ)

هذا قال فيه في المختصر عاطفاً على ما لا يجوز ممّا يفسد فيه النكاح ما نصّه: أو كزوجني أختك بمائة على أن أزوجك أختي بمائة وهو وجه الشغار وإن لم يسم فصريحه وفسخ فيه وإن في واحدة وعلى حرية ولد الأمة أبداً الخ. فقوله: أختك فيه بيان أن الشغار يكون في المجبرة وغيرها إذ الأخت لا يجبرها أخوها والمجبرة أحرى وظاهره لا فرق بين الزوجين كانا حرين أو عبيدين أو مختلفين وهو كذلك، ومن سمى لها فذلك وجه شغار، ومن لم يسم فذلك فيها صريحة فيفسخ نكاحها أبداً ولها صداق المثل، ومن سمى لها يفسخ نكاحها قبل البناء ولها الأكثر، وهذه إشارة وإلاً فالكلام في الشغار عريض طويل فانظره في الشرح هنا عند قول المتن: كمحرم وشغار تر البيان إن شاء الله تعالى ص:

من أهلها، ونكاح الشغار على وجهين: صريح الشغار ووجه الشغار، فصريح الشغار هو أن لا يذكر فيه صداق كزوجني ابتك على أن أزوجك ابنتي فيكون صداق كل واحدة بضع الأخرى ويفسخ أبداً وإن دخل وطال وولدت الأولاد، ووجه الشغار أن يذكر فيه صداق كل واحدة سواء كان مماثلاً لصداق الأخرى أو مخالفاً كزوجني أختك بمائة على أن أزوجك أختي بمائة أو بخمسين ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل إلا أن يكون صداق مثلها أقل مما سمي فلا تنقص عن المسمى، فإن سموا لواحدة دون أخرى كزوجني أختك بمائة على أن أزوجك أختي فهو مركب من الوجهين وكل واحدة على حكمها، فالتى سمي لها يفسخ نكاحها قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل، والتي لم يسم لها يفسخ أبداً قبل البناء وبعده. ونقل الشارح هذا الفقه عن المقرب وفيه قلت: فلو قال زوجني أمتك بلا مهر وأزوجك أمتي بلا مهر فقال مالك: الشغار بين العبيد كالشغار بين الأحرار يفسخ وإن دخل بها، وكذلك لو قال: زوج عبيدي أمتك بلا مهر على أن أزوج عبيدك أمتي بلا مهر فهذا كله شغار لا يجوز وإن رضي النساء به اهـ. فقله: وعقده ليس له قرار فيه إجمال لأنه إن كان صريحاً فلا يقرّ مطلقاً دخل أو لم يدخل، وإن كان وجهاً فلا قرار له قبل الدخول وأما بعده فإنه يقرّ.

(وَأَجَلُ الْكَالِيَّ مَهْمَا أَغْفَلَا قَبْلَ الْبِنَاءِ الْفَسْخُ فِيهِ أَعْمَلَا)

إذا كان بعض الصداق مؤخرأ وهو الذي يسمى بالكاليء فلا بدّ من تعيين قدر تأخيره، فإذا لم يعين (فإن كان ذلك لنسيان) أو غفلة فالنكاح صحيح ويضرب له من الأجل بحسب عرف البلد في الكاليء قياساً على بيع الخيار إذا لم يضرب للخيار أجل فإنه يضرب له أجل الخيار في تلك السلعة المباعة على الخيار والبيع جائز، وإن ترك تعيين قدر تأخيره قصداً فهذا هو الذي يفسخ فيه النكاح قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل، وعلى هذا يحمل قوله في الوثائق المجموعة: قال أحمد بن سعيد، وفي المتيضية: قال بعض القرويين، وهو دليل المدونة، وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه وعليه العمل وبه الحكم اهـ. ففي تعبير الناظم بالإغفال مسامحة، (لأن الغفلة والذهول) لا ينبي

(وَأَجَلُ الْكَالِيَّ مَهْمَا أَغْفَلَا قَبْلَ الْبِنَاءِ الْفَسْخُ فِيهِ أَعْمَلَا)

قوله: (فإن كان ذلك لنسيان الخ) هذا تبع فيه الشارح إشارة المواق ظناً منه أن ذلك هو المذهب وليس كذلك، والمذهب هو فساد النكاح مطلقاً، وبيان ذلك هو كلام الوثائق المجموعة الذي نقله هذا الشارح نفسه، فإن قوله: عن أحمد بن سعيد الذي عرف بابن عتاب فإن لم يؤرخ أجل الكاليء فسوخ النكاح الخ ظاهر في العموم، وكذا نقله عن المتيطي وهو أي هذا الشارح قد أول كلام ابن عتاب من غير موجب ذكره.

قوله: (لأن الغفلة والذهول) هو كلام ساقط، إنما المرفوع في الخطأ والنسيان الإثم كما في القرافي وغيره، وإلا لزم أن الحالف لا يحنث بالخطأ والنسيان، وذلك خلاف المعروف من المذهب كما في قول المختصر والنسيان ومثله الخطأ أو الجهل كما في ابن عرفة وغيره، ومن القواعد الشرعية

عليهما حكم حتى يفسخ النكاح من أجلهما لقوله عليه السلام: «ورفع عن أمتي الخطأ والنسيان» ثم ذكر الشارح إذا اختلف الزوج والولي في أجل الكالء وقال الشهود نسيانه انظره فيه .

وما يُنَافِي العَقْدَ لَيْسَ يُجْعَلُ شَرْطاً وَغَيْرُهُ بِطَوَعٍ يُقْبَلُ

مراده بالبيت الكلام على شروط النكاح وقسمها إلى ما ينافي العقد، فلا يجوز جعله شرطاً في عقد النكاح وإلى ما لا ينافيه فيجوز جعله طوعاً بعد العقد ويكره اشتراطه في العقد. قال في التوضيح: حاصله أن الشرط في النكاح على ثلاثة أقسام: ما يناقض مقتضاه مثل أن لا يقسم لها أو يؤثر عليها أو لا نفقة لها أو لا ميراث لها فكالصداق الفاسد أن يفسخ قبل البناء ويثبت بعده على المشهور هكذا قال في الجواهر ابن عبد

العمد والخطأ في أموال الناس سواء، فكيف يقال: الغفلة والذهول لا يبنين عليهما حكم، ومن أغفل عن بعض الأعضاء في وضوئه وصلى بطلت صلاته، وغير هذا مما لا يحصى. وقال في المختصر: ونسيانها في موضع إيداعها ونص المتطي المشار إليه هو قوله ما نصّه: وسئل اللؤلؤي عن النكاح بعقد ويغفل فيه عن ذكر الشروط وتأجيل الكالء فإذا كان عند كتب الصداق قال النكاح: لم أرد أن يكتب علي شرط وطول في أجل الكالء. وقال المنكح: إنما غفلت عن ذكر ذلك لما قد جرى في بلدنا من العرف في الشروط والكالء وأنه إلى ثلاثة أعوام، فهل يحمل الزوج على العرف في ذلك أم لا؟ فأجاب: لا يجبر على ذلك وهو بالخيار إن شاء أو وافقهم أو وافقوه وإلا فله الانحلال. وقال عبد الملك في الثمانية إذا لم يذكر للكالء أجل فسخ النكاح قبل البناء وثبت بعده بصداق المثل، وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه وعليه العمل. وقال ابن وهب: لا يفسخ قبل البناء ولا بعده ويكون المؤخر الذي لم يذكر له أجل الخ. ثم قال بعد كلام: وذكر ابن الهندي في وثائقه عن بعض أهل عصره أنه كان يقول: إن أدرك قبل البناء لم يفسخ ويجعل له أجل على عرف الناس في الكالء، واستدل بمسألة بيع الخيار التي ذكرها المواق وتبعه هذا الشارح في ذلك، فأنت ترى المتطي جعل مذهب مالك وأصحابه وما به العمل هو الفسخ قبل البناء مع العرف فكيف به مع عدمه؟ وقوله عن عبد الملك إذا لم يذكر الخ شامل للغفلة بل هو فيه، ويدل له استدلاله بمسألة بيع الخيار التي احتج بها من احتج وإلا فلا معنى للاحتجاج بها، وقد قال أبو عبدالله الفشتالي ما نصّه: فصل فلو سقط ذكر الأجل فبين الشيوخ في ذلك خلاف فالمشهور من المذهب وعليه العمل أن النكاح يفسخ، وإن فات بالبناء كان صداق المثل، قال بعض المتأخرين: وهو دليل المدونة. وذهب بعض المتأخرين إلى أنه إن كان للكوالء أجل متقرر لا يتجاوز فالنكاح صحيح، وإن كان مختلف فالنكاح فاسد هذا لفظه. وقياس المسألة على البيع قال فيه ابن مغيث في ذلك نظر كما في الفائق. وقال ابن سلمون: فإن أغفل ذكر الأجل فيه فإن النكاح يفسخ قبل البناء الخ. وفي كلامه أن عيسى روى الفسخ قبل البناء وبعده إذا لم يذكر للكالء أجل، وابن عرفة نقل كلام المتطي وسلمه، وكلام ابن الناظم في أوله حسن لأنه استدل على الإغفال الذي في النظم بكلام الوثائق والمتطي وذلك دليل على أن كلامهما في الغفلة. ثم قال بعد شرحه النظم بما ذكر ما نصّه: أقول تبع الشيخ في التعبير عن كون الكالء غير مؤرخ بالإغفال من تأخيره الموثقين، ولا يبعد أن يكون لفظ الإغفال منقوداً عليهم لأن الذهول والغفلة لا يبنين عليهما حكم حتى يفسخ النكاح لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان» وبعض ذلك قول ابن الحاجب في نوازه: إذا عقد النكاح ولم

السلام، ونقل بعضهم الاتفاق على ذلك وأشار إليه بقوله: ونقل عن ابن القاسم فيمن تزوج على أن لا نفقة ولا ميراث أنه يفسخ بعد البناء اهـ. ونقل الشارح عن ابن عرفة ما نصه: وشرط ما يناقضه قال اللخمي كشرط أن لا يأتيها ليلاً أو الأثرة عليها أو لا يعطيها الولد أو لا نفقة لها أو لا إرث بينهما في فسخه مطلقاً أو قبل البناء. ثالثها تخيير المرأة ولو بنى بها في إسقاط فيمضي والتمسك به فيفسخ لنقل اللخمي ونقله عن ابن زياد اهـ. ثم قال في التوضيح: القسم الثاني ما لا يناقضه بل يكون العقد يقتضيه وإن لم يذكر كشرطه أن ينفق عليها أو يبيت عندها أو لا يؤثر عليها ونحو ذلك، ووجود هذا وعدمه وسواء، ولا يوقع في العقد خلاً ويحكم به إن ترك أو ذكر إلا أنه إن شرط أن لا يضرها مثلاً ثم أثبت الضرر فلها أن تطلق نفسها من غير رفع لحاكم وإن لم تسترط ففي اشتراط الرفع للحاكم وعدم اشتراطه قولان كما يقوله الناظم في فصل الضرر وبعث الحكمين وحيثما الزوجة تثبت الضرر. القسم الثالث: ما لا تعلق له بالعقد فلا يقتضيه ولا ينافيه وللمرأة فيه غرض كشرط أن لا يتزوج عليها فذكر ابن الحاجب أنه مكروه ويلغى اهـ. وإلى هذه الأقسام الثلاثة أشار ابن الحاجب بقوله: وإذا شرط ما يناقض مقتضى العقد مثل أن لا يقسم لها أو يؤثر عليها فكالصداق الفاسد وما لا يناقضه يلغى، فإن كان لها فيه

يضرِب للكاليء أجل فإنه يضرِب له بحسب العرف الجاري في البلد في أجل الكواليء، وهذا القول أجود لأن النكاح أخف من البيع، وبه أفتى ابن رشد الخ. وتقدم التنظير في هذا القياس من ابن مغيث. وما ذكره ابن الناظم هو شبه ما في المواق، وبه استدل هذا الشارح. ولعل وجه التنظير أن بيع السلع بالخيار لها عرف بحسب كل جنس من المبيعات، قال ابن رشد نفسه على نقل المواق نفسه ما نصه: إن لم يضرِب للخيار أجلاً واشترطه فلا يفسد البيع، ويضرِب لهما من الأجل ما تختبر إليه تلك السلعة لأن الحد في ذلك معروف، فإذا أخلا بذكره فإنهما دخلا على العرف والعادة، هذا لفظه عنه عند قول المصنف في الخيار أو مجهولة، فقولُه بقدر ما تختبر هو ضابط للأجل في الخيار وليس تقديره موكولاً للبايعين لأن ذلك تحديد من غيرهما، ولأجل هذا قال في المختصر تبعاً لغيره كشهري في دار الخ. ثم ذكر ما يفسد به البيع على الخيار أو مدة زائدة فجعل العقد فاسداً من أجل الزيادة على ما جرت به العوائد في مدة الخيار بحسب تلك الزيادة، ولا كذلك النكاح إذا أجل دون خمسين سنة، والكواليء موكول آجالها إلى الزوجين إذا لم تبعد جداً كستين سنة لأن ذلك في مظنة السقوط، وربما يرغب زوج في زوجة فيقصر الأجل، وربما ترغب هي فيه فتطول، ويخرجان عن حد ما جرى به العرف في آجال الكواليء، ولذلك رأيت في سؤال اللؤلؤي لا يخرج عن العرف إلا الشاذ، والبيع لا يحل الخروج فيه عما جرى به عرف الخيار والأجل في النكاح مكروه ولا كذلك البيع، والخيار رخصة والمكروه لا تناسبه الرخصة، والبيع على الخيار منحل والنكاح منعقد، والأجل المجهول في المنحل أخف منه في المنعقد الخ. ولعل هذا هو تنظير ابن مغيث فافهمه منصفاً لا متعسفاً، وقد تبين من هذا كله أن القياس فيه نظر واضح، وتبين أن هذا الكاليء إذا ترك ذكر قدر الأجل فيه قصداً فلا إشكال في فسخه، وكذا غفلة أو نسياناً على المذهب وما به العمل، وسواء في الجميع تقرر عرف للكواليء أم لا، غير أنه إذا تقرر عرف للكواليء تقرر الأفوت فيه لصداق على صداق، فهذا لا نجيز الدخول عليه ولا نفسخ النكاح به بعد وقوعه، ونرجع فيه للعرف كمسألة البيع، وأما إن وقع دخول فيه فلا فسخ في الجميع على المذهب، وقد تبين

غرض مثل أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا يخرجها من بلد أبيها أو بيت عمها . وقال مالك : لقد أشرت على القاضي أن ينهى الناس عن ذلك وليس بلازم اهـ . قوله : « أن ينهى الناس عن ذلك » أي عن التزويج على الشرط ولا يلزم الوفاء به بل يستحب . ثم قال في التوضيح : وقول المصنف في القسم الثالث مكروه سبب الكراهة فيه واضح لأن فيه تفويت غرض المرأة ، ولهذا قال ابن شهاب وغيره بلزوم الشروط هنا اهـ . فقوله : وما ينافي العقد ليس يجعل شرطاً يعني ولا طوعاً وهذا هو القسم الأول . وقوله وغيره بطوع يقبل يشمل القسم الثاني والثالث إلا أن الثاني يجوز جعله شرطاً في العقد وطوعاً بعد ، وأما الثالث فيجوز طوعاً بعده العقد ويكره اشتراطه كما تقدم . قال الشارح : وكل ما لا ينافيه استخف الموثقون كتبه على الطوع اهـ . وقد أشار الشيخ خليل للقسم الأول بقوله : وما فسد لصداقه (أو على شرط يناقض العقد) كأن لا يقسم لها أو يؤثر عليها ، وإلى الثاني بقوله : وجاز شرط أن لا يضرب بها في عشرة وكسوة ونحوهما ، وإلى الثالث بقوله : بخلاف ألف وإن أخرجها من بلدها أو تزوج عليها فألفان ولا يلزم الشرط وكره ولها الألف الثانية إن خالف . وفي الوثائق المجموعة : وكره مالك الشروط وقال لا أرى لأحد أن يكتب شهادته في كتاب فيه الشروط ويلزم النكاح وإن كانت بعقد يمين كقوله الداخلة طالق أو أمرها بيدها والطوع فيها أحسن من أن يعقد بشرط وهي محمولة على الطوع حتى يثبت أنها كانت مشترطة في عقد النكاح ، واختلف أهل العلم في النكاح بالشروط فرأى قوم فسخه ، ورأى مالك ومن ذهب مذهبه أن النكاح بها مكروه ، فإن نزل بها لزم وجزأ النكاح ، ولهذا الاختلاف يكتب قوم من الموثقين شرط فلان لزوجه فلانة شروطاً طاع بها بعد أن ملك عصمة نكاحها .

(وَيَفْسُدُ النُّكَاحُ بِالْإِمْتَاعِ فِي عَقْدَتِهِ وَهُوَ عَلَى الطَّوْعِ اقْتَفَى)

الإمتاع إعطاء الزوجة أو أبيها شيئاً للزوج إما في عقد النكاح أو بعده كإمتاعه بسكنى دارها أو استغلال أرضها ، فإن كان ذلك في عقد النكاح فسد النكاح ، وإن كان طوعاً بعد العقد جاز . قال الإمام أبو عبدالله المازري في توجيه المنع وفساد النكاح : لأن بقاء أمد الزوجية بين الزوجين مجهول إذ لا يدري متى يقع الطلاق أو الموت ، فإن كان مجهولاً وقارن العقد فالصداق المبدول من الزوج بعضه عوض عن هذا الإسكان المجهول لأن السكنى من الأعواض المالية وهي أظهر في كونها عوضاً مالياً من الفرج ، ومحال أن لا يجعل لها حصة من الصداق ، فإذا ثبت أن ذلك ممّا يعاوض عليه الزوج وهو مجهول فسد العقد فيه ووجب فسخ النكاح المعقود عليه قبل الدخول على المشهور إلا رواية شاذة ، وأما إن وقع الدخول ففي فسخه اختلاف مشهور . ولما وقع الخطيب الشهير أبو القاسم

صحة النظم المعبر بالإغفال ، وهذا هو ظاهر قول خ : أو لم يقيد الأجل الخ . ولكن انظر الشرح تر كلام الناس بأكثر من هذا وأبسط . قوله : (أو على شرط يناقض العقد الخ) انظر بسط هذا غاية في شرح هذا ص :

(ويفسد النكاح بالإمتاع في عقده وهو على الطوع اقتفي)

ابن جزى على جواب المازري المتقدم أجاب بأن ذلك فاسد من ثلاثة أوجه: الأول: ما ذكره المازري من الجهل في ذلك وما يقابله من الصداق. الثاني: أنه يجتمع فيه بيع ونكاح واجتماعهما ممنوع وذلك أن الزوج يبذل ببعض الصداق في مقابلة الفرج وهو النكاح، وبعضه في مقابلة ما يمتع به من المال وهو البيع. الثالث: أنه يؤدي لأن يبقى النكاح بغير صداق، فإن الذي ينتفع به الزوج من الاستغلال والسكنى بما يكون مثل الصداق أو أكثر لا سيما إن طالت مدة الإمتاع فيقابل الصداق بذلك فكأنه لم يعطها شيئاً، ولكن إنما يمنع من هذا الوجه إذا كان الإمتاع شرطاً مقارناً للعقد، فإن كان تطوعاً بعد انعقاد البيع لم يمنع من هذا الوجه لأنه كأن المرأة أعطته خطأً من مالها وذلك جائز بشرط أن لا تتعقد عليه القلوب حين العقد، ويجوز أيضاً أن يكون مقارناً للعقد إن كان الإمتاع في غير ملك الزوجة، ألا ترى ما روي عن مالك أنه أجاز أن يقول الرجل لآخر: (تزوج ابنتي على أن أعطيك) مائة دينار لأن المائة دينار من مال والد الزوجة لا من مالها وهذا أشد من الإمتاع اهـ.

فصل في مسائل من النكاح

وَالْعَبْدُ وَالْمَرْأَةُ حَيْثُ أُوصِيََا وَعَقْدًا عَلَى صَبِيٍّ أَمْضِيَا

يعني أن العبد والمرأة إذا كان كل واحد منهما وصياً على محجور ذكر وعقدا له النكاح فإنه يمضي ولو كان المحجور صبياً صغيراً، لأنه وإن كان الآن صغيراً فيصح منه العقد يوماً ما. ومفهوم قوله (على صبي) أن العبد والمرأة الوصيين على صبية لا يصح

قوله: (تزوج ابنتي على أن أعطيك الخ) هذا جائز، انظر بيانه غاية عند قول المختصر أو باجتماعه مع بيع يظهر لك صحة هذا وزيادة، وانظر أيضاً فإنه في نكاح التفويض، ومن جملة ما نقلناه ما نصه: قال ابن القاسم: وأما إن قال تزوج ابنتي ولك هذه الدار فإن هذا جائز ولو لم يصدقها الزوج إلا تلك الدار، قال ابن محرز: ففرق بين أن يسمى الصداق أو لا يسميه، ورأى أنه إذا سمى الصداق قد سلك بما أعطاه مسلك المعاوضة والبيع، وإذا لم يسم فإنما قصد بما أعطاه معونته، ولو أنه قال: أزوجك ابنتي بمائة على أن تبيعها دارك بمائة، أو كانت هذه المعاوضة مع الزوجة نفسها لكان ذلك جائز لأن المائة تقضي بالمائة وتكون الدار صداقها، ولو أن الولي قال للزوج: أزوجك بمائة على أن تبيعني دارك بمائة لكان ذلك فاسداً لأنه بيع دار ومائة دينار ببضع ومائة دينار اهـ. وفرق اللخمي بين المسألتين بنحو ما فرّق به ابن محرز ثم قال: والقياس أنهما سواء لأن العطية إذا تقدمت ولم يتزوج إلى آخر ما ذكره، والكلام فيه طول قف عليه في الشرح إن شئت، وإنما أتينا بهذا البعض لتفهم به قول هذا الشارح تبعاً لابن النازم، ألا ترى ما روي عن مالك، وانظر عند قول المختصر أيضاً: ولو طولب بصداقها لموتها الخ وجلب ذلك يطول ص.

فصل في مسائل من النكاح

(وَالْعَبْدُ وَالْمَرْأَةُ حَيْثُ أُوصِيََا وَعَقْدًا عَلَى صَبِيٍّ أَمْضِيَا)

قوله: (على صبي) وكذا على سفيه كما هو كلام الناس ظاهر في هذا عند قول المتن: ووكلت

عقدهما عليها بل يوكلان كما تقدم في قول الناظم في فصل الأولياء :

والمرأة الوصي ليست تعقد إلا بتقديم امرئ يعتمد
لأنها لا يصح لها أن تعقد على نفسها يوماً ما . ففي طرر ابن عات : وأما العبد
والمرأة فيزوجان بينهما وبني من أوصى بها إليهما الذكران . قال الشارح : لم يتعرض
الشيخ رحمه الله لجواز عقد الكافر على من أوصى به إليه لندور إيصائه . وفي الوثائق
المجموعة : وللمرأة الوصي عقد نكاح من إلى نظرها من أيتامها وعبيدها الذكران وهذا
خلاف يتيتمها وإمائها فلا يجوز لها العقد عليهن إلا بتوكيل رجل يعقده اهـ .

والأب لا يقضي اتساع حاله تجهيزه لابنته من ماله

يعني الأب إذا زوج ابنته البكر وكان متسع الحال فإنه لا يلزمه تجهيز ابنته من ماله ،
يعني وإنما يجهزها من صداقها خاصة ، ويأتي أنه ينبغي تجهيزها بمالها من غير الصداق .
قال في الوثائق المجموعة : ولا يلزم الأب أن يجهز ابنته بشيء من ماله اهـ . قال المتطي :
وإذا قبضت المرأة نقدها من زوجها أو قبضه وليها فمن حق الزوجة أن تتجهز به إليه ، هذا
هو المشهور من مذهب مالك وجميع أصحابه حاشا ابن وهب اهـ . وفي جواب الإمام أبي
عبدالله المازري عن مسألة قوله : ولو طولب بصداقها لموتها فطالهم بإبراز جهازها لم
يلزمهم على المقول ما نصه الأصل في الشريعة عدم إلزام المرأة وأبيها جهازاً والصداق
عوض عن البضع وهو المقصود ، ولو كان عوضاً عن الانتفاع بالجهاز وهو مجهول لكان
فاسداً لكن الأصل البضع وما سواه تبع ، وفي المذهب رواية شاذة غريبة أنه ليس على
المرأة تجهيز بصداقها فأحرى بما سواه وأظنها في وثائق ابن العطار ، والرواية الأخرى
تجهز بالصداق خاصة اهـ . وفي المختصر : ولزمها التجهيز على العادة بما قبضته إن سبق
البناء . ابن عرفة : المشهور وجوب تجهيز الحرة بنقدها العين . المتطي : ويشترى منه
الآكد فالآكد عرفاً من فرش ووسائد وثياب وطيب وخادم إن اتسع لها رواه محمد قيل
وهو مذهب المدونة ، وما أحله بعد البناء فلا حق للزوجة في التجهيز به ، وإن حل قبل
البناء (فلغرمائها) أخذه في ديونهم وإن لم يحل باعوه ، وأما ما أجله قبل البناء فكالنقد اهـ .

مالكة ووصية الخ . وعند قوله : وجير أب إلى قوله : وفي السفية خلاف . وهذا الشارح وابن الناظم لم
يتنازلا لهذا صريحاً ، مع أن ما استدلا به من كلام ابن عات والوثائق المجموعة ظاهر في العموم ، وما
ذكره من الفرق هنا بين الذكور والإناث قدمنا فيه فرقاً قوياً لابن رشد عند قول الناظم : والمرأة الوصي
ليست تعقد الخ ص :

(والأب لا يقضي اتساع حاله تجهيزه لابنته من ماله)

قوله : (فلغرمائها الخ) الذي في المتطي هو قوله ما نصه : قال في كتاب الديات : ولا تقضي منه
ديناً قبل البناء إلا الشيء الخفيف كالدينار ونحوه . قال الداودي : وقد قيل لها أن تقضيه في دينها ، وقاله
ابن وهب . قال في العتبية : وأما بعد البناء فلها قضاء دينها من شوارها ومن كاليء صداقها ، ورواه يحيى
عن أبي القاسم قال ابن حارث : وإنما ذلك في الدين الحادث وأما القديم فلا اهـ . وصاحب المختصر

(فرع: إذا تغالى الزوج) في الصداق ليسرها وإتيانها بما جرت العادة بتجهيز أمثالها به فامتنع أبوها من ذلك فإن كان ذلك قبل البناء فقال ابن رشد ومثله في نوازل العبدوسي: للزوج الخيار بين أن يلتزم النكاح على أن يجهزها له بنقدها خاصة أو يطلق ولا شيء عليه وإن كان بعد الدخول، فقال في المعلم يحط من الصداق الزيادة التي زادها لأجل الجهاز على الأصح عندنا إذا كان المقصود من الجهاز في حكم التبعية لاستباحة البضع، كمن اشترى سلعتين فاستحق أدناهما فإن البيع ينتقض بقدر المستحقة اهـ. وقيل ابن عات. انظر شفاء الغليل في شرح قوله: ولو طولب بصداقها لموتها فطالبهم بإبراز جهازها لم يلزمهم على المقول.

وَبِيسْوَى الصَّدَاقِ لَيْسَ يُلْزَمُ تَجَهُّزَ الثَّيْبِ مَنْ يُحَكِّمُ

يعني أن القاضي لا يلزم الثيب أن تتجهز بغير صداقها يعني بل بصداقها خاصة وأما بغيره فلا يلزم لكن يستحب كما يأتي للناظم، فيلزم بضم الياء مضارع أُلزم ومن يحكم بفتح الكاف فاعل يلزم وتجهز مفعوله ويسوى متعلق بتجهز. قال في طرر ابن عات: وكذا الثيب لا يلزمها أن تتجهز بغير الصداق اهـ. وفي مسائل النكاح من المازري عن ابن مغيث إن أبان الزوج زوجته ثم راجعها لم يلزمها أن تتجهز إليه إلا بما قبضته في المراجعة خاصة، وأما بنصف نقدها الذي قبضته قبل البناء فلا اهـ.

قال: ولا تنفق منه وتقضي ديناً إلا المحتاجة وكالدينار وهو من باب اللف والنشر المرتب، وبه تفهم ما أجمله هذا الشارح، ولكن في الشرح كلام كثير في قضاء الزوجة دينها من صداقها وإنما لم نسقه لظوله فقف عليه إن شئت، وصاحب الشامل قال ما نصه: ولا تقضي منه ديناً قبل البناء أو تنفق منه إلا كدينار أو تحتاج بالمعروف وبعد البناء كمالها هذا لفظه، واحترز بقوله: وبعد البناء كمالها فإن ظاهره ولو لم يطل البناء وليس كذلك كما بيناه في الشرح، وانظر عند قول المتن: وهل تملك بالعقد النصف الخ، وعند قوله: وتشطر الخ.

قوله: (فرع: إذا تغالى الزوج الخ) وحاصل ما في نوازل ابن رشد حين يمتنع الأب من إعطاء ما جرى به العرف أنه بعد موت البنت قبل الدخول فإنه لا يخرج للمرأة ما يورث عنه إلا صداق مثلها على أن تتجهز به فقط وقبل موتها ودخوله بها هو مخير في بقائه على النكاح، ولا شيء على الأب أو يطلق، ولا شيء عليه أي الزوج، وهذه فتوى العبدوسي باعتبار أغنياء فاس قبل الدخول بالبنت وموتها، وأما بعد الدخول بها فيلزم الأب دفع ما جرت به العادة، ولم ينص ابن رشد على الحكم في هذا، كما أن العبدوسي لم يذكر حكم ما إذا ماتت البنت قبل الدخول، وفتوى المازري في المعلم أنه يحط عن الزوج ما زاده لأجل الجهاز، ولم ينص على أن ذلك قبل الدخول أو بعد، وفتواه في موت البنت قبل الدخول أن الأب لا يلزمه إبراز ما جرى به العرف، وظاهره أن الميراث يكون في جميع الصداق لا في صداق مثلها على أنها لا شورة لها كما قاله ابن رشد، هذه زبدة هذه الفتاوى في المسألة، وقف على كلام الناس في المسألة في الشرح تر التحقيق فيها إن شاء الله تعالى، وادع الله تعالى لمن قرب واختصر وجلب ص:

وأشهرُ القَوْلَيْنِ أَنْ تُجَهَّزَا لَهُ بِكَالِيٍّ لَهَا قَدْ حُوِّزَا
يعني أنه إذا حلَّ الكالِيء على الزوج قبل الدخول وقبضته قبل الدخول فأشهر
القولين أنها يلزمها أن تتجهز به لأنه صار من جملة النقد الذي يلزمها التجهيز به والمشهور
المقابل للأشهر لا يلزمها ذلك، فالأشهر قول ابن زرب ومقابله لابن فتحون كما يأتي .
قال في الوثائق المجموعة: والكالِيء إذا حلَّ أجله قبل البناء كان بمنزلة النقد في دعوى
الزوج قبضه وكان للزوجة الامتناع من البناء حتى تقبض النقد والكالِيء معاً، فإذا قبضت
ذلك لزمها أن تتجهز إلى زوجها بجميع ما قبضت من نقد وكالِيء . قال الشارح: سيأتي
للناظم بعد التصريح بأن القول قول الزوج بعد البناء فيما ادعى دفعه من حال الكالِيء قبل
البناء، وأن للزوجة الامتناع حتى يدفع لها الكالِيء الحال يعني في قوله: والقول واليمين
للزوج ابنتى الأبيات الثلاث وذلك قبل فصل ما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق . وفي مسائل
ابن زرب: ولو حلَّ الكالِيء قبل البناء فدعاها الزوج إلى قبضه والتجهز به مع النقد فأبت
هي من قبضه حتى يبنى بها لثلا يلزمها التجهز به قال: تجبر على أخذه وأن تتجهز به ذكره
ابن سهل . قال الشارح: وكذلك يظهر لو لم يحلَّ أجله على قول ابن فتحون لأنه ليس
على المرأة أن تتجهز بكالئها وإن قبضته قبل البناء إذا أراد الزوج دفعه وكان عيناً فيلزمها
قبوله دون التجهز به، وقيدنا بالعين لأن غير العين لا يلزم قبوله قبل أجله، وأما على قول
ابن زرب أنه لا يلزمها أن تتجهز به فلا يجوز لها قبوله لأنها إن قبلته لزمها أن تتجهز به
وذلك لا يجوز لأنهم يقولون المعجل مسلف فقد سلف ليتنفع بالجهاز، صحَّ من الشارح
بالمعنى فراجع إن شئت، ومقابل الأشهر عند الناظم حكاها في الطر عن ابن فتحون أنه
ليس على المرأة أن تتجهز بكالئها وإن قبضته قبل البناء .

وَاللُّوْصِيَّ يَنْبَغِي وَلِلْأَبِ تَشْوِيرُهَا بِمَالِهَا وَالثَّيْبِ

يعني أنه ينبغي للأب وللوصي تشوير البكر بمالها أي غير الصداق، وأما الصداق
فقد تقدم أنها تتجهز به، فالتجهيز بالصداق لازم وبغيره مستحب وعليه تكلم في البيت،
وكذلك ينبغي للثيب أيضاً أن تشور نفسها بمالها زائداً على الصداق، وقد تقدم أنه لا
يلزمها أن تتجهز بغير صداقها وأفاد هنا استحباب ذلك . وقوله: والثيب عطف على الوصي
أي ينبغي للثيب ذلك ولولا إفراد الضمير في قوله بمالها لأمكن عطف الثيب على ضمير

(وأشهرُ القَوْلَيْنِ أَنْ تُجَهَّزَا لَهُ بِكَالِيٍّ لَهَا قَدْ حُوِّزَا)

هذه المسألة هي التي أثناء قول المختصر ولزمها التجهيز على العادة بما قبضت إن سبق البناء
وقضي له إن دعاها لقبض ما حلَّ الخ .

وانظر عند قول المتن في فصل الصداق ووجب تسليمه إلى آخر تلك المسائل، وكلام ابن
الناظم هنا جيد ص:

(وَاللُّوْصِيَّ يَنْبَغِي وَلِلْأَبِ تَشْوِيرُهَا بِمَالِهَا وَالثَّيْبِ)

تشويرها من غير إعادة الخافض. (وفي طرر ابن عات): وينبغي للأب أن يشور البكر بمالها وكذلك الوصي في اليتيمة ويشتريان لها كسوة وحلياً لأن ذلك تطهر لها وصلاح ويرغب الناس فيها ولا يجبران على ذلك اهـ.

وزائِدٌ فِي الْمَهْرِ بَعْدَ الْعَقْدِ لَا يَسْقُطُ عَمَّا زَادَهُ إِنْ دَخَلَ

قوله: (وفي طرر ابن عات) لم يسبق هذا الشارح تبعاً لابن الناظم نصاً على نذب التجهيز للثيب بالمشاهدة، والناظم ذكر النذب للثيب كالأب والوصي، ومع ذلك لم يعترض على الناظم ولا أجابا عنه، ويحتمل أن يكون لفظ الثيب عطفاً على المضاف إليه تشوير وهو لفظ ها، أي ينبغي للأب والوصي تشوير البكر بمالها والثيب أي بمالها أيضاً، بناء على أن العطف المقيد بقيد بذلك القيد، ويكون المراد بالثيب السفية، وأما الرشيدة فلم يتكلم عليها ولا يظهر فيها النذب بدليل تعليلهم النذب في البكر أن ذلك يرغب في نكاحها ويزاد في صداقها من أجل التشوير، والرشيدة أولى بنفسها، وربما لا تزيد رغبة الناس فيها ولا الزيادة في صداقها، لأن هذا أمر راجع لحق الإنسان، وهو مخير في جلب ذلك وعدم جلبه فافهم هذا فإن الرشيدة أعرف بمصالحها. ويدل على ما ذكرنا اقتصار ابن عات على ما رأيته من كون النذب للأب والوصي فقط إذ لم يذكر غير هذا، ولكن هذا إذا لم يوجد نص مما يعتد بكلامه، وإن وجد فربما يوجه بأنه يزيد في الوداد الذي طلبه الشارع بين الزوجين. ص:

(وزائِدٌ فِي الْمَهْرِ بَعْدَ الْعَقْدِ لَا يَسْقُطُ عَمَّنْ زَادَهُ إِنْ دَخَلَ)

الآيات الثلاثة، استشكل هذا الزائد باعتبار حكمه، فجعلوه كالصداق في التشطير بالطلاق قبل البناء، وبثبت بالدخول ويسقط بموت الزوج، وهو إشكال قوي حتى وقع في ذلك خلاف قوي، وإن كان المشهور وهو ما ذكره، ولذلك قال التوضيح على قول ابن الحاجب: وما زاد في صداقها الخ ما نصّه: هذا هو المشهور أي تشطيره. وقال ابن الجلاب: القياس عنده أن تجب له الزيادة، ونحوه للأبهري وغيره من شيوخنا العراقيين، ووجهه أنكم لما حكمتم بالتشطير بالطلاق دلّ على أن الزيادة محكوم لها بكونها من الصداق، إذ لو كانت عطية لما تشطرت بالطلاق، وإذا حكم لها بحكم الصداق فلا تبطل بالموت، والجواب لابن القاسم أنها عطية، لكن لما التزمها على صفة أن تكون صداقاً فلاجل هذا أبطلنا لها بالموت وقلنا لا يلزمه في الطلاق إلا النصف لأنه لم يلتزم إلا ذلك الخ. وهو في الحقيقة للمتيطي فإنه ذكر هذا بعد أن قال للزوجة قبض هذه الزيادة فإن لم تقبضها حتى مات الزوج بطلت، ثم قال ما نصّه: قال بعض القرويين: ولأنها لو كانت كالهبة لم يثبتها الدخول لأن الهبة لا تستقر إلا بالقبض، وإنما هي كالهبة لأجل البيع حكمها حكم الثمن، ولذلك إذا ردت السلعة بعيب فإنها تردّ مع الثمن، ولو كانت هبة خاصة لم تردّ لأنها قد قبضت، فكذلك الزيادة في الصداق يجب أن يكون حكمها حكم الصداق اهـ. بلفظه. وهو كلام قوي ثمين. وانظر قول المختصر في كتاب الصرف: وردت زيادة الخ يظهر لك ما أشار إليه. وقال عبد الوهاب في معونته شبه ما تقدم في كلام التوضيح عن العراقيين وناهيك بالعراقيين، ولذلك اقتصر ابن هشام في مفيدة على ما قاله الجلاب ومن وافقه، مع أن كلامه إنما هو لبيان ما به العمل، كما ذكره ابن الناظم، وصاحب المفيد يتبع صاحب الكافي وهو يتبع ابن الجلاب بالمشاهدة. وذكر صاحب^(١) متابعة ابن عبد البر لابن الجلاب وهو خلاف المشهور كما رأيته.

(١) قوله: وذكر صاحب لم يذكر المضاف إليه ولعله صاحب المفيد فليحرره. وقوله: متابعة هو مفعول ذكر اهـ. وتأمل.

وَنَضْفُهُ يَحُلُّ بِالطَّلَاقِ مِنْ قَبْلِ الْإِبْتِنَاءِ كَالصَّدَاقِ
وَمَوْتُهُ لِلْمَنْعِ مِنْهُ مُقْتَضِي فَإِنَّهُ كَهَبَةٌ لَمْ تُقْبَضِ

يعني أن من عقد على امرأة بصداق مسمى ثم زادها بعد العقد على ما سمي لها حين العقد فإنه إن دخل لزمته تلك الزيادة كاملة طلق أو لم يطلق عاش أو مات، وإن طلق قبل البناء لزمه نصفها، وإن مات قبل البناء سقطت الزيادة لأنها كهبة لم تقبض. قال في المقرب: قلت: فإن تزوجها على صداق مسمى ثم زادها بعد ذلك في صداقها من قبل نفسه ثم طلقها قال لها نصف الزيادة بمنزلة ما وهب لها تقوم به عليه وإن مات قبل أن تقبضه فلا شيء لها لأنها هبة لم تقبض. وفي المدونة: من تزوج بمهر مسمى ثم زادها فيه طوعاً فلم تقبضه حتى مات أو طلق قبل البناء لزمه نصف ما زاد في الطلاق وسقط كله بالموت. وفي ابن الحاجب: وما زاده في صداقها طوعاً بعد العقد فإن لم تقبضه لم تأخذ منه في الموت شيئاً لأنها عطية لم تقبض وتأخذه أو نصفه في الطلاق، وفي التوضيح أو للتفصيل أي تأخذه كله إن وقع الطلاق بعد البناء أو نصفه إن وقع قبله اهـ. وفي مختصر الشيخ خليل: وتشطر ومزيد بعد العقد بالطلاق قبل الميسر ثم قال: وسط المزيد بالموت فقط.

وإن أتى الضمان بالمهر على إطلاقه فالحمل صح مجملاً

وقال ابن عرفة ما نصه ابن بشير في بطلانه بالموت أي الزائد على الصداق قولان بناء على أن الملحق بالعقد كمنفصل عنه أو واقع فيه. ثم قال ما نصه: إن الزيادة إذا صدرت من الزوج مقيدة بحكم المهر لا هبة مطلقاً، فاعتبر فيها حكم المهر عملاً بقصد الزوج إذ هو حق له في حياته فكان له نصفها في الطلاق، واعتبر فيها بعد موته الهبة لحق الورثة اهـ. بلفظه بعد نقله كلام المتيطي. وقال أبو الحسن الصغير ما نصه: هذه الزيادة بعد عقد النكاح لاستصلاح النكاح ونظيرتها في الصرف إذا قال: قد استرخصت مني الدينار فزدني، وكذلك الزيادة في الطعام المسلم فيه، قال في السلم الثاني: فزاده أرادب معجلة أو مؤجلة جاز، وهذه الزيادة التي بعد عقد النكاح فيها شائبتان: شائبة تشبه بها الصداق من أجل أنها لاستصلاح النكاح، وشائبة تشبه بها الهبة من أجل أنها بعد العقد، إذ لو شاء لم يزد لها فإعراى فيها موجب الاحتمالين، فما وجب على الاحتمالين أوجبه، ومتى لم تجب إلا على أحدهما سقطت، فإذا كان في الطلاق على احتمال أن تكون هبة والأصل بقاء ملك الزوج عليها فلذلك لم يوجبها لها، وإن كان في الموت فعلى احتمال أن تكون من الصداق وجب لها جميعها، وعلى احتمال كونها هبة سقطت لأنها كهبة لم تقبض، فلما سقط ذلك على أحد الاحتمالين والأصل بقاء ملك الزوج عليها فلذلك لم يوجبها له، قال الشيخ: وهكذا تلقيت هذه الطريقة من شيعي عن شيخه أبي محمد صالح رحمهما الله اهـ. بلفظه، وهذا بسط ولكن يحتاج إلى تدبر وتمهل وتفكر، وهذا يدل على صعوبة وجه المشهور في النازلة لتكلم هؤلاء الفحول، ولا يحسن بمن شرح أن يخلو كتابه من هذا كله، وقد خلا من هذا شرح ابن الناظم وشرح هذا الشارح، بل خلا من ذكر المسألة باعتبار ما فيها من الخلاف مع أنه خلاف قوي،

ص:

(وإن أتى الضمان في المهر على إطلاقه فالحمل صح مجملاً)

يعني أن من زوج غيره كابنه وخدمه وصاحبه وضمن عنه الصداق في نفس عقد النكاح فإنه يحمل على الحمل الآتي أي على أن تحمل به وتبرع به من ماله ولا يرجع على الزوج لأنه خرج مخرج الصلة والصدقة، وكذلك إذا زوج ابنته وضمن لها الصداق فيلزمه ولا يرجع به على الزوج ولا يحمل على الحماله بمعنى أنه ضمنه عن الزوج ويرجع به عليه على قاعدة من ضمن وغرم عن المضمون عنه فإنه يرجع عليه ولا إشكال. قال في المقرب: قال سحنون قلت لابن القاسم: أرأيت لو أن رجلاً زوج ابنته (وضمن لها الصداق) أيجوز ذلك؟ قال نعم وهو قول مالك، وللأبنة أن تأخذ بصداقها أباهها ولا يكون للأب أن يرجع به على الزوج لأن ضمانه عنه في هذا الموضع على وجه الصلة له والصدقة. وفيه أيضاً: قال مالك في الرجل الشريف يزوج الرجل ويضمن عنه الصداق أنه لا يتبعه بشيء. وقال المتطي: ولو ذكر في عقد الصداق أن فلان بن فلان الفلاني ضمن عن الزوج النقد ولم يبين هل هو على الحمل أو على الحماله قال: فصل مذهب ابن القاسم في المدونة على الحمل حتى تراد الحماله نصاً قاله ابن الماجشون في الواضحة، قال غير واحد من الموثقين: وبه الحكم اه. قال مقيد هذا الشرح عفا الله عنه: وللخروج من الإجمال في مطلب الحمل يكتب الموثقون اليوم وبأن تحمل والد الزوج عن ولده

هذا قال فيه في المختصر ورجع لأب وذو قدر زوج غيره، وضامن لابنته النصف بالطلاق، ولا يرجع أحد منهم إلا أن يصرح بالحماله أو يكون بعد العقد، ولها الامتناع إن تعذر أخذه حتى يقدر وتأخذ الحال، وبطل إن ضمن في مرضه عن وارث لا زوج ابنته اه. والكلام في هذه المسائل طويل جداً وقد استوفيناها والحمد لله فقف عليه إن شئت. وقد قال أبو الحسن بعد نقله كلام المدونة ما نصه: الألفاظ هنا ثلاثة: لفظ الحمل لا رجوع معه مطلقاً كان في أصل العقد أو بعده. ولفظ الحماله على العكس فيه الرجوع مطلقاً كان في العقد أو بعده. ولفظ الضمان في العقد لا رجوع كالحمل وبعده فيه الرجوع على خلاف ذكره، ولكن هذا هو الراجح عنده، وتبعه أبو عبدالله الفشتالي قال أبو الحسن: وهذا حيث لا إبهام، وأما إن شرط الرجوع أو عدمه فلا خلاف في هذا وفي غيره من عقود المعاوضات، ثم قال: والمفرق بين هذه الألفاظ هو عرف الفقهاء، وصرح العبدوسي بما قاله أبو الحسن في الضمان وأنه في أصل العقد حمل وبعده حماله، وذكر أبو الحسن أن ما بعد العقد يشترط فيه الحوز، وكذا ذكره غيره وقد لفقنا في هذا بما نصه:

أنف رجوعاً عند حمل مطلقاً	حماله بعكس ذا قد حققا
لفظ ضمان عند عقد لا ارتجاع	وبعده حماله بلا دفاع
وكل ما التزم بعد العقد	فشرطه الحوز لدى من يجدي

أي ينفع، هذا هو ما تيسر نقله. ولكن عليك بالشرح تر الحق إن شاء الله تعالى، ما أحوج هذا الشارح إلى نقل تحصيل أبي الحسن، ولكن هذا تابع لابن الناظم على عادته كما لا يخفى. قوله: (وضمن لها الصداق) أي في صحته كما في غير ما كتاب وهو في قوله المختصر: وبطل إن ضمن في مرضه عن وارث وهو شامل لغير البنت، والخلاف في ذلك قوي، فكان من حق هذا الشارح أن يبين ولكن تبع ابن الناظم في إطلاقه.

بجميع النقد لماله وذمته حملاً لا حمالة خارج عن معنى الحمالة وسبيلها ووالد الزوج فرض مثال فقط. قال الشارح: ومما يتأكد معرفته هنا لزوم هذا الحمل للحامل عاش أو مات إلا أن ينفسخ النكاح بوجه من وجوه الفسخ ولزوم النصف في الطلاق، وفي الخلع الخلاف هل يسقط عن الحامل الصداق جملة أو يكون النصف المختلج به للزوج المخالغ؟ وقال ابن الحارث في اتفاقاته: واتفقوا في الرجل يتزوج المرأة ويحمل عنه رجل الصداق في عقد النكاح أن الصداق على الحامل عاش أو مات، وإن انفسخ النكاح بوجه من الوجوه فلا شيء على الحامل للزوج، وإن طلق الزوج قبل الدخول فللزوجة نصف ذلك الصداق ويسقط عن الحامل النصف ولا يكون للزوج أن يتبعه بشيء.

(واختلفوا إذا خالغ امرأته) قبل الدخول فذكر ابن حبيب في كتابه أن ابن القاسم يقول: يسقط عن الحامل جميع الصداق ولا يرجع الزوج عليه بشيء منه. وقال ابن الماجشون: إنما يرجع إلى الحامل نصف الزوج وأما النصف الذي كان يجب للمرأة فهو للزوج. قال الشارح: أقول: قد كان يجري في البحث عند الشيخ رحمه الله أن وجه

قوله: (واختلفوا إذا خالغ الخ) كان من حقه أن ينقل كلام المتيطي ونصه. ولو بارأ الزوج زوجته قبل البناء على المتاركة وإسقاط النصف الواجب لها فهل يعود ذلك إلى الزوج أو إلى الحامل؟ فيه قولان، قال ابن القاسم في الواضحة: يرجع إلى الحامل وبه الحكم. وقال ابن الماجشون: بل يرجع إلى الزوج. قال ابن حبيب: وبه أقول. وقول ابن القاسم وهم لأن ذلك النصف بمنزلة الجميع لو بارأها على رده بعد البناء أليس إن جميعه للزوج فكذلك النصف واحتج له محمد بن سعيد بأن الزوج بمنزلة من باع ما وهب له لأن بيع العصمة كبيع سلعة وهبت له. واختار اللخمي قول ابن القاسم قال: لأن قصد الأب الحامل أن يرى ابنه ذا زوجة وأن يعفه بالنكاح، فإذا لم يتم له قصده عاد إليه الصداق، ولذلك قالوا: إذا طلق عاد للأب النصف، فالوجه الذي رجح به النصف إليه به يرجع الجميع ع^(١) غلط في نقل هذه المسألة من كتاب ابن حبيب كثيراً من القرويين والأندلسيين، فجعلوا الخلاف إذا طلق الابن قبل البناء ولم يذكر في الواضحة فيها خلافاً أن النصف راجع إلى الحامل، وإنما الخلاف إذا بارأ على المتاركة أي على جميعه قبل البناء اهـ. وبن الناظم كأنه لم يقف على كلام اللخمي وهو قوله: لأن قصد الأب الخ، حتى قال في ذلك: كان يجري الخ، ونقله هذا الشارح عنه ولم يعترضه بما اعترضناه. قال كاتبه: قول ابن حبيب قول ابن القاسم وهم لأن ذلك النصف الخ فيه نظر، لأن الجميع بعد الدخول هو للزوجة بلا خلاف عندنا، والمبارأة على الجميع قبل البناء قيل إن الزوجة لا شيء لها بالعقد فكيف يسوي هذا بهذا مع جواز مراعاة الخلاف؟ وأيضاً إذا وقع الدخول حصل مراد الحامل في الجملة ولا كذلك قبل البناء، فإن الداخل بالزوجة تمّ عنده النكاح وصار محصناً وصارت الولادة بينهما محتملة إلى غير ذلك. والحاصل انظر الشرح ففيه الشفاء إن شاء الله تعالى. ص:

(١) رمز بالعين للمتيطي واسمه علي بن عبد الله بن إبراهيم ١٠١ هـ.

القول الأول أظهر لأنه إنما تحمل المتحمل الصداق على أن يصير المتحمل عنه ذا زوجة ولم يتبرع عنه مطلقاً اهـ. فرع: قال ابن سلمون: وللمرأة الامتناع من الدخول حتى تقبضه فإن أعدم الحامل لم يكن للزوج سبيل إليها حتى يدفعه ويتبع به الحامل إن دفعه، فإن أباحت له الدخول دون شيء لم يكن لها قبل زوجها شيء وتتبع به الحامل إذ لا يطالب الزوج بما تحمل عنه غيره في عقد النكاح. وقال ابن عتاب: حكى ابن مغيث أنه إن كان للابن مال وتحمل الأب عنه الصداق كانت المرأة مخيرة إن شاءت أخذت به الحامل أو المحمول عنه. تنبيه: قال ابن سلمون: هذا كله إذا كان الحمل في نفس العقد، وأما لو وقع الحمل بعد عقد النكاح كان حكمه حكم الهبة تبطل بالوفاة إن لم تقبض في قول ابن القاسم، وقال ابن الماجشون: تلزمه على كل حال.

وَنَحْلَةَ لَيْسَ لَهَا افْتِقَارُ إِلَى حِيَازَةٍ وَذَا الْمُخْتَارُ
وَيَنْفَعُ الْمُنْحُولُ لِلصَّغِيرِ مَعَ أَخِيهِ فِي الْمَشَاعِ إِنْ مَوْتُ وَقَعَ

النحلة ما يعطيه والد الزوج لولده في عقد نكاحه، أو والد الزوجة ابنته في عقد نكاحها وينعقد النكاح على ذلك، فإذا وقع ذلك فهي لازمة للناحل في ماله وذمته يؤخذ بها في حياته وبعد موته لا يبرئه منها إلا الأداء قاله في المتيطة. فإن مات الأب قبل أن تحاز فالنحلة صحيحة نافذة على القول المختار عند العلماء، وكذلك إن ماتت الابنة المنحولة فمن حق الزوج ميراثه في النحلة. ابن سلمون: وإذا انعقد النكاح على هذه النحلة لم تفتقر إلى حيازة وقيل لا بدّ فيها من الحيازة وبالأول العمل لأنها لما انعقد النكاح عليها صارت بمنزلة البيع اهـ. ومن كتاب ابن أبي زمنين: ومن تزوج وهو كبير مالك لأمر نفسه ونحله أبوه نحلة انعقد عليها النكاح ثم مات الأب قبل أن يقبض نحلته فقد قال بعض العلماء: إنها نحلة تامة وإن لم يقبضها الابن اهـ. والقول بعدم افتقارها للحوز، ولا تبطل بموت المعطي قبل القبض، قال المتيطي: هو المشهور وعليه العمل وبه الحكم عند الجمهور اهـ. وإلى هذا أشار بالبيت الأول، وأشار بالبيت الثاني إلى قوله في كتاب الاستغناء: إن نحل رجل ابنه الكبير في عقد نكاحه ونحل معه ابناً صغيراً أملاًكاً مشتركة ثم مات الأب قبل بلوغ الصغير نفذ لهما إن حازها الكبير، وإن لم يحزها جاز نصيب الكبير الذي انعقد عليه النكاح وبطل نصيب الصغير وقسم بينهما. قال المشاور: وأحب إلي أن ينفذ جميع ذلك لأن عقد النكاح في بعضه كالحيازة في جميعها للاختلاف

(ونحلة ليس لها افتقار إلى حيازة وذا المختار
وينفذ المنحول للصغير مع أخيه في المشاع إن موت وقع)

كلام الشارح على هذا حسن، ولكن انظر عند قول المتن: ولزمها التجهيز. وعند قوله: ولو طولب بصداقها الخ، فإننا ذكرنا كلاماً حسناً في النحلة والإمتناع، وكلام ابن الناظم أوفى من كلام هذا الشارح، ومع ذلك بقيت أمور لم يذكرها، انظرها في المحل الذي أشرنا إليه، وانظرها هناك فقد بيّنا إدخال النحلة في كلام المختصر.

في ذلك كمن تصدق على كبير وصغير اهـ. من ابن سلمون ونقله الشارح أيضاً.

فرع: قال ابن سلمون: (ولا شفعة) في هذه النحلة على مذهب مالك رحمه الله، وإن كان النكاح انعقد عليها واختلف في ذلك الشيوخ وهي بمنزلة الهبة والصدقة ولا شفعة فيهما، وإن كان قد روى ابن عبد الحكم عن مالك أن فيهما الشفعة وقال به بعض الشيوخ في النحلة على رواية ابن عبد الحكم في الهبة وليس عليها عمل اهـ. فرع: إذا اعترف والد الزوجة أن لها أملاكاً وسماها في كتاب صداقها سئل عنه الأستاذ أبو سعيد ابن لب فأجاب بأن ما اعترف به والد الزوجة المذكورة نافذ لها مالاً وملكاً من أملاكها، انظر تمام كلامه في الشارح، وانظر ابن سلمون أيضاً. ثم قال رحمه الله:

وَمَعَ طَلَقٍ قَبْلَ الْبِنَاءِ تَثْبُتُ وَالْفَسْخُ مَعَ الْبِنَاءِ
وَالْخُلْفُ فِيهَا مَعَ وَقوعِ الْفَسْخِ فِي تَنَاقُحِ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَاغْرِفِ

يعني أن النكاح إذا انعقد على نحلة ثم وقعت الفرقة فإن كانت بالطلاق قبل البناء فإن النحلة تثبت، وأحرى والله أعلم أن تثبت في الطلاق بعد البناء وإن كانت الفرقة بالفسخ لفساد ونحوه، فإن كان بعد البناء فإنها تثبت أيضاً، وإن كان الفسخ قبل البناء ففي بطلانها وصحتها قولان. ابن سلمون: وإن طلق الزوج زوجته قبل البناء فالنحلة جائزة للمنحول نافذة، وإن فسخ هذا النكاح قبل البناء لفساد فيه ففي ذلك قولان: أحدهما: أن النحلة تبطل وتعود إلى الناحل قاله ابن العطار. والثاني: أنها لا تبطل وهي نافذة جائزة كالطلاق، وإن كان الفسخ بعد البناء فالنحلة نافذة باتفاق اهـ. وقد أطال الشارح الكلام هنا وختمه بمسألة من زوج ابنته ونحلها غيره ثم طلقت قبل البناء وسكت والدها عن طلب ما نحلته به مدة فهل تأخذ ما نحلته به ولا يضر سكوت والدها عن طلبها؟ فأجاب الأستاذ أبو سعيد بن لب بأنه إذا ثبتت الشهادة بالنحلة على الناحل في عقدة النكاح فقد حصل ملك الزوجة للشيء المنحول من غير افتقار إلى حيازة على القول المشهور المعمول به في ذلك.

فصل في تداعي الزوجين وما يلحق به

الرَّوْجُ وَالرَّوْجَةُ مَهْمَا اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَهْرٍ وَالنِّكَاحِ عُرْفَا
فَإِنْ يَكُنْ ذَلِكَ مِنْ قَبْلِ الْبِنَاءِ فَالْقَوْلُ لِلرَّوْجَةِ قَدْ تَعَيَّنَا

وقوله: (ولا شفعة النخ) الخلاف على أنها كهبة لا ثواب فيها أو كهبة لثواب، فنفي الشفعة على الأول وثبوتها على الثاني أشار لذلك المتيطي وذكر أن ثبوت الشفعة هو الأظهر.

فصل في تداعي الزوجين وما يلحق به

(الزوج والزوجة مهما اختلفا في قدر مهر والنكاح عرفا)
إلى آخر الأبيات العشرة.

مَعَ الْيَمِينِ إِنْ تَكُنْ لَمْ تُخَجِّرْ (وَعَاقِدٌ يَخْجُرُهَا بِهَا حَرِي)

قوله: (وعاقد يحجرها بها حري) هذا إصلاح فيه نظر، فإن الولي هو الذي يحلف كان جابراً أو لا، كما هو الذي في أنقال الناس، وكما يدل عليه كلام المتيطي الذي نقله ابن الناظم، وهذا الشارح والتعليل يدل على ما ذكرناه، والكلام هنا طويل، وكلام المختصر حسن جامع لهذه الأمور ونصه، وفي قدر المهر أو صفته أو جنسه حلفاً وفسخ والرجوع للأشبه وانفساخ النكاح بتمام التحالف وغيره كالبيع إلا بعد بناء أو طلاق أو موتها. فقوله: يبين ولو ادعى تفويضاً عند معتاده في القدر والصفة ورد المثل في جنسه ما لم يكن ذلك فوق قيمة ما ادعت أو دون دعواه وثبت النكاح ولا كلام لسفيهة، وقد نقلنا عليه كلاماً محرراً في هذه المسائل نشير له في تقرير المتن وتضمنه إياه لطوله. فقوله: وفي قدر المهر أو صفته أو جنسه أي وفي ضمنه النوع، فهذه أربعة أمور لا يختلف حكمها قبل البناء ولا موت ولا طلاق، والأب ونحوه في نحو البكر في حكم الزوجة، وكذلك ولي الصبي نحوه في حكم الزوج. وقوله: حلفاً أي ويقضى للحالف على الناكح وهو ظاهر، لأن طلب حلفهما إنما هو لنكول أحدهما مثلاً، وهذا كله مع تحقيق النكاح. وقوله: والرجوع للأشبه الخ هذا قال فيه ابن غازي ما نصه: يرفع غيره عطف الرجوع وإفراد الضمير ملاحظة لما ذكر، ومما اندرج فيه التبدئة باليمين وكون نكولهما كأيمانهما، والغرض الذاتي من التشبيه بالبيع الإحالة عليه في المشهورية التي عتيها في الأربعة، إذ قال في فصل اختلاف المتبايعين وفسخ إن حكم به ظاهراً وباطناً كتناكلهما، وصدق مشتر ادعى الأشبه وحلف إن فات وبدأ البائع اه. بلفظه. وهو مصرح بأن الشبه يراعى قبل البناء ولا موت ولا طلاق، وهذا مناف لقوله: وصدق مشتر ادعى الأشبه وحلف إن فات ولا فوت هنا مع أنه في البيوع خصّ التصديق بالمشتري وهو نظير الزوج هنا، واعتراض ح على قول المتن: وصدق مشتر ساقط كما بيّناه في محله فجاء الإشكال غاية، وإن كان يمكن الجواب أن الزوج إذا أشبه هو كالمشتري لأن قوله: والرجوع للأشبه كالبيع يشير لما عنده في البيع وهو المشتري، ولكن لا جواب على الفوات إلا باعتبار ما ذكره ابن عبد السلام وتبعه المصنف من أنه يظهر أن العقد هنا بمنزلة الفوات، ولكن الفقهاء لم يعرجوا على ذلك كما قاله هو نفسه، وإنما الفوات هو البناء كما في قول القاضي وغيره وقد بيّنا ذلك ونقلناه، اللهم إلا إن يذهب على أن الشبه يراعى حتى قبل الفوات وهو قول قوي غاية، ونقلناه في البيوع عن المحققين فيزول الإشكال، وقول المصنف: وصدق مشتر الخ أشبه البائع أم لا؟ فإن أشبه البائع فقط فقوله كما أشرنا إليه هنا، ويمكن الجواب أيضاً بأن قول المتن والرجوع للأشبه الخ التشبيه به في قول المتن إلى أن هذه الأمور تجري على ما في البيوع وإن ذكرها المصنف هنا قبل البناء ولا موت ولا طلاق، فذكرها هنا لا يخصص كون ذلك إنما يعتبر هنا، بل هي هنا جارية مجراها في البيوع، والمصنف قال في البيوع: وصدق مشتر ادعى الأشبه وحلف إن فات فيعتبر الشبه هنا مع الدخول من الزوج لأن الدخول به يفوت البضع، ولو كانت هذه الأربع خاصة بما قبل البناء لزم أنه لا يكون التناكح كالتحالف وذلك غير صحيح فإن التناكح فيه كالتحالف بل ولا يجري فيه أيضاً، وبدأ البائع إذا مررنا على اختصاص الأربع بما قبل البناء وتخرج عليه أيضاً مسألة قول المتن: وإن قال أصدقتك أباك مع أن هذه الأمور داخلية كما في شراحه، وبه تعلم صحة اشتراط اللخمي وجود الشبه في قول المتن ورد المثل في جنسه، مع أن الرد المذكور إنما يكون بعد التحالف كما في المتيطي وغيره، ولم يذكر ابن الحاجب

وَيَمْدَا ذَا يَخْلِفُ زَوْجَ أَنْكَرَا
 فِي دَفْعِ مَا كَانَ عَلَيْهِ الْقَسَمُ
 وَإِنْ تَرَأَصِيَا عَلَى النُّكَاحِ
 وَفِي انْفِسَاخِ حَيْثُ يُفْقَدُ الرِّضَا
 وَتَأْخُذُ الزَّوْجَةَ مَعَ نُكُولِهِ
 وَالْحُكْمِ فِي نُكُولِ كُلِّ مِنْهُمَا
 وَقِيلَ بَلْ نُكُولُهُ مُصَدَّقٌ
 ثُمَّ يَكُونُ بَعْدَهَا مُخَيَّرَا
 أَوْ الْفِرَاقِ دُونَ شَيْءٍ يَلْزَمُ
 فَنَفِي الْأَصْحِ الرَّفْعُ لِلْجُنَاحِ
 وَبِطَلْقَةِ وَاحِدَةٍ جَرَى الْقَضَا
 مَا يَفْتَضِيهِ الْحَلْفُ فِي حُلُولِهِ
 بِمَا بِهِ بَعْدَ الْيَمِينِ حُكْمَا
 لِمَا ادَّعَتْهُ زَوْجَةٌ مُحَقَّقٌ

قوله: «تداعي الزوجين» أي اختلافهما وذكر من ذلك الاختلاف في قدر الصداق، وعليه تكلم في الأبيات العشرة والثلاثة بعدها، ثم الاختلاف في النوع والصفة، وذكر أنه إذا اتفق الزوجان على النكاح ولا نكرة بينهما فيه، وإنما اختلفا في قدر الصداق فقالت الزوجة: مائة مثلاً، وقال الزوج: ثمانون فإن كان اختلافهما قبل البناء ولم يقع موت ولا فراق فالقول قول الزوجة مع يمينها إن كانت رشيدة، وأما إن كانت محجورة فيحلف حاجرها لأنه هو الذي تولى العقد عليها وفرط في الإشهاد، فإن لم يحلف ونكل عن

وابن شاس قبله والقاضي وغيرهم كابن عرفة أن الشبه يعتبرها قبل البناء ولا طلاق ولا موت صريحه أصلاً، وإنما ذكر بعضهم في المحل المذكور الأربع أنها تجري هنا في التنازع في المهر مجرى اختلاف المتبايعين، ويدل لذلك قول ابن يونس يائر مسألة قول المتن فقول يمين، ومسألة سحنون وابن حبيب ما نصه: ويراعى في ذلك اختلافهما إذا أتى أحدهما بما يشبه والآخر بما لا يشبه، وقيل لا يراعى ذلك كما اختلف في ذلك في البيوع الخ. فقوله: كما اختلف الخ يدل على أن ما هنا جار على مسائل البيوع وقول المصنف هنا، فقوله يمين نظير قوله في البيوع: وصدق مشتر الخ، وقد تحصل من هذا أن المعتبر في الشبه هنا هو المعتبر في باب البيوع، وأن العقد هنا ليس هو الفوات وإنما الفوات هو الدخول، وأن الزوج إن أشبه عند الفوات فإنه يحلف أشبه صاحبه الذي هو الزوجة أو لا، فإن نكل حلف صاحبه الذي هو الزوجة وقضي لها، وإن أشبهت الزوجة وحدها فالقول قولها، وكل من كان القول قوله فلا بد من يمينه وإن لم يشبه واحد منهما حلفاً ورجع لصداق المثل، هذا هو القياس باعتبار البيوع، ولكن لا تفهم ما هنا على الحقيقة إلا إذا فهمت ما شرحنا به في شرحنا مسائل البيوع المشار إليها هنا فقد حررنا ذلك ولخصناه والحمد لله، ولكن ما هنا يكفي اللبيب إن شاء الله تعالى تفهيمه، وقول المتن ورد المثل في جنسه ثالث أقوال فيه اعتبار الشبه كما في ابن عرفة ولم يمر في المتن عليه، وعلى هذا فالملخص من المتن وكلام الناس أن الاختلاف في الجنس والقدر والنوع والصفة قبل البناء ولا موت ولا طلاق، فالتحالف والتفاسخ مطلقاً، ولا عبارة بالشبه وبعد البناء أو الطلاق، فقول الزوج أن أشبه في القدر والصفة وفي معنى ذلك النوع، وأما الجنس فالتحالف والرد لصداق المثل الخ تأمله تفهم به ما في شروح المتن والتحفة وإن أطالت هنا شرحها وادع لمن قرب ونقل وجلب فإنك لا تجد هذا هكذا مجموعاً مقررأ إن شاء الله تعالى في غير هذا القرطاس والله الهادي للصواب.

اليمين غرم للمرأة الزائد على ما قال الزوج وهو عشرون في المثل المذكور لنكوله وتضييعه الإشهاد، وإلى هذا أشار الناظم بالأبيات الثلاثة الأولى. فقوله: فإن يكن ذلك أي الاختلاف من قبل البنا يعني ولم يقع موت ولا فراق ولذلك أصلح الشطر الأول من البيت الثاني فقيل: إن كان ذا قبل الفراق والبناء. وقوله: وعاقد يحجرها بها حري أي والعاقد على المرأة النكاح الحاجر لها جري أي حقيق باليمين أي بأن يحلفها هو لا الزوجة. وقوله: وبعد ذا الخ أي إذا حلفت الزوجة أو حاجرها على المائة مثلاً فإن الزوج يحلف بعد حلفها أنه إنما تزوج بثمانين ثم يكون مخيراً بعد يمينه في دفع ما وقع عليه القسم من المرأة وهو المائة أو يفارق ولا شيء عليه، وظاهر هذا أو صريحه أنه إنما يخير بعد حلفه هو، قال الشارح: وهو كذلك على ما يأتي في واضحة ابن حبيب دون ما في التهذيب أي من تقديم تخييره على يمينه وأنه إذا حلفت الزوجة يخيره فيما ذكر قبل أن يحلف هو، فإن دفع ما حلفت هي عليه لزم النكاح بذلك، وإلا فإن امتنع من دفع ما حلفت عليه حلف على ما ادعى وافترقا ولا شيء عليه، ولهذا أصلح الشارح البيت الرابع فقال بعد قوله «وعاقد يحجرها به حري»:

ثم يكون زوجها مخيراً في دفعه المهر الذي قد أنكرا
أو اليمين وإذا ما يقسمُ كان الفراق دون شيء يلزمُ
قال الشارح: ثم يزيد بعد ذلك بيتاً نصه:

أو كان بعد موتها أو فرقته فالقول قول الزوج دون زوجته
قال: وعلى هذا التقدير لم يكن نقص شيئاً من معنى المدونة في هذا الفصل إلا أنه اعتمد قول ابن حبيب ونقص هذه المسألة التي إذا كان الاختلاف فيها قبل البناء وبعد موت أو طلاق ولا أحسبه استدرك القول فيها اهـ. وقوله: وإن تراضيا على النكاح البيت يعني أن الزوجين اللذين اختلفا في قدر المهر وتحالفا إذا تراضيا بعد تخالفهما على النكاح وذلك إذا رضي الزوج بما حلفت عليه الزوجة أو رضيت الزوجة بما حلف عليه الزوج أو تراضيا بغير ذلك فالقول الأصح أن ذلك صحيح بناء على القول بأن النكاح لا ينقطع بينهما إلا بحكم الحاكم بالفسخ، وقبل الحكم ما زال على نكاحهما، ومقابل الأصح أن النكاح يفسخ بينهما بنفس التحالف من غير افتقار إلى حكم، وعليه إذا تراضيا على النكاح بعد التحالف فلا بد من شروط النكاح لانفساخ الأول، وإذا حلفا ولم يرض أحدهما بما قال الآخر وفسخ النكاح بينهما فإن فسخه يكون بطلقة واحدة وعلى ذلك نبه بقوله: وفي انفساخ حيث يفقد الرضا، فهو تصريح بمفهوم قوله: وإن تراضيا على النكاح، وإذا حلفت الزوجة ونكل هو وامتنع من الحلف فإنه يلزمه ما حلفت عليه وعلى ذلك نبه بقوله: وتأخذ الزوجة مع نكوله البيت. ولم يتكلم الناظم على عكس هذه الصورة وهو إذا نكلت الزوجة وحلف الزوج فإن النكاح يلزم بما حلف عليه الزوج والله أعلم. وأشار لما إذا نكلا معاً بقوله: والحكم في نكول كل منهما البيتين، وحاصله أن في ذلك قولين: أحدهما: أن ذلك كالحكم بينهما بعد التحالف من تخيير الزوج في دفع ما

ادعته الزوجة أو الفراق دون شيء يلزمه وإلى ذلك أشار بقوله: والحكم في نكول كل منهما البيت. القول الثاني: أن الزوج يلزمه ما ادعته الزوجة لأن نكوله عن اليمين محقق لدعواها عليه وإلى ذلك أشار بقوله: وقيل بل نكوله مصدق البيت. قال المتطي: فإذا اختلف الزوجان في الصداق فإن كان اختلافهما في عدده قبل البناء من غير موت ولا طلاق فالقول قول المرأة مع يمينها إن كانت مالكة أمر نفسها، أو قول من عقد النكاح عليها من أب أو وصي أو ولي إن كانت محجوراً عليها على المستحسن من الأقوال وهي المبتدئة باليمين أو أبوها، هذا هو المشهور من مذهب مالك وأصحابه. وفي كتاب ابن الموزان أن الأب يحلف في صداق ابنته البكر، قال ابن حبيب في واضحته: ثم يكون الزوج بالخيار بين أن يحلف على تكذيب المرأة أو تكذيب أبيها، وبين أن يلتزم على ما حلفت عليه المرأة أو أبوها، أو يترك النكاح ولا يلزمه شيء من الصداق، ولم ير النكاح منفسخاً بينهما بنفس التحالف حتى يختار بعد ذلك بين أن يدفع إليها ما حلفت عليه ويدخل به شاءت أو أبت، وبين أن يطلق ولا يلزمه شيء، وقاله القاضي أبو الحسن بن القصار وأبو محمد عبد الوهاب، ونحوه للمغيرة أن لكل واحد منهما بعد التحالف من الخيار مثل ما لصاحبه في إمضاء النكاح على ما ادعاه الآخر أو رده، فإن أبيا من ذلك فسخ بينهما بطلقة وقيل بغير طلاق. قال الشارح: القول الذي حكاه المتطي أولاً أنه يفسخ بطلقة هو الذي ذكره الشيخ رحمه الله أنه به جرى القضاء. قال المتطي: وقال سحنون: إذا تحالفا انفسخ النكاح بينهما كاللعان. قال عبد الحق في كتابه عن بعض شيوخه: إذا اختلفا في الصداق قبل البناء فتحالفا فبعد التحالف وقبل فسخ النكاح رضي أحدهما بما قال الآخران ذلك ليس لمن أراه وليس ذلك مثل البيوع على مذهب ابن القاسم، لأن النكاح باب ينبغي أن يحتاط فيه فهو كاللعان بتمام التحالف يفسخ كما قال سحنون، وذكر عن الشيخ أبي عمران أن ذلك مثل البيوع يجري فيه الخلاف المذكور في البيع، قال: وقد نص على ذلك المغيرة أنه إذا رضي أحدهما بما قال الآخر تم النكاح، قال الشيخ أبو القاسم بن محرز: وهو الصواب. قال الشارح: وما حكاه المتطي عن ابن عمران وصوبه ابن محرز هو الذي عبّر عنه الشيخ بالأصح. ثم قال الشارح: وهذه الأبيات المتكلم عليها تنزل على ما نقلته عن المتطي بلا إشكال إلا أن بين ما اعتمده المتطي أنه المذهب وتبعه الشيخ وبين نص المدونة مغايرة ما في التخيير فهو في نص المدونة خير الزوج بين أن يعطي ما حلفت عليه الزوجة وبين أن يحلف وينحل عنه، وهو فيما حكى المتطي وغيره عن واضحة ابن حبيب يكون الزوج بالخيار بعد أن يحلف على تكذيب المرأة أو تكذيب أبيها فقال في التهذيب: وإذا اختلف الزوجان في الصداق بعد الطلاق قبل البناء فالقول قول الزوج مع يمينه، فإن نكل حلفت وأخذت ما تدعي، وكذلك إن ماتت قبل البناء فادعى ورثتها تسمية وادعى الزوج تفويضاً فالقول قوله مع يمينه، وإن اختلفا في الصداق من غير موت ولا طلاق فادعت المرأة أكثر مما أقرّ به الزوج فالقول قولها، ويخير الزوج في إتمام ما ادعته وإلا تحالفا وفسخ النكاح ولا صداق لها. قال الشارح: قول المدونة بالتخيير قبل الحلف أجري على النظر، وقد لا يخالف

ابن القاسم ابن حبيب في انسحاب التخيير فيما بعد الحلف لأنها مسألة أخرى، وهي بماذا يتقرر الفسخ هل بنفس الحلف أو حتى يوقع؟ فتأمله. ثم قال في قوله: والحكم في نكول كل منهما البيتين. قال المتيطي: واختلف إذا نكلا جميعاً عن الأيمان فليل ذلك بمنزلة ما لو حلفا وقيل القول قول المرأة، قال الشيخ أبو الحسن: والأول أحسن، وكذا ذكر في كتاب السلم الثاني اهـ.

وَحَيْثُ مَا أُدْعِيَ مَا قَدْ يُنْكَرُ تَرُدُّ الإِمَامَ فِيهِ يُؤْتَرُ
فَقَالَ يَخْلِفَانِ وَالنُّكَاحُ بَيْنَهُمَا الْفَسْخُ لَهُ يُتَّحُ
وَجَمَلَ الْقَوْلَ لِمَنْ جَاءَ بِمَا يُشْبِهُ وَارْتِضَاءَ بَغْضِ الْعُلَمَاءِ

يعني أنه إذا ادعى أحد الزوجين ما يستنكر ولا يشبه من الصداق في القلة والكثرة، يعني وادعى الآخر ما يشبه فإن الإمام مالكا رضي الله عنه تردد في ذلك قوله، فقال مرة يتحالفان ويفسخ النكاح بينهما، وقال مرة القول قول من ادعى منهما ما يشبه كسائر أبواب الفقه. قال المتيطي: واختلف أيضاً إذا أتى أحدهما يعني الزوجين بما يشبه وأتى الآخر بما لا يشبه ولم يكن بنى بها فقال مالك مرة يتحالفان ويتفاسخان، وقال مرة القول قول من أتى بما يشبه دون الآخر، قال الشيخ أبو الحسن: وهذا أصوب لأن ذلك دليل كالشاهد يحلف معه من قام له ذلك الدليل. قال ابن حبيب: وسواء كان اختلافهما في عدد الصداق أو في نوعه كان ممّا يصدقه النساء أو ممّا لا يصدقنه اهـ. ومراده ببعض العلماء الشيخ أبو الحسن اللخمي، قال الشارح: تنبيه: مراد الناظم إذا ادعى أحدهما ما يشبه وادعى الآخر ما لا يشبه لقلة أو كثرة بدليل قوله: وحيثما ادعى بما قد ينكر، وقوله: وجعل القول لمن جاء بما يشبه، وذلك يدل على أن الكلام المتقدم قبل هذه الأبيات حيث يدعيان معاً ما يشبه أو يدعيان معاً ما لا يشبه والله تعالى أعلم، قال رحمه الله:

وَالنُّوْعُ وَالْوَصْفُ إِذَا مَا اخْتَلَفَا فِيهِ لِلاخْتِلَافِ فِي الْقَدْرِ اقْتَفَى

يعني أن الزوجين إذا اختلفا قبل البناء في نوع الصداق كأن يقول بثوب وتقول بمائة وقيمتها متساوية، أو اتفقا على النوع واختلفا في الوصف، قال في التوضيح: كأن تقول بعبد تركي وقال هو بعبد زنجي فإن الحكم في ذلك يقتضى ويتبع الحكم في الاختلاف في القدر المتقدم في صدر هذا الفصل وحاصله أنه إذا لم يرض أحدهما بقول الآخر تحالفا وتفاسخا. ابن عرفة في الزوجين يختلفان في قدر المهر أو نوعه سمع عيسى عن ابن القاسم عن بعض روايات العتبية إن كان قبل البناء فالقول قول الأب أو الولي إن كانت بكرة وتحلف إذ ليس لها الرضا بالمهر، فإن أعطى الزوج ما حلفت عليه وإلا حلف وانفسخ النكاح. وقال في موضع آخر: وإن اختلفا في نوعه قبل البناء فللخمي مع ما تقدم، ولابن رشد تحالفا وتفاسخا اهـ. ابن الحاجب: وإذا تنازعا في قدر المهر أو صفته قبل البناء من غير موت ولا طلاق تحالفا وتفاسخا ويجري الرجوع إلى الأشبه وانفساخ النكاح بتمام التحالف وغيره كالبيع. التوضيح: احترز بقبل البناء من بعده وسيأتي حكمه، وبقوله: من غير موت أو طلاق ممّا لو حصل أحدهما وسيأتي، وذكر المصنف أن الحكم

التحالف والتفاسخ، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت النكاح ولزم الناكل ما حلف عليه الآخر، وقوله: وتحالفا أي بشرط أن تكون مالكة أمر نفسها، وإلا فيحلف من عقد النكاح عليها من أب أو وصي أو ولي إن كانت محجوراً عليها، قاله المتيطي وغيره اهـ. ويأتي هذا لابن الحاجب في قوله: وإذا تنازع أبو البكر والزوج تحالفا ولا كلام لها. التوضيح: قوله: ويجري الرجوع الخ أشار رحمه الله إلى مسائل: الأولى: إذا ادعى أحدهما ما يشبه هل يكون القول قوله أو يتحالفا؟ لمالك فيه قولان، اللخمي: والأول هو الصواب لأن ذلك كالشاهد يحلف معه من قام له. والثانية: هل يفسخ النكاح بتمام التحالف كاللعان وهو قول سحنون أو لا يفسخ؟ ولكل منهما الرجوع إلى قول الآخر وهو قول ابن حبيب والقاضيين ابن القصار وعبد الوهاب وبه جرى عمل الأندلسيين. ابن محرز: وهو أصوب ولا شك على قول ابن حبيب أنه يفسخ بطلاق، وانظر على قول سحنون الذي يقول إنه يفسخ بتمام التحالف كاللعان هل يفسخ بغير طلاق أم لا؟ الثالثة: تبدئة الزوجة لأنها بائعة نفسها ولمالك في المختصر أنه يبدأ الزوج. الرابعة: إذا نكلا قال اللخمي قيل ذلك بمنزلة لو حلفا، وقيل القول قول المرأة وهذا كله داخل تحت قوله: وغيره كالبيع اهـ. وقوله في البيت فيه أي المذكور من النوع والوصف، ويجوز إفراد الضمير إذا كان العطف بأو، قال رحمه الله:

وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِيمَا عَيْنَا مِنْ قَدْرِهِ مَعَ حَلْفِهِ بَعْدَ الْبِنَاءِ
وَتَخْلِفُ الزَّوْجَةَ إِنْ لَمْ يَخْلِفْ وَتَقْتَضِي مَا عَيَّنْتَ بِالْحَلْفِ

لما قدم الكلام على حكم الاختلاف في القدر قبل البناء أتبعه بالكلام عليه بعد البناء وهو تصريح بمفهوم قوله في البيت الثاني من هذا الفصل، فإن يكن ذلك من قبل البناء وأخبر هنا أن القول في ذلك قول الزوج مع يمينه فإن نكل حلفت الزوجة وأخذت ما حلفت عليه. قال المتيطي: وإذا كان اختلافهما بعد البناء في عدد الصداق فالقول قول الزوج مع يمينه. قال ابن القاسم: لأنها مكنته من نفسها فصارت مدعية وهو مقر لها بدين فالقول قوله مع يمينه، وإن نكل فالقول قول المرأة مع يمينها ويكون لها ما حلفت عليه، قال المتيطي: هذا هو المشهور من مذهب مالك وأصحابه اهـ. ابن الحاجب: فإن تنازعا بعد البناء فالقول قول الزوج لأنه فوت. وقال ابن حبيب: يتحالفا مع بقاء العصمة ويجب لها صداق المثل، وقيل: إن اختلفا في صفته فما قال ابن حبيب وإن اختلفا في القدر فالقول قول الزوج مع يمينه. التوضيح: أي فإن تنازعا بعد البناء في القدر أو الصفة والأول مذهب المدونة. ثم قال في التوضيح فرع: فإن اختلفا في الجنس بعد البناء فحكى اللخمي والمتيطي ثلاثة أقوال: الأول: أنهما يتحالفا ويفسخ النكاح إن كان تنازعهما قبل البناء كان مما يصدقه النساء أم لا، وإن كان بعد البناء ثبت النكاح وترد المرأة إلى صداق مثلها ما لم يكن فوق قيمة ما ادعت أو دون ما ادعى الزوج إلا أن يرضى الزوج أن يعطيها ما ادعت وهذا كله قول مالك. ثم قال: وإذا قلنا بالتحالف ورد المرأة إلى صداق المثل فهل يثبت النكاح وهو المعروف في المذهب ورواه ابن وهب عن مالك أو يفسخ وهو

الذي في الجلاب اهـ. وإلى هذا الفقه بعينه أشار الناظم رحمه الله بقوله:

وَأِنْ هُمَا تَخَالَفَا فِي نَوْعِ مَا أَصْدَقَ مَا كَانَ فَحَلْفًا أَلْزَمًا
وَفِي الْأَصَحِّ يَثْبُتُ النِّكَاحُ وَمَهْرٌ مِثْلُهَا لَهَا مُبَاحٌ

فقوله: وإن هما أي الزوجان تخالفا في نوع الصداق يعني وكان ذلك بعد البناء بدليل قوله في البيت قبله مع حلفه بعد البناء، وقوله: ما كان أي كان مما يصدقه النساء أو لا، وألف الأزما للتثنية أي الأزما معاً بالحلف، وفي ثبوت النكاح وهو الأصح وفسخه قولان، وعلى كل من القولين فلها صداق مثلها، وتقدم هذا في قول التوضيح: وإذا قلنا بالتحالف ورد المرأة الخ اهـ.

فصل في الاختلاف في القبض

وَأِنْ هُمَا قَبِلَ الْبِنَاءَ اخْتَلَفَا فِي الْقَبْضِ لِلنَّقْدِ الَّذِي قَدْ وُصِفَا
فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجَةِ وَالْيَمِينُ أَوْ لِلَّذِي فِي حَجْرِهِ تَكُونُ

يعني أن الزوجين إذا اختلفا قبل البناء فادعى الزوج أنه دفع الحال من الصداق وأنكرت الزوجة وزعمت أنها لم تقبضه فالقول في ذلك قول الزوجة مع يمينها أو يمين حاجرها إن كانت محجورة. قال في التهذيب: وإذا ادعى الزوج أنه دفع الصداق وأنكرت الزوجة أو مات الزوج فادعت الزوجة أنها لم تقبض صداقها أو مات الزوجان وتداعى ورثتهما في دفع الصداق فلا قول للمدخول بها ولورثتها، وإن لم يدخل صدقت هي أو ورثتها اهـ. (وفي نص التهذيب) هذا زيادة فوائد على المحتاج إليه من فقه البيتين والله أعلم، ثم قال رحمه الله تعالى:

وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ بَعْدَ مَا بَنَى وَدَعَى الدَّفْعَ لَهَا قَبْلَ الْبِنَاءِ
وَهُوَ لَهَا فِيمَا ادَّعَى مِنْ بَعْدِ أَنْ بَنَى بِهَا وَالْعُرْفُ رَعِيَهُ حَسَنٌ

يعني إذا اختلف الزوجان في دفع الحال من الصداق وكان اختلافهما بعد البناء فإن ادعى الزوج دفعه قبل البناء فالقول قوله مع يمينه، وإن ادعى دفعه بعد البناء فالقول قولها مع يمينها أيضاً، وتقدم نص التهذيب لهذا. قال الشارح مفسراً لقول الناظم: «والعرف رعيه حسن»: وللعرف في هذه المسائل تأثير فالحق مراعاته، قال: وهذه المسألة الأولى في هذين البيتين، قالوا: من باب ارتفاع أصل بغالب لأن الدخول بالزوجة دليل عندهم لصحة دعوى الزوج أنه دفع نقد المهر قبله لأنه الغالب فارتفع به أصل عمارة الذمة

فصل في الاختلاف في القبض

(وإن هما قبل البناء اختلفا في القبض للنقد الذي قد وصفا) إلى آخر الأبيات السبعة. قوله: (وفي نص التهذيب الخ) ربما يدعي أنه لا زيادة لأن

بخلاف دعواه الدفع قبل البناء فلا غالب معه حينئذ فيجب البقاء مع الأصل إذ لا معارض له اهـ. ثم قال رحمه الله:

وَالْقَوْلُ وَالْيَمِينُ لِلَّذِي أَبْتَنَى فِي دَفْعِهِ الْكَالِيَّ قَبْلَ الْإِبْتِنَا
إِنْ كَانَ قَدْ حَلَّ وَفِي الَّذِي يَحُلُّ بَعْدَ بِنَائِهِ لَهَا الْقَوْلُ جُعِلَ
ثُمَّ لَهَا أَمْتِنَاعُهَا أَنْ يَدْخُلَا أَوْ تَقْبِضَ الْحَائِنَنَّ مِمَّا أُجْلَا

يعني أن الزوج إذا بنى بزوجته وادعى أنه دفع لها أو لحاجرها الكالِيء قبل البناء وأنكرت ذلك فإنه إن كان قد حلّ عليه قبل البناء فالقول قوله مع يمينه، وإن كان لم يحلّ إلا بعد البناء فالقول قولها مع يمينها، وإلى هذا أشار بالبيتين الأولين، وأشار بالبيت الثالث إلى أن الكالِيء إذا حلّ قبل البناء فللمرأة أن تمتنع من الدخول حتى تقبضه لأنه صار من جملة الحال. قال في المقرب: قلت: فإن تزوجها بصدّاق بعضه معجل وبعضه مؤجل ودخل بها واختلفا في قبض المؤجل فقال: سئل مالك عن رجل تزوج بمائة دينار وخادم إلى سنة فنقدها المائة ودخل عليها بعد السنة من يوم تزوجها ثم اختلفا في قبض الخادم فقال مالك: إن كان دخل بها بعد مضي السنة فالقول قول الزوج، وإن كان دخل

الناظم قال بعد هذين البيتين: والقول قول الزوج بعدما بنى الخ والموت كالبناء. تكميل: قال في المختصر في هذه المسائل ما نصّه: وفي قبض ما حلّ قبيل البناء قولها وبعده قوله بيمين فيهما عبد الوهاب إلا أن يكون بكتاب، وإسماعيل بأن لا يتأخر عن البناء عرفاً الخ. وصاحب التحفة ترك هذين القيدين، وقيد عياض ذلك أيضاً بقوله ما نصّه: وما قاله مالك إنما هو إذا ادعى الزوج دفعه قبل الدخول، وأما إن ادعى دفعه بعد الدخول فلا يصدق فيه كسائر الديون الخ. وترك خ هذا القيد أيضاً وإن ذكر ما قبله، وكان قيد عياض يفهم ممّا قبله، لأنه إذا ادعى أنه دفع بعد الدخول لم يظهر فرق بين دعواه أنه دفع قبل البناء ولم بين، وبين دعواه أنه دفع بعده حتى يصدق في الثاني دون الأول، وذلك لأنهم عدلوا أن القول للزوج بعد الدخول بأن العرف جار أن الزوجة لا تسلم سلعتها قبل قبض عرضها، ولذلك ابن عرفة ترك أيضاً هذا القيد وذكر القيد الأخيرين، وقد مرّ في المختصر على اعتبار القيود المذكورة ولذلك لم يقل: وهل إلا أن يكون بكتاب الخ، وقد نقلنا في الشرح كلام الناس الدال على أن المذهب هو اعتبار القيود المذكورة، ويظهر من الكلام من قيد بالكتاب أن المراد به كتاب مخالف لكتاب الصداق، وقد بينا ذلك في الشرح أيضاً، وهذه المسائل صعب غاية، فيحتاج القاضي إلى البحث عن العوائد وإلى النظر في أحوال الناس، فإن كثيراً من أهل البوادي يعطي الزوج منهم لوليّ المرأة ما يطلبه، ويؤخر عنه بعض الصداق المقدم لأجل ما أعطيه، ولا يكتب الوليّ أنه بقي عليه كذا، ويدخل الزوج فيأتي القاضي الذي لم يطلع على فعل الناس فيصدق الزوج في الدفع لدخوله وذلك خطأ صراح، ومن مازج الناس ورفع لهم الرأس اطلع على ما هو أكثر من هذا، هنا يحتاج القاضي إلى السؤال عن الأحوال والبحث عن شأن النسوان والرجال، فربما تكون المرأة راغبة في الزواج غاية فتؤخر عنه، وربما يكون العكس فلا، ومن راقب الله منحه هداه، ولكن قف على الشرح تر ما ينجي من عذاب الله بحول الله وقوته.

بها قبل مضي السنة فالقول قول المرأة فكذلك مسألتك . وفي النوادر من كتاب ابن المواز : قال مالك : لا تقبل دعوى المرأة بعد البناء أنها لم تقبض صداقها إلا فيما يحل منه قبل البناء . وفي النوادر من كتاب ابن المواز عن رواية أشهب : من تزوج بعاجل وأجل فله البناء يدفع المعجل فإن لم يدخل حتى حل المؤجل فله منعه حتى تقبض جميعه اهـ .

فصل فيما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق

وَكُلُّ مَا يُرْسِلُ الزَّوْجُ إِلَى
فَإِنْ يَكُنْ هَدِيَّةً سَمَاءًا
إِلَّا يَفْسَخُ قَبْلَ أَنْ يَبْتَنِيَا
وَإِنْ يَكُنْ عَارِيَّةً وَأَنْتَهَدَا
وَمُدَّعٍ إِزْسَالَهَا كَيْ تُخْتَسَبَ
ثُمَّ لَهَا الْخِيَارُ فِي صَرْفِ وَفِي
وَمُدَّعِي الْإِزْسَالِ لِلثُّوَابِ

رُؤِجَتِهِ مِنَ الثِّيَابِ وَالْحُلَى
فَلَا يَسُوعُ أَخْذَهُ إِلَّاهَا
فَإِنَّهُ مُسْتَخْلِصٌ مَا بَقِيََا
مِنْ قَبْلِ سِرًّا فَلَهُ مَا وَجَدَا
مِنْ مَهْرِهَا الْحَلْفُ عَلَيْهِ قَدْ وَجِبَ
إِمْسَاكِهَا مِنَ الصَّدَاقِ فَاعْرِفِ
شَاهِدُهُ الْعُرْفُ بِلَا اِزْتِيَابِ

يعني أن ما يرسله الزوج ويبعثه إلى زوجته قبل البناء من الثياب والحلي وغير ذلك

فصل فيما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق

(وكل ما يرسله الزوج إلى زوجته من الثياب والحلي)

إلى آخر الأبيات السبعة . وملخصها إن سمي ذلك هدية فلا يرتجعه إلا في فسخ النكاح قبل البناء فله ارتجاع ما بقي فقط ، وإن أشهد سراً بأن ذلك عارية فله ارتجاع ما وجد من ذلك في الفسخ والطلاق ، وإن ادعى أن ذلك من الصداق حلف وخيرت الزوجة في رد ذلك له وعد من الصداق ، وإن ادعى أن ذلك هبة للثواب فذلك مصروف للعرف الخ . وهذا باختصار من شرحها لكن بيانها في شرحنا وفي المختصر وفي تشطر هدية بعد العقد وقبل البناء أو لا شيء له وإن لم تفت إلا أن يفسخ قبل البناء فيأخذ القائم منها لا إن فسخ بعده روايتان الخ . فقلوه : بعد العقد أي وقبل البناء أي وطلق قبل الدخول ، وحاصل كلام الناس في هذا إن أهدى هدية قبل البناء وطلق قبله أو بعده فلا رجوع له مطلقاً وإن كانت قائمة لأنه طلق باختياره ولا خلاف في ذلك ، وإن طلق لعدم الإنفاق فكذلك على الراجح وهو قول ابن القاسم ، ولأجل اتهامه على إخفاء مال اتبع بنصف الصداق عند الطلاق عليه بذلك ، وعليه فالطلاق مبطل لها مطلقاً وإن فسخ قبل البناء ، فيأخذ القائم منها على الراجح فيما يظهر ، وإن فسخ بعد البناء فقد فانت وإن كانت قائمة كالطلاق ، وإن كانت الهدية بعد الدخول والطول فلا رجوع فيها ، وإن لم يكن طول فله أخذ هديته ، وهذا كله في الهدية المتطوع بها ولم تشترط ولا جرى عرف فيها ، وأما إن اشترطت فكالصداق في جميع الأحوال وإن جرى بها عرف فأجرها ابن حبيب ، كذلك على القول الذي يقضي بها فللنصف في الطلاق قبل الموت وتكمل به وأبطلها مالك في الموت والطلاق ، وعلى قول من لا يقضي بها فهي كالمتطوع بها من غير شرط الخ . وهذا كله في الهدية ، فافهم به ما لم يذكره هذا

ثم يقع الفراق بطلاق أو يفسخ فهل يرجع ذلك للزوج أو تستبد به الزوجة؟ في ذلك تفصيل فإن سمي ذلك هدية فليس له ارتجاعه وكان للزوجة إلا أن يفسخ النكاح بينهما قبل البناء بوجه من وجوه الفسخ فله حينئذ استخلاص ما بقي دون ما ضاع منها فلا تطالب به، وعلى ذلك نبه بالأبيات الثلاثة الأول، وإن أشهد الزوج سراً بأن ذلك عارية للزوجة فله استرجاع ما وجد منها في الطلاق والفسخ وبقاء العصمة، فإن ادعى إرسالها تحسب له من المهر حلف على ذلك وكانت الزوجة مخيرة بين صرف ذلك للزوج ورده له أو تحبس ذلك وتحسبه من المهر كما زعم الزوج، وإن ادعى أن ذلك هبة للشواب رجع بذلك للعرف، فإن شهد له العرف صدق في دعواه وإلا فلا. قال في النوادر والعتبية: روى عيسى وأصبغ عن ابن القاسم فيمن أهدى هدية لزوجته ثم طلق قبل البناء والهدية قائمة فلا شيء له فيها، ولو عثر على فساد النكاح بفسخ فما أدرك منها أخذه وما فات فلا شيء له فيه، قال عنه أصبغ: ولو طلق عليه لعدم النفقة وشبه هذا فهو كطوعه بالطلاق فلا شيء له فيه، وكذلك قال ابن حبيب: إذا أهدى ثم طلق قبل البناء. وفي النوادر من كتاب ابن المواز: قال ابن القاسم: ومن بعث إلى زوجته متاعاً وحلياً وأشهد أنه عارية ولم يعلم أولياؤها فذلك على ما أشهد إن أدركه أخذه، وإن تلف ولم تكن علمت بما أشهد حتى تقبله على العارية فلا ضمان عليها. وفي النوادر أيضاً من الواضحة: وما أهدى النكاح من حلي أو ثياب ثم أراد أن يحتسب ذلك في الصداق فليس له ذلك إذا سماه هدية، وإن لم يسمه هدية حلف ما أرسله هدية وما بعثه إلا لينقصه من الصداق فذلك له، فإن شاءت الزوجة قاصته به أو رده، وقاله أصبغ عن ابن القاسم، وقاله غيره من أصحاب مالك. وفي المقرب: قال مالك: وليس بين الرجل وامرأته ثواب في الهبة إلا أن يعلم أنها أرادت بذلك الثواب، مثل أن يكون الرجل الموسر تكون لامرأته الجارية الفارهة فطلبها منها فتعطيه إياها لتستغزر عطيته، وكذلك الرجل فيما يهب لزوجته. وفي الوثائق المجموعة: فإن لم يسم هدية ولا أعلن بها وادعى أنه أرسل لها ثياباً ليكافأ عليها فإنه ينظر إلى حال أهل البلد فإن كان المتعارف عندهم أن الرجال إنما يهدون إلى نسايتهم ليكافؤوا على ذلك كان القول قوله، فإن لم تكن في البلد سيرة بالمكافأة ولا رثي من الزوج أن ذلك كان منه على طلب المكافأة ولا ذكر وجهاً غير طلب المكافأة ولم ير في وقت الهدية ما يدل على إرادته التي ذكر لم يكن له فيها قيام إن شاء الله تعالى.

وَشَرَطُ كِسْوَةِ مِنَ الْمَخْظُورِ لِلزَّوْجِ فِي الْعَقْدِ عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني أن اشتراط الزوج على الزوجة كسوة له في نفس عقد النكاح محظور وممنوع على المشهور من المذهب لأنه جمع بين النكاح والبيع، وذلك ممنوع لاقتراق أحكامهما، لأن البيع مبني على المكايسة وتجاوز فيه الهبة، والنكاح مبني على المكارمة ولا تجوز فيه الهبة فافترقا، فإذا جمعا لم يدر ما ينوب البضع ولا ما ينوب الكسوة مثلاً ممّا أعطى

الشارح، وانظر عند قول المتن: وهديّة اشترطت لها أو لوليها، وعند قوله: وفي القضاء بما يهدي عرفاً قولان في الشرح.

الزوج، فمآل ذلك إلى الجهل بالصداق وبعوض الكسوة والجهل في ذلك ممنوع، وقيل في وجه المنع أيضاً أن الكسوة قد تساوي ما أعطى الزوج فيخلو البضع عن العوض والقائل بهذا يمنع ذلك، ولو كان فيما أعطى الزوج فضل كثير على ما أعطته المرأة حماية للذرائع فيخشى إن صح الأمر من هذين أن لا يصح من غيرهما، فإن وقع ذلك فسح قبل البناء وثبت بعده بصداق المثل. وفهم عن قوله وشرط أن ذلك يجوز إن كان طوعاً بعد العقد وللزوج يتعلق بشرط. (قال الشارح: في وثائق ابن سلمون تقرير العمل) بهذه المسألة وكأنه ارتكب فيها غير المشهور والله أعلم. وتقدم نحو هذه المسألة في قول الشيخ:

ويفسد النكاح بالإمتاع في عقده وهو على الطوع انتفي
فراجعه إن شئت.

فصل في الاختلاف في الشوار المورد بيت البناء

وَالأَبُ إِنْ أُوْرِدَ بَيْتٌ مِّنْ بَنَى
وَقَامَ يَدْعِي إِعَارَةَ لِمَا
فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بِغَيْرِ بَيْتِهِ
وَإِنْ يَكُنْ بِمَا أَعَارَ أَشْهَدًا
وَفِي سِوَى الْبِكْرِ وَمِنْ غَيْرِ أَبٍ
وَلَا ضَمَانَ فِي سِوَى مَا أَتْلَفَتْ
بِبَيْتِهِ الْبِكْرِ شِوَارَ الْإِبْتِنَا
زَادَ عَلَيَّ نَقْدَ إِلَيْهِ سَلْمًا
مَا لَمْ يَطَّلِ بَعْدَ الْبِنَا فَوْقَ السَّنَةِ
قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَهُ مَا وَجَدَا
قَبُولُ قَوْلِ دُونَ إِشْهَادِ أَبِي
مَالِكَةَ لِأَمْرِهَا الْعِلْمَ اقْتَفَتْ

يعني أن من زوج ابنته البكر وأورد شوارها بيت بناء الزوج بها أي أرسل الشوار (وهو ما اشترى لها بنقدها) من ثياب وحلي وغطاء ووطء وغير ذلك لبيت البنت المذكورة

قوله: (قال الشارح: في وثائق ابن سلمون الخ) انظر عند قول المختصر: وهو طلاق إن اختلف فيه، وعند قوله: أو باجتماعه مع بيع الخ في فصل الصداق، وعند قوله: ولو طولب بصداقها لموتها الخ في فصل التفويض.

فصل في الاختلاف في الشوار المورد بيت البناء

(والأب إن أورد بيت من بنى ببنته البكر شوار الابتنا)

إلى آخر الأبيات الستة. قوله: (وهو ما اشترى لها الخ) هذا غير مناسب لقوله: ثم ادعى الخ بدليل التأمل، وقد قال في المختصر في هذه المسائل في فصل التفويض ما نصه: وقبل دعوى الأب فقط في إعارته لها في السنة بيمين وإن خالفته الابنة إلا إن بعد ولم يشهد اه. وقد أكثر الناس الكلام في هذه الأمور غاية، ولكن نضمنه تقرير المتن فنقول وفي الله المأمول: فقوله: وقبل دعوى الأب الخ يشعر بأنه لا بينة له على العارية وهو كذلك وقوله: الأب يشعر أيضاً بأنها بكر في حجره وكذا

فكان ذلك تحت يدها، ثم ادعى الأب أن الشوار المذكور أو بعضه عارية بيدها فإنه ينظر، فإن كانت قيمة الشوار مثل ما قبض من صداق ابنته أو أقل فلا تقبل دعواه ولا يلتفت إليها، وإن زادت قيمته على ما قبض فتقبل دعواه العارية في ذلك الزائد مع يمينه إن ادعى ذلك داخل السنة من يوم البناء بالبنت المذكورة، فإن انقضت لم تقبل دعواه وإلى هذا

من في حكمها وهي الثيب المولى عليها، وربما يشعر أيضاً بأن الوصي كالأب في محجورته ولو ثيباً وهو كذلك إذ المدار على كون المعير له النظر في مال البنت المدعى عليها العارية. وقوله: الأب يقتضي أن الأم بخلاف ذلك وهو كذلك إلا أن تكون وصية وإن لم تكن وصية، فالصواب على ما يظهر من كلام الناس أنها لا مقال لها، ولا تصدق قبل السنة ولا بعدها، وفيها كلام طويل نقلناه في الشرح، ولكن انظر عند قول المتن كأم إن قل في الوصايا، وعند قوله: وقسم عن صغير أب الخ في كتاب القسمة، وعند قوله: لا حاضر في كتاب الحجر، فإن من وقف على هذه المواضع يظهر له أن الأم كالأب في هذا المحل، وبه أفتى ابن عرفة أولاً، وإن توقف في ذلك حين عورض في المسألة كما في البرزلي، ولكن مال لكلام ابن عرفة بعض الشيوخ للعرف كما في حلوه، وهذا يرجح على ما يفهم من كلام الناس أنها مخالفة للأب من جهة، فإن الأم إذا كانت رشيدة جلدة والبنت منضمة إليها بارة بها ولا أب للبنت فإنها كالأب في هذا بدليل العرف، فإن من مزج الناس علم أن الأم بالوصف المذكور كالأب أو أكثر، لأن الأمهات رأيناهن يعرن بناتهن الحوائج العظيمة الأثمان ويتكلفن في ذلك غاية وتفعل ذلك ولا ترجع عن فعلها إلا إذا لم تجد لذلك سبيلاً بكل حال، ولا سيما في بلدنا فاس أدامها الله لأهلها وأمنهم بها، فإن نسائها يجتهدن في هذا لبنتهن غاية ويبلغن في ذلك النهاية، ولا سيما له إن كن من أهل البيوتات وممن تنافس في هذا ومروءة تامة وممن يخفن من العار، فافهم هذا يظهر غاية فاشدد عليه يدك إن كانت الأم على ما وصفنا، واجتهد وراع القرائن ولا تجازف فالأمر صعب غاية وبالغ في الشدة النهاية. وقوله في إعادته أي فيما زاد على ما دفعه الزوج من النقد كما هو في كلام الناس من كل من وقفنا على كلامه ولكن لم يذكره في المتن وذلك لوضوحه، لأن النقد إذا قبضه وهو عشرون وشورها بعشرين فلا معنى لقوله نصفها عارية مني لها، فلله در المصنف، وبيتنا ذلك في الشرح غاية، وقد قال في المتن ولزمها التجهيز على العادة، وقد ذكروا أن المدار هنا على العرف، وقد أشار لذلك ابن عبد السلام وذكر في ذلك مسألة يطول جلبها بنا هنا وذكرناها في الشرح، وأن العادة إذا جرت بالإعارة فلا عبرة بالطول ولو أكثر من سنة. وقوله في السنة في الفائق ليست السنة بطول قاله في واضحة ابن حبيب، وبه قال واحد من الموثقين والفقهاء المحققين هذا لفظه، ولكن الخلاف في المسألة، وقوله بيمين ظاهر المتن عرف المال للأب أو لا، كان بقرب البناء أو لا، ما لم تبلغ السنة، وهو كذلك في الجميع، وظاهره كانت البنت ثيباً محجورة أبو بكر رشيدة أو لا، لأن البكر ترشد وهو قول المتن كبكر رشدت، لكن الرشيدة هو بالنسبة إليها كأجنبي، ولكن العلة هنا هو كون المال له فيه تصرف وإلا لم يخص الأب بهذا دون الإمام على الخلاف المتقدم. وقوله لها ضميره يعود على مدلول قوله: ولأبيها بيع رقيق الخ. وهذه محجورة لأبيها، فيفهم القيد من المتن بالمحجورة. وتقدم كلام في الرشيدة. وقوله: لا إن بعد الخ البعد هو تمام السنة بدليل قوله في السنة، وقوله: ولم يشهد أي وأما إذا أشهد فإنه يقبل ولو بعد أكثر من السنة كان الإشهاد بالعارية على البنت وهي حاضرة، أو أشهد بأن هذا عارية ولم تحضر، وهو كذلك إذا شهد الشهود أنه أدخله بيت زوجها. وفي البرزلي عن ابن فتحون: إذا ساق سوى نقدها

أشار بالأبيات الثلاثة الأول، هذا إذا كانت العارية المذكورة بمجرد دعوى الأب، وأما إن شهد بالعارية قبل البناء بالبت يعني أو بعده بالقرب جداً فلأب من تلك العارية ما وجد منها دون ما تلف فلا تضمنه البنت إن لم تعلم بالعارية كما يأتي، وإلى هذا أشار بقوله: وإن يكن بما أعار أشهد البيت، ثم صرّح بمفهوم وصف البنت بالبكاراة وبمفهوم الأب في قوله: والأب فاخبر أن الزوجة إذا كانت ثيباً فلا تقبل دعوى الأب العارية لها لا داخل السنة ولا بعدها، وأحرى عدم قبولها من غير الأب كالأم أم غيرها كالوصي والولي، وأن مدعي العارية إن كان غير أب كأم أو وصي أو ولي لم تقبل دعواه لا للبكر ولا لغيرها، وإلى هذين المفهومين أشار بقوله: وفي سوى البكر ومن غير أب البيت، ثم بيّن ما يضمن من العارية وما لا يضمن منها فقال: ولا ضمان في سوى ما أتلفت يعني إذا صحّت العارية فوجد المعار تالفاً كله أو بعضه فلا ضمان على البنت المذكورة فيما تلف إلا في وجه واحد وهو إذا علمت بالعارية وكانت رشيدة، أما الجاهلة بالعارية فلا ضمان عليها ولو رشيدة، وكذا العالمة بها وهي محجورة فلا غرم عليها أيضاً. قال في منتقى الأحكام: قال ابن حبيب: وإذا ادعى الأب بعض ما جهز به البكر بعد دخول الزوج أنه له وأنه أعاره إياها فالقول قوله مع يمينه إذا كان فيما ساقته إلى زوجها وفاء بما أعطاه سوى

من أسباب وأورده فإن صرّح بالهبة فلا ردّ وبالعارية يرده وإن سكت الخ. وإذا وجد الإشهاد بالعارية فإنه يسترجع ما أشهد بعاريته وإن طال الزمان، ولا فرق في البنت بين رشيدة من غيرها وبين مقرّة ومنكرة، إذ البينة بالإشهاد بالعارية هي المعتبرة، ولا فرق بين أب وغيره، بل سائر الأولياء ينفعهم الإشهاد المذكور كما في ابن سلمون وغيره، وهذا في شروح المتن وغيرها، وقد قال الحطاب: نقل البرزلي عن فتوى أشياخه أن حكم الإشهاد بعد الدخول في المدة التي يقبل فيها دعوى الأب في العارية حكم الإشهاد قبل الدخول، ثم ساق نصّه ثم قال: يفهم منه اختصاص الانتفاع بالإشهاد بعد الدخول بالأب والوصي في البكر والشيب المولى عليها والأم على فتوى ابن عرفة وهو ظاهر والله تعالى أعلم اه. قلت: والمصنف قال: ولم يشهد أي الأب ولم يقتد وقت الإشهاد فيدخل ما قاله البرزلي، ولعله لأجل ذلك خصّ الإشهاد بالأب إذ هو اللائق بالاختصاص والشمول الذي ذكره البرزلي، أي كون الإشهاد قبل الدخول أو بعده في الوقت المذكور ولم يهتمل بكون غير الأب ومن في حكمه كالوصي في المولى عليها، لأن البينة بالعارية كافية في الاسترداد، سواء كان المشهد أباً أو لا إذ لا تصديق في هذا، وإنما هو حق أشهد عليه فيردّ له كالعواري كلها إذا أشهدها المعير والودائع، انظر تمام هذا التقرير في الشرح باعتبار ما يشمل المتن، وباعتبار حسن اختصاره رحمه الله تعالى. وقوله: فإن صدقته ففي ثلثها يفهم منه أن هذا في الرشيدة إذ هي التي حجر عليها في زائد ثلثها ولذلك قال الحطاب بعد أنقال ما نصّه: حاصله إنه إذا بعد ولم يشهد فلا يقبل قوله إذا كذبت البنت وكذا إذا صدقته وكانت سفية، وإن صدقته وهي رشيدة ففي ثلثها إذا كان على وجه العطية، وإن لم يكن على وجه العطية فقال القرافي في الذخيرة في كتاب الحجر قال في النوادر قال عبد الملك: إذا أقرت في الجهاز الكثير أنه لأهلها جملوها به والزوج يكتنيتها، فإن لم يكن إقرارها بمعنى العطية نفذ أي وبمعنى العطية ردّ إلى الثلث اه. فاستعن بهذا زيادة على ما في هذا الشارح فإنه صحيح وأنقاله في الشرح، ولا تجازف في حقوق الناس تسلم من جميع الناس إن شاء الله تعالى.

هذا الذي يدعيه الأب، وسواء عرف له قبل ذلك أو لم يعرف، أقرت به الابنة أو أنكرته ما لم يطل زمن ذلك جداً وليست السنة طويلاً، ولا يكون هذا إلاً للأب في ابنته البكر، لأن مالها في يده والقول فيه قوله، وأما الابنة الثيب فلا لأنه لا قضاء للأب في مالها وإنما هو في يدها، وكذلك سائر الأولياء في البكر والثيب ليس لهم ذلك، وإنما جاز ذلك للأب في البكر خاصة، كذلك أوضح لي من كاشفت من أصحاب مالك، وانظر إذا كان قد أشهد على الشورة قبل ذلك وقال: أشهدكم أنها عارية بيد ابنتي ثم قام يطلبها فله ذلك بكرراً كانت أو ثيباً قاله في سماع أصبغ، وعلى هذا يكون حكم سائر الأولياء مع الإشهاد إذا أدخله بيتها بيينة، وإن تلف ذلك الشيء وكانت بكرراً فلا ضمان عليها وإن علمت بالعارية، إلاً أن يكون هلاكه بعد أن رشدت فتضمنه إلاً أن تقوم لها بيينة بالتلف من غير سببها وإن لم تعلم فلا شيء عليها، وإن كانت رشيدة ثيباً يوم أخرجها وعلمت تضمنت وإن لم تعلم لم تضمن اهـ. قال الشارح رحمه الله: هذه الأبيات الستة من الأبيات الجامعة ثم قال: ولم يبق مما نقل من متقى الأحكام شيء لم ينص عليه الشيخ رحمه الله ما عدا عدم ضمان الرشيدة ما قامت لها البيينة على تلفه من غير سببها خاصة اهـ. وبالله التوفيق.

فصل في الاختلاف في متاع البيت

وَأَنَّ مَتَاعَ الْبَيْتِ فِيهِ اخْتِلَافًا
فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ مَعَ يَمِينِ
وَمَا يَلِيْقُ بِالنِّسَاءِ كَالْحَلِيِّ
وَأَنَّ يَكُنْ لَأَقِّ بِكُلِّ مِنْهُمَا
وَمَا لِكَ بِذَلِكَ لِلزَّوْجِ قَضَى
وَهُوَ لِمَنْ يَخْلِفُ مَعَ نُكُولِ
وَلَمْ تَقْمَ بَيْنَةَ فَتَقْتَفَى
فِي مَا بِهِ يَلِيْقُ كَالسُّكَيْنِ
فَهُوَ لِزَوْجَةٍ إِذَا مَا تَأْتَلِي
مِثْلُ الرَّقِيقِ خُلْفًا وَأَقْتَسَمَا
مَعَ الْيَمِينِ وَيَقُولُهُ الْقَضَا
صَاحِبِهِ مِنْ غَيْرِ مَا تَفْصِيلِ

يعني أنه إذا اختلف الزوجان في متاع البيت وأثانه وادعاه كل واحد منهما لنفسه فإنه يفصل في ذلك، فما كان منه يليق بالرجل كالسكين والرمح والفرس والكتاب فيحكم به للرجل مع يمينه ما لم تقم له بيينة فلا يمين عليه، وما يليق بالمرأة كالحلي وما لا يلبسه الرجال فيحكم به للمرأة مع يمينها ما لم تقم لها أيضاً بيينة فلا يمين عليها، وعلى كون هذا الحكم إذا لم تقم بيينة نته بقوله: ولم تقم بيينة فتقتفى، وما يليق بكل منهما كالرقيق والثياب التي يلبسها الرجال والنساء ففيه قولان: أحدهما: أنهما يتحالفان ويقسم بينهما أنصافاً. والثاني (وهو المشهور) أنه يحكم به للزوج أيضاً بعد يمينه، وبهذا القول الحكم

فصل في الاختلاف في متاع البيت

(وإن متاع البيت فيه اختلافاً ولم تقم بيينة فتقتفى) إلى آخر الأبيات الستة. قوله: (وهو المشهور) هذا قول فقهاء المدينة وقال به أبو حنيفة وهو

والقضاء، وإلى هذين القولين أشار بالبيت الرابع والخامس، وأشار بالبيت السادس إلى أن من ادعى من الزوجين ما يليق به ولا بينة له وقلنا القول قوله مع يمينه فنكف عن اليمين وحلف الآخر فإن ذلك يكون للحالف لأن نكول المدعي كالشاهد عليه فيحلف المدعى عليه ويستحق، ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة، وعلى ذلك نبه بقوله: من غير ما تفصيل، واليمين من الزوجين على البت (ومن وروثة الزوجين على العلم)، نقله الشارح في

قول مالك. وقال الشافعي: لا يقدم أحدهما فيه إلا بحجة، وقد قال ابن رشد في البيان ما نصه: يد الزوج هي العلية على يد الزوجة هنا، ذكر ذلك عن ابن القاسم الخ، وهذا قريب من قولهم: لأن البيت بيته الخ. قوله: (ومن وروثة الزوجين على العلم الخ) هذا في المدونة في النصف، وتراه هنا إن شاء الله تعالى، وهذه المسائل كثيرة فانظر شرحها عند قول المختصر: وفي متاع البيت فللمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين وإلا فله بيمين ولها الغزل إلا أن يثبت أن الكتان له فشريكان، وإن نسجت كلفت بيان أن الغزل لها، وإن أقام الرجل بينة على شراء ما لها حلف وقضي له به كالعكس، وفي حلفها تأويلان، وكلام المدونة هنا حسن غاية ونصها: باب في اختلاف الزوجين في متاع البيت. وإذا اختلفا في متاع البيت وهما زوجان أو عند طلاق أو خلع أو لعان أو فراق بإيلاء أو غيره أو ماتا أو أحدهما فاختلف الورثة والزوجان حران أو عبدان أو أحدهما عبد أو مكاتب والآخر حر أو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً فإن لم تقم بينة قضي للمرأة بما يعرف أنه للنساء وللرجل بما يعرف أنه للرجال أو للرجال والنساء لأن البيت بيته، وما ولي الرجل شراؤه من متاع النساء وأقام بذلك بينة أخذه بعد يمينه أنه ما اشتراه لها، وما اشتراه إلا أن يكون لها أو لورثتها بينة أنه اشتراه لها، وما كان في البيت من متاع الرجل أقامت المرأة فيه بينة أنها اشتريته فهو لها مع يمينها وورثتها في اليمين والبينة بمنزلتها، إلا أنهم يحلفون على علمهم أنهم لا يعلمون أن الزوج اشترى هذا المتاع الذي تدعي من متاع النساء، ولو كانت المرأة حية حلفت على البنات وورثة الرجل بهذه المنزلة والمتاع الذي يعرف للنساء مثل الطست والتور والمنارة والقباب والحجال والأسرة والفرش والوسائد والمرافق والبسط وجميع الحلبي إلا السيف والمنطقة والخاتم فإنه للرجال، وللرجل جميع الرقيق ذكراً وإناً. وأما أصناف الماشية وما في المرابط من خيل وبغال وحمير فلمن حازها ولمن أقام بينة منهما فيما يعرف للآخر كان له، ولا أبالي في هذا الاختلاف كانت ربة الدار لأحدهما أو لغيرهما، وإن اختلفا في الدار بعينها كانت للرجل، وليس على المرأة من خدمتها وخدمة بيتها شيء اهـ. بلفظ أبي سعيد من الكتاب الثاني بعد التفويض، وفسره أبو الحسن بكلام طويل حسن غاية، ونقلناه بلفظ في الشرح وقيد بعض كلامها وزاد عليه كثيراً قف عليه تر العجب العجاب وما يسحر الألباب، وكتبنا الجواب عما استشكل من كلام المصنف في الغزل والشوب، والحاصل أن هذا المحل صعب والكلام فيه طويل وقد استوفيناه في الشرح، ولكن مداره رعاية الأعراف مع التدبر لذلك والإنصاف، ولكن نختصر شيئاً من كلام الناس على المدونة في ضمن تقرير كلام المختصر، فقوله: وفي متاع البيت أي وإن تنازع الزوجان هذا الذي يدل عليه سياق المتن، ويحتمل وإن تنازع رجل وامرأة حتى يشمل غير الزوجين وذلك صحيح كما في كلام الناس. وقوله: متاع البيت أي ما هو فيه، وأما الخارج عنه فهو لمن حازه. وقوله: فللمرأة الخ أي ما لم تقم بينة للرجل أنه له وإنما لم يذكره في المتن لأن البينة أقوى من العرف بدليل الحلف معه دونها وهذا بين فلذلك لم يذكره المصنف، مع أن التنازع التام إنما يكون عند عدم البينة وافهم مثل هذا في العكس. وقوله: فللمرأة أن تدعي أنه

سياق كلام النوادر عن الواضحة. ابن الحاجب: وإذا اختلفا في متاع البيت حرّين أو عبيدين أو مختلفين ولا بينة قضي للمرأة بما يعرف للنساء كالطست والمنارة والقباب والحجال والفرش والبسط والحلي، وللرجل بما يعرف للرجال وبما يعرف لهما لأنه بيته، وعن ابن القاسم أنه بينهما بعد أيّمانهما. التوضيح: فإن قامت للمرأة بينة بما يعرف للنساء قضي لها به من غير يمين وكذلك هو وإن لم تقم لأحدهما بينة وإليه أشار بقوله: ولا بينة فإنه يقضى للمرأة بما يعرف للنساء وللرجل بما يعرف للرجال خاصة، ويقضى له أيضاً بما يعرف للرجال والنساء لأن البيت للرجل وهذا هو المشهور، وروي عن ابن القاسم مثله إلا فيما يعرف لهما فإنه قال: إنما يكون بينهما بعد أيّمانهما، وإليه أشار ابن الحاجب بقوله: وعن ابن القاسم أنه بينهما لأن الضمير في أنه عائد على ما يصلح لهما ثم قال: وإذا فرعنا على المشهور فهل عليه يمين؟ وهو قول ابن حبيب وابن عبد السلام وهو مذهب المدونة عندهم أو لا يحتاج إليها وهو قول سحنون، ورأى صاحب البيان أنه لا يختلف في توجه اليمين. والطست إناء مبسوط القاع معطوف الأطراف يعمل في الغالب من النحاس يعد في الغالب لغسل اليدين، والمنارة الشيء الذي يوضع عليه السراج، (والقباب جمع قبة)، والحجال قال بعض الفقهاء هي الستور، وقال الجوهري: الحجلة بالتحريك واحدة حجال العروس وهي بيت يزين بالثياب والأسرة والستور. أصبغ وأبو عمران وغيرهم؛ (وهذا محمول على أن العرف جار بذلك) أي وإن كان العرف في شيء

ملكها ولا يكفي أن تقول هذا من متاع النساء كما في المفيد عن ابن فتوح قائلاً: وكذلك في الرجل، وقوله بيمين هذا هو المذهب ولا عبرة بغيره، لكن إذا نكل وحلف صاحبه أخذه صاحبه لأن النكول منه كشاهد قام لصاحبه، وهذا مبسوط دليله في الشرح فتقف عليه إن شئت. قوله: (والقباب جمع قبة الخ) لم يفسر معنى القباب وإنما ذكر مفردها بلا تفسير له، لكن في أبي الحسن على المدونة ما نصّه: الطست هو الطاس والتور إناء من نحاس يقال له القمم، وذكر عياض أنه البوقال وهو الإبريق والمنارة معلومة، والقباب جمع قبة وهي الكلة، والحجال مثل الستور، والأسرة جمع سرير، والفرش جمع فراش، والوسائد جمع وسادة، والمرافق الأسطراميات الخ. وهذا منه بلفظه. وهذا التفسير أولى من غيره فاعرفه. قوله: (وهذا محمول على أن العرف جار بذلك الخ) هذا صحيح إذ المدار على عرف كل بلد في هذه الأمور الكثيرة الانتشار غاية ولا ضابط لها غير العرف، ولذلك ابن يونس صدرها بقوله ما نصّه: الأصل في هذا قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ [الأعراف: ١٩٩] فالعرف فاصل يقضى به هذا لفظه: ونقله أبو الحسن وزاد بأثره والعرف عندنا دليل من أدلة الشرع فيقيد المطلق ويخصص العام ويكون شاهد المدعية الخ. وقال ابن يونس أيضاً عند ذكر المدونة الخاتم ما نصّه: قال أبو عمران: إنما ينظر في متاع الرجال والنساء إلى العرف فيحكم به الخ. وعبارة ابن راشد: إنما يرجع في ذلك أهل كل بلد إلى ما هو العرف عندهم الخ. وفي نهاية المتيطي بعد كلام ما نصّه: وبالجملة فالتحاكم في ذلك لعرف أهل البلد، فمن شهد له العرف بشيء حلف وأخذه الخ. وفي تبصرة ابن فرحون ما نصّه: وهذا عند المحققين تابع لعرف المتنازعين قرب متاع يشهد العرف في بلد أو زمان أنه للرجال، ويشهد في بلد آخر أو زمان آخر أنه للنساء، ويشهد في الزمان الواحد والمكان الواحد أنه من متاع النساء بالنسبة إلى قوم ومن متاع الرجال بالنسبة لقوم آخرين، كالنحاس المصنوع في تونس من

مما ذكر أنه للرجل قضي له، وما ذكره المصنف في البسط تبع فيه المدونة وهو جار على العرف عندنا بمصر في أن المرأة تأتي بها، وأما إن طال الأمر فالرجل هو الذي يخلفها. ابن راشد: وعندنا أنها معروفة للرجال. قال في المدونة: ويقضى للمرأة بجميع الحلي إلاً السيف والمنطقة والخاتم فإنها للرجال، وللرجل جميع الرقيق ذكراً وإناً وأصناف الماشية وما في الحوائط من خيل أو بغال، فلمن حاز ذلك قبل وإن لم يكن حوز كالمركوب كله للرجل. وقوله في المدونة والخاتم ابن يونس أي الفضة يعني وأما الذهب فهو للمرأة. خليل: وجرت العادة عندنا بأن صياغة خاتم الرجل لا تشابه صياغة خاتم المرأة فيرجع إلى ذلك، وأما الرقيق فما قاله في المدونة ظاهر في الذكور، وأما الإناث فقد تكون للنساء وقد تكون للرجال. مالك في المدونة: وأما إن اختلفا في الدار قضي بها للرجل. ثم ذكر فرعين: (الأول إن طلقها) وعليها ثياب فطلبت بالكسوة فقال لها ما عليك فقولي وقالت بل هو لي أو عارية عندي فثلاثة أقوال: قيل القول قول الزوج، وقيل قول الزوجة، وقيل إن كانت من كسوة البذلة فالقول له مع يمينه وإلاً فقولها مع يمينها فإذا حلفت كساها. الفرع الثاني: إذا اشترى لزوجته ثياباً فلبستها في غير البذلة ثم فارقتها وادعى أنها عارية وأنكرته فقال الداودي: إن كان مثله يشترى ذلك لزوجته على وجه المعارية فالقول قوله مع يمينه وإلاً فقولها، وسواء كان لباسها أو لا قليلاً كان أو كثيراً قريباً أو بعيداً. وقيل غيره: القول قوله مطلقاً اهـ. كلام ابن راشد، اهـ. كلام التوضيح. وفي المختصر: وإن أقام الرجل بينة على شراء مالها حلف وقضي له به كالعكس وفي حلفها تأويلان. المواق: ابن الهندي: إن كسا الرجل زوجته كسوة ثم طلقها فأراد أخذ كسوته فإن مضى لها ثلاثة أشهر فهي للمرأة، وإن كان أقل فهي للرجل، وقع هذا في القذف من المدونة، لكن قال شهور فحمل على ثلاثة أشهر، ويبقى النظر في ثياب غير المهنة إذا لم يشهد انها زينة، انظر قبل ترجمة باب اللعان من طرر ابن عات، وقال ابن الفخار: القول قول الزوج أن الثياب التي لا تشاكل أن تكون من بذلتها لارتفاعها ومثلها لا يفرضها عليه القاضي أنها عارية وقال: إن هذا هو مقتضى ما في النكاح الثاني. المدونة: وفي نوازل ابن الحاج إن وجدت ذهباً ناضة في تركة الزوج فادعتها المرأة فإن قام دليل مثل أن تكون قريبة عهد ببيع أصل فالقول قولها مع يمينها. قال ابن مزين: وإذا كان القول قولها لا بد

بلد المغرب فإنه من متاع النساء بالنسبة إلى جهاز الأندلس ومن متاع الرجال بالنسبة إلى جهاز الحضرة الخ. وقال القرافي حين كلامه على ما عرف للرجال والنساء ما نصه: نحن نحكم النساء بالعادة الخ، وهذا كثير في كلام الناس وعليه المدار، وإلاً فلا تضبط هذه الأمور لزمام بل لا زمام لها غير العرف فهو زمامها وبه فهمها وتمامها، فعليك باعتبارها والتجسس عن أخبارها لتحيط بشتاتها وتزيل الفتناء عن وجوها. قوله: (الأول إن طلقها) هذا الكلام نقله ابن راشد، وما نقله عن المواق هو كذلك فيه، ولكن في المتن في كتاب النفقة وردت النفقة كنعشاش الحمل إلاً الكسوة بعد أشهر، وكان من حق هذا الشارح أن ينبه على ما في المتن لأنه هو الذي به الفتوى. ولكن انظر الكلام في هذا هناك لعلك تجد ما هو الراجح الذي يعمل به ويعتمد، وإلاً فما نقله هذا الشارح لا يظهر منه الراجح ظهوراً تاماً فافهم.

من يمينها وإن لم يكن الورثة إلاً أولادها، إذ ليس هذا من دعوى الولد إنما هي المدعية فحكمت السنة بأن تحلف، وانظر إذا اختلفا في الزجاج قيل يقضى بها للزوج مع يمينه، وسمع أصبغ إن تداعيا في غزل فهو لها بعد حلفها. ابن عرفة: إن كان الزوج من الحاكة وأشبهه غزله غزلها فمشارك وإلاً فهو لمن أشبهه غزله منهما. المتيطي: إن عرفت البينة أن الكتان للرجل أو أقرت المرأة بذلك كانا شريكين في الغزل الرجل بقيمة كتانه والمرأة بقيمة عملها، اه. من المواق بتقديم وتأخير.

فصل في إثبات الضرر والقيام به وبغث الحكمين

وَيَبْغُثُ الْإِضْرَارُ بِالشُّهُودِ أَوْ بِسَمَاعِ شَاعٍ فِي الوجودِ

يعني أن إضرار الزوج بزوجه يثبت بأحد أمرين: إما بشهادة الشهود به ومعابنتهم إياه لمجاورتهم للزوجين لقربتهم منهما ونحو ذلك، وإما بالسماع الفاشي المستفيض على السنة الجيران والخدم وغيرهما. قال في كتاب الشهادات من العتبية لأصبغ عن ابن القاسم: أنه سئل عن الشاهدين العدلين يشهدان في ضرر الزوج لزوجته على السماع الفاشي من الجيران والأهلين فقال: السماع الفاشي والشهود الكثير عليه أحب إلي، فإن لم يكن غيرهما نفذ ذلك إذا لم يكن عند الزوج مدفع. وفي المفيد: وقال ابن القاسم: إن شهادة الشهود على معرفة الضرر بالبات (فيها بعض المغمز) من أجل أن ذلك لا يعرفه الشهود معرفة قطع. قال أصبغ: إن ذلك جائز لا داخله فيه عليهم إذا عرفوا ذلك معرفة يقين اه. قال ابن عرفة: قلت: شهادة بت العلم بضرر الزوج عامة قاله الباجي وغيره عن المذهب. ابن رشد اتفاقاً قلت في سماع أصبغ وابن القاسم في الشهادات إنما تجوز فيها على السماع اه.

وَأَنَّ تَكُنْ قَدْ خَالَعَتْ وَأَثَبَتْ إِضْرَارَهُ فَبِي اخْتِلَاعِ رَجَعَتْ
وباليمين النص في المدونة وقال قوم ما اليمين بيئته

يعني أن المرأة إذا خالعت زوجها بأن أعطته شيئاً على أن يطلقها فطلقها ثم أثبتت أنه كان يضر بها إلى أن خالعته فإنها ترجع عليه بما أعطته والخلع لازم. (وفي الطور):

فصل في إثبات الضرر والقيام به وبغث الحكمين

(ويثبت الإضرار بالشهود أو بسماع شاع في الوجود) إلى آخر الأبيات الثمانية في شأن الضرر.

قوله: (فيها بعض المغمز الخ) مقابل هذا هو الصحيح، فإن القرائن تفيد القطع بالضرر لا سيما الجار، وهذا أمر لا ينكره إلا من لم ينصف أو لم يفهم، ومن جاور الناس مجاورة تامة وتجنس أخبار جيرانه علم هذا، والتجنس على المضر من الغير ربما يكون واجباً أو مطلوباً، ولا سيما إن أشكل الأمر وطلب بالشهادة فافهم.

قوله: (وفي الطور الخ) هذه المسائل قال فيها خ ما نصه: ورد المال بشهادة سماع على الضرر

وتحلف أنها إنما أسقطت ذلك للإضرار، ذكر ذلك ابن فتحون وفي وثائقه نقله الشارح وانظره مع نقل المواق ذلك عن المدونة وحكاية الخلاف في اليمين. ابن الحاجب: ولو خالعت لظلمه أو ضرره فلها استرجاعه وينفذ الطلاق. التوضيح: يعني إذا خالعت ثم ادعت

وبيمينها مع شاهد أو امرأتين ولا يضرها إسقاط البينة المسترعاة على الأصح اهـ. فقوله المال وفي معناه ما التزمت في الخلع أو أسقطته عن الزوج وقوله سماع، السماع: إنما يصح بعدلين لقوله في الشهادات: وشهد اثنان ثم قال وحلف ولذلك أسقط هنا هذا. ويأتي قوله: وجازت بسماع فشا عن ثقة وغيرهم أيضاً، فالفسو شرط في شهادة السماع، لكن ذكروا هنا أنه لا يشترط السماع من الثقة على المشهور ولكن في ذلك خلاف قوي انظره في الشرح، فالشهادة سماعاً من عدلين، وحلف المشهود له هنا لم يبق على المصنف لا سيما والمصنف قال هناك في كتاب الشهادات عادةً لما تجوز فيه شهادة السماع ما نصّه: وضرر زوج، وأما قوله هنا وبيمينها الخ فالمراد بالشاهد أي شاهد مباشر للضرر لا بالسماع، وكذا المرأتان إذ شهادة السماع شرطها التعدّد والحلف كما أشرنا إليه، وعليه يحمل قوله بشهادة سماع وإن حذف التعدّد واليمين لإتيانهما في باب الشهادات، وفهم منه أنه لو شهد شاهد واحد وامرأتان أن ذلك كاف بلا يمين لتكميل النصاب لأنه كامل والشهادة من غير سماع بل وقعت على علم الشاهد والمرأتين بلا سماع، وأما لو كان الشاهد والمرأتان بالسماع لحلف كما قدمناه في الشاهدين، ومن المعلوم أن المرأتين كالشاهد الواحد في باب الأموال كانت شهادة سماع أم لا، والضرر هنا من باب المال لأن الكلام في ردّ المال، وتقدم أن الشاهد الواحد أو المرأتين لا عبرة بذلك في شهادة السماع وإن ذكر في الشامل خلافاً في المسألة.

(تنبيه): ما تقدم من اليمين هو في اليمين التي يكمل بها النصاب أو ما في حكم ذلك كاليمين مع عدلين في السماع مثلاً لضعف شهادة السماع، كما علّلوا بذلك في بابه عند قول المتن وحلف وهنأ يمين أخرى ولعلها متفق على وجوبها في الصور كلها حتى مع عدلين بالقطع والمشاهد للضرر، وتقول في هذه اليمين: ما خالعت ودفعت المال إلا لأجل الضرر لأنها قد تكره الزوج والمقام معه ويعزّ عليها دفع مالها للزوج، فإذا أثبتت الضرر على حقيقته بشاهد ويمين أو بسماع عدلين ويمين أو بامرأتين ويمين أو بلا يمين كعدلين بمشاهدة الضرر أو عدل وامرأتين فتخالعه فيقول لها الزوج عند الإعذار إليه وعجزه عن دفع الضرر وسلمته: ولكن إنما أعطيتني لكرهاتك المقام معي لا للضرر، ولولا الكراهة لصبرت على الضرر لأن المال عزيز عليك فربما بذلته لكرهاتك ما ذكر لا للضرر، فتحلف لردّ هذا الاحتمال أنها ما دفعت مالها إلاً للافتكاك من ضررك في، ويدل لهذا قول المتيطي بعد يمينها أن فعلها ذلك كان للإضرار الذي أثبتته الخ. وإثبات الضرر زائد على هذه اليمين، وهذا هو قول التحفة هنا:

(وإن تكن قد خالعت وأثبتت إضراره ففي اختلاع رجعت

وباليمين النص في المدونه)

وقال قوم ما اليمين بينه وقرّر ابنه يشبه ما في المتيطي وهو قوله ما نصّه: وفي الضرر بعد يمينها أنها إنما أسقطت ذلك للإضرار ذكر ذلك ابن فتحون في وثائقه الخ ولم يبين قول أبيه: وقال قوم الخ. وكذا هذا الشارح ولكن نظر في ذلك، وتنظيره ظاهر فافهم هذا فإن كثيراً من القضاة يغفلون عن هذه اليمين والنص والعقل متضافران على وجوبها، وذكرنا في باب الشهادات أن

أنها إنما خالعتة لظلمه لها في بدنها أو لضرره بها كما لو كان يمنعها من زيارة والديها على أن الظلم والضرر كالمترادين، فإن أثبتت ذلك فلها استرجاع مالها وينفذ الطلاق بائناً لأن الله تعالى شرط في حلية ما تدفعه أن يكون عن طيب نفس فقال عزّ من قائل: ﴿إِن طَبَن لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: ٤٠]. ابن القاسم: وليس من الإضرار البغض لها وإنما الأذى بضرب أو إيصال شتم في غير حق أو أخذ مال أو المشاورة. مالك: وليس عندنا في قلة الضرر وكثرته شيء معروف. وروى ابن القاسم عن مالك فيمن علم من امرأته الزنا فليس له أن يضارها حتى تفتدي. وقال ابن القاسم في الناشز تقول: لا أصلي ولا أصوم ولا أغتسل من جنابة لا يجبر على فراقها إن شاء فارقها وحلّ له ما افتدت به. قال في البيان: وله أن يؤذّبها على ترك الصلاة ويمسكها. قال في المقدمات: ولا يحل له أن يضيق عليها وإن أتت بفاحشة من زنا أو نشوز أو فرار قال: ولا خلاف بين مالك وجميع أصحابه في ذلك، وعن ابن القاسم أنه لا يجوز له المضارة في ترك الصلاة حتى تخالعه، انتهى ببعض اختصار. وفي الوثائق المجموعة: ولم يضرها ما عقدت على نفسها من أنها فعلت ذلك طيبة النفس ولا إسقاطها البيئات المسترعاة وثبوت الإكراه يسقط ذلك عينها اه. التوضيح: وإن اعترفت في عقد الخلع بالطوع وكانت استرعت فلها الرجوع بالإنفاق، وكذلك إن لم تسترع وقامت لها بينة لم تكن علمت بها، وأما إن علمت بها ففيه نظر، والذي قاله ابن الهندي وابن العطار وغيرهما أن لها الرجوع ولا يضرها ذلك، ولا يضرها أيضاً إسقاط البيئات المسترعاة وغيرها وهو أصوب لأن ضرره بها يحملها على أن تعترف بالطوع.

(فرع: وإن خالعتها وأخذ منها حميلاً بالدرك) فقال ابن العطار: إذا أثبت الضرر لا

شهادات السماع كلها يشترط فيها الطول إلا شهادة السماع بالضرر فانظره هناك تفق على الفقه الصحيح، وبما قررنا يفسر قول الناظم: كذا إذا عدل إلى تمام البيتين، أي لأن ذلك شهادة على معاينة الضرر لا بالسماع، نعم إذا شهد عدلان بالضرر بلا سماع وضمنا شهادتهما أن خلعها لأجل الضرر وحصل لها العلم بأن الخلع لأجل دفع الضرر لا غير على الفرض والتقدير فلا يحتاج هذه اليمين في هذه الصورة وأنظارها. وفي نقل ابن الناظم: إذا شهد امرأتان بعد الخلع على أنها خالعتة لأجل الضرر حلفت ورددت ما أعطته الخ. وفي هذا دليل لبعض ما أشرنا إليه آخراً. وانظر عند قول المتن في فصل النشوز: ولها التطبيق بالضرر ما هو ضرر وما ليس بضرر وقف على ما كتبناه في فصل الخلع وهو قول المتن، ورد المال إلى آخر الذي شرحناه هنا تر ما أشرنا إليه حقاً في أنقلنا والله المعين.

قوله: (فرع: وإن خالعتها وأخذ منها حميلاً الخ) ظاهر هذا أن الراجح هو اتباع الحميل وليس كذلك قال المتيطي ما نصّه: مسألة: ولو أن الخلع انعقد بينهما على حميل أخذه الزوج بما أعطته الزوجة ثم انفسخ ذلك عنها بثبوت الضرر بها فهل يرجع الزوج على الحميل أم لا؟ في ذلك قولان: قال ابن العطار وأبو عمران: يرجع لأن الضامن غير مكره فإذا طاع بشيء لزمه ولا رجوع له على المضمون، وأيضاً فإن من حجة الزوج أن يقوله للحميل أنت أدخلتني في زوال العصمة وإلا كنت

تسقط التباعات عن الحمل لأنه غير مكره وقد أدخل الزوج في زوال العصمة ولا يرجع الحمل عليها بشيء وإليه ذهب بعض فقهاء الصقليين، وذكر ابن يونس خلافاً في ذلك بين القرويين وأن منهم من يقول هكذا، ومنهم من يقول: إذا أثبتت المرأة الضرر يسقط الطلب عن الحمل لأنه إذا سقط المال عن الأصل تسقط عن الحمل المطالبة انتهى.

كَذَا إِذَا عَذَلَ بِالْأَضْرَارِ شَهِدَ فَالرَّدُّ لِلْخَلْعِ مَعَ الْحَلْفِ اغْتِمِدَ
لَأَنَّ ذَاكَ رَاجِعٌ لِلْمَالِ وَفُرْقَةٌ تَمْضِي بِكُلِّ حَالٍ

يعني أنه إذا لم يثبت الضرر بعدلين ولا بشهادة السماع وإنما شهد به عدل واحد فإن المرأة تحلف مع الشاهد ويرد الزوج المال لأن النزاع في المال وهو يثبت بالشاهد واليمين، وأما الطلاق فيمضي، وكذلك إذا ثبت الضرر بشهادة امرأتين. ابن الحاجب: وإن شهد واحد وامرأتان بالضرر حلفت واسترجعته لأنه على مال وقال قبله وينفذ الطلاق. ابن القاسم الجزيري: وإن قام لها بعد الخلع شاهد واحد بالضرر حلفت معه واستحقت الرجوع. وفي تهذيب الطالب: إذا شهد امرأتان بعد الخلع على أنها خالعته لأجل الضرر حلفت ورد ما أعطته اهـ. وفي المختصر: وبيمينها مع شاهد أو امرأتين بعد قوله ورد المال بشهادة سماع على الضرر.

وَحَيْثُمَا الرُّوْجَةُ تُثَبِّتُ الضَّرَرَ وَلَمْ يَكُنْ لَهَا بِهِ شَرْطٌ صَدَرَ
قِيلَ لَهَا الطَّلَاقُ كَالْمُلْتَزَمِ وَقِيلَ بَعْدَ رَفْعِهِ لِلْحَكَمِ
وَيَرْجُرُ الْقَاضِي بِمَا يَشَاؤُهُ وَبِالطَّلَاقِ إِنْ يَعُدُّ قَضَاؤُهُ

تقدم في شرح قوله: وما ينافي العقد ليس يجعل شرطاً البيت، أن الشروط في النكاح على ثلاثة أقسام: أحدها: ما لا يناقض العقد بل يقتضيه ومن مثله شرط أن لا يضر بها، ووجود مثل هذا الشرط وعدمه سواء لأنه يحكم به ذكر أو ترك، وإنما يظهر أثر اشتراطه فيما إذا أثبتت الضرر، فإن كان شرطاً في العقد فلها تطبيق نفسها من غير رفع للحاكم، ولم يتعرض الناظم لهذا وإنما يؤخذ من مفهوم كلامه وإن لم يكن شرطاً في افتقار تطبيقها نفسها للرفع للحاكم وعدم افتقاره قولان، قيل لها ذلك من غير رفع كما لو

أتوب عن الضرر وتبقى لي زوجتي، وانتقد ذلك أبو عبدالله الفخار وغيره وقالوا: لا رجوع له على الحمل لأنه قد اتضح بثبوت الضرر أنه تحمل للزوج بما لا يحل له، فإن ألزمناه ذلك لأبحنا للزوج أكل المال بالباطل، قال غير واحد من الموثقين: وبهذا جرى العمل واستمر القضاء اهـ. بلفظه فافهمه برمته ودليله وحجته، مع أن قول الزوج في احتجاجه: وإلا كنت أتوب الخ فيه نظر لأنه ثبت ظلمه بالبينة، ويحتمل أن لا يتوب ويضر بها باطناً، وكم شاهدنا من هذا من الظلمة المتمردين ومن ابتلي بالقضاء ومد عينه للناس وسمعه لكلامهم علم هذا، مع أن ابن الناظم نقل أن الصحيح هو عدم اتباع الحمل عن ابن سراج مقتصراً على ذلك، ولكن كان من حقه أن ينقل ما في المتيطي ولا يقتصر على ما صححه ابن سراج كما لا يخفى، وأطال ابن فتحون في تفصيل هذه المسائل وقد كتبنا ذلك في الشرح.

اشترطته في عقد نكاحها، وقيل لا تطلق نفسها إلا بعد الرفع للحاكم وعلى ذلك أعني حيث لم يكن شرطاً نته بالبيتين الأولين، وعلى أنه لا بد من الرفع للقاضي للحاكم أن يزجره ابتداء بما يقتضيه اجتهاده من توبيخ أو سجن أو غيره، فإن عاد لمضاررتها قضي عليه بالطلاق، وعن ذلك نته بالبيت الثالث. فقوله: ويزجر بالنصب عطفاً على قوله: رفعه للحاكم من باب قوله: وإن على اسم خالص فعلاً عطف أي قيل إنما تطلق نفسها بعد الرفع والزجر معاً فإن عاد لإضرارها طلقت عليه. (قال ابن القاسم الجزيري) بعد وثيقة الاسترعاء بالضرر إذا ثبت هذا العقد وجب للمرأة الأخذ بشرطها بعد الإعذار للزوج، واختلف إن لم يكن لها شرط فقيل لها أن تطلق نفسها كالتي لها شرط، وقيل ليس لها ذلك وإنما ترفع أمرها إلى السلطان فيزجره ولا يطلق عليه مرة بعد أخرى. (فإن تكرر ضرره طلق عليه) اهـ. واستشكل الشارح هذا القول بفوات الإعذار للزوج وافتيات الزوجة بالطلاق، وقد سئل القاضي أبو العباس أحمد القباب رحمه الله عن هذه المسألة وهي إذا أثبت الضرر غير ذات الشرط وعجز الزوج عن المدفع وهجمت الزوجة فأوقعت الطلاق هل ينفذ وتملك به نفسها؟ وفي جوابه أن القاضي يجعل لها تطبيق نفسها مع الشرط وعدمه، فإن جعله لها مع الشرط فالطلاق وكذا مع عدمه إذا جعل لها تطبيق، فإن لم يجعله لها وهجمت بإيقاع الطلاق قبل جعل القاضي ذلك بيدها فهذا محل النظر، انظر تمام كلامه إن شئت. ونقل هذا السؤال وجوابه سيدي أحمد الونشريسي في آخر تأليفه المسمى بالفائق في أحكام الوثائق وهو الفرع الخامس والثلاثون والمائتان اهـ.

وَإِنْ تُبُوْثُ ضَرَرَ تَعَدَّرَا
فَالْحَكْمَانِ بَعْدُ يُبْعَثَانِ
إِنْ وُجِدَا عَدْلَيْنِ مِنْ أَهْلِيهِمَا
وَمَا بِهِ قَدْ حَكَمَا يُمَضَى وَلَا
لِرَّوْجَةٍ وَرَفْعُهَا تَكْرَرًا
بَيْنَهُمَا بِمُقْتَضَى الْقُرْآنِ
وَالْبَغْثُ مِنْ غَيْرِهِمَا إِنْ عُدِمَا
إِعْذَارَ لِلرَّوْجَيْنِ فِيمَا فَعَلَا

يعني أن المرأة إذا ادعت أن زوجها يضر بها وتكرر رفع شكواها به للقاضي وتعذر عليها إثبات ذلك الضرر فإن الشأن في ذلك أن يبعث القاضي لهما حكمين عدلين حكماً

قوله: (قال ابن القاسم الجزيري الخ) كلام ابن الناظم أتم من كلام هذا الشارح. قوله: (فإن تكرر ضرره طلق عليه الخ) ظاهره أو صريحه أنه لا يطلق عليه بالضرر الواحد وهو خلاف ما أفتى به خ في مختصره حيث قال: ولها التطلق بالضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره، ولكن الذي تظهر قوته هو خلاف ما في المختصر، وهو الذي يظهر من التحفة أو هو صريحه أي خلاف ما في المختصر، ويدل لذلك أيضاً استظهار بهرام له، قف على شرحنا تظهر لك قوة هذا القول غاية والله المعين. وما ذكره هذا الشارح في بعث الحكمين حسن وهو الذي في شروح المختصر، والكلام طويل في هذه المسائل، وصاحب التحفة اقتصر على قل من كثر، وبعث الحكمين فيه كلام طويل، وهل جرى العمل بخلاف أم لا؟ وقد استوفينا الكلام على هذا في الشرح وتركتاه لطوله، ولكن الشارح لم يلم بذلك تبعاً للناظم قفف عليه إن شئت.

من أهله وحكماً من أهلها إن وجدا، وإن لم توجدا فمن غير أهلها فيختبران أمرهما ويدعوانهما للصلح فإن رجعا إليه فيها ونعمت وإلا فارق بينهما بخلع أو بغير خلع أو ائتمناه عليها، كل ذلك بحسب ما ظهر لهما وأداه إليه اجتهادهما، وما حكم به الحكمان على الزوجين ماض ولا إعدار فيه للزوجين، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾ [النساء: ٣٥] الآية. ابن الحاجب: وإذا نشزت وعظها ثم هجرها ثم ضربها ضرباً غير مخوف فإن ظن أنه لا يفيد لم يجز ضربها أصلاً، فإن كان العدوان منه زجر عنه. التوضيح: أي زجره الحاكم. وأما إن كان العدوان منها فإن رجا الحاكم إصلاحاً بزجر الزوج (كما تقدم) وإلا زجرها هو، وإن كان العدوان منهما معاً فإن الإمام يزجرهما. ابن الحاجب: فإن أشكل ولا بينة ولم يقدر على الإصلاح أقام الحاكم أو الزوجان أو من يلي عليهما حكمن ذكرين حرين عدلين فقيهين بذلك حكماً من أهله وحكماً من أهلها، فإن لم يوجد أحدهما أو كلاهما فمن غيرهما، ويستحب أن يكونا جارين وهما حكمان لا وكيلان على الأصح فينفذ طلاقهما من غير إذن الزوج وحكم الحاكم، وعليهما أن يصلحا، فإن لم يقدر فإن كان المسيء الزوج فرقا بينهما، وإن كانت الزوجة ائتمناه عليها أو خالعا له بنظرهما، وإن كانت منهما خالعا له بما يخف في نظرهما اه. فقول ابن الحاجب: فإن أشكل ولا بينة هي مسألة الناظم. التوضيح قوله: ولا بينة لأنها إن قامت لها بينة أنه يضر بها كان لها أن تفارق، فإن لم تقم بينة وادعى كل واحد إضرار صاحبه زجراً معاً فإن تكرر تردادهما أمره القاضي أن يسكنها بين قوم صالحين وكلفهم تفقد خبرهما اه. يعني ثم ينظر فيما أن تكون الإساءة منه أو منها أو منهما أجري على ما تقدم والله أعلم. وقول الناظم: يمضي ولا إعدار للزوجين فيما فعلا. قال في المقدمات: وحكم الحاكم بين الزوجين لا إعدار فيه لأحدهما لأنهما لا يحكمان بالشهادة القاطعة وإنما يحكمان بما خلص إليهما من علم أحوالهما بعد النظر والكشف اه.

فصل في الرِّضَاع

ابن عرفة: الرضاع عرفاً وصول لبن آدمي لمحل مظنة غذاء آخر ثم قال لتحريمهم بالسعوط والحقنة ولا دليل إلا مسمى الرضاع، ويقال الرضاع بفتح الراء وكسرها، وكذا الرضاعة والرضاعة، ويقال: رضع رضعاً وهو القياس، ويقال أرضعت إرضاعاً. الجوهري: ويقال رضع الصبي أمه يرضعها رضعاً مثل سمع يسمع سماعاً، وأهل نجد

قوله: (كما تقدم) أي في حكم النشوز من تقديم الوعظ ثم الهجر ثم الضرب، وجواب الشرط محذوف أي أمره بذلك أو نحوه، اه. مصتححه.

فصل في الرضاع

قوله: (وكذا يحرم بالرضاع ما يحرم بالصهر الخ) تأمل هذا فإن الحديث الصحيح قال: يحرم

يقولون: رضع يرضع رضعاً مثل ضرب يضرب ضرباً. عياض: وأرضعته أمه وامرأة مرضع أي لها ولد ترضعه فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت مرضعة. قال في الكافية:

وما من الصفات بالأنثى يخص عن تاء استغنى لأن اللفظ نص
وحيث معنى الفعل ينوي التاء زد كذي غدت مرضعة طفلاً وولد

وحاصله أنه إذا أريد أنها ترضع بالقوة فيجرد من التاء، وإن أريد أنها ترضع بالفعل فتثبت التاء. التوضيح: وذكر أهل اللغة أنه لا يقال في لبن بنات آدم لبن وإنما يقال فيه لبان واللبن لسائر الحيوان غيرهن، وجاء في الحديث كثيراً خلاف قولهم اه.

وَكُلُّ مَنْ تَحْرُمُ شُرْعاً بِالنَّسَبِ فَمِثْلُهَا مِنَ الرِّضَاعِ يُجْتَنَّبُ

يعني أن كل امرأة حرمها الشرع بالنسب كالأم والبنت ونحوهما فإن مثلها من الرضاع حرام أيضاً، وعن حرمتها عبّر بيجتنب لأن الحرام يجب اجتنابه، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] وقوله ﷺ: «يحرّم من الرضاع ما يحرم من النسب». رواه البخاري ومسلم وغيرهما. قال في التوضيح: والمحرمات من النسب سبع: الأمهات والبنات والأخوات والعمّات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت، فإن الرضاع كالنسب، فأملك كل من أرضعتك بواسطة أو غيرها وأمهايتها، وبتك كل من أرضعتها زوجتك بلبنك أو أرضعتها ابنتك من نسب أو رضاع. قلت: وكذا كل من أرضعتها زوجة ابنك من نسب أو رضاع. التوضيح: وإخوتك كل من ولدته من أرضعتك أو ولد لفحلها. قلت: وكذا من أرضعها من أرضعتك. التوضيح: فإن أتى من أمه وفحلها ولد فهو أخ شقيق من الرضاع وإن ولد لأمك من غير ذلك الفحل فهو أخ لأمك، وإن ولد لأبيك من غير إمامك إما من زوجة أخرى أو سرية فهو أخوك لأبيك، وأخوات الفحل عمات للرضيع وأخوات أم الرضيع خالات له، ولا يخفى عليك بنات الأخ وبنات الأخت اه. (وكذا يحرم بالرضاع ما يحرم بالصهر) كزوجة الأب من الرضاع وزوجة الابن من الرضاع، وكذا أم الزوجة من الرضاع

بالرضاع ما يحرم بالنسب وهي النساء السبع في قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء: ٢٣] الآية، وإن كان ما ذكره الشارح هو حرام، ويدل على ذلك ما نذكره في القاعدة الآتية هنا وهي قوله: فإنما يقدر الطفل المرضع خاصة ولداً لصاحبة اللبن وصاحبه الخ. ولفظ خ فيها هو قوله ما نصه: وقدّر الطفل خاصة ولداً لصاحبة اللبن ولصاحبه من وطئه لانقطاعه الخ. ومعنى هذه القاعدة على التحقيق أن زيداً إذا أوضعتة هند وزوجها خالد ولهما ابن اسمه عمرو فاجعل زيداً كعمرو في الحكم من غير فرق أصلاً، فكل من يحرم على عمرو يحرم على زيد، ويجيء قول المتن: وحرم أصوله وفصوله الخ، وهذا المحرم على عمرو بمضمون قول المتن: وحرم أصوله الخ يحرم على زيد فلا فرق أصلاً، ولذلك أدرج بعضهم في قول المتن: وحرم أصوله الخ الرضاع، إذ حكم زيد حكم عمرو. وفي جميع ما يحرم وكل ما تفرع عن زيد من أبنائه فحكمهم حكم أبيهم زيد من غير فرق إذ الابن كهو، وكذا ابن زيد رضاعاً أي من رضع في لبنه، بخلاف أصول زيد وجناحيه وهم الإخوة فلا يحرم عليهم ما يحرم على زيد فهم كالأجانب منه هنا، ولذلك قلنا في هذا:

أي من أرضعت زوجتك، راجع تفسير ابن جزى والكراشي، وكذا يحرم الجمع بين الأختين من الرضاع. ابن سلمون: والرضاع كالنسب فيحرم منه ما يحرم من الولادة، فإذا أرضعت امرأة صبياً حرمت عليه لأنها أمه ويحرم عليه جميع بناتها التي أرضعتهن قبله أو معه أو بعده لأنهن أخواته، وكذلك سائر قرابتهن هم منه بمنزلة قرابة أمه من النسب، وصاحب اللبن بمنزلة أبيه يحرم عليه أخواته لأنهن عماته وأمّه لأنها جدته وبناته وإن كن من غير تلك المرأة المرضعة لأنهن أخواته لأبيه، وكذا سائر قرابته هم بمنزلة قرابة أبيه من النسب، وقس على ذلك وجوز أن يتزوج أخو الطفل المرضع من النسب أخته وأمّه من الرضاع لأنه أجنبي، وإنما يقدر الطفل المرضع خاصة ولدًا لصاحبة اللبن وصاحبه. والرضاع الذي يحرم هو ما كان في الحولين وما قاربهما كالشهر والشهرين، فإن فطم في نفس الحولين أو بعدهما واستغنى بالطعام ثم وقع الرضاع بعد ذلك فلا يحرم اه. ابن الحاجب: يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب فيقدر الطفل خاصة ولدًا لصاحبة اللبن ولصاحبه إن كان، فلذلك جاز أن يتزوج أخوه نسباً أخته وأمّه من الرضاع. ابن العطار: وتفسير ما يحرم ويحل من ذلك أن تنظر، فإن كان الخاطب لم يرضع أم المخطوبة ولا رضعت المخطوبة أمه ولا أرضعتها امرأة واحدة وإن لم تكن أمّاً لواحد منهما ولا أرضعا لبن فحل واحد وإن اختلفت المراضع مثل أن يكون لرجل امرأتان فترضع واحدة صبياً والأخرى صبياً فلا يتناكحان وما عدا ذلك فلا بأس في قول مالك اه. من المواق. قلت: وهذا الضابط إنما يشمل الأخت من الرضاع خاصة دون من عداها ممن يحرم الرضاع بتحريم نظيره من النسب.

(تنبيه): ابن عرفة: قال تقي الدين: يستثنى من عموم قوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» جملة نسوة ويحرم من النسب وقد لا يحرم من الرضاع. الأولى:

وقدروا الرضيع مع ما ولدا	دون جناحيه وأصل عهدا
قد خرجوا من بطن من قد أرضعا	وصلب ذي اللبن فافهم واسمعا
تلخيص هذا كله قد قدرا	حرم عليه كل ما قد حظرا
على نسب مطلقاً يا ساعي	بصهر أو نسب أو رضاع

وإذا أحطت بمضمون الآيات فاجمعه كله بقولك:

نفي اشتراك في لبان فحل ومراة قرابة ذو حل
فقوله قرابة حذف منه حرف العطف وهو معطوف على نفس مراة ليكون مدخولاً لقوله: نفي وأدخل به إرضاع زوجة الأخ بلبانه ونحو ذلك، فإذا فهمت هذا كله دخل ما زاده هذا الشارح بقوله: وكذا يحرم بالرضاع الخ. وذلك غير بعيد كما يظهر لك بالتأمل لكلام الناس هنا سيما كلام المقدمات.

قوله: (تنبيه الخ) انظر بيان هذا غاية في الحاشية.

أم أخيك وأختك من النسب هي أمك أو زوجة أبك كلتاها حرام عليك بخلاف مرضعة أخيك أو أختك. الثانية: أم ولد ولدك هي من النسب حليلة ولدك بخلاف مرضعة ولدك وكذلك جدة ولدك هي من النسب أمك أو أم زوجتك كلتاها حرام عليك بخلاف مرضعة ولدك، وكذلك أخت ولدك هي من النسب بنتك أو ربيبتك كلتاها حرام عليك بخلاف أخت ولدك من الرضاع، وكذلك أم خالك وخالتك وأم عمك وعمتك هي من النسب جدتك للأم أو حليلة والد أمك كلتاها حرام عليك بخلافها من الرضاع. قال ابن عرفة: هذا من تقي الدين مع جلالته قدره وحلوله بالمنزلة الرفيعة في الأصول والفروع غلط واضح، لأن الاستثناء من العام بغير أداته وهو التخصيص إنما هو فيما اندرج تحت العام فيما لم يندرج تحته، والعام في مسألتنا هو قوله ﷺ «ما يحرم من النسب» والنسوة المذكورات المدعي تخصيص العام المذكور بهن لا شيء منهن مندرج تحت ما يحرم من النسب بحال، ولا أعلم من ذكر هذه المسائل على أنها مخصصة للحديث كما زعم، وإنما أشار ابن رشد إلى بيان اختلاف حكم مسمى اللفظ الإضافي انظر المقدمات.

فَإِنْ أَقْرَرَ الرَّوْجَ بِالرِّضَاعِ فَهُوَ إِلَى فُسْخِ النِّكَاحِ دَاعِي
وَيَلْزَمُ الصَّدَاقُ بِالْبِنَاءِ وَبِضْفِهِ مِنْ قَبْلِ الْإِبْتِنَاءِ
كَذَلِكَ بِالْإِقْرَارِ مِنْهُمَا مَعَا لَا بِاعْتِرَافِ زَوْجَةٍ إِنْ وَقَعَا

يعني أن من كان متزوجاً لامرأة ثم ثبت أنها أخته أو بنت أخيه مثلاً من الرضاع، فإن كان ذلك الثبوت بيينة فالحكم ظاهر وهو أن النكاح يفسخ بينهما، ثم إن كان الفسخ قبل البناء فلا شيء فيه على الزوج، وإن كان بعد فعلية الصداق كاملاً بالمسيس على قاعدة الأنكحة الفاسدة تفسخ قبل البناء أو بعده، وهذا أعني ثبوت الرضاع بالبيينة هو الآتي في البيت بعد هذه الثلاثة في قوله:

ويفسخ النكاح بالعدلين بصحة الإرضاع شاهدين

وإنما قدمته توطئة لمسألة الناظم هنا وهي ثبوت الرضاع بالإقرار، ثم المقر إما أن يكون الزوجين معاً أو الزوج فقط أو الزوجة فقط ثلاثة أوجه، وإلى الوجه الأول أشار بقوله: كذا بالإقرار منهما معاً، فالتشبيه راجع للحكم السابق وهو فسخ النكاح فقط لا إلى ما وراء ذلك، لأنه إذا كان الإقرار منهما معاً فلا شيء فيه للزوجة إن فسخ قبل البناء وفيه المسمى إن فسخ بعده، بخلاف إقرار الزوج المذكور قبله فإنه كالطلاق، وإلى هذا الوجه أشار ابن الحاجب بقوله: وإذا اتفق الزوجان على الرضاع فسخ ولا صداق قبل الدخول ولها المسمى بعده. التوضيح: وحمل ابن عبد السلام قول المصنف: ولها المسمى بعده على ما إذا لم تكن عالمة، قال: وأما إن كانت عالمة حين العقد فيسقط جميع المسمى إلا ربع دينار إن لم يكن الزوج حين العقد والدخول عالماً وكانت كالغارة قالوا: ولها ربع دينار اهـ. (وحاصله) أنه إنما يكون لها المسمى على حمل ابن عبد السلام

قوله: (وحاصله الخ) هذا هو قول المختصر: وفسخ نكاح المتصادقين عليه إلى قوله: إلا أن

إذا لم تكن الزوجة عالمة بالرضاع حين العقد، أما إن علمت فليس لها إلا ربع دينار إذا كان الزوج غير عالم. ثم أشار الناظم إلى الوجه الثاني وهو ما إذا أقر الزوج فقط بقوله: فإن أقر الزوج بالرضاع البيتين، وذكر أن الحكم فيه فسخ النكاح، فإن فسخ قبل البناء ففيه نصف الصداق لتهمة أن يكون إقراره ليسقط عنه نصف الصداق^(١) وإن فسخ بعده ففيه المسمى كاملاً، وإلى هذا الوجه أشار ابن الحاجب بقوله: وإن ادعاه فأنكرت أخذ بإقراره ولها نصفه. التوضيح: أخذ بإقراره أي يفرق بينهما لإقراره بذلك كالطلاق فلذلك كان لها نصفه إن كان إقراره بذلك قبل البناء وجميعه إن كان ذلك بعده اه. ثم أشار إلى الوجه الثالث وهو ما إذا أقرت الزوجة فقط بقوله: لا باعتراف زوجة إن وقعا، أي لا يفسخ النكاح بإقرارها وحدها، وإلى هذا الوجه أشار ابن الحاجب بقوله: فإن ادعته فأنكره لم يندفع ولا تقدر على طلب المهر قبل الدخول. التوضيح: يعني إذا ادعت المرأة أنهما أخوان من الرضاع وأنكر الزوج ذلك لم يسمع منها ذلك لأنها تتهم على فسخ النكاح فلا يفسخ وهو معنى قوله: لم يندفع ولا تقدر على طلب المهر ولا شيء منه قبل البناء لإقرارها بفساد العقدة اه. يعني بعد كون النكاح لا يفسخ فإن لم يطلقها فلا إشكال، وإن طلقها بعد البناء فلها صداقها، وإن طلقها قبل البناء فلا شيء لها لإقرارها بفساد العقدة فيكون كالفسخ قبل البناء. فرع: فإن قامت بينة على إقرار أحدهما قبل العقد فسخ النكاح قاله ابن الحاجب. وفي الشارح في سياق كلام المتيطي: ولو ثبت إقرارهما أو أحدهما بذلك قبل النكاح فإنه يفسخ وليس عليه من المهر شيء، ويسقط عنه نصف الصداق إن وقع الفسخ قبل البناء وإن كان هو المقر دونها لأنه لا تهمة في ذلك اه.

وَيُفْسَخُ النُّكَا حُ بِالْعَدْلَيْنِ
وَبِأَنَّتَيْنِ إِنْ يَكُنْ قَوْلُهُمَا
وَرَجُلٌ وَامْرَأَةٌ كَذَا وَفِي
بِصِحَّةِ الإِرْضَاعِ شَاهِدَيْنِ
مِنْ قَبْلِ عَقْدِ قَدْ فَشَا وَعُلْمَا
وَاجِدَةٌ خُلْفٌ وَفِي الأَوَّلَى اقْتُفِي

يعني أن النكاح يفسخ إذا شهد شاهدان عدلان بصحة الرضاع بين الزوجين وأنها ممن لا تحل له، وكذلك يفسخ بشهادة امرأتين بذلك، لكن إن فشا ذلك وعلم وشاع من قولهما قبل عقد النكاح وعلى هذا نبه بالبيتين الأولين. وقوله: ورجل وامرأة كذا هو مرفوع بالابتداء على حذف مضاف، والخبر الجار والمجرور بعده، والإشارة بذا إلى شهادة المرأتين أي وشهادة رجل وامرأة كهذه الشهادة أعني شهادة المرأتين أن النكاح يفسخ بها مع القيد المذكور وهو كون الرضاع فاشياً شائعاً قبل عقد النكاح، فالتشبيه في

تعلم فقط فكالغارة، فالصداق بعد الدخول بها إنما يسقط إن انفردت بالعلم فقط، ولكن قيد ذلك الناس إن لم تعذر بأمره مما يسقط كونها غارة كما في أبي الحسن وغيره وهو أمر ظاهر انظر الشرح.

(١) قوله: «ليسقط عنه نصف الصداق» كذا بالأصل ولعل الصواب حذف لفظ نصف لأنه إنما يتهم بإسقاط الصداق كله كما في شرح المختصر. ا. هـ. مصححه.

الفسخ والفسو. ثم أشار إلى أن فسخه بشهادة امرأة واحدة بذلك خلافاً يعني مع الفشو أيضاً وذلك ظاهر لأنه إذا اشترط في صحة شهادة المرأتين وفي شهادة الرجل والمرأة فأحرى أن يشترط في شهادة امرأة واحدة، وفهم من فسخ النكاح بهذه الشهادة أن الرضاع يثبت بها إذ لولا ثبوته ما فسخ النكاح. ابن الحاجب: ويثبت الرضاع بشاهدين وامرأتين إن كان فاشياً من قولهما قبل العقد، وإلا لم يثبت على المشهور، والرجل والمرأة مثلهما. التوضيح: أي يشترط الفشو على المشهور، واختلف الشيوخ هل تشترط العدالة مع الفشو أو إنما تشترط مع عدم الفشو على مذهبين. وإلى الثاني ذهب صاحب البيان، والأول مقتضى كلام اللخمي. ابن عبد السلام: وهو ظاهر إطلاقهم. ابن الحاجب: وفي الواحدة فاشياً من قولها قولان. التوضيح: المشهور عدم القبول ويستحب التنزه وهو مذهب المدونة في الشارح عن العتبية، وقال مطرف وابن الماجشون وابن وهب وابن نافع وسحنون: تجوز شهادة المرأتين في ذلك والرجل والمرأة، وإن لم يفش ذلك من قولهما (فشهادة المرأتين مع الفشو تجوز باتفاق، وشهادة المرأة الواحدة دون فشو لا تجوز باتفاق، ويختلف في شهادة المرأة الواحدة مع الفشو، وفي شهادة المرأتين دون فشو)، ومن يشترط الفشو في شهادتهما لا يشترط العدالة، ومن لا يشترط الفشو يشترط العدالة، وقد مضى القول على هذا في رسم جاع فباع امرأته من سماع عيسى من كتاب النكاح اهـ. فقوله: بصحة الإرضاع يتعلق بشاهدين وبأثنتين عطف على بالعدلين، وجملة قد فشا خبر. كان ومن قبل عقد يتعلق بفشا، وقوله: وفي الأولى اقتفي أي اقتفي الفسخ في القول الأولى أي الأحق بسكون الواو من الأولوية.

قوله: (فشهادة المرأتين مع الفشو تجوز باتفاق، وشهادة المرأة الواحدة دون فشو لا تجوز باتفاق، ويختلف في شهادة المرأة الواحدة مع الفشو، وفي شهادة المرأتين دون فشو) سكت عن شهادة رجل وامرأة مع أنه نقل أولاً أن ذلك كالمرأتين، مع أن الرجل والمرأة أقوى من المرأتين، بدليل أن العدلين أقوى من المرأتين العدلتين، ولذلك لم يشترط الفشو في العدلين ولا كذلك المرأتان، وعليه إذا شهد رجل بالرضاع وحصل الفشو أنه يكون أقوى من المرأة الواحدة والفشو فيثبت به الرضاع لأن المرأة مع الفشو فيها خلاف وهذا أقوى منها، ولكن لم أقف عليه عنه أحد بعد البحث عنه فافهمه. وفي المختصر: ويثبت أي الرضاع برجل وامرأة وبارأتين إن فشا قبل العقد، وهل تشترط العدالة مع الفشو تردد وبرجلين لا بامرأة، ولو فشا ونذب التنزه مطلقاً، وقد تحصل من أنقال الناس على هذا الكلام في الشرح ثبوت الرضاع بعدلين دون شرط فشو، وبرجل وامرأة أو بامرأتين ثبوته بهما بشرط الفشو وفيهما وبلا فشو لا ثبوت فيهما، ولكن في ذلك خلاف قوي في الصورتين، وإن صرح في التوضيح بأن المشهور فيهما عدم الثبوت وواحدة ولا فشو لا ثبوت اتفاقاً، ومعه فيها خلاف، والراجع عدم الثبوت والخلاف في العدالة مع وجود الفشو، فظهر من ذلك عدم الشرطية لأنه قول ابن القاسم وروايته عن مالك والأمتان بعد العقد كالأجنبيتين وقبله ويثبت بهما الرضاع وإن لم يكن فشو كما نقلنا، دليل ذلك في الشرح وما حصله هذا الشارح قريب من هذا ولكن كتبنا هذا لكونه فيه زيادة عليه.

فصل في عيوب الزوجين وما يردان به منها

عطف ما يردان به على عيوب من عطف خاص على عام، إذ كل ما يردان به عيب، وليس كل عيب يردان به، وضمير منها للعيوب والله أعلم.

مِنَ الْجُنُونِ وَالْجَذَامِ وَالْبَرَصِ وَالِدَاءِ فِي الْفَرْجِ الْخِيَارُ يُقْتَنَصُ
بِعَدِّ ثُبُوتِ الْعَيْبِ أَوْ إِفْرَارِ بِهِ وَرَفْعِ الْأَمْرِ فِي الْمُخْتَارِ

يعني أن العيوب التي توجب الخيار لأحد الزوجين في الآخر أربعة: الجنون والجذام وداء الفرج والبرص، وداء الفرج يختلف باعتبار النساء والرجال كما يأتي، وإنما يثبت الخيار للسالم من الزوجين في الآخر الذي به العيب بعد ثبوت العيب إما بشهادة أهل البصر والمعرفة بذلك، (وإما بإقرار المعيب بعيبه) وبعد الرفع للحاكم على القول المختار في ذلك. ابن الحاجب: ولكل من الزوجين الخيار بالعيب والغرور وللمرأة الخيار بالعتق. التوضيح: يعني أن (للخيار ثلاثة أسباب) اثنان يستوي فيهما الرجل والمرأة وهما العيب والغرور بالحرية، والثالث خاص بالمرأة وهو العتق إذا كان زوجها عبداً يعني ثم عتقت. ثم قال ابن الحاجب: والعيب الجنون والجذام والبرص وداء الفرج ما لم يرض بقول أو تلذذ أو تمكين أو سبق علم بالعيب. التوضيح: وقوله: ما لم يرض راجع إلى غير مذكور وهو لازم العيب الذي هو وجوب الخيار، ولا يرجع للمعيب لأنه وإن حصل الرضا فهو عيب، وفاعل يرض ضمير عائد على أحد الزوجين، كذلك قوله: أو سبق علم يريد من أحدهما بعيب الآخر وهو ظاهره. المتبني: فإذا رفعت المرأة زوجها إلى الإمام وأحبت فراقه وقررت على عيبه فإن أقر به وإلا أثبتت ذلك عنده ويعرف الجذام والبرص بأن ينظر إلى جسده ما لم يكن ذلك في العورة فيصدق فيه.

(قال بعض الموثقين): وحكى بعض أصحابنا أنه ينظر الرجال إليه للضرورة كما ينظر النساء، وأما الحصور والمجبوب الممسوح ذكره وأثياه أو مقطوعهما جميعاً والعنين

فصل في عيوب الزوجين وما يردان به منها

(من الجنون والجذام والبرص والداء في الفرج الخيار يقتنص)

إلى آخر العيوب الأربعة. قوله: (وإما بإقرار المعيب الخ) انظر هذا فإنهم قالوا: البكر لا يقبل منها إقرارها بأنها ثيب لأن في ذلك إسقاط المال الذي وجب لها، وإقرار المحجور فيما يؤدي إلى المال لا يعمل به. قوله: (للخيار ثلاثة أسباب) قال كاتبه في هذا ما نصه:

عيب غرور سبب الخيار لناكح كذلك عتق طار

قوله: (قال بعض الموثقين الخ) قال ابن عرفة في مضمون قول المختصر: ولا ينظرها النساء الخ ما نصه: ولعل المانع من نظرهما أي المرأتين حق المرأة في عدم الاطلاع على عورتها، فشهادتهما في

في قول القاضي أبي محمد فقال عبد الملك بن حبيب: يختبر بالجس على الثوب وما أشبه ذلك لأن ذلك ظاهر لا يخفى ويحذر من الملامسة. قال المتيطي: فإذا ثبت ذلك بإقراره أو انكشف عليه طلق عليه الإمام ولا يفرض ذلك إليها، (هذا هو المشهور من المذهب اهـ). والافتناص الاصطياد، والمراد هنا أن من هذه العيوب يحصل الخيار للسالم منهما فكان الخيار وحش صيد وتوصل إليه من هذه العيوب. تنبيه: بقي على الناظم من العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة ويرد به كل منهما العذيفة وهو حدث الغائط عند الجماع.

وداء فَرْجِ الزَّوْجِ بِالْقَضَاءِ كَالجَبِّ وَالْعُنَّةِ وَالْخِصَاءِ
وَذَاكَ لَا يُزَجِّي لهُ زَوَالٌ فَلَيْسَ فِي الْحُكْمِ بِهِ إِنْهَالٌ

شرح هنا في الكلام على داء فرج الرجل، وسيذكر داء فرج المرأة في قوله: والرتق داء الفرج في النساء الخ. وأخبر هنا أن داء فرج الرجل إذا كان جباً أو عنة أو خصاء فإن الحكم فيه لا يمهل، بل إما أن ترضى أو تفارق، لأنه لما كان لا يرجى زواله صار الإمهال كالعبث. قال في المقرب: قال عبد الملك: كل من ذهب ذكره قبل بنائه بامرأته بخصاء أو بلية نزلت به فرق بينه وبين امرأته مكانه ولم يؤجل له كذلك، قال مالك: رواه

الغالب بتمكينها إياهما من ذلك فلا يتوهم كونه جرحاً اهـ. قال كاتبه عفا الله عنه: كأن ابن عرفة لم يقف على ما في تعاليق أبي عمران فإنه قال ما نصّه: قال الشيخ ولا خلاف بين الأمة في أن المرأة إذا مكنت من نفسها أن يرى ما في فرجها من العيوب أن شهادة النساء مقبولة، وإنما الخلاف هل تجبر على ذلك أم لا؟ الخ، وهذا منه بلفظه. وكان من حق ابن عرفة نقله من كثرة نقله عنه من هذه التعاليق بشهادة كتابه، ولكن أبو عمران لم يصرح بالجواز مع الرضا منها، وإنما حكي الإجماع على القبول، ولكن الإجماع على القبول ربما يدل على الجواز، مع أن العورة لا يجوز النظر لها وإن أذن صاحبها في النظر إذ هذا حق الله تعالى فيه، ولكن الضرورات تبيح المحظورات مع كون النظر هنا يتوصل به إلى اليقين وثبوت الحقوق الكثيرة لأهلها ودفع المعرات كالنظر للبكر عند دعوى الزوج أنها ثيب، وقد ذكر الناس عن سحنون وغيره جواز النظر للعورة هنا، بل قال ابن لبابة راداً على من قال هنا لا تكشف ذلك خطأً، وعلى من قال بردها بالعيوب يوجب أن تمتحن العيوب بالنساء أي ينظرن فرجها، وبهذا أفتى ابن عتاب، وهذه رواية ابن وهب عن مالك في البكر، وقال ابن أبي زمنين: النظر هو الذي يدل عليه لفظ الكتاب، وكذا قال هذا غير واحد، وقد نقلنا هذا عن أربابه بألفاظهم، قف عليه إن شئت، ونقلنا أن الرجال ينظرون لعورة الرجال والنساء لعورة النساء، قف على ذلك إن شئت وبه تعرف ما اقتصر عليه هذا الشارح. قوله: (هذا هو المشهور من المذهب الخ) هذا قاله المتيطي، ولكن مقابله رجحه ابن عتاب وابن سهل كما في أحكامه الكبرى، لكن ابن عبد السلام قال فيما شهره المتيطي هو الصحيح، ذكره في الطلاق على المعسر وباب الإعسار وهذا شيء واحد كما في ابن سهل وغيره، وكثير من الفقهاء لم يذكر لإطلاق الحاكم كالقاضي، وكثير ممن وقفنا على كلامه، وعدم ذكر ما ذكرنا فيه إيهام، وأن المسألة إنما رجحها المتيطي وإن عبر بالمشهور وغيره بالترجيح لمقابله، وبهذا يعترض على خليل حيث قال في المسألة قولان مع وجود التشهير والترجيح والتصحيح والاقتصار المذكور فافهم.

ابن القاسم وغيره . وفي النوادر من الواضحة : وكذلك يفرق بينها وبين العينين بغير أجل إذا أقرّ بذلك، وكذلك إذا أقرّ أنه حصور أو محبوب والعين الذي لا ينتشر ذكره كالأصبع في جسده لا ينقبض ولا ينسط، والحصور الذي يخلق بغير ذكر أو بذكر صغار كالزر وشبهه لا يمكن به وطء، فهذان إن أقرا بحالهما فطلبت الزوجة الفراق فرق بينهما بطلقة، وكذلك المحبوب ولا تأجيل فيهم اهـ. ابن الحاجب: وداء فرج الرجل ما يمنع الوطء كالجب والخصاء والعنة والاعتراض، فالمحبوب المقطوع ذكره وأثياه، والخصي المقطوع أحدهما وإن كان قائم الذكر، والعينين ذو ذكر لا يتأتى به الجماع أي لصغره، والمعترض بصفة المتمكن ولا يقدر وربما كان بعد وطء، وربما كان في امرأة دون أخرى، وقد يفسر العينين بالمعترض. التوضيح: ويقال المعترض المربوط، ويقال إن سببه السحر، وقوله: وقد يفسر العينين بالمعترض أي وقد يطلق الأصحاب لفظ العينين ويكون مرادهم به المعترض اهـ. باختصار. ابن الحاجب: ففي الجب والخصاء والعنة الخيار، وقيل: (إلا في القائم الذكر) إلا أن يكون مقطوع الحشفة. التوضيح: وهل الحصور من لا ذكر له البتة أو له ذكر صغير فيرجع إلى العينين قولان، وقد فسّر ابن عباس الحصور بالذي لا ينزل الماء منه، وقتادة ومجاهد بالذي يأتي النساء اهـ. ويأتي الكلام على المعترض قريباً إن شاء الله تعالى.

وَحَيْثُ عَيْبُ الزَّوْجِ بِاعْتِرَاضِ
أَجَلَهُ إِلَى تَمَامِ عَامٍ
وَيَعْدُ ذَا يَخُكُّمُ بِالطَّلَاقِ
وَالْعَبْدُ فِي الْأَصْحِ كَالْأَخْرَارِ
أَوْ بَرَصٍ وَقِيمِ عِنْدَ الْقَاضِي
كَذَاكَ فِي الْجُنُونِ وَالْجُذَامِ
إِنْ عُدِمَ الْبُرْءُ عَلَى الْإِطْلَاقِ
وَقِيلَ بِالتَّشْطِيرِ كَالظُّهَارِ

يعني أنه إذا كان عيب الزوج مما يرجى زواله ويطمع في برئه وقامت الزوجة بحقها عند القاضي فلا يطلق عليه من حينه بل يؤجل له سنة، وذلك الاعتراض والبرص والجنون والجذام، فإن برىء في السنة فلا إشكال، وإن تمت ولم يبرأ فالخيار للزوجة في أن تقيم معه أو تفارقه، والتأجيل في ذلك بالسنة هو للحر، واختلف في العبد فقيل كالحر وهو الأصح وقيل يؤجل شطر السنة ستة أشهر، وكذلك هذا الخلاف في العبد يظهر من زوجته ويمنع من التكفير فيدخل عليه الإيلاء فقيل يؤجل أربعة أشهر كالحر، وقيل بالتشطير فيؤجل شهرين فقط، وإلى هذا أشار بقوله: كالظهار والله أعلم. قال في طرر ابن عات: الاعتراض والجنون والجذام والبرص لا يطلق فيه ابتداء ويؤجل من به هذه العيوب للمعالجة منه إذا كان يطمع في إزالته عنه، والأجل في ذلك عام للحر وفي العبد خلاف قيل عام وقيل ستة أشهر. وقال المتيطي مثله وزاد بعد الأجل للحر، وسواء كانت زوجته

قوله: (إلا في القائم الذكر) القائل به سحنون واختاره اللخمي وهو أمر ظاهر عند من أنصف وإن مرّ في المختصر خلافه موافقة للإمام (ص):

(وحيث عيب الزوج باعتراض أو برص وقيم عند القاضي)

حرة أو أمة، والقول بأن العبد يأجل سنة روي عن مالك وقاله جمهور الفقهاء، وقيل ستة أشهر وهو قول مالك وبه الحكم، وقال الشيخ أبو الحسن اللخمي: الأول أبين لأن السنة جعلت (ليختبر بها في الفصول الأربعة)، فقد ينفع في فصل دون فصل وهذا يستوي فيه الحر والعبد. فرع: وهل يكون الأجل من يوم الرفع أو من يوم الحكم؟ نقل المتيطي عن ابن المواز عن مالك أن السنة من يوم ترفعه إلى السلطان. وقال الباجي: هذه عبارة أصحابنا وتحقيق ذلك عندي أن ابتداء أجل السنة (من يوم يحكم السلطان بها) إذ لا يحكم إلا بعد ثبوت العيب أو إقرار الزوج فقد يطول ما بين الرفع والحكم.

وكالرجالِ أَجَلَ النِّسَاءِ فِي هَذِهِ الثَّلَاثَةِ الْأَدْوَاءِ
وَفِي سِوَاهَا لَا يَكُونُ الْأَجْلُ لَهُنَّ إِلَّا مَا يَرَى الْمُؤَجَّلُ

يعني أن المرأة تؤجل في هذه الأمراض الثلاثة التي هي الجنون والجذام والبرص سنة كالرجل، وأما ما عداها فتؤجل قدر ما يراه المؤجل بالكسر وهو القاضي مما يتأتى فيه معالجة ذلك الداء، وإنما تعين عود الإشارة إلى ما عدا الاعتراض لأنهم عدوه من الأمراض الخاصة بالرجل، والكلام الآن في النساء والأدواء جمع داء وهو المرض. ففي وثائق ابن فتحون: إذا كان بالمرأة جنون أو جذام أو برص فإنها تؤجل في التداوي من ذلك سنة. وقال في داء الفرج: إنها تؤجل في التداوي منه بقدر اجتهاد الحاكم ولم يحد اه. وفي مختصر الشيخ خليل: وأجلا فيه وفي برص وجذام رجي برؤهما سنة ثم قال: وأجلت الرتقاء للدواء بالاجتهاد.

وَيُمْنَعُ الْمَبْرُوضُ وَالْمَجْدُومُ مِنْ
وَدُوِّ اغْتِرَاضِ وَخَدِّهٖ لَنْ يُمْنَعَا
وَإِنْ يَقْلُ وَطِئَتْ أُنثَاءَ الْأَمْدِ
بِنَائِهِ وَذُو الْجُنُونِ فَاسْتَبِينَ
وَهُوَ مُصَدِّقٌ إِذَا مَا نُوزِعَا
فَقَوْلُهُ مَعَ السِّمَنِ مُغْتَمَدٌ

اشتملت الأبيات على ثلاث مسائل: الأولى: أن من ضرب له الأجل من الرجال لمعالجة دائه قبل البناء وطلب البناء بزوجته أثناء الأجل المضروب فإنه يمنع من ذلك

إلى آخر الأبيات العشرة. قوله: (ليختبر بها في الفصول الأربعة الخ) هذا قاله الفحول القاضي وغيره، واعترضه ابن رشد قائلًا: العلة في السنة سنة متبعة، ولو كانت العلة مرور الفصول لكان للعبد سنة كالحر الخ، وفي اعتراضه ما لا يخفك عند من يقول: الحر والعبد سواء، وهو مذهب الجمهور كما في الكافي وغيره، بل حتى من يقول أجل العبد على النصف لأنه قد يدعي أن الحر يعتبر حقه أكثر من العبد انظر الشرح. قوله: (من يوم يحكم السلطان بها) كأنه أراد الحكم بالعنة أي بشبوتها، فإذا ثبت وحكم القاضي بأن الأمر ثبت عنده فيضرب الأجل، ويدل لهذا قول الباجي وغيره: فإذا ثبت عند القاضي ما يوجب ضرب الأجل استأنف ضربه من يوم إنفاذ الحكم أي الحكم على الزوج بأنه عنين والله أعلم. ولكن لعل مراده بالحكم ثبوت أن الزوج عنين بإقرار أو غيره، ولم يبق للزوج دعوى في ذلك فإن الحكم عليه بأنه عنين قد لا يحتاج إليه تأمل هذا، ففعل تعبير الباجي فيه مسامحة، وهذا الذي يدل عليه قوله: وذلك إن رفعها إلى السلطان الخ فافهم.

وذلك المجنون والمجذوم والمبروص كما تقدم في ضرب الأجل لهم في قوله: وحيث عيب الزوج باعتراض البيتين إلا المعترض فإنه لا يمنع وله البناء في أثناء الأجل، وإلى هذا أشار بالبيت الأول وشطر الثاني. قال في طرر ابن عات: ويمنع المجنون من البناء بها لما يخشى منه عليها، وكذلك المجذوم والمبروص إذا كانت الرائحة منهما تؤدي، ذكر ذلك ابن فتحون، وقال المتطي مثله سواء. وفي طرر ابن عات: ولا يمنع المعترض من البناء، وقال المتطي مثله وزاد: فإن وطئ في خلال السنة وإلا فرق بينهما عند انقضائها. قوله: «وهو مصدق إذا ما نوزعا» هذه المسألة الثانية مما اشتملت عليها الأبيات؛ يعني إذا ادعت المرأة على الرجل الاعتراض وأنكر هو فإنه مصدق في نفي الاعتراض. ابن الحاجب: وصدق في العنة. التوضيح: أي في الاعتراض فهذه من المواضع التي أطلق فيها العنة على الاعتراض اه. وهو على حذف مضاف أي في نفي العنة. (وفي الطرر: إذا أنكر الزوج ما ادعت عليه من الاعتراض فهو مصدق) وقد نزلت بالمدينة، وفي ابن الحاجب أيضاً والقول قوله في الوطاء مع يمينه بعد أن توقف حين نزلت بالمدينة. وفي المختصر: وصدق في الاعتراض أي في نفي الاعتراض. المسألة الثالثة مما اشتملت عليه الأبيات: المعترض يضرب له الأجل فيدعي في أثناءه أنه وطئ فالقول قوله مع يمينه وإليه أشار بالبيت الثالث. التوضيح: في شرح قول ابن الحاجب والقول قوله في الوطاء مع يمينه قال في المدونة: وإن قال المعترض في الأجل جامعتها دين وحلف فإن نكل وحلفت فرق بينهما، فإن نكلت بقيت زوجة، وتوقف فيها مالك مرة إذ نزلت بالمدينة، وأفتى غيره أن تجعل الصفرة في قبلها، وقال أناس بجعل نساء معها اه. وفي المختصر: وصدق إن ادعى فيها الوطاء بيمينه، وإن نكل حلفت وإلا بقيت، فقوله: حلفت أي وفرق بينهما وإن نكلت بقيت أي زوجة.

وَتَمْنَعُ الْإِنْفَاقَ مَنْ لَمْ تُدْخِلْ إِنْ طَلَبَتْهُ فِي خِلَالِ الْأَجْلِ

تقدم أن المجنون والمجذوم والمبروص يضرب لكل واحد منهم سنة ويمنعون من الدخول أثناءها، فإذا طلبت زوجة أحدهم النفقة في ذلك الأجل فلا نفقة لها فيه لأنها في مقابلة الاستمتاع وقد منعت نفسها لسبب لا قدرة له على دفعه فكان بذلك معذوراً وهذا في غير المعترض، وأما المعترض فقد تقدم أنه لا يمنع من البناء بزوجه فإذا طلبته بالنفقة لزمته لكونه متمسكاً من الاستمتاع بها. قال ابن رشد في رسم الصلاة من سماع يحيى من

قوله: (وفي الطرر إذا أنكر الزوج ما ادعته عليه من الاعتراض فهو مصدق الخ) ظاهره أنه مصدق بلا يمين تبعاً لابن الناظم إذ هذا نقله ولم يعرج على ذكر اليمين، والحاصل من كلامهم أنه إذا أقر بالاعتراض وادعى الوطاء فلا بد من يمينه لأنه يريد حل ما وجب عليه من الأجل، وأما إن ادعى عدم الاعتراض أصلاً في ذلك خلاف هل يحلف أم لا؟ والراجح هو الحلف لأن دعوى الزوجة محققة عليه وهي دعوى غير بعيدة واليمين تجب في هذا، والخلاف ذكره اللخمي في تبصرته، وصرح خليل باليمين في المسألة الأولى، وفي الثانية كلامه محتمل ونصه في الأولى: وصدق إن ادعى فيها الوطاء بيمينه. وفي الثانية: وصدق في الاعتراض كالمرأة في دائها الخ.

كتاب الطلاق: قال أبو إسحاق التونسي: وانظر إذا ضرب للمجنون أجل سنة قبل الدخول هل لها نفقة إذا دعته إلى الدخول مع امتناعها من ذلك لجنونه كما إذا أعسر بالصداق أنه يؤمر بإجراء النفقة مع امتناعها منه لعدم قدرته على دفع صداقها فأجال النظر ولم يبين في ذلك شيئاً، والظاهر أنها لا نفقة لها لأنها منعتة نفسها لسبب لا قدرة له على دفعه فكان بذلك معذوراً، بخلاف التي منعتة نفسها حتى يؤدي إليها صداقها، إذ لعل له مالا فكتمه اهـ. قال الشيخ ابن غازي: ولا يصح قياس المعترض على المجنون لأن المجنون يمنع عنها كما قال في المدونة والمعترض مرسل عليها اهـ. وهذا في تأجيل الزوج. (وانظر إذا أجلت الزوجة) لجنون أو جذام أو برص قبل البناء هل لها نفقة لأن الامتناع ليس من قبلها أو لا نفقة لها لأنها وإن لم تمنعه هي فإنه إن استمتع سقط خياره.

وَالْعَيْبُ فِي الرِّجَالِ مِنْ قَبْلِ الْبِنَا
 وَالْوَطْءُ مِنْهُ هَبْهُ مَرَّةً حَصَلَ
 يُرَدُّ وَالْحَادِثُ وَالْيَسِيرُ
 فَلَا طَلَّاقَ مِنْهُ فِي الْمَشْهُورِ
 وَزَوْجَةٌ بِسَابِقِ لِعَقْدِهِ

(اعلم أن فهم هذه الأبيات) يتوقف على معرفة فقه المسألة في الجملة، وذلك أن

قوله: (وانظر إذا أجلت الزوجة الخ) هذه لا نفقة لها في المدة أصلاً لأن ما تؤجل لزواله لا يكون إلا قبل العقد إذ لا ترد بما بعد العقد، وإذا كان كذلك فهي غارة ومدلسة ولذلك قالوا العيب الحادث قبل العقد يرد به مطلقاً لأن صاحبه مدلس كما تراه قريباً في شرح النظم هنا، ولذلك الناس إنما تكلموا على التأجيل للزوجة من جهة جنون الزوج مثلاً، وهذا هو الذي فيه الخلاف باعتبار النفقة كما في ابن عرفة وغيره، وفيه وقع التوقف قالوا فإنه إن استمتع بها سقط خياره لما قال أصبغ: يستمتع الزوج بالرتقاء في أجلها، فقال المتيطي ما نصّه: في قول أصبغ نظر فإذا استمتع ولو مرة واحدة فلم لا يكون تمتعه بها رضا منه بدائها، هذا لفظه، فالنص هو جواز الاستمتاع وعدم اللزوم لذلك كتمتع المعترض، وإن كان المعترض تمتعه بها ربما يؤديه للوطء الذي هو المطلوب منه، ولا كذلك الرتقاء لأن تمتعه بها ربما يدل على الرضا بها كما قاله المتيطي بل هو الظاهر.

قوله: (اعلم أن فهم هذه الأبيات الخ) كلامه في هذه الأبيات حسن لا اعتراض عليه فيه، وحاصل هذه الفذلحة أن العيب الواقع قبل العقد يرد به مطلقاً كان بامرأة أو رجل قليلاً كان أو كثيراً، لأن من فيه العيب مدلس كان جنوناً أو غيره، وإن حدث بعد العقد فالزوجة لا ترد به مطلقاً بلا قيد أصلاً، وإن حدث بالزوج بعد العقد فالرد ثابت لها في الجذام البين والبرص المضر، كان الجنون قبل الدخول أو بعده على خلاف في ذلك، مع أن ثمرة الرد إنما تظهر قبل الدخول لأنه يلزم به كمال الصداق فافهم، ولكن حدوث الجنون بالزوجة بعد العقد فيه كلام هل ترد به أو لا؟ والذي يظهر رجحانه هو عدم الرد، ولعل الجنون أقوى من غيره، وأما الاعتراض فمهما وطئ الزوج مرة سقط حكمه، وكذا إذا وطئ مرة ثم قطع ذكره مثلاً وقد لفتنا هذا بما نصّه:

العيب الموجود في أحد الزوجين إما أن يكون سابقاً على عقد النكاح، أو حادثاً بعد عقده، فإن كان سابقاً على العقد ثبت به الخيار للآخر لأن صاحب العيب مدلس حيث كتم ولم يبين، وسواء كان العيب بالزوج أو الزوجة وإن كان حادثاً بعد العقد، فإن حدث بالمرأة فلا مقال للزوج وهي مصيبة نزلت به لأنه قادر على الفراق بالطلاق، وسيقول الناظم بعد:

وزوجة بسابق لعقده وهو لزوج آفة من بعده

وإن حدث بالرجل فحكى ابن الحاجب في ذلك أربعة أقوال: الأول: أن لها الخيار في كل عيب حدث بالرجل بعد العقد بنى أو لم يبن لأن الفراق ليس بيدها فلا مخلص لها إلا إن خيرت. الثاني: لا خيار لها كالذي يحدث بالزوج. الثالث: لا خيار لها إلا إن حدث به برص فتخير. الرابع: لها الخيار إلا في البرص اليسير فلا خيار لها. ابن الحاجب: والعيب المقتضي للخيار ما وجد قبل العقد لا بعده، وفي ثبوت الخيار للمرأة خاصة بعده ثالثها إلا في البرص ورابعها إلا في القليل منه اهـ. فتكلم الناظم في البيتين الأولين على العيب الحادث بالرجل بعد عقد النكاح بنى أو لم يبن، وأن للمرأة الخيار بسببه إلا إذا كان العيب اعتراضاً حدث بعد الوطء ولو مرة واحدة فلا خيار لها، وتقدم أن ابن الحاجب حكى في ذلك أربعة أقوال، ذهب الناظم في هذا البيت على الأول منها ثم تكلم على نظيره وهو حدوث العيب بالزوجة بعد عقد النكاح عليها حيث قال: وهو لزوج آفة من بعده، أي حدوث العيب بالزوجة بعد العقد عليها آفة نزلت بالزوج فلا خيار له فإما أمسك أو طلق. ثم تكلم على الردّ بالعيب القديم السابق على العقد فأشار لرد الزوج به بقوله: وبالقديم الزوج والكثير البيت، إلا أن قوله: والحادث أي بعد العقد هو تكرر مع قوله أولاً: والعيب في الرجال من قبل البناء البيتين وكأنه كرره ليستثني منه حدوث البرص اليسير بالزوج فإنه لا يوجب للمرأة خياراً، وهذا هو القول الرابع عند ابن الحاجب كما تقدم، ومفهومه أن الكثير يوجب لها الخيار، وكذلك الجذام البين إذ هو أضر من البرص، وهذا المفهوم هو منطوق قول الشيخ خليل ولها فقط الردّ بالجذام البين والبرص المضر الحادثين بعده، فتلخص من كلامه أنه يستثني من العيب الحادث بالزوج بعد العقد شيئان

أو بعده إن كان في زوج ذكر

وبرص خفي بلا ملام

بوطأة منه على ما قد سمع

مطلق عيب قبل عقد معتبر

إلا فيما خفي من الجذام

وراجع لنفي وطئه دفع

وقولنا: مطلق عيب الكلام في العيب الذي يرد بلا شرط كما لا يخفى، والعيوب التي يرد بها هي كلها المذكورة في المختصر وذلك ثلاثة عشر عيباً سلمنا الله من جميعها وغيرها بمنه وفضله وكرمه وطوله. وقال ابن الناظم هنا ما نصّه: أقول واستشكل ابن عرفة الردّ بالسواد إذا اشترط السلامة لعدم اندراجها عنده تحت تلك العيوب التي يردّ بها إذا اشترطت السلامة، وما أبداه من هذا البحث ظاهر هنا فتأمله.

الاعتراض بعد الوطء والبرص اليسير فلا خيار فيهما للزوجة لقوله: إلا اعتراضاً كان بعد ما دخل البيت، ولقوله: إلا حدوث برص منزور البيت فلا طلاق منه أي فلا خيار فيه للمرأة، ولو عبّر بالخيار بدل الطلاق لكان أولى والله أعلم. ثم تكلم على رد المرأة بالعيب القديم فقال: وزوجة سابق لعقده، فتلخص من كلامه أيضاً أنه حكى في المسألة التي حكى ابن الحاجب فيها أربعة أقوال، وهي حدوث العيب بالرجل بعد العقد قولين منها الأول في البيت الأول من هذه، والرابع في قوله: إلا حدوث برص منزور، فقول الناظم: والعيب في الرجال من قبل البناء وبعده البيت معناه أن العيب الحادث بالرجل بعد عقد النكاح سواء حدث قبل البناء أو بعده عيب للزوجة الرد به، وهذا هو القول الأول عند ابن الحاجب، ولما دخل في قوله وبعده عيب الاعتراض الحادث بعد البناء والوطء وهو لا يرد به استثناء الناظم فقال: الاعتراض إذا كان بعد الوطء ولو مرة واحدة فإنه لا يرد به وذلك مصيبة نزلت بالزوجة، وقوله: وبالقديم الزوج والكثير البيتين يعني أن العيب إذا كان بالزوج فإنه يرد به قليلاً كان العيب أو كثيراً قديماً كان أي قبل العقد أو حادثاً بعد العقد، إلا إذا كان الحادث بعده برصاً يسيراً فلا يرد به على المشهور، وهذا هو القول الرابع عند ابن الحاجب كما تقدم، فكأن الناظم حكى القول الأول والرابع ممّا عند ابن الحاجب، وزاد ابن الحاجب بعد حكاية الأقوال الأربعة ما نصّه: وأما جنونه الحادث فيعزل سنة فإن صحّ وإلا فرق بينهما، وقيل: إن كان يؤذيها. وعن مالك: والمجذوم البيّن كذلك. التوضيح: أي فيعزل سنة إن رجي برؤه ثم يفرق بينهما إن شاءت، وحاصل القول الرابع أن ما يحدث بالرجل بعد العقد فلا خيار للمرأة إلا في البرص الكثير والجذام البين والجنون إذا حدث بعد العقد وقبل البناء أما بعد البناء فلا خيار لها به، وعلى هذا اقتصر في المختصر بقوله: ولها فقط الرد بالجذام البين والبرص المضر الحادثين بعده لا بكاعتراض أو جنونهما وإن مرة في السنة قبل الدخول وبعده أي بعد العقد. وحكى ابن عرفة في جنون من تأمن زوجته أذاه ثلاثة أقوال: الأول: إلغاؤه لابن رشد من سماع زونان عن أشهب عن ابن وهب. الثاني: اعتباره لسماع عيسى رأي ابن القاسم وروايته. الثالث: إن حدث بعد البناء ألغي وإلا فلا. اللخمي: وقوله وزوجة بسابق لعقده يعني أن الزوجة ترد بالعيب السابق على العقد ولا إشكال في هذا، وأما ما حدث بالمرأة بعد العقد فمصيبة نزلت بالزوج لا خيار له، فإن شاء أمسك أو فارق، فإن فارق قبل البناء لزمه نصف الصداق، وإن فارق بعده لزمه الصداق كاملاً، وعلى ذلك نبّه بقوله: وهو أي حدوث العيب بالمرأة من بعد العقد آفة نزلت بالزوج فلا ردّ له به. وفي المواق عن ابن عرفة: ما حدث بالمرأة من عيب بعد العقد لغو وهو نازلة بالزوج. ابن رشد: وما حدث بالرجل بعد العقد من جذام ثالث الأقوال قول ابن القاسم لها الخيار إن كان بيناً إلا إن رجي برؤه فلا يفرق بينهما إلا بعد أجله سنة لعلاجه. ابن عرفة: والبرص إذا حدث بالرجل بعد العقد فقال ابن رشد: يسيره لغو اتفاقاً وشديده وكثيره سمع ابن القاسم يرد به. وقال المتيطي: حدوث جنون الرجل بعد العقد وقبل الدخول كوجوده قبل العقد قال: وكذا الجذام بخلافهما إذا حدثا بعد الدخول راجعه اهـ. والعيب مبتدأ، وفي الرجال ومن قبل

البناء في محل الصفة للعيب وجملة الرد به تعينا خبر العيب والرباط جملة الخبر بالمبتدأ ضمير به العائد على العيب، والزوج مبتدأ وخبره يرد وبالقديم يتعلق ببرد، وزوجة مبتدأ خبره محذوف أي ترد ويسابق يتعلق بذلك المحذوف.

وَالرَّئِثُ دَاءُ الْفَرْجِ فِي النِّسَاءِ كَالْقَرْنِ وَالْعَقْلِ وَالْإِفْضَاءِ

بين هنا داء فرج المرأة وهو نظير قوله في بيان داء الفرج في الرجل وداء فرج الزوج بالقضاء كالجب والعنة والخصاء، يعني أن داء فرج المرأة هو الرتق والقرن والعقل والإفضاء. ابن الحاجب: وداء الفرج في المرأة ما يمنع الوطء أو لذته كالرتق والقرن والعقل وزيد البخر والإفضاء. التوضيح: عياض الرتق بفتح الراء والتاء التصاق موضع الوطء والتحامه، والعقل بفتح العين المهملة وفتح الفاء في النساء كالأدرة في الرجال وهو بروز لحم في الفرج، والقرن بفتح القاف وسكون الراء مثله لكنه قد يكون خلقة غالباً ويكون عظماً وقد يكون لحمياً، قال غيره: وأما القرن بفتح القاف والراء فهو المصدر وهو الأحسن هنا ليكون موافقاً لباقي العيوب فإنها كلها مصادر، ومن عدّ الفتح خطأ فقد أخطأ قوله. وزيد البخر والإفضاء زادهما في الجلاب والبخر نتن الفرج لأن المصنف أخبر بذلك عن داء الفرج اهـ. والإفضاء اختلاط محل الجماع ومجرى البول بزوال الحائل الرقيق الذي بينهما وإذا وقع ذلك فلا تمسك بولاً ولا نظفة، والبخر والإفضاء يمنعان لذة الجماع لا مطلق الجماع. قال الشارح: وسكن الشيخ رحمه الله التاء من الرتق لضرورة الوزن أو لعله استعمله مصدراً كقولك: رتقت الشيء رتقاً.

وَلَا تُرَدُّ مِنْ عَمَى وَلَا شَلَلٍ وَنَخْوِهِ إِلَّا بِشَرْطٍ يُمْتَثَلُ

يعني أن المرأة لا ترد إلا من العيوب المذكورة قبل، ولا ترد من غيرها كالعمى، وأخرى العور والشلل وقطع عضو ونحو ذلك، إلا إذا تزوج على شرط السلامة فيمثلة الشرط وترد بغير ما تقدم، أو قد ولدت من زنا أو سوداء فقال مالك: لا ترد النساء في النكاح إلا من العيوب الأربعة التي وصفت لك. ومن كتاب ابن يونس: وسئل أبو محمد بن أبي زيد عما يكتب الناس في صدقاتهم وهي صحيحة العقل والبدن إن وجدها بعد ذلك عمياء أو شلاء هل له أن يردها بهذا الذي كتب في الصداق؟ فقال: لا ينفعه ذلك وليس كالشرط حتى يبين فيقول لا عمياء ولا شلاء، قال: ولو كان في موضع صحيحة البدن سليمة البدن لرأيت له أن يردها إذا وجدها عمياء أو شلاء أو غير ذلك، وبهذا كان يفتي علماؤنا ونفتي نحن. قال الشارح: استشكل ابن عرفة الرد بالسواد إذا اشترط السلامة لعدم اندراجها عنده تحت العيوب التي يرد بها إذا اشترطت السلامة وبخه ظاهر اهـ. ومن المدونة: إن وجدها سوداء أو عمياء أو عوراء لم ترد ولا يرد بغير العيوب الأربعة إلا أن يشترط السلامة منه. قلت: فإن شرط أنها صحيحة فإذا هي عمياء أو شلاء أو مقعدة أيردها؟ قال نعم إذا اشترطها على من أنكحه إياها لقول مالك فيمن تزوج امرأة فإذا هي لغية إن زوجها على نسب فله ردها وإلا فلا. عياض: قوله لغية أي لغير نكاح كما قال في موضع آخر لزنية عكس هذا الرشيدة إلا أنه يجوز فتح الراء هنا. ابن رشد: إن أجاب

الولي الخاطب عند قوله: قيل لي وليتك سوداء أو عوراء بقوله كذب من قال ذلك هي البيضاء الغراء فلا خلاف أن هذا شرط يوجب ردّها إن وجد بها بعض ذلك، وإنما الخلاف إن وصفها الولي عند الخطبة بالبياض وصحة العينين ابتداءً بغير سبب وهي سوداء أو عمياء ففي لغوه وكونه شرطاً قولان. المتيطي: قوله صحيحة في جسمها قيل هو كشرط السلامة من كل عيب، وحكى عبد الحق وغيره عن الشيخ أنه لا يوجب له ذلك. الباجي: ظاهر المذهب أنها لا ترد بفاحش القرع كالجرب خلافاً لابن حبيب. ابن رشد: وابن حبيب يرى ردّ القرعاء والسوداء. ابن عرفة: نقله عنه اللخمي بشرط كونها من بيض. وفي الجلاب: ترد من نتن الفرج، فعلى هذا ترد بالبخر والخشم وهو نتن الأنف، (لأن نتن الأعلى أولى بالردّ اهـ).

(وَالزَّوْجُ حَيْثُ لَمْ يَجِدْهَا بِكْرًا) لَمْ يَزْجِعْ أَلَّا بِاشْتِرَاطِ عُدْرًا
مَا لَمْ يُزَلْ عُدْرَتَهَا نِكَاحٌ مُكْتَتَمٌ فَالرَّدُ مُسْتَبَاحٌ

قوله: (لأن نتن الأعلى أولى بالردّ) هذا كما قال، ذكره غيره واحد وسلّمه، ولكن تلقينا من أشياخنا أن نتن الفرج أصعب لأن نتن الفم والأنف يمكن ردّه بتغطيتهما عند الجماع الذي هو المقصد الأعظم من المرأة، ونتن الفرج يزداد عند الجماع ولا يتأتى ردّه، وعرضناه على غير واحد ممّن يظن به العلم فاستحسنه وصوّبه، ولذلك في المختصر ذكر الردّ بنتن الفرج مطلقاً، وذكر أن نتن الفم لا يردّ به إلا مع الشرط كالعَمى ونحوه. قوله: (والزوج حيث لم يجدها بكراً إلى آخر البيتين) حاصل المسألة أنه إذا وقع الشرط بأنها عذراء فوجدت بلا عذرة فإنها ترد مطلقاً بأي وجه كان زوالها، وإن وقع الشرط على أنها بكر ووجدت ثيباً بالنكاح فإنها ترد أيضاً لأنه شرط البكارة ولم توجد، وإن زالت بوثبة ونحوها ولم يعلم بذلك الولي فالراجع عدم الرد، وإن علم فالراجع الردّ الخ. هذا هو الحق في النازلة، وقد سقنا دليلاً من كلام الناس في الشرح، وكلام ابن راشد هنا فيه نظر قف عليه إن شئت، وإن لم يشترط أنها عذراء ولا بكر فلا تردّ بالثيوبة، وقد لفقنا هذا بما نصّه:

وحيث لا شرط فلا رد وإن وجد بالعذرة فالرد قمن
كبيكارة وزالت بنكاح كغيره وكتمه له اتضح
وحيث لا كتمان فالخلف اتضح فهاكها منظومة ممّن نصح
ولكن الراجح في هذا الخلاف ما ذكرناه.

تنبية: ما ذكرناه من الرد في شرط العذرة حكى عليه ابن راشد الاتفاق ونقله غير واحد كابن عرفة وابن سلمون ولم يتعقبه، لكن في نوازل ابن الحاج ما هو صريح أو كالصريح في عدم الردّ، وصرّح البرزلي بذلك عن القابسي لما سئل عن المسألة وهو في شروح النظم، وكذا هو في أنقال المواق مع زيادة عن غير واحد، وفي المعيار أيضاً، وجمعنا ذلك في شرحنا، ومن قال الردّ إنما هو إذا علم أن الثيوبة وقعت قبل العقد لا إن شك في ذلك، لأن عيب المرأة يلغى بعد العقد والأصل الاستصحاب فيحمل ذلك على الحدوث، وقد حذر الناس من اتفاقات ابن رشد، وما ذكره القابسي ومن وافقه حسن غاية في وقتنا هذا الذي هو في حدوده الثلاثين ومائة بعد ألف، فإن الذي قلّ دينه

يعني أن من تزوج امرأة على أنها بكر فوجدها ثيباً فلا رجوع له، لأن البكر في اللغة هي التي لم يعقد عليها نكاح قط وهذه كذلك، ولا يدل لفظ بكر على كونها عذراء وهي التي بخاتم ربها هذا لفظ الشارح، فإن كان زوال عذرتها بنكاح كتموه عن الزوج ولم يعلم به فله ردها إذ ليست بكرأ حينئذ، وعلى ذلك نبّه بقوله: والزوج حيث لم يجدها بكرأ لم يرجع، ثم قال: ما لم يزل عذرتها نكاح. قال في المقرب: قلت فإن تزوجها وهو لا يعرفها فإذا هي عمياء أو عوراء أو قطعاء أو شلاء أو مقعدة البيت، وأما من تزوج امرأة على أنها عذراء فوجدها ثيباً غير عذراء فله الرجوع وعلى ذلك نبّه بقوله: إلا باشتراط عذراء. المواق عن ابن عرفة: لو شرط أنها عذراء فوجدها ثيباً غير عذراء فله ردها اتفاقاً وفي كون شرط أنها بكر كذلك ولغو قولان، والذي عول عليه ابن فتحون وصوّبه وأخذ به جماعة من المتأخرين ورواه ابن حبيب عن مالك وقال أشهب أن لا ردّ له بذلك اه. الخطاب: وعلى عدم ردها بالثبوت في الدخول على أنها بكر قال ابن عرفة عن المتيطي وابن فتحون: لو بان أنها ثيب من زوج لكان للزوج الرد اه. ثم قال المواق ابن عرفة على ردها بالثبوت إن أكذبت في دعواه أنه وجدها ثيباً فله عليها اليمين إن كانت مالكة أمر نفسها أو على أبيها إن كانت ذات أب. ابن حبيب: ولا ينظرها للنساء ولا تكشف الحرة في مثل هذا، انظر إذا قال وجدتها مفتضة فإنه يجب حدّه للكدف وإن ثيب قوله أي أنها ثبت بخلاف ما إذا قال لم أجدّها بكرأ لأن العذرة تذهب بغير جماع انظر نوازل ابن الحاج، فعلى ما ذكره عول شيخ الشيوخ ابن لب قال: ولا ينظرها القوابل وشدد في ذلك. ومن نوازل البرزلي: سئل القابسي عمّن اشترط عذراء فوجدها ثيباً فقال: هذا شيء لا يمنع الزوج الوطء وشيء يدخل على المرأة ولا تشعر من لعب أو قفزة ومن تكرر الحيض فتأكله الحيضة ويزول الحجاب وليس بعيب على كل حال اه. وانظر جواب القابسي هذا مع ما تقدم عن ابن عرفة أنه له الرد اتفاقاً. ثم قال المواق: وقال المتيطي إن شرط أنها

يتزوج البكر العذراء بشرط أو عرف يتنزل منزلة الشرط فيجدها عذراء فإن أعجبته سكت وإلا تكلم وادعى أنه وجدها بلا عذرة ليرد صداقه ويرسل لأهلها فيدركهم الحياء غاية ويخافون المعرة لا سيما إن كانت لهم مروءات وأهل بيوتات فيصالحونه على الصداق فيأخذوه أو بعضه، وهذه مفسدة عظيمة جسيمة، فيحسن في هذه الأزمنة التي قلت فيها الأمانات وشاعت فيها الأذيات أن يفتي في النازلة بعدم الردّ إلا إذا كان الزوج برز في العدالة والأمانة، أو من منه أن يكذب في هذا لأمانته وديانته فيؤخذ بما قال ابن رشد ومن تبعه تبعاً لغيرهم من الفقهاء، ولكن لا يشهر القاضي هذا إنما يعاينه بعد وقوعه، لأن اشتهاً أن المرأة لا ترد بهذا فيه مفسدة أخرى وهي كون العذراء لا تحافظ على عذرتها، وهنا يحتاج القاضي إلى لُبّه وأسفاره والهز إلى أظفاره، ولكن القاضي إن تبع الحق لينجو مع الله وفقه وهده، وإن تبع هواه أهلكه وأرداه، ومن تولى القضاء وراقب مولاه شهد من هذا ما يعلمه الله، وبالنظر لأمثال هذه المسألة صعب القضاء غاية بل بلغ في الصعوبة النهاية، ولكن إنما يعرف هذا من خاف العقاب وهاب الحساب، وقف على ولي المرأة إذا اصطاح مع الزوج عند قوله وجدتها ثيباً هل يمضي ذلك أو لا؟ فقد نقلنا كلاماً طويلاً عن الفحول، ولطوله تركنا نقله هنا، قف

بكر فألفاها ثيباً على غير ذلك فلا ردّ له، ورواه ابن حبيب عن مالك قاله الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن قال: لأن العذرة تذهب بالقفزة والحیضة كما قال أشهب، وقد تكون العذرة ذهبت بعد عقد النكاح فلا يجب على الزوجة شيء. وسئل الشيخ أبو محمد بن أبي زيد عمّن تزوج بكراً ثم زنت فقال هذه نازلة نزلت بالزوج ويلزمه جميع الصداق إن دخل ونصفه إن طلق قبل الدخول. وفي المدونة في المرأة يظهر بها حمل قبل أن يدخل بها الزوج قال ابن القاسم: هي زوجته إن شاء طلق وإن شاء أمسك ولا يلحق به الولد وتحد هي. (المتطي: ينبغي لأولياء المرأة) تذهب عذرتها بغير جماع أن يشيعوا ذلك ويشهدوا به ليرتفع عنها العار عند نكاحها، ثم قال: وينبغي للولي أن يعلم الزوج عند نكاحها بما جرى عليها، فإن لم يعلمه فقال أشهب: لا مقال للزوج، وقال أصبغ: للزوج الرد والرجوع على الأب، قال ابن العطار: وهو الصواب عندي اه. كلام المواق.

تنبيهات: الأول: قال مقيد هذا الشرح عفا الله عنه بفضلته تلقيناً من بعض شيوخنا رحمهم الله أن الخلاف المتقدم في الردّ إذا لم يجدها بكراً إنما هو في غير عرف أهل فاس، أما عرفنا اليوم فإن اشتراط البكارة كاشتراط كونها عذراء، ولا فرق بينهما في عرفنا لأنهم يعنون بالبكارة كونها عذراء لا غير. (فللزواج الردّ إذا وجدها ثيباً سواء قالوا بكراً أو عذراء). الثاني: تنبه للفرق بين قوله وجدتها مفتضة أو وجدتها ثيباً وأنه على التعبير

عليه في شرحنا لهذه المسائل فيه فوائد مع كثرة ذلك لا سيما في البوادي. قوله: (المتطي ينبغي لأولياء المرأة الخ) هذا كلام فيه بتر فإن هذا إنما هو لدفع المعرة، وإنما تنتفي المعرة إذا شهد العدول أن البنت صغيرة بحيث لا يمكن منها الزنا، ولذلك قال ابن عرفة بعد ما اقتصر عليه هذا الشارح ما نصّه: إنما يرتفع عاها إن نزل ذلك بها وهي في سن من لا توطأ أو سقطت بمحضر جمع، وينبغي أن يثبت ذلك بشهادة ذلك الجمع، ولو كان ذا سترة قاصرة عن التعديل أو نساء، هذا لفظه عن ابن فتوح وابن فتحون والمتطي وهو كلام حق وأمر صدق يفهمه العوام دون الفقهاء الأعلام، وترك ونقل هذا التفصيل لا ينبغي وإن أشعر ببعضه في نقله وثيقة الونشريسي.

قوله: (فللزواج الردّ إذا وجدها ثيباً سواء قالوا بكراً أو عذراء) ما نسبه لبعض شيوخه هو في أبي الحسن قبل شيوخه، ونص أبي الحسن على المدونة بعد كلام في المسألة ما نصّه الشيخ، ولا يتأتى الآن فيه مخالفة إن قال إنها بكر لأنه إنما يطلقونه على القائمة العذرة هذا لفظه، ومع ذلك فالخلاف متأت حتى مع هذا العرف، وذلك أن قول الزوج: أتزوجها على أنها بكر وهو من العامة الذين جرى عرفهم هي العذراء، فالظاهر من كلامه والغالب أنه لا يعرف أن البكر من لم تثب بنكاح كما في اللغة، وإنما الغالب هو أنه إنما أطلقه على ما يعرف غالباً وهي العذراء، ولكن طلب الشارع السترة محلّه على الأمر النادر الذي لا يعرفه غالباً، كحمله الولد من ستة أشهر على أنه للزوج وإن كان الغالب أنه لا يكون من ستة أشهر، وعلى تقدير الجزم فإنه لا يعرف المعنى اللغوي فذلك منه جهل، ولا يعذر به لأجل السترة وإن كان العرف ناسخاً للغة، ولذلك قال ابن رشد بعد كلام في المسألة ما نصّه: وليس في قول أصبغ بيان على ما يحمل الشرط من ذلك هل على ما يقتضيه اللسان على ما ذهب إليه أشهب أو على ما يعرفه عامة الناس من أن البكر ذات عذرة الخ. فقولته هذا ظاهر فيما ترومه، وفيه أن هذا عرف عام في أن البكر هي العذراء لا عرف أهل فاس فقط في زمن شيخ

بالافتضاض وما في معناه وهو غالب عبارتهم يحد حد القذف. الثالث: فهم من قولهم أن العذرة تزول بالقفزة وغيرها كتكرار الحيض فتأكله الحيضة ويذول الحجاب أن العذرة ساتر رقيق على المحل يزول بأدنى شيء، وهو الذي عبّر عنه الشارح كما تقدم بخاتم ربها. الرابع: فهم من قولهم في توجيه عدم الرد في اشتراط كونها عذراء وقد تكون العذرة ذهبت بعد عقد النكاح الخ أن لا ردّ للزوج حتى يثبت أن زوالها قبل العقد عليها لأن الأصل الاستصحاب فيحمل زوالها على الحدوث حتى يتبين خلافه.

(الخامس: انظر) قوله فيمن ظهر بها حمل قبل البناء ولا يلحق به الولد أي بالزوج ظاهره ولو أتت به لسته أشهر فأكثر من يوم العقد عليها وليس كذلك بل يلحق به إذا أتت به لذلك ولا يتتفي إلا باللعان، وإنما لا يلحق به الولد إذا أتت به لأقل من ستة أشهر والله أعلم. السادس: قول المتيطي ينبغي لأولياء المرأة تذهب عذرتها من غير جماع أن يشعوا ذلك الخ. قلت: على إشاعة ذلك عمل العامة فيما يقع لهم من ذلك، وكذا الموثقون حتى يعتقدوا في ذلك الوثائق والسجلات، وقد وقفت في ذلك على وثيقة بخط الإمام العالم الحسن بن عثمان بن عطية التحباني الشهير الونشريسي وقد تقطع بعض أطرافها لقدمها، ونص ما وجدت سالمًا من ذلك هذا كتاب تحصين لرفع ما عسى أن يكون من الظنون عقده فلان لابنته فلانة الصغيرة في حجره وولايته وأمره لما جرى عليها من القدر الذي لا يغالب بالحذر وذلك أنها مشت في الأرض مشية الصبيان ولعبت لعب أمثالها من الولدان فسقطت على حجر أصاب رحمها وأسقط عذرتها ويعلم من يضع اسمه عقب تاريخه أنها لصغرها ممن لا يتشوف إليها الرجال فصغر سنها قرينة رفع الاحتمال فليكن الذهاب إلى نكاحها طيب النفس زهي البال وأنه رافع حجاب لم يرفع لقضاء أرب من

هذا الشارح، ولكن إن وقفت على الشرح ورأيت كلام الناس في هذا ظهر لك أن الخلاف موجود مع العرف المذكور، وربما يكون الخلاف إنما يظهر معه فقط إن تأملت ما تقدم من الحكم في هذه المسألة ونظرت كلام الناس، ومن جملة كلام ابن رشد في المسألة ما نصّه: وإنما قال أشهب إنها تلزمه ولا شيء له لأن البكر في اللسان هي التي لا زوج لها عذراء كانت أو غير عذراء فلم يعذره بالجهل ورأها لازمة حتى تتزوج على أنها بكر عذراء، ثم قال: وذلك نحو ما في نوازل سحنون من كتاب العيوب في الذي يشتري العبد فيقول للتاجر: هل فيه من عيب؟ فيقول: هو قائم العينين، فيسأل عن القائم العينين فيقال له هو الذي لا يبصر أن البيع لازم وليس له أن يرده الخ. فانظر قوله فيسأل الخ فهو ظاهر في أن المشتري لا يعرف أن القائم العينين هو الذي لا يبصر، كما أن مشرط كون المرأة بكرًا لا يعرف أنها هي التي لم تثب بنكاح وإنما يعرف أن البكر هي العذراء، بل مسألة البكر أخرى أن يقول أشهب فيها باللزوم فافهم.

قوله: (الخامس انظر الخ) قال ابن عرفة: ما نصّه المتيطي في الرحم من المدونة لمالك إن ظهر بامرأة قبل البناء حمل أنكره زوجها وصدفته بأنها زنت وأنه ما وطئها حدث ولا يلحقه الولد ولا لعان فيه. ابن القاسم: وهي زوجته إن شاء طلق أو الخ وهذا منه بلفظه، وما ذكره هذا الشارح من هذا القيد انظره صدر اللعان وصدر العدة من شرحنا لتكون على بصيرة فيه.

الآراب وأنها بكر عوان لم يطمثها إنس قبله ولا جان، ويشهد بمضمن هذه الوثيقة عن علم صغر البنت المذكورة على الحقيقة وفي كذا اهـ.

وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ قَبْلَ الْإِبْتِنَا فِي قَدَمِ الْعَيْبِ الَّذِي تَبَيَّنَا
وَالْقَوْلُ بَعْدُ فِي الْحُدُوثِ قَوْلُ الْأَبِ وَالزَّوْجُ إِذَا كَانَ بَيِّنًا وَجَبَ

يعني أنه إذا ظهر بالزوجة عيب واختلفت مع الزوج فادعى الزوج أن العيب قديم يوجب له الخيار وادعت الزوجة حدوثه فيكون مصيبة بالزوج، فإن كان اختلافهما قبل البناء فالقول قول الزوج في قدمه وعلى الزوجة بيان كونه حادثاً، وإن كان بعد البناء فالقول قول الزوجة في حدوثه أو قول أبيها، وعلى الزوج بيان كونه قديماً، وعليه نبه بقوله: والزوج إذ ذاك بيانه وجب. ففي طرر ابن عات: انظر إذا ظهر بالزوجة جذام فادعى الزوج أن ذلك كان بها قديماً، وقال الأب: بل حدث بها، فإن كان قبل البناء فالقول قول الزوج وعلى الأب البينة بحدوثه، وإن كان بعد البناء فالقول قول الأب وعلى الزوج البينة قياساً على البيوع فيما وجد من عيب السلعة، فاختلف فيه الحكم فيهما سواء ذكر ذلك ابن رشد في سماع عيسى من الشرح. (وقد وهم ابن فتحون رحمه الله) في هذه

قوله: (وقد وهم ابن فتحون الخ) تبع الناس ابن رشد في هذا الناظم ومن شرح نظمه ففصلوا، والذي يظهر أن المذهب أن القول للأب والزوجة قبل البناء وبعده لا كما فصل الناظم ومن تبعه من شراح نظمه وهذا الشارح تابع لابن الناظم، وقول هذا الشارح ونحو هذا الفقه في المواق عن ابن القاسم ليس كذلك، ونص المواق هو قوله على قول المتن عاطفاً على ما تصدق فيه الزوجة أو وجوده حال العقد ما نصّه ابن القاسم إن قال الأب تجذمت بعد العقد وقال الزوج بل قبله فالأب مصدق وعلى الزوج البينة. ابن رشد: هذا إن تداعيا بعد البناء، وأما إن تداعيا قبله فالقول قول الزوج مع يمينه وعلى الأب البينة اهـ. بلفظه ولم يزد عليه شيئاً. فكلام ابن القاسم ظاهر في تصديق الأب مطلقاً، وابن رشد قيد ذلك بما إذا كان ذلك بعد البناء. ابن القاسم لم يقل ما في النظم من التفصيل كما يوهمه كلام هذا الشارح، وعلى إطلاق قول ابن القاسم مرّ في المختصر ولم يشر لتفصيل ابن رشد أصلاً، والقيد رأيت في كلام المواق وهو في الحطاب أيضاً، وفي الأجهوري وبه قيد المتن من حشاه، وابن عات والمتيطي وابن سلمون تابعون لابن رشد في ذكر القيد المذكور، وإن كان المتيطي نسب القيد كأنه لم يجزم به، ونص ابن درفة ما نصّه: وسمع عيسى بن القاسم من زوج ابنته على أنها صحيحة فتجذمت بعد سنة أو نحوها فقال الأب: فتجذمت بعد النكاح، وقال الزوج قبله، فعليه البينة والأب مصدق لأنه زوجه واثمنه، رواه أصبغ. ابن رشد: يصدق الأب إلى آخر تمام كلام ابن رشد وما كتبناه هو منه بلفظه. وفي التوضيح ما نصّه: فرع: قال في الجواهر: إذا ظهر بعد مدة من عقد النكاح عيب بها فتنازعا في أنه كان موجوداً حالة العقد فالبينة على الزوج وصدق الأب محمد مع يمينه ابن حبيب عن مالك وإنما يحلف الولي إذا كان أباً أو أخاً، وإذا كان غيرهما فاليمين عليها، فجعل محل اليمين محل الغرم بعض الموثقين وهذا إذا لم يدخل بها وإلا فاليمين عليها دون الولي لأنه لم يفوت على الزوج شيئاً. قال في المتيطية: والمنازعة مع المرأة إن كانت ثيباً ومع وليها إن كانت بكرأ اهـ. ونقله بهرام في كبيره مفسراً به كلام المنصف، وكذا اختصره

المسألة ونحو هذا الفقه في المواق عن ابن القاسم. (قال الشارح: هل يريد بالبينة) إقامة شهادة بأن العيب بها قديم أو حادث أو شهادة أهل المعرفة بأنه قديم أقدم من أمد العقد

في الشامل الخ فأنت تراه لم يذكر قيد ابن رشد بل قوله وإلا فاليمين عليها يخالفه وقد ذكره بعض الموثقين، وابن شاس لم يذكر القيد كالمصنف في مختصره وتوضيحه، وكذا صاحب الشامل ومعين الحكام إنما فيه بعض مضمون كلام التوضيح، وابن يونس لم يزد على قوله ما نصّه قال مالك: إذا قال الزوج كان بها الجذام قديماً وقال الأب بل زوجتكها صحيحة فالأب مصدق. ابن المواز مع يمينه هذا لفظه من ديوانه، وأبو الحسن نقل المسألة ولم يعرج على قيد ابن رشد أصلاً، وقد تبين أن كلام الإمام وابن القاسم مطلق لا قيد فيه، وابن رشد قيد واستدل بمسألة البيع والبايع مصدق في حدوث العيب وهو قول المختصر والقول للبايع في العيب أو قدمه وظاهره قبض المشتري المبيع أولاً وهو كذلك كما هو مبين في محله، فيظهر أن القول للأب ولو قبل الدخول، وههنا أمور تعكر على التقييد، الأول: قولهم قبل البناء القول للزوج وعلى الأب البينة أي بنفي العيب كيف تكتب هذه البينة وهي على النفي المطلق هل يشهدون أنا لا نعلم بها عيباً قبل العقد أو يجزمون بذلك من أن العيب إذا كان بفرجها كيف يشهد على ذلك والجذام قد يكون في محل العورة وكذا البرص وهذا ضعيف وصعب. والثاني: صاحب السماع على تصديق الأب بقوله إن الزوج اتتمنه الخ وهذا يدل على تصديقه مطلقاً. الثالث: أن القول للمدعى عليه لا المدعي وإلا بطلت هذه القاعدة والأب مدعى عليه لأنهما اتفقا على وجود العيب، والأب قال له شهر والزوج قال بل له شهران، وقد قال ابن عرفة: من ادعى وجود كائن فهو المدعي لأن الأصل في الكائنات هو العدم، والزوج قال حدث في الشهر الأول، والأب يقول لم يحدث فيه، ومن قال لم يكن فهو المدعى عليه، ومن اعترض هذا القول بأن المدعى عليه هو النافي ردّ عليه وبيننا ذلك في محله، وإنما سلم أن القول للأب بعد الدخول لأن الدخول يلزم الزوج الصداق به ويريد دفعه بقوله عيب الزوجة قديم، بل نقول وقبل البناء لعله ندم فيريد دفع نصف الصداق عن نفسه بدعواه إن العيب قديم، وقد ذكروا أن من لاعن زوجته قبل البناء عليه نصف الصداق، وعللوه باحتمال أنه قصد بالقذف إسقاط نصف الصداق انظره في كتاب اللعان، وكذا في المطلق عليه بالعجز عن الصداق قبل البناء كما في المختصر ولا سيما العيوب في البيوع يرّد بجمعها وفي النكاح بأمور مخصوصة، بل أبو حنيفة لا تردّ الزوجة بالجذام ونحوه مطلقاً، وأيضاً النكاح مبني على المكارمة والزوج قادر على الطلاق فيخف الأمر في هذا، وبهذا فرّقوا بين لغو العيب الحادث بالزوجة بعد العقد بخلاف الزوج، وهذا دليل لانحطاط هذا الباب عن عيوب البيوع، وقد ظهر أن المعتمد هو إطلاق المختصر تبعاً لإطلاق الإمام، وابن القاسم ومن تبعهم في هذا الإطلاق كابن فتحون الذي قال بخلاف القيد المذكور والقيد انفرد به ابن رشد بدليل أن من بعده نقله عنه فقط، وكم من قيود نفذت وقد صدرت من الفحول، وانظر شرحنا فقد تركنا منه شيئاً يدل للمختصر في الجملة، وإن كان الحطاب يظهر منه شبه اعتراض على المتن بتركة هذا القيد تأمله منصفاً لا متعسفاً والله حسيب من لم ينصف. قوله: (قال الشارح هل يريد بالبينة الخ) كلام أبي الحسن على المدونة يفيد النافي فإنه قال بعد قول ابن يونس قال مالك: إذا قال الزوج كان بها الجذام قديماً وقال الأب زوجتكها صحيحة فالأب مصدق. ابن المواز مع يمينه ما نصّه الشيخ، وهذا إذا أشكل على أهل المعرفة هل هو قديم أو حادث اهـ. بلفظه، وبه تفهم ما تردّد فيه ابن الناظم مع قوله ولم أر فيه شيئاً (ص):

أو حادث بعد العقد أو محتمل كالشهادة في الرقيق وفي الدواب هذا مما يحتمل ولم أر فيه شيئاً اهـ. وقوله: والقول بعد أي بعد البناء بدليل قوله قبل الابتنا، ولفظ الأب أي أبي الزوجة يقرأ بنقل حركة الهمزة للساكن قبلها، والإشارة في قوله إذ ذاك لكون الاختلاف بعد البناء.

كَذَا بَرَدٌ ذِي انْتِسَابٍ أَلْفِيَا لَغِيَّةٍ أَوْ مُسْتَرْقَا قُضِيَا

يعني كما يقضى للزوجة بحدوث عيبها المتنازع فيه بعد البناء، كذلك يقضى لها برد الزوج إذا تزوجته على أنه ذو نسب فوجدته لا نسب له أي ولد زنا وهو قوله: لغية أي لزنوية وهو بفتح الغين المعجمة وتشديد الياء من الغي، وحكى بعض اللغويين كسر الغين أو تزوجته وهي حرة على أنه حر فوجدته عبداً أو فيه شائبة رق فلها الخيار في ردّه والرضا به في الوجهين، وكذلك عكس المسألتين تزوج امرأة على أنها ذات نسب فوجدها بنت زنا فهو مخير أيضاً، وكذلك من تزوج امرأة على أنها حرة فوجدها أمة. أما مسألة وجود أحد الزوجين ولد زنا ففي المقرب في وجود المرأة بنت زنا أن مالكاً سئل عن رجل تزوج امرأة فأصابها لزنوية فقال: إن كانوا زوجها منه على النسب فأرى له الخيار، وإن كانوا لم يزوجوها منه على نسب فلا خيار له. قال ابن القاسم: وأرى لها المهر عليه إن دخل بها ويكون ذلك على من عقدها إلا أن لا يكون غرّه منها أحد وهي التي غرت من نفسها فيكون ذلك عليها اهـ. وفيه أيضاً في وجود الرجل ابن زنا وكذلك من تزوجت على نسب فغرها فهي بالخيار، قلت: فإن كان الرجل لغية وتزوجها على النسب وعلمت فقال لها أن ترده إن كانت إنما تزوجته على نسب اهـ. وأما وجود الزوج عبداً ففي العتبية من سماع عيسى من ابن القاسم سئل عن الرجل يتزوج الحرة على أنه حر فإذا هو عبد هل يكون لها الخيار قبل أن ترفع ذلك إلى السلطان؟ وهل يفوض إليها السلطان إذا رفع ذلك إليه أمرها إلى نفسها فتطلق ما شاءت؟ قال: أما الذي غرّ من نفسه فلامراته أن تختار قبل أن ترفع ذلك إلى السلطان فما طلقت به نفسها جاز عليها، قال ابن رشد: يريد أنها إن فعلت جاز ذلك لها إن كان الزوج مقرراً بأنه غرّها. وفي العتبية: وسئل ابن القاسم عن مكاتب تزوج حرة فكانت معه سنين ثم ادعت أنه غرها من نفسها وزعمت أنها لم تعلم حين نكحته أنه مكاتب قال ابن القاسم: أرى أن تحلف أنها لم تعلم ويكون لها الخيار، ومن العبيد من يكون في تجارته ومنظره حال الحر وهي امرأة في خدرها لم تعلم فلقول قولها مع يمينها إن ادعى عليها أنها علمت حتى يعلم أنها قد علمت اهـ. وأما وجود الزوجة أمة فقال ابن الحاجب: وفيها في الأمة تغر بالحرية الأقل من صداق المثل والمسمى التوضيح والحكم

(كذا برد ذي انتساب ألفيا لغية أو مسترقاً قضيا)

حاصل البيت أنه إذا تزوجها على أنها نسبية فوجدها لزنا فله الخيار وكذا عكسه وكذا إن غرت بالحرية أو غيرها، ولكن انظر هذا عند قول المتن وإلا تزويج الحر الخ، وعند قوله وبغيرها إن شرط السلامة الخ في الشرح، غير أن رد الزوجة الزوج بكونه ولد زنا إنما رأته في كلام ابن الناظم.

بالأقل إنما هو إذا لم يمسكها، وأما إذا أمسكها فالمسمى ذكره في الجواهر. وفي المواق عن المدونة: من تزوج أمة أخبرته أنها حرة ثم علم بعد أن بنى بها أنها أمة أذن لها السيد أن تستخلف رجلاً على إنكاحها فلها المسمى إلا أن يزيد على صداق المثل فترد ما زاد. ابن يونس: بيانه أن لها الأقل من المسمى أو صداق المثل وله أن يثبت على نكاحها اهـ. ولغية يتعلق بألفيا وهو في محل المفعول الثاني لألفيا بمعنى وجد ومسترقاً معطوف على محل لغية.

فصل في الإيلاء والظهار

وَمَنْ لَوَطَّ بِبَيْمِينٍ مَنَعَهُ لِرِزْوَجَةٍ فَوْقَ شَهْوَرٍ أَرْبَعَةَ
فَذَلِكَ الْمَوْلِي وَتَأْجِيلٌ وَجَبَ لَهُ إِلَى فَيْئَتِهِ لِمَا اجْتَنَبَ

(ابن عرفة): الإيلاء حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه. الرضاع: كذا قال الشيخ، ثم اعترض على ابن الحاجب رسمه في قوله الحلف بيمين يتضمن ترك وطء الزوجة غير المرضع أكثر من أربعة أشهر يلزم الحنث فيها حكماً، فقوله: الحلف الخ الإيلاء في اللغة هو اليمين مطلقاً وقيل هو الامتناع، ثم استعمل في امتناع خاص، وكان الشيخ ابن الحاجب فهم أن الإيلاء اللغوي استعمل شرعاً في بعض مدلوله بنقل أو تخصيص، وقوله: يتضمن أشار به إلى التضمن اللغوي الذي يعم الدلالات الثلاث. وقوله: ترك وطء الزوجة خرج به إذا حلف على غير ترك الوطاء، وزاد غير المرضع ليخرج به صورة الرضاع فإنه لم يرد ضرراً على قول مالك وأكثر من أربعة أشهر أخرج به ما إذا حلف على أربعة فما دونها. وقوله: يلزم الحنث فيها حكماً أخرج به إن وطئت فعلي أن أمشي إلى السوق، أو غير ذلك مما لا يلزم شرعاً. ثم ذكر وجه بحث ابن عرفة مع ابن الحاجب وأطال في ذلك فراجع إن شئت. ثم قال الرضاع في حد ابن عرفة المتقدم قوله يوجب خيارها في طلاقه أخرج به ما إذا حلف على ترك وطئها أربعة أشهر فأقل فإنه لا خيار لها في ذلك والله أعلم. ابن الحاجب: وشرط المولي أن يكون زوجاً مسلماً مكلفاً يتصور وقاعه. وقال أصبغ: يصح إيلاء الخصي والمجبوب ويصح من الحر والعبد والصحيح والمريض اهـ. وإلى حد الإيلاء وبعض أحكامه أشار الناظم بالبيتين، ويأتي الكلام على حد الظهار إن شاء الله، يعني أن من حلف على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر فهو مول وهذا إن كان حراً، وأما العبد فبأكثر من شهرين، والحكم أنه إذا وقع ذلك يؤجل الزوج كما يأتي، فإن فاء أي رجع لما حلف على تركه

فصل في الإيلاء والظهار

(ومن لوطاء بيمين منعه لزوجته فوق شهور أربعة)

البيتين. قوله: (ابن عرفة الخ) انظر كلامنا في الشرح على ما يتعلق بهذه من وجوه شتى

وهو الوطاء (ووطيء داخل الأجل) انحلّ عنه الإيلاء وكفر عن يمينه إن كانت ممّا تكفر، وإن انقضى الأجل ولم يفىء وقفه القاضي فيما فاء وإلاً طلق عليه. قال المتطي: وإذا ألى حر من امرأته أربعة أشهر فدون أو عبد شهرين فدون فلا حكم له، فإن زاد إيلاء الحر أو العبد على ما ذكرناه أو كان مبهماً لم يؤقته بمدة أو قد مضى له نحو ذلك فالزوجة مخيرة الصبر عليه أو طلب الواجب لها في الفیئة أو الطلاق وهذا إذا لم يمنع من الوطاء مانع اهـ. وفي المختصر أكثر من أربعة أشهر (أو شهرين للعبد).

(وَأَجَلُ الْإِيْلَاءِ) مِنْ يَوْمِ الْحَلْفِ وَحَائِثٌ مِنْ يَوْمِ رَفْعِهِ اثْنَتَيْفٍ

يعني أن في ابتداء ضرب الأجل للمولي تفصيلاً وهو أنه إن كانت يمينه على بر كلا وطئت فابتداء الأجل له من يوم الحلف، وإن كانت على حث قال في التوضيح: كما لو قال إن لم أدخل الدار فأنت طالق فابتدأؤه من يوم الرفع والحكم. التوضيح: وحاصله أن المولي حقيقة أجله من يوم اليمين، وأما من ألحق به فأجله من يوم الرفع وهذا هو المشهور، وقيل إن أجله من يوم اليمين كالأول. ابن الحاجب: ويلحق بالمولي من منع منها لشك. التوضيح: أي كل من كانت يمينه على حث كما لو قال: إن لم أدخل الدار فأنت طالق، وقد تقدم هذا عند قوله في الطلاق: وإن كان فيما يمكن دعوى تحقيقه الخ، هكذا كان شيخنا يقرر هذا المحل، وهو الذي يؤخذ من كلامه في الجواهر، ومثل ابن راشد من منع منها الشك بما إذا قال لامرأته: إحدكما طالق وقال: نويت واحدة معينة ونسيت عينها فإنه يوقف رجاء أن يتذكر فلو طال وقامتا عليه فكالمولي ثم قال ابن الحاجب عاطفاً على الملحق بالمولي: ومن امتنع من الوطاء لغير علة وعرف منه حاضراً أو مسافراً. التوضيح: أي عرف منه أنه يمتنع لعله ثم قال: وما ذكره المصنف مروى عن مالك (لكنه خلاف المشهور)، فإن المشهور وهو مذهب المدونة أن لها أن تقوم بالفراق، فإذا تبين ضرره طلقت عليه من غير ضرب أجل، ثم قال ابن الحاجب عاطفاً على ما ذكر: ومن احتملت مدة يمينه أقل. التوضيح: كما لو قال: والله لا وطئتك حتى يموت

وفيه طول فلذلك تركنا النقل هنا. قوله: (ووطيء داخل الأجل) أي وكذلك بعيدة حتى يوقف عند تمام الأجل. قول: (أو شهرين للعبد) أي أكثر من شهرين كما هو معلوم إذ أكثر من شهرين هو الراجح.

قوله: (وَأَجَلُ الْإِيْلَاءِ) إِلَى آخِرِ الْبَيْتِ. وحاصل ما ذكره الناس في هذا الأجل من حيث مبدؤه أن كل من حلف على ترك الوطاء صراحة أكثر من أربعة أشهر أو أطلق كذا مع الاحتمال على المذهب فالأجل من يمينه، ومن حلف لحنث فأجله من الرفع والحكم، والمراد أن الأجل من يوم الحكم بعد ثبوت ما يترتب عليه الحكم، هذا الذي حصلناه من كلام الناس بعد تتبعه غاية فافهمه الاحتمال كقوله: والله لا أطؤك حتى يموت زيد مثلاً أو يقدم، من أراد أن يحيط بالمسألة وبعلة ما ذكر فليظنر كلام الفحول في الشرح عند قول المختصر: والأجل من اليمين الخ. قوله: (لكنه خلاف المشهور الخ) المشهور هو الذي به العمل كما في أنقال ابن عرفة وما نسبه للمدونة هو في إيلائها.

زيد، ونحو ذلك قاله في المدونة ابن الحاجب إلا أن أجلهم من يوم الرفع والأول من يوم الحلف. التوضيح: الضمير من أجلهم عائد على من ألحق بالمولي، وقوله: والأول من يوم الحلف أي من حلف على ترك الوطاء وعلى ما قال ابن الحاجب بإسقاط من امتنع من الوطاء لغير علة لكونه يطلق عليه بلا ضرب أجل، وعلى المشهور ذهب الشيخ خليل حيث قال: والأجل من اليمين إن كانت يمينه صريحة في ترك الوطاء لا إن احتملت مدة يمينه أقل أو حلف على حث فمن الرفع والحكم.

وَيَقَعُ الطَّلَاقُ حَيْثُ لَا يَفِي إِيَّاهُ إِلَّا عَلَى ذِي الْعُذْرِ فِي التَّخْلُفِ

يعني أنه إذا انقضى أجل المولي ولم يفيء أي لم يطاء فإن الطلاق يقع عليه إلا إذا كان له عذر كالمرض والمسجون والغائب فلا تطلق بنفس انقضاء الأجل، بل يمهل حتى يمكنه ذلك، فإن أمكنه ولم يفعل طلقت عليه. ابن الحاجب: وللزوجة المطالبة إذا مضت أربعة أشهر فيأمر الحاكم بالفيئة أو الطلاق فإن أبي طلق عليه. التوضيح: إذا وقف المولي فله حالتان: الأولى: أن يقول: لا أطأ والحكم فيها أن يطلق عليه من غير تلوم. والثانية: أن يقول أطأ فهذا يتلوم له فيها ويختبر مرة بعد مرة، فإن تبين كذبه طلق عليه، والفيئة تغيب الحشفة في القبل في الثيب واقتضاض البكر طائعا عاقلاً قاله ابن الحاجب. ثم قال ابن الحاجب (وإن كان مريضاً) أو محبوساً أو غائباً فتكفر اليمين على المشهور إن كانت مما تكفر قبل الحنث كاليمين بالله أو تعجيل الحنث كعتق العبد أو إبانة الزوجة المحلوف بهما فإن أبوا طلق عليهم، وإن كانت مما لا تكفر قبله كصوم لم يأت أو يمين لا ينفع فيه تعجيل الطلاق كطلاق فيه رجعة فيها أوفى وغيرها فالفيئة الوعد ويبعث إلى الغائب ولو على مسيرة شهرين. قال سحنون: الأكثر أن الوعد كاف إلى أن يمكنهم الوطاء فإن لم يظؤوا طلق عليهم اه. انظر التوضيح.

وَعَادِمٌ لِلْوَطَاءِ لِلنِّسَاءِ لَيْسَ لَهُ كَالشَّيْخِ مِنْ إِيْلَاءِ

يعني أن العاجز عن الوطاء كالشيخ العاجز عن الجماع لا إيلاء له، ودخل تحت الكاف الخصي والمحبوب ومن قطع ذكره. قال في المقرب: قلت له: أرأيت الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع إذا ألى من امرأته أيقف بعد الأربعة أشهر؟ قال لا وإنما الإيلاء على من يستطيع الفيئة بالجماع، وكذلك الخصي الذي لا يطاء، ومثلهما الذي يولي من امرأته ثم يقطع ذكره فليس على واحد منهم توقيف اه. وفي ابن الحاجب في عد شروط المولي أن يكون يتصور وقاعه، وقال أصبغ: يصح إيلاء الخصي والمحبوب.

قوله: (وإن كان مريضاً الخ) لم يذكر الحيض في هذه الأمور وذلك صحيح، إذ التفصيل المذكور لا يكون في الحيض لأن الحائض الفيئة فيها هو الوعد مطلقاً والحيض زواله قريب، وبيننا ذلك في الشرح، ومن أدخل الحيض في هذا كالسنهوري ومن تبعه لم يصب، قف على بيان ذلك إن شئت.

(التوضيح: لأن للزوجة منفعة) فيما آلى عنه من المضاجعة والمباشرة ولذلك تزوجته فإذا قطع عنها ذلك وجب أن توقفه. قال: وأما الشيخ فلا إذا أقعده الكبر إلا أن يكون فيه تحرك فيقطعه عنها اهـ.

وَأَجَلَ الْمَوْلِي شَهْرَ أَرْبَعَةٍ
وَأَشْتَرَكَ التَّارِكَ لِلْوِطْءِ مَعَهُ
فِي ذَلِكَ حَيْثُ التَّرْكَ قَصْدًا لِلضَّرَرِ
مِنْ بَعْدِ زَجْرٍ حَاكِمٍ وَمَا اِزْدَجَرَ
بَعْدَ تَلَوُّمٍ وَفِي الظَّهَارِ
لِمَنْ أَبِي التَّكْفِيرِ ذَلِكَ جَارٍ
وَأَجَلَ الْمُظَاهِرِ الْمَأْتُورِ
مِنْ بَعْدِ أَنْ يُؤْمَرَ بِالتَّكْفِيرِ
وَهِيَ عَلَى التَّرْتِيبِ لَا التَّخْيِيرِ

اشتملت الأبيات على خمس مسائل. الأولى: أن من حلف على ترك وطء أكثر من أربعة أشهر وهو المسمى بالمولي فإنه يضرب له أجل أربعة أشهر لقوله تعالى: ﴿لَلَّذِينَ يُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَبْرَصَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآية، فهذا تفسير لقوله: وتأجيل وجب له إلى فيئته لما اجتنب وهذا للحر، أما للعبد فأجل إيلائه شهران كما يأتي للمؤلف. الثانية: من امتنع من الوطء من غير يمين بل القصد الضرر بالزوجة فترفع أمرها إلى السلطان فيزجره عن فعله، فإذا لم ينزجر تلوم له ثم ضرب له أجل المولي، وإلى هذا أشار بقوله: واشترك التارك للوطء معه أي مع المولي في ذلك هو التأجيل أربعة أشهر، وإلى هذا أشار ابن الحاجب بقوله: ويلحق بالمولي من منع منها الشك ومن امتنع من الوطء لغير علة الخ، فذهب الناظم على هذا القول وأنه يلحق بالمولي ويضرب له الأجل ولكن بعد التلوم، وقد تقدم أن هذا خلاف المشهور، وإن المشهور هو مذهب المدونة، وأنها تطلق عليه بعد التلوم من غير ضرب أجل. قال في المدونة: قال مالك: ومن ترك وطء زوجته من غير عذر ولا إيلاء لم يترك إما وطئ أو طلق يريد (ويتلوم له) بمقدار أجل الإيلاء أو أكثر اهـ. الثالثة: المظاهر من زوجته إذا امتنع من التكفير فإنه يدخل عليه الإيلاء وتطلق عليه بعد أجله وذلك أربعة أشهر للحر وشهران للعبد، وإلى هذا أشار بقوله: وفي الظهار لمن أبى التكفير ذاك جار والإشارة بذلك للتأجيل. ومن المقرب: قلت: هل يدخل الإيلاء على الظهار؟ قال: نعم إذا كان يقدر على الكفارة فلم يكفر ومضت أربعة أشهر أو أكثر وقف فأما أن يكفر وأما طلقت عليه إذا طلبت زوجته ذلك لأنه في ترك الكفارة وهو يقدر عليها مضار بها وهو قول مالك. الرابعة: اختلف في ابتداء

قوله: (التوضيح: لأن للزوجة منفعة الخ) هذا فيه نظر لأن الإيلاء هو الحلف على ترك الوطء كما في عبارة ابن عرفة في الرسم وخليل وغيرهما، وهذا لا يتصور منه الوطء فكيف يكون مولياً؟ وإنما يقال في هذا يطلق عليه بالضرر، وليس الطلاق محصوراً في الإيلاء فافهم. نعم إن كان أصبغ يقول بخلاف ما ذكر في الإيلاء من أنه هو الحلف على ترك الوطء فيقرب ولكن لا أظنه يصح والعلم عند الله تعالى.

قوله: (ويتلوم له الخ) وقول المختصر بلا أجل أي أجل الإيلاء بخصوصه وهو أربعة أشهر

أجل الإيلاء للمظاهر هل هو من يوم رفعها للحاكم وهو لمالك وهو المشهور على ما قال الناظم، أو من يوم اليمين وهو في الموازية وعليه اختصر البرادعي وغيره. المدونة: وفي المسألة قول ثالث أن الأجل من يوم تبين ضرره وقيل وهو مذهب المدونة، وقد حكى هذه الثلاثة صاحب المختصر (حيث قال: وهل المظاهر) إن قدر على التكفير وامتنع كأول وعليه اختصرت، أو كالثاني وهو الأرجح أو من تبين الضرر وعليه تؤولت أقوال. الخامسة: أن كفارة الظهار على الترتيب لا على التخيير لقوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٣] الآية. التوضيح: لا خلاف في ترتيبها وأن العتق أولاً ثم الصيام ثم الإطعام، فقوله في ذلك أي التأجيل ومن بعد زجر حاكم وبعد تلوم يتعلقان بمحذوف حال من قوله ذلك، أي يشترك التارك للوطء مع المولي في التأجيل كائناً أو حالة كونه أي التأجيل بعد شيئين بعد زجر حاكم وبعد تلوم.

كَذَلِكَ أَيْضاً مَا لَهُ ظَهَارٌ مَنْ لَأَعْلَى الْوَطْءِ لَهُ أَقْتِدَارُ

قوله كذلك البيت هو راجع لقوله: وعادم للوطء للنساء البيت، يعني كما أن الشيخ ومن يشبهه ممن لا قدرة له على الوطء لا يدخل عليه الإيلاء، فكذلك الظهار لا يصح منه وهو قول سحنون، وقيل يصح وبه صدر ابن الحاجب فقال: ويصح ظهار العاجز عن الوطء لمانع فيه أو فيها كالمجبوب والرتقاء، وقال سحنون: لا يصح اهـ. (فكأن الناظم ذهب على قول سحنون) والله أعلم.

وَإِنْ يَكُنْ مُظَاهِرٌ أَوْ مُوَلِي
عَبْدًا يُؤَجِّلُ نِصْفَ ذَا التَّأْجِيلِ
ثُمَّ الطَّلَاقُ فِي انْقِضَاءِ الْأَجْلِ
بَعْدَ تَقْضِي الْمَوْجِبَاتِ الْأَوَّلِ

يعني إذا كان المظاهر الذي امتنع من التكفير ودخل عليه الإيلاء عبداً أو كان المولي من أول وهلة عبداً فإن كل واحد منهما يؤجل نصف هذا التأجيل الذي تقدم في قوله:

هذا الذي نفاه لا مطلق الأجل. قوله: (حيث قال وهل المظاهر الخ) الظاهر أن الأجل في هذا من يوم الرفع والحكم جرياً على المشهور كما قاله ابن يونس لأنه لم يحلف هل ترك الوطء صراحة أكثر من أربعة أشهر؟ وعليه فيكون قول المختصر إن كانت يمينه الخ تدخلا لهذه الصورة وإن أتبع ذلك بذكر الخلاف، والدليل على عدم الصراحة في هذا اختلاف الناس في مبدأ الأجل فافهم.

قوله: (فكأن الناظم ذهب على قول سحنون الخ) هذا قال فيه صاحب المختصر وصح أي الظهار من رجعية ثم قال ورتقاء، ثم قال: وفي صحته من كمجبوب تأويلان، فجزم بأن الرتقاء يصح منها الظهار، ونقل في المجبوب تأويلين والراجع من ذلك في المجبوب وهو صحة ظهاره وبيتنا ذلك في الشرح، ويدل له من كلام المختصر: وحرم قبلها الاستمتاع أي الكفارة، وكان من حق هذا الشارح التنبيه على هذا، فما في النظم مرجوح ومقابلته هو الراجح ص: وإن يكن مظاهراً أو مولي عبداً إلى آخر البيتين. انظر مسألة العبد عند قول المتن كالعبد لا يريد الفيئة تقف على التحقيق إن شاء الله تعالى، وإنما لم نقل ذلك هنا لأن هذا الشارح لم يتنازل له هنا.

وأجل المولي شهرور أربعة ونصفه هو شهران، فإذا انقضت الشهران ولم يفىء طلقت عليه لكن بعد ثبوت الزوجية والظهار والامتناع من التكفير والإيلاء والإبابة من الفيئة، وإلى ثبوت هذه الأشياء أشار بقوله: بعد تقضي الموجبات الأول، فالبيت الأول من هذين نظير قوله: تأجيل الحر وأجل المولي شهرور أربعة. والثاني نظير قوله في التلطيق على الحر بعد الأجل ويقع الطلاق حيث لا يفىء البيت. وقوله هنا في انقضاء الأجل في بمعنى مع فهي للمصاحبة نحو ادخلوا في أمم أي معهم. فرع: إن كان أحد الزوجين رقيقاً فإن كان الزوج حراً ضرب له أربعة أشهر وإن كانت الزوجة أمة وإن كان الزوج عبداً فشهران وإن كانت الزوجة حرة لأن هذا من باب الطلاق وهو معتبر بالرجال بخلاف العدة فإنها معتبرة بالنساء.

وَيَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فِيمَا أَضْدَرَا مَنْ فَاءَ فِي الْعِدَّةِ أَوْ مَنْ كَفَّرَا

يعني أن المولي إذا طلق عليه بعد انقضاء الأجل وامتناعه من الفيئة ثم راجع الزوجة في عدة الطلاق المذكور وفاء أي وطىء في العدة أيضاً فإن رجعت تصح وتتم، وبالتمام عبر ابن الحاجب والشيخ خليل، وكذلك المظاهر إذا امتنع من التكفير مع القدرة عليه ودخل الإيلاء فطلق عليه ثم راجع الزوجة في العدة وكفر عن ظهاره كفارة الظهار المعلومة وذلك في العدة أيضاً فإن رجعت تتم عليه أيضاً، وكذلك المولي إذا كانت يمينه مما تكفر قبل الحنث كاليمين بالله مثلاً ثم طلق عليه ثم كفر عن يمينه في العدة وراجع فإن رجعت تتم، وسواء والله أعلم راجع كل منهما ثم كفر أو كفر ثم راجع بخلاف الفيئة إنما تكون بعد المراجعة لأنها مطلقة لا يجوز الاستمتاع بها بغير الوطاء إلا بعد المراجعة فضلاً عن الوطاء، لكن رجعت متوقفة على الفيئة إن فاء صححت رجعتة وإلا فلا، فقوله: من فاء من العدة هو خاص بالمولي إذا كانت يمينه بطلاق ونحوه. وقوله: أو من كفرا يصح رجوعه للمولي إذا كانت يمينه بالله وللمظاهر والله أعلم.

فائدة: قال في التوضيح: اعلم (أن كل طلاق) يوقعه الحاكم فإنه بائن إلا طلاقين:

طلاق المولي وطلاق المعسر بالنفقة (ثم الرجعة في المولي) مشترطة بانحلال اليمين في العدة لأنها إنما طلقت عليه للضرر اللاحق لها بترك الجماع بسبب اليمين، فلو عادت إليه بدون الانحلال لبقى ذلك الضرر على حاله اهـ. ولأجل اشتراط انحلال اليمين في صحة الرجعة قال المؤلف: من فاء في العدة أو من كفرا، وإنما يكون طلاق المولي رجعيّاً إذا كان بعد البناء، أما إن كان قبله فبائن، صرح به غير واحد منهم ابن الحاجب حيث قال آخر الإيلاء: ولا رجعة في غير المدخول بها اهـ.

قوله: (أن كل طلاق الخ) هذا هو قول المختصر وطلاق حكم به إلا الإيلاء أو عسر بنفقة في فصل الخلع. قوله: (ثم الرجعة في المولي الخ) هذا هو قول المختصر وتتم رجعتة إن انحل وإلا ألغيت، وقد كتبنا عليه كلاماً حقيقاً بالاطلاع فلينظره من أراد.

فصل في اللعان

(ابن عرفة: اللعان) حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض. الرصاع قوله: أو نفي حملها يصدق بنفي الحمل والولد لأن من نفي حملاً فقد نفى الولد وكذلك العكس، وقوله: اللازم له أخرج به الحمل غير اللازم له فإنه لا لعان فيه كما إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد، وكذلك إذا كان الزوج خصياً أو مجبواً أو غير ذلك ويدخل ما إذا وضعته وسكت فإنه لازم له، وقوله: وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها أخرج به ما إذا حلف ونكلت ولم يوجب النكول حدها كما إذا غصبت فأنكر ولدها وثبت الغصب فلا لعان عليها، وإنما اللعان عليه وحده، وهذه الصورة ترد على ابن الحاجب لأنه صير اللعان يلزمه يمينان، وزيادة الشيخ تخرج هذه الصورة وأن حلفهما معاً مشروط بكون نكولها يوجب حدها. وقوله: بحكم قاض أخرج به لعان الزوجة والزوج من غير حكم فإنه ليس بلعان شرعي، ويخرج به السكوت على وضع الولد، فلا يرد على الشيخ حلفهما مرة واحدة، راجع ابن عرفة لأن القاضي لا يحكم بذلك فليس بلعان شرعي اهـ. ومعنى قول الرصاع ويخرج به السكوت الخ أن من وضعت زوجته وسكت ولم يفهه ثم أراد نفيه باللعان فإنه لا يلاعن، وتخرج هذه الصورة من قوله في الحد بحكم قاض لأن القاضي لا يحكم باللعان بعد السكوت على الوضع، وكذا قوله في الحد حلف الزوج وحلف الزوجة يصدق بما إذا حلف على ما ذكر يميناً واحدة وحلفت هي على تكذيبه يميناً واحدة أيضاً فأخرج ذلك بقوله: بحكم قاض لأنه لا يحكم باللعان إلا على الوجه المشروع فيه والله أعلم.

وَأِنَّمَا لِلزَّوْجِ أَنْ يَلْتَمِعَنَا بِنَفْيِ حَمَلٍ أَوْ بِرُؤْيَا الرِّزَا
مَعَ ادِّعَائِهِ لِلانْتِبَاءِ وَحَيْضَةِ بَيْئَةِ الإِجْرَاءِ

يعني أن الزوج إنما يلاعن زوجته لأحد وجهين: إما لنفي حمل يظهر بها فينكره ويدعي أنه ليس منه، وإما لكونه رآها تزني كالمروء في المكحلة، وإنما يلاعن لنفي حمل ظهر بها إذا اعتمد على استبرائها بحيضة فأكثر يعني أو بغير ذلك كما سيأتي، ويكفي في هذا الاستبراء حيضة واحدة. وفهم من قوله: وإنما للزوج أن يلتعننا أن السيد لا يلاعن أمته وهو كذلك. (ويشترط في الملاعن شروط). ابن الحاجب: وشرط الملاعن أن يكون زوجاً مسلماً مكلفاً فيلاعن الحر الحرة والأمة والكتابية وكذلك العبد فيهن اهـ. وما ذكره

فصل في اللعان

قوله: (ابن عرفة: اللعان الخ) تتبع مسائل هذا الرسم يطول فانظره في الشرح إن شئت فإن فيه كلاماً طويلاً. ص: وإنما للزوج أن يلتعننا. إلى آخر الأبيات الأربعة. قوله: (ويشترط في الملاعن الخ) أي والسيد لا يلاعن حراً كان أو عبداً، كانت أمته أم ولد أم لا كما في الكافي.

من أنه يعتمد في نفي الحمل على الاستبراء هو المشهور قاله عياض، وقيل: لا يعتمد على ذلك، وكذلك اختلف (هل يعتمد في نفي الحمل) على الرؤية وحدها ثم يظهر حمل أم لا، وكذلك اختلف هل يعتمد عليهما معاً أعني الاستبراء والرؤية كما إذا استبرأها من وطئه ثم رآها بعد ذلك تزني ثم ظهر حمل والمشهور اعتماده على الاستبراء وحده كما ذكر المؤلف وأجري مع الرؤية، وأما الرؤية وحدها فلا يعتمد عليها في نفي الحمل (على المشهور). التوضيح: والأظهر أنه لا يعتمد على أحدهما بل ولا عليهما لأنه إذا كانت الحامل تحيض يصح له النفي، والقول باعتماده على الرؤية أضعف لأن الحيض علامة ظنية على براءة الرحم بخلاف رؤيته فإنه لا يدل على نفي الحمل البتة اهـ. وقال قبله يليه يعتمد في نفي الولد أو الحمل على ثلاثة أشياء واختلف في رابع، ومعنى اعتماده أنه يجوز له في الشرع أن ينفي الولد بذلك. الأول: إذا لم يطأها بعد وضع يعني وقد طال ما بين الوضعين بحيث لا يكون الولد الثاني من بقية الأول. الثاني: أن يكون وطئها بعد الوضع، ولكن بين هذا الحمل والإصابة مدة لا يتأتى فيها ولد، إما لقلّة الزمان كخمسة أشهر ونحوها، وإما لكثرتة كخمس سنين فأكثر. الثالث: إذا استبرأها من وطئه ثم رآها بعد ذلك تزني فيعتمد على ذلك على المشهور. وحكى ابن شاس وغيره عن السيوري أنه ليس له نفيه بهما قال: وحكى الداودي عن المغيرة مثله. ثم ذكر ما تقدم من الخلاف في الاعتماد على أحدهما فقط أي الاستبراء والرؤية وهو الوجه الرابع، وما ذكره المؤلف من الاكتفاء في الاستبراء بحيضة هو المشهور. ابن الحاجب: والاستبراء بحيضة وقيل بثلاث. التوضيح: صرح الباجي وجماعة بمشهورية الأول والقول بالثلاث للمغيرة، وروي أيضاً عن مالك. وقال ابن الماجشون: إن كانت أمة فحيضة وإن كانت حرة فثلاث. (ثم قال: فائدة) ليس عندنا حرة تستبرأ بحيضة إلا هنا، وليس لنا أمة تستبرأ بثلاث إلا على قول

قوله: (هل يعتمد في نفي الحمل) أطال الناس الكلام في هذا، ولكن قال ابن رشد في بيانه بعد كلام في اللعان ما نصّه: وتحصيل هذه المسألة أن اللعان على ستة أوجه: ثلاثة منها متفق عليها وثلاثة مختلف فيها، فالمتفق عليها أن ينفي حملاً لم يكن مقرأ به ويدعي الاستبراء، وأن يدعي رؤية لا ميسس بعدها في غير ظاهرة الحمل، وأن ينكر الوطاء فيقول ما وطئتها قط، أو منذ وضعت، أو منذ مدة، ممّا لا تلحق بمثله الإنسان، والمختلف فيها أن يقذف زوجته ولا يدعي رؤية، وأن يدعي رؤية لا ميسس بعدها في حامل بينة الحمل الخ، وهذا منه بلفظه، وما مرّ عليه صاحب المختصر في هذا معروف في كتابه وشروحه فلا نزيل به. قوله: (على المشهور الخ) صحيح وأن الحيضة الواحدة كافية في هذا الباب كانت الزوجة حرة أو أمة وهذا عند عدم الرؤية، وأما مع الرؤية فلا إشكال، وتقييد الشارح للمختصر بزيادة الرؤية لا ينبغي له ذلك بل المشهور غير مقيد وإن استغرب ابن عبد السلام عدم كفاية الحيضة بلا رؤية، نعم الخلاف في المسألة قوي، ولكن الأقوى والذي عليه الجمهور هو كفايتها وحدها وبيننا هذا في الشرح غاية، والجواب عمّا أوردوه من أن الحامل تحيض ذكرناه فيه أيضاً فقف عليه إن شئت.

قوله: (ثم قال فائدة الخ) الاعتراض هنا من هذا الشارح ظاهر بدليل قول صاحب الفائدة في

المغيرة هنا، وفيمن ادعى سيدها وطأها فأنت بولد فنفاه وادعى أنه كان استبرأها اهـ. قوله: ليس عندنا حرة تستبرأ بحيضة إلا هنا قيل إن هذه غفلة لأن المرأة إذا ارتدت أو زنت ولها زوج فلا تقتل ولا تحدد إلا بعد حيضة خوف كونها حاملاً، وفي ذلك يقول بعض شيوخنا:

تستبرأ الحرة مثل الأمة لدى اللعان والزنا والردة
قال الناظم رحمه الله:

وَيُسَجَّنُ الْقَاذِفُ حَتَّى يَلْتَعِنَ وَإِنْ أَبِي فَالْحَدُّ حُكْمٌ يَفْتَرِنَ

يعني أن من قذف زوجته فرماها بزنا أو نفى حملها فإنه يلاعن، (فإن امتنع من اللعان سجن) حتى يلتعن فإن أبي فعليه حد القذف. ففي طرر ابن عات: قال الباجي رحمه الله: يجب على الزوج إذا نفى ولده أو ادعى رؤية أن يسجن حتى يلتعن. وفي المقرب: قلت له: فإن أبي أحد الزوجين أن يلتعن فقال: إن كان الرجل أقيم عليه حد القذف وإن كانت المرأة أقيم عليها حد الزنا وهو قول مالك.

وَمَا بِحَمَلٍ بِثُبُوتِهِ يَقَعُ وَقَدْ آتَى عَنِ مَالِكٍ حَتَّى تَضَعُ

يعني أن اللعان إذا كان لنفي الحمل فإنهما يتلاعنان إذا ثبت الحمل إذ ذاك، وقيل يؤخر لعانهما حتى تضع خوف أن ينفش الحمل بعد اللعان. قال في المتيضية: وله أن يلاعن وهي حامل، (وقد قيل: إنه ليس له أن يلاعنها حتى تضع) وروي ذلك عن مالك

مختصره في الزنا وتؤخر المتزوجة لحيضة وفي الردة أعادنا الله منها واستبرئت بحيضة، ولعل صاحب الفائدة أراد من لم يرد قتلها هاتان تقتلان، ولكن انظر ذلك عند كلامنا على المسألتين في بابهما.

قوله: (فإن امتنع من اللعان سجن الخ) تأمله مع نقله هل يشهد لتقريره أم لا؟ والذي في ابن عرفة ما نصّه المتيضي إذا ثبتت مقالتهم وزوجتهما سجنه الإمام الباجي اختلف في سجنه فسألت أبا عمر بن عبد الملك فقال يسجن لقول مالك فيهما إنه قاذف فيوعظ الزوج أولاً فإن لم يرجع ففيها يبدأ فيشهد أربع شهادات الخ، وهذا منه بلفظه، وضمير فيهما عائد على المرمي بالزنا ونفي الحمل كما يفهم من كلام غيره ونقله، والذي يظهر في هذا هو كلام المقرب، ولذلك صاحب المختصر لم يعرج على السجن أصلاً، وابن الناظم لما نقل ما قاله الباجي قال بعده فتأمل ذلك، والحق في المسألة هو التفصيل، وذلك إذا خيف من هروب الزوج فالسجن وإلا فلا والعلم عند الله تعالى.

قوله: (وقد قيل إنه ليس له أن يلاعنها حتى تضع الخ) الذي مرّ عليه في المختصر هو تعجيل اللعان قبل الوضع حيث قال بلعان فعجل، وهذا هو الذي يظهر ترجيحه من النظم هنا ومن كلام غيره ممن تكلم على المسألة، وهذا التعجيل ليس واجباً على الزوج كما ذكره اللخمي، وهذا أيضاً ما لم تكن حائضاً لقول المختصر في فصل طلاق السنة كاللعان مشبهاً بما لا يعجل، بخلاف المرض فإنه لا يتأخر معه اللعان كما في التوضيح عن الباجي، ويرسل الإمام للمريض منها عدولاً ويسقط التغليب بالمكان لأن المرض ليس له حد يعلم. ص: ويبدأ الزوج باللعان. إلى آخر الأبيات الستة.

وهو قول ابن الماجشون وأبي حنيفة، ويرده الأثر أن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلاني وزوجته وهي حامل. قال الشارح: هذا القول الأول أسعد بالأثر، وهذا القول الثاني أرجح في النظر إلا أن يقال إنه مبني على صورة نادرة، والصورة النادرة لا تراعى في الأحكام اهـ. ابن الحاجب: ومنعه عبد الملك في الحمل لجواز انفشاشه ورد بأن العجلاني وغيره لاعن في الحمل لظهوره كإيجاب النفقة والرد بالعيب. التوضيح: أي كما يقضى للمطلقة بنفقة الحمل إذا ظهر حملها وكما يجب الرد للمشتري إذا اشترى جارية وظهر حملها ولا يؤخر فيهما إلى الوضع ومنع عبد الملك اللعان قبل الوضع خشية أن ينفش ورواه عن مالك، والفرق على قوله بين اللعان وما ذكره أن اللعان تترتب عليه أمور عظام من فسخ النكاح والحرمة على التأييد ووجوب الحد اهـ.

وَيَبْدَأُ الزَّوْجَ بِاللِّعَانِ
 إِثْبَاتًا أَوْ تَفْيَافًا عَلَى مَا وَجَبَا
 وَتَحْلِفُ الزَّوْجَةُ بَعْدَ أَزْيَعَا
 تَحْمِيْسُهَا بِغَضَبٍ إِنْ صَدَقَا
 وَيَسْقُطُ الْحَدُّ وَيَنْتَفِي الْوَلَدُ
 وَالْفَسْخُ مِنْ بَعْدِ اللَّعَانِ مَاضٍ
 لِدَفْعِ حَدِّ أَزْيَعٍ مِنَ الْإِيْمَانِ
 مُخْمَسًا بِلَغْنَةٍ إِنْ كَذَبَا
 لِتَذْرَأَ الْحَدَّ بِنَفْسِي مَا ادَّعَى
 ثُمَّ إِذَا تَمَّ اللَّعَانُ افْتَرَقَا
 وَيَخْرُمُ الْعَوْدُ إِلَى طُولِ الْأَمَدِ
 دُونَ طَلَاقٍ وَبِحُكْمِ الْقَاضِي

تعرض في هذه الآيات لصفة اللعان فأخبر أن الزوج هو الذي يبدأ باللعان، قاله ابن الحاجب. وصفته أن يقول أربع مرات: أشهد بالله ثم قال: (فلو بدأت المرأة باللعان) فقال ابن القاسم لا يعاد، وقال أشهب يعاد. التوضيح: لا خلاف أن الرجل يبدأ باللعان

قوله: (فلو بدأت المرأة الخ) مذهب ابن القاسم في عدم الإعادة لم أقف على من رجحه، وقول أشهب بالإعادة اختاره اللخمي وابن الكاتب، وقال في المدونة هو المذهب، وابن عبد السلام قال هو الصحيح، وهذا يدل على أن تقديم الزوج واجب كما يشعر به القرآن، وقول ابن القاسم يدل على أن الترتيب المذكور ليس بواجب، وابن ناجي قال في قول أشهب اختاره اللخمي وغيره، وبه تعلم ما في قول الشامل، فلو بدأت المرأة به لم يعد واختير خلافه. والمصنف أعني خليلاً قال: وفي إعادتها خلاف أي قولان مشهوران، ولم يظهر لنا من شهر قول ابن القاسم الذي يقول بعدم الإعادة، وفي المفيد ما نصّه: ومن الكافي وإذا التعنت الزوجة قبل الزوج ثم التعن الزوج ثم فرّق الإمام بينهما لم تقع الفرقة حتى تعود المرأة فتلتعن بعد الرجل، ولو فرّق الإمام بينهما بعد التعان الزوج وقبل أن تلتعن لم تقع بذلك فرقة لأن اللعان لم يتم اهـ. بلفظه. وفي هذا تقوية لقول أشهب أيضاً. والظاهر من كلامهم أن على الإعادة لا يتأبد التحريم إلا بالتعانها ثانياً، وعلى ضده يتأبد التحريم بالتعان الزوج، وإن كان في البيان لابن رشد التأييد بالتعان الزوج بعد الزوجة، نعم في تعاليق أبي عمران ما نصّه ابن القاسم إن جهل الإمام فبدأ بالمرأة في اللعان ثم ماتت أو لم تعد فلا يعاد ويجزى ويلتعن الزوج إلا أن يشاء أن ينكل فيرث ويحد هذا لفظه، ولم يذكر قول أشهب أصلاً، والاقتصار على القول ترجيح له كما هو معلوم، وتقييد ابن رشد هنا المسألة هو في شروح

وهو الذي دلت عليه الآية ووقع في حديث عويمر ثم قال: وجعل في البيان منشأ الخلاف هل تقديم الرجل واجب أم لا؟ اهـ. وقوله: لدفع حد أشار به إلى بعض ما يترتب على اللعان وهو سقوط حد القذف عن الرجل إن كانت الزوجة حرة مسلمة، ودفع الأدب عنه إن كانت أمة أو كتابية. قال في التوضيح: اعلم أنه يترتب على اللعان ستة أحكام: ثلاثة على لعانه وثلاثة على لعانها، فالثلاثة الأول سقوط الحد عنه ووجوب حد الزنا عليها وقطع النسب، والثلاثة الآخر سقوط الحد عنها والفراق وتأييد الحرمة، وقيل في الأخيرين أنهما مرتبان على لعانه، وقوله أربع الأيمان إثباتاً أو نفيّاً على ما وجبا البيت هو بيان لكيفية لعان الزوج، فقوله أربع الأيمان كأنه بدل من الالتعان. ابن الحاجب: وصفته أن يقول أربع مرات أشهد بالله. (وقال محمد: يزيد: الذي لا إله إلا هو لرأيتها تزني وقيل ويصف كالشهود)، وقيل ويكفي لزنت، وفي نفي الحمل لزنت أو ما هذا الحمل مني، ويقول في الخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين اهـ. قال ابن فتحون في الوثائق المجموعة: يحلف الزوج مستقبل القبلة قائماً، يقول بالله الذي لا إله إلا هو لزنت فلانة هذه فيشير إليها وما هذا الحمل مني أو ما حملها هذا مني، وإن لم ينف حملاً قال لزنت فلانة هذه ولا يزيد على هذا. وقال قوم يقول: أشهد بالله ثم يخمس باللعان، ثم تخوف المرأة بالله فإن تمادت على اليمين حلفت أربع أيمان على ما تقدم لما زنت وأن هذا الحمل منه، وتخمس بال غضب تقول: غضب الله عليها إن كان من الصادقين، أو عليها غضب الله إن كان من الصادقين اهـ. وقوله إثباتاً أو نفيّاً تقدم أن الإثبات كقوله: لزنت أو لرأيتها تزني، والنفي كقوله: ما هذا الحمل مني. قوله: وتحلف الزوجة بعد أربعاً هذا بيان لكيفية لعانها. ابن الحاجب: وتقول المرأة أربع مرات: أشهد بالله ما رأيته تزني إن كان قال لرأيتها تزني أو ما زنت أو لقد كذب في الجميع، وفي نفي الحمل ما زنت وأنه لمنه، وفي الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، ويتعين لفظ الشهادة واللعن والغضب بعدها. التوضيح: يعني يتعين أن يقول كل واحد منهما أشهد ولا يجوز أن يحلف ولا أقسم على المشهور، ويتعين اللعن في حق الرجل والغضب في حقها وهكذا. قال

المختصر والظاهر من كلامهم أنه لا يعتبر، انظر الشرح في هذا كله.

قوله: (وقال محمد: يزيد: الذي لا إله إلا هو لرأيتها تزني وقيل ويصف كالشهود الخ) أما زيادة محمد فالمذهب هو الزيادة المذكورة انظره عند قول المتن: واليمين في كل حق بالله الذي لا إله إلا هو الخ، ولا يلتفت لغير هذا باعتبار الترجيح، وقد غلط بعضهم في هذا ووقع نزاع فيه بين الطلبة فانظر الحجة لذلك في المحل المذكور، ولا ينبغي لهذا الشارح صنعه الذي رأيت، وأما قوله وقيل يصف كالشهود أي يقول رأيتها تزني كالمروود في المكحلة وفي ذلك خلاف ولكن الراجح في ذلك محتمل، فإن كلام الناس في ذلك مضطرب، وربما تظهر أرجحية عدم ذكر الوصف وهو الذي يفهم من كلام الناس في صفة لرأيتها تزني، والحاصل الخلاف في المسألة قوي، والذي يرجح فيها بعد النظر في كلام الناس أنه لا بد في الاعتماد على رأيته كالمروود في المكحلة، ولا يلزمه ذكره عند اللعان بلسانه.

عبد الوهاب في شرح الرسالة: إن النظر يقتضي أن لا يجزىء إذا أبدل اللعنة بالغضب في حقها وبالعكس، ثم ذكر وجه اختصاص خامسة الرجل باللعنة وخامسة المرأة بالغضب فانظره إن شئت. وقوله: وتحلف الزوجة بعد أي بعد حلف الزوج، وتقدم كون الزوج هو الذي يبدأ بالحلف. وقوله: لتدراً الحد أي لتدفع حد الزنا عنها إن نكلت ولم تحلف، وتقدم أن هذا مما يترتب على لعانها من الأحكام. وقوله: بنفي ما ادعى يجوز أن يتعلق بتحلف والبراء للمجاورة بمعنى على أي تحلف الزوجة على نفي ما ادعاه الزوج، ويجوز أن يتعلق بتدراً والبراء سببية. وقوله: ثم إذا تم اللعان افترقا ويسقط الحد البيت، هذا بيان لما ينبي على اللعان وذلك الفراق بين الزوجين وسقوط الحد عنه وعنهما فيسقط عنه حد القذف وعنهما حد الزنا وقطع النسب وإليه أشار بقوله: وينتفي الولد وتأييد التحريم وتقدم ذلك عن التوضيح. وقوله: والفسخ من بعد اللعان ماض البيت اشتمل على مسألتين:

إحدهما: أن فرقة المتلاعنين فسخ بغير طلاق. التوضيح: فرع: والفرقة في اللعان فسخ بغير طلاق، قال في البيان: هذا مذهب مالك وجميع أصحابه، وقال جماعة من أصحابنا: إنه طلقة بائنة. وفي الجلاب: أن الملاعنة قبل البناء لا صداق لها خلاف قول مالك في المدونة والموطأ إن لها نصف الصداق، وبناء اللخمي على فرقة المتلاعنين هل هي فسخ فلا شيء لها أو طلاق فلها؟ وفيه نظر، فإن المعروف أن لها النصف وإن فرقة المتلاعنين فسخ، ولكن لما كنا لا نعلم صدق الزوج ولعله أراد تحريمها وإسقاط حقها من نصف الصداق اتهم في ذلك وألزم نصف الصداق، ويحتمل أن يكون إنما لزمه النصف مراعاة لقول من قال هو طلاق اه. قلت: وقد اشتمل كلام التوضيح هذا على فائدة أخرى وهي لزوم نصف الصداق وإن تلعنا قبل البناء، وإن قلنا إن فرقتهما فسخ بغير طلاق للتهمة وقد قلت في ذلك:

وإن تلعنا ولم يبن لزم لتهمة نصف صداق قد علم
وأشرت بقولي نصف صداق قد علم إلى أنهما إذا عقدا النكاح على وجه التفويض
فلا يلزمه شيء لانتفاء التهمة.

المسألة الثانية: مما اشتمل عليه البيت الأخير فرقة المتلاعنين هل تقع بنفس اللعان أو حتى يحكم بها القاضي؟ ومن التبصرة: واختلف في وقوع الفراق فقال مالك وابن القاسم: يقع الفراق بنفس اللعان ولا تحل له أبداً. وفي المتطية: قال بعض الموثقين: لا يتم الفراق بينهما على مذهب ابن القاسم إلا بحكم القاضي في ذلك، والحجة لهذا القول قوله ﷺ لعويمر وزوجته بعد التعانها: «قوما فقد فرقت بينكما ووجبت النار لأحدكما والولد للمرأة». وفي التوضيح: وقوع الفراق بمجرد التعانها هو المذهب خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا تقع الفرقة بلعانها حتى يفرق الحاكم بينهما اه. ويؤخذ القولان من النظم فيؤخذ القول بأن الفرقة تقع بنفس اللعان من قوله: ثم إذا تم اللعان افترقا، ويؤخذ القول بافتقارها لحكم حاكم من قوله وبحكم القاضي وهو أصرح.

وَمُكَذِّبٌ لِنَفْسِهِ بَعْدَ التَّحَقُّقِ وَلَدُهُ وَحَدُّهُ وَالتَّخْرِيمُ حَقٌّ
وَرَاجِعٌ قَبْلَ التَّمَامِ مِنْهُمَا يُعَدُّ وَالتَّنْكَاحُ لَنْ يَنْفَصِمَا

يعني أن من لاعن زوجته وتم اللعان بينهما ثم أكذب نفسه فإن الولد يلحق به ويحد حد القذف للزوجة، وأما تحريم الزوجة فأمر ماض لا تحل له أبداً ولا سبيل لمراجعتها، فإن كان رجوعه وتكذيب نفسه قبل تمام اللعان فإنه يحد ونكاحهما باق لم يفسخ. قال المتيطي: فإن رجع الزوج بعد ذلك وأكذب نفسه فله الحد ولحق به الولد ولم تحل له بذلك، فأما إن رجع أحدهما قبل تمام اللعان بكلمة فما فوقها فإنه يثبت نكاحهما ويحد الراجع منهما اه. فقوله: وراجع قبل التمام هو تصريح بمفهوم قوله: ومكذب لنفسه بعد أي بعد اللعان أي بعد تمامه. ابن الحاجب: فلو أكذب أحدهما نفسه قبل تمام لعانها حد وبقيت زوجة ويتوارثان وإن رجعت اه.

وَسَاكِتٌ وَالْحَمْلُ حَمْلٌ بَيِّنٌ يُعَدُّ مُطْلَقاً وَلَا يَلْتَمِنُ
وَمِثْلُهُ الْوَاطِئُ بَعْدَ الرَّؤْيَةِ وَيُلْحَقُ الْوَالِدُ حَدَّ الْفِرْيَةِ

يعني أن من رأى بزوجه حملاً بيئاً وسكت ثم نفاه وأراد أن يلاعن فإنه يلاعن ويحد حد القذف وهو الذي عبر عنه في البيت الثاني بحد الفرية، والفرية الكذبة ويلحق به الولد، وسواء سكت كثيراً ولا إشكال أو قليلاً كالיום واليومين، (وعلى ذلك تبّه بالإطلاق) والله أعلم، فهو راجع لقوله وساكِت، وكذلك الذي رأى زوجته تزني ثم وطئها ثم أراد أن يلاعن فإنه يحد ولا يلتعن. قال في المقرب: قلت: فلو أن رجلاً نظر إلى امرأته حاملاً وهي مسلمة حرة أو نصرانية أو أمة فسكت ولم ينف الحمل ولا ادعاه فلما وضعت انتفى منه قال: قال مالك إذا رأى الحمل فسكت حتى وضعته فليس له أن ينتفي منه، وإن انتفى منه حين تلده جلد الحد إن كانت زوجته حرة مسلمة، ولا حد عليه في الكافرة والأمة لأن قاذفهما لا يحد. قلت: فإن رأى الحمل فسكت يوماً أو يومين فأكثر من ذلك ثم انتفى منه

(ص): ومكذب لنفسه بعد التحق إلى آخر الأبيات الستة. قال في المختصر: كاستلحاق الولد إلا أن تزني بعد اللعان مشبهاً في الحد وظاهره لاعن لرؤية أو غيرها وهو كذلك وإن وقع فيه خلاف، وولد النصرانية لا حد في استلحاقه، وكان من حق هذا الشارح التنبيه على هذا، والأمة كالنصرانية فيما ذكرنا، ولكن الشارح ذكر ما أشرنا إليه في المسألة الآتية.

قوله: (وعلى ذلك تبّه بالإطلاق) هذا قال فيه في المختصر: وإن وطء أو آخر بعد علمه بوضع أو حمل بلا عذر امتنع، وحاصله أن العلم بالوضع والحمل ينتفي اللعان فيهما بالوطء وبالتأخير، ومسألة الرؤية إنما ينتفي فيها بالوطء لا بالتأخير، وقوله بلا عذر مفهومه أنه إذا وجد العذر فله القيام في الجميع ولو طال الزمان وهو كذلك على ما يظهر من كلامهم فقف عليه إن شئت فإن الكلام طويل في هذا المحل ولكن هذا ملخص كلامهم، فانظر كلام التحفة ومن شرحها هل يوفي بهذا المتحصل أم لا؟ والعجب من ابن الناظم وهذا الشارح حيث لم يقيدا بالعذر مع كونه في المختصر وغيره وهذا غفلة بلا مرية.

بعد ذلك قال: إذا شهدت البينة أنه قد رآه فلم ينكر أو أقر ثم جاء بعد ذلك ينكر لم يكن ذلك له. وقال ابن عرفة: روى ابن القاسم في كتاب الرجم من المدونة أن من ادعى رؤية وأقر أنه وطئ بعدها حد ولحق به الولد اهـ.

وَإِنْ تَضَعُ بَعْدَ اللَّعَانِ لِأَقْلٍ
وَلَيْسَ لِلتَّحْرِيمِ مِنْ تَأْبِيدٍ
مِنْ سِتَّةِ الْأَشْهُرِ فَالْمَهْرُ بَطْلٌ
إِذِ النُّكَاحُ كَانَ كَالْمَفْقُودِ

يعني أن من عقد على امرأة ولم يدخل بها ثم ظهر بها حمل زعمت أنه منه وأنكر ذلك فتلاعنا ثم ولدت فإن ولدته لأقل من ستة أشهر من يوم عقد عليها فلا صداق لها ولم تحرم عليه بالتعانها، أما سقوط الصداق فلأن النكاح انفسخ (لظهور كونها معتدة) لأنه يلزم من الولادة قبل ستة أشهر أنها يوم عقد عليها النكاح كانت حاملاً والفسخ قبل البناء لا شيء فيه، ولولا الإتيان بالولد لدون ستة أشهر لوجب نصف الصداق في اللعان قبل البناء كما تقدم، وأما عدم تأبيد التحريم بالتعانها فلأنها كانت غير زوجة له لأن ذلك النكاح كالعدم لكونها معتدة، وعلى ذلك نبه بالبيت الثاني، هذا مقصود الناظم رحمه الله بالبيتين، وهكذا هي المسألة في ابن سلمون، ولفظه في المسألة برمتها. وإذا كانت المرأة لم يدخل بها وظهر بها حمل فادعته عليه ونفاه هو فإنهما يلتعانان ولا ينتفي منه إلا باللعان إذا ادعت أنه كان يغشاها وكان ذلك يمكن وجاءت به لستة أشهر فأكثر من يوم تزوجها فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فلا صداق لها ولا لعان، فإن لاعن قبل أن تضع الحمل فأنت به لأقل من ستة أشهر لم يكن لها صداق ولم تحرم عليه بالتعانها لأنها كانت غير زوجة له، قاله ابن الماجشون ومحمد بن المواز اهـ. فمسألة الناظم هي قول ابن سلمون: فإن لاعن قبل أن تضع الحمل الخ. وكان وجه لعانه قبل الوضع مع أنه قال قبله إذا أتت به لأقل من ستة أشهر فلا لعان أنه إذا علم بالحمل وسكت ولم يلاعن لزمه الولد والله أعلم. ومعنى قوله: فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر الخ أنه لو لم يعلم به حتى ولدت فلا صداق ولا لعان، والوجه الذي بعده علم قبل الوضع فلم يمكنه السكوت فلاعن ثم ولدت وهي مسألة الناظم والله أعلم.

قوله: (لظهور كونها معتدة الخ) لم يذكروا هنا العدة في هذه الأتقال، والذي يغلب أنها في الاستبراء، وعلى هذا فقول الناظم: وليس للتحريم من تأبيد إما أنه أراد من جهة الالتعان أو مطلقاً، بناء على أن المستبرأة إذا تزوجها يتأبد تحريمها، على خلاف قدمناه عند قول المتن كمستبرأة من زنا، أو نقول: إنما يتأبد التحريم بالوطء وهنا لم يطقاً، وقد قال في المتن صدر النكاح وتأبد تحريمها بوطء الخ، وإلا فالدخول في العدة محرم على الزوج أبداً على المذهب علم بالعدة الداخل أم لا فافهم.

باب الطلاق والرجعة وما يتعلق بهما

(ابن عرفة: الطلاق صفة) حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجب تكررها مرتين للحر ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج. قوله حكمية لأن الطلاق معنى تقديري وترفع حلية أخرج به الظهار وما شابهها. وقوله: حلية لا بد من ذكرها لأن المتعة لا ترفع وإنما يرفع المعلق بها. وقوله: بزوجته أخرج به حلية المتعة بغيرها. وقوله: موجب تكررها الخ صفة للصفة جرت على غير من هي له على نسخة الرفع، وفي نسخة بالنصب على الحال، ويظهر أنه زاد ذلك لوجوه أظهرها أنه يخرج بذلك صوراً كثيرةً تمنع أو ترفع المتعة بالزوجة وذلك مثل الإحرام بالحج وبالصلاة وبالدخل في الاعتكاف وغير ذلك اهـ. وقوله: موجب تكررها التكرار هو ما بعد الطلقة الأولى. وأما الرجعة فهي بفتح الراء وكسرها وصوب الجوهري الفتح واستعملها الفقهاء بالكسر. قال ابن عرفة: هو رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها قال: فتخرج المراجعة اهـ. أي لأن الفرق بينهما أن الرجعة هي من الطلاق الرجعي والمراجعة هي من البائن، ولذلك عبروا فيها بالمفاعلة التي لا تكون في الغالب إلا بين اثنين. الرصاع: قوله أو الحاكم أشار به إلى إدخال ما إذا طلق في الحيض وامتنع من الرجعة فإن الحاكم يحكم عليه بالرجعة وتصح رجعته ويجوز له الوطء بذلك عند المحققين. ابن الحاجب: فإن أبي أجبره الحاكم بالأدب، وإن أبي ارتجع الحاكم عليه وله وطؤها بذلك على الأصح كما يتوارثان بعد مدة العدة. قوله: حرمة المتعة هذا هو المرفوع واحترز به من رفع الحلية أي فإنه نفس الطلاق. وقوله بطلاقها متعلق بالحرمة واحترز به من رفع الزوج الحرمة بغير الطلاق كما إذا رفع حرمة الظهار أي بالتكفير. ثم قال الرصاع: لم أقف للشيخ على حد المراجعة ويمكن أنه رأى أنها تدخل تحت حد النكاح لأن النكاح أما لمراجعة أو لغيرها فيقال فيها نكاح من زوج في زوجة أبانها بغير الثلاث اهـ. أي وأما إذا لم بينها فهي رجعة لا مراجعة، وأما إذا أبانها بالثلاث ثم تراجع بعد زوج فإن ذلك ابتداء نكاح لا شك فيه والله تعالى أعلم.

مِنَ الطَّلَاقِ الطَّلُوقَةُ السُّنِّيَّةُ إِن حَصَلَتْ شُرُوطُهَا الْمَرْعِيَّةُ
وَهِيَ الْوُقُوعُ حَالَ طَهْرٍ وَاحِدَةٍ مِنْ غَيْرِ مَسٍّ وَازْتِدَافِ زَائِدَةٍ
مِنَ ذَلِكَ بَائِنٌ وَمِنْهُ الرَّجْعِيُّ وَمَا عَدَا السُّنِّيَّ فَهُوَ بَدْعِيٌّ

باب الطلاق والرجعة وما يتعلق بهما

(ص): من الطلاق الطلقة السنية إلى آخر الأبيات الأربعة. قوله: (ابن عرفة الطلاق صفة الخ) انظر رسم الطلاق عند قول المتن: جاز الخلع، ورسم الرجعة عند قوله: يرتجع الخ، والكلام في ذلك طويل فلا نطيل به، إذ الكلام فيها هو أهم من هذا.

(مِنْهُ مَمْلَكٌ وَمِنْهُ خَلْمِي) وَدُو الثَّلَاثُ مُطْلَقاً وَرَجْعِي

وقول الناظم: (منه مملك ومنه خلمي الخ) ظاهره أن التملك والخلع لا يكونان إلا من البدعي، وذلك أن الطلاق السني شرطه أن يكون رجعياً والخلع بعوض والتمليك وهو أن يقول لها طلقتك طلاق الخلع مثلاً ولا عوض الطلاق فيهما بائن، وذلك لأن البائن قد يندم الإنسان فيه ولا يجد سبيلاً للزوجة، ولكن انظر صدر الخلع وعند قول المتن ولو بلا عوض نص عليه في بابه في هذين الطلاقين، فإن المصنف خليلاً قال جاز الخلع وذكرنا ثم قول ابن رشد الداخل على أنه البدعي، وكذلك ذكرنا عند قول المتن ولو بلا عوض أنه طلاق خلاف السنة وأنه مكروه وتراه هنا قريباً إن شاء الله تعالى عند قول الناظم: وفي الملك الخ، وصاحب المختصر وغيره قالوا في السني طلقة واحدة وذلك شامل للصورتين، لا سيما وقد قال القاضي مدار البدعي على العدد والوقت أي وقت الحيض، وكلام اللخمي يقتضي كالصريح أن الطلاق السني لا بد أن يكون رجعياً، وابن ناجي أخرج الخلع من الطلاق السني وهذا كله في الشرح، ولكن لم يتضح لنا راجح في المسألتين، والمذهب هو الجواز في الخلع باعتبار أصله تعثره أحكام باعتبار ما يعرض له، قال في المختصر: طلاق السنة واحدة بطهر لم يمسه في بلا عدة وإلا فبدعي، فقوله واحدة مخرج لاثنتين أو ثلاث فإن ذلك بدعي، ولا فرق في الثلاث بين أن يقول هي طالق ثلاثاً أو البتة أو هي طالق طالق طالق كما أشير إليه في كلام أبي الحسن، وكذا يدخل في ذلك قوله هي طالق ناوياً به الثلاثة لقول المتن: وتلزم واحدة إلا لنية أكثر، وقوله واحدة أي غير خلعية ولا مملكة لأنها تكون بائنة وربما يندم فلا تمكنه الرجعة، ولكن يرد على هذا الواحدة قبل البناء وإن كان الندم وربما يندر في غير المدخول بها ولكن لا عدة في غير المدخول بها فلا يقال في طلاقها بدعي ولا سني انظر الشرح، ويأتي هنا شيء من هذا وظاهره أن الزيادة عن الواحدة مخرجة عن السني ولو في صغيرة وهو كذلك، وقوله بطهر ففي حيض أو نفاس بدعي وحرام إجماعاً ويلزم مع ذلك إن وقع وخرج من قوله بطهر من لا طهر عندها كالصغيرة إذ الطهر إنما يكون مع وجود الحيض المقابل له، ومثل الصغيرة الحامل ومن تعتد بالأشهر وهي اليائسة والمستحاضة غير المميزة لأن عدتها سنة، وأخرى غير المدخول بها إذ لا عدة عليها أصلاً، فهؤلاء لا يقال في طلاقهن سني ولا بدعي، نعم إذا زيد على واحدة فيهن فهو بدعي من هذه الحيثية إلا غير المدخول بها إذ لا يتأتى فيها مضمون قوله تعالى: ﴿لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً﴾ [الطلاق: ١] لأن طلاقها بائن كان بواحدة أو أكثر، ولكن الاثنان تقرب من التحريم والنبي ﷺ إنما طلق واحدة، وكلام القاضي يدل على هذا، ومما يدل لهذا أن المدخول بها طلاقها اثنتين في مرة بدعي، مع أن الرجعة تصح فيها إن لم يتقدم لها طلقة، فبالوجه الذي يكون الطلاق بدعياً في هذه يكون في غير المدخول بها، وعليه فالعدد يجعل الطلاق بدعياً مطلقاً فافهم. وقوله: لم يمسه فيه أي لم يطأ فيه فإن وطئ فيه ثم طلق فبدعي. وقوله: بلا عدة أي بلا إرداف في عدة فإن المردف فيها بدعي. وقوله: وإلا فبدعي أي وإن انتفى بعض القيود أو أكثر فالطلاق بدعي فافهم. وقال المصنف في الطلاق الرجعي ما نصّه: يرتجع من ينكح وإن بكاحرام وعدم إذن سيد طالقاً غير بائن في عدة صحيح حلّ وطؤه الخ، وما تخرجه قيوده لا يخفك، وهذا تعرف منه الطلاق السني والبدعي والرجعي وغيره، فقد يكون السني رجعياً كما إذا طلق واحدة في طهر لم يمسه فيه وهي مدخول بها، ويكون البدعي رجعياً كما إذا طلقها طلقتين في دفعة ولم يتقدم له فيها طلاق إلى غير ذلك مما يتصور ولكن لا يليق أن يخلط الكلام في هذا بل يتكلم على السني والبدعي وحدهما

يعني أن الطلاق على وجهين: سني وهو ما اجتمعت فيه الشروط الأربعة، وبدعي هو ما اختلت فيه تلك الشروط أو واحد منها، ثم أشار بقوله: من ذاك بائن ومنه الرجعي إلى أن الطلاق السني ينقسم إلى بائن ورجعي. قلت: وكذلك الطلاق البدعي ينقسم إلى رجعي وبائن كما يأتي فالأقسام أربعة، فطلاق الزوجة غير المدخول بها ولو حائضاً ومن بقيت على طلاقة وإن حصلت بشروط السني سني بائن، وطلاق الزوجة المدخول بها بالشروط الأربعة سني ورجعي، والطلاق في الحيض بدعي رجعي، والطلاق الثلاث بدعي بائن. ومثل الشارح للبدعي البائن بالطلاق المملك قال: وهو طلاق الخلع من غير خلع وبالخلع وبالثلث، ثم ذكر إن طلاق غير المدخول بها يحتمل كونه مطلقاً مع شروط السني وعدمها قال: وهو مذهب ابن القاسم ويحتمل أن يكون سنياً مع وجود شروط السني، والذي يمكن منها هنا أي من شروط السني في غير المدخول بها اثنان فقط، أن تكون واحدة وأن تكون في طهر، وأما كونه لم يمسه فيه فهو فرض المسألة لأن الكلام في غير المدخول بها، وأما عدم ارتداد أخرى فلا يحتاج إليه لأن الارتداد إنما يكون على الرجعي وطلاق غير المدخول بها بائن. (وفي الرصاع): أن اللخمي نقل عن أشهب جواز طلاق الواحدة التي صادفت آخر الثلاث فيكون سنياً بائناً كما تقدم والله سبحانه أعلم. قال مقيد هذا الشرح سمح الله له بفضلته: وقد كنت قلت في هذا التقسيم والتمثيل له أبياتاً وهي هذه:

من الطلاق سنة وبدعي	والكل إما بائن أو رجعي
سنيه في حال طهر واحده	من غير مس وارتداد زائده
فغير مدخول ومن تبقى على	واحدة إن بالشروط حصلا
فبائن السني ورجعي السنة	بعد البناء بشروط مئت
مملك أو خلع أو أقصاه	بدعي وبائن فلا تنساه
رجعي وبدعي إن تسل هو واحد	بعد البناء بفقد شرط يوجد

وضمير سنيه للطلاق من حيث هو بائناً أو رجعيّاً، وقولنا فغير مدخول الخ هو ابتداء تمثيل الأقسام الأربعة تبعاً للشارح وتقليداً له. وقولنا: إن بالشروط حصلا راجع لطلاق من تبقى على واحدة فقط، وامت معناه قريب، وأقصى الطلاق هو الثلاث وجملة يوجد

والرجعي وحده، كما فعل صاحب المختصر وغيره لا كما فعل الناظم. وقول الشارح السني قد يكون بائناً لا يخفاك ما فيه، وكذا قوله في غير المدخول بها وأن تكون في طهر الخ فإن غير المدخول بها لا عدة عليها، والبدعة من جهة التطويل إنما جاءت في المدخول بها، وطلاق غير المدخول بها جائز في الحيض كما في المدونة والمختصر وغيرهما، وتقدم الكلام في ذلك، وهذا الشارح تابع لابن الناظم في هذه الأمور. قوله: (وفي الرصاع الخ) الذي يدل عليه ما تقدم هو أن هذا طلاق بدعي لأن السني لا يكون بائناً بخلاف البدعي قد يكون فيه الرجعي كالطلاق في الحيض واحدة بعد الدخول، ولكن لا بدّ من نظر الشرح في هذه الأمور.

هي صفة أخرى لواحد، وبفقد يتعلق بيوحد أي إن تسأل عن الطلاق الرجعي البدعي فهو الطلاق الواحد، ثم وصفه بوصفين آخرين كونه بعد البناء وكونه يوجد بفقد شرط من شروط السني وليرجع إلى حل ألفاظ الناظم قوله المرعية أي المرعية المحفوظة عند الفقهاء. قال في التوضيح: وليس المراد بالسني أنه راجح الفعل كما هو المتبادر إلى الذهن من النسبة إلى السنة بل بمعنى أنه الذي أذنت فيه السنة مقابل البدعي، (ونحوه لعبد الوهاب) وغيره طلاق البدعة هو ما وقع على غير الوجه المشروع والطلاق مباح من حيث هو في الجملة. وقال بعض الشيوخ: إنه مكروه لما في أبي داود أنه ﷺ قال: «إن أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق» ولا إشكال أنه قد يعرض له الوجوب والتحريم والندب، وثبت أنه ﷺ طلق حفصة واحدة ثم راجعها، وطلق العالية بنت سفيان وهي التي تدعى أم المساكين، وذكر المصنف لطلاق السنة أربعة قيود: الأول: أن يطلق في طهر فإن طلقها في حيض كان مطلقاً للبدعة. عبد الوهاب: وهو حرام بإجماع، واختلف هل المنع في الحيض تعدياً أو لطول العدة عليها وهو المشهور لأنه إذا طلقها في حيض لا تعتد به فتلغى بقية أيام حيضها. القيد الثاني: أن لا يجامعها في ذلك الطهر فإن جامعها ثم طلقها كان مطلقاً للبدعة وليس ممنوعاً كطلاق الحيض فقد صرح في المدونة وغيرها بكراهته. قال عبد الوهاب: لأنه ليس عليها العدة فلم تدر هل تعتد بالوضع أو بالأقراء. الثالث: أن يطلقها واحدة. للرخمي: وإيقاع الاثنتين مكروه والثلاث ممنوع لقوله تعالى: ﴿لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً﴾ [الطلاق: ١] أي من الرغبة في المراجعة والندم على الفراق. ونقل ابن عبد البر وغيره الإجماع على لزوم الثلاث في حق من أوقعها. (وعن بعض المبتدعة) أنه إنما يلزم موقع الثلاث واحدة. وعن بعض الظاهرية لا يلزمه شيء. وحكى التلمساني أن عندنا قولاً بأنه إذا أوقع الثلاث في كلمة إنما تلزمه واحدة. القيد الرابع: أن تكون غير معتدة ليحترز من أن يطلقها في كل طهر طليقة فإن فعل فالأولى للسنة والأخريان للبدعة وهذا مذهب المدونة اهـ. باختصار. فقول الناظم من غير مس هو إشارة للقيد

قوله: (ونحوه لعبد الوهاب الخ) نص عبد الوهاب في معونته هو قوله ما نصّه: باب: الطلاق ضربان طلاق سنة وطلاق بدعة، وقائدة وصفنا له بأنه طلاق سنة أنه أوقع الطلاق على الوجه الذي ندب الشرع إيقاع عليه وهذا لفظه. وفي طرر ابن عات عن ابن مغيث: فطلاق السنة هو الواقع على الوجه الذي ندب الشرع إليه الخ. وهذا يدل على أن الطلاق السني مندوب، ومعنى ذلك أن الزوج إذا عزم على الطلاق تردد فيطلب منه أن يطلق طلاق سنة فإن طلق بدعة فقد خالف المطلوب منه لا أن الطلاق مندوب إليه ولا مرية في صحة هذا، وبه تعرف ما في كلام التوضيح ومن تبعه.

قوله: (وعن بعض المبتدعة الخ) هذا كلام قاصر غاية، فإن الخلاف في المسألة شهير في المذهب وخارجه من أهل السنة صحابة وغيرهم وذلك مستوفى في الفائق، وذكره ابن سلمون وغيره، وذكر في الفائق تشديد ابن رشد في ذلك، وكلام ابن مغيث وكلام القاضي عياض معروف في المسألة، وذكر في الفائق من شدد وخفف فقف عليه إن شئت، نعم المشهور والمعلوم هو لزوم الثلاث لمن فعل ذلك وسيشير هذا الشارح لكلام الفائق عند قول الناظم: وبالثلث لا تحل إلا.

الثاني المتقدم عن التوضيح. وقوله: وارتداد زائدة هو إشارة إلى القيد الرابع في التوضيح. وفي الرسالة: وطلاق السنة مباح وهو أن يطلقها في طهر لم يقربها فيه طلقة ثم لا يتبعها طلاقاً حتى تنقضي العدة اهـ. فقوله: ثم لا يتبعها طلاقاً هو القيد الرابع في التوضيح وهو مراد الناظم بقوله: وارتداد زائدة، أي ومن غير أن يردف على الطلقة الأولى طلقة زائدة عليها حتى تنقضي العدة كما في الرسالة. وقوله: من ذاك بائن أي من الطلاق السني ما هو بائن ومنه ما هو رجعي كما تقدم تمثيله. وقوله: ما عدا السني فهو بدعي أي ما اختلف فيه قيد من قيود السني فهو بدعي. وقوله: منه مملك ومنه خلعي أي من الطلاق البدعي يعني البائن مملك وخلعي وقوله: وذو الثلاث مطلقاً عطف على مملك، وأشار بالإطلاق في الثلاث إلى كونه لا يكون سنياً بوجه، قال الشارح: يعني بخلاف طلاق من بقيت على واحدة فإنه وإن كان بائناً فهو سني إن كان في طهر لم يقربها فيه كما تقدم. وقوله: ورجعي أي ومن الطلاق البدعي ما هو رجعي وهو مقابل قوله منه مملك ومنه خلعي، وهذا يدل على أن معنى قوله منه مملك ومنه خلعي أي وهو بائن.

وَيَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فِي الرَّجْعِيِّ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْأَمْدِ الْمَرْعِيِّ
وَلَا افْتِقَارَ فِيهِ لِلصَّدَاقِ وَالْإِذْنِ وَالْوَلِيِّ بِاتِّفَاقٍ

يعني أن من طلق زوجته طلاقاً رجعياً (سواء كان سنياً) أو بدعياً فإنه يملك رجعتها ما لم تنقض عدتها والعدة هي مراده بالأمد المرعي، فإذا راجعها فلا يفتقر لصداق ولا لإذن الزوجة ولا للولي باتفاق. وقال في المنهج السالك: فالزوج يملك رجعة زوجته في الطلاق الرجعي ما لم تنقض عدتها من غير اعتبار رضاها، وتصح الرجعة بالقول، وتصح أيضاً بالفعل الحال محل القول والدال في العدة على الارتجاع كالوطء والقبلة وما أشبه ذلك بشرط القصد إلى الارتجاع، واختلف في المذهب إذا انفردت النية في ذلك دون اللفظ فقيل: لا تصح الرجعة بذلك، وقيل: تصح وهو الصواب اهـ.

وَمَوْعِطُ الطَّلَاقِ دُونَ طَهْرٍ يُمْنَعُ مَعِ رُجُوعِهِ بِالْقَهْرِ

يعني أن من طلق زوجته طلاقاً رجعياً وهي حائض فإنه فعل ممنوعاً ويجبر على الرجعة، فإذا ارتجع أمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك. قال في المنتخب: ومن طلق امرأته وهي حائض أو نفساء أجبر على رجعتها إلا أن تكون غير مدخول بها فلا بأس بطلاقها وإن كانت حائضاً، وإذا أجبر على رجعتها أمهلها حتى تطهر من دم حيضها أو نفاسها ثم ابتداء أو حثاً أجبر على الرجعة ما بقي من العدة شيء. وقال أشهب: ما لم تطهر من الثانية فإن أبي ابتداء أو حثاً أجبر على الرجعة ما بقي من العدة شيء. وقال أشهب: ما لم تطهر من الثانية فإن أبي أجبره الحاكم بالأدب، وإن أبي ارتجع الحاكم عليه، والمستحب أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم

(ص): ويملك الرجعة في الرجعي إلى آخر الأبيات التسعة. قوله: (سواء كان سنياً) تقدم أن السني لا يكون إلا رجعياً ولكن هذا الشارح مرّ على ما قدمه.

تظهر. التوضيح: لأنه لما طلق في الموضع الذي نهي عنه لثلاث تطول العدة أمر بالمراجعة ليقوع الطلاق على سنته، فلو أبيع له أن يطلق إذا طهرت من تلك الحيضة كانت (في معنى المطلقة قبل البناء) وكانت تبني على عدتها الأولى فيتم مقصوده فأمر بالوطء ليقطع حكم الطلاق الأول، وإذا وطئها لم يمكن من طلاقها في ذلك الطهر لأنه ﷺ نهي عن أن يطلقها في طهر مسها فيه اهـ.

وَفِي الْمُمْلِكِ الْخِلَافُ وَالْقَضَا بِطَلْقِ بَائِنَةٍ فِي الْمُرْتَضَى
(قال الشارح: الطلاق المملك) هو طلاق الخلع من غير خلع، وفيه خلاف بين ابن

قوله: (في معنى المطلقة قبل البناء الخ) في تعليل المسألة أكثر من هذا وقد بيناه في الشرح.

قوله: (قال الشارح: الطلاق المملك الخ) انظر هذا عند قول المتن ولو بلا عوض نص عليه في فصل الخلع ربما تفهم معنى التملك من هناك ونصّ أبي عمران في كافيهِ، ولو قصد إلى إيقاع الخلع بغير عوض كان خلعاً عند مالك، وقال أشهب: إن معنى الخلع بذل عوض عن الطلاق فإذا لم يقع عوض خرج عن معناه لأنه طلاق بغير عوض الخ هذا لفظه. وفي المعونة ما نصّه: فصل: إذا قصد إلى إيقاع الخلع بغير عوض كان خلعاً عند مالك، وقال أشهب: يكون طلاقاً رجعياً، فوجه قول مالك بأنه طلاق قصد أن يكون خلعاً فكان على ما قصده كالذي معه العوض، ولأن عدم حصول العوض في الخلع لا يخرج الطلاق عن لزومه على قصد موقعه أصله إذا عاوض بخمر أو خنزير الخ وهذا منه بلفظه. وقال المتيطي ما نصّه: مسألة: يكره أن يطلق زوجته طلاق خلع أو صلح أو مبارأة من غير أخذ ولا إسقاطه لأنه خلاف السنة، فإن فعل فثلاثة أقوال، أحدها: أن تكون طلاق رجعية كمن قال: أنت طالق لطلق لا رجعة لي عليك. الثاني: أنها البتة كمن قال: أنت طالق واحدة بائنة فإنها ثلاث قاله ابن الماجشون. والثالث: أنها طلاق بائنة قاله مالك وابن القاسم وبه القضاء اهـ. بلفظه. قال: وتعد في ذلك طلق فلان طلاق واحدة على سنة المبارأة الخ، وأصل هذا في الوثائق المجموعة ونصّه: قال محمد بن أحمد: والمبارأة إذا انعقدت بغير شيء يأخذ الزوج من المرأة أو تضع عنه فهي طلاق تملك بها نفسها ولا يراجعها الزوج في العدة وبعدها إلا بولي وصداق إلى آخر الخلاف المتقدم، ومحمد بن أحمد هو ابن العطار. وفي التوضيح ما نصّه: وكان ابن عتاب يفتي بأن من بارأ امرأته المبارأة التي جرى بها عرف الناس ثم طلقها بعد ذلك أن الطلاق يرتد عليها ما لم تنقض العدة، وذلك استحسان على غير قياس مراعاة لمن رآها طلاق رجعية اهـ. بلفظه. وفي المواق عند كلامه على قوله هي حرام وهو أنه ينوي في الواحدة قبل الدخول ما نصّه: وانظر قد نصوا أن من طلق طلاق الخلع فهو بائن وهو طلاق زماننا فعليه صار حكم المدخول بها وغيرها سواء وبهذا كان أشياخنا وأشياخهم يفتون، وقد نصّ ابن بشير على هذا المعنى فانظره، وتقدم قول ابن رشد: إن نوى بأنت طالق المبارأة فهي بائنة اهـ. وقد تبين من هذا كله أن الطلاق المملك هو ما تملك به المرأة نفسها أو تبين به الزوجة ولا عوض من جهتها يدفع للزوج وله صورتان: أن يقول أنت طالق طلاق الخلع، أو أنت طالق وينوي به المبارأة. وقد قال في المختصر: وبانت ولو بلا عوض نص عليه أي الخلع وتبين به أيضاً أن العامي إذا قال لزوجته أنت طالق ولا نية له فإنها تكون رجعية وإن كان جلّ العوام إنما يعرف الطلاق البائن دون الرجعي وذلك أن من قال: أنت طالق ونوى به المبارأة فيه خلاف، فأحرى إن لم تكن له نية لأن النية أقوى من العرف لتقدمها عليه بدليل

القاسم وغيره، فابن القاسم يقول هو طلقة بائنة وبقوله القضاء وهو قول أصبغ، وحكى سحنون عن غيره أنها البتة، وقول ابن القاسم هو الذي عبّر عنه بالمرتضى لجريان العمل به. وفي الوثائق المجموعة: قال محمد بن أحمد: والمبارأة إذا انعقدت بغير شيء يأخذه الزوج من المرأة فهي طلقة تملك بها المرأة نفسها لا يراجعها الزوج في العدة وبعدها إلا بولي وصداق وشهود ورضاها في قول ابن القاسم وعليه العمل اهـ. كلام الشارح. وتقدم عن الشارح أن من أمثلة البدعي البائن الطلاق المملك قال: وهو طلاق الخلع من غير خلع أي من غير عوض وكأنهم أرادوا بالخلع البينونة، فالطلاق البائن من غير عوض هو المملك.

وَبَائِنٌ كُلُّ طَلَاقٍ وَقَعَا قَبْلَ الْبِنَاءِ كَيْفَمَا قَدْ وَقَعَا
يعني أن كل طلاق وقع قبل البناء فإنه بائن (قال الشارح: كيفما وقع) من كونه سنياً

قوله ثم بساط يمينه ثم عرف قولي بعد ذكر النية فافهم. ولكن انظر ما في الشرح ولا بدّ عند قول المتن ولو بلا عوض الخ. وإذا فهمت الطلقة المملكة وما نقله المواق عن المشايخ علمت الحلف بالحرام في المدخول بها يصدق الحالف فيها بأنه نوى واحدة ولا يلزمه غيرها، لأن مالكا إنما قال لا يصدق في المدخول بها أنه أراد واحدة في حلفه بالحرام منها، لأن الطلقة المملكة لم تكن هي الغالبة على الناس، والواحدة الرجعية لا تحرم بها المرأة بحيث تصير كالأجنبية وإنما تحرم بالثلاث وبطلقة بائنة كطلقة الخلع أو طلقة الحاكم ولا شيء منهما بوجود في الحالف بالحرام فحمل أمره على الثلاث، وأما بعد أن صار الناس يطلقون طلقة مملكة فإذا قال الحالف بالحرام أردت بالحرام طلقة تملك بها نفسها صدق لأنه ادعى ما يفعله الناس وهي تصير بها حراماً كالأجنبية، ولذلك جرى العمل اليوم بأن في الحرام وما في حكمه طلقة واحدة بائنة، نعم إذا قال الحالف أردت الثلاث فلا إشكال في لزومه الثلاث، وانظر كلام الناس في هذا مبسوطاً عند قول المتن: والثلاث في بنة غاية وبه تفهم قول المواق، فصار حكم المدخول بها وغيرها سواء، أي المحلوف بتحريمها بقوله هي حرام مثلاً، ومما يدل على ما نرومه قول ابن سلمون: اختلف في الذي يقول لامراته أنت طالق وينوي به الثلاث فقيل إنما يلزمه طلقة وهو قول الحسن والثوري والأوزاعي وأحمد بن حنبل وغيرهم، قيل: إذا نوى الثلاث لزمته الثلاث وهو قول الشافعي ومالك وإسحاق، وسبب الخلاف في ذلك هو أن الطلاق هل يلزمه بالنية أم لا الخ. وإذا كانت نية الثلاث لا تعتبر فكيف بمسألتنا؟ وقال اللخمي في الحالف بالحرام: إن كان سمع أن الحرام ثلاث حمل عليه وإن لم يكن علم وأخذ بقول من يقول إنها واحدة لم أتعرض له لأن لذلك وجهاً ولأنها حرام بالطلاق حتى يحدث رجعة الخ. ونقله المواق وسلمه. وقد أفتى شيخنا القدوة سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي بأن العامي إذا قال لزوجته هي طالق إنما تلزمه طلقة رجعية وهذا مطلوبنا، ولكن إذا تأملت هذا وما نكتبه عند قول الناظم وموقع الطلاق دون نية علمت هذا، وانظر ولا بدّ ولا بدّ ما كتبناه في شرح ولو بلا عوض نص عليه في فصل الخلع تر العجب العجيب من كلام المحققين والله المعين، وأبو حنيفة موافق لما قاله أحمد بن حنبل كما في المعونة.

قوله: (قال الشارح: كيفما وقع الخ) انظر عند قول المتن كطلاقه فإن الطلاق قبل البناء في

أو بدعيًا. قال ابن سلمون: والطلاق قبل البناء كله بائن وقع على إسقاط أو غيره، ومما يناسب أن يذكر هنا الطلاق الذي يوقعه الحاكم وهو كله بائن مثل هذا إلا الطلاق على المولي وفي عدم النفقة اهـ. ثم نقل فتوى بعض الشيوخ بكون طلاق مثبتة الضرر رجعيًا قال وهو غلط. قال مقيدة عفا الله عنه: وقد كنت قلت في ذلك تذييلًا لقول الناظم: «وبائن كل طلاق وقعا» بيتًا وهو:

كذا الذي يوقعه القاضي عدا طلاق مول معسر رجعي بدا
قال الناظم رحمه الله:

وَبِالثَّلَاثِ لَا تَحِلُّ إِلَّا مِنْ بَعْدِ زَوْجٍ لِّلَّذِي تَخَلَّى
وَفَوْ لِحُرِّ مُنْتَهَى الطَّلَاقِ وَحُكْمُهَا يَنْفُذُ بِالإِطْلَاقِ
هَبْ أَنَّهَا بِكَلِمَةٍ قَدْ جُمِعَتْ أَوْ طَلَّقَةٍ مِنْ بَعْدِ أُخْرَى وَقَعَتْ
وَمُوقِعٌ مَا دُونَهَا مَفْدُودٌ بَيْنَهُمَا إِنْ قُضِيَ التَّحْدِيدُ

يعني أن من طلق زوجته ثلاثاً فإنها لا تحل له إلا من بعد زوج وهو معنى البيت الأول، والذي تخلى عنها هو الذي طلقها ثلاثاً فللذي يتعلق بتحل، وإنما تحل له من بعد زوج بشروط، الأول: أن يكون الزوج الذي تزوجته بالغا والزوجة مطيقة للوطء فلا تحل بنكاح غير البالغ ولا بوطء الزوج البالغ من لا تطيق الوطء فإن وطأها كالعدم، ولا يشترط

الفاسد المختلف فيه هو طلاق بائن وإن أجمع على فساد فلا يلزم، وقد قال أيضاً: وهو طلاق إن اختلف فيه، وتقدم أن فرقة اللعان طلاق ويكون طلاقاً قبل البناء وفيه نصف الصداق، وتقدم ما تظهر فيه الثمرة هل هو طلاق أو فسخ؟ ولا فرق في المطلق قبل البناء أنه بائن طلقه الزوج اختياراً أو دفع لذلك كما في قول المختصر وإن لم يدعه طلقها أي المعترض إلى غير ذلك، ولعل كلام الناظم يشمل هذا كله مما يكثر تعداده.

(ص): وبالثلاث لا تحل إلا إلى آخر الأبيات الأربعة. وكلام هذا الشارح في شرح هذه المسألة حسن، فقد استوفى ما في المختصر وقوله فثالثها لابن القاسم الخ مما يتفطن له وجوباً في المبتوتة باعتبار القاضي أن يراعي في هذه المسألة قرائن الأحوال، فإن كان الذي تزوج هذه المبتوتة عدلاً مأموناً لا يتهم على تحريمها على زوجها بإنكاره للوطء فبقوله مقبول في إنكاره، وإن كان بخلاف ذلك فلا يقبل قوله ويرتكب القول الذي قال لا عبرة بإنكاره، وكم رأينا من هذا التحليل الذي لا يحل. وبعد أن ذكر أبو الحسن قول مالك أنه لا بد من اتفاق الزوجين على الإصاصة قال ما نصه للخصمي عن كتاب محمد إذا قال ذلك بقرب طلاقها لم تحل وإن لم يذكر ذلك حتى حلت وأرادت الرجوع لم يصدق، قال: وقول مالك أحسن لأنها محرمة بيقين، وهذه التفرقة لا بأس بها ولا تنافي ما أشرنا إليه، ألا ترى أن الزوج إذا كان مأموناً وقال ذلك بالقرب فيقوى عدم التحليل، وإن كان غير مأمون مع البعد فيقوى عدم التحليل، والمعتبر هي القرائن وهي تفيد اليقين، وكثير من الأزواج لا يعرف هذا ولكن تلقنهم شياطين الإنس نسأل الله السلامة، ورأينا من ذلك كثيراً حين ظهر القضاء بقهائنا بالمدينة البيضاء فاس الجديدة أدامها الله للإسلام، وانظر الشرح ففيه كلام في إنكارها

بلوغها بل أن تطيق الوطء فقط. الثاني: أن يطأها وطاً مباحاً فلو طلقها قبل البناء أو بعد وطء غير مباح كالوطء في الدبر أو في نهار رمضان أو في الحيض فلا تحل بذلك. الثالث: أن يتقارر الزوجان على الوطء. ابن الحاجب: فلو ادعت الوطء بعد الدخول وأنكره الزوج فثالثها لابن القاسم إن كان بعد الطلاق فالقول قولها، وقال ابن الحاجب أيضاً قبله: ويكفي إيلاج الحشفة أو مثلها من مقطوعها في القبل ولو كان خصياً على المنصوص. التوضيح: قوله ويكفي إيلاج الحشفة أي ولا يتوقف على الإنزال، وفسر مالك في الموازية العسيلة المشتركة بإيلاج الحشفة. وقوله في القبل (ظاهره أنها لا تذوق العسيلة إلا في القبل). وفهم من قوله: ويكفي إيلاج الحشفة أن ما دون ذلك لا يكفي. ابن القاسم: ولو وطئ فوق الفرج فأنزل ودخل ماؤه في فرجها وأنزلت هي فلا يحصنها ولا يحلها. وقوله: ولو كان خصياً يعني قائم الذكر مقطوع الخصيتين. (الرابع الانتشار) في الوطء أي قيام الذكر لأن العسيلة لا تحصل إلا به، هذا هو المشهور والشاذ لابن القاسم في الموازية. الخامس: علم الزوجة خاصة بالوطء وهو قول ابن القاسم. وقال أشهب: علم الزوج. وقال ابن الماجشون: ولو كانا مجنونين حلت قاله ابن الحاجب. التوضيح: ورأى اللخمي أنها لا تحل إلا بأن يكونا عالمين لقوله ﷺ: «حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك». السادس: أن يكون النكاح صحيحاً. ابن الحاجب: ولا تحل بنكاح غير صحيح كنكاح المحلل ثم قال: ولا تحل الذميمة بنكاح الذمي لفساده على المشهور. السابع: أن يكون النكاح لازماً. ابن الحاجب: ولا بنكاح غير لازم كنكاح العبد المتعدي، ونكاح ذات العيب أو المغرورة، أو ذي العيب أو المغرور، إلا إذا لزم بإجازة السيد ورضى الزوج أو الزوجة ووطئ بعد اللزوم. التوضيح: قوله المغرور أو المغرورة أي بالحرية. وقوله: إلا إذا لزم بإجازة السيد راجع إلى العبد. وقوله: ورضى

هي الوطء ونحو ذلك وإنكار الزوج. قوله: (ظاهره أنها لا تذوق العسيلة إلا في القبل) هذا لا إشكال فيه لأن الوطء في الدبر حرام، ومن شرط التحليل أن يكون الوطء حلالاً، وبيننا هذا بكلام الناس غاية في الشرح. قوله: (الرابع الانتشار الخ) أي ولو كان الانتشار إنما حصل بعد الإيلاج وهو كذلك كما في نقل أبي الحسن. تكميل: قال في المختصر: وعلم خلوة في شروط التحليل فقال اللخمي: يشترط في التحليل ثبوت النكاح بعدلين وثبوت الخلوة بامرأتين. وقال ابن رشد: جرت عادة قضاة العصر بمنع المبتوتة من رجعة مطلقها حتى يثبت دخول الثاني بها دخول اعتداد، وأنه كان يبيت عندها ويتصرف عليها تصرف الأزواج على الزوجات، وما علموا في نكاحها ريبة ولا دلسة اه. وقال: حاولوا القول عند قضاة تونس اليوم تكليفه عند العقد بإثبات أنه لا يتهم بتحليل المبتوتة فحينئذ يحل له تزوجها، ثم إن طلقها لم تبح لزوجها إلا بعد ثبوت البناء بها وهو حسن لا سيما مع فساد الزمان اه. وهذا كلام صحيح. ومن كان قاضياً مراقباً لله تعالى علم ما أشرنا إليه، وما أحسن اعتبار الأزواج هنا والتفريق بين المأمون وغيره ومراعاة القرائن، وفي مثل هذا يحتاج القاضي إلى فطنته وذكائه متوكلاً على من قضى عليه بابتلائه، وما شرطوه هنا في نكاح المبتوتة يشترط في وطئها بالملك، فمن تزوج أمة وهو حر وطلقها ثلاثاً ثم اشتراها فلا يطؤها بالملك إلا بعد تزوجها مع الشروط المذكورة، والحاصل هذا لخصناه من كلام الناس وبقي كلام كثير في الشرح يتفجع به من وقف عليه.

الزوج أو الزوجة راجع إلى صورتني العيب والغرور. وقوله: ووطيء بعد اللزوم يعني في الخمسة اهـ. ابن الحاجب: ولا تحل بعقد ولا بوطء ملك. قوله: وهي لحر أي الثلاث يعني وأما العبد فطلقتان. وقوله: وحكمها أي حكم الثلاث وحكم الثلاث هو تحريم الزوجة إلا بعد زوج، وإلا طلاق يفسره ما في البيت بعده يليه وهو أنه لا فرق بين أن يطلقها ثلاثاً في كلمة كقوله: أنت طالق ثلاثاً أو يطلقها ثم يراجعها ثم يطلقها إلى الثلاث الحكم واحد إلا أنه في ثلاث مرات مجمع عليه وفي كلمة فيه خلاف ضعيف. ابن ناجي: مذهبنا لزوم الثلاث، وقيل بلزوم طلقة واحدة، انظر تمام كلامه، وانظر الفائق في أحكام الوثائق لسيد أحمد الونشريسي فقد أطال في المسألة بنحو ورقتين وذلك قبل ترجمة نوازل الطلاق وفروعه. قوله: وموقع ما دونها البيت والمعنى أن من أوقع من الطلاق ما دون الثلاث من واحدة أو اثنتين فإن ما أوقعه معدود عليه ومحسوب عليه إن قضى الله تعالى بتحديد النكاح بينهما، فإذا طلقها ثم راجعها فتبقى عنده على طلقتين، وإذا طلقها طلقتين ثم راجعها فتبقى عنده على طلقة، ولو تزوجت غيره في خلال ذلك ثم راجعها فإنه يحسب عليه ما كان طلقها قبل تزوجها لغيره لأن نكاح الأجنبي لا يهدم إلا الثلاث، فلو زاد الناظم بعد وموقع ما دونها معدود البيت قوله مثلاً:

ولو تزوجت لغيره ولا يهدم ذا إلا الثلاث مسجلاً
ومعنى مسجلاً مطلقاً. ومعناه أن نكاح الأجنبي يهدم الثلاث كانت في كلمة واحدة أو كلمات.

فصل في الخلع

وَالْخُلْعُ سَائِعٌ وَالْإِفْتِدَاءُ فَالْإِفْتِدَاءُ بِالَّذِي تَشَاءُ
وَالْخُلْعُ بِاللَّزْمِ فِي الصَّدَاقِ أَوْ حَمْلٍ أَوْ عِدَّةٍ أَوْ إِنْفَاقٍ
وَلَيْسَ لِلأَبِ إِذَا مَاتَ الْوَلَدُ شَيْءٌ وَذَا بِهِ الْقَضَاءُ فِي الْمُدَدِ

الرصاع: لم يعرف الشيخ الخلع، ووقع لبعض الشيوخ من تلامذته أنه عرفه بقوله: عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض. ثم قال: (والصواب أن يقال في رسمه) صفة حكومية ترفع حلية متعة الزوج بسبب عوض على

فصل في الخلع

والخلع جائز والافتداء إلى آخر الأبيات الخمسة. قوله: (والصواب أن يقال في رسمه الخ) رسم خليل أو جزء من هذا وهو قوله: وهو الطلاق بعوض مع كونه صحيحاً في نفسه، فقوله الطلاق أي لا الفسخ، وقوله بعوض يشمل المال ولا إشكال ومؤن الولد ونحو ذلك كما بيناه في الشرح والعوض فيه لا يحتاج إلى حوز، ويفهم ذلك من قوله بعوض إذ الأعواض لا تحتاج إلى حيازة وهو بائن بدليل قوله: وبانت ولو بلا عوض، وهو راد بما ذكره على من خالف في بعض ما

التطبيق. وقوله: والخلع سائغ الخ يعني أن (الخلع جائز) والافتداء به كذلك جائز، ثم فسّر كلاً منهم (ففسّر الافتداء) بأنه افتداء الزوجة ببعض مالها، وفسر الخلع بأنه الافتداء باللازم في الصداق (وبمؤونة حمل) وخراج عدة وإنفاق على ولد. (وهذا الفرق مجرد اصطلاح) لأهل كتب الأحكام، ومعنى قول الموثق في وثيقة الطلاق وتحملت له بخراج عدتها يعني كراء مسكنها مدة العدة، فيلزمها ذلك إن كانت الدار بكراء أو التزمت غرم الكراء له إن كانت الدار له قاله في وثائق الفشتالي، فإذا مات الولد الذي التزمت الزوجة الإنفاق عليه فلا يجب عليها لأبيه بعد موته شيء على ما جرى به الحكم والقضاء في هذه الأزمنة، وعلى ذلك نبّه بقوله: وليس للأب إذا مات الولد البيت. قال في المقرب: قلت له فما المبارأة وما الخلع وما الفدية؟ قال: المبارأة أن تقول المرأة لزوجها قبل البناء: خذ ما أعطيتني واتركني، والخلع أن يختلع بالذي لها كله، والفدية أن تفتدي ببعض وتمسك بعضاً. قلت: أفیحل للزوج ما أعطته على ذلك؟ قال نعم إذا لم يكن عن إضرار منه لها. وقد قال مالك: ما رأيت أحداً ممن يقتدى به يكره أن تفتدي المرأة بأكثر من صداقها، وقال تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩] وهذا إذا لم يكن عن إضرار من الزوج بها ولا تضييق عليها. قال الشارح رحمه الله: اختصر الشيخ رحمه الله ذكر المبارأة وهي في المدونة مع الخلع والفدية في نسق واحد. وفي المقرب قلت له: فإن اختلعت منه على أنه لا سكنى على الزوج فقال: إن كان إنما شرط عليها كراء المنزل الذي تعتد فيه فذلك جائز مثل أن تكون في مسكن الكراء، وكذلك إن كانت تسكن في مسكن الزوج فاشترط أن عليها كذا وكذا درهماً في كراء المسكن فذلك جائز أيضاً، وإن كان إنما اشترط عليها أن تخرج من المنزل الذي تعتد فيه فهذا لا يجوز في قول مالك وتسكن بغير شرط والخلع ماض، قلت له: فإن اختلعت منه على أن نفقة الزوج ونفقة الولد عليها إلى فطامه فقال: سمعت مالكا يقول: إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن ترضع ولده وتنفق عليه إلى فطامه أن ذلك جائز، وإن ماتت كان الرضاع والنفقة في مالها، وفيه قال ابن القاسم. قلت لمالك: فإن مات الولد قبل الحولين أيكون للزوج على المرأة شيء؟ فقال: ما رأيت أحداً طلب ذلك وكأنه ذهب إلى أنها إنما أبرأته من رضاع ابنه حتى

ذكر وبيناه في الشرح. قوله: (الخلع جائز الخ) الجواز هو قول المختصر جاز الخلع وذلك هو المذهب باعتبار أصله، وقد تعرض له أحكام باعتبار ما يعرض له، وذكر ابن الحاجب بإباحته، قال في التوضيح: وقال ابن القصار هو مكروه واقتصر عليه صاحب المقدمات وجعله من طلاق البدعة يعني لأنه يبين المدخول بها. قوله: (ففسّر الافتداء الخ) تفسير المدونة في شروح المختصر فلا تحتاج لنقله لوضوحه. قوله: (وبمؤونة حمل الخ) هذه المسائل التي أشار لها هذا الشارح هي في المختصر حيث قال: وجاز شرط نفقة ولدها مدة رضاعه فلا نفقة للحمل وسقطت نفقة الزوج أو غيره وزائد شرط كموته، وإن ماتت أو انقطع لبنها أو ولدت ولدين فعليها الخ. وذكر قبل هذه مسألة السكنى بقوله عاطفاً على ما لا يجوز وخروجها من مسكنها وانظر بيانها في الشرح غاية. قوله: (وهذا الفرق مجرد اصطلاح الخ) قف على الشرح فإن المناسبة موجودة في الجملة.

تقطمه وإن ذهب قبل ذلك لم يكن للزوج عليها شيء اهـ. فقوله فالافتداء بالذي تشاء أي بما تريده من مالها دون ما لم ترده، فيفهم منه أن الافتداء ببعض مالها لا بكله، فالافتداء مبتدأ وبالذي خبره لا متعلق به. وقوله: والخلع باللازم الخ الخلع مبتدأ وباللازم خبره أي بالذي هو لازم لها عليه من صداق لم تقبضه أو حمل عطف على الصداق مدخول لازم أي باللازم في الحمل من النفقة عليه واللازم في العدة أي من كراء المسكن كما تقدم عن وثائق الفشتالي وباللازم في الإنفاق على الولد بعد وضعه. وقوله: ليس للأب أي ليس لأب الولد شيء على المرأة إذا مات الولد قبل انقضاء المدة التي التزمت نفقته فيها للأب.

وَالْخَلْعُ بِالْإِنْفَاقِ مَخْدُودِ الْأَجْلِ بَعْدَ الرِّضَاعِ بِجَوَازِهِ الْعَمَلُ
وَجَازَ قَوْلًا وَاحِدًا حَيْثُ التُّزِمَ ذَلِكَ وَإِنْ مُخَالِعَ بِهِ عُدِمَ

(يعني أن العمل) على جواز الخلع أن تنفق المرأة على الولد أجلاً محدوداً بعد حولي الرضاع يلزمها ذلك، ومذهب المدونة سقوط نفقة الزائد على الحولين. التوضيح: وقال المخزومي والمغيرة وابن الماجشون وأشهب وابن نافع وسحنون: لا تسقط وهو الصواب عند جماعة الشيوخ حتى قال ابن لبابة: الخلق كلهم على خلاف قول ابن القاسم وروايته. المتطي: قال غير واحد من الموثقين: والعمل على هذا القول ووجه ظاهر لأن غايته غرر والغرر جائز هنا، وفي المسألة قولان آخران، الأول: رواية ابن زياد عن مالك أنه يجوز في العامين وما قاربهما لا فيما كثر. والثاني: قال أصبغ أكرهه ابتداء فإن وقع أمضيته اهـ. قوله: وجاز قولاً واحداً البيت منه يفهم أن ما قبله مختلف فيه وهو كذلك، وقد تقدم قريباً أن فيه أربعة أقوال، وأشار بهذا البيت إلى قوله في التوضيح إثر ما تقدم متصلاً به، قال اللخمي وغيره: وهذا الخلاف إنما هو إذا وقع الخلع على ذلك، ولم يشترط إثبات ذلك إن مات الولد ولا سقوطه، وأما لو شرط الأب نفقة الابن مدة معلومة عاش الولد أو مات فيجوز عند ابن القاسم وغيره، فلو مات الولد أخذ الأب ذلك منها

قوله: (يعني أن العمل الخ) هذا هو قول المختصر أي في مقابله وزائد شرط وقد رأيت وما به العمل قال فيه ابن سهل في أحكامه الكبرى ما نصّه: وعلى قول سحنون ومن وافقه العمل وجرت الفتوى في جواز المبرأة على التزام الزوجة أو غيرها النفقة على الولد أعواماً تزيد على عامي الرضاع وعليه وضع الموثقون وثائقهم اهـ. وعلى هذا العمل جرى أهل فاس وقاها الله من كل بأس وهو في اللامية وشرحها، وانظر قول ابن سهل أو غيرها فهي زيادة حسنة، وفي المختصر وبعض من غيرها وفي البرزلي آخر نوازل النكاح ما نصّه: قال الرماح إن التزمت الأم نفقة البنات على أن لا ينزعن منها وإن تزوجت لم يجز ذلك وعلى أن يكون الأمر إليها في تزويجهن ويكون العاقد غيرها فيجوز، قال البرزلي: قلت في الأول نظر على القول بجواز الخلع بالغرر وأن النفقة تلزم بعد الحولين، وعلى الجواز عمل الناس اليوم في شرطها، وإن تزوجت وبذلت الأزواج مسافرة كانت أو حاضرة، وأما على أن تزويجهن بنفسها ففاسد وبغيرها فقال يجوز، وهل هو من قبيل اللزوم وليس له عزلها وهو ظاهر هذه الفتيا أو يجوز له أن يعزلها الخ. ولكن ذكر الحطاب في التزاماته أنه لا سبيل لعزلها وذلك هو الحق إن شاء الله تعالى، وقول البرزلي عمل الناس اليوم الخ دال لما نظمه في اللامية فافهم.

مشاهدة حتى يتم الأجل وكذلك الأب اهـ. وفي الوثائق المجموعة: فإن مات الابن في المدة لم يكن للزوج رجوع فيما بقي لأنها إنما تحملت عنه دفع مؤنته، ولو ماتت هي وقف من مالها قدر مؤنة الابن إلى انقضاء المدة، فإن مات الابن قبل انقضائها رجع ما بقي مما وقف إلى ورثة المرأة، وأما إن أفلست المرأة رجع ذلك الموقوف إلى الغرماء إن كان بقي شيء من ديونهم للزوج محاصة الغرماء بالنفقة، وأما لو اشترط الزوج نفقة الصبي مدة معلومة عاش أو مات وذلك للأب لازم على الأم لجاز ذلك على قول ابن القاسم وغيره، ومراد الناظم بالمخالع به الولد معنى عدم مات وفاعل جاز يعود على الخلع وذلك إشارة لنفقة الولد.

وَلِلَّأَبِ التَّرْكَ مِنَ الصَّدَاقِ أَوْ وَضْعُهُ لِلْبَكْرِ فِي الطَّلَاقِ

(يعني أنه يجوز للأب أي دون غيره) من سائر الأولياء إذا زوج بنته البكر أن يضع من صداقها ما يراه سداداً ونظراً لابنته، وله أيضاً أن يضع جميعه في الطلاق قبل

قوله: (يعني أنه يجوز للأب أي دون غيره الخ) هذا قال فيه في المختصر في فصل التفويض، وجاز عفو أبي البكر عن نصف الصداق قبل الدخول بعد الطلاق ابن القاسم وقيله لمصلحة، وهل هو وفاق؟ تأويلان. وقال في فصل الصداق: ولم يلزم تزويج أذنة غير مجبرة بدون صداق المثل الخ. وقوله أبي البكر المراد الأب المجر فتدخل المعنسة والثيب الصغيرة لقوله في الجبر ولو عانساً والثيب إن صغرت وخرج الوصي ولو مجبراً لأنهم عللوا عفو الأب بكونه له فرط الشفقة وقوله قبل الدخول الخ. هذا محل الآية الشريفة لأنه بعد البناء أخذ الزوج سلعتها التي الصداق عوض عنها وصار مالاً من مالها بلا خلاف، وقبل الطلاق هو مرتج لقبض عوض صداقه، وسكت خليل عن عفو السيد والرشيده لأن ذلك لا يتقيد بطلاق ولا بنصف، وأما المهملة فلا عفو لها، وكذلك الصغيرة التي لا أب لها ولها وصي فلا عفو لها ولا لوصيها أو ولي غيره، ويدل لما قلنا قول المختصر صدر كتاب التفويض والرضا بدونه للمرشدة وللأب ولو بعد الدخول وللوصي قبله لا المهملة، وهذا أخف من مسألة العفو لأن هذه الأمور لم تملك فيها الزوجة شيئاً أسقطه الأب مثلاً، ولا كذلك مسألة العفو، وكذا تزويج الأب بأقل من صداق مثلها فافهم. وقوله: ولم يلزم الخ كلامه يشمل السفية وهي الثيب البالغ إذا أذنت لأبيها في التزويج وزوجها بأقل من صداق مثلها فإن ذلك النكاح لا يلزمها وذلك لأنها غير مجبرة إذ لها أن لا تتزوج فلا تجبر على بخس سلعتها، ويشمل البكر باعتبار الوصي غير المجر لها وهذا مقصود المتن، وأما مجبرة الأب فيزوجها بأقل من صداق مثلها لأنها أجبرت في ذاتها فكيف بالمال إذ هو العارف بمصالحها فلا يتهم في ذلك، والوصي المجر في مجبرته كالأب في جبرها بأقل من صداق المثل، فالمدار على الجبر إذا وجد جاز أقل من صداق المثل وإذا انتفى الجبر انتفى ذلك، وأما الصغير الذكر إذا أجبر على النكاح فلا يلزمه أكثر من صداق المثل لأنه معط للمهر ومنفق ولا كذلك البنت، وأما الرشيده فالأمر إليها في الزوج والصدق، والأب بالنسبة إليها كالأخ، ولكن هذه مسائل صعاب لا تحيط بها إلا إذا نظرت المحال المذكورة في الشرح.

تنبيه: قال في التهذيب في النكاح الأول ما نصّه: ومن زوج ابنته الصغيرة بأقل من صداق المثل إن كان على وجه النظر اهـ. فانظر قوله إن كان على وجه النظر أنه إذا لم يكن كذلك لم يجز، وقد رأينا كثيراً أن بعض الآباء إذا كان محتاجاً يدفع له الزوج دراهم تسمى المأكلة في البوادي

المسيس. قال في الوثائق المجموعة: قال محمد بن أحمد قال ابن القاسم: للأب أن يضع عن زوج ابنته البكر التي في حجره وتحت ولاية نظره من معجل مهرها ومؤجله ما يراه سداداً ونظراً لابنته، وله أيضاً أن يؤخره به، وليس له أن يضع جميع المهر إلاً على الطلاق وليس ذلك للوصي ولا للولي. وفي النوادر من كتاب محمد: قال مالك: للأب أن يزوج البكر بأقل من صداق مثلها على النظر، ولا يحط من الصداق بعد العقد إلاً على الطلاق أو بعد وقوع الطلاق قبل البناء يهبه للزوج فذلك جائز عليها. وفي ابن الحاجب: وعفوه في البكر عن نصف الصداق بعد الطلاق ماض لا قبله. وعن ابن القاسم إلاً بوجه نظر. التوضيح: لقوله تعالى: ﴿فإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون﴾ [البقرة: ٢٣٧] أي النساء المالكات لأمرهن عن النصف الذي لهن، ﴿أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ [البقرة: ٢٣٧]. ومذهب مالك أن الذي بيده عقدة النكاح هو الأب في ابنته والسيد في أمته. ومذهب أبي حنيفة والشافعي أنه الزوج ينبغي له أن يكمل الصداق، وقال بكل من القولين جماعة.

وَيَنْفِذُ الطَّلَاقَ بِالتَّصْرِيحِ وَبِالْكِنَايَاتِ عَلَى الصَّحِيحِ

ويرخص عليه من أجل ذلك صداق ابنته من غير نظر لها في ذلك ولا صلاح لتتم له العتية، فليتنبه القاضي لهذا فإنه ظلم وهو كثير جداً وهو حرام ومنكر، ولأمثال هذا يجب التنبه لأن بعض الطلبة ممن قصر نظره إذا سمع أن الأب له أن يزوج ابنته المجبرة بأقل من صداق المثل أخذ بذلك مطلقاً وذلك لا يجوز. (ص):

(وينفذ الطلاق بالتصريح وبالكناية على الصحيح)

حاصل ما ذكره هذا الشارح أن الألفاظ التي تطلق بها المرأة صريح وكناية. فالصريح ما فيه الطاء واللام والقاف أو ما نطق به القرآن من الطلاق والفرق والسراح. والكناية ثلاثة أقسام: كناية ظاهرة ومحتملة وما ليس بصريح ولا كناية، والكناية الظاهرة ما هو في العرف مثل أنت حرام طلاق، والمحتملة مثل اذهب وانصرفي، ومثال الخارج عنهما اسقيني ونحوه، وحكم الصريح أنه لا يقبل من صاحبه أنه لم يرد الطلاق قامت عليه بينة أو كان مستفتياً مقرأً أنه قصد النطق باللفظ الصريح، وحكم الكناية الظاهرة كذلك أنه لا يقبل منه أنه لم يرد بها الطلاق، واختلف في اللازم بها على ما تراه إن شاء الله تعالى، والمحتملة تقبل دعواه أنه لم يرد به الطلاق وفي عدده إذا قال أردت به الطلاق فإن قصد ولا نية فالبتات، وأما اسقيني ماء مثلاً فالطلاق يلزمه به إن قصد به طلاق الزوجة على المشهور، وابن مرزوق قال: الكناية الظاهرة مثل خلية والمحتملة كاذهبي وانصرفي، وكناية لا يقتضي لفظها طلاقاً كقوله اسقيني الخ، والتقسيم الأول لابن الحاجب والخلاف بينه وبين ابن مرزوق في اسقيني، فالثاني يجعله من الكناية ولكن لم يقل هي من المحتملة وإنما جعلها قسماً برأسها لأن لفظها لا يقتضي طلاقاً أصلاً، وكذلك المحتملة كانصرفي لأنه مناسب للطلاق، إذ المرأة إذا طلقت تنصرف لأهلها أو عن زوجها، وابن شاس ذكر الكناية الظاهرة ثم قال: ويلحق بها الكناية المحتملة ثم قال: وأما ما عدا الصريح والكناية فهو ما ليس من ألفاظ الطلاق ولا محتملاته كقوله اسقيني الخ فهو موافق لابن مرزوق وهي طريقة الأكثر، ولذلك قال المصنف عن طريقة أكثر الفقهاء وهي أن الطلاق ينقسم إلى قسمين فقط

أشار بالبيت إلى أن الطلاق يلزم باللفظ الصريح وبالكناية، واللفظ أحد أركان الطلاق، والطلاق له أركان أربعة: الأول وهو الزوج والمحل وهو الزوجة والقصد واللفظ، فالأهل مسلم مكلف فلا ينفذ طلاق الكافر ولا الصبي ولا المجنون بخلاف السكران فيمضي طلاقه، والمحل شرطه أن يملكه الزوج قبل الطلاق، والمكف إماماً تحقيقاً أو تعليقاً، فلو قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق فنكحها فدخلت الدار فلا شيء عليه إلا أن ينوي إن نكحتك، فلو قال: إن نكحتك فأنت طالق فالمشهور اعتباره وتطلق عليه عقب العقد عليها ويلزمه نصف الصداق وإن دخل بها فالصداق كاملاً، والقصد هو القصد للطلاق، فلا أثر لسبق اللسان إذا جاء مستفتياً، ولا أثر للفظ يجهل معناه، كما إذا قيل لأعجمي: قل زوجتي طالق فقله فلا يلزمه لعدم القصد، ولا أثر لطلاق الإكراه كنيكاحه وعتقه وغيره لعدم القصد واللفظ صريح وكناية وغيرهما، فالصريح ما فيه صيغة طلاق مثل أنت طالق أو أنا طالق فلا يقبل قوله لم أرد به الطلاق إذا قامت عليه البينة، وكذلك لا يقبل منه في الفتوى إذا قرّر على نفسه أنه أتى بهذا اللفظ (قاصداً إلى النطق به)

صريح وكناية، لأن المصنف رأى أن اسقيني ماء لا ينبغي عدّه من الكنایات لأن الكناية استعمال اللفظ في لازم المسمى لكن هذا اصطلاح ولا مناقشة فيه الخ. وبعضهم هنا يعبر عن المحتملة بالخفية وهو مناسب لأنه مقابل للظاهرة والأمر في هذا قريب. وقول هذا الشارح: (قاصداً إلى النطق به) ظاهر ذلك كاف في الطلاق ولو لم ينو به الطلاق وكذلك ذكر غيره، ولكن في ذلك كلام طويل قف عليه إن شئت، فإن وقتت تر الحق في المسألة إن شاء الله تعالى، وقد قال في المختصر في هذا ما نصّه: ولفظه طلقت ثم قال والثلاث في بته وحبلك على غاربك أو واحدة بائنة أو نواها بخليت سبيلك أو ادخلي والثلاث إلا أن ينوي أقل إن لم يدخل بها في كالميتة الخ. وتحصيل المسألة أن الكنایات الظاهرة كلها ينوي فيها أنه أراد الواحدة قبل البناء بلا استثناء لشيء منها وحيث ينوي، فمع يمينه ما عدا البتة فإنه لا ينوي في الواحدة قبل البناء على خلاف قوي غاية، ولولا حرمة المدونة لأجريناها كغيرها إذ ذلك هو القول القوي وشهره غير واحد واقتصر عليه كثير ويظهر رجحانه على ما في المدونة، وعلل اللخمي ذلك بأن الواحدة البائنة يحصل بها البت، وقد جلبنا كلام الناس فيها في الحاشية والشرح، وكلام المختصر في هذا معترض باعتبار أنه لم ينو على مقابل ما في المدونة مع قوته غاية، وقول المصنف: والثلاث في بته وحبلك على غاربك أو واحدة بائنة الخ ظاهر في أنه لا ينوي قبل البناء في واحدة بدليل قوله أن يعيده والثلاث إلا أن ينوي أقل الخ. أما البتة وحبلك على غاربك فتبّع في ذلك المدونة فلا اعتراض عليه في اتباعها من حيث الاتباع لها، وفي حبلك على غاربك رجحان التصديق في إرادة الواحدة قبل البناء، وأما واحدة بائنة فلا اعتراض عليه أصلاً، لأن واحدة بائنة في غير المدخول بها ظاهر أنه إنما يلزم فيها واحدة بائنة إذ كل مطلقة قبل البناء فطلاقها واحدة بائنة، وكذا قوله أو نواها به الخ وكأنه يقول: لا فرق بين أن يقول أنت طالق واحدة بائنة أو يكني عنها، ولذلك قال في المدونة: وإن قال لها بعد الدخول أنت طالق واحدة بائنة الخ فذكره للدخول هو كالقيد ولم يذكر ذلك في البتة ولا في حبلها على غاربها، وقوله أو نواها بخليت الخ وسياقي قول المتن في هذا وثلاث إلا أن ينوي أقل مطلقاً أي حيث لم ينو بها الواحدة، وأما إن نوى بها هذه فهي المسألة هنا، وإنما ذكر هنا ادخلي ليكون غيره أخرى فافهم والظاهر أنه إذا نوى بقوله أنت طالق الواحدة البائنة لزمت، ويدل له قول ابن عرفة، وإن قال أنت طالق فهو ما نوى فإن

وقال: لم أرد به الطلاق إذا قامت عليه البينة ويلزمه. والكناية قسمان: ظاهر ومحمتمل، فالظاهر ما هو في العرف طلاق مثل سرحتك وفارقتك وأنت حرام وبنة وبتلة وخلية وبرية وبائن وحبلك على غاربك ونحو هذا، وهو كالصريح في أنه لا يقبل منه أنه لم يرد به الطلاق، واختلف في اللازم في ذلك على ستة أقوال حكاه ابن الحاجب. قال في التوضيح: وهي راجعة إلى ثلاثة أقوال: الأول: أنها ثلاث واختلف على هذا القول هل هي الثلاث في المدخول بها وغيرها ولا ينوي أو الثلاث وينوي فيها أو ينوي في غير المدخول بها فقط. والقول الثاني: أنها طلقة واختلف عليه فقيل بآئنة وقيل رجعية. والقول الثالث: أنها ثلاث في المدخول بها وواحدة في غير المدخول بها اهـ. والكناية المحتملة مثل اذهبي وانصرفي واعزبي وأنت حرة ومعققة والحقي بأهلك ولست لي بامرأة أو لا نكاح بيني وبينك فتقبل دعواه في أنه لم يرد به الطلاق، وفي عدده إذا قال أردت الطلاق وقصدت واحدة أو أكثر قبل ذلك منه. قال أصبغ: وإن نوى به الطلاق ولم ينو عدداً فهو البتة مدخولاً بها أم لا، قاله في التوضيح. والقسم الثالث: وهو ما ليس بصريح ولا كناية فذلك مثل اسقيني الماء فإن قصد به الطلاق وقع على المشهور وفيها كل كلام ينوي به الطلاق فهو طلاق اهـ. وجميع ذلك من ابن الحاجب وجله باللفظ، وقد بحث في التوضيح في بعض الألفاظ الممثل بها فليراجعه من أراده ونقل الشارح عن الكافي أن صريح الطلاق ما نطق به القرآن العظيم من الطلاق والسراح والفراق. قال تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق: ١] وقال: ﴿فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف﴾ [البقرة: ٢٣١] وقال في الآية الأخرى: ﴿أو فارقوهن بمعروف﴾ [الطلاق: ٢] ثم قال: قال ابن مرزوق في منهجه السالك وله يعني الطلاق لفظان صريح وكناية، فالصريح ما جاء فيه لفظ الطلاق كقوله: أنت طالق وشبه ذلك، والكناية على ثلاثة أضرب: كناية ظاهرة كخلية وبرية وحرام وحبلك على غاربك وهي ثلاثة في المدخول بها وينوي في أقل في غير المدخول بها. وكناية محتملة كقوله: اذهبي وانصرفي وشبه ذلك. وكناية لا يقتضي لفظها طلاقاً كقوله: اسقيني ماء أو ألبسني ثيابك فلا شيء عليه إلا أن ينوي الطلاق اهـ. فجعل الكناية ثلاث أقسام، وإن قصد الطلاق باسقيني الماء ونحوه من الكناية وتقدم أن ابن الحاجب جعله قسماً ثالثاً ليس من الصريح ولا من الكناية. قال الشارح: قول الناظم وبالكنائيات بلفظ الجمع يريد أضرابها الثلاثة التي فصلها ابن زرقون إليها إذا أريد بها

لم ينو شيئاً فواحدة، فقوله فهو ما نوى يشمل الواحدة البائنة. وفي التهذيب: من نوى بأنك طالق الثلاث لزمته الخ والواحدة البائنة ثلاث وإن كان ينوي فيها قبل البناء أنه أراد واحدة، ويدل لذلك قول ابن رشد: إن نوى بأنك طالق المبارأة فهي بائنة، ونقله المواق وسلمه وتقدم ما يدل على ذلك غاية في كلامنا قريباً في الطلاق المملك، وصرح بذلك الأجهوري وإن لم يسق ما جلبناه، وابن فجلة قال: إنما تلزمه واحدة في هذا يعني رجعية وذلك لا يظهر أصلاً، وكيف تكون بائنة في قوله ادخلي عند نيته بها الواحدة؟ فكيف بقوله أنت طالق نواياً إياها، اللهم إلا أن يجيب ابن فجلة بأن أنت طالق موضوعة شرعاً للمطلقة الرجعية فافهم.

الطلاق اهـ. وهو ظاهر إلا أنه يبقى النظر في مقابل الصحيح ما هو فإله أعلم. قال الرضاع في شرح النكاح الذي تحل به المطلقة ثلاثاً للذي طلقها، والفرق بين التعريض والكناية أن الكناية إنما يذكر الشيء بذكر لازمه كقولنا: فلان طويل النجاد، والتعريض أن يذكر كلاماً يحتمل مقصوده وغير مقصوده والقرائن تفيد المقصود قال رحمه الله:

وَيَنْفُذُ الْوَأَقِعُ مِنْ سَكْرَانٍ مُخْتَلِطٍ كَالْعَيْثِقِ وَالْأَيْمَانِ
وَمِنْ مَرِيضٍ وَمَتَى مِنَ الْمَرَضِ مَا تَ فَلِزَّوْجَةِ الْأَرْتِ مُفْتَرَضِ
مَا لَمْ يَكُنْ بِخُلْعٍ أَوْ تَخْيِيرِ أَوْ مَرَضٍ لَيْسَ مِنَ الْمَخْدُورِ

تقدم أن من أركان الطلاق الزوج وأنه يشترط فيه العقل، فإن فقد العقل بسكر وكان مختلطاً غير طافح فإن طلاقه ينفذ وكذا عتقه، وأيمانه التي حلف بها جميع ذلك يلزمه، وعلى ذلك نبه بالبيت الأول. التوضيح: قال في الجواهر: أما السكران بخمر أو نبيذ فالمشهور نفوذ طلاقه قاله المازري، وقد رويت عندنا رواية شاذة أنه لا يلزم، وقال محمد بن عبد الحكم: لا يلزمه طلاق ولا عتاق، وتأول الشيخ أبو الوليد يعني ابن رشد الخلاف على المختلط الذي معه بقية من عقله إلا أنه لا يملك الاختلاط من نفسه فيخطيء ويصيب قال: (وأما السكران الذي لا يعرف الأرض من السماء) ولا الرجل من المرأة فلا اختلاف أنه كالمجنون في جميع أفعاله وأحواله فيما بينه وبين الناس وفيما بينه وبين الله تعالى إلا فيما ذهب وقته من الصلوات فقبل إنها لا تسقط بخلاف المجنون من أجل أنه بإدخاله السكر على نفسه كالتعمد لتركها حتى خرج وقتها اهـ. ابن عبد السلام: ويظهر من كلام غير واحد من الشيوخ أن الصلاة يقضيها السكران سواء كان مطبقاً أم لا وأنه لا يختلف في ذلك، وتحصيل القول في السكران أن المشهور تلزمه الجنائيات والعتق والطلاق والحدود، ولا تلزمه الإقرارات والعقود. قال في البيان: وهو قول مالك وعمامة أصحابه وأظهر الأقوال اهـ. كلام التوضيح. وعلى هذا التحصيل أنشدنا شيخنا العالم المتفنن أبو محمد سيدي عبد الواحد بن عاشر رحمه الله لنفسه:

(ص): وينفذ الواقع من سكران. إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (وأما السكران الذي لا يعرف الأرض من السماء الخ) هذه طريقة ولم يبين هذا الشارح مقابله من الطرق هنا، مع أن المسألة فيها طرق وخلاف شهير، وقد ذكرنا خلافاً كثيراً في المسألة في الشرح، ولكن يأتي في آخر تقريره لهذه الأبيات ما أشرنا إليه، وكأنه وقع له تأخير وتقديم في نسخنا، ولكن ما قاله ابن رشد قوي أي كونه كالمجنون عند عدم تمييزه بين ما ذكر من الأمور المتقدمة لأنه وافق الباجي في هذا، وهو الذي يدل عليه كلام مالك وهو قول اللخمي في نقل المتيطي، وما ذكره في التوضيح عن اللخمي فانظره، ويكفي في قوته قول عبد الحميد هو الصحيح وهو قول من حقق النظر من أشياخنا الخ، وهو الذي يدل عليه كلام صاحب الطرر وأبي عمران، بل كلام ابن يونس ربما يدل عليه أيضاً، وهؤلاء فحول المذهب وكلامهم بنفسه كتبناه في الشرح، ومن شرب ما يسكر غير معتمد فالطافح لا يلزمه شيء وغيره الراجح فيه عدم اللزوم، وأما النشوان بالخمير الذي يميز وعلم بالخمير حين شربه فالخلاف فيه، والراجح فيه مضمون بيت ابن عاشر:

لا يلزم السكران إقرار عقود بل ما جنى عتق طلاق وحدود قوله: ومن مريض يعني أن الطلاق يصح من المريض. ابن الحاجب: وطلاق المريض وإقراره به كالصحيح في أحكامه وتنصف صداقه وعدة المطلقة وسقوطها في غير المدخول بها، إلا أنه لا ينقطع ميراثها هي خاصة إن كان مخوفاً قضى به عثمان لامرأة عبد الرحمن. قوله: ومتى من المرض البيت يعني أن من طلق زوجته وهو مريض يعني مرضاً مخوفاً فإنه متى مات من مرضه ذلك فإن الزوجة ترثه وإن انقضت عدتها وتزوجت غيره ولا ينقطع ميراثها منه إلا إذا صح صحة بينة. التوضيح: قول ابن الحاجب إلا أنه لا ينقطع ميراثها هي خاصة بيان لما يخالف فيه طلاق المريض طلاق الصحيح، يعني أن المريض إذا طلق زوجته أو أقر بطلاقها لا ينقطع بذلك ميراثها منه بل ترثه إن مات من مرضه ذلك، لأنه لما اتهم على حرمانها من الميراث عومل بتقيض قصده، (وإن ماتت هي قبله لا يرثها) وأخذ عدم إرثه منها من قول المصنف خاصة وترثه سواء كان طلاقاً بائناً أو رجعيّاً ثلاثاً أو واحدة انقضت عدتها أم لا. وقوله: إن كان مخوفاً، ابن عبد السلام: لا خلاف في اشتراط ذلك عند من أثبت لها الميراث، واستدل على وجوب إرثها بما في الموطأ أن عبد الرحمن طلق زوجته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها. وفي المقرب: قلت له: رأيت إن طلق المريض امرأته قبل البناء بها ثم مات من مرضه ذلك قال: قال مالك: لها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها، فإن كانت مدخولاً بها كان الميراث واعتدت عدة الطلاق، وإن كان طلاقاً يملك فيه رجعتها فمات وهي في عدتها انتقلت إلى عدة الوفاة، وإن انقضت عدتها من الطلاق قبل أن يهلك ثم هلك فلا عدة عليها ولها الميراث، قلت: وهل ترث المرأة أزواجاً كلهم يطلقونها في مرضهم ثم ماتوا قبل أن يصحوا وهي تحت زوج؟ قال نعم. قال الشارح رحمه الله: أقول لم يفصل الشيخ رحمه الله كون الطلاق قبل البناء أو بعده لأنه لم يقصد هنا إلا أن يعلم أن طلاق المريض نافذ وأن الميراث لازم سواء طلق قبل البناء أو بعده رجعيّاً أو بائناً، وقد ذكر كل مسألة في محلها فاعتمد على مراجعته هنالك اهـ. وقد اشتمل كلام صاحب المقرب على فوائد كلها جارية على القواعد. قوله: ما لم يكن بخلع أو تخيير البيت يعني أن المطلقة في المرض ترث زوجها إذا مات من مرضه ذلك إلا أن يكون لها تسبب في الطلاق كما لو بذلت له مالاً حتى طلقها، وكما لو خيرها أو ملكها فاخترت الفراق أو كان المرض غير مخوف فلا ترثه، وما ذكره من عدم إرثها منه إن كان

لا يلزم السكران إقرار عقود بل ما جنى عتق طلاق وحدود
وقف على السر في الشرح وأمور نافعة بحول الله وقوته وفضله ومنته.

قوله: (وإن ماتت هي قبله لا يرثها) هذا قال فيه في المختصر ونفذ خلع المريض وورثته دونه كملكة ومخيرة فيه الخ. وقوله: وورثته ظاهره طلقها ثلاثاً أو واحدة بائنة أو رجعية انقضت عدتها أو لا، كانت مدخولاً بها أم لا، وهو كذلك في الجميع، وإن كانت المطلقة قبل البناء لها نصف الصداق

المرض غير مخوف ظاهر كما تقدم في كلام التوضيح عن ابن عبد السلام، وأما عدم إرثها منه في مسألتي الخلع والتخيير (فهو خلاف المعروف) عند ابن الحاجب، والمعروف وهو مذهب المدونة أنها ترثه. قال في المدونة: وإن ملكها في مرضه أو خيّرهما فاختارت نفسها أو طلقها طلاقاً بائناً في مرضه فإنه لا يرثها إن ماتت وترثه هي إن مات من ذلك المرض اهـ. لأن الطلاق جاء من قبله. ابن عرفة: خلع المريض تام وترثه إن مات، قال أبو عمران: وترث من المال الذي أعطته اهـ. وأجاب الشارح بأن الناظم اعتمد في استثناء طلاق الخلع تخريج ابن عرفة، وفي استثناء التخيير رواية زياد في المملكة في المرض أنها لا ترثه، واستظهر تخريج ابن عرفة في الخلع قال: لأن الطلاق من قبلها فكأنها اختارت

ولا عدة عليها، ولكن كلامنا في إرثها منه مطلقاً وذلك صحيح. قوله: (فهو خلاف المعروف الخ) هذا المعروف هو لابن الحاجب، وابن شاس قال ما نصّه: فإن كان أصله أي الطلاق من الزوج وكماله منها أو من غيرها كالمخيرة والمملكة والحالف في صحته على زوجته أو على غيرها فيحتمل من حلف عليه وهو مريض أو المتلاعن أو ما أشبه ذلك ففي توريثها منه قولان اهـ. بلفظه. وعلل في التوضيح القول بعدم الإرث بقوله ما نصّه لضعف التهمة فيها لأن الفراق وإن كان ابتداءه منه لم يستقل به وإنما تمته هي أو غيرها وهذا مقابل المعروف اهـ. بلفظه. وصرّح الباجي في مسألة التحنيث بمشهورية الإرث فيها قائلاً: فالمشهور من المذهب أنها ترثه، وعلى هذا المعروف والمشهور من في المختصر كما رأيت. وقال في المختصر عاطفاً على من لا متعة لها ما نصّه: ومخيرة ومملكة ذكر هذا في آخر فصل الرجعة، وذكر هناك أن الملاعنة لا متعة لها وهو قوله لا في فسح كلعان، وقد قال ابن عطية: وأما الحرّة تخيّر أو تملك أو يتزوج عليها أمة فتختار هي نفسها في ذلك كله فلها المتعة لأن الزوج سبب الفراق وعليها هي غضاضة في أن لا تختار نفسها الخ. وحاصل ما في التوضيح أن المسألة فيها روايتان بالمتعة وعدمها. وصرّح ابن بشير وابن شاس بمشهورية عدم المتعة، ابن الحاجب عنده نسختان واحدة موافقة لما ذكره ابن بشير وابن شاس وواحدة ذكرت أن المشهور هو المتعة، وقال في التوضيح للنسخة الأولى قال كاتبه عفا الله عنه وتقبل بفضلته منه كلام الناس ربما يدل لرجحان المتعة وإن مرّ على عدمها في المختصر، ويدل لهذا ما ذكره من ثبوت الإرث لها في طلاق المريض هنا، اللهم إلا أن يقال باب الخلع أضيّق بدليل أن الملاعنة ترث ولا متعة لها على المشهور، ولكن من وقف على كلام الناس في الكلام على المتعة في الشرح وجد أن العلة في عدم المتعة هي العلة في عدم الإرث وهي كونها لها دخل في الطلاق، وعلة الإرث هي علة المتعة لأن عليها غضاضة في ترك اختيار نفسها وقد ملكها طلاقها، ومما يقوي أن المخيرة والمملكة لهما المتعة قول القرافي عند الكلام على إسلام الزوجة ما نصّه: انظر لو خيّر الرجل امرأته قبل البناء فاختارت نفسها لم يسقط لها نصف الصداق لأن الطلاق من جهة الزوج لا من جهتها قاله ابن الجلاب اهـ. بلفظه. فهذه ثلاث مسائل متحدة في الحكم أو متقاربة، ولعل صاحب التحفة مرّ في الإرث على ما شهره ابن بشير وابن شاس في عدم المتعة إذ الباب واحد وإن لم يقع تشهير في خصوص الإرث، وضعف هذا الكلام ابن الناظم الذي أشار له هذا الشارح لكنه لم يكمله. وقوله هذا الشارح فقد نصّوا على أن القول المخرج الخ ليس الأمر فيه كذلك، والدليل على ذلك قول ابن الناظم هنا نفسه، ولو كان الأمر كما ذكر هذا الشارح لم يخف لأن قوله فقد نصّوا ظاهر في كونه أمراً غير مختلف فيه وما هو كذلك لا يخفى على الفحول غالباً، وقد قال بعدم المتعة في الملاعنة، مع أن الملاعنة علل ابن يونس فيها عدم المتعة لأن متعتها فسح لا طلاق.

أن لا تترث اهـ. باختصار. وهذا الجواب ضعيف فقد نصوا على أن القول المخرج لا يعمل به في قضاء ولا فتوى وإنما يذكر تفقهاً وتفناً فقط، وأضعف منه مخالفة المدونة والعمل على رواية زياد في مسألة التخيير والله أعلم. قوله: وينفذ الواقع أي الطلاق الواقع. وقوله: مختلط هو الذي معه بقية من عقله هذا محل الخلاف على طريقة ابن رشد والمشهور لزوم طلاقه، ومفهوم مختلط أن غير المختلط وهو الذي لا يعرف الأرض من السماء لا يلزمه شيء اتفاقاً وهو كذلك على هذه الطريقة، وطريقة ابن بشير عكس هذه إن كان في حال تمييزه لزمه الطلاق باتفاق، وإن كان مغموراً فالمشهور عدم اللزوم، ونقل بعضهم ذلك عن ابن شعبان وعياض. التوضيح: وظاهر كلام اللخمي أن الخلاف في السكران مطلقاً سواء كان معه ميز أم لا، وكذلك حكى ابن راشد عن المازري أنه قال: المشهور لزوم طلاقه والشاذ عدم لزوم طلاقه ولم يفصل اهـ. وهذه طريقة ثالثة. التوضيح: فيتحصل في المسألة ثلاثة طرق. وقوله: فللزوجة الإرث المفترض أي المفترض لها شرعاً من ربع أو ثمن. وقوله: ما لم يكن أي الطلاق بخلع الخ أي فلا ترثه حينئذ، وتقدم أن هذا غير معروف، والمعروف وهو مذهب المدونة أنها ترثه والله أعلم.

تنبیه: تقدم إن كان من أركان الطلاق القصد فلذلك لا يلزم المجنون والمبرسم الذي لا يعقل والمريض المغلوب على عقله، ونقل القاضي عياض في مداركه عن بعض الأئمة أنه سئل عن طلاق الذاهل بقول السائل:

أيا قاضياً فاق الأنام بعلمه
فديتك هل يجري الطلاق لذاهل
وأرأى عليهم بالنهى والفضائل
فرد فأنت اليوم قطب المسائل
فأجاب:

إذا كان ذا عقل فطلق زوجه
وإن كان معتوهاً ولا عقل عنده
فقد لزم التطليق يا خير سائل
يقيناً فلا يمضي طلاق لذاهل
اهـ. من شرح القلشاني على الرسالة، وتقدم أنه إنما لزم طلاق السكران وإن اختلف فيه القصد لأنه كالمتمعد لإدخاله ذلك على نفسه اختياراً.

وَالْخُلْفُ فِي مُطْلَقٍ هَزْلاً وَضَحٍ ثَالِثُهَا إِلَّا إِنْ هَزَلُ اتَّضَحَ

يعني أنه اختلف فيمن طلق على وجه الهزل واللعب على ثلاثة أقوال: قيل يلزمه وهو المشهور، وقيل لا يلزمه. ثالثها: إن اتضح الهزل وبان لم يلزم وإن لم يتضح ولم بين فيلزم. ابن الحاجب: وفي الهزل في النكاح والطلاق والعقاق ثالثها إن قام عليه دليل لم يلزم. التوضيح: (ويلحق بالثلاث) الرجعة والمشهور اللزوم لما في الترمذي من حديث

(ص):

(وَالْخُلْفُ فِي مُطْلَقٍ هَزْلاً وَضَحٍ ثَالِثُهَا إِلَّا إِنْ هَزَلُ اتَّضَحَ)

قوله: (ويلحق بالثلاث الخ) الذي هزله كالجد أربعة: النكاح والطلاق والرجعة والعق، وإن

أبي هريرة قال رسول الله ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة» قال: وهو حسن غريب، والقول بعدم اللزوم في السليمانية لكن إنما ذكره في النكاح، والقول الثالث في كلام المصنف نقله ابن شاس عن اللخمي. ابن عبد السلام: والذي حكاه غير واحد إنما هما قولان، وما ذكره من القول الثالث وهو شرط قيام الدليل على عدم اللزوم يعدونه من تمام القول الثاني لأن الهزل لا يثبت بمجرد الدعوى اهـ. (وكلام ابن عبد السلام ظاهر) بل متعين لا يعدل عنه والله أعلم.

وَمَالِكَ لَيْسَ لَهُ بِمُلْزِمٍ لِمُكْرِهِ فِي الْفِعْلِ أَوْ فِي الْقَسَمِ

يعني أن من طلق مكرهاً عليه غير طائع بل لخوفه على نفسه أو ولده أو ماله أو حلف بالطلاق كذلك مكرهاً ثم حنث فإن الإمام مالكاً رضي الله عنه لا يلزمه طلاقاً في الوجيهين، فضمير له للطلاق، وله يتعلق بملزم، ولا يختص هذا الحكم بالطلاق واليمين، بل وكذلك من أكره على بيع أو شراء أو نكاح أو عتق أو إقرار أو غير ذلك كل ذلك لا يلزمه هذا كله في الإكراه على الأقوال، وأما الإكراه على الأفعال فقال الشيخ ابن غازي: والأفعال التي ذكروا في الباب ضربان: أحدهما: الفعل الذي يقع به الحنث كمن حلف لا أفعل كذا فأكرهه على فعله أو حلف ليفعلن كذا وقت كذا فحيل بينه وبين ذلك حتى ذهب الوقت كانت يمينه على بر أو حنث وفيه طرق الأولى طريقة اللخمي قال: إذا حلف بالطلاق أن لا يفعل شيئاً فأكرهه على فعله مثل أن يحلف أن لا يدخل دار فلان فحمل حتى أدخلها أو أكرهه حتى دخل بنفسه أو حلف ليدخلها في وقت كذا فحيل بينه وبين ذلك

شئت قلت في الثلاثة الأول النكاح وحله ورده. قوله: (وكلام ابن عبد السلام ظاهر الخ) عبارة ابن شاس هي قوله السبب الثالث الهزل، ولا يؤثر ذلك في منع وقوع الطلاق والعتاق بل يمضي عليه وينفذ وكذلك النكاح، قال أبو بكر بن محمد يلزم، ونكاح الهازل لازم، وروي في السليمانية نكاح الهزل لا يجوز، واختار أبو الحسن اللخمي إن قام دليل على الهزل لم يلزم عتق ولا طلاق ولا نكاح ولا شيء عليه من الصداق وإن لم يقم ذلك لزمه نصف الصداق اهـ. بلفظه. وقوله السبب الثالث أي من الأسباب الخمسة التي توهم اختلال الطلاق، واختصره ابن الحاجب بقوله: وفي الهزل في النكاح والطلاق والعتق. ثالثها: إن قام عليه دليل لم يلزمه هذ لفظه، وقرره في التوضيح بما رأيت في هذا الشارح ونقل كلام ابن عبد السلام، وقال ابن عرفة: وهزل إيقاع الطلاق لازم اتفاقاً وهزل طلاق لفظه عليه المعروف لزومه الخ. ونقل بعض كلام ابن شاس ولم يعترض شيئاً منه. ونقل كلام اللخمي وسلمه ثم نقل كلاماً ثم قال بعده ما نصه: فيقوم. نقل ابن الحاجب القول الثالث بلغوه هزل الطلاق لا بقيد قيام دليله، ولم يحك ابن رشد في طلاق الهزل خلافاً، ثم قال: ولم يحكم ابن العربي في لزوم طلاق الهزل وعتقه خلافاً الخ. والحاصل المذهب لزوم الطلاق مطلقاً ولذلك قال في المختصر: ولزم ولو هزل ولم يفصل التفصيل المتقدم وهذا هو المشهور كما صرح به ابن الناظم وغيره، وما قاله ابن عبد السلام ينظر فيه، فإن ما قام عليه الدليل ربما يكون فيه زيادة على ثبوته بعدلين على إقرار المطلق مثلاً.

(ص):

(ومالك ليس له بملزم لمكروه في الفعل أو في القسم)

حتى ذهب الوقت فهو في جميع ذلك غير حائث، وطريقة ابن رشد قال في حنثه ثالثها يحنث في يمين الحنث لا البر وهو المشهور، وعليه اقتصر الشيخ خليل في باب الأيمان حيث قال: ووجبت به إن لم يكره ببر وهذا في الحالف على فعل نفسه لا غير. الضرب الثاني: الأفعال الممنوعة شرعاً، وذلك مثل شرب الخمر وأكل لحم الخنزير والسجود لغير الله تعالى والزنا بالمرأة المختارة لذلك، والمكرهه على أن يزني بها ولا زوج لها، وما أشبه ذلك مما يتعلق به حق المخلوق (قال ابن رشد: وأما الإكراه على الأفعال) فاختلف فيه في المذهب على قولين، أحدهما: أن الإكراه في ذلك إكراهاً وهو قول سحنون.

قوله: (قال ابن رشد: وأما الإكراه على الأفعال الخ) قال في المختصر عاطفاً على ما قبله مما يفيد فيه الإكراه: وكذا العتق والنكاح والإقرار واليمين ونحوه. وأما الكفر وسبّه ﷺ وقذف المسلم فإنما تجوز للقتل، كالمرأة لا تجد ما يسد رمقها إلا ممن يزني بها وصبره أجمل لا قتل المسلم وقطعه وأن يزني الخ. وتلخيص هذا أن المصنف ذكر ثلاثة أنواع ما يكون فيه الإكراه بكل مؤلم وهو الطلاق وهو مضمون قول المتن: وكذا العتق الخ، وما يكون فيه بالقتل وهو الكفر والسب المذكور وقذف المسلم وهو قوله: وأما الكفر الخ، وما لا إكراه فيه مطلقاً وهو قوله: لا قتل المسلم الخ. ولكن المراد بالزنا ما تعلق به حق الغير كزوجة الغير أو أمته، أو أكرهت المرأة نفسها لا إن أكرهت هي من يزني بها، فيكون هذا المكره بالفتح يؤخذ من قول المتن كالمرأة الخ، ولكن الإنعاط والانتشار يدل على الاختيار فلا يتحقق فيه إكراه كما يأتي في باب الزنا، ولم يذكر في المتن مسألة الخمر والخنزير فدخل في قول المتن بخوف مؤلم، وكذا الإفطار في رمضان وغير ذلك مما يتصور، هذا تحقيق المحل، وبه تعلم ما عند الناس من ارتاب فليتنظر الشرح فإن فيه كلام الناس مبسوطاً غاية والحمد لله، وبه تعلم ما ذكره هذا الشارح في تقريره، وقول المختصر بخوف مؤلم ظاهره وإن لم يخف ولم يهدد مع أن ابن الحاجب وابن شاس وابن عرفة وغيرهم كلامهم يدل على خلاف ذلك، ولكن المصنف لا يخالف كلام ابن شاس وابن الحاجب غالباً إلا لعدم ارتضائه ذلك، وبيننا وجه ما مرّ عليه في المختصر من كلام الناس، ولكنها يجب أن يتفطن له أن قرائن الأحوال تقوم مقام التهديد والتخويف، والناس يتفاوتون في الجلد وضده بالقوة والضعف، وكذلك المخوف منه يختلف باعتبار ما عرف منه من البطش والفتك بالناس وعجلته وضدها وعدم مبالاته بالناس، فما ظهر للخائف المكره يعمل عليه في نفسه ويعمل عليه المقتي بما ظهر له من القرائن، وفي بعض المواطن يكون الأمر لا يحتاج فيه إلى تهديد أصلاً، ألا ترى أن عامل البلد وهو معروف بأخذ المغارم ومعاينة الناس بلا ثبوت بينة فإنك تجد أهل البلد منهم المختفي والسارب والمقيم على خوف والهارب فإذا قدم وجلب إليه مسكين وجلس بين يديه يدهش غاية ويعجز عن تليفق الكلام، وربما يرتعد جبراً إذ صار كالعصفور بيد صائده، والحرس دائرون به من كل جانب، وقد رأى كثيراً من أمثاله عذب عذاباً شديداً، وربما قتل أو حيف أو طيف به أو سجن طويلاً في الحديد مع توالي أنواع العذاب عليه، فإذا قال له هذا الصائد قد فعلت كيت وكيت أو كيف تفعل كيت وكيت والحالة ما ذكر فكيف يحنث هذا المقهور إذا بادر باليمين بطلاق ونحوه أنه لم يفعل دفعاً لهذا البلاء العظيم، هذا لا نقوله ولا نوافق عليه، ومن ارتاب فالعرب بالباب فليقف أو يسأل، نسأل الله الرؤوف بالعباد الكريم الجواد أن يقينا وضعفاء المسلمين من هذا البلاء المبين بحرمة سيد المرسلين ورحمة العالمين عليه من صلواته سبحانه ما هو أهل له، فافهم هذا فقد شاهدنا منه ما يعلمه سبحانه وسمعنا منه ما لا يعد كثرة سماعاً متواتراً، والله الواقي من كل آفة ومن كل عاهة.

والثاني: أن الإكراه في ذلك لا يكون إكراهاً ينتفع به وإلى هذا ذهب ابن حبيب، وأما ما يتعلق به حق لمخلوق كالقتل والغصب وما أشبه ذلك فلا اختلاف في أن الإكراه غير نافع في ذلك، وفي ذلك قال الشيخ خليل: لا قتل مسلم وقطعه وأن يزني، وإذا اعتبر الإكراه في الأفعال فأحرى أن يعتبر في الأقوال، قال في الذخيرة: لأن المفساد لا يتحقق في الأقوال، لأن المكروه على كلمة الكفر معظم لربه في قلبه والأيمان ساقطة الاعتبار بخلاف شرب الخمر والقتل ونحوهما فإن المفساد فيها متحققة، وعبر ابن عبد السلام عن الفرق بينهما بأن القول لا تأثير له في المعاني ولا الذوات بخلاف الفعل فإنه مؤثر اهـ. وفي التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ولا أثر لطلاق الإكراه فروع مفيدة فراجعه إن شئت، فيبقى الكلام فيما هو إكراه أو ليس بإكراه. قال ابن الحاجب: ويتحقق الإكراه بالتخويف الواضح بما يؤلم من قتل أو ضرب أو صفع لذي مروءة من سلطان أو غيره، وفي التخويف بقتل أجنبي قولان بخلاف قتل الولد، وفي التخويف بالمال ثالثها إن كان كثيراً تحقق اهـ. وفي المقرب: قلت له: فطلاق المكروه وعتقه ونكاحه، قال: لا يلزم شيء من ذلك. وقال ابن رشد: اتفق مالك وأصحابه أن المكروه على اليمين لا تلزمه اليمين إذا كان إكراهه لشيء يلحقه في بدنه من قتل أو ضرب أو سجن أو تعذيب، أو كانت يمينه فيما كان الله فيه معصية أو فيما ليس له فيه طاعة ولا معصية، وسواء هدد فليل له إن لم تحلف فعل بك كذا وكذا، أو استحلف ولم يهدد فحلف خوفاً من ذلك ما لم يحلف هو متطوعاً باليمين قبل أن يستحلف اهـ. والتخويف بما ذكر إنما هو في غير الإكراه على الكفر وسب النبي والعياذ بالله وقذف المسلم، أما هذه الثلاثة فلا يعتبر الإكراه فيها إلا بالقتل لا بالضرب والسجن ونحوهما، وفي ذلك يقول الشيخ خليل: وأما الكفر وسبّه عليه الصلاة والسلام وقذف المسلم فإنما يجوز للقتل.

فصل في الأيمان اللازمة

وَكُلُّ مَنْ يَمِينُهُ بِاللَّازِمَةِ لَهُ الثَّلَاثُ فِي الْأَصَحِّ لِأَزْمَةِ

فصل

وكل من يمينه باللازمة إلى آخر الآيات الثلاثة. هذه المسألة أكثر الناس الكلام فيها غاية وتحير فيه الولوع النهاية، فلا بد من كشفها بحسب طاقة الإنسان وعلى الله التكلان. قال في المختصر وفي على أشد ما أخذ أحد على أحد بت من يملك وعتقه وصدقة بثلثه ومشى لحج وكفارة وزيد في الأيمان تلزمني صوم سنة إن اعتيد حلف به وفي لزوم شهري ظهار تردد اهـ. وقد أطال في الفائق الكلام على المسألة وأسهب في ذلك، وقد قال تحصيل المسألة هل يلزم الحالف بها شيء أم لا؟ فذهب الأبهري وأبو عمر وابن العربي إلى أنه إنما يلزمه الاستغفار واستدل لذلك تبعاً لهم ثم قال: وهذا مذهب مرغوب عنه، وقيل يلزمه وهو المشهور والمعلوم من مذهب مالك وأصحابه، وإذا فرعنا على المشهور فقد اختلف المذهب واختيار الشيوخ المتأخرين فيما يلزم فقيل كفارة يمين بالله وهذا قول الشافعي وأبي عمر بن عبد البر وجماعة من المتأخرين، ثم ذكر استدلالهم وبحث فيه ثم قال: وهذا القول ليس بالظاهر في

وقيل بل واحدة رجمية مع جهله وفقده للنية

القياس ولا بالبين في الحجة، وقيل يلزمه ثلاث كفارات يمين بالله وإليه ذهب الطرطوثي وابن العربي أيضاً والسهيلي وهو اختيار ابن علوان، وقيل يلزمه جميع الأيمان وهو المشهور في المذهب، وإذا فرغنا عليه فقد اختلف المذهب في عدد ما يلزم من الطلاق، فذهب ابن أبي زيد وأبو بكر بن عبد الرحمن ومعظم القرويين والأندلسيين إلى لزوم الثلاث، وتابعهم على ذلك من شيوخ الأندلسيين ابن بدر والقرشي والتميمي وابن رافع، وبه أفتى الفقهاء أيام قضاء ابن ذكران وفيهم ابن عتاب وابن القطان وابن مالك، وكان يقال ذلك عن ابن مالك في السر، وروي مثله عن أبي إسحاق وهو الصحيح عند التونسي وابن يونس والرخمي وعبد الحميد والمازري وابن الحاج، واختلف في ذلك قول أبي عمر الإشبيلي وأبي عمران الفاسي أي في لزوم الواحدة أو الثلاث، واختار ابن يونس الثلاث لقصده الناس التشديد على أنفسهم في الحلف بها، واستحسنه ابن الحاج الباجي وهو الأظهر، القباب: وبه كان يفتي أهل فاس وأشياخهم وقبلهم من لدن عصر قديم لا نزاع في ذلك بينهم يرون ذلك مذهباً وديناً لا تجوز مخالفته، ويبالغون في الإنكار على من يفتي بغير ذلك، وليس ذلك جهلاً منهم بما فيها من الخلاف لأنهم رأوا أن العرف فيها قد تقرر على إرادة الطلاق واستغراق جميعه، وفهموا ذلك من الخاصة والعامة فهماً قطعياً، والحجة لهذا أن الحرام في المدخول بها ثلاث وهي من جملة الأيمان، فيلزمنا أن نلزمه من كل نوع من أنواع الأيمان أو غبها. ثم قال: وذهب القابسي وأبو عمران وأبو بكر بن عبد الرحمن في أحد النقلين عنهما، وابن المكوي وابن الكاتب إلى لزوم الواحدة الرجعية، وتابعهم على ذلك من شيوخ الأندلس ابن زهر وغيره، وبه أجاب ابن الحاج ومحمد بن الفرج، قال الباجي وهو قول أكثر من بلغنا قوله من أهل إفريقية وبعض الأندلسيين وهو أقيس إذا لم تكن للحالف نية ثم قال: وإلى هذا أي لزوم الواحدة الرجعية ذهب غير واحد من علمائنا المتأخرين، قال بعضهم: وبلغني أن قوماً من عصرنا يفتون بذلك قال: والحجة لهؤلاء هي مسألة مالك في المدونة وهي من شك هل حلف بطلاق أو بعق أو بصدقة أو بمشي؟ قال: يطلق امرأته ويعتق عبده ويتصدق بثلث ماله ويمشي إلى بيت الله ولا يجبر على شيء من ذلك، وهذا هو الذي استحسنه ابن محرز وأنه يلزمه أدنى الطلاق والصدقة ونحو ذلك، بدليل أنه إذا صرح بالطلاق فإنه تلزمه واحدة. ثم ذكر على ابن لبابة تنوية هذا الحالف فإن قال: لم أنو الطلاق أو لم أنو إلا واحدة صدق، ومثله عن أبي عمران فإن زعم أنه قصد بعض الأيمان دون بعض صدق مع يمينه، وإن قال: لم أنو شيئاً وعمم لزمه غاية التشديد وما جرت به عادة الحالفين، فإن لم ينو عموماً ولا خصوصاً فهو موضع الإشكال ويؤمر بالاحتياط والتزام ما يخاف أنه دخل تحت لفظه بعرف الاستعمال ولا يقضى عليه بذلك. ثم قال: وذهب بعض فقهاء طليطلة فيها إلى لزوم طلقة بائنة، وبه أفتى ابن زرب وردة ابن سهل لأن الطلقة البائنة لا تكون إلا في حكم أو وجوه معروفة. وقال ابن المناصف: إن نوى عموماً أو خصوصاً لزمه منويه، وإن نوى مسماها عرفاً عالمياً أن منه الطلاق وهو أكثر الواقع في زماننا فطلقة واحدة، وإن نوى مطلق اليمين جاهلاً مسماها عرفاً احتمل السقوط، وكفارة يمين ابن بشير إن قصد التعميم فثلاث وإلا فواحدة، واختار عبد الحميد الثلاث، ونقل عن السيوري نقض حكم من حكم فيها بواحدة، ثم نقل احتجاج ابن رشد للثلاث بأن هذا أمر معروف إنما يقصد بهذه اليمين التشديد مع معرفته بما يلزم في ذلك، حتى لو سئل الحالف لأجاب بلفظ التعليل، فقد قاربت المسألة اليوم الخروج عن الخلاف ثم قال: والقول بهذا وبطلاق السنة أحسن الأقاويل وأشبه بطريقة العلم الخ. وساق أيضاً كون الأمراء يحلفون الناس في البيعة بهذه اليمين دليلاً وهو أمر ظاهر الخ. وهذا منه باختصار وما فيه من

وَقِيلَ بَلْ بَائِئِنَّةَ وَقِيلَ بَلْ جَمِيعَ الْإِيْمَانِ وَمَا بِهِ عَمَلٌ
يعني أن من حلف بالأيمان اللازمة فقال مثلاً: الأيمان تلزمني أو أيمان البيعة تلزمني

بعض الاختلاف في النقل عن الشيخ الواحد هو كذلك في نسخنا، ولعله اختلاف في النقل عن الشيخ أو اختلف قوله في المسألة. وقال القرافي في هذه اليمين: إن الفقهاء لاحظوا فيها ما غلب الحلف به في العرف وما جعل يميناً في العادة فالزومه إياه لأنه المسمى العرفي فيقدم على المسمى اللغوي هذا لفظه، ولهذا قال: يلزم فيها كذا وكذا ولا يلزم فيها كذا وكذا، لأن اللازم من هذه الأمور هو المشتبه الذي جرت به عادة الناس أن يحلفوا به بخلاف غيره، ولو تبدل عرف الناس تبدل الحكم، وهذا تحقيق مجمع عليه، وعلى هذا التحرير يظهر أن عرفنا اليوم أي بمصر ليس فيه الحلف بصوم شهرين متتابعين، فلا ينبغي أن يلزم في هذه اليمين بهذا، وعادتهم يقولون عدي حر وامراتي طالق وعلي المشي ومالي صدقة إن لم أفعل كذا فيلزم بهذه الأمور، وأطال في هذا قال: وعلى هذا تجري الفتاوى في الأيمان. ونقل عن ابن عبد السلام مثل هذا بل قال: إذا استفتاه رجل من غير بلده سأله عن عرفه وبعد ذلك يجيبه ولا يجيبه بعرفه أي المفتي، وذكر عن بعض المفتين أنه إذا جاء من لا يعرف مدلول هذه الكلمة قال له لا شيء عليك، قال بعضهم: وهذه الطريقة أنسب، ثم قال عن بعضهم أيضاً: إن نوى شيئاً لزمه ما نوى والإلزامه بطلقة الخ. وذكر أيضاً عن البجائي أنه ينظر إلى استعمال الألفاظ في اللازمة عند أهل الحالف، فأما أن يكون في جميع الأيمان ما يحلفون به وما لا يحلفون به أو فيما يحلفون به فقط أو لا عرف عندهم في ذلك، ففي الثاني لا يلزمه إلا ذلك فيخصص عموم اللفظ، وفي الثالث لزمه جميع الأيمان أي حيث لا عرف وحلفهم ببعض الأيمان فقط الخ. أي وفي الأول يلزم الجميع ولا إشكال. ونقل عن بعضهم أنه مال لعدم اللزوم في المسألة لأن هذا من باب قوله: كل امرأة أتزوجها طالق لأنه من باب الحرج، وذكر كلاماً كثيراً، هذا زبدة المحتاج إليه في المسألة، وذكر عن بعضهم أن ما في المسألة إفراط وتشديد، هذا تمام ما نقلناه عن الفائق، وملخصه أن المشهور والمذهب هو ما في المختصر والقول بالواحدة الرجعية قال به كثير ولكن في ذلك نظر تراه قريباً إن شاء الله تعالى وأنه خطأ، والقول بالواحدة البائنة قائله قليل غاية مع اعتراض ابن سهل له وإن كان اعتراضه قد لا يسلم، لأن الطلقة المملكة هي التي تعرفها العامة وجرى طلاقهم بها كما قدمناه في الطلاق المملك وما كثر هكذا يحلف به في الغالب، ولكن القول بالواحدة البائنة غير صواب كما تراه في كلام الناس، ومن لم يعرف مسمى هذه الكلمة يظهر رجحان أنه لا شيء عليه من كلامه، وأن اللازم بها إنما هو ما اشتهر الحلف به في بلد الحالف لا غيره، والقول إنما في هذه اليمين الاستغفار مرغوب عنه، وكذا لزوم كفارة فإنه غير بيتن، وأما لزوم ثلاث كفارات فليس بمرغوب عنه ولا غير بيتن، وقال في التحفة:

وكل من يمينه باللازمه له الثلاثة في الأصح لازمه
وقيل بل واحدة رجعية مع جهله وفقده للنية
وقيل بل يائنة وقيل بل جميع الأيمان وما به عمل

وذكر من شرحه أنه إذا قال: تلزمني يمين البيعة فذلك كالأيمان اللازمة، وقوله وما به العمل فيه شيء كما أشار إليه بعض شراحها. ونقل ابن الناظم عن ابن لب بعد ترجيحه الثلاث ما نصه: لم تزل الفتيا على عهد شيخنا ابن سراج صادرة بلزوم الواحدة في الزوجة للحالف باللازمة إذا لم تكن له نية في الثلاث على وفق الأشياح الثلاثة: القابسي وابن عبد الرحمن وأبي عمران ومن وافقهم على ذلك،

كذا في بعض نسخ ابن الحاجب أو قال: الأيمان لازمة لي أو جميع الأيمان أو الأيمان كلها تلزمني فقد اختلف فيما يلزمه على أربعة أقوال، الأول: تلزمه الثلاث ففي المنتقى للباجي حكى الشيخ عبد الحق عن أبي بكر بن عبد الرحمن أنها ثلاث قال وهو الأظهر عندي على أصل مالك ولاستظهاره أشار الناظم بالأصح. الثاني: تلزمه طلبة رجعية إذا لم تكن له نية. الثالث: تلزمه طلبة بائنة. التوضيح في باب الأيمان: وإذا قلنا بلزوم طلبة فهل هي بائنة أو رجعية؟ حكى بعضهم في ذلك قولين، والذي كان يفتي به الشيخ أبو محمد لزوم الثلاث وهو الصحيح عند التونسي واللخمي وعبد الحميد والمازري وغيرهم، حتى أن السيوري أفتى بنقض حكم حاكم أفتى بواحدة، وحكى ابن بشير قولاً بالفرق بين أن يكون قصد بقوله الأيمان تلزمه العموم فتلزمه الثلاث، وإن لم يكن له مقصد في ذلك لزمته واحدة اهـ. القول الرابع: ممّا حكى الناظم لزوم جميع الأيمان. ابن الحاجب: ولو

وربما يستظهر بتحليف الحالف على عدم علمه المحكم فيها الخ. ونقل عن الشيخ يحيى السراج ما هو قريب من هذا، أما الحميدي فقال: الذي أفتى به ابن سراج هو الذي نرتضيه ونختاره تبعاً لذلك الإمام، وأما السراج فقال: من قلّد الذي قال لا شيء في هذه اليمين فهو مخلص له لأن من قلّد عالماً لقي الله سالماً، وانظر كلام هذين الشيخين مع ما قاله القباب في عرف فاس أدامها الله لأهلها وأمنهم بها فإنه ربما يدل على أن العرف الذي قال القباب انتقل وإلا فكلاهما غير صحيح، ويبعد عدم وقوفهما على كلام القباب أو عدم معرفتهما لعرف فاس، وانظر سكوت الشيخ ميارة عن ذلك. وقال ابن سلمون: إن كانت للحالف في هذه اليمين نية عمل عليها اتفاقاً لأنها من الكنايات المحتملة. وقال بعض المتأخرين: فإن جرى عرف فيها عمل عليه عند الإطلاق أو عند النية المخالفة للعرف. وفي تبصرة ابن فرحون: إن جرى عرف في هذه اليمين يتبادر للذهن من غير قرينة عمل عليه، وإلا فما نواه أو دلّ عليه بساط وإلا فلا شيء عليه الخ. وهو كلام حسن غاية. وفي المعيار في المسألة ما نصّه: يقع عليه الطلاق بحسب عرفه بموضعه وما يريدون باللازمة، فإن كان مجرد الطلاق لزمه واحدة، وإن كانت الثلاث لزمته الثلاث عند أهل كل قطر، ثم ذكر أن ابن سراج نازعه غيره في العرف عند الأندلس فإن العرف جار في ذلك الوقت بالثلاث، وفي المتبوية تلزمه طلبة واحدة إذا لم تكن له نية الخ. وبه تفهم أن الطلبة إنما تلزمه عند عدم النية. وقول ابن عاصم مع جهله وفقده للنية فانظر قوله مع جهله، وقد قال الشاطبي: يلزم في هذه اليمين ما جرى به العرف وعرفنا فيها الثلاث عرفاً ظاهراً الخ. وقد قال من نظم ما به عمل فاس ما نصّه:

وعدم اللزوم في أيمان لازمة شاعت مدى أزمان

واستدل في شرحه على ذلك بفتوى السراج والحميدي قال: وأفتى به شيخنا الوالد أيضاً يعني سيدي عبد القادر الفاسي رضي الله تعالى عنه، وفي هذا الإطلاق ما لا يخفى فإن كلام السراج والحميدي لا يعتمد، وممّا يضعف ما قاله السراج والحميدي ومن تبعهم من أهل فاس قول الباغي في منتقاه ما نصّه: أجمعوا على أنها أيمان لازمة أي الأيمان اللازمة يجب بها الطلاق إلى آخر ما في المختصر، وأبو عمر الذي اعتمدوا عليه رأيت في الفائق له خلاف ذلك وهو منقول فيه في موضعين، وقال أيضاً فيما قاله الأبهري وابن عبد البر هي طريقة مرغوب عنها والمشهور خلافها، وما حكاها في الفائق من الأقوال وهي خمسة أقوال، الأول: الرجوع إلى النية. ثانيها: كذلك ويستحب له أن يطلق له ثلاثاً. ثالثها: طلبة بائنة. رابعها: يلزم الثلاث. خامسها: إطعام ثلاثين مسكيناً، وهو حاك لذلك عن

قال الأيمان تلزمه أو أيمان البيعة ولا نية تخصص فبالجميع اتفاقاً، وفي لزوم طلاقة أو ثلاث قولان، فيلزمه عتق من يملكه حين الحنث والمشي إلى بيت الله وصدقة ثلث ماله وكفارة يمين وكفارة ظهار وصيام سنة إن كان معتاد اليمين بها. التوضيح: قال الطرطوشي: ليس لمالك ولا لأصحابه في هذه المسألة قول يؤثر، وإنما تكلم فيها

ابن العربي بحسب ظاهر كلامه، فليست هذه الأقوال هكذا هي بدليل كلامه ونقله لغير هذا وكلام غيره. وفي المواق عن ابن المواز من قال عليه أيمان البيعة فلما حلف قال لم أرد الطلاق صدق. وقال الباجي: وكذلك العتق على ما رواه عيسى عن ابن القاسم، ومثله حكى البرزلي. وأما نحو المشي والعتق غير المعين فلا خلاف في تصديقه، ومن حلف بالحلال عليه حرام وهو جاهل بأن الطلاق يدخل في ذلك قال ابن رشد: إن جاء مستفتياً أظهر أنه لا يلزمه، وكذلك الحكم في كنيات الطلاق البينة، ومن تحرج أن يحلف باللازمة فكفى عنها فقال تلك اليمين تلزمني توقفت في طلاقه وأفتى غيري بالطلاق، وابن رشد أيضاً لا شيء عليه إذا قال يا مطلقة ولم يرد به الطلاق اه. منه باختصار لطوله. وفي نوازل ابن رشد: إن كان الحالف باللازمة يظن أن الطلاق لا يلزمه بها في أمرته فلا طلاق عليه، ولكن يلزمه ما يلزمه في الأيمان اللازمة، وما قدمناه عن الباجي من تصديق الناوي إذا جاء مستفتياً نقل ابن عرفة عن غير تنويته قال: وظاهره ولو كان غير مستفت، وقد تحصل من هذا أن المشهور في الأيمان اللازمة هو ما في المختصر وهو الذي به عمل فاس وهو الصحيح الذي اتضح دليله غاية، والطلقة الرجعية وإن قال بها كثير ضعيف باعتبار حجته أو هي خطأ، وكذا عدم اللزوم لشيء فإنه مرغوب عنه، وكذا التكفير بواحدة وبثلاث كفارات يظهر أيضاً ضعف ذلك من الأنقال، وكذلك الواحدة البائنة، ومحل الخطأ حيث لا نية ولا جهل والألزم ما نرى فقط، والجاهل بمعنى هذه اليمين لا شيء عليه على خلاف في ذلك والبساط كالتنية، والذي يدخل في هذه اليمين ما كثر الحلف به كما رأيت في كلام القرافي، وعبارة ابن عبد السلام في هذا ما كثر الحلف به في الجهة التي يسكنها الحالف فما حقق كثرة استعماله دخل في هذه اليمين، وما حقق عدم استعماله لم يدخل ويحتاط مع الشك اه. وقد لفقنا هذا التحصيل وغيره مما تقدم بما نصه:

وحالف مكلف باللازمه	فيه اضطراب عند من قد علمه
أشهره هو الذي في المختصر	دليله أقوى من كل ما ظهر
ثم يليه طلاقة رجعية	لكن ذا حجته مزمية
وكل مقسم به قد شهرا	في بلد الحلف فيه اعتبارا
دخوله هنا بلا تقييد	وغيره يلغى فخذ واعتمد
وكل ذا في حالف قد عرفا	مدلولها وجاهل قد وصفا
بجهله به فلغوها وجد	على تردد لدى من قد قصد
وحالف يعلم ما قد ذكرا	منويه يلزم من غير امترا
وإن جرى عرف في ذي اليمين	يتبع في الكل بلا تخمين
وظنه نفي دخول لطلاق	فغيره يلزمه بلا شقاق

المتأخرون وفيها أربعة أقوال في المذهب، نقل عن الأبهري أنه لا يلزمه غير الاستغفار، وعن الطرطوشي وابن العربي والسهيلي أن عليه ثلاث كفارات. الطرطوشي: ولا يدخل في يمينه طلاق ولا عتاق إلا أن ينوي ذلك ويكون العرف جارياً به. وعن ابن عبد البر أن

كحالف بحرمة الحلال مستفتياً وجاهلاً بالحال
لكن ذا حلفه قد بطلا في فرقة وغيرها فلتعقلا

وما ذكره السراج والحميدي لا يصح والعلم عند الله تعالى، وكذا من تبعهما لا يصح كلامه، وعمل أهل فاس نصّ عليه القباب وأنه على ما في المختصر، ولم يقل السراج والحميدي انتقل العرف بفاس، وإنما وقع الاستناد لكلام بعضهم بدليل كلامهم، وكلام من ذكر ضعيف أو باطل كما تراه قريباً إن شاء الله تعالى، وتقدم ما يدل على ذلك أيضاً. وقول السراج: من قلّد عالماً ليس هو في مثل هذا وإنما ذلك حيث لم يبحث في كلام العالم أو يظهر بطلان قوله، والفتوى بالضعيف لها شروط لم يذكرها السراج هنا وذكرناها في باب القضاء، والأصل بقاء العمل على ما كان حتى يقوم دليل على انتقال ما فيه احتمال وكذلك المشهور، وقول التحفة وما به عمل كأنه تبع فيه ما قاله شيخه ابن سراج، وفي ذلك ما لا يخفّك إن فهمت كلام الناس هنا ولا يتبع في هذا أصلاً، ولذلك اعترض قوله وما به عمل، وكلام أبي الحسن الآتي يدل على هذا غاية وذلك أنه قال على قول المدونة: ومن لم يدر بما حلف بطلاق أو عتق أو مشي أو صدقة فليطلق نساءه ويعتق رقيقه ويتصدق بثلث ماله ويمشي إلى مكة يؤمر بذلك من غير قضاء ما نصّه. قال ابن محرز: ولم يذكر كم يطلق امرأته ولا كم يمشي إلى بيت الله، وإن كان الشك لا يتناول عدداً فإنما تلزمه طلقة والمشي مرة واحدة لأنه كأنه إنما حلف بهذه الأجناس، وأما الصدقة فإنما ألزمه أن يتصدق بثلث ماله لكونه لا يشك في اليمين بصدقة ماله، ولو أنه إثمًا شك في اليمين مجملاً لم يلزمه إلا أدنى ما يقع عليه اسم صدق من الطعام أو الفضة، ويستحسن له أن يتصدق بمد من الطعام أو بدرهم من الفضة. ابن يونس: قيل عن أبي عمران فالذي يقول جميع الأيمان تلزمني قال تلزمه جميع الأيمان من الطلاق والعتق وغير ذلك، فقيل له ما يلزمه من الطلاق؟ فقال هي مسألة متنازع فيها والذي أقول به أن الواحدة ستلزمه بلا شك ويستحب له أن يلزم نفسه الثلاث، فقيل له إن من الأيمان الخلية والبرية، فقال: هذا ما لا غاية له ويلزمه أيضاً كلما تزوجت فأنت طالق، قال بعض فقهاءنا وقال لي أبو بكر بن عبد الرحمن تطلق عليه زوجته عندني بالثلاث، لأن الخلية والبرية والتحرير وغيره ممّا تحرّم به يدخل تحت يمينه لقوله جميع الأيمان تلزمني، وأنكر ما ذهب إليه غيره من أنه لا تلزمه الثلاث، واستحسن بعض فقهاءنا قول أبي عمران قال: ولا يكون أسوأ حالاً ممّن حلف بالطلاق قصداً إليه ولا نية وإنما يلزمه المباح من الطلاق وهو الواحدة. ابن يونس: وظهر لي أن قول أبي بكر أقوى لأن الذي يقول عن الأيمان تلزمني إنما يقصد التشديد فيجب أن يلزم ذلك، وبذلك كثر عادة الناس أي بالحلف بالثلاث في وقتنا لأن أكثرها إنما تقع على الحرج فيجب أن يلزم ذلك، ولأن الخلية البرية تدخل تحت ذلك وليس كمن قال أنت طالق لأن هذا قد خصّ جنساً من الطلاق، والذي قال جميع قد جمع الأيمان ومن الأيمان الطلاق واحدة والطلاق ثلاثاً والخلية والبرية والبنة فكيف يقتصر على أقلها على ما بيننا أن الثلاث أكثر أيمان أهل وقتنا، وإن الذي يقول جميع الأيمان إنما قصد التعليل سفهاً منه والله أعلم وهذا هو الصحيح. قال ابن محرز: والذي أستحسن في الذي يحلف بالأيمان كلها لازمة له أنه يلزمه من الصدقة والعتق والظهار والطلاق أدنى ما يقع عليه الاسم لأنه كأنه التزم أجناس هذه

عليه كفارة يمين، وعلى هذا فالاتفاق الذي ذكره ابن الحاجب تبعاً لابن بشير ليس بجيد اهـ. قال مقيده عفا الله عنه بمنه: وقد وقفت على سؤال سأله شيخنا شيوخنا الإمامان العالمان الشهيران سيدي أبو زكرياء يحيى السراج وسيدي أبو محمد عبد الواحد الحميدي رحمهما الله: ما تقولان فيمن قلّد الأبهري في الذي يقول لا شيء في هذه اليمين سوى الاستغفار، أو قول ابن عبد البر الذي يقول: إنه لا يجب عليه سوى كفارة يمين بالله فهل تقليدهما منج مع الله تعالى أم لا؟ فأجاب الحميدي بأن قال: الذي كان يفتي به الإمام ابن سراج عدم اللزوم واختاره جماعة من المتأخرين قال: وهو الذي نختاره ونرتضيه تبعاً لذلك الإمام العظيم. وأجاب السراج فقال: ما نقله السائل عن الأبهري وابن عبد البر

الأشياء، وليس في ذلك ما يتضمن عدداً ولا تكريراً، ألا ترى أنه لو قال: الطلاق لي لازم لم يلزمه بذلك إلا تطليقة واحدة، فلما كان لو صرح بالتزام الطلاق لم يلزمه إلا طلقة واحدة، وإذا كنى فهو أضعف، وأحرى أن لا يلزمه إلا طلقة، وإلى هذا كان يذهب غير واحد من علمائنا المتأخرين، وذكر ذلك عبد الحميد عن بعض المذاكرين وقال: قوله تلزمه طلقة ليس بصحيح بل خطأ بين، إذ الحالف بالأيمان اللزومة إنما حلف وقال كل يمين يحلف بها الناس تلزمني والناس يحلفون بالطلاق الثلاث وبالواحدة فكأنه ألزم نفسه ما يحلف به الناس، وهذا بين متأول في العقل، ومن عرف أيمان الناس عرف صحة الثلاث وأنها تلزمه، ووجه آخر أن الناس يحلفون بالحلال عليهم حرام، فهذا يكون فيه الثلاث لأنهم إنما يقصدون التحريم التام، وبهذا كان يقول من أدركناه من الشيوخ المحققين إن الحالف بالأيمان لازمة له أن زوجته لا تحل له إلا بعد زوج، ولقد حكم بعض القضاة بقول من ليس عنده تحقيق بالفتوى أنها واحدة فأمر الشيخ أبو القاسم السيوري برد الزوجة وزوالها تحت الزوج وألزمه الطلاق الثلاث وفسخ النكاح، وأمر غيره بذلك من المذاكرين أيضاً وهو الصواب إن شاء الله تعالى وبه أقول، وما سواه من قول من ألزم الواحدة خطأ بين لا يلتفت إليه اهـ. بلفظه في جميع ما تقدم، ولا بيان فوق هذا البيان جزى الله قائله بكمال الإحسان ودخول الجنان مصحوباً بالرضا والرضوان وهو الحق إن شاء الله تعالى. وما نقله عن أبي عمران من أنه يلزمه أيضاً كلما تزوجتك الخ فيه نظر ظاهر، لأن قوله كلما تزوجتك الخ وإن دخل فإنه لا يلزم الحالف للخرج بدليل لو حلف به وحده لم يلزمه فكيف مع غيره؟ والعجب من أبي الحسن حيث نقله ولم يعترضه. والطلاق الثلاث إذا لزم في امرأة ليس الحرج فيه كقوله: كلما تزوجتك الخ كما لا يخفى. وملخص هذا أن الثلاث لازم في هذه اليمين وذلك هو الحق الذي يدل عليه العقل والنقل، وإذا كانت الطلقة الواحدة خطأ بيناً لا يلتفت إليه فكيف بمن يقول لا شيء عليه إلا الاستغفار؟ ولذلك ابن رشد قال في بيانه بعد كلام في المسألة ما نصّه: فلا وجه لمن أسقط عن الحالف بهذه اليمين شيئاً مما كان الشيوخ يلزمونه فيها، ولا لمن جعل الطلاق فيها طلقة بائنة ولا طلقة رجعية، ولا لمن لم يوجب عليه في ذلك إلا كفارة يمين، هذا لفظه، والله دزه في هذا التصريح فإنه قطع به النزاع ورفع القناع، وتقدم عنه أن المسألة قاربت اليوم الخروج من الخلاف أي في لزوم الثلاث، وبه تعرف ما في قول السراج والحميدي وأن ذلك خطأ لا سيما كلام السراج وقول الحالف أيمان المسلمين تلزمني. نقل الحطاب عن بعضهم أن اللازم فيها ثلاث كفارات، وأن اللازم فيه ما في اللزومة، وهذا الأخير هو الذي قاله القرافي وابن الحاج على مشهور فتاوى المتأخرين كما في الفائق ولم ينبّه على هذا الحطاب وفي ذلك ما لا يخفى.

صحيح وقد نقل ذلك عن مالك رحمه الله، فمن قلد ذلك فهو مخلص، فإن من قلد عالماً لقي الله سالماً، وكتب عبدالله تعالى يحيى بن محمد السراج اه. وانظر قول الناظم في القول الرابع أنه ما به عمل مع أنه المشهور عند الشيخ خليل، وحكى عليه ابن الحاجب الاتفاق وإن بحث معه في الاتفاق كما تقدم. وقال الشارح بعد أن ذكر فتوى عن الأستاذ أبي سعيد بن لب فيمن حلف بالأيمان اللازمة على أمر يعتقد فظهر خلافه وأنه يلزمه الطلاق ورجح كونه ثلاثاً ثم قال آخر كلامه أقول: لم تزل الفتيا على عهد شيخنا أبي القاسم بن سراج رحمه الله صادرة بلزوم الواحدة في الزوجة للحالف باللازمة إذا حلف، ولم تكن له نية في الثلاث على وفق الأشياخ الثلاثة أبي الحسن القاسبي وأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي ومن وافقهم على ذلك من أشياخ الأندلس، وربما استظهروا بتحليل الحانث على عدم علمه بالحكم فيها حتى كاد ذلك يؤثر في ذلك العرف المستقر فيها قديماً اه.

وَالْبِكْرُ ذَاتُ الْأَبِ لَا تَخْتَلَعُ إِلَّا بِإِذْنِ حَاجِرٍ وَتُمْنَعُ
وَجَازٍ إِنْ أَبَ عَلَيْهِمَا أَعْمَلَهُ كَذَا عَلَى الثَّيْبِ بَعْدَ الْإِذْنِ لَهُ

(يعني أن البكر) ذات الأب لا يجوز خلعها إلا بإذن حاجرها وهو أبوها، وتمنع من

(ص): والبكر ذات الأب لا تختلع. إلى آخر الأبيات الأربعة. قوله: (يعني أن البكر) قال في المختصر في هذا ما نصّه: لا من صغيرة وسفيهة وذو رق ورد المال وبانت وراز من الأب عن المجبرة بخلاف الوصي، وفي خلع الأب عن السفيهة خلاف، ولكن لا بد من تقديم مقدمة وهي أن العمل على الحالة من هي رشيدة في حالها فأفعالها ماضية ولو كان لها حاجر، ومن هي سفيهة فأفعالها مردودة ولو لم يكن لها حاجر، والصغيرة لا تكون رشيدة إذ البلوغ شرط في الرشد زيادة على الرشد في الحالة، ومن جهل حالها فذات الأب تحمل على الرشد بعد مضي سبع سنين من دخول زوجها بها أو هي ست كما تراه في كتاب الحجر إن شاء الله، وتحمل الممهلة على الرشد أيضاً بمضي عام من دخولها، وإذا ثبت هذا فقول المصنف لا من صغيرة أي لا يجوز خلعها يعني ولا يمضي، إذ ما لا يجوز الأصل فيه عدم المضي، وبدليل قوله بعده ورد المال أي كانت ثيباً أو بكراً كما هو ظاهر من كلامه، والعلة هي الجبر، والثيب الصغيرة تجبر وهو قول المتن والثيب إن صغرت وعدم مضي خلع الصغيرة به العمل وهو المشهور وإن كان في ذلك خلاف، وظاهر المتن ولو خالعت بخلع أمثالها وهو كذلك وفيه كلام للناس. وقوله: وسفيهة ظاهره كان لها حاجر أباً أو غيره أو لا، قال الرجراجي وهو المشهور: وهذا من غير موافقة وليها وإلا فذلك ماض وجائز. وظاهر كلام المتطي والرجراجي أن ذلك لا خلاف فيه ولكن فيه كلام، وإذا ثبت هذا في السفيهة فالصغيرة أخرى، والحاصل لا يصح خلع الصغيرة والسفيهة في كل موضع أي وحدهما وظاهره في السفيهة أيضاً ولو خالعت بخلع أمثالها وهو كذلك لكن فيه خلاف، وبذلك تعلم صحة إطلاق خليل. وقوله: وراز من الأب عن المجبرة أي كيفما كانت المجبرة، وتقدم الكلام على من تجبر، ويدخل في ذلك المجنونة المطبقة، نعم إن كانت تفيق أحياناً وهي رشيدة فالكلام لها وهذا ظاهر لا يخفى، فلذلك لم يشر إليه لبيانه في نفسه في محله، وظاهر المتن أن الأب يستقل بالخلع عنها وهو كذلك، وظاهره ولو خالغ عنها بأكثر من خلع أمثالها وهو ظاهر كلامهم، وقوله بخلاف الوصي أي لا يستقل بالخلع في محجورته، وظاهر المتن كانت سفيهة أو صغيرة وهو كذلك،

الخلع بغير إذنه، فإن صالح أبوها عنها جاز ذلك هذا في البكر، وكذا يجوز صلحه عن ابنته الشيب لكن بإذنها له، أما صلح البكر أو صلح أبيها عنها فقال ابن سلمون: فإن كانت الزوجة محجورة لوالدها فلا يجوز خلعهما إلا بإذن أبيها، ثم قال: ويجوز للأب أن يمضي الخلع عليها دون إذنها إن كانت بكرًا، وقد قال ابن فتحون والمتيطي: يجوز للمحجورة أن تخالع بإذن أبيها أو وصيها وتقول بعد إذنه لما رآه من الغبطة. ابن الحاجب: وصلح الأب عن المجبرة بالصداق كله نافذ التوضيح، أما صلح الأب عن ابنته البكر الصغيرة والبالغ فجانز. الباجي: (بلا خلاف)، وألحق اللخمي بها البكر المدخول بها إذا لم تظلم

وأما بموافقة محجورته السفية والصغيرة فيجوز، ولكن في هذه الأمور كلام طويل، وقد استحسنت خلع الوصي وحده عن محجورته مطلقاً، وقوله بخلاف الوصي ظاهره ولو كان جائزاً وهو كذلك، وإن كان كلام ابن لبابة يدل على أن الوصي المجبر يخالع استقلالاً، وقوله: وفي خلع الأب عن السفية خلاف إن يخالع عنها استقلالاً وأما بموافقتها فمأض ولا إشكال، وهذه السفية غير مجبرة لأنها تقدمت، والراجح في هذا خلاف أن الأب يخالع عن هذه السفية استقلالاً وهذا تقرير، وقد تحصل أن الأب يخالع عن الرشيدة ويخالع عمن عداها استقلالاً، والوصي لا يخالع استقلالاً مطلقاً، والصغيرة والسفية خلعهما استقلالاً غير مأض مطلقاً، ولكن إنما نق بهذا غاية إذا وقفت على كلام الفحول الذي سلخنا منه هذا الملخص، فإن كلام الناس هنا فهي خلافات كثيرة واختيارات، وبه نستعين على ما ذكره هذا الشارح، وبه تعلم ما في كلامه، وقد لفقنا ما لخصناه بما نصّه:

فخلع والد عن ابنة لزم	إن لم تكن رشيدة فيما علم
بوفقها عليه أو بغيره	عكس انفراد للوصي بخلعه
بلا تقييد كذا من صغرت	أو سفهت لدى انفراد قد ثبت

أي الصغيرة والسفية إذا انفرد كل واحدة منهما بالخلع فذلك لا يمضي، كما إذا انفرد الوصي به فإنه لا يمضي. وقوله بلا تقييد أي خالع بخلع مثلها أم لا، كانت محجورته سفية أو صغيرة، وتركنا الكلام على خلع الرقيق لعدم ذكر الناظم وشراحه له وما خالف ما لخصناه فلا تتبعه وإن كان هو الظاهر من الناظم. قوله: (بلا خلاف الخ) فيه نظر، قال ابن ناجي ما نصّه: قال شيخنا حفظه الله تعالى ظاهرها أنه لا يجوز صلحه عنه إلا بشرطين النظر مع الأخذ، أما إن رآه نظراً دون أخذ فلا يجوز، وما ذكره سمعته أيضاً من شيخنا أبي مهدي قال: ورأيت لشيخنا أبي العباس بن حيدرة قاضي الجماعة بتونس وثيقة حكم فيها بمطلق النظر دون أخذ مال، قال: وما ذكره خلاف قولها أولاً وكذا أخيراً في قوله: ولا يلزم الصبي أن يطلقها عليه على غير الخلع وأخذ المال. وقال في عرضة أخرى: وقعت هذه المسألة قبل هذا على المتاركة وحكموا بإمضائه ففهموا قولها البدلية لا على المعية فتكون الواو بمعنى أو. قلت: فيتحصل في فهمها قولان للأشياخ، والذي أقول به قول ابن حيدرة لأنه قد يتعذر الأخذ وبراء مصلحة ضرورة وهو نص اللخمي، وذكر ابن فتحون خلافه، فالقولان المذكوران خارج المدونة وتأول عليها اهـ. بلفظه. والذي أقول به الخ هو الحق إن شاء الله تعالى، ومن ابتلي بالقضاء عرف هذا، وانظر الشرح في مسائل منها إذا أعطت المرأة ما خالعت به للسفية هل تبرأ أم لا؟ ومنها حضور الحاجر عند خلع السفية وأمور كثيرة يكثر وقوعها.

إقامتها وطلقت قبل المسيس لأن له الجبر على النكاح، والصغيرة التي ثبت قبل البلوغ على القول بجبرها، ولعل المصنف يعني ابن الحاجب عبر بالمجبرة لهذا اهـ. وأما صلح الأب عن الثيب بإذنها فقال في التوضيح: وفي صلح الأب عن ابنته البالغ الثيب السفية قولان: الأول لابن العطار وابن الهندي وغيرهما من الموثقين لا يجوز له ذلك إلا بإذنها، وقال ابن أبي زمنين وابن لبابة: جرت الفتيا من الشيوخ بجواز ذلك ورأوها بمنزلة البكر ما دامت في ولايته. اللخمي: وهو الجاري على قول مالك في المدونة، ابن راشد والأول هو المعمول به. ابن عبد السلام: وهو أصل المذهب اهـ. وفي المختصر: وفي خلع الأب عن السفية خلاف يعني بغير إذنها وأما بإذنها فجائز بلا خلاف والله أعلم. وذهب الناظم على القول الأول لما تقدم عن ابن راشد وابن عبد السلام هذا كله في ذات الأب وعليها تكلم الناظم، وأما ذات الوصي فقال ابن عرفة: وفي خلع الوصي عن يتيمة دون إذنها ثالثها إن لم تبلغ وفي اختصار الواضحة قال فضل قال ابن القاسم في المدونة: يجوز مبارأة الوصي عن البكر برضاها. قلت: فالأرجح عقده أي الخلع على الوصي برضاها لا عليها بإذنه خلاف قصره بعضهم عليها بإذن الوصي اتباعاً منه للفظ الموثقين. وفي التوضيح قوله: بخلاف الوصي أي فليس له أن يخالع عن البكر على المشهور. الباجي: وهو مشهور قول ابن القاسم وروايته عن مالك ومقابل المشهور رواه ابن نافع عن مالك أن الوصي يخالع عن اليتيمة وهو لابن القاسم أيضاً اهـ. ابن سلمون: وخلعها جائز بإذن وصيها سواء كان من قبل الأب أو من قبل القاضي إذا كان ذلك على وجه النظر لها على ما جرى به العمل، وروي عن مالك أن ذلك لا يجوز اهـ.

وَأَمْتَنَعَ الْخُلْعُ عَلَى الْمَحْجُورِ إِلَّا بِإِذْنِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ
وَالْخُلْعُ جَائِزٌ عَلَى الْأَصَاغِرِ مَعَ اخْتِذِ شَيْءٍ لِأَبٍ أَوْ حَاجِرٍ

يعني أن الزوج إذا كان محجوراً يعني بالغاً فإنه لا يجوز لأبيه ولا لوصيه أن يخالع عنه إلا بإذنه وعلى ذلك نَبَهَ بالبيت الأول. وأما إن كان صغيراً غير بالغ فلا يجوز للأب ولا للوصي أن يخالع عنه إلا بعوض وعلى ذلك نَبَهَ بالبيت الثاني. فقوله: على المحجور يعني البالغ بدليل كلامه في البيت الثاني عن الصغير، ومقابل المشهور أنه يجوز خلعهما عنه. وقوله لأب يتعلق بجائز والمراد بالحاجر الوصي ووصي الوصي وقاضي القاضي. قال ابن سلمون: وإن كان الزوج في ولاية فإما أن يكون كبيراً أو صغيراً دون بلوغ، فإن كان كبيراً فخلعه جائز، وإن كان بغير إذن وصيه لأن الطلاق بيده ويلزمه إذا أوقعه وتذكر في العقد موافقة الوصي أو الأب إن حضر على الخلع وتضمن الشهادة على الجميع، ولا يجوز خلع الأب أو الوصي عليه بغير إذنه على المشهور، وقيل يجوز مثل ما تقدم في النكاح، وإن كان صغيراً فيجوز خلع الأب والوصي عليه بشيء يأخذانه له دون أمره ولا يجوز على غير ذلك. ثم قال: ولا يجوز طلاق الصغير ولا خلعه، ولا طلاق الأب والوصي إلا بشيء يأخذانه بلا خلاف اهـ. ونحوه نقل الشارح عن المقرب اهـ.

وَمَنْ يُطَلِّقَ زَوْجَهُ وَتَخْتَلِعَ بِوَلَدٍ مِنْهُ لَهُ وَيَسْرَتَجِعَ
ثُمَّ يُطَلِّقُهَا فَحُكْمُ الشَّرْعِ أَنْ لَا يَعُودَ حُكْمُ ذَلِكَ الْخُلْعِ

يعني إن طلق زوجته على أن تحملت له بنفقة ولدها منه إلى الحلم ثم راجعها من ذلك الطلاق فلا إشكال أن النفقة تعود على الأب، فإذا طلقها ثانية فلا تعود نفقة الولد عليها إلا أن تتحمل بها في الخلع الثاني. ففي طرر ابن عات في مسائل ابن رشد في المرأة إذا خولعت على أن تحملت بنفقة ابنها من الزوج إلى الحلم ثم ارتجعها سقط عنها ما تحملمته من نفقة ابنه ورجعت على الأب ولا تعود على المرأة إلا أن تتحمل بها ثانية اهـ.، (فتأمل في ذلك) وفي ابن سلمون: وكذلك إن ارتجعها فإنها تسقط عنها ما تحملمته من النفقة ولا ترجع على الأب ولا تعود عليها إن طلقها ثانية إلا أن تتحملها اهـ.

وَإِنْ تَمَّتْ ذَاتُ اخْتِلَاعٍ وَقَفَا مِنْ مَالِهَا مَا فِيهِ لِلدَّيْنِ وَفَا
لِلْأَمْدِ الَّذِي إِلَيْهِ التُّزِمَا وَهُوَ مُشَارِكٌ بِهِ لِلْغَرْمَا

يعني أن من خالغ زوجته على أن تحملت له بنفقة ولدها منه لمدة معلومة ثم ماتت في أثناء تلك المدة فإنه يؤخذ من مالها نفقة بقية المدة المضروبة، فإن كان على المرأة دين غير ما التزمته من النفقة فإن للزوج محاصة غرمائها بما التزمته من نفقة ولده (قال في الوثائق المجموعة) قال سحنون تلزمها النفقة وإن اشترطت عليها خمس عشرة سنة، فإن مات الابن في المدة لم يكن للزوج رجوع فيما بقي لأنها إنما تحملت له رفع مؤنته عنه، ولو ماتت هي وقف من مالها قدر مؤنة الابن إلى انقضاء المدة التي التزمتها، فإن مات الابن قبل انقضائها رجع ما بقي مما وقف ميراثاً إلى ورثة المرأة، وإن أفلست رجع ذلك الموقوف إلى الغرماء إن كان بقي لهم شيء من ديونهم، إذ للزوج محاصة الغرماء بالنفقة اهـ. وللأمد يتعلق بوفاة، ونائب التزما للانفاق بدليل السياق، وما فيه نائب وقفاً. وقوله: وهو أي الزوج مشارك لغرماء المرأة في متخلفها فيحاصص هو بنفقة ولده والغرماء بدينهم.

وَمَوْعِ الثَّلَاثِ فِي الْخُلْعِ ثَبَتَ طَلَاؤُهُ وَالْخُلْعُ رَدٌّ إِنْ أَبَتْ

يعني أن من خالعت زوجها بألف مثلاً على أن يطلقها واحدة فطلقها ثلاثاً فلم ترض ذلك وأبته فإن الثلاث تلزمه ويرد الألف. (قال ابن سلمون) الخلع طلقة واحدة بائنة وإن

(ص): ومن يطلق زوجة وتختلع. إلى آخر الأبيات الأربعة. قوله: (فتأمل في ذلك) كذا هو في ابن الناظم بعد نقله كلام ابن عات.

قوله: (قال في الوثائق المجموعة) كلامه في هذا حسن تبعاً للوثائق المذكورة.

(ص): وموقع الثلاث في الخلع ثبت البيت. قوله: (قال ابن سلمون) نص ابن سلمون من كتابه هو قوله ما نصّه الخلع طلقة واحدة بائنة، فإن أوقع طلاقاً على الخلع ولم يبين عدده فإنه يكون واحدة، وإن شرط أنها تكون رجعية ففيها قولان مشهورهما أنها تكون بائنة، وكذلك إن طلقها طلقة رجعية على

شرط أنها رجعية على المشهور، وإن أوقع ثلاثاً على الخلع نفذ الطلاق وسقط الخلع. ابن عرفة: وروى اللخمي إن أعطته مالا على تطليقها واحدة فطلقها ثلاثاً لزمه ولا قول لها، وأرى إن كان راغباً في إمساكها فرغبت في الطلاق أن لا قول لها، وإن كان راغباً في طلاقها فأعطته على أن تكون واحدة فترجع بجميع ما أعطته لأنها إنما أعطته على أن لا يقع الاثنتين لتحل له إن بدا لهما من قبل الزوج. قلت: الأظهر رجوعها عليه بما أعطته مطلقاً لأنه بطلاقه إياها ثلاثاً يعييبها لامتناع كثير من الناس من تزويجها خوف جعلها إياه محللاً فتسيء عشرته ليطلقها فتحل للأول اه. قال الشارح رحمه الله: وجه القول بالرجوع مطلقاً ظاهر وإياه اعتمد الشيخ رحمه الله في هذا البيت، ويظهر من ابن عرفة كونه ساقه نظراً من قبل نفسه ومثله منصوص في وثائق ابن سلمون. فرع: وكذلك عكس هذه المسألة خالعه على أن يطلقها ثلاثاً فطلق واحدة لا كلام لها لأن مقصودها قد حصل. ابن الحاجب: ولو قالت طلقني ثلاثاً على ألف فقال طلقتك واحدة أو بالعكس وقع ذلك على المنصوص فيهما لأن مقصودها قد حصل، قال في إيضاح المسالك: والمذهب أن لا كلام لها، وصحح ابن بشير تخريج اللخمي الخلاف على القاعدة يعني قاعدة اشتراط ما لا يفيد هل يجب الوفاء به أم لا؟ واختار بعضهم أنه شرط يفيد تقية غلبة الشفاعة لها في مراجعته على كراهة منها اه. وعلى أنه من شرط ما يفيد تلزمه واحدة ويرد الخلع كمسألة الناظم والله أعلم وإلى المسألتين أشار الشيخ خليل بقوله: أو طلقني ثلاثاً بألف فطلق واحدة أو بالعكس، فمسألة العكس في كلام ابن الحاجب وخليل هي مسألة الناظم، والأول في كلامهما هي مسألة هذا الفرع.

وَمَوْقِعُ الطَّلَاقِ دُونَ نِيَّةِ بَطْلَانَةِ يُفَارِقِ الزَّوْجِيَّةِ

أن أسقطت عنه نفقتها طول العدة فإنها تنفذ وتكون بائنة عند ابن القاسم، فإن أوقع ثلاثاً على الخلع وأبت المرأة فإن الطلاق ينفذ ويسقط الخلع اه. بلفظه. وقوله: وأبت هو من البتات الذي هو القطع لا من الإبابة التي هي الامتناع، هكذا وجدت اللفظ مضبوطاً في نسخة بتشديد التاء بالقلم من كون ابن سلمون يحتمل أراد المسألة المشهورة وهي مضمون قول المختصر أو قال إن خالعتك فأنت ثلاثاً. فإن قلت: من أين يفهم التعليق من كلام ابن سلمون؟ قلت: وكذلك حمل شارحو التحفة حيث قرروا المتن بقولهم يعني أن من خالعت زوجها بألف مثلاً على أن يطلقها واحدة الخ، وحملوه على كلام ابن سلمون من أن زيادتهم لا تفهم من التحفة ولا من كلام ابن سلمون، وأما حمل كلام التحفة على خلاف ما قاله الناس وهو المنصوص فبعيد جداً، ولم أجد المسألة في الوثائق المجموعة ولا في المتيطة وهذا عجب، مع احتمال أن يكون كلام ابن سلمون معناه ما أشرنا إليه، وإن كان كلام التحفة فيه إن أبت فإنه يحتمل أن يكون من البتات وخففه للضرورة وفاعله ضمير الزوج لا الزوجة، وعليه فكلام التحفة موافق لكلام ابن سلمون، فتحمل التحفة على مسألة التعليق، وعلى هذا فما فسّر به شراح النظم لا ينبغي، وقول التحفة في الخلع يحتمل أن يتعلق بمحذوف تقديره في التعليق على الخلع ويصح الكلام والفقه.

(ص): وموقع الطلاق دون نية إلى آخر البيتين. وحاصل ما ذكره هنا شراح النظم أنه إذا قال هي طالق ولا نية فهي واحدة على الراجح، وبه أفتى خليل حيث قال: وتلزم واحدة إلا لنية أكثر، وهذه

وَقِيلَ بَلْ يَلْتَزِمُهُ أَقْصَاهُ وَالْأَوَّلُ الْأَطْرَهُرُ لَا سِوَاهُ

يعني أن من طلق زوجته ولم ينو واحدة ولا ثلاثاً فقبل تلزمه طليقة واحدة لأنها محققة وقد حصل بها مسمى الطلاق، وقيل يلزمه الثلاث احتياطاً، والأول وهو لزوم الواحدة أظهر. قلت: والخلاف مبني جار على الخلاف في اللفظ المحتمل لأقل ولأكثر إذا لم تصحبه نية هل يحمل على أقل مصدوقاته أو على أكثرها؟ وللمسألة نظائر. وفي طرر ابن عات: من قال: طلقت امرأتي ولا نية له فقبل إنها واحدة وقيل إنها ثلاث ذكر ذلك ابن رشد في طلاق السنة اه. وفي ابن سلمون: فإن طلقها ولم تكن له نية ففي ذلك قولان: أحدهما: أنه تلزمه طليقة واحدة. والثاني: أنه تلزمه الثلاث، ذكر ذلك ابن رشد في طلاق السنة. وسئل رحمه الله في رجل تشاجر مع امرأته فقال لها أنت طالق ثم اتبعته بالسب وقبيح الكلام فقال لها أنت طالق ثلاثاً ولم تكن له نية في شيء من ذلك. فأجاب: إذا كان الأمر على ما وصفت فقد بانت منه بثلاث تطليقات ولا سبيل له إليها إلا بعد زوج اه. وهذا بناء على حمل الطلاق الأول على الرجعي فلذلك ألزمه الثلاث التي أوقع عليها بعد ذلك، وقد تلخص من هذا أن من طلق ولا نية له في واحدة ولا في ثلاث وقلنا تلزمه واحدة أن تلك الواحدة رجعية يرتدف عليها الطلاق، وكذا يتحصل من جواب الإمام أبي سعيد بن لب فيمن قال نعم مطلق أنا ثم بعد يومين قال هي طالق وهي عليه حرام أنه إن أراد بقوله مطلق أنا طليقة مملكة فلا يرتدف عليها ما ذكره من التحريم، فإن أراد مراجعتها حلف أنه قصد الطليقة المملكة وإن أراد بها طليقة رجعية أو لم يرد رجعية ولا مملكة وإنما نوى الطلاق دون صفته فإنه يرتدف عليه التحريم الذي ذكره بعد ذلك، فإن كان قصد بالتحريم تفسير الطلاق الذي أوقعه أولاً فقد لزمه حكمه والتحريم إذا لزم فهو الثلاث. قال الشارح ما معناه: وعلى لزوم الواحدة لمن لا نية له فهل تكون رجعية يرتدف عليها التحريم كما ذكر الأستاذ أو بائناً؟ قال: وهو الأظهر في هذه الأزمنة لعدم معرفة الناس بالرجعي فلا يرتدف التحريم اه.

وَمَا امْرُؤٌ لِرِزْوَجَةٍ يَلْتَزِمُ مِمَّا زَمَانَ عِضْمَةَ يَسْتَلْزِمُ
فَذَا إِذَا دُونَ الثَّلَاثِ طَلَّقَا زَالَ وَإِنْ رَاجَعَ عَادَ مُطَلِّقًا

الواحدة رجعية هذا أصلها، وأما في زمن ابن الناظم فالأظهر أنها بائنة لعدم معرفة الناس الرجعي أي في زمنه، وعلى كونها رجعية يرتدف عليها الطلاق، وعلى كونها بائنة لا يرتدف عليها الطلاق مع الفصل ويصدق الحالف أنه أراد بها الطليقة المملكة وعليه فلا ارتداد، وفي المعيار عن ابن لب أن قول الزوج هي طالق طليقة واحدة رجعية إلا أن ينوي المملكة فتكون واحدة بائنة بيمينه ولا يرتدف عليها طلاق، وما استظهره ابن الناظم نقله الشيخ ميارة وسلمه وربما استحسنة واستدل له بقوله: ولأجل ذلك أي عدم معرفة الناس الرجعي لا تجد مطلقة تطالب مطلقاً بنفقة العدة، ولكن انظر هذا عند كلامنا على المملكة فيما تقدم وعقد قول المتن في الشرح ولو بلا عوض نص عليه.

(ص): وما امرؤ لزوجة يلتزم إلى آخر الأبيات الثلاثة.

مِثْلُ حَضَانَةٍ وَالْإِنْفَاقِ عَلَى أَوْلَادِهَا وَمِثْلُ شَرْطِ جُمَلًا

يعني أن الزوج إذا التزم لزوجته ما شأنه أن يلتزم زمان العصمة كحضانة أولادها والنفقة عليهم وكالغيبية عنها أو الرحيل بها والإخدام ونحو ذلك من الشروط المعتادة ثم طلقها دون الثلاث فإن ذلك يسقط عنه، فإذا راجعها رجع إليه ما كان التزمه، فإذا طلقها ثلاثاً ثم راجعها بعد زوج فإن ذلك لا يعود عليه، وهذا يؤخذ من مفهوم قوله: فإذا إذا دون الثلاث طلقا البيت، إذ مفهومه أنه إن طلق ثلاثاً ثم راجعها لم يعد عليه. وقوله: مثل حضانة والإنفاق البيت هو تمثيل لقوله: وما امرؤ لزوجة يلتزم ولو جعله إثره لكان أنسب. ففي طرر ابن عات: وسئل يعني ابن رشد عن رجل تزوج امرأة وطاع لها بالنفقة على ابن لها من غيره مدة الزوجية ثم طلقها وانقضت عدتها ثم راجعها على تعود النفقة أم لا؟ فقال: تعود عليه ما بقي من طلاق المملك شيء، فإن ادعى الزوج أنه إنما التزم النفقة دون الكسوة فالقول قوله مع يمينه. وحكى ابن زرب أنه تلزمه الكسوة مع النفقة (ورجح ابن عرفة) اندراج الكسوة في النفقة. فرع: سئل الأستاذ أبو سعيد بن لب عن الزوجة إذا أسقطت عن زوجها حكم الطوع بنفقة أولادها من غيره هل لها ذلك ويتنفع الزوج بإسقاطها أم لا؟ فأجاب: ليس للزوجة أن تسقط عن زوجها حكم الطوع ولا يتنفع الزوج به إن فعلت لأن حق الأولاد قد تعلق بالطوع فليس لأهمهم إسقاطه وإن كانت وصياً عليهم لأن وصي المحجور لا يفوت عليه مالا بغير عوض. وقد نص ابن رشد في النوازل على أن المرأة ليس لها أن تسقط عن زوجها من الشروط إلا ما لا يتعلق به حق لغيرها لتطبيق نفسها إن تزوج عليها، فإن كان الشرط أن الداخلة عليها طالق فهذا لا يسقط لأنه تعلق به حق الله تعالى من الفائق للونشريسي. وانظر إذا تطوع بنفقة ولهذا هل تنقطع ببلوغه عاقلاً قادراً على التكسب كما تنقطع بذلك عن الأب أو لا تنقطع إلا بموت أحد الزوجين أو فراقهما لقول الموثق في وثيقة الالتزام مدة الزوجية بينه وبين أمه. قال الحطاب في الالتزام. فرع: قال ابن زرب: وفي الطرر رأيت في بعض الكتب إن كان الطوع بنفقة الولد لمدة الزوجية فإنما يلزم الزوج الإنفاق على الربيب ما دام صغيراً لا يقدر على الكسب اه. وجزم به ابن سلمون ونصه: وإن كان الطوع لمدة الزوجية فإنما يلزم الزوج الإنفاق على الربيب ما دام صغيراً لا يقدر على الكسب اه. الحطاب: (وهذا خلاف ما تقدم) عن مختصر المتيضية

قوله: (ورجح ابن عرفة الخ) قف على المسألة صدر فصل النفقة في الشرح فإننا جمعنا كلام الناس في المسألة غاية، والذي يظهر من ذلك رجحانه أن من التزم كسوة إنسان لا تلزمه نفقته، ومن التزم نفقته لا يلزمه مسكن ولا إخدام، وكذلك الكسوة على ما يظهر أنه هو القوي والراجح خلاف ما رجح ابن عرفة، وإن كان ابن الناظم استظهر ترجيح ابن عرفة واعتراضه على غيره وذلك لا يظهر أصلاً، قف على التحقيق في ذلك في المحل المذكور، ومع ذلك فالواجب في ملتزم النفقة أن يرجع في ذلك إلى عرف بلده كما أشرنا إليه في المحل المذكور، وكلام الناس دال على ذلك، ولا يعدل عن ذلك الأمر إلا من لم يفهم أو لم ينصف.

قوله: (وهذا خلاف ما تقدم الخ) لم تظهر مخالفة عند التأمل الصادق، وما ذكره هنا من أنه إذا

ومعين الحكام، قال في معين الحكام: إذا طاع الزوج بنفقة ابن امرأته أمد الزوجية جاز بعد ثبوت العقد، وإن كان ذلك في العقد لم يجز للغرر ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل ويطل الشرط.

كَذَا جَرَى الْعَمَلُ فِي التَّمْتِيعِ بَأَنَّهُ يَرْجَعُ بِالرُّجُوعِ
وَشَيْخُنَا أَبُو سَعِيدٍ فَرَّقَا بَيْنَهُمَا رَدًّا عَلَى مَنْ سَبَقَا
وَقَالَ قَدْ قَاسَ قِيَاسًا فَاسِدًا مَنْ جَعَلَ الْبَابَيْنِ بَابًا وَاحِدًا
لَأَنَّهُ حَقٌّ لَهُ قَدْ أَسْقَطَهُ فَلَا يَمُودُ دُونَ أَنْ يَشْتَرِطَهُ
وَذَلِكَ لَمْ يُسْقِطْهُ مُسْتَوْجِبُهُ فَعَادَ عِنْدَ مَا بَدَأَ مُوَجِبُهُ
وَالْأَظْهَرُ الْعَوْدُ كَمَنْ تَخْتَلِعُ فَكُلُّ مَا تَثْرَكُهُ مُرْتَجِعُ

تقدم في شرح قوله آخر فصل في حكم فاسد النكاح وما يتعلق به:

ويفسد النكاح بالامتناع في عقده وهو على الطوع اقتفي

أن الامتناع هو أن تعطي الزوجة وأبواها للزوج داراً يسكنها أو أرضاً يعمرها ونحو ذلك، وأن ذلك إن كان في نفس عقد النكاح فالنكاح فاسد، وإن كان طوعاً بعد العقد فجائز. ولما ذكر الناظم في الأبيات قبل هذه حكم ما التزمه الزوج لزوجته وإن طلقها سقط عنه وإن راجعها رجع عليه إلا إذا طلقها ثلاثاً وراجعها بعد زوج فلا يعود عليه إلا إذا التزمه ثانية في هذه المراجعة، ذكر هنا أن الامتناع كذلك وأنها إن أمتعتة سكنى دارها مثلاً ثم طلقها فلا سكنى له، فإن راجعها رجعت إليه السكنى إلا إذا طلقها ثلاثاً ثم راجعها بعد زوج لم ترجع له، فلا فرق في الحكم بين ما التزمه الزوج لزوجته وما التزمته هي له، وعلى هذا نبه بالبيت الأول وأخبر فيه أن الذي جرى به العمل أن المسألتين سواء أنه وإن طلق دون الثلاث ثم راجعها يرجع له ما أمتعتة به، ثم أخبر الناظم عن شيخه أبي سعيد بن لب رحمهما الله أنه فرق بين المسألتين رداً على من سبق ممن ساوى بينهما وهو الإمام أبو القاسم الجزيري مؤلف المقصد المحمود أحد الكتب الأربعة التي ينقل منها الناظم وقال: إن من قاس مسألة الامتناع على مسألة التزام الزوج فإن قياسه فاسد لا عمل

قدر على الكسب فإن نفقته تسقط عن الملتزم نقله ابن عرفة وسلمه وجعل مثل ذلك إذا طرأ مال له، انظر عند قول المصنف: وعلى الصغير إن كان له مال الخ في الشرح، وما ذكره الناظم في هذه الأبيات به العمل كما في المتطي وغيره.

(ص): كذا جرى العمل في التمتع إلى آخر الأبيات الستة. وما شنع به ابن لب على الجزيري غير بين، وما جرى به العمل هو الأول، وقول ابن لب لأنه حق له قد أسقطه هذا الإسقاط ليس صريحاً، وإنما طلق ما يرد معه الزوجة بلا زوج، ولعله لم ينو أنه لا يردّها بل نوى ردّها فالعصمة لم تنقطع بطلقة، فافهم هذا فلعله أن يكون دليلاً للجزيري. وفي ابن الناظم جواب يوافق ما قاله الجزيري: والمختلعة إذا رجعت لا يرجع إليها ما أعطته للزوج لفك العصمة كما أشار إليه هذا الشارح.

عليه لما بينهما من الفرق، وعلى ذلك نبّه بقوله: وشيخنا أبو سعيد فرقا البيتين. فقوله: من جعل هو فاعل قاس وفاعل قال لأبي سعيد ورداً مفعول من أجله، ثم بيّن الفرق بين المسألتين في قوله: لأنه حق له قد أسقطه البيتين وأنه في مسألة الامتاع الحق للزوج، فإذا طلق فقد أسقط حقه فلا يعود إليه بالمراجعة إلا إذا أتمتع ثانية، وأما ما التزمه الزوج لزوجه فإن الحق فيه للزوجة أو لبنيها وهم لم يسقطوا ما وجب لهم فيعود ذلك لهم إذا عاد سببه وموجبه وهو الزوجية. وقوله: لأنه أي الامتاع حق له أي للزوج. وقوله: وذلك أي ما التزمه الزوج. ثم أخبر الناظم أن الأظهر عنده من الرأيين عود الامتاع بالمراجعة كما صدر به أولاً، ونظر ذلك بالمسألة المتقدمة قريباً، وهو من التزم لزوجه نفقة أو أولادها أو شروطاً فطلقت دون الثلاث بخلع يعني أو بغير خلع ثم راجعها فإن كل ما التزم لها أولاً ممّا ذكر يرجع عليه كما كان، ولما كان لها على الزوج شروط وتسقط عنه بالطلاق صارت كأنها أعطته شيئاً ليطلقها فسمّاها مختلعة، وحاصله أنه استظهر استواء المسألتين ولم يظهر له الفرق المتقدم، وعلى هذا نبّه بقوله: كمن تختلع فكل ما تركه مرتجع، فإن كان هذا مراده ففي قوله كمن تختلع الخ تكرار مع قوله كذا جرى العمل في التمتع البيت وتركه بمعنى الماضي أي تركته وما سقط من حقها بالطلاق أي يعود بالمراجعة، ولا يعني والله أعلم أن كل ما تركه المختلعة للزوج من المال مما أعطته له من يدها أو سلمت له فيه ممّا في ذمته يجب ردّه إليها إذا راجعها، إذ قد يتراجعان على ذلك وقد يرد لها بعضه، وقد لا يرد لها شيئاً ولا يعطيها إلاّ ما يحلّ به النكاح فانظر ذلك والله أعلم. وبهذا حلّ الشارح قوله كمن تختلع ولفظه، والأظهر عودة التمتع كالمختلعة التي ترك ما كان لها في مهرها من كاليء وسواه، فإذا عادت الزوجية بينها وبين مفارقها عاد عليه كل ما تركته اهـ. وهو غير ظاهر لما قلنا من أن عود ما أعطته إنما هو اتفاقي في بعض الصور لا لازم حتى يقاس عليه. قال في المقصد المحمود: وإن أعمرت زوجة زوجها في دارها أو غيرها مدة الزوجية فطلقها الزوج فإن راجعها بقيت له العمرى ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء، فلا ينقطع إلاّ بالثلاث إن راجعها بعد زوج لأن قوله أمد الزوجية يقتضي أمد العصمة، وقد قال القاضي أبو الوليد بن رشد فيمن تطوع لزوجته بنفقة ابنها من غيره أمد الزوجية فطلقها ثم راجعها وأبى من الإنفاق فإن الإنفاق لازم له ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء كما قالوا في عودة اليمين. قال الشارح رحمه الله: وما أشار إليه الشيخ رحمه الله من تفريق الأستاذ أبي سعيد بن لب رحمه الله بينهما فإنه قوله:

ورجعة الزوج تفيد كل ما	قد كان في عصمته ملتزماً
من شرط أو نفقة لا تلزمه	وإن يمتع فالطلاق يهدمه
لأنه حق له قد تركه	وغيره من بعده قد ملكه
وذلك حق واجب عليه	فلم يكن إسقاطه إليه

فصل في التداعي في الطلاق، أي في النزاع عند الطلاق

وَالزَّوْجُ إِنْ طَلَّقَ مِنْ بَعْدِ الْبِنَاءِ وَلَا دُعَاءِ الْوَطْءِ رَدًّا مُغْلِنَا
فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجَةِ وَتَسْتَحِقُّ بَعْدَ الْيَمِينِ مَهْرَهَا الَّذِي يَحِقُّ
وَإِنْ يَكُنْ مِنْهَا نَكْوَلٌ بِالْقَسَمِ عَلَيْهِ وَالْوَاجِبُ نِصْفُ مَا التَّرَمَّ
وَيَغْرَمُ الْجَمِيعَ مَهْمَا نَكَلَا وَإِنْ يَكُنْ لِأَبْتِنَاءٍ قَدْ خَلَا
فَالْقَوْلُ قَوْلُ زَائِرٍ وَقِيلَ بَلْ لِزَّوْجَةٍ وَمَا عَلَيْهِ مِنْ عَمَلٍ

يعني أن من تزوج بامرأة وخلا بها خلوة اهتداء أي جيء بها إليه ومكّن منها وخلي بينه وبينها. الجوهري: هدبت المرأة إلى زوجها هداً وهي مهدية ثم طلقها وقال لم أمسها وقالت بل مسني فالقول قولها مع يمينها ولها الصداق كاملاً، وعلى هذا نبّه بقوله:

فصل في التداعي في الطلاق

والزوج إن طلق من بعد البناء. إلى آخر الأبيات الخمسة. وهذه المسائل هي قول المختصر وصدقت في خلوة الاهتداء وإن بمانع شرعي وفي نفيه وإن سفيهة وأمة والزائر منهما وإن أقر به فقط أخذ إن كانت سفيهة، وهل إن أدام الإقرار لرشيده كذلك أو إن كذبت نفسها تأويلان. فقوله: صدقت أي المرأة كانت رشيده أو لا حرة أو لا كبيرة أو صغيرة وهو كذلك في الجميع، وظاهره ولو لم يطل معها في الخلوة بل بقدر ما يمكن أن يطأها وهو كذلك وظاهره بلا يمين، وفي المسألة خلاف والراجح هو اليمين وكأنه اتكل على أن العرف يحلف معه وتصديقها إنما هو للعرف والتي تحلف غير الصغيرة كما أخرجها ابن محرز من ذلك وقول ابن عرفة ثالثها إن لم تكن صغيرة مشكل واتباعه الحطاب أشكل إذا حلف الصغيرة لا يظهر أصلاً، ويأتي أن الصبي لا يحلف مع شاهده وهو قول المتن في الشهادات أن لا صبي الخ وتقدم وحلفت هي أو أبوها إن كانت سفيهة، لكن السفيه يحلف في الجملة كما إذا قام له شاهد وهو قول المتن: وحلف عبد وسفيه مع شاهد الخ. والحاصل الصغيرة لا تحلف هنا على ما يظهر رجحانه ومبنى الخلاف هنا كما في ابن محرز وابن بشير هل العرف كشاهد أو كشاهدين؟ فعلى الأول هذه صغيرة قام لها شاهد والصغير لا يحلف مع شاهده، وعلى الثاني فلا يمين حتى على الكبيرة. وقوله: وإن بمانع شرعي أي ولو كان الزوج صالحاً على مذهبها خلاف ما أشار إليه اللخمي. وقوله: وفي نفيه أي وأنكر بدليل قوله: وإن أقره وقوله: وإن سفيهة وأمة، والصغيرة كذلك لعل كونه الوطاء لا يعلم إلا من جهتها وهذا منصوص عليه، والقول بالنظر للحرة هو المذهب، وقوله: والزائر منهما أي يصدق أنه لم يطأها إن زارها وتصدق هي إن زارته أنه وطئ، والقريظة أن التصديق إنما يقال فيما ينفع الإنسان عكس الإقرار. وقوله: وإن أقر به الخ أي وأحرى الأمة والصغيرة بينا الأحرورية في الشرح وظاهره ولو زارته وهو كذلك لكن فيه خلاف وبه تعلم ما في اعتراض ح مع أن ما اعترض به في باب آخر. وقوله: وهل إن أدام لأن الإقرار الخ إنما قال إن أدام لأن إكذابها نفسها إنما يفيدها إذا وجدته لم يرجع عن إقراره الخ فاستعن به على ما تركه هذا الشارح أو خالفه فافهم.

والزوج إن طلق البيتين وذلك لأن إرخاء الستر شاهد عرفي فتحلف معه وتستحق، فإن نكلت عن اليمين حلف الزوج ولم يكن لها إلا نصف الصداق، وعلى هذا نبه بقوله: وإن يكن منها نكول فالقسم البيت، وذلك لأن نكولها كالشاهد للزوج فيحلف معه ويسقط عنه نصف الصداق، فإذا نكل هو أيضاً بعد نكولها فيجب عليه الصداق كاملاً، وعلى ذلك نبه بقوله: ويغرم الجميع مهما نكلا وذلك لقولهم: النكول بعد النكول تصديق للناكل الأول وهو هنا الزوجة فلها جميع الصداق، وهذا إذا كانت الخلوة خلوة اهتداء، وأما إن كانت الخلوة خلوة زيارة فالقول قول الزائر منهما مع يمينه، فإن زارته فالقول قولها أنه مسها ولها جميع الصداق، وإن زارها هو فالقول قوله إنه لم يمسهما وعليه نصف الصداق، وقيل القول قول الزوجة سواء زارته أو زارها وليس العمل على هذا القول، فقوله: والزوج إن طلق من بعد البناء أي من بعد الخلوة بها إن كانت خلوة اهتداء. قال في التوضيح: أي خلي بينه وبين امرأته وهو مراد علمائنا بإرخاء الستور، (وليس المراد) إرخاء ستر ولا إغلاق باب، قاله ابن أبي زمنين اه. ومفهوم قوله من بعد البناء أنهما إذا اختلفا في المسيس بعد العقد عليها ولم تثبت خلوة بينهما فإن القول في ذلك قول الزوج، نقله الشارح عن ابن حارث، ولادعاء يتعلق برد ولامه زائدة ومعلناً حال من فاعل رد العائد على الزوج، وكان في قوله: وإن يكن منها نكول تامة وألف نكلا للتثنية أي كل منهما، وقد خلا خبر كان من قوله: وإن يكن للابتناء. وقوله: فالقول قول زائر هو جواب قوله: وإن يكن. قال في المقرب: قال سحنون قال عبد الرحمن بن القاسم قال مالك في رجل تزوج امرأة وخلا بها وأرخى الستر عليها ثم طلقها وقال لم أمسها وقالت قد مسني فالقول قولها وعليها العدة ولها الصداق كاملاً إذا كان الدخول عليها دخول بناء، وسواء في هذا دخل عليها في بيته أو بيتها. قلت: فإن كان بنى بها ودخل عليها نهائراً في رمضان أو وهي صائمة صيام نذر أو كفارة أو تطوع ثم طلقها من يومه أو كانت محرمة أو حائضاً فطلقها قبل أن تحل إحرامها أو تغتسل من حيضتها وأنكر المسيس فقال: سئل مالك عن رجل دخل على امرأته وهي حائض ثم اختلفا فقال الزوج لم أمسها وقالت المرأة بل قد مسني فالقول قول الزوجة إذا أرخيت عليها الستور، فأنا أرى كل من خلا بامرأته وادعت أنه قد مسها فالقول قولها إذا كانت خلوة بناء، وإن كانت حين خلا بها في حالة لا ينبغي له أن يجامعها فيها اه. وقد اختصر ابن الحاجب هذه المسألة بأوجز عبارة وألطف إشارة فقال: والمذهب أن القول قولها في الوطء إذا خلا بها خلوة اهتداء، وإن كانت محرمة أو حائضاً أو في نهار رمضان، ثم قال: وفي خلوة الزيارة مشهورها قول الزائر منهما للعرف بخلاف خلوة الاهتداء. التوضيح: المشهور إن زارته فالقول قولها لأن العرف أن الرجل ينشط في بيته، وإن زارها هو في بيتها فالقول قوله لأن العرف أن الرجل لا ينشط إليها وهذا معنى قوله للعرف اه. وقال المتطي: القول قولها رشيدة كانت أو سفيهة، كان البناء

قوله: (وليس المراد الخ) الأمر كذلك ولكن أصل التسمية هي الأمر الغالب وهو أن الغالب إرخاء ستر على الزوج أو غلق باب ولكن لا يكون ذلك إذا انتقى تصديق الزوجة.

في داره أو في دارها، وقع الطلاق عن قرب من البناء أو بعد، ولها المهر كله ولا رجعة له لإنكاره الوطاء، واختلف في يمينها وسكت عن اليمين في المدونة. وقال في كتاب محمد وكتاب ابن الجهم: عليها اليمين اه. وعلى وجوب اليمين اعتمد الناظم لأن إرخاء الستور شاهد عرفي كمعرفة العفاص والوكاء في اللقطة، والمشهور أن العادة والعرف كشاهد واحد فلا بد من اليمين معه وقيل كالشاهدين فلا يمين. وقال المتطي أيضاً: وقال القاضي أبو محمد قاعدة كل من حكم بقوله فلا بد من يمينه اه. وقال ابن حارث: روي عن ابن وهب أنه قال: رجع مالك عن كون القول قول الزائر إلى أن القول قول المرأة حيثما أخذهم الستر وكانت الخلوة اه. وعلى هذه الرواية نبه الناظم بقوله: وقيل بل لزوجة وما عليه من عمل ولم ينقل الشارح فقهاً يوافق قول الناظم:

وإن يكن منها نكول فالقسم عليه والواجب نصف ما التزم
ويغرم الجميع مهما نكلا
ولكنه جار على الفقه ظاهر الوجه والله أعلم.

وَمَنْ كَسَا الزَّوْجَةَ ثُمَّ طَلَّقَا
وَالأَخْذُ إِذْ مَرَّتْ لَهَا شَهْوَرُ
وَإِنْ يَكُونَا اخْتَلَفَا فِي الْمَلْبَسِ
وَالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ بِثُوبٍ مُمْتَهَنٍ
وَحَيْثُمَا خُلِفَهُمَا فِي الزَّمَنِ
وَعَجَزُهَا يَمِينُ زَوْجٍ يُوجِبُ
يَأْخُذُهَا مَعَ قُرْبٍ عَهْدٍ مُطْلَقًا
ثَلَاثَةَ فِصَاعِدًا مَخْظُورُ
فَالْقَوْلُ قَوْلُ زَوْجَةٍ فِي الأَنْفَسِ
وَلُبْسُ ذَاتِ الحِمْلِ بِالحِمْلِ أَقْتَرَنُ
يُقَالُ لِلزَّوْجَةِ فِيهِ بَيِّنِي
وَإِنْ أَرَادَ قَلْبَهَا فَثَقُلْبُ

اشتملت الأبيات على مسائل. الأولى: من كسا زوجته ثم طلقها طلاقاً بائناً ولا حمل بها بحيث لا يجب لها عليه كسوة وأراد الزوج أخذ كسوته فإن كانت كسوته لها قبل الطلاق بأقل من ثلاثة أشهر فله أخذ كسوته كيفما وجدها، وإن كانت قبل الطلاق بثلاثة أشهر فصاعداً فلا يأخذها، وإلى هذه المسألة أشار الناظم بقوله: ومن كسا الزوجة ثم طلقا البيتين. ومعنى الإطلاق في البيت الأول كيفما وجدها خلقة أم لا. المسألة الثانية: إذا كساها ثم طلقها وادعى أنها الكسوة الواجبة عليه ليستردّها (إن كان الطلاق بالقرب) كما ذكر في المسألة الأولى وادعت هي أنه أهداها لها فهي هبة قد حيزت فالقول للزوجة في الثوب الرفيع المناسب لدعواها، والقول قول الزوج في ثوب المهنة المناسب لما يفرض عليه ويلزم به، وإلى هذا أشار بقوله:

وإن يكونا اختلفا في الملبس فالقول قول زوجة في الأنفس

(ص): ومن كسا الزوجة ثم طلقا. إلى آخر الأبيات الستة.

قوله: (إن كان الطلاق بالقرب) لم يصرح به ابن الناظم، ووجه القيد أنه يريد ردها، والرد إنما يكون بالقرب فالقيد بين:

والقول للزوج بثوب ممتهن. المسألة الثالثة: من طلق زوجته حاملاً (فإن لها عليه الكسوة) ما دامت حاملاً وإليها أشار بقوله: ولبس ذات الحمل بالحمل اقترن. المسألة الرابعة: إذا كساها وطلقها واتفقا على أنها الكسوة الواجبة عليه ولكن اختلفا في قرب الزمان وبعده فادعى الزوج قرب زمان كسوته لها ليستردها منها وادعت هي طول زمن ذلك لتبقى لها حسبما تقدم فعلى الزوجة البينة بطول الزمن لأنها مدعية، فإن عجزت عنها حلف الزوج لأنه مدعى عليه، فإن أراد قلب اليمين على الزوجة فله ذلك، وعلى ذلك نبه بقوله: وحيثما خلفها في الزمن البيتين. قال في الوثائق المجموعة: وإن كسا الرجل امرأته كسوة ثم طلقها طلاقاً لا تجب لها به نفقة ولا كسوة، فإن أراد أخذ كسوته منها فإن كان مضى لابتياحها لها أشهر وكان ذلك ثلاثة أشهر فما فوقها إلى العشرة فهي للمرأة ولا شيء فيها للرجل، وإن كان أقل من ذلك فهي للرجل، فإن اختلفا وادعى الزوج أنه ابتاعها منذ شهرين وادعت المرأة منذ ثلاثة أشهر وزيادة فعلى المرأة إقامة البينة على مدة الابتياح لأنها تريد استحقاق الكسوة، فإن عجزت عن إثبات ذلك كان لها اليمين على الزوج. قال ابن فتحون بعد نقله من المدونة استحباب مالك إذا مات الزوج أو المرأة بعد الأشهر أن لا يتبع المرأة بشيء من الكسوة ما نصه: والذي وقع في الكتاب المذكور إنما هو في الكسوة التي يفرضها القاضي، وأما ما كساها الزوج على وجه الهدية فلا شيء له فيها خلقت أو لم تخلق، قرب عهدها أو بعد وهي موروثه عنها، فإن اختلفا فقال الزوج هذه الكسوة مما فرض علي وقالت الزوجة بل هي مما أهديته إلي كان القول قول الزوج بيمينه إلا أن تكون الكسوة مما لا يفرض مثلها القاضي فيكون القول قولها أو قول ورثتها. وفي المقرب: قلت: فإن دفع الزوج لها ثوباً فقالت أهديته إلي وقال بل هو مما فرض القاضي علي فقال القول قول الزوج إلا أن يكون الثوب من الثياب التي لا يفرضها القاضي لمثلها فيكون القول قولها اه. فقوله في الوثائق المجموعة: وإن كسا الرجل امرأته الخ هي المسألة الأولى في النظم، وقوله: فإن اختلفا وادعى الزوج وما بعده هي المسألة الرابعة في النظم. وقوله: فإن اختلفا فقال الزوج وما بعده عن المقرب هذه المسألة الثانية في النظم. وسئل الإمام أبو إسحاق الشاطبي رحمه الله عن تاجر في الثياب وغيرها توفي فادعى ورثته في بعض الثياب التي هي من شاكلة المرأة واحتوى عليها منزلها أنها من جملة متخلفه، وادعت المرأة أن الزوج ساقها لها وأنها متاعها لا من المتخلف فقول من يكون القول؟ فأجاب: إن دعوى المرأة في الثياب أن زوجها ساقها لها لا تسمع إلا إذا قامت البينة على أن تلك الثياب بأعينها من جملة السياقة وأنه وهبها لها على الخصوص، فإن لم تقم على ذلك بينة فالقول قول ورثة الميت مع أيانهم أنهم لا يعلمون تلك الثياب من جملة مال المرأة ولا متاعها إلى آخر نص اليمين، ولا تدخل هذه النازلة في مسألة الاختلاف في متاع البيت، لكن يبقى النظر في لباسها تلك الثياب وامتهانها لها هل

وقوله: (فإن لها عليه الكسوة) أي وكذلك النفقة وغيرها مما يجب للحامل، ولكن الكلام هنا إنما هو في الكسوة سابقاً ولاحقاً فافهم، وكلام هذا الشارح هنا حسن لا بأس به تبعاً لابن الناظم.

تستحقها بذلك أم لا؟ والصحيح في المذهب أن الرجل ليس له أن يرتجع كسوة المرأة عند فراقها إذا كانت مبتدلة، فإن لم تبتذل كان له ارتجاعها، فهذه الثياب مثلها إن كانت الزوجة قد ابتذلتها فهي لها والأصارت ميراثاً أه. من الشارح. وإنما كان القول قول ورثة الزوج لإقرارها أنها للزوج وادعت أنها أعطائها إياها فلا تقبل دعواها ولذلك لم تدخل في الاختلاف في متاع البيت وإن كان مما يصلح بالمرأة لأن ذلك حيث لم يعلم لمن هو الشيء المتنازع فيه وهذا قد علم أنه للزوج فلا يخرج عن ملكه إلا ببيان.

فصل

وَمَنْ يُطَلِّقَ طَلْقَةً رَجْعِيَّةً ثُمَّ أَرَادَ الْعَوْدَ لِلزَّوْجِيَّةِ

(ص): ومن يطلق طلاق رجعية. إلى آخر الأبيات الأربعة. هذه المسائل هي قول المختصر: وصدقت في انقضاء عدة الأقراء والوضع بلا يمين ما أمكن، وسئل النساء الخ. فقوله: وصدقت أي المعتدة رجعية كانت أو بائناً، غير أن الرجعية انقضاء عدتها يتضمن حكيمين: رجعة زوجها لها وإباحتها للأزواج، بل يتضمن أموراً آخر كإرادته تزويج غيرها والرجعية هي الرابعة أو أختها والإنفاق والسكنى. وقوله: زوجاتي طوالت إلى غير مآ ذكره عند قول المتن، والرجعية كالزوجة والإرث وما يشبه ذلك، وغير الرجعية يتضمن انقضاء عدتها وإباحتها للأزواج وانقطاع السكنى والنفقة إن كانت حاملاً إلى غير ذلك، هذا الذي دلّت عليه النصوص الصريحة. وقوله: وصدقت كانت حرة أو أمة وهو كذلك، وبيننا ذلك عند قول المتن ووجب إن وطئت بزنا وظاهره أيضاً ولو كانت نصرانية وهو كذلك وفي حكمها اليهودية كما بيناه في الشرح، وقوله: عدة الأقراء والوضع احترز به من عدة الأشهر فإن النساء والرجال فيها سواء. وقوله: بلا يمين هو المصرّح بأنه المشهور، وما قاله ابن الناظم تبعاً لوالده حسن حيث قال: ولعل الشيخ رحمه الله يعني والده اعتمد القول باليمين لفساد الأزمنة أو وقف على أن العمل به اليوم، وعبارة التهذيب: وليس العمل على أن تحلف الخ فكتب عليه أبو الحسن ما نصّه: ليس هذا في الأمهات عن مالك وإنما أدخله سحنون عن أشهب، وأشهب هو الذي حكى قضية أبان الخ، والقضية هي أن امرأة ادعت أنها انقضت عدتها في خمسة وأربعين يوماً فصدقها أبان وقال تحلف. وقوله: ما أمكن مفهومه أن ما لا يمكن فيه الانقضاء لم تصدق وهو كذلك. وقوله: وسئل النساء أي في الممكن إذ لا سؤال إلا فيما يشكل كما في كلام أبي الحسن ولكن عبر بالأمر الغامض فالممكن قسماً: ما هو غالب تنقضي فيه العدة فتصدق فيه بلا سؤال، وما هو نادر فهو الذي يسأل عنه الخ فافهم هذا. والإسقاط إن ادعته فهو ممكن ولو قرب فيدخل في قوله ما أمكن ولو لم يعلم الجيران بإسقاطها، ولكن انظر في الشرح كلاماً في يمين المرأة هنا وفي مسائل كثيرة. تنكيت: قال ابن العربي: عادة الناس عندنا أن تحيض المرأة مرة في الشهر وقد قلت الأديان فلا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر الخ. ونقله صاحب التوضيح وغيره. ولما نقله أبو الحسن قال بعده ما نصّه الشيخ أبو محمد صالح فجعل نساء مدينة فاس كلهن مسنات الشيخ وتسأل بعد ثلاثة أشهر هل حاضت ثلاث حيض أم لا؟ انظر على قول ابن العربي هل للزوج الرجعة؟ فقد عورض بهذا بعض الموثقين ولكن لا تكون الرجعة الخ وهذا منه بلفظه، وكلام أبي محمد صالح غير ظاهر، فإن كلام ابن العربي دال على اعتبار الأقراء الذي هو في القرآن وكذا تخصيصه نساء فاس. وقال ابن فرحون في ترجمة ما ينبغي للشهود أن يتفطنوا له ما نصّه: ومن ذلك ما

فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجَةِ وَالْيَمِينُ عَلَى انْقِضَاءِ عِدَّةِ تَبَيَّنَ
 ثُمَّ لَهُ اِزْتِجَاعُهَا حَيْثُ الْكُذِبُ مُسْتَوْضَحٌ مِنَ الزَّمَانِ الْمُقْتَرَبِ
 وَمَا ادَّعَتْ مِنْ ذَلِكَ الْمُطَلِّقَةَ بِالسَّقَطِ فَهِيَ أَبَدًا مُصَدِّقَةٌ

يعني أن من طلق زوجته طلاقاً رجعيّاً ثم أراد رجعتها فزعمت أن عدتها انقضت فالقول قولها مع يمينها إذا كان يمكن ذلك، فإن قرب ما بين الطلاق والرجعة جداً بحيث لا يمكن انقضاء عدة الأقراء فيه وتبين كذبها فله مراجعتها، فإن ادعت أن انقضاء ما كان بسبب سقط أسقطته فالقول قولها ولو بقرب من الطلاق وعلى تصديقها ولو بالقرب نبّه

أهمّوه من سؤال المعتدة إذا أرادت النكاح ومباحثتها عن انقضاء العدة بما تفهم به أحكامها من تفصيل وتعيين الأقراء ونحو ذلك من شرط الحيضة في عدة الوفاة فينبغي الاجتهاد في ذلك، ولا يكتفى بقولها: قد انقضت عدتي على الإجمال فإن النساء اليوم قد جهلن ذلك جهلاً كثيراً، بل جهله كثير ممن يظن به علم ويرى لنفسه خطأً وتقدماً. قال: وقد عاينت بعض الجهلة من الموثقين يستغني عن سؤال المرأة جملة إذا هو وجد لتاريخ الطلاق شهرين فصاعداً، واتخذ اليوم هذا المقدار من المدة كثير من الرجال والنساء أصلاً في إكمال عدة الطلاق، وما أدري كيف كان أصل هذا الغلط القبيح اهـ. بلفظه. وما أحسن هذه النصيحة إذ تركها لخزي وفضيحة. وقوله: وينبغي ربما يحمل على الوجوب. وقوله: من شرط الحيضة الخ أشار به لمضمون قول المختصر في فصل العدد ما نصّه: إن تمت قبل زمن حيضها وقال النساء لا ريبة بها الخ. وقوله: فصاعداً الخ سبب الغلط في ثلاثة أشهر لعله هو العمل على الغالب من حيضة المرأة في كل شهر مرة كما رأيت في كلام ابن العربي وذات الأقراء اعتدادها بها إجمالاً كما في نهاية الحفيد وغيرها إذ هو كذلك في القرآن، وإن اختلف في المراد بالأقراء هل هو الأطهار أو الحيض؟ وحاصل الأمر أن المرأة إذا لم يمض لطلاقها ثلاثة أشهر فإنها لا تزوج على ما قاله ابن العربي أنها لا تصدق في أنها حاضت ثلاثاً قبل ثلاثة أشهر، وكذلك المعتدة من وفاة لا تزوج قبل تمام أربعة أشهر وعشر، وبعدها ينظر في قول المختصر: إن تمت قبل زمنها الخ من قبل سؤالها، وكلام النساء العارفات وكلام اللامية للزقاق وبعض كلام شارحها الشيخ ميارة يقتضي أن العمل جرى بفاس على أن اعتدادها بثلاثة أشهر كاليائسة، وليس الأمر كذلك بل ذلك غلط فاحش، وكأن هذا جاءهما من كلام أبي محمد صالح، وابن العربي لم يقل ذلك، وبعض كلام الشيخ ميارة صريح في الحق أو كالصريح وذلك هو الصواب، وقد كان من أدركنا من عدول فاس أدامها الله لأهلها وأمنهم بها ممن له علم منهم وديانة ينبّه على هذا كثيراً، وأكثرهم تنبيهاً على ذلك الرجل الصالح سيدي العربي الفشتالي جزاهم الله عنا خيراً، وابن العربي إنما منع التصديق في ثلاث حيض قبل تمام ثلاثة أشهر، وأما إن قالت المرأة لم أحض أصلاً أو حضت واحدة أو اثنتين فقط فإنها لا تزوج ولو مرّ لها أكثر من ثلاثة أشهر وهو قول المختصر ولو مات زوجها بعد كسنة الخ تلك المسائل وما شرحوها في فصل الرجعة، وقال اليرتاسني عند قول التحفة: ومن يطلق طليقة رجعية. الخ ما نصّه: فينبغي في هذا الزمان الذي لم يبق فيه من الإسلام إلا اسمه أن يعمل بقول ابن العربي على ما نقل القلشاني عن ابن عرفة عنه قال: قلت للأديان في الذكران فكيف بالنسوان؟ فلا تمكن المطلقة من التزوج إلا بعد ثلاثة أشهر الخ. وانظر كلام ابن العربي مع دخول الكتابية في مضمون قول المتن وصدقت في انقضاء عدة الأقراء والوضع الخ. لكن كلام ابن العربي تشهد له أمور انظرها في الشرح، وبهذا يضعف اعتراض من اعترض على ابن العربي.

بقوله أبدأ والإشارة بذلك لانقضاء العدة. وقوله: تبين بضم التاء مضارع أبان وهو خبر عن اليمين أي أن يمينها على انقضاء العدة تبين عصمتها وتخرجها من العدة. قال في الوثائق المجموعة: فإن أراد ارتجاعها وقالت قد انقضت عدتي كان القول قولها إذا كان قد مضى من العدة ما يشبه أن تحيض فيه ثلاث حيض ولم يكن له ارتجاعها. وفي طرر ابن عات: قال ابن الهندي: وفي مقالات ابن مغيث مع يمينها. وفي الوثائق المجموعة أيضاً: وإن استبان كذبها لقصر المدة راجعها على ما أحببت أو كرهت. وقال المتيطي: وإن قالت قد انقضت عدتي بسقط قبل قولها وإن كان ذلك بعد الطلاق بيوم ولا يمين عليها ولا يلتفت إلى تكذيب الجيران لها اه. وما حكاه المؤلف من حلف المرأة هو الذي حكاه ابن مغيث عن ابن الهندي^(١) كما تقدم، ونقل المتيطي أنها تصدق بلا يمين وقال: إن العمل عليه، وعليه اقتصر صاحب المختصر حيث قال: وصدقت في انقضاء عدة الأقراء والوضع بلا يمين ما أمكن، ولعل الشيخ اعتمد القول بيمينها لفساد الزمان وقلة الأمان.

وَلَا يُطَلَّقُ الْعَبِيدَ السَّيِّدُ إِلَّا الصَّغِيرَ مَعَ شَيْءٍ يُزْفَدُ
وَكَيْفَمَا شَاءَ الْكَبِيرُ طَلَقًا وَمُنْتَهَاهُ طَلَقَتَانِ مُطَلَقًا
لَكِنَّ فِي الرَّجْعِيِّ الْأَمْرُ بِيَدِهِ دُونَ رِضَا وَلِيَّهَا وَسَيِّدِهِ

يعني أن الطلاق بيد العبد لا بيد سيده، فليس للسيد أن يطلق زوجة عبده إلا إذا كان العبد صغيراً عقد عليه سيده فله أن يطلق عليه لكن بشرط أن يأخذ له شيئاً يرفد به أي يعان به، وعلى هذا نبه بالبيت الأول، فقوله: العبيد منصوب على إسقاط الخافض أي على العبيد والسيد فاعل يطلق، والصغير نعت لمحذوف دلّ عليه قوله العبيد أي إلا العبد الصغير فليسده أن يطلق عليه بالخلع. وقوله: وكيفما شاء الكبير طلقا البيت يعني أن العبد الكبير يطلق كيفما شاء بخلع أو بغيره واحدة أو أكثر، إلا أن منتهى طلاقه طلقتان سواء أوقعهما معاً في حالة رقه أو طلق واحدة في رقه ثم عتق فلا تبقى له إلا واحدة، وأما إن لم يطلق حتى عتق فهو كالحر بالأصالة يطلق ثلاثاً سواء كانت زوجته حرة أو أمة ليس له إلا طلقتان لأن الطلاق معتبر بالرجال والعدة معتبرة بالنساء، وسواء كان رقيقاً كله أو بعضه، وعلى هذه الوجوه الثلاثة نبه بالإطلاق وأشار بقوله: لكن في الرجعي البيت إلى أن العبد إذا طلق طلاقاً رجعياً فإن أمر الرجعة بيده إن شاء راجع أو ترك، فإن راجع فلا يحتاج لإذن سيده ولا لإذن وليها إلا أن العصمة التي أذن له سيده فيها ما زالت بيده وليست رجعتها ابتداء نكاح حتى يحتاج إلى إذن سيده ووليها. قال في المنتخب: وظاهره لابن القاسم قلت له: أيجوز للسيد أن يطلق على عبد امرأته؟ قال: لا لأن الطلاق بيد العبد، قلت: فإن كان العبد صغيراً لم يبلغ فزوجه سيده ثم أراد أن يطلق عليه؟ فقال:

(ص): ولا يطلق العبيد السيد إلى آخر الأبيات السبعة.

(١) صوابه حكاه الهندي عن ابن مغيث ا.هـ.

ليس ذلك له إلا بشيء يأخذه له فيكون خلعاً. وفي النوادر: وليس للسيد أن يبارى عن عبده وقد نكح بإذنه حتى يرضى العبد، قال عبد الملك: ويزوج عبده الصغير ولا يطلق عليه إلا بشيء يأخذه له كالكاتب الصغير. (قال ابن حارث: واتفقوا) في العبد أن طلاقه طلقتان. وقال في الكافي: وطلاق العبد على النصف من طلاق الحر وذلك طلقتان لأن الطلاق لا يتبعض، فإذا طلق زوجته طلقه في حين رقه ثم عتق بقيت له فيها طلاق واحدة. وقال ابن أبي زيد في مختصره: وجميع طلاق العبد طلقتان لأن الله عز وجل قد جعل حد الأرقاء نصف حد الأحرار، والطلاق والعدة من معاني الحدود. وفي النوادر من كتاب ابن المواز: وكذلك يرتجع العبد بغير إذن سيده ولا إذن سيد زوجته اهـ.

وَالْحُكْمُ فِي الْعَبِيدِ كَالْأَحْرَارِ فِي غَايَةِ الزَّوْجَاتِ فِي الْمُخْتَارِ

يعني أن العبيد كالأحرار في غاية الزوجات، كما أن غايتها للحر أربع نسوة وهذا متفق عليه فيه، كذلك غايتها للعبد أربع زوجات أيضاً على المشهور المختار، ومقابله لا يتزوج العبد إلا اثنتين. قال في المقرب: قلت له: العبد كم يتزوج؟ فقال مالك: أحسن ما سمعت فيه أن له أن يتزوج أربعاً، قلت له: إن شاء إماء وإن شاء حرائر؟ قال نعم ذلك له. وفي النوادر من كتاب ابن المواز: قال مالك: وللعبد أن ينكح أربع نسوة وهذا أحسن ما سمعت. وقال ربيعة قاله عنه أشهب: وإن كان له حرتان ومملوكتان فذلك جائز إن أذن له أهله. وروى عنه أشهب في نكاح أربع نسوة إنا لنقول ذلك وما ندري ما هو؟ ثم قال الشارح: وروى ابن وهب اقتصاره على اثنتين. وقال ابن الحاجب: والزائد على أربع ممتنع للحر والعبد. وقال ابن وهب: الثالثة للعبد كالخامسة للحر. التوضيح: لا خلاف بين أهل السنة في تحريم ما زاد على الأربع (لحديث غيلان الثقفي) ونحوه خلافاً لبعض المبتدعة، ووجه المشهور في إباحة الأربع للعبد عموم قوله تعالى: ﴿فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنِ وَثَلَاثٍ وَرَبَاعٍ﴾ [النساء: ٣] وقاس ابن وهب ذلك على طلاقه، ويحتمل أن يكون منشأ الخلاف اختلاف الأصوليين في دخول العبيد تحت الخطاب وعدم دخولهم اهـ. (ومن الذخيرة): تمهيد: للعبد مع الحر أربع حالات: التشطير بالحدود والمساواة كالعبادات ومختلف فيه كعدد الزوجات وأجل الإيلاء والعنة والمفقود وحد القذف، فعلى النصف في جميع ذلك عند مالك وقيل بالمساواة وسقط عنه واجب على الحر كالزكاة والحج اهـ.، ولعله يعني بالعنة الاعتراض.

وَيَثْبَعُ الْأَوْلَادُ فِي اسْتِزْقَاقِ لِأَمِّ لَا لِأَبِّ بِالْإِطْلَاقِ

قوله: (قال ابن حارث واتفقوا الخ) أي الطلاق الذي لا يرد زوجته معه إلا بعد زوج.

قوله: (لحديث غيلان الخ) حديث غيلان فيه ضعف، ونقلناه عند قول المختصر واختار المسلم أربعاً. قوله: (ومن الذخيرة الخ) لفقنا هذا على ما هو الراجح من غير اعتبار خلاف ولا ذكره بما نضه:

العبد كالحر بلا تفنيد في كل ما يرجع للتعبد

وَكِسْوَةٌ لِّحُرَّةٍ وَّنَفَقَةٌ عَلَيْهِ وَالْخُلْفُ بِتَغْيِيرِ الْمُغْتَقَةِ
وَلَيْسَ لَازِمًا لَهُ أَنْ يُنْفِقًا عَلَى بَنِيهِ أَوْ عَبْدًا أَوْ عُتَقًا

يعني أن الأولاد يتبعون أمهم في الرق والحرية، فإذا كانت أمهم حرة فهم أحرار، وإن كانت أمهم مملوكة فهم أرقاء، سواء كانوا من نكاح أو من ملك اليمين (إذا كان أبوهم قنًا) وعلى ذلك نبّه بالإطلاق والله أعلم. هذا إن كان الإطلاق راجعاً لقوله للأم، ويحتمل وهو أقرب أن يرجع لقوله لا للأب أي لا يتبعون أباهم حراً كان أو عبداً، وعلى الاحتمال الأول يستثنى من ذلك الإطلاق إذا كانوا من ملك اليمين وأبوهم حر فهم أحرار، ولا يتبعون أمهم في الرق، فهي وإن داخلتها شائبة الحرية بالحمل من سيدها الحر، لكن القاعدة أن كل من فيه شائبة رق فله حكم الرقيق الخالص، فإذا تزوج الرجل امرأة فأولاده معها تابعون لها في الرق والحرية، سواء كان هو حراً أو عبداً، وإن كانوا من ملك اليمين وأبوهم عبد فهم أرقاء، كما إذا اشترى أمة وأولدها فأولادها أرقاء لسيده، وإن اشترى الحر أمة وأولدها فأولاده معها أحرار غير تابعين لأمهم، فتلخص من هذا أن الأولاد إن كانت أمهم مملوكة لأبيهم فهم تابعون لأبيهم، وإن كانت أمهم زوجة لأبيهم فهم تابعون لأمهم، وعلى هذا الطرف الأخير تكلم الناظم رحمه الله تعالى. قال ابن حارث في أصول الفتيا: قال محمد: أصل مذهب مالك في الصبي أن حكمه في الرق والحرية حكم أبيه إن كان الفراش فراش ملك اليمين، وإن كان فراش نكاح فحكمه حكم أمه في رقتها وحريتها. وقوله: وكسوة الحرة البيت يعني أن العبد إذا تزوج حرة فإن عليه نفقتها وكسوتها كالحر (واختلف إن تزوج العبد أمة) فليل ذلك عليه وهو المشهور، وقيل ذلك على سيدها وعلى هذا الخلاف نبّه بقوله: والخلف بغير المعتقة والباء ظرفية. قال في المتيطة: قال في المدونة في العبد له زوجة حرة عليه النفقة، قال مالك: ويقال له أنفق أو طلق. قال ابن المواز: ولا خلاف في ذلك أن على العبد أن ينفق على زوجته الحرة. وفيها أيضاً: قال الشيخ أبو الحسن: ويختلف إذا كانا عبيدين، فعلى القول أنه لا

وعدد في زوجة بلا افتيات	وساقط عنه كحج وزكاة
ونصف حر له في الحدود	ونحوها كالأجل المحدود
في عنة والفقء والإيلاء	في راجح خذه بلا امتراء
وكل ذا لحكمة يعلمها	إلّهنّا سبحانه بلا انتها

(ص): ويتبع الأولاد في استرقاق إلى آخر الأبيات الثلاثة.

قوله: (إذا كان أبوهم قنًا) احترز به من ولد العبد من أمته التي تسرى بها فإنه قن، وكذا يكون ولده قنًا إذا تزوج بأمة كتزوج الحر بها، وإنما يكون الولد حراً إذا كانت أمه حرة أو كان واطيء الأمة مالكها الحر، وكذا المغرور بالحرية فولده حر، وهو قول المتن، وولد المغرور الحر فقط حر. قوله: (واختلف إن تزوج العبد أمة) والحاصل النفقة على الزوج مطلقاً حراً كان أو عبداً، كانت

نفقة على العبد للحره لا يكون لها إن كانت أمة، وعلى القول أن عليه ذلك للحره يختلف إن كانت أمة والمدبرة والمعتقة إلى أجل كالأمة. قال الشارح رحمه الله: يظهر من كلام اللخمي أن في وجوب النفقة للحره الخلاف وهو خلاف ما سبق لابن الموزان من أنه لا خلاف في ذلك فتأمل. وقوله: وليس لازماً له أن ينفق البيت (يعني أن العبد لا يلزمه أن ينفق على أولاده) عبداً كانوا أو أحراراً وعلى ذلك نبه بقوله: وليس لازماً له الخ. وعتقا بضم العين وفتح التاء جمع عتيق ووجهه ظاهر، وذلك أنهم إن كانوا أحراراً لكون أهمهم حره فتكون نفقتهم من مالهم إن كان لهم مال وإلا فعلى المسلمين، وإن كانوا مماليك لسيد أهمهم فنفتهم على سيدهم، ولا يجوز للعبد إتلاف مال سيده، وعلى هذا فصواب التعبير لا يجوز له لأنه ليس لازماً له والله أعلم. وإن كان أولاد العبد من أمته جاز له الإنفاق عليهم لأن المال لسيدة وأولاده مملوكون له أيضاً، فلم يتبرع بمال سيده بل أنفقه فيما يجب على سيده. قال في النوادر قال مالك: وليس على العبد في أولاده الأحرار ولا المماليك نفقة (ولا إرضاع) إلا أن يكونوا لسيدة اهـ.

فصل في الرجعة

وكابِتْدَاءِ مَا سِوَى الرَّجْعِيِّ فِي الإِذْنِ وَالصَّدَاقِ وَالْوَلِيِّ
وَلَا رَجُوعَ لِمَرِيضَةٍ وَلَا بِالْحَمْلِ سِنَّةَ الشُّهُورِ وَصَلَا

الزوجة حره أو أمة أو فيها شائبة من شوائب الرقية. قوله: (يعني أن العبد لا يلزمه أن ينفق على أولاده الخ) هذا هو قول المختصر في النفقة: ولا نفقة لحمل ملاءنة ولا أمة ولا على عبد إلا الرجعية. قوله: (ولا إرضاع الخ) هو داخل في النفقة.

فصل في الرجعة

(ص): وكابتداء ما سوى الرجعي إلى آخر البيتين. قال في المختصر: يرتجع من ينكح وإن بكإحرام وعدم إذن سيد طالقاً غير بائن في عدة صحيح حلّ وطؤه الخ. فقوله بكإحرام أدخلت الكاف المرض والجنون فإن ذلك مانع من الارتجاع كما إذا طلق وهو عاقل ثم جنّ، وشروط المرتجع خلط الناس فيها كثيراً، ولكن الحق فيها أن المرتجع يشترط فيه أن يكون عاقلاً، فلا رجعة لمن لا يعقل لجنون أو سكر أو صغر فقط، وأما الصبي المميز والسفيه فتصح منهما لصحة نكاحهما، والإكراه يمنع النكاح، وكذلك الرجعة والعبد والمحرم والمريض ارتجاعهم جائز، وأما نكاحهم فالمحرم نكاحه حرام وهو قول المختصر، وإحرام من أحد الثلاثة، وقال أيضاً: وهل يمنع مرض أحدهما الخ. والعبد والسفيه والصبي نكاحهم جائز بدليل صحة النكاح منهم والأصل في الصحيح الجواز، ولكن انظر الجواز في نكاح العبد عند قول المختصر: وللسيد الخ والصبي المميز إنما ذكرناه باعتبار أنه متأهل للنكاح وإلا فإنه لا يرتجع من جهة أخرى في كون وليه لا يطلق عنه إلا بعوض، وطلاقه في نفسه لا يصح وهو خارج من قول المصنف طالقاً غير بائن، وكذا صغير العبد لأنه لا يطلق عليه سيده إلا بعوض، مع أن الصبي يخرج أيضاً من قول المختصر في عدة صحيح وزوجة الصبي لا عدة لها وإن خلا بها وهو قول المختصر، ولولي

يعني أن الرجعة من الطلاق البائن كابتداء النكاح في اشتراط الإذن من الزوجة إن لم تكن مجبرة والصداق والولي والإشهاد عند الدخول، وإذا اشترط ذلك فلا رجوع للمريضة مرضاً مخوفاً ولا لحامل بلغت ستة أشهر لأنها مريضة، فلو أدخل الفاء على رجوع ليعلم كونه نتيجة عما قبله لكان أبين. قال ابن عبد الرفيغ في معين الحكام: وإذا راجع الزوج زوجته المخالعة أو المبارثة فلا بدّ من رضاها وولي وصدّاق إلا أن تكون مريضة أو حاملاً مثقلاً قد بلغت ستة أشهر فلا يجوز ذلك اهـ. ومفهوم قوله: ما سوى الرجعي أن الرجعة من الرجعي ليست كابتداء النكاح، فلا يشترط إلا كون الزوج عاقلاً بالغاً ويرتجع ولو كان محرماً أو عبداً بغير إذن سيده، لأن الزوجة ما زالت في عصمته. ابن الحاجب: وشرط المرتجع أي من الطلاق الرجعي أهلية النكاح ولا يمنع مرض ولا إحرام ويرتجع العبد بغير إذن سيده. التوضيح: يعني أن المرتجع يشترط فيه أن يكون أهلاً للنكاح فلا بدّ أن يكون عاقلاً بالغاً. وقوله: ولا يمنع مرض أي لا يمنع من الرجعة ما يمنع من ابتداء النكاح، وحاصله أن المتزوج والمرتجع يستويان في الشروط دون انتفاء الموانع ولم يمنع المرض لأن المطلقة طلاقاً رجعياً تراث، فلم يكن في ارتجاعها إدخال وارث بخلاف ابتداء النكاح. وقوله: ولا إحرام يريد سواء كانت هي محرمة أو هو اهـ. وقوله: ويرتجع العبد بغير إذن سيده لأنه لما أذن له في النكاح فقد أذن له في توابعه ولأن الرجعية زوجته اهـ.

وَزَوْجَةُ الْعَبْدِ إِذَا مَا عَتَقَتْ وَاخْتَارَتْ الْفِرَاقَ مِنْهُ طَلَّقَتْ
بِمَا تَشَاؤُهُ وَمَهْمَا عَتَقَا فَمَالَهُ مِنْ اِرْتِجَاعِ مُطْلَقَا

صغير فسخ عقده بلا مهر ولا عدة. وقوله: طالقاً غير بائن ظاهره أنه لا رجعة في البينونة كانت بخلع أم لا، كانت طليقة حاكم أو بالبتة أو بالتملك، أو بكون الطلاق قبل البناء أو بسبب عيب، وإن خالف في ذلك التونسي واللخمي، ولا يخفك ما في بعض الشروح ممّا يخالف هذا، أو طلقت ثلاثاً في دفعة أو كملت في مرار، أو بائنتين من العبد أو بردة، والمطلق عليه بالإنفاق وبعدم الفيئة في الإيلاء، لكن هذان يرتجعان بشرط إن وجد وإلا فلا كما في المختصر نفسه. ففي الإيلاء هو قوله: وتتم رجعته الخ. وفي الإنفاق هو قوله في فصل النفقة وله الرجعة إن وجد في العدة الخ. وقوله في عدة لا إن خرجت منها فلا رجعة، ويشمل ما إذا وضعت واحداً وبقي آخر فإنه يرتجع وهو قول المختصر في العدة، وعدة الحامل في طلاق أو وفاة وضع حملها كله، وقوله صحيح أي ما لا يقرّ عليه بالدخول كنكاح في السرّ، وإلا فإن دخل وأقرّ عليه لأجل الدخول كالفاسد لصدّاقه، وقوله حلّ وطؤه ظاهره مهما كان الوطاء غير حلال فلا رجعة فيه كوطء الحائض، قال ابن يونس: لأن الله تعالى نهى عن وطء الحائض فلا يكون ما نهى الله تعالى عنه حلالاً، هذا تحقيق المحل ودع عنك غيره وما شككت فيه فانظر دليله في الشرح، وإنما أتينا بهذا لأن صاحب التحفة ومن شرحها لم يأتوا بما يجدي فرأينا كتب هذه الفائدة، فادع الله تعالى لمن قرب بعد حصول التعب بالمغفرة والمسامحة لنا ولكم إنه مليك جواد رؤوف بالعباد.

(ص): وزوجة العبد إذا ما عتقت. إلى آخر البيتين.

يعني إذا كان العبد متزوجاً بأمة ثم أعتق الأمة سيدها عتقاً ناجزاً فإن لها الخيار في الإقامة مع زوجها أو مفارقتها ويحال بينه وبينها حتى تختار، فإن اختارت البقاء فلا إشكال، وإن اختارت الطلاق وقالت اخترت نفسي فهي واحدة بائنة إلا أن تنوي أكثر فيلزم ما نوت، وعلى ذلك نبه بقوله: ممّا تشاؤهُ، فإن اختارت نفسها وطلقت ثم عتق العبد فلا رجعة له عليها سواء عتق في العدة أو بعدها وعلى ذلك نبه بقوله: مطلقاً. قال في التهذيب: وإذا عتقت الأمة تحت عبد حيل بينهما حتى تختار ولها الخيار بطلقة وتكون بائنة ولا رجعة له إن عتق في العدة إن قالت حين عتقت: اخترت نفسي ولا نية لها فهي طلقة بائنة إلا أن تنوي أكثر فيلزم ما نوت، ولو طلقت نفسها أكثر من واحدة أو البتة بعد البناء لزم ولا تحل له إن طلقت اثنتين فأكثر إلا بعد زوج لأنه جميع طلاق العبد، وكذلك إن بانت بواحدة وقد تقدم له فيها طلقة، وأول قول مالك أنه ليس لها أن تختار بنفسها بأكثر من واحدة (ثم رجع) إلى أن ذلك لها على حديث بريرة ولها الخيار عند غير السلطان اهـ. فرع: فلو عتق زوجها قبل أن تختار سقط خيارها، وكذلك إن طلقها طلاقاً بائناً قبل أن تختار سقط خيارها لاستحالة وقوع الطلاق منها وهي بائنة، بخلاف الرجعية فإنها زوجة، وفي المسألة فروع، انظر التوضيح. قال رحمه الله:

فصل في الفسخ

وَفَسَخَ فَاَسِدٌ بِلَا وِفَاقٍ بِطَلْقَةٍ تُعَدُّ فِي الطَّلَاقِ
وَمَنْ يَمُتْ قَبْلَ وَقُوعِ الْفَسْخِ فِي ذَا فَمَا لِإِرْثِهِ مِنْ نَسْخِ
وَفَسْخُ مَا الْقَسَادُ فِيهِ مُجْمَعٌ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ طَلَاقٍ يَقَعُ
وَتَلَزَمَ الْعِدَّةُ بِاتِّفَاقٍ لِمُبْتَنَى بِهَا عَلَى الْإِطْلَاقِ

اشتملت الأبيات الأربعة على أربع مسائل. الأولى: أن النكاح الفاسد المختلف فيه بين العلماء (في صحته وفساده) إذا أريد فسخه فإنما يفسخ بطلاق مراعاة لمن يقول بصحته وعلى ذلك نبه بالبيت الأول. الثانية: إذا مات أحد الزوجين في هذا النكاح المختلف في

قوله: (ثم رجع الخ) المرجوع إليه هو المذهب، وإنما يجوز لها أن تختار في واحدة أو اثنتين ابتداء ويلزم ما اختارته لأن النص جاء في هذه الأمة ولم يأت في المطلقة نفسها لعيب ونحوه، فإن بريرة ثبت أنها قضت بالبتات ولم ينكر عليها ﷺ، وكذا لا تحتاج إلى الرفع للحاكم للنص فيها، ومن قال لا يجوز أن تقضي بالبتات أولاً لكن يلزم بعد الوقوع والنزول فذلك غير الراجح كما بينا ذلك في الشرح فانظره ففيه فوائد جمعة.

فصل في الفسخ

(ص): وفسخ فاسد بلا وفاق. إلى آخر الأبيات الأربعة.

قوله: (في صحته وفساده) حسن ليدخل الشغار المتفق على أنه لا يجوز ولكن اختلف في

صحته وفساده قبل وقوع الفسخ فإنهما يتوارثان كالصحيح ما لم يكن الفسخ لحق الورثة في الإرث فلا إرث ككنكاح المريض وعلى ذلك نبه بالبيت الثاني. **والثالثة:** إذا كان فساد النكاح متفقاً عليه فإنه يفسخ بغير طلاق وهو مفهوم الأولى وعلى ذلك نبه بالبيت الثالث. **الرابعة:** إذا فسخ النكاح بعد البناء فتجب فيه العدة باتفاق في المتفق على فساده والمختلف فيه لقوله على الإطلاق. أما الأولى والثانية وهما فسخ المختلف فيه بطلاق وثبوت الإرث فيه فقال ابن حارث في أصول الفتيا: كل نكاح كان فيه اختلاف ودخلت في تحريمه الشبهة فالولد فيه يلحق وفسخه بطلاق، ومن مات من الزوجين قبل الفسخ ورثه الباقي اهـ. وحكى ابن الحاجب في تمييز ما يفسخ بطلاق مما يفسخ بغير طلاق قولين: أحدهما: قال أكثر الرواة إن كل نكاح كان للزوج أو للزوجة أو للولي إمضاءه وفسخه ففسخه بطلقة بائنة، وما كانوا مغلوبين على فسخه ففسخه بغير طلاق، فالأول ككنكاح الأجنبي يرده الولي فالخيار فيه للولي، وإذا كان بالزوجة عيب فالخيار للزوج أو به عيب فالخيار للزوجة. ثم مثل للثاني وهو ما كانوا مغلوبين على فسخه بولاية المرأة والعبد ونكاح الشغار والمريض والمحرم بحج أو عمرة وكالصدوق الفاسد قبل البناء وكالمجمع على فسخه. **القول الثاني:** قال (روي عن مالك ورجع إليه ابن القاسم) أن ما اختلف في إجازته وفسخه ففسخه بطلاق كولاية المرأة والعبد ونكاح الشغار ونكاح المريض والمحرم وكالصدوق الفاسد قبل البناء وما اتفق على فسخه ففسخه بغير طلاق كالخامسة وأخت المرأة أو عمتها أو خالتها. قال: وما فسخ بطلاق (يقع به التحريم) أي تحريم المصاهرة من كونها تحرم على أبائه وأبنائه، وتحرم عليه أمهاتها وبناتها، ويقع فيه الطلاق إذا أوقعه الزوج قبل الفراق، وتقع به الموارثة إذا مات أحدهما قبل الفسخ إلا أن يكون الفسخ لحق الورثة ككنكاح المريض فلا إرث فيه لأننا لأجل الإرث فسحناه، وأما ما يفسخ بغير طلاق فلا يقع فيه طلاق إذا أوقعه الزوج قبل الفراق ولا تقع فيه موارثة اهـ. بالمعنى وزيادة بعض الكلمات للبيان. وقد اشتمل كلام ابن الحاجب هذا على المسائل الثلاثة الأولى، **فالأولى:** هي قوله في القول الثاني إن ما اختلف في إجازته وفسخه ففسخه بطلاق. **والثانية:** هي قوله فيه أيضاً ما فسخ بطلاق تقع به الموارثة. **والثالثة:** هي قوله فيه أيضاً وما لم يختلف في فسخه ففسخه بغير طلاق وهو تصريح بمفهوم الأولى، وإنما جلبنا كلام ابن الحاجب بجملة لما اشتمل عليه من الفوائد والمثل. قال في التوضيح ما حاصله: وقد تبين لك من كلام المصنف أن كل ما يفسخ بطلاق على القول الأول وهو ما لأحد الثلاثة فسخه وإجازته فإنه يفسخ بذلك أي بطلاق، وعلى القول الثاني أن ما اختلف فيه يفسخ بطلاق لأن ما لأحد الثلاثة فسخه من المختلف فيه وليس كل ما يفسخ بطلاق على القول الثاني

صحته وفساده. قوله: (روي عن مالك ورجع إليه الخ) على هذه الطريقة مرّ في المختصر حيث قال: وهو طلاق إن اختلف فيه الخ، وهو الذي يظهر رجحانه، ولكن ليس هذا المحل محللاً لبسط الكلام في ذلك، فانظر بسطه إن شئت في الشرح، وإن قنعت بهذا فأنت وذاك ولكن لا قناعة في العلم. قوله: (يقع به التحريم) من المعلوم أن العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات

وهو المختلف فيه يفسخ به على الأول فيكون لأحد الثلاثة فسخه، (فإن نكاح الشغار) ونكاح المحرم مثلاً يفسخ بطلاق لكونه مختلفاً فيه وليس للثلاثة فيه خيار، فكل ما لأحد الثلاثة فسخه مختلف فيه، وليس كل مختلف فيه لأحد الثلاثة فسخه والله أعلم. وأما المسألة الرابعة، وهي النكاح الفاسد إذا فسخ بعد البناء فقال: تجب فيه العدة (لا الاستبراء) متفقاً على فساده أو مختلفاً فيه، وعلى ذلك نبه بقوله: ويلزم العدة باتفاق لمبتنى بها على الإطلاق. قال في المقرب قلت له: أرأيت إن كان النكاح فاسداً ودخل بها زوجها ثم فرق بينهما وتصادقا على ترك المسيس أعليها عدة؟ قال: نعم كالعدة من النكاح الصحيح ولا تصدق على العدة، ألا ترى أنها لو جاءت بولد ثبت نسبه إلا أن ينفيه بلعان ولا صداق لها لأنها لم تدعه انتهى. فقوله: لا تصدق على العدة أي لا تصدق في عدم المسيس فتسقط عنها العدة بل العدة لازمة لأن الحق لله تعالى، وإنما تؤاخذ به في أنها لا صداق لها لإقرارها أنها لم تمس فلا تستحق صداقاً، وإطلاق الشيخ رحمه الله القول بلزوم العدة للمبتنى بها يظهر أنه موافق على ذلك لما تقدم عن المقرب، ويظهر من قوله على الإطلاق أنه سواء كان النكاح فاسداً أو مختلفاً فيه أو مجمعاً عليه، فأما المختلف فيه فلا إشكال في ذلك ونص المقرب المتقدم يشهد له، وأما المجمع عليه فيظهر من كلام كثير من الفقهاء عدم لزوم العدة فيه وإنما يجب فيه الاستبراء، ويظهر من المقرب أنه تجب فيه العدة لقوله: وإن علم بذلك أي بفساد النكاح كأخته من الرضاع قبل موت زوجها وفرق بينهما فعليها العدة وسبيلها فيها سبيل النكاح الصحيح في السكنى والنفقة وجميع ذلك قول مالك اهـ. فصح إطلاق الناظم وجوب العدة في الفاسد بقسميه، وعلى ما يظهر من كلام كثير من الفقهاء يكون إطلاق العدة في فسخ النكاح المتفق على فساده مجازاً يراد به الاستبراء. وفي الرضاع في شرح قول ابن عرفة: العدة مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه ما نصه: فإن قلت: أطلق الشيخ في قوله لفسخه فظاهره أن النكاح الفاسد إذا فسخ تجب فيه العدة ولو كان مجمعاً على فساده. قلت: كذلك وقع في إطلاق ابن الحاجب، وقال شارحه: هو مذهب المدونة لأنه قال فيها وما فسخ من نكاح فاسد أو ذات محرم فالعدة في ذلك كله كالعدة في الصحيح ونقل الشيخ عن اللخمي أنه إن كان

يحرم البنات فانظر قوله: وتحرم عليه أمهاتها وبناتها. قوله: (فإن نكاح الشغار الخ) أشرنا إلى الجواب عنه قريباً. قوله: (لا الاستبراء) يأتي في فصل العدد أن الحيس من أجل النكاح الفاسد ولو مجمعاً على فساده حيث يدرأ الحد فيه للشبهة من كونه لم يعلم، ونقله هذا شارح بعيد هذا هو عدة لا استبراء، فكلام هذا شارح حسن. وما يذكره هذا شارح من التردد^(١) قريباً فالراجح هو ما ذكرناه، وانظر كلام الناس في ذلك عن المدونة وغيرها صدر العدة في الشرح.

(١) قوله: «وما يذكره هذا شارح من التردد الخ» كذا بالأصل لم يذكر الخبر فلعل المناسب أن يقال هو خلاف ما ذكرناه. اهـ. مصححه.

مجمعاً على فساده فثلاث حيض وقيل حيضة، وإن كان مختلفاً فيه فثلاث، وعندني أن ذلك كله إذا لم يكن عالماً بالتحريم المجمع عليه فإنه ليس بنكاح والرسم يدل عليه لأنه نكاح ففسخ والله أعلم، اهـ. كلام الرضاع.

بَابُ النَّفَقَةِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهَا

ابن عرفة: النفقة ما به قوام معتاد حال آدمي دون سرف. الرضاع: قوله ما به قوام معتاد حال آدمي أخرج به ما به قوام معتاد غير آدمي وما ليس معتاداً في حال الأدمي لأنه ليس بنفقة شرعاً، وأخرج بقوله دون سرف السرف فليس بنفقة شرعاً الخ ولا يحكم الحاكم به، والمراد هنا بالنفقة النفقة التي يحكم بها. (وفي دخول الكسوة) في النفقة خلاف مشهور ذكره ابن سهل وغيره، وعليه من التزم نفقة رجل هل تجب عليه كسوته وهو قول ابن زرب أو لا تجب وهو قول ابن سهل وابن رشد وغيرهم؟ قال ابن رشد: لأن النفقة وإن كانت من ألفاظ العموم فقد تعرفت عند أكثر الناس بالطعام دون الكسوة. قال الشارح رحمه الله تعالى ما حاصله: إن النفقة موضوعة للطعام والكسوة ثم تخصصت عندنا عرفاً بالطعام فقط اهـ. وقوله: وما يتعلق بها الذي يتعلق بالنفقة ما يجب منها للمطلقات وما يلحق بها من كسوة وإسكان وحكم المعسر بها.

وَيَجِبُ الْإِنْفَاقُ لِلزَّوْجَاتِ
وَالْمَقْرُورَاتِ وَالزَّوْجَاتِ
فِي الدُّكُورِ لِلْبُلُوغِ يَتَّصِلُ
وَالْحُكْمُ فِي الْكِسْوَةِ حُكْمُ النَّفَقَةِ
فِي كُلِّ حَالَةٍ مِنَ الْحَالَاتِ
عَدَمَ مَالٍ وَاتِّصَالَ لِلْأَمْدِ
وَفِي الْإِنَاثِ بِالدُّخُولِ يَنْفَصِلُ
وَمَوْنَ الْعَبْدِ تَكُونُ مُطْلَقَةً

ذكر في هذه الأبيات أسباب وجوب النفقة وشروطها وأسبابها كما قال ابن الحاجب ثلاثة: النكاح والقرباة والملك، فتجب في النكاح بالدخول أو بالدعاء إلى الدخول وليس أحدهما مريضاً مرض السيق والزوج بالغ والزوجة مطيقة للوطء كذا في ابن الحاجب، وجعل في التوضيح السلامة من المرض والبلوغ في الزوج وإطاقة الوطء في الزوجة شروطاً في الدعاء للدخول، فإذا دعي إليه وقد اختل أحد هذه الشروط فلا تجب، أما إن دخل فتجب النفقة بغير شرط وجعلها اللقائي شرطاً في الدخول وفي الدعاء إليه فلا تجب نفقة الزوجة ولو دخل بها إلا إذا بلغ الزوج وأطاعت الزوجة الوطء ولم يعضده بنقل.

بَابُ النَّفَقَةِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهَا

قوله: (وفي دخول الكسوة الخ) قدمنا أن الراجح لا تدخل الكسوة في النفقة خلاف ما رجحه ابن عرفة عند قول الناظم: وما امرؤ لزوجة يلتزم الخ فافهم وذلك هو الحق بدليل كلام الناس، انظره إن شئت صدر النفقة في الشرح.

(ص): ويجب الإنفاق للزوجات. إلى آخر الأبيات الأربعة.

(والظاهر أنه شرط في الدعاء فقط) كما في التوضيح. ابن الحاجب: وتعتبر بحال الزوج والزوجة والبلد والسعر وتجب نفقتها كانت غنية أو فقيرة حرة أو أمة، كان الزوج حراً أو عبداً، وعلى ذلك نبّه بقوله: في كل حالة من الحالات. ابن سلمون: وعلى العبد نفقة زوجته الحرة وكسوتها طول بقائها في عصمته من كسبه ولا يمنعه سيده من ذلك، وإن كانت الزوجة أمة فنفتها كذلك على زوجها حراً كان أو عبداً، بوأها معه السيد بيتاً أم لا. وقال أشهب: لا نفقة لها على الزوج بحال وهي على السيد، وقيل بالفرق بين أن يبوئها سيدها مع زوجها بيتاً فتلزم الزوج أو لا يبوئها فتسقط عن الزوج، انظر تمام كلامه. (وأما نفقة القرابة) فعلى الأولاد الصغار الذين لا مال لهم على الذكور حتى يحتلموا ولا زمانة بهم، وعلى الإناث حتى ينكحن ويدخل بهن أزواجهن، وعلى الأبوين الفقيرين بشرط الحرية في المنفق والمنفق عليه. وأما المملوك فنفتته على مالكة ولا تجب عليه نفقة أولاده ولا نفقة أبويه إذ ليس له إتلاف مال سيده، ولا يطلبه أبوه أو ابنه بالنفقة عليه لأن ذلك على سيده، وعلى استمرار نفقة الأولاد إلى الأمد المذكور نبّه بقوله: واتصال للأمد، ثم فسّر ذلك الأمد بقوله: ففي الذكور للبلوغ يتصل وفي الإناث بالدخول ينفصل. ابن الحاجب: وتجب على الأب الحر نفقة ولده الفقير على قدر حاله ونفقة الذكر حتى يحتلم عاقلاً غير زمن بما يمنع التكسب، وقيل حتى يحتلم والبنت حتى يدخل بها الزوج، ولو أسلم بعد البلوغ وبقيت كافرة ولو عادت بالغة أو عادت الزمانة للذكر لم تعد ثم لهما أن يذهبا حيث شاء إلا أن يخاف سفه فيمنعهما الأب أو الوصي. التوضيح: واحترز بوصف الأب بالحرية من أن يكون الأب عبداً أو فيه شائبة من شوائب الحرية فلا نفقة لولده عليه، وكذلك لا نفقة للولد الرقيق على أبيه وشرط في نفقة الولد أن يكون فقيراً، وأما إن كان له مال قال في المدونة: أو يكون اكتسب ما يستغني به فلا تجب نفقته، وكذلك إن كان لبنت ما تستغني به فلا تجب نفقتها، فإن كانت الصنعة لا تكتفي أعطيت تمام الكافية. اللخمي: وإذا كسدت الصنعة عادت النفقة على الأب واشترط هنا الفقر ولم يشترطه في الزوجة لأن نفقة الولد مواساة بخلاف نفقة الزوجة فإنها معاوضة. وقوله: ولو أسلم بعد البلوغ أي ولو أسلم الأب بعد بلوغ ابنته البكر وبقيت هي كافرة فلا تسقط نفقتها، وذكرها لثلاث يتوهم خروجها لاختلاف الدينين، وكذلك نص اللخمي على الوجوب في عكس هذه الصورة أعني إذا أسلمت بعد بلوغها وبقي هو كافراً لم تسقط نفقتها عنه لأنه حكم بين مسلم وكافر. وقوله: ولو عادت بالغة الخ يعني فلو زوج ابنته الصغيرة ثم طلقها زوجها أو مات عنها وعادت إلى أبيها بعد البناء بالغة لم تعد نفقتها على الأب. مالك: فإن طلقت

قوله: (والظاهر أنها شرط في الدعاء فقط) هذا تبع فيه ابن عاشر في حاشيته على المختصر وهو كلام صحيح، وأتينا بدليله في الشرح وإن لم يأت به ابن عاشر، وما ذكره هو الذي عليه الناس فإن التشاح في الإنفاق غالباً إنما هو عند إزادة الدخول، وأما حدوث ما يمنع الوطاء بعد الدخول فإنه لا يعتبر في إسقاط النفقة ولا يعتدون إلا وجوبها والحمد لله. قوله: (وأما نفقة القرابة الخ) كلامه في النفقة بالقرابة حسن مطابق لكلام الناس. قوله: (متزوجة كانت الأم أو غير متزوجة) أي ولا

قبل البناء فهي على نفقتها. ومفهوم كلام المصنف أنها لو عادت غير بالغة لوجب على الأب الإنفاق وهو قول سحنون قال: تعود نفقتها ولا يسقطها بلوغها بل حتى تتزوج زوجاً آخر، وقال غيره: لا تعود أصلاً، وقيل: تعود إلى أن تبلغ فتسقط، قال: ولا تسقط النفقة لترشيده لابنته. وقوله: أو عادت الزمانة للذكر يعني إن بلغ الابن زمناً وقلنا باستمرار نفقته على المشهور ثم صحَّ وحكمنا بسقوط نفقته ثم زمن فإن النفقة لا تعود إلى الأب اهـ. وفي المقرب: قلت له: رأيت الصبي الصغير إن كان له مال وأبواه معسران أينفق عليهما من مال هذا الابن؟ قال: قال مالك ينفق عليهما من مال الولد صغيراً كان أو كبيراً، ذكراً كان أو أنثى، (متزوجة كانت الأم أو غير متزوجة اهـ). وقوله: والحكم في الكسوة حكم النفقة يعني أن حكم الكسوة حكم النفقة فحيث تجب النفقة تجب الكسوة وحيث لا فلا أجرة على ما تقدم. وقوله: وموّن العبد تكون مطلقاً أي على سيده ومؤنته نفقته وكسوته، وهذه إشارة إلى السبب الثالث من أسباب النفقة وهو الملك. ابن الحاجب: وتجب نفقة ملك اليمين والأبوع عليه. التوضيح: تصوره ظاهر.

فرع: إذا تبين ضرره بعبدته في تجويعه وتكليفه من العمل ما لا يطيق وتكرر ذلك منه بيع عليه اهـ. وفي الرسالة: وعليه أن ينفق على عبيده ويكفئهم إن ماتوا.

وَمُنْفِقٌ عَلَى صَغِيرٍ مُطْلَقًا
عَلَى أَبٍ أَوْ مَالِ الْإِبْنِ وَأَبِي
وَيَرْجِعُ الْوَصِيَّ مُطْلَقًا بِمَا
وَعَبْرٌ مُوَصِّئٌ يُثْبِتُ الْكِفَالَهٗ
لَهُ الرَّجُوعُ بِالَّذِي قَدْ أَنْفَقَا
إِلَّا بَعْلَمَ الْمَالِ أَوْ يُنْسِرِ الْأَبَ
يُنْفِقُهُ وَمَا الْيَمِينُ أَلْزَمًا
وَمَعَ يَمِينٍ يَسْتَحِقُّ مَالَهُ

تنحصر النفقة في ثلثها فقط^(١) أي لأن هذا أمر واجد عليها فلا ينحصر في ثلثها كما في النص.

(ص): ومنفق على صغير مطلقاً. إلى آخر الآيات الأربعة. فائدة: تشمل على أمور وأحكام كثيرة في المنفق على غيره أو المنفق من مال غيره على نفسه، وقد نظمت ذلك وشرحته، ونصّ النظم هو هذا:

ومنفق على صغير دون ميين
فسي عينه يرجع لا ما جردا
ويسر والد كمال سبقا
إن لم يكن لصلة فيما شهر
وكل من يرجع حلفه يجب
وزوجة بأكل زوج علمت
مع علمه له بمال غير عين
مع نية الرجوع فافهم ما بدا
كمنفق على كبير مطلقا
لحكمة قد وجدت من مقتدر
إن لم يكن أشهد فافهم ما انتخب
من مالها مع كونها قد سكتت

(١) قوله: «ولا تنحصر النفقة في ثلثها الخ» الفرض أن الإنفاق جار على الأم الفقيرة من مال ولدها فلا وجه إذن لهذا التعبير المفيد عكس الموضوع فتأمل، ا.هـ. مصححه.

يعني أن من أنفق على صغير سواء كان له أب أو يتيماً وهو مراده بالإطلاق فإن له الرجوع بما أنفق، ويكون رجوعه في مال الصبي إن كان له مال وعلم به المنفق، أو في مال الأب إن كان موسراً وعلم المنفق بيسره، وهذا معنى البيتين الأولين، فإن كان لكل منهما مال رجع في مال الصبي. قال ابن رشد: إن كان للصبي ذي الأب أو لليتيم مال فللمنفق عليهما الرجوع عليهما في أموالهما إن كانت له بالنفقة بينة، وإن لم يشهد أنه إنما ينفق ليرجع به بعد يمينه أنه إنما أنفق عليهما ليرجع في أموالهما لا على وجه الحسبة ويسر أبي الولد كماله، وروى محمد بن يحيى السبئي أن لا رجوع في أموالهما إلا أن يكون أشهد أنه إنما أنفق ليرجع بذلك، وهذا إذا أنفق وهو يعلم مال اليتيم أو يسر الأب،

كمنفق على كبير سلفاً	فهاكها مصحوبة بالاكتفا
والعين ههنا إذا ما عسرا	تناول لها كعرض قد جرى
وسرف يلغى بلا تقيد	في كل ما مرّ بلا تفند
ثم لقيط حكمه في المختصر	في بابه المعلوم فافهم ما ظهر
وأكلها من مالها والولد	فانظره في التفليس يا من يقتدي

فقوله في النظم: ومنفق على صغير مطلقاً مراده بالإطلاق كان الصغير ذكراً أو أنثى، ربيياً أو أجنبياً منه بالكلية، كان المنفق أباً أو أماً أو وصياً وهو كذلك، وكذلك إذا أنفقت الأم حاضته كانت أم لا، وكذلك الكافل الأجنبي، وهذا كله يشمله النظم وهو كذلك عند الناس، والكلام فيمن هو غير ملتزم الإنفاق وإلا فلا رجوع كما لا يخفى. وقوله دون مين أي لا مع الشك وهو قولهم: يثبت أنه أنفق على الصغير أو يثبت الكفالة، وإثبات الإنفاق يكون بأمر، ومهما حصل إنفاق بلا شك فالرجوع ولذلك عبرنا بقولنا دون مين وقوله مع علمه الخ. وأما إن أنفق وهو غير عالم بماله ثم ظهر ماله أو لم يكن له مال وتجدد له بعد الإنفاق فإنه لا رجوع لأنه يحمل الإنفاق على الاحتساب. وقوله: غير عين يأتي كلام فيه عند قوله في البيت الثامن والعين ههنا. وقوله: في عينه يرجع لا ما جدداً أي لا فيما جدداً، والتجدد تارة يكون بعد تمام الإنفاق ولا إشكال في عدم الرجوع فيه، وأما إن تجدد بعد الإنفاق عليه مدة ثم علم به وتمادى على الإنفاق فإن إنفاقه بعد علمه يكون في المال المتجدد لا إن لم يعلم وهذا ظاهر. وقوله: مع نية الرجوع الخ أي لا إن أنفق احتساباً فإنه لا يرجع، وقول الناظم مع نية الرجوع ظاهره أنه إذا أنفق ولا نية له في الاحتساب ولا الرجوع أنه لا يرجع، وهذا ظاهر كلام الناس، وما في الشيخ ميارة عن العبدوسي لا يظهر أصلاً مع أن أنقال الشيخ ميارة ظاهرة غاية أو صريحة في خلاف ما قاله العبدوسي. وقوله: ويسر والد الخ أي هو كمال الصبي إن علم به المنفق رجع وإلا فلا. وقوله: كمنفق على كبير مطلقاً أي كان له مال أم لا علمه المنفق أم لا، والفرق بينه وبين الصغير أن الكبير واجب عليه التكسب لنفقة نفسه وإلا أثم فقام عنه المنفق بواجب، ولا كذلك الصغير حيث لا مال له وإنما وجوب نفقته على ماله، فإن وجد المال أخذ منه وإلا فلا وهذا معنى قوله: لحكمة الخ. وقوله: إن لم يكن لصلة أي إذا أنفق على كبير لأجل الصلة له والاحتساب فلا رجوع له عليه والأصل عدم الصلة. وقوله: كمنفق يدخل إنفاق الزوجة على زوجها وهي محمولة على عدم الصلة أيضاً وكذا تحلف، وقد قال في المختصر: ورجعت بما

ولو أنفق عليهما ظاناً أنه لا مال لليتيم ولا للابن ولا لأبيه ثم علم ذلك فلا رجوع وقيل له الرجوع والقولان قائمان من المدونة. وسمع سحنون من ابن القاسم من غاب أو فقد فأنفق رجل على ولده فقدم أو مات في غيبته وعلم أنه كان عديماً لم يتبعه بما أنفق. قال ابن رشد: لأن الولد إذا لم يكن لأبيه ولا له مال فهو كاليتيم النفقة عليه احتساباً. قال المتيطي: يرجع بستة شروط: أن يكون للصبي مال حين الإنفاق، وأن يكون قد علم به المنفق، وأن يكون ماله غير عين، وأن ينوي المنفق الرجوع بنفقته، وأن يحلف على ذلك، وأن تكون النفقة غير سرف، اهـ. من شرح الرسالة للفلشاني بتقديم وتأخير وبعض اختصار. وفي المقرب: قلت: فمن كفل يتيماً له مال فأنفق عليه ثم قال إنما أنفقت عليه لأرجع به في ماله فإن ذلك له، وسواء أشهد على ذلك أو لم يشهد وهو قول مالك. قلت: فلو أن رجلاً غاب عن أولاد له صغار فأنفق عليهم رجل من غير أن يأمره والدهم

أنفقت عليه أي الزوج غير سرف وإن معسراً كمنفق على أجنبي إلا لصله. وقوله: إلا لصله راجع إليهما وكذا استغلال الزوج مالها وهي ساكنة عالمة فهو بمنزلة أخذ مالها، ولا بد من يمينها فيما أخذه زوجها أو استغله أنها ما سكنت مسقطه لحقها ونحو ذلك، ولكن المرأة إذا أنفقت على زوجها فإنها ترجع عليه وإن كان معسراً كما رأيت في المختصر، بخلاف إنفاقها على ولدها منه فإنها لا ترجع على الوالد إلا إذا كان غنياً لأن غناه بمنزلة مال الصبي، وكذا إنفاقها على زوجها والزوج معسر فإنها لا ترجع عليه به وإنما لها التطليق أو البقاء بلا إنفاق، وهذا كله مبين عند قول المتن: وحاصت الزوجة بما أنفقت وبصداقها الخ. وقوله: وكل من يرجع الخ يشمل جميع ما تقدم حتى المنفق على الكبير وهو كذلك، وكذا الزوجة فيما أنفقته على الزوج. وقوله: إن لم يكن أشهد مفهومه أنه إذا أشهد أنه لا يحلف وهو كذلك، وظاهر النظم أن الوصي ونحوه يحلف وهو كذلك، وابن عاصم مرّ على عدم حلفه لأنه مأمور بالإنفاق والمسألة خلافية، ولكن اليمين تناسب الزمان والأيام يحتاط لها. وقوله: وزوجة الخ معناها أن الزوج إذا أكل مال زوجته وهي عالمة ساكنة فإنها ترجع بذلك على زوجها كما يرجع المنفق مع الكبير مع اليمين مع كون الرجوع منها في هذا أخرى من الرجوع فيما أنفقته عليه، لأن الإعطاء منها له أقرب إلى الإسقاط من سكوتها عالمة عند أخذه لمالها، ولذلك صاحب المختصر لم يذكر هذا وذكر الأول. وقوله: والعين ههنا الخ حاصل هذا أن المنفق على الصغير إذا كان له من مال غير عين فإنه يرجع إن أنفق عالماً، وأما إن كان له ناض فإن لم يكن يقدر على الإنفاق منه أصلاً أو إلاً بمشقة فهو كالعرض، وإن كان يتأتى من الناض الإنفاق فهو الذي لا يرجع معه، وهكذا بين المسألة من حقق الكلام فيها، لأن الرجوع بالإنفاق إنما هو حيث لم تقم قرينة على الاحتساب وإلاً فلا رجوع، والاحتساب يبعد من المنفق، مع التأتى للمنفق أن ينفق من ناض المنفق عليه، مع أن هذا التفصيل في العين وغيرها إنما يظهر فيمن تحته مال الصغير كالوصي، وأما إذا كان للصغير ناض تحت يد أبيه أو وصيه وأنفق عليه أجنبي يعلم ذلك فإنه يرجع عليه، ولكن ربما يؤخذ هذا من قولنا: هذه عين لا يتأتى الإنفاق منها، وانظر نصوص العلماء في الشرح فإنما فرّقوا بين العين وغيرها في الوصي فقط. وقوله: وسرف يلغى الخ هو ظاهر في نفسه. وقوله: ثم لقيط الخ أشار إلى قوله في كتاب اللقطة: ووجب لقط طفل نبذ كفاية وحضانته ونفقته إن لم يعط من الفيء إلا أن يملك كهبة إلى قوله: ورجوعه على أبيه إن طرحه عمداً الخ.

بالنفقة عليهم ثم قدم والدهم أيكون لهذا الرجل أن يتبعه بما أنفق؟ قال نعم إذا كان الأب موسراً يوم أنفق عليهم إذا قال أنفقت عليهم على وجه السلف وحلف على ذلك وكانت له أيضاً بيعة بالإنفاق. وفي النوادر وقال ابن القاسم: ومن أنفق على صبي على الحسبة ثم ظهر أن له أباً موسراً لم يتبعه بشيء إلا أن يعلم أن الأب تعمد ذلك بهم.

فرع: من أنفق على يتيم ووجب له الرجوع عليه هل يكلف يمين القضاء على أنه لم يقبض إنفاقه من مال اليتيم ولا أسقطه لإمكان أن يصل إليه ذلك من حيث لم يعلمه القاضي، لأن القضاء على اليتيم كالقضاء على الغائب، وانظر في مسائل المحجور من كتاب ابن سهل هذا في غير الوصي، وأما الوصي فقد لا يكون عليه يمين القضاء لأنه مأمور بالإنفاق على اليتيم ليرجع به في ماله، وسواء أنفق من مال نفسه أو من مال اليتيم هو قائم بما أنفق بخلاف غيره من الطرر. فرع: وفي طرر ابن عات قال بعض المفتين في المرأة تتزوج ويتطوع زوجها بنفقة ابنها ثم تريد الرجوع بها على ابنها في حياته أو بعد وفاته وكان له مال وقت الإنفاق فإنها لا رجوع لها عليه لأنه معروف من الزوج وصلة للريب، والأم لم تترك على ذلك من حقها شيئاً أه. قال مقيد عفا الله عنه: وقد قلت في ذلك بيتاً وهو:

ومن بإنفاق الريب طاع لا رجوع للأم على ابن فاقبلا

وقول: وأكلها من مالها والولد فانظره في التفليس يا من يقتدي. أشار بهذا إلى قوله في كتاب الفلاس: وحاصت الزوجة بما أنفقت وبصداقها كالموت لا بنفقة الولد، والحاصل نفقتها ترجع بها وتحاص، ونفقة الولد ترجع بها ولا تحاص، لأن نفقتها على نفسها أوجب بدليل أنها تسقط بها الزكاة فافهم. والحاصل هذه أمور قليلة واختصرناها من شرحنا فمن اكتفى بها كفته، ومن أراد التوسع فلينظر الشرح عند قول المتن: وعلى المنفق إن كان له مال. وعند قوله: ورجعت بما أنفقت عليه في كتاب النفقة. وعند قوله في كتاب الفلاس: وحاصت الزوجة الخ، فإنه إذا نظر تمتع بما يقف عليه إن كان وقوعاً في تحصيل العلوم والله المعين. وذكر ابن رشد كلاماً طويلاً فيمن كان والده ينفق عليه ثم مات الوالد هل يحاسب الولد بالنفقة أم لا؟ ومحصله أن المسألة على أربعة أقسام: إن كان مال الولد عيناً ووجد على حاله فإن كتب الإنفاق أي الفرض فلا يحاسب إلا أن يوصي به وإن لم يكتب فلا حساب وإن أوصى به، وإن كان عرضاً ووجد على حاله أيضاً فإن كتب الفرض حوسب الولد، وإن أوصى بعدم المحاسبة وإن لم يكتب ما ذكر فالحساب إلا أن يوصي بعدمه، وأما إن استهلك الأب المال فالحساب كتب أو لا، إلا أن يكتب للابن ذكر حق أشهد له فيه فلا حساب، وظاهره في هذا القسم كان المال عرضاً أو عيناً وهو ظاهر، وإن لم يصل المال ليده عرضاً كان أو عيناً فهو بمنزلة العرض إذا كان بيده وقد تقدم حكمه، وقد لفتت ذلك بما نصه:

إن كان مال ولد قد وجدا	بحاله بلا ذهاب قد بدا
فإن يكن عيناً ولا كتباً لعلم	فلا حساب مطلقاً فيما فهم
فإن يكن كتباً ووالد عهد	بتركه وإن يكن عرضاً وجد
فإن يكن كتب حساب وجبا	بلا تقييد على ما صوبا

تنبيه: تقدم أن المنفق على الصغير إذا لم يشهد أنه إنما أنفق ليرجع فإنه يحلف على ذلك ويرجع، وكذلك يرجع إذا أنفق ولم ينو رجوعاً ولا عدمه فإنه يحلف أنه لم ينو رجوعاً ولا عدم الرجوع ويرجع، نقله صاحب المعيار في أثناء جواب العبدوسي بعد كراسين من نوازل الأحباس قوله:

ويرجع الوصي مطلقاً بما ينفقه وما اليمين ألزماً
وغير موص يثبت الكفاله ومع يمين يستحق ماله

يعني أن الوصي إذا أنفق على محجوره فإنه يرجع عليه بما أنفق، سواء أشهد أنه أنفق ليرجع أو لا، كانوا في حضانته أو لا، وهو مراده بالإطلاق، فإن لم يشهد فلا يمين عليه في ذلك لأنه مأمور بالإنفاق عليه فيصدق في قصد الرجوع، وعلى سقوط اليمين تبه بقوله: وما اليمين ألزماً، فما نافية أي لم يلزمه الشرع يميناً على ذلك. قوله: وغير موص البيت هو تفصيل لما أجمل في قوله صدر المسألة: ومنفق على صغير مطلقاً، وحاصله أن المنفق على الصغير إن كان وصياً عليه فله الرجوع مطلقاً كانوا في حضانته أو لا إن لم يكن وصياً، وإنما يرجع إذا أثبت أنهم في كفالته وحلف أنه أنفق ليرجع وأن النفقة من عنده. وفي كتاب الاستغناء: قال المشاور في رجل تزوج امرأة لها أولاد وكان الأولاد مع أمهم على مائدة الزوج وفي بيته وداره زماناً ولهم أصول ودور فلما بلغوا قام يطلبهم بالنفقة فأنكروه وقالوا لم نأكل إلا ما لنا، وأقام الزوج البينة أنهم كانوا على مائدته ولا يعلمون الإنفاق ممن كان منهم أن القول قول الزوج الحاضر المنفق بيمينه ويرجع بذلك في غلة أصولهم، وفي الأصول إن لم تف الغلات بذلك فإن شرط له بعد ذلك عليهم شيء لم يكن له إبتاعهم به اهـ. نقله ابن سلمون.

فَصْلٌ فِي التَّدَاعِي فِي النَّفَقَةِ

وَمَنْ يَغِبْ عَن زَوْجَةٍ وَلَمْ يَدَعْ نَفَقَةً لَهَا وَيَعْدَ أَنْ رَجَعَ
نَاكِرَهَا فِي قَوْلِهَا لِلْحَجِينِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ الْيَمِينِ

وحيث لا كتب ولا عهد ذكر فتركه الحساب أمر قد شهر
ووالد فوت مسال السولد وبعد ذا أنفق فافهم واهتد
حسابه في كل حال حال إلا إذا أشهد بالمقال
وغير واصل لمن قد أنفقا فحكمه كالعرض فيما سبقا

فصل في التداعي في النفقة

(ص): ومن يغيب عن زوجة ولم يدع. إلى آخر الأبيات الثلاثة عشر. كلام شراح النظم رأيتُه ولكن لا استيفاء فيه، وصاحب المختصر قال: وإن تنازعا في عسره في غيبته اعتبر حال قدومه، وفي

مَا لَمْ تَكُنْ لِأَمْرهَا قَدْ رَفَعْتَ قَبْلَ إِيَابِهِ لِيَقْوَى مَا ادَّعَتْ
فَيَرْجِعُ الْقَوْلُ لَهَا مَعَ الْحَلْفِ وَالرُّدُّ لِلْيَمِينِ فِيهِمَا عُرْفُ
وَحُكْمُ مَا عَلَى بَنِيهِ أَنْفَقَتْ كَحُكْمِ مَا لِنَفْسِهَا قَدْ وَثَّقَتْ
فَإِنْ يَكُنْ قَبْلَ الْمَغِيبِ طَلْقًا فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا بِذَلِكَ مُطْلَقًا
إِنْ أَعْمَلْتَ فِي ذَلِكَ الْيَمِينَا وَأَثْبَتَتْ حَضَانَةَ الْبَنِينَا

يعني أن الرجل إذا غاب عن زوجته مدة ولم يترك لها نفقة فلما قدم وطالبته بما أنفقت على نفسها ادعى أنه ترك لها نفقتها فإن القول في ذلك قول الزوج إنه ترك النفقة ويحلف على ذلك ما لم تكن رفعت أمرها للحاكم في مغيبه فتقوى دعوها ويرجع القول قولها مع يمينها أيضاً، وعلى ذلك نبه بقوله: ومن يغيب عن زوجة إلى قوله: فيرجع القول لها مع الحلف. قوله: والرد لليمين فيهما عرف يعني أن من كان القول قوله من الزوجين مع يمينه فله أن يرد لليمين على الآخر، فإن كان القول للزوج فرد لليمين على المرأة حلفت ولزمته النفقة، وإن كان القول للزوجة فردت لليمين على الزوج حلف وبريء هذا فيما أنفقت على نفسها، أما ما أنفقت على بنيتها منه فيجري على ما تقدم من الفرق بين أن ترفع ذلك للقاضي قبل قدومه فالقول قولها أو لا؟ فالقول قوله مع يمين من كان القول قوله منهما وعلى هذا نبه بقوله: وحكم ما على بنيه أنفقت. البيت هذا كله إن غاب وهي في عصمته، أما إن طلقها طلاقاً بائناً ثم غاب فإن القول قولها في النفقة رفعت للقاضي أو

إرسالها فالقول قولها إن رفعت من يومئذ لحاكم لا لعدول وجيران، وإلا فقولها كالحاضر وحلف لقد قبضتها لا بعثتها. فقوله: وإن تنازعا الخ حاصل هذه المسألة أنه إذا علم حال خروجه معسراً أو موسراً عمل على ذلك، فالمعسر يقبل قوله بلا بينة في العدم والموسر لا يقبل قوله إلا بينة ولا بد من اليمين، وإن جهل حال خروجه اعتبر حال قدومه هذا هو الراجح، ومن ارتاب فلينظر كلام الناس، وقد بيناه في الشرح على ما ينبغي، وبيننا وجه إدخال ذلك في كلام المتن أيضاً فانظره. وحاصل مسألة الاختلاف في الإرسال فقول المختصر فيها وفي إرسالها أي وكذا إن ادعى أنه ترك لها نفقة بجامع أنه دفع ما وجب بحسب دعواه. وقوله: من يومئذ هو متعلق بلفظة قولها وأما قبل ذلك فقوله وهو قوله وإلا الخ ولا بد من يمين من كان القول قوله منهما. وقوله لحاكم يتعلق برفعت. وقوله لا لعدول الخ ابن عرفة قال في هذا استمر العمل على أن الرفع للعدول كالرفع للحاكم والرفع للجيران لغو. وقوله: كالحاضر شبيه في كون القول له أي مع يمينه، وإنما سكت الشيخ خليل لأن الدعوى محققة غير مستبعدة، وكلما كانت الدعوى كذلك أوجب اليمين كما في ابن شاس وغيره، مع أن المصنف قال وحلف لقد قبضتها لا بعثتها، وإنما حلف هكذا لأنه قد يحصل الجزم أو الظن بقبضها، كما إذا أرسل النفقة مع ثقة غاية يعرف صدقه وأخبره بأنه أوصلها للزوجة، وقد قال في المختصر واعتمد البات على ظن قوي القول المذكور في التحفة إذا لم يعلم حالة الخروج أنه يحمل على اليسار قوي لأن الأصل هو الملك، ولذلك يكلف الغريم بأعمال رسم العدم على المذهب، ولكن هذا عورض بكونه قدم معدماً أي في حالة قدومه معدماً. وقول الناظم: وقيل باعتبار وقت السفر هذا القول في نفسه أقوى من قول ابن القاسم: إذا قدم

لم ترفع وهو معنى الإطلاق في قوله بذلك مطلقاً والباء ظرفية والإشارة للإنفاق، وإنما يكون القول قولها إذا حلفت وأثبتت أن الأولاد كانوا في حضانتها. قال في المقرب: قلت: فإن قامت امرأة على زوجها فادعت أنه لم ينفق عليها سنين فقد قال مالك: القول قول الزوج ويحلف إن ادعى الإنفاق وكان موسراً مقيماً معها بالبلد وإن كان غائباً فلما قدم قامت عليه فقال: قد كنت أبعث إليها بالنفقة فالقول قوله إلا أن تكون المرأة قد رفعت ذلك إلى السلطان واسترعت عليه في مغيبه فإن ذلك يلزمه من يوم رفعت، ولا يبرئه إلا أن يأتي بمخرج من ذلك، وفيه أيضاً قال محمد: وإذا أنفقت امرأة على أولاد لها صغار في مغيب زوجها ثم قدم فطالبته بذلك فحالفها فيما تدعي من الإنفاق عليهم من مالها كحال ما تدعي أنها أنفقت على نفسها، كذلك روى عيسى عن ابن القاسم. وفي الوثائق المجموعة: فإن كانت المرأة مطلقة كان القول قولها في نفقتها (ونفقة بنيتها) إن كانت حاضنة لهم اه. ابن الحاجب: فإن تنازعا في إعطائها وإرسالها فثالثها المشهور إن كانت رفعت أمرها إلى الحاكم فالقول قولها من يومئذ، وأما الحاضر فالقول قوله للعرف ولها طلبه عند سفره بنفقة المستقبل يدفعها لها أو يقيم لها كفيلاً يجريها عليها اه.

فَإِنْ يَكُنْ مُدْعِيًا حَالَ الْعَدَمِ	طُولَ مَغِيْبِهِ وَحَالَهُ أَنْبَهُمُ
فَحَالَةَ الْقُدُومِ لِابْنِ الْقَاسِمِ	مُسْتَنْدٍ لَهَا قِضَاءَ الْحَاكِمِ
وَمُغْسِرٍ مَعَ الْيَمِينِ صُدُقًا	وَمُوسِرٍ دَعَاوَاهُ لَنْ تُصَدَّقَا
وَقِيلَ بَاغْتِبَارِ وَقْتِ السَّفَرِ	وَالْحُكْمُ بِاسْتِضْحَابِ حَالِهِ حَرِي
وَقِيلَ بِالْحَمْلِ عَلَى الْيَسَارِ	وَالْقَوْلُ بِالتَّضْدِيقِ أَيْضًا جَارِ

يعني إذا قدم الزوج من مغيبه فطلبتة بالنفقة مدة الغيبة فزعم أنه كان معسراً لا تستحق عليه في مدة الغيبة شيئاً وأنكرت ذلك المرأة، فلا يخلو، إما أن يجهل حاله يوم خروجه أو يعلم، فإن جهل حاله يوم خروجه فلم يثبت كونه إذ ذاك ملياً ولا معدماً فثلاثة أقوال:

معدماً يحمل أمره على العدم، لأن من خرج غنياً فقد غاب والنفقة وجوبها محقق عليه والأصل بقاء ما وجب على وجوبه، وكذلك إذا خرج معدماً فإنه بريء من النفقة فلا تلزمه إلا بيقين، وأيضاً ما قاله ابن القاسم هو استصحاب معكوس وهذا غير معكوس وهو أبين منه، ويدل على ما أشرنا إليه الخلاف القوي في الاستدلال بحالة القدوم، بل حكى ابن رشد الاتفاق عليه أي على اعتبار حال الخروج ومن وقف على الشرح على هذا، وأن حالة الخروج اعتبارها أقوى من اعتبار حال القدوم بمراحل، مع أن اعتبار حال القدوم وهو قول ابن القاسم وبه العمل ولكن عند جهل حالة الخروج فافهم. وقال بعض من تكلم على المدونة: إذا سافر ملياً وقدم ملياً فقولها اتفاقاً وهو صحيح فيما يظهر ونقلناه في الشرح.

وقول هذا الشارح: (ونفقة بنيتها) وكذلك إذا كانت مطلقة وهي حامل فالقول قولها في نفقة حملها، ونقلنا ذلك في الشرح وقف على الشرح ولا بد ولا بد فهذه نفقة منه وإن كانت يقتع بها من بخل وعجز.

أولها: لابن القاسم أنه يستدل بحالة قدومه على حالة غيبته فيصدق مع يمينه إن قدم معدماً ولا يصدق إن قدم موسراً، قال في التوضيح: لأن الأصل عدم تغيير الحال، قال في البيان: وهو معنى ما في المدونة، وإلى هذا القول أشار الناظم بقوله بعد تصوير المسألة فحالة القدوم لابن القاسم البيتين.

القول الثاني: إنه محمول على اليسار فلا يصدق فيما ادعى أنه كان في مغيبه معدماً، وإن قدم معدماً قال الشارح وهو قول ابن الماجشون في الواضحة وتأوله بعض أهل النظر على معنى ما في المدونة، وفي التوضيح والقول بأن القول قولها لابن الماجشون وابن حبيب قالوا عليه النفقة إلا أن يقيم البينة على ذلك، ووجهه أن الغالب الملاء ولأن كل غريم ادعى العدم فعليه البينة على المذهب، قال في البيان: وتأوله بعض أهل النظر على المدونة، وإلى هذا القول أشار الناظم بقوله: وقيل بالحمل على اليسار.

القول الثالث: أنه يصدق في دعواه الإعسار حالة الغيبة سواء قدم موسراً أو معسراً، قال الشارح: وهو ظاهر قول سحنون وابن كنانة هنا. وقال في التوضيح: والقول بأن القول قولها لابن كنانة وسحنون ووجه أن الأصل العدم وإلى هذا أشار الناظم بقوله: والقول بالتصديق أيضاً جار، وإلى هذه الأقوال الثلاثة مع بعض المخالفة في الترتيب أشار ابن الحاجب بقوله: ولو تنازعا في الإعسار في الغيبة. فثالثها قال ابن القاسم إن قدم معسراً فالقول قوله وإلا فقولها، فالأول عنده هو الثالث في النظم، والثاني عنده هو الثاني أيضاً في النظم، والثالث عنده هو الأول في النظم، هذا كله إن جهل حاله يوم خروجه كما تقدم، وأما إن علمت حاله يوم خروجه من ملاء أو عدم فهو محمول على ما علم به من ذلك فتستصحب تلك الحال، وإن قدم على خلاف ذلك قال الشارح: هذا قول ابن الماجشون في الواضحة، وحكى أبو عمر الإشبيلي أنها رواية لابن القاسم وهو صحيح لأنه إذا خرج موسراً ثبت أن الإنفاق واجب عليه فلا يسقط عنه إلاً بيقين، وإذا خرج معدماً فقد ثبت أن الإنفاق قد سقط عنه فلا يعود إلاً بيقين اهـ. وإلى حكم ما إذا علم حاله يوم خروجه أشار الناظم بقوله: وقيل باعتبار وقت السفر البيت، إلاً أن حكاية هذا القول الذي فيمن علم حاله يوم خروجه أثناء الأقوال الثلاثة التي فيمن جهل حاله يوم خروجه مما لا يحسن لأن إحدى الحاليتين قسيم للأخرى والله أعلم. وقد نبه على ذلك الشارح رحمه الله قال: وقد كان إصلاحه سهلاً بأن ينقل الأقوال الثلاثة متواليه يعني يقدم قوله وقيل بالحمل على اليسار على البيت قبله، ويقول عوض قوله قبله وقيل باعتبار وقت السفر ما نصه:

وحاله إن علمت وقت السفر فالحكم باستصحابها دون نظر

قال: بل لو اقتصر على القول الأول ثم على مقتضى هذا البيت المصلح لكان كافياً

فصل فيما يجب للمطلقات وغيرهن من الزوجات

من النفقة وما يلحق بها

إِسْكَانٌ مَدْخُولٍ بِهَا إِلَى انْقِضَا
وَدَاثُ حَمْلٍ زِيدَتِ الْإِنْفَاقَا
وَمَا لَهَا إِنْ مَاتَ حَمْلٌ مِنْ بَقَا
وَفِي الْوَفَاةِ تَجِبُ السُّكْنَى فَقَدْ
وَحَمْسَةُ الْأَعْوَامِ أَقْصَى الْحَمْلِ
عِدَّتُهَا مِنَ الطَّلَاقِ مُفْتَضَا
لِوَضْعِهَا وَالْكِسْوَةَ اتَّفَاقَا
وَاسْتِثْنَى سُّكْنَى إِنْ يَمُتَ مَنْ طَلَّقَا
فِي دَارِهِ أَوْ مَا كِرَاءَهُ نَقَدُ
وَسِتَّةُ الْأَشْهُرِ فِي الْأَقْلُ

(ذكر في هذه الأبيات) ما يجب للمطلقة من نفقة وكسوة ولها وللمتوفى عنها من السكنى ومدة الحمل، يعني أن من طلق زوجته طلاقاً بائناً فإن لها عليه الإسكان إلى انقضاء عدتها فتبقى في مسكنها الذي كانت تسكن فيه قبل طلاقها حتى تنقضي عدتها، فإن كانت حاملاً فلها مع السكنى النفقة والكسوة إلى أن تضع حملها، فإن مات الحمل أو وضعته ميتاً أو حياً ثم مات سقط جميع ذلك فتسقط النفقة والكسوة بموت الحمل لأنهما له في الحقيقة، وتسقط السكنى لخروجها من العدة بوضع حملها وعلى ذلك نبه بقوله: إسكان مدخول بها إلى انقضاء إلى قوله: وما لها إن مات حمل من بقا. فما نافية وضمير لها للمذكورات من السكنى والنفقة والكسوة. قوله: واستثنى سكنى إن يمت من طلقا. يعني أن من طلق زوجته وأسكنها ثم مات في عدتها فإن سكنها لا تسقط بموته بل تستمر إلى انقضاء عدتها من الطلاق ولا تنتقل لعدة الوفاة لأن الفرض أن الطلاق بائن، ولما ذكر أن موت الحمل يسقط السكنى أمر باستثناء أي بإخراج السكنى إن مات المطلق وأن موته لا يسقطها، وإلى هذا الفرع أشار الشيخ خليل بقوله: واستمر إن مات على ما قرره عليه الشيخ ابن غازي رحمه الله تعالى من أن المراد واستمر المسكن للمطلقة إلى انقضاء عدتها إن مات المطلق في العدة. قال في النوادر من كتاب ابن المواز: قال مالك: وللمبتوتة السكنى على زوجها في العدة ويحبس في ذلك ويباع عليه ماله أو يستيقن أن لا شيء له فيكون ذلك عليها ولا تخرج، وفيها أيضاً من الكتاب المذكور قال مالك في المبتوتة لا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً، وفيها أيضاً قال محمد: وإن طلبت الكسوة فذلك لها، وينظر إلى قدر ما بقي من مدة الحمل فتعطى بقدر ذلك من الكسوة ثمناً قاله مالك. وقال مالك: والكسوة الدرع والخمار والإزار وليس الجبة عندنا من الكسوة. قال ابن القاسم: ونحن نقضي ههنا بالجبة، وهذه المسألة كلها من العتبية من سماع ابن القاسم. وفي النوادر:

فصل فيما يجب للمطلقات وغيرهن من النفقة وما يلحق بها

(ص): إسكان مدخول بها إلى انقضاء. إلى آخر الأبيات التسعة. قوله: (ذكر في هذه الأبيات الخ) كلامه حسن في هذه المسائل.

وإذا طلق ثلاثاً في مرضه وهي بينة الحمل فالنفقة في رأس ماله وكذلك في الخلع والمبارأة، وكذلك إن كان ذلك في صحة ثم مرض فإذا مات انقطعت النفقة عنها. قال فضل بن مسلمة: هذا خلاف ما قال في طلاق السنة أن السكنى قد وجبت عند الطلاق فلا يقطع الموت ما قد وجب اهـ. وعلى عدم انقطاع السكنى بموت المطلق اعتمد الناظم في قوله: واستثنى سكنى إن يموت من طلقا. وقوله: وفي الوفاة تجب السكنى فقد البيت، (يعني أن المرأة إذا مات عنها زوجها ولم تكن حاملاً) فإنها تجب لها السكنى إن كانت

وقوله في المتوفى عنها: (يعني أن المرأة إذا مات عنها زوجها ولم تكن حاملاً الخ) هذه المسائل قال فيها في المختصر ما نصّه: وللمعتدة المطلقة أو المحبوسة بسببه في حياته السكنى، وللمتوفى عنها إن دخل بها والمسكن له أو نقد كراءه لا بلا نقد وهل مطلقاً أو إلا الوجيبة؟ تأويلان، ولا إن لم يدخل إلا أن يسكنها لا ليكفلها. فقوله: وللمعتدة المطلقة ظاهره طلقها ثلاثاً أو أقل بائة كانت أو رجعية بخلع أو لا حاملاً أو حائلاً وهو كذلك، مع أن المطلوب هو غير الرجعية إذ هي كالزوجة كما في قول المختصر، والرجعية كالزوجة والبائن في سكنائها خلاف فهي المقصودة. قوله: وللمعتدة احتراز من المطلقة قبل البناء فإنها لا عدة عليها والسكنى تابعة للعدة وبذلك تدخل المفسوخ نكاحها ولو المجمع عليه، لأن الناشء عن ذلك عدة على المذهب كدخوله بها في نكاح مجمع على فساده فهي داخلة في قوله وللمعتدة، ويدخل أيضاً السكنى لإسلام أحد الزوجين الكافرين بعد البناء، وكذا في اللعان والمغلوط بها والمزني بها حيث لم تعلم، والمغصوبة إذا وطئها الغاصب، وكذا عتق أم الولد. وقوله والمحبوسة بسببه الخ يدخل فيه بعض ما تقدم مما فيه شبهة فهو عدة كتزوجه بأخته غير عالم وما أشبه ذلك، ويدخل في قوله المحبوسة الخ ما فسخ قبل البناء فلا عدة فيه ولا استبراء كما لا يخفى. وقوله: في حياته السكنى وحاصله المطلقة تجب لها السكنى مطلقاً حيث تكون مدخولاً بها مات زوجها بعد ذلك أم لا، ولا يكون الطلاق إلا في حياته والرجعية كزوجة كما تقدم، فإذا مات زوجها فهي كمن لم تطلق، وأما الفسخ لنكاح المرأة فإن مات ثم فسخ بعد موته فتستمر السكنى، وإن لم يطلع على ذلك إلا بعد موت الرجل الذي الحبس من أجله، فكلام الخطاب فيه السكنى، وكلام الشارح يدل على خلافه، وعلى كلام الشارح قرر غير واحد، ولكن انظر عند قول المتن: واستمر إن مات ولا بد ولا بد وبه تعلم ما يتعلق به قوله في حياته السكنى. وقوله وللمتوفى عنها الخ أي ولو أحاط الدين بماله كما يدل عليه ظاهره وهو كذلك. وقوله: والمسكن أي ومات وهي فيه وإلا فلا سكنى وملكه أو نقد كراءه وهو قوله: والمسكن له أو فقد كراءه وإن لم يكن أحد الأمرين فلا سكنى لها ولا يلزم ذلك الورثة ولو ترك الميت الزوج مالا. وقوله: والمسكن كأن الألف واللام خلف عن الضمير أي ومسكنها له والإضافة تقع بأدنى سبب، وانظر قول ابن عرفة وفي وجوبها بالوفاة ثالثها إن كان مسكنها له ولو بعارية أو حبس الخ، وكذا عبر غير واحد بتعبيره، وكان الحبس والعارية أخرى من الكراء في الجملة فلذلك تركهما المصنف. وقوله: لا بلا نقد الخ حاصله إن كان الكراء مشاهرة ولا نقد فلا سكنى في المكترى للمرأة وفي الوجيبة خلاف قوي عبد الحق ومن وافقه يقول: هي أحق بخلاف غيره، ومن تأمل ما نقلناه علم أن الراجح هو كلام عبد الحق، وبه تعرف ما في الخطاب ومن تبعه كالفيشي، ولعلمهم لم يقفوا على نقول نقلناها في الشرح، وكلام التحفة ظاهر فيما رمناه لأنه اقتصر على نقد الكراء والاعتراض منتف

الدار مملوكة للميت أو قد نقد كراءها ولا تجب لها نفقة ولا كسوة، وعلى ذلك نبه بقوله فقد أي فحسب. قال في النوادر من كتاب ابن المواز: قال مالك: ومن مات وله زوجة وهو في دار هي له أو نقد كراءها فلها السكنى وإن أحاط به الدين. وفي ابن الحاجب: وإن كان مكثري غير منقود ففي المدونة لم تكن أحق فتخرج إلا أن يكريها الورثة كراء مثلها. التوضيح: ظاهر قوله في المدونة ولم ينقد الزوج الكراء لا سكنى لها أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الكراء مشاهرة أو وجيبة أي في مدة معينة، وعلى هذا الظاهر حمله الباجي وغيره، وفي النكت عن بعض القرويين أنه حمل المدونة على المشاهرة، وأما الوجيبة فإنها أحق بالسكنى سواء نقد أو لا اه. وقوله:

(وخمسة الأعوام) أقصى الحمل وستة الأشهر في الأقل

لما ذكر أن المطلقة إذا كانت حاملاً تجب لها النفقة والكسوة والسكنى تشوفت النفس واحتاجت إلى معرفة مدة الحمل، ولما كانت تختلف بالطول والقصر احتيج إلى معرفة أقلها وأكثرها فأخبر أن أقلها ستة أشهر وأكثرها خمسة أعوام. أما كون أقلها ستة أشهر فقوله تعالى: ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ [الأحقاف: ١٥] وقال في الآية الأخرى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقال أيضاً: ﴿وفصاله في عامين﴾ [لقمان: ١٤] فالآية الأولى أعلمت أن مدة الحمل والرضاع معاً ثلاثون شهراً فإذا انقضت الثلاثون كمل الحمل وحصل الفصال وهو الفطام. والثانية والثالثة أعلمتا أن مدة الرضاع وحده حولان كاملان، وإذا كانت مدة الرضاع وحده حولين كاملين فمدة الحمل ستة أشهر إذ هي الباقية بعد حط زمن الرضاع من الثلاثين شهر المقدرة لمجموعهما. قال

على المصنف لأن المسألة وقع فيها تردد وكلام، والحاصل هذه جملة وافرة أفدناك بها من الشرح وإن ارتابت نفسك فانظره والله الموفق، وانظر أيضاً الحاشية فهي في هذا حسنة إن تأملت ما فيها، وما ذكرناه في المغصوبة والمزني بها بلا علم ذكره أبو الحسن وغيره، ولكن انظر عند قول المصنف في العدة: ووجب إن وطئت بزنا إلى آخره.

قوله: (وخمسة الأعوام الخ) المختصر قال فيه صاحبه وإن أتت بعدها بولد لدون أقصى أمد الحمل لحق إلا أن ينفيه بلعان وتربصت إن ارتابت به، وهل خمساً أو أربعاً خلاف؟ الخ. وصاحب التحفة اقتصر على الخمس لأنه هو الذي به العمل كما نقلناه في الشرح، وكان من حق من شرح النظم أن يبين مع أن القول بالأربع قوي مرجح ولذلك قال في المختصر: وفيها لو تزوجت قبل الخمس ولم يقل قبل الأربع، وقول المختصر بعدها أي العدة كانت من طلاق أو وفاة كانت المرأة حرة أو أمة أقرت بانقضاء عدتها أو لا، وقوله: لدون الخ ظاهره ولو قبل تمامه بيوم وهو كذلك على ظاهر كلام الناس، وبدليل أن ما زاده عليه لا يلحق فيه الولد ولو قلت الزيادة كما في كلام ابن فتحون، وقوله: إلا أن ينفيه بلعان أي الزوج الحي كما لا يخفى بأدنى التفات، وهذا إن لم تتزوج، وإلا ففي ذلك تفصيل قدمناه صدر النكاح بل هو في مواضع من الشرح. وقوله: وتربصت إن ارتابت به أي والمسألة بحالها أن العدة تمت، والمراد بالارتباب هنا هو بحس البطن وغيره كما تقدم الخ.

في المقصد المحمود: وأقل مدة الحمل ستة أشهر لقوله تعالى: ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ [الأحاف: ١٥] وقال: ﴿وفصاله في عامين﴾ [لقمان: ١٤] فتبقى مدة الحمل ستة أشهر اهـ. وأما كون أكثر الحمل خمسة أعوام فاعلم أن المعتدة من وفاة أو طلاق إذا حصلت لها ربية وشك في كونها حاملاً أو لا فإن كان سبب الربية تأخر الحيض عن وقته تربصت تسعة أشهر استبراء ثم ثلاثة أشهر عدة هذا إن تأخر لغير سبب، أما إن تأخر لسبب كالرضاع والمرض فإنها تنتظر الأقراء على المشهور وقيل تحل بمضي السنة، وإن كان سبب الربية حس البطن فقال ابن الحاجب: والمرتابه بحس البطن لا تنكح إلا بعد أقصى أمد الوضع وهو خمسة أعوام على المشهور، وروي أربعة، وروي سبعة. وقال أشهب: لا تحل أبداً حتى يتبين أي براءتها من الحمل، قال الخطاب في شرح قوله: وتربصت أي إن ارتابت به وهل خمساً أو أربعاً خلاف يعني فإذا مضت الخمسة أو الأربعة على القولين حلت ولو بقيت الربية. قال في المدونة: ولا تنكح مسترابة البطن إلا بعد زوال الربية أو بعد خمس سنين اهـ. قال أبو الحسن: وإن قالت أنا باقية على ريبتي لأن خمس سنين أمد ما ينتهي إليه الحمل اهـ. قال ابن عبد السلام: وسواء كان ذلك في عدة الطلاق أو في عدة الوفاة اهـ. وهذا إذا كانت الربية هل حركة ما في بطنها حركة ولد أو حركة ربح، وأما إن تحقق وجود ولد فلا تحل أبداً قاله اللخمي ونقله ابن عرفة ولفظه الخامسة يعني من المعتدات المرتابة في الحمل بحس بطن عدتها بوضعه أو مضي أقصى أمد الحمل مع عدم تحققه، ثم قال اللخمي: إن تحقق حملها والشك لطول المدة لم تحل أبداً اهـ. فمفهوم قول ابن عرفة مع عدم تحققه الخ مع ما نقله عن اللخمي يدل على ما قيد به كلام المصنف والله أعلم. فرع: فإن مات الولد في بطنها فلا تحل إلاً بخروجه، اهـ. كلام الخطاب.

وَحَالَ ذَاتِ طَلْقَةٍ رَجْعِيَّةٍ فِي عِدَّةِ كَحَالَةِ الرُّوجِيَّةِ
مِنْ وَاجِبٍ عَلَيْهِ كَالْإِنْفَاقِ إِلَّا فِي الْاسْتِمْتَاعِ بِالْإِطْلَاقِ

يعني أن المطلقة طلاقاً رجعياً حالها مع زوجها في زمن العدة كحال الزوجة غير المطلقة من وجوب النفقة لها وثبوت الميراث بينهما وارتداد الطلاق عليها وانعقاد الظهار ولزوم الإيلاء وغير ذلك من أحكام الزوجية ما عدا الاستمتاع فلا يجوز له بوطء ولا مقدماته بل حتى بالنظر على وجه التلذذ وعلى ذلك نية بالإطلاق. قال المتيطي: تجب النفقة لكل مطلقة مدخول بها أيام عدتها إذا لم يكن طلاقها بائناً وكان الزوج يملك ارتجاعها فيه سواء أوقعه الزوج أو الزوجة أو أوقعه السلطان بالإيلاء أو عدم النفقة إذا أيسر في العدة. وفي الجواهر: هي محرمة الوطء على المشهور. (وقال أبو حنيفة: مباحة الوطء) لقوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾ [البقرة: ٢٢٨] والبعل من له الوطء ولأنه من

قوله: (وقال أبو حنيفة: مباحة الوطء) في نهاية الحفيد محتجاً لأبي حنيفة بالمولي منها والمظاهر منها، ولكن الفرق أن الطلاق الرجعي أذهب ثلث العصمة، والكلام في ذلك طويل فانظره في الشرح إن شئت.

أحكام العقد فيثبت قياساً على النفقة والميراث، وجوابه أن لفظ الرد يقتضي الخروج عن الزوجية اهـ. وفهم من قوله في عدة أنها بعد انقضاء العدة ليست كالزوجة لأنها بانة بانقضاء عدتها والله أعلم.

وَحَيْثُ لَا عِدَّةَ لِمُطَلَّقَةٍ فَلَيْسَ مِنْ سُكْنَى وَلَا مِنْ نَفَقَةٍ
وَلَيْسَ لِلرَّضِيعِ سُكْنَى بِالْقَضَا عَلَى أَبِيهِ وَالرَّضَاعُ مَا انْقَضَى

أفاد بالبيت الأول أن المطلقة التي لا عدة عليها وهي التي طلقت قبل البناء لا تجب لها سكنى ولا نفقة لأنهما إنما يجبان للمطلقة في زمن العدة، والفرض أنه لا عدة عليها وقد بانة منه وجاز لها أن تتزوج غيره في الحين، فلا معنى لوجوب شيء لها من تواجب النكاح على الزوج وقد انفصلت العصمة بينهما. وأفاد بالبيت الثاني أن من طلق امرأته وله معها ولد رضيع فإنما لها على الزوج نفقة ولده لا كراء مسكنه ما دام في زمن الرضا. قال في المدونة: إذا لزم الجارية العدة لمكان الخلوة بها لزم الزوج السكنى، ولو خلا بها في بيت أهلها ثم طلقها واتفقا على عدم المسيس فعليها العدة ولا سكنى لها، ولو قالت: جامعني وهو ينكر فالقول قوله ولا سكنى عليه، فإن كانت صغيرة لا يجامع مثلها ودخل بها وطلقها البتة فلا سكنى لها لأنها لا عدة عليها باختصار، والحاصل أنه كلما انتفت العدة انتفى لازمها من السكنى والنفقة، وإذا وجبت العدة فقد ثبتت النفقة والسكنى كما إذا كانت المطلقة حاملاً وقد يتنفيان، كما إذا خلا بها في بيت أهلها وادعت المسيس وأنكره فالقول قوله وعليها العدة لمكان الخلوة ولا نفقة لها لأنها بائنة غير حامل، ولا سكنى على الزوج لأنها على زعمه مطلقة قبل البناء والله أعلم. (وفي طرر ابن عات): ولا سكنى للرضيع على أبيه مدة الرضاع حتى يخرج من الرضاع وحينئذ يكون عليه السكنى، كذلك رأيت في بعض الكتب يريد أن مسكن الرضيع مدة الرضاع إنما هو في حجر الأم في الغالب اهـ. وجملة والرضاع ما انقضى حالية وما نافية.

وَمُرْضِعٌ لَيْسَ بِذِي مَالٍ عَلَى
وَمَنْ طَلَّقَ أَجْرَةَ الْإِرْضَاعِ
وَبَعْدَهَا يَبْقَى الَّذِي يَخْتَصُّ بِهِ
وَإِنْ تَكُنْ مَعَ ذَلِكَ ذَاتَ حَمَلٍ
بَعْدَ ثُبُوتِهِ وَحَيْثُ بِالْقَضَا
وَالِدِهِ مَا يَسْتَحِقُّ جُعْلًا
إِلَى تَمَامِ مُدَّةِ الرِّضَاعِ
حَتَّى يُرَى سُقُوطُهُ بِمُوجِبِهِ
زَيْدَتْ لَهَا نَفَقَةٌ بِالْعَدْلِ
تُؤْخَذُ وَانْفَاقُهَا فَمِنْهَا تُقْتَضَى

قوله: (قال ابن عات^(١)) حسن فقهاً وتعليلاً.

(ص): ومرضع ليس بذى مال على. والده ما يستحق جعلاً. إلى آخر الأبيات السبعة. قوله:

(١) قول «المحشي»: قال ابن عات الخ الذي بنسخ الشارح لفظ وفي طرر ابن عات وليس فيه تعليل حتى يمدح بحسن التعليل فلعله مكتوب على قول آخر فحرر، ١. هـ. مصححه.

وَإِنْ يَكُنْ دَفْعَ بِلَا سُلْطَانٍ فَفِي رُجُوعِهِ بِهِ قَوْلَانِ
وَمَنْ لَهُ مَالٌ فَفِيهِ الْفَرَضُ حَقٌّ وَعَنْ أَبِي يَسْقُطُ كُلُّ مَا اسْتَحَقَّ

تكلم في الأبيات على بعض مسائل الإرضاع ولم يتقنها (ولا استوفى الأكيد منها) فلا بد من ذكر جملة صالحة من ذلك (وأحسن ما وقفت عليه) الآن بتقريب قول ابن

(ولا استوفى الأكيد منها الخ) هذا كلام صحيح، فإن صاحب هذا النظم يذكر من المسألة المتشعبة ذات الفروع شيئاً ويترك أشياء فيتشوش البال، وربما يغتر من لم يطالع الفقه أن ما ذكره تمام الشروط وذلك ليس كذلك، وترك المسألة بلا ذكر لها أصلاً أحسن من ذكر بعضها فقط. وذلك البعض في نفسه غير تام وذلك فيه كثير، ولذلك فعل في هذه الحاشية ما رأيت من جلب الفقه بقبوده لثلاث يغتر بما يذكره هذا الناظم من غير تام. قوله: (وأحسن ما وقفت عليه) ربما يكون قول المختصر أتم من كلام ابن سلمون حيث قال: وعلى الأم المتزوجة والرجعية رضاع ولدها بلا أجر إلا لعلو قدر كالبائن إلا أن لا يقبل الولد غيرها أو يعدم الأب أو يموت ولا مال للصبى واستأجرت إن لم يكن لها لبان ولها إن قبل أجره المثل، ولو وجد من ترضعه عندها مجاناً على الأرجح في التأويل اهـ. فقوله: وعلى الأم المتزوجة والرجعية ذكره في الرجعية هو المذهب وغير مخالف له. وقوله: بلا أجر ظاهره ولو قبل غيرها والأب موسر والولد له مال وهو كذلك. وقوله: إلا لعلو قدر أي فلا يلزمها سواء كانت زوجة أو رجعية، فلو رضيت بالإرضاع فلها أجره مثلها حيث يوجد المال للأب أو الولد كما ترى دليله. وقوله: لعلو قدر عبارة كثيرة إلا الشريفة ومثل عالية القدر من لا لبن لها لمرض حدث أو قل لبنها أصالة فلا تستأجر لإرضاعه وهي غير بانن، وأما البائن فلا إشكال في عدم لزومها ذلك لأنها كالشريفة، وقولنا فيمن ذكر لا تستأجر هو مطلق كان مال الأب أو الولد أو لم يكن، لأن قول المتن رضاع ولده أي مباشرة لا الاستئجار لأن ذلك من باب الإنفاق ولا نفقة على الأم، والاستئجار الذي يجب على من ذكر حيث فقد المال من جهة الأب والولد إنما هو لخوف هلاك الصبي لا أنه من باب النفقة وقدمت الأم في هذا لقربها ولكونها لها الحضانة، وهذا يجب حتى على الشريفة، إذ الأمهات لا فرق بينهن من هذه الجهة. وقوله: إلا أن لا يقبل الولد غيرها هو راجع للشريفة والبائن أي فيلزمهما الرضاع مباشرة. وقوله: أو يعدم الأب أو يموت ولا مال للصبى أي فيجب عليهما الرضاع ولا أجر لهما إذ لا مال. وقوله: أو يموت الأب أي عديماً وقولنا فعليهما إرضاع أي مباشرة أو بأجر من عندهما إن قبل غيرهما كما لا يخفى، وليس هذا في الزوجة والرجعية لأنه تقدم أن الرضاع واجب عليهما مع وجود المال فكيف بعدهما؟ ولهما أيضاً حيث يجب عليهما الرضاع مباشرة أو الاستئجار عليه حيث يقبل الولد غيرهما والاستئجار من عقدهما في هذا ولو كان المال موجوداً لأن الرضاع واجب عليهما مطلقاً حيث يكون لهما لبان وقد وفرتا أنفسهما من مباشرة الرضاع الواجب عليهما بالأصالة. وقوله: واستأجرت إن لم يكن لها لبان أي والحالة أنه لا مال وهذا تدخل فيه الشريفة والبائن والزوجة والرجعية إذ هذا الاستئجار لعدم المال، فلا فرق فيه بين أم وأب. فقوله: واستأجرت أي الأم وتقدم بعض هذا وتحصل أن الزوجة والرجعية اللتين لهما اللبن الرضاع واجب عليهما في كل حال من الأحوال بأنفسهما مباشرة أو بأجر حيث لا يقبل غيرهما، وإن كان لا لبن لهما فلا استئجار عليهما مع المال وعليهما في عدمه، وأن الشريفة والبائن إنما عليهما الرضاع مباشرة حيث لا يقبل غيرهما أو في حال عدم المال، وما تقدم ذكره من المال تقدم في

سلمون: ويلزم الأم رضاع ابنها إلا أن تكون مريضة أو غير ذات لبن أو شريفة القدر مثلها لا يرضع فيكون على الأب أن يأتي له بمن يرضعه، فإن طلقها الأب فإنه يؤدي إليها أجره الإرضاع على قدر حاله في اليسر والعسر، فإن لم ترض بما فرض لها كان للأب أخذه ويدفعه لمن يرضعه، فإن لم يقبل غيرها أو كان الأب معسراً لا يقدر على أجره كان عليها إرضاعه باطلاً أو بما يقدر عليه، وإن كان موسراً أو وجد من يرضعه بأقل من الأجرة المفروضة عليه فهل له أخذه أم لا؟ في ذلك قولان. وإن مات الأب فإنها ترضعه بأجرة تأخذها من مال الطفل، فإن لم يكن له مال لزمها إرضاعه باطلاً، وإن أبت الأم إرضاعه باطلاً فأرادت دفعه إليه فإنه لا يؤمر بأخذه حتى يجد من يرضعه اهـ. قوله: ومرضع ليس البيت مرضع بفتح الضاد اسم مفعول يعني أن الولد المرضع الذي لا مال له فإن ما يحتاج إليه من أجره الرضاع وغيرها على أبيه، وهذا إذا كانت أمه مريضة أو لا لبن لها أو عالية القدر مثلها لا يرضع، وأما إن لم تكن كذلك فإن الإرضاع يجب عليها كما تقدم أول كلام ابن سلمون ومفهوم قوله ليس بذي مال أنه لو كان للولد مال فإن ذلك من ماله كما صرح به في قوله: ومن له مال ففيه الفرض حق، هذا كله إذا كانت المرأة في عصمة أبي الصبي، وأما إن طلقها فإن لها أجره الرضاع من مال الولد إن كان له مال أو من مال أبيه إن لم يكن له إلى تمام الحولين مدة الرضاع، فإن انقضت مدة الرضاع فيبقى ما يجب للولد نفسه من نفقة وكسوة حتى يسقط ذلك عن أبيه إن كان هو الدافع لذلك لكون الولد لا مال له، وقد تقدم هذا في قول ابن سلمون: فإن طلقها الأب فإنه يؤدي لها أجره الإرضاع على قدر حاله في اليسر والعسر اهـ. وبالضرورة أنه إذا انقضى زمن الإرضاع والولد عند أمه فإن الأب يطالب بنفقته إلى سقوطها وهو مراده بما يختص به أي دون الأم، وعلى هذا نبه بقوله: ومع طلاق أجره الإرضاع البيتين، وضمير بعدها لمدة الرضاع قوله:

وإن تكن مع ذاك ذات حمل زيدت له نفقة بالعدل
بعد ثبوته، يعني وإن كانت المرأة ذات حمل مع ذلك وهو كونها مرضعاً فكانت

الصيام من يقدم ماله هل الأب أو الابن وهو قوله: كحامل ومرضع لم يمكنهما استئجار أو غيره خافتا على ولديهما والأجرة في مال الولد، ثم هل مال الأب أو مالها تأويلان، وإنما قدم مال الولد لأن هذا من باب النفقة وهي في مال الولد حيث يكون ملياً كما لا يخفى وهو في شروح المتن وغيرها، واستعن بكلام المتن وشرحه في كتاب الإجارة وهو قوله: واسترضاع إلى قوله: ومنع زوج الخ. وقوله: ولها أجره مثلها يفهم منه أن المال موجود وإلا فهو ما تقدم. وقوله: أجر مثلها فيمن لا يلزمها الرضاع وهي الشريفة والبائن. وقوله: ولو وجد الخ النسخة الحسنة هي عندها بضمير المؤنث كما عند ابن غازي ومن اتبعه، ويتأمل هذا تعلم كمن بين مسألة المتن مشروحاً وبين كلام ابن سلمون، ولكن لا بد من الوقوف على الشرح فإن فيه كلاماً طويلاً مشتملاً على تحقيق إن شاء الله تعالى.

ترضع ولداً وببطنها ولد آخر (فإنها تستحق شيئين): أجره الإرضاع لأنها بائن لا يجب عليها الإرضاع، والثاني نفقة الحمل الذي في بطنها لقوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٦] وإلى ذلك أشار بقوله: وإن تكن مع ذلك ذات حمل زيدت لها نفقة أي نفقة الحمل على أجره الرضاع بعد ثبوت الحمل. قال في العتبية من سماع أشهب وابن نافع عن مالك: وسئل عمن طلق امرأته حاملاً وهي ترضع أترى عليه النفقتين جميعاً كليهما نفقة الحمل ونفقة الرضاع؟ قال: أرى ذلك عليه جميعاً اهـ. ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن﴾ وقال تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق: ٦] وليس وجوب نفقة الحمل بالذي يسقط ما أوجب الله لها من أجره الرضاع. وفي النوادر من كتاب ابن الموزان: وإذا طلق امرأته وهي حامل مرضع فعليه نفقة الحمل ونفقة الرضاع جميعاً اهـ. فإن ادعت البائن الحمل فلا يقضى لها بالنفقة حتى يثبت الحمل، فإذا ثبت ودفع نفقته ثم انفس الحمل وكشف الغيب أن لا حمل ففي رجوعه بنفقته تفصيل، وهو إن دفعها بحكم حاكم رجع بها على الزوجة، وإن دفعها باختياره من غير حكم ففي رجوعه وعدم رجوعه قولان، وإلى ذلك أشار بقوله: وحيث بالقضا تؤخذ وانفس فمنها تقتضي، وإن يكن دفع بلا سلطان، ففي رجوعه به قولان. ابن الحاجب: وتجب النفقة بثبوت الحمل بالنساء. التوضيح: هذا هو المشهور ولمالك في المبسوط أنها لا تدفع لها النفقة إلا بعد الوضع لاحتمال أن ينفس من غير حمل. ابن الحاجب: وفي رجوعه ثالثاً إن كان بحكم رجع ورابعاً عكسه. التوضيح: وإذا فرعنا على المشهور وأنفق بظهور الحمل ثم تبين أن لا حمل فهل يرجع بالنفقة أم لا؟ (أربعة أقوال): الرجوع مطلقاً، وعدم الرجوع مطلقاً، والثالث إن دفع لها بحكم رجع عليها لأنه قد استبان أن الأمر على خلاف ما ثبت وإن دفع بغير حكم لم يرجع عليها لأنه متطوع، والرابع عكسه اهـ. باختصار. وهذه المسألة من قاعدة الحكم بما ظاهره صواب وباطنه خطأ وباطل، هل يغلب حكم الظاهر فتنفذ الأحكام أو الباطن فترد؟ وينبغي على ذلك فروع ومن جملتها هذه من دفع نفقة الحمل ثم

قوله: (فإنها تستحق شيئين الخ) هذا هو قول المختصر، وإن كانت مرضعة أي الحامل البائن فلها نفقة الرضاع أيضاً، فقوله أيضاً يدل على أنها حامل إذ لا نفقة للبائن إلا مع الحمل، والنفقة إنما هي للحمل والرجعية والزوجة لا نفقة لحملها ولا أجره لرضاعها على التفصيل الآتي في الرضاع. وقوله: أيضاً منه يفهم أنها إذا كانت حاملاً فقط أن لها أجره الرضاع بلا خلاف، بخلاف إذا كانت غير حامل ففي ذلك خلاف. وقوله: تجب نفقة الحمل الخ هذا قول المختصر ولا نفقة بدعواها بل بظهور الحمل وحركته فتجب من أوله، والذي يظهر أن ظهور الحمل كاف في وجوب النفقة بلا شرط التحرك على ما يظهر من كلام غير واحد، ولكن في ذلك كلام استوفيناه في الشرح.

قوله: (أربعة أقوال) هذا قول المختصر مشبهاً في الرد ما نصه كانفشاش الحمل وظاهره الرجوع مطلقاً، وهو الذي اختاره غير واحد ابن الموزان وغيره ولذلك اقتصر عليه.

انفش هل يرجع أم لا؟ قوله: ومن له مال ففيه الفرض حق البيت يعني أن الأولاد إنما تجب نفقتهم وكسوتهم وأجرة رضاعهم وغير ذلك على أبيهم إن كانوا فقراء لا مال لهم، وأما إن كان لهم مال فإن جميع مؤنتهم من مال أنفسهم وليس على الأب من ذلك شيء. قال في المفيد: ولا يلزم الأب نفقة بنيه إن كان له مال. وقال المتيطي: ومن كان من صغار بنيه وأبكار بناته له مال فلا يلزم الأب نفقته وينفق عليه الأب منه عيناً كان أو عروضاً، وقد سئل الأستاذ أبو سعيد بن لب رحمه الله عن رجل أنفق نفقة كبيرة في عرس ابنه ثم طلبه بها. فأجاب: لا طلب للأب على ابنه بما كثر من النفقة في عرسه ودخل في باب السرف، وإنما يطلبه بالقدر المعتاد في ذلك مما هو داخل في باب الاقتصاد، وعلى مقتضى العادة الجارية لمثل الزوج مع تلك الزوجة بعد أن يحلف يميناً بالله تعالى أنه إنما أنفق تلك النفقة من ماله ليرجع بها على ابنه، وهذا إن كان للابن مال وقت الإنفاق، وإلا فلا رجوع له بشيء اه. وما أفتى به ظاهر إن كان الابن صغيراً، وانظر ما الحكم إن كان كبيراً هل هو كالصغير أو يرجع عليه؟ كان له مال وقت الإنفاق أو لا؟ وهو ظاهر اشتراطهم في الصغير أن يكون له مال دون الكبير فيرجع عليه مطلقاً والله أعلم. ثم قال:

وَكُلُّ مَا يَرْجِعُ لَافْتِرَاضٍ مُوَكَّلٌ إِلَى اجْتِهَادِ الْقَاضِي
بِحَسَبِ الْأَقْوَاتِ وَالْأَعْيَانِ وَالسُّفْرِ وَالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ

يعني أن كل ما يرجع للفرض والتقدير من نفقة وكسوة وإسكان وما يلتحق بذلك فإنه موكول إلى اجتهاد القاضي، فيجتهد فيه بحسب جنس القوت وقدره، وبحسب عين ما فرض له أو عليه، وباعتبار السعر من رخاء وغلاء، وباعتبار الزمان من شتاء وصيف، وباعتبار المكان في عادة أهله، وكذلك الكسوة يلاحظ فيها هذه الاعتبارات والمسكن كذلك، ففي مختصر الشيخ خليل أنه يجب للزوجة قوت وإدام وكسوة ومسكن بالعادة (بقدر وسعه وحالتها) والبلد والسعر وإن أكلة، وتزاد المرضع ما تقوى به إلا المريضة

(ص): وكل ما يرجع لافتراض. إلى آخر البيتين.

قوله: (بقدر وسعه وحالتها) الحق هو ظاهر هذا الكلام، فالرجل يعتبر فيه اليسر لا القدر والمرأة بالعكس، قف عليه في الشرح، وفي كلام الشارح في كبره نظر حيث قال ما نصّه: نفقة الزوجة وكسوتها وسكنها مقيد بالعادة، فمتى طلبت الزوجة أمراً زائداً على عادة أمثالها أو طلب هو أنقص مما جرت به عادة أمثالها فلا يسمع منهما ذلك ويردان للعادة، ولا بد أن يكون ذلك مع اعتبار حال الزوج وحال الزوجة، خلافاً لمن قال: المعتبر في النفقة حال الزوج وفي السكنى حال الزوجة اه. فقوله: مع اعتبار حقه أن يقول واعتبار حال الزوج باليسر والعسر وحال الزوجة بقدرها هل لها قدر أو لا؟ وهل قدره كثير أو لا؟ الخ. وما ذكرناه هو الحق وهو ظاهر المختصر وإن كان كلام غير واحد كعبارة الشارح، وانظر أيضاً في الشرح هل الغني يكون به القدر أم لا؟ وكلام كثير في هذا هنا لا يسعنا اختصاره ومداره على اعتبار ما ذكرناه، وحاصل هذا الباب عوائد كل بلد وكل زمن وكل حال من رخص وغلاء وحال البادية والحاضرة والشتاء والصيف ووقت الهناء والشر والوسع والضيق وحال أصناف القوت وما جرى به العرف في كل بلد وزمن ووسع وضيق إلى غير ذلك.

وقليلة الأكل فلا يلزم إلا ما تأكل على الأصوب، ولا يلزم الحرير وحمل على الإطلاق، وعلى المتدنية لقناعتها فيفرض الماء والزيت والحطب والملح واللحم المرة بعد المرة وحصير وسرير احتيج إليه وأجرة قابلة وزينة تستضر بتركها ككحل ودهن معتادين وحناء ومشط وإخدام أهله وإن بكراء ولو بأكثر من واحدة، وقضى لها بخادمها إن أحببت إلا لريبة، وإلا فعليها الخدمة الباطنة من عجن وكنس وفرش بخلاف النسيج والغسل، وفي ابن الحاجب نحوه قال: وقدر مالك المد في اليوم، وقدر ابن القاسم ويبتين ونصفاً في الشهر إلى ثلاثة لأن مالكا بالمدينة وابن القاسم بمصر قال: وإن أكل الشعير أكلته. التوضيح: والمراد بالمد هنا المد الهشامي وهو منسوب إلى هشام بن إسماعيل المخزومي وكان أميراً بالمدينة في خلافة هشام بن عبد الملك. ابن حبيب وغيره: (وفي الويبة) اثنان وعشرون مداً بمد النبي ﷺ اهـ. وفي المد الهشامي مد وثلثان بمد النبي ﷺ. ثم قال ابن الحاجب: وأمر الإدام كذلك ولا يفرض مثل العسل والسمن والحالوم والفاكهة ويفرض الخل اهـ. وعدم فرض السمن مقيد ببلد ليس أكله عرفاً عندهم، ثم قال: وأمر الكسوة كذلك. التوضيح: أي فيعتبر في جنسها وقدر حالها كما في النفقة، ويعتبر أيضاً الزمان والمكان مما يصلح للشتاء والصيف من قميص وجبة وخمار ومقنعة وإزار وشبهه مما لا غناء عنه، ومن غطاء ووطاء ووسادة وسرير إن احتيج إليه لعقارب أو براغيث أو فيران اهـ. الجوهري: المقنعة بالكسر ما تقنع به المرأة رأسها والقناع أوسع من المقنعة اهـ. ثم قال ابن الحاجب: والأصل أن ما هو محتاج إليه يفرض وما هو زيادة في معنى السرف لا يفرض وما هو من التوسع بالنسبة إليها ولكنه عاداتها قولان اهـ. وقوله: بالنسبة إليها أي وأما بالنسبة لغيرها فمتأكد ومع ذلك هو عاداتها هذا محل القولين. ثم قال ابن الحاجب: قال عبد الملك ولا يلزمه ما هو من شورتها التي هي من صداقها من ملابس وغطاء ووطاء وله عليها الاستمتاع معها به اهـ. قال مقيده عفا الله عنه: قوله عبد الملك هذا هو الأصل فيما به الحكم عندنا أن الزوج لا يفرض عليه للزوجة عند المشاحة اللباس والفراش إذا كان الصداق معتبراً حتى تطول المدة ويغلب على الظن تلاشي شورتها، بخلاف ما إذا كان الصداق قليلاً جداً فيفرض ذلك عليه من حينه أو قليلاً لا جداً فبعد السنة ونحوها.

قوله: (وفي الويبة الخ) في التنبهات لعياض الويبة خمسة أصع والأردب بفتح الهمزة أربع وبيات الخ فانظره مع ما في هذا الشرح، فإن خمسة أصع عشرون مداً فقط، والأردب على هذا ثمانون مداً، وقد لفتنا آياتاً في أمور تجري على ألسنة الفقهاء نصها:

فدرهم الكيل لدى المحقق	وزنه ستة من الدوانق
ضربه إمامنا عبد الملك	سنة عنه وغيره عنه ترك
وذاك نصف بغلسي وطبري	لفارس والروم فافهم يا جري
ودانق فيه ثمان من شعير	مع خمسي حبة منه يا خبير
وويبة عشرون مداً ذكروا	أردبهم بنقط باء فسروا

وفي ابن عرفة: وواجبها ما يضر بها فقده ولا يضره وفيما فوقه معتاداً لمثلها غير سرف لا يضره خلاف وفي تعيينه بمقتضى محل قابله وعاداته مقالات فنصف مأكولها جل قوت مثلها ببلدهما يفرض لها من الطعام ما يرى أنه الشيع مما يقتات أهل بلدهما من البلاد ما لا ينفق أهله شعيراً بحال غنيهم ولا فقيرهم، ومنها من ذلك عندهم يستخف ويستتجاز، انظر كلامه إن شئت فقد أطال في ذلك على عادته رحمه الله ونفع به. وفي طرر ابن عات عن أحمد بن نصر: وإذا فرض القاضي للمرأة نفقتها (زاد في الرخاء على ربعين) وينقص في الغلاء المفرط عن ربعين. وفي مفيد ابن هشام: والنفقة في الجودة والدناءة والقلة والكثرة على قدر شأن الزوجين ويسارهما، وفي المدة هل تكون شهراً أو سنة على قدر يسر الزوج خاصة، وأجاز ابن القاسم أن يفرض لسنة، وقال سحنون: لا يفرض لسنة لأن الأسواق تحول، وأرى أن يوسع في المدة إذا كان الزوج موسراً ولم يؤد إلى ضرر، فإن كان الزوج موسراً فالأشهر الثلاثة والأربعة، وإن كان متوسطاً فالشهر والشهران، وإن كان ذا صناعة فالشهر، فإن لم يقدر فعلى ما يرى أنه يستطيع أن يغرمه اه. وفي مختصر الشيخ خليل: وقدرت بحاله من يوم أو جمعة أو شهر أو سنة. وفيه أيضاً: ويجوز إعطاء الثمن عما لزمه. وفي ابن سلمون: الحاكم مخير بين أن يؤاخذ الزوج بما يفرض عليه بعينه أو بثمنه. وقال بعض المتأخرين: له أن يعطيها عن جمع لوازمها ثمناً لإلا الطعام ففيه قولان، والقادر بالكسب كالقادر بالمال ولا يجبر على العمل اه. قال مفيد هذا الشرح سمح الله له بفضلته: وقد وجدت بخط بعض الفقهاء المتأخرين أن الذي فرض بفاس في وقته الطبيب أبا الفضل قاسم بن محمد شهر بالوزير وقد أدركته مات في سنة تسع عشرة وألف أنه سئل عن مقدار النفقة في كل شهر على المتعارف في ذلك (فأجاب بما نصه): اعلم حفظك الله أن فرض المرء البالغ ذكراً كان أو أنثى ربعان من الدقيق، وربع ونصف من الفحم، ورطل ونصف من السمن، ومثله من الخليج والزبيب والصابون في الضروريات ثلاثة أرباع الأوقية، هذا في كل شهر لمن يكون مقللاً بحسب ثمن جميع ما ذكر، ويزاد عليه ثلاثة أرباع الأوقية، ويعطي المجتمع في كل شهر، والعديم يتساوى مع المقل في الدقيق ويخالفه فيما عداه، ينقص له من الفحم نصف ربع، ومن السمن نصف رطل، وكذلك فيما بعده، والضروريات نصف أوقية بحسب ذلك مع ما هو معين في الضروريات ويعطي في كل شهر، وأما أهل البادية فينقص لهم الوقود والصابون والزيت وما عداه يلزمهم، ونفقة الأولاد إذا كان الولد من سبعة أعوام يعطي له نصف نفقة أمه، وإذا كان من خمسة إلى ستة الثلث، وإذا كان من عشرة إلى اثني عشر الثلثان، والرضيع أوقية في الشهر، والحاضنة ثمن الأوقية في الشهر، وإذا كانت السنون متعددة ولم يعلم العام الغالي من الراخي يتوخى الصلاح والسداد ويجتهد والله الموفق. والمفروض أربعة: غني ومتوسط

قوله: (زاد في الرخاء على ربعين الخ) المذهب في الكسوة والنفقة لا تحديد ذلك بالاعتبارات المتقدمة، ولذلك لم نكثر الكلام هنا لأن المدار على العرف والأعراف تختلف غاية. قوله: (فأجاب الخ) هذا كله تقريب والمذهب هو اتباع الأعراف.

ومقل وعديم، ففرض عامة الناس عندنا ربيعاً أو وضيعاً فرض الاستغلال ولو كان تاجراً إلا إذا ثبت عدمه فيفرض له فرض العديم، وأما الغني والمتوسط فليس بمحدود ولذلك لم أبين لك فرضهما، وأما خدمة النساء في البادية فلا يفرض لهن شيء إلا إذا كانت أجيرة لأجنبي فيفرض لها أجرة أمثالها، وفي الحضانة ربع الأوقية للرأس بزيادة ثمن الأوقية على أهل الحاضرة والسلام.

فصل في الطلاق بالإعسار بالنفقة وما يلحق بها

الرَّوْجُ إِنْ عَجَزَ عَنِ أَنْفَاقِ
بِفَدَاهُمَا الطَّلَاقُ لَا مِنْ فِعْلِهِ
لَأَجْلِ شَهْرَيْنِ ذُو اسْتِحْقَاقِ
وَعَاجِزٌ عَنِ كِسْوَةِ كَمِثْلِهِ
فِي الْعَجِزِ عَنِ هَذَا وَهَذَا الْأَجْلِ
كَمِثْلِ عِضْمَةٍ وَحَالٍ مَنْ طَلِبَ
وَذَاكَ مِنْ بَعْدِ ثُبُوتِ مَا يَجِبُ

فصل في الطلاق بالإعسار بالنفقة وما يلحق بها

الزوج إن عجز عن إنفاق إلى آخر الأبيات الأربعة. قال في المختصر في هذه الأمور ما نصّه :
ولها الفسخ إن عجز عن نفقة حاضرة لا ماضية وإن عجز عن إنفاق فقوله أو أنه من السؤال، إلا أن يتركه أو يشتهر بالعتاء وينقطع فيأمره الحاكم إن لم يثبت عسره بالنفقة أو الكسوة أو الطلاق وإلا تلوم بالاجتهاد، وزيد إن مرض أو سجن ثم طلق عليه وإن غائبا أو وجد ما يمسك الحياة لا إن قدر على القوت وما يوارى العورة وإن غنية اه. فقوله : ولها الفسخ هذه عبارة الغزالي وتبعه على ذلك ابن شاس وابن الحاجب والمصنف في التوضيح، ولعل الغزالي عبر بالفسخ لأجل^(١). وقوله : ولها الفسخ هذا مذهب مالك والشافعي، وذهب أبو حنيفة والحسن وعطاء إلى عدم الفسخ بالعسر عن النفقة محتجين بإنظار المعسر وقياساً على الزمن الماضي وبأن أم الولد لا تخرج عن الملك بذلك، انظر ردّ هذا عنهم في الشرح. وقوله : ولها الفسخ أي ولها البقاء لأن هذا من حقوقها وظاهره أن الخيار لها تستقل به ولو كانت صغيرة أو سفية وانظر الأمة. وقوله : حاضرة لا مستقبلية وما قاله الأجهوري لا يتبع فيه وكذا من تبعه في هذا انظر الشرح. وقوله ماضية لأنها صارت ديناً و عوض النفقة الذي هو الاستمتاع استوفاه كما إذا دخل ثم عجز عن الصداق بخلاف ما حضر من الاستمتاع فإنها لها قبض عوضها حتى تستوفي ثمنها. وقوله : لا إن علمت فقره أي عند العقد لأنه عيب والمصنف جعل علمها فقره لا تطلق به، وتأمل كلام ابن عرفة عن ابن رشد في الشرح فإنه ربما يقتضي أن العلم بالفقر مسقط للنفقة لا أنها واجبة لا يطلق عليه بعدمها كما يقتضيه كلام المصنف. وقوله : إن عديد إنما غيا بهذا لأن الخلاف قوي هل النفقة على العبد في هذا؟ وهذا كلام يدل على أن نفقة الأمة على زوجها العبد وهو الراجح. وقوله : أو أنه من السؤال الخ إنما كان هذا لأنها دخلت على سؤاله، فإذا تركه فلم يبق ما دخلت عليه وقد استظهر هذا

(١) قوله : «لأجل» يوجد هنا بياض بالأصول التي بأيدينا بعد لفظ لأجل فأخل بذكر العلة فانظره في مقلته،

يعني أن الزوج إذا عجز عن النفقة يعني أو الكسوة بقوله في البيت الثاني يضرب له أجل شهرين، أو ما يراه الحاكم كما يقوله في البيت الثالث، فإذا انقضى الأجل المضروب ولم يجد ما عجز عنه فإن القاضي يطلق عليه ولذلك قال: إن الطلاق ليس من فعل الزوج يعني بل من فعل الحاكم، وهذا إذا امتنع الزوج من التطليق فإن الحاكم حينئذ يطلق عليه، وقيل يأمرها به فتوقعه، وأما ابتداء فالزوج هو المأمور بالتطليق. قوله: ولاجتهاد الحكيمين البيت يعني أن تعيين مدة الأجل المضروب في العجز عن الإنفاق أو الكسوة موكول إلى اجتهاد الحكيمين ونظرهما فيقدر أنه بحسب ما يظهر لهما في كل نازلة نازلة، فقول هذا الأول إشارة إلى الإنفاق والثاني إشارة إلى الكسوة وذكره باعتبار اللباس، وأفاد بهذا البيت أن التحديد بالشهرين المذكورين في البيت الأول ليس لازماً لا يعدل عنه بل هو من جملة الآجال التي هي موكولة إلى اجتهاد القضاة فيقدرونها بما يظهر لهم كما قال الناظم أول الكتاب:

ولاجتهاد الحاكم الآجال موكولة حيث لها استعمال

وقوله: وذلك من بعد ثبوت ما يجب البيت يعني أن ما ذكر من التطليق على المعسر بالنفقة إنما هو بعد ثبوت موجه من العصمة وإعسار الزوج، وعليه نبّه بقوله: وحال من طلب فإذا ثبت ذلك طلق عليه لكن بعد تلوم بقدر اجتهاد القاضي، يعني وأما إن لم يثبت عسره فهو مأمور بأحد أمرين: إما النفقة والكسوة وإما الطلاق وتلوم بالاجتهاد فهو كقول الشيخ خليل فيأمره القاضي إن لم يثبت عسره بالنفقة أو الكسوة أو الطلاق وإلاً تلوم بالاجتهاد ثم طلق عليه. فقوله: وإلاً أي وإن لم يكن ما ذكره من عدم ثبوت عسره وذلك بأن يثبت عسره فلا يؤمر حينئذ إلاً بالطلاق، إذ لا فائدة في أمره بما ثبت عسره وعجزه عنه فيطلق عليه لكن بعد تلوم يراه القاضي كما تقدم. وفي ابن الحاجب: ويثبت لها حق الفسخ بالعجز عن النفقة الحاضرة لا الماضية حرين أو عبيدين أو مختلفين ما لم تكن علمت فقره قبل العقد فيأمره الحاكم بالإنفاق أو الطلاق، فإن أبي طلق عليه بعد التلوم، وروي شهر، وروي شهرين، وروي ثلاثة أيام، والصحيح يختلف بالرجاء اهـ. أي فمن يرجى زوال فقره يتلوم له أكثر من غيره. وقال الشارح: يسوغ أن يزداد في الآجال في حق بعض الأزواج لمن يرجى له الوجد والسعة، ولا يكون على زوجته كبير مضرة في البقاء معه لانتظار يسرته، كما أنه ينقص منه لمن يرجى له شيء مع تضرر زوجته بالإقامة دون القيام بحقها بحسب اجتهاد القاضي في ذلك في أفراد المسائل، وإنما التأجيل بالشهرين تقرير لما استمر عليه العمل من القضاة أكثر ما في حق عموم الناس اهـ. ثم قال ابن الحاجب: وتطلق عليه لعدم القدرة على الكسوة اهـ. التوضيح: اللخمي: وكذلك لو عجز عن الغطاء والوطء. أشهب: ويستأنى في الكسوة الشهرين ونحوهما اهـ. وفي ابن سلمون: فمن ادعى العجز عن النفقة وكذلك عن القوت وعمّا يوارى العورة من الكسوة وادعى العدم فلا يحبس حتى تقوم عليه شبهة يظهر بها لده، وعليه إثبات ذلك إن نأكرته الزوجة، فإذا أثبت ذلك حلف أنه لا مال له وأن الذي يفرض عليه لا يقدر عليه، فإذا

حلف أجل في الكسوة، وإن قدر على النفقة دون الكسوة فرق بينهما بعد الشهرين ونحوهما، وإن لم يقدر على واحد منهما فلا يؤجل إلا دون ذلك وذلك إلى اجتهاد الحاكم، وإذا ثبت عدمه أو أقر بالعجز ووافقته الزوجة على ذلك أجله الحاكم في الإنفاق عليها الشهر ونحوه، وتكون معه في خلال التأجل، ولا تتبعه بنفقة زمن الإعسار، وإن علم له مال أو ظهر لديه كان للسُلطان أن يسجنه، فإن وجد في خلال الأجل ما ينفق عليها بطل حكمه وبقيت زوجة، وإن لم يجد شيئاً ودعت إلى الطلاق فيكتب في ذلك ما نصه: لما انصرم الأجل المقيد فوق هذا أو حضر عند القاضي فلان وفقه الله الزوجان فلان وفلانة وأقر الزوج فلان باتصال عشرته وأنه لم يجد ما ينفق منه على زوجته المذكورة وسألت منه الزوجة النظر لها أمره بالطلاق فأبى من ذلك وثبتت إيايته عنده فطلقها عليه طلقة واحدة يملك بها رجعتها إن أسير في عدتها وحكم بذلك وأنفذه بعد الإعذار إليهما وثبوت زوجيتهما لديه وشهد على القاضي وفقه الله بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهده الزوجان بما فيه عنهما في كذا وإن أسير في عدتها بنفقة الشهر ونحوه وما يجب من اللباس كان أملك بها انتهى. وفي مفيد ابن هشام: ولو أعسر بنفقتها بعد الدخول أو بعد أن دعي إلى البناء فلم يجد شيئاً ينفق منه عليها وأرادت فراقه فَرَقَ بينهما إن طلبت ذلك بعد أن يؤجل له ما يراه الحاكم ولا يكون ذلك إلا أياماً ثلاثة أو جمعة وقيل ثلاثين وقيل شهرين والتوقيت في هذا خطأ، وإنما فيه اجتهاد الحاكم على ما يراه من حاجة المرأة وصبرها والجوع لا صبر عليه، والفرقة فيها طلقة رجعية، فإن أسير في عدتها فله رجعتها إن كان قد دخل بها ولا تلزمه نفقة ما أعسر به ولا تصح رجعته إلا باليسار اهـ. ثم قال الناظم رحمه الله:

وَوَاجِدُ نَفْقَةٍ وَمَا ابْتَنَى
وَعَنْ صَدَاقٍ عَجْزُهُ تَبَيَّنَا
تَأْجِيلُهُ عَمَانٍ وَأَبْنُ الْقَاسِمِ
يَجْعَلُ ذَلِكَ لِاجْتِهَادِ الْحَاكِمِ

يعني أن من عقد على امرأة ولم يدخل بها ثم طولب بالصداق فعجز عنه لكنه يقدر على النفقة فإنه يؤجل لذلك ستين. وعن ابن القاسم أن ذلك موكول إلى اجتهاد القاضي.

الذي في المتن. وقوله: إن يشتهر الخ ظاهر وما ذكره الشارح لا ينهض وبيّن ذلك في الشرح. وقوله: فيأمره الحاكم أي بعد إثبات الزوجية أو بعد تصادق الطارئين. وقوله: إن لم يثبت عسره أي بيينة أو بإقرارها، ولكن ينبغي أن يقيد هذا الأخير بالرشيدة. وقوله: وإلا تلوم أي إن أثبت عسره والتلوم هو المشهور المعمول به ولذلك مرّ عليه والتلوم باجتهاد الحاكم والاجتهاد باعتبار الرجاء للزوج وصبر المرأة واحتياجها، وربما يدخل في قول المتن وإذا لم يمثل أمر الحاكم له بالإنفاق أو الطلاق مع ادعائه العسر لم يثبت، وظاهر كلام المصنف أن الزوج لا يحبس ولا يؤخذ من ماله كرهاً، وفي ذلك كلام في الشرح يطول بنا جلبيه. وقوله: وزيد الخ، وقوله: فيأمره الحاكم هذا بسطنا فيه الكلام عند قول المتن في العيوب هل يطلقها الحاكم أو يأمرها به؟ وانظر كلاماً طويلاً بقي في الشرح إن شئت.

(ص): وواجد نفقة وما ابتنى. إلى آخر البيتين.

قال في الوثائق المجموعة: وإذا أصدق الرجل المرأة صداقاً ولم يجد الصداق قبل دخوله عليها ويجد النفقة فإنه يضرب له في ذلك أجل، قيل له: فإن حلَّ الأجل ولو لم يأت بشيء؟ قال: يضرب له أجل آخر يتلوم له فيه، فإذا استقصى التلوم رأيت أن يفرق بينهما وليس من ترجى له تجارة تأتيه أو غلة كالذي لا يعرف له شيء في رواية ابن القاسم عن مالك، وروي عن أشهب أنه يضرب له في الصداق إذا كان يجري النفقة أجل سنتين. وفي المدونة عن ابن القاسم: لا أعرف سنة ولا سنتين ولكن قد قال مالك يتلوم له تلوماً بعد تلوم وإلا ففرق بينهما اهـ. ابن الحاجب: وللمرأة منع نفسها من الدخول ومن الوطاء بعده ومن السفر معه حتى تقبض ما وجب لها من صداقها، فإن لم يجد تلوم له بأجل بعد أجل ثم يفرق بينهما بطلقة وفي نصف الصداق حينئذ قولان. التوضيح: ما وجب لها أي الحال وما حلَّ، ثم قال: إذا طوِّب الزوج بالصداق فإن صدقته المرأة أو قامت بينة على إعساره ضرب له الأجل وتلوم له ثم يفرق بينهما بطلقة. قال في المدونة: ويختلف التلوم فيمن يرجى وفيمن لا يرجى أي فيطال في الأجل في حق من يرجى دون غيره. قال المتيطي: ويؤجله في إثبات عسره أحدًا وعشرين يوماً ستة ثم ستة ثم ثلاثة، وللمرأة أن تطلبه بحميل بوجهه فإن عجز عنه فلها أن تسجنه لأن الصداق دين كسائر الديون. ثم قال: وذكر المتيطي أن الذي اختاره الموثقون في مقدار الأجل ثلاثة عشر شهراً ستة أشهر ثم أربعة أشهر ثم شهران ثم شهر. ونقله ابن سحنون. ولمالك في المختصر أنه يضرب له السنة والسنتان ثم يفرق بينهما وإن كان يجري النفقة، وإذا ضرب الأجل فقال ابن مالك في أحكامه لا يعد اليوم الذي يكتب فيه الأجل. خليل: ولا يبعد أن يختلف فيه كعهدة السنة والكرء ونحوهما. ثم قال في شرح قوله: وفي نصف الصداق حينئذ قولان أي حين التفرق بالإعسار بالصداق اهـ. (والى هذا كله) أشار في المختصر بقوله: وإن لم تجده أجل لإثبات عسره ثلاثة أسابيع ثم شهر، وفي التلوم لمن لا يرجى وصحَّ عدمه تأويلان، ثم طلق عليه ووجب نصفه اهـ. ثم قال:

وَزَوْجَةُ الْغَائِبِ حَيْثُ أَمَلَتْ فِرَاقَ زَوْجِهَا بِشَهْرٍ أَجَلَتْ

قوله: (والى هذا كله) أشار في المختصر بقوله: وإن لم يجده أجل لإثبات عسره ثلاثة أسابيع ثم تلوم بالنظر وعمل بسنة وشهر، وفي التلوم لمن لا يرجى وصحَّ عدمه تأويلان، ثم طلق عليه ووجب نصفه، فقوله: وإن لم يجده أي في الحال بقسميه لأن هذا راجع لقوله: فلها منع نفسها إلى تسليم ما حلَّ. ولقوله: ومن بادر أجبر له الآخر باعتبار مبادرة الزوج. وقوله: أجل أي ويلزمه حميل بوجهه وإن لم يعطه سجن إن طلب ذلك منه، ولم ينص عليه المصنف لأن هذا دين كما في التوضيح وغيره، وقد قال في فصل الفلوس وحبس لثبوت عسره إن جهل حاله ولم يسأل الصبر له بحميل وجهه، وهذا إن لم يقرَّ الخصم بعدمه ولا بينة عنده به. وقوله: ثلاثة أسابيع ستة أيام ثم ستة ثم ثلاثة تلوماً وهذا كلام المتيطي وقوله: وعمل بسنة وشهر وهذا وإن قاله غير واحد فالاجتهاد هو اللائق لاختلاف الناس. وقوله: ووجب نصفه وهو الذي به العمل.

(ص): وزوجة الغائب حيث أملت. إلى آخر البيت.

وبانقضاء الأجل الطلاق مع يمينها وباختيارها يَمَعُ

يعني أن من غاب عن زوجته ولم يترك لها نفقة وأرادت فراقه فإنها تؤجل شهراً، فإذا انقضى الشهر خيرت في البقاء والطلاق، فإن اختارته فإنها تطلق عليه بعد يمينها أنه لم يترك لها نفقة ولا بعث بها ووصلتها، وعلى كونها خيرت فاختارت الطلاق نَبَهَ بقوله: وباختيارها يقع رداً على من يقول: إن القاضي يطلقها عليه، ويأتي التصريح به في آخر كلام ابن سلمون. ففي الوثائق المجموعة: إذا رفعت امرأة عند الحاكم أن زوجها غاب عنها ولم يترك لها شيئاً تنفق منه على نفسها وأثبتت له مالا أعدها بنفقتها فيه، فإن لم تثبت له مالا يعيدها فيه وذهبت إلى أن تطلق نفسها عليه بعدم النفقة (وهو عديم أو مجهول الحال) فإنه يتلوم له، فإن أتى أو وجدت له مالا وإلاً طلقت عليه من جهة النفقة لا من جهة الفقد كما تطلق على العديم الحاضر، ويجب في ذلك أن تثبت عدم الغائب وغيبته ثم يستأنى بعد ذلك كما يستأنى على الحاضر ثم يقضى عليه وترجى له الحجة لمغيبه. قال ابن حبيب: وتحلف المرأة بالله ما ترك عندها نفقة ولا أرسل إليها شيئاً ووصل إليها ولا وضعت عنها نفقتها اهـ. وفي طرر ابن عات: (بني ابن فتحون وثائقه على تلوم ثلاثين يوماً). وفي ابن سلمون: (وكذلك إن كانت غيبته قبل البناء) ولم يترك مالا

قوله: (وهو عديم أو مجهول الحال الخ) هذا ذكره ابن فتوح قائلاً بأثره: وإن ثبت ملاؤه فإنه يعرض لها قط ولا تطلق نفسها الخ، وظاهره ولو تعمس عليها الإنفاق من أجل فقرها وعدم من يسلفها وفي ذلك نظر ظاهر، وفي البيان لابن رشد ما نصه: الزوج لا يخلو في مغيبه من ثلاثة أحوال: معروف الملاء، ومعروف العدم، ومجهول الحال، فإن كان معروف الملاء فإن النفقة تفرض للزوج عليه على ما يعرف من ملائه وتتبعه بذلك ديناً ثابتاً في ذمته، هذا معنى قول ابن القاسم ونص قول أشهب في الواضحة وظاهر قوله فيها أنه لا خيار للمرأة في فراقه كما يكون لها ذلك في مجهول الحال، ومعنى إذا كان لها مال تنفق على نفسها منه وما لم تطل إقامته عنها أيضاً على ما تقدم في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم، وفي رسم شهد من سماع عيسى ومعروف العدم لا يفرض لها عليه لأنه لا نفقة على معدم الخ. وقوله: ومعنى ذلك حسن غاية ولكن الكثير لم يذكروا ما ذكره ابن فتوح وابن رشد، وقال ابن عرفة: وقول ابن الحاجب حكم الغائب ولا مال له حاضراً حكم العاجز ابن عبد السلام يعني أن الغائب البعيد الغيبة وليس له مال أو له مال لا يمكنها الوصول إليه إلا بمشقة حكمه حكم العاجز الحاضر. قلت: قوله إلا بعد مشقة خلاف ظاهر أقوالهم أنه لا يحكم لها بطلاقه إلا إذا لم يكن له مال بحال دون استثناء الخ. وما ذكره ابن عبد السلام هو الذي يظهر ويدل له مسألة الضمان وهي مضمون قول المتن: ولا يطالب إن حضر الغريم موسراً ولم يبعد إثباته عليه الخ. أي أو غاب والحالة أنه لم يبعد الخ فجعل ما يبعد إثباته بمنزلة العدم وقف على الشرح فيه هنالك، والحاصل هنا كلام كثير منتشر جمعناه في الشرح فانظره، ولا تطلق امرأة قبل رؤيتك أو تبقيها فإن في المسألة شروطاً كثيرة وقد جمعنا ذلك فيه والحمد لله. قوله: (بني ابن فتحون وثائقه على تلوم ثلاثين يوماً الخ) وفي الفشتالي أن العلم جرى بتأجيل شهر ههنا ولكن وثيقة ابن فتوح شهرين. قوله: (وكذلك إن كانت غيبته قبل البناء الخ) هذا هو الحق، وأن الزوجة قبل البناء إذا غاب عنها زوجها تطلق بعدم الإنفاق وإن لم تدعه إلى الدخول قبل سفره، وقد جمعنا كلام

فإنها تطلق عليه إذا دعت إلى ذلك على الصحيح، وقيل لا تطلق عليه لأن النفقة لا تجب لها حتى تطلبها وبغيته عدم ذلك. ثم ذكر الخلاف في وجوب النفقة على الذي غاب قبل البناء وكانت غيبته قريبة دون البعيدة فتلزمه قولاً واحداً إن طلبت الزوجة ذلك، ثم ذكر وثيقة البينة بأنه غاب ولم يترك لها نفقة، ثم وثيقة التأجيل بالشهر، ثم وثيقة التطلق بعد انقضاء الشهر ونصها: لما انصرم الأجل المقيد في كذا ولم يؤب الزوج المذكور في كذا لزوجته المذكورة فيه من الغيبة المشهود بها في كذا وسألت الزوجة من القاضي فلان وفقه الله النظر لها في ذلك اقتضى نظره إحلافها فحلفت بحيث يجب وكما يجب (يميناً قالت فيها: بالله الذي لا إله إلا هو) لقد غاب عني زوجي فلان المذكور في كذا الغيبة المشهود بها في كذا ولا رجوع من مغيبه سراً ولا جهرأ وتركني دون نفقة ولا شيء أمون به نفسي ولا بعث إليّ بشيء فوصلني ولا أقام لي بذلك كفيلاً ولا من ينوب عنه ولا قام عنه أحد بشيء من ذلك ولا أذنت له في سفره ولا رضيت بالمقام معه دون نفقة ولا أعلم له مالا أعدى له فيه بذلك، ولا أن عصمة النكاح انفصلت بيني وبينه بوجه حتى الآن، ولما كملت يمينها وثبتت لديه أذن لها في تطلق نفسها إن شاءت فطلقت نفسها عليه واحدة قبل البناء بها ملكت بها أمر نفسها أو بعد البناء بها طلقة رجعية يملك بها رجعتها إن قدم موسراً في عدتها وأمرها بالاعتداد من الآن وإرجاء الحجة للغائب متى قدم ومن حضر اليمين المنصوصة واستوعبها من الحالفة ويعرف الإذن فيها وفي الطلاق، وأشهدته الحالفة بما فيه عنها وعرفها قيد بذلك شهادته في كذا. وأسقط ابن فتحون أذن لها في الطلاق

الناس في ذلك عند قول المتن: وإن غائباً. قوله: (يميناً قالت فيها بالله الذي لا إله إلا هو الخ) عبارة ابن فتوح في وثائفة المجموعة: بالله الذي لا إله إلا هو ما رجعت إليها زوجها فلان من مغيبه سراً ولا جهرأ ولا لزوجها عندها شيء ولا ترك عندها نفقة ولا أرسل إليها شيئاً وصل إليها ولا رضيت بالمقام معه بلا نفقة ولا وضعتها عنه، فحلفت فلانة باليمين المنصوصة في المسجد الجامع المذكور على حسب نصها من قبل، وأجاز من البينة ممن عرفها وأباح لها تطلق نفسها الخ. وقوله: على حسب نصها الخ أشار لبينة المرأة التي كلفت بها، ولفظ البينة ما نصه: شهدوا على عين فلانة وعرفوها حين شهادتهم أنهم يعرفون فلاناً بعينه واسمه زوجاً لفلانة لا يعلمون أنه انقطعت الزوجية إلى حين أدانهم لشهادتهم في هذا الكتاب، ويعرفون فلاناً قد غاب عن زوجته فلانة كذا وكذا لا يعلمون أنه انصرف إليها ولا يعلمون أنه ترك لها شيئاً تنفق منه على نفسها ولا أرسل لها بشيء وصل إليها ولا يعلمون له مالا ظاهراً ولا باطناً، على هذه الحال عرفوه منذ كذا وكذا، ولا يعلمون أنه تبدل عنها منذ عرفوه بها إلى أداء شهادتهم في هذا الكتاب فقبل فلان الخ. هذا كلام الوثائق المجموعة بلفظها فانظره مع نقل هذا الشارح له بواسطة، وزاد في حلف المرأة الفشتالي ولا أحالها بذلك فانحالت ولا له بالمدينة المذكورة مال يعدى لها فيه بنفقتها. وزاد أيضاً: ولا ترك لها بذلك كفيلاً ولا رهناً ولا له عليها دين الخ. وهذه الثلاثة الأخيرة رأيتها في أبي الحسن أيضاً. وما ذكره هذا الشارح في حلفها رأيتها، وفي الشرح كلام طويل في هذا وغيره، والحاصل ما شهد به الشهود لا على القطع وتوهم أن يكون فهي تحلف بخلاف ما قطعوا به كالزوجية فإنها لا تحلف عليها فافهم.

وجعل في عوضه فطلقها وما ذكرنا أصوب اهـ. وعلى التنبيه على هذا الأصوب أشار الناظم بقوله: وباختيارها يقع. قال ابن عات: والمعنى المقصود من ذلك أن المرأة هي المفارقة وأن الحق إذا كان للمرأة خالصاً فإنفاذ الطلاق موكول إليها مع إباحة الحاكم ذلك لها، ونسب ذلك إلى السلطان لأنه الحاكم به ومنفذه.

(فرع): اختلف إذا فقد الزوج قبل البناء وضرب الحاكم الأجل وفرق بينهما وسواء تزوجت أم لا، فعن مالك أنها تعطى جميع الصداق، وبه قال سحنون وابن العطار وبه القضاء. وفي الجلاب: أنها تعطى نصف الصداق فقط فإن ثبت بعد ذلك وفاته أكمل لها صداقها، وكذلك إن مضى عليه من السنين ما لا يحيا إلى مثله، وقاله عبد الملك وابن دينار من التوضيح.

فرع: إذا تطوع أحد أقارب الزوج أو أجنبي بالنفقة على زوجة الغائب فقال أبو القاسم بن الكاتب: لها أن تفارق لأن الفراق قد وجب لها. وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: لا مقال لها لأن سبب الفراق هو عدم النفقة وقد وجدتها اهـ. من طرر سيدي أحمد الونشريسي على وثائق الفشتالي. ثم قال:

وَمَنْ عَنِ الْإِخْدَامِ عَجَزُهُ ظَهَرَ فَلَا طَلَّاقَ وَبِذَا الْحُكْمِ اشْتَهَرَ

يعني أن الزوج إذا قدر على النفقة والكسوة وعجز عن الإخدام مع كونه وزوجته أهلاً للإخدام ففي التطلاق عليه بذلك قولان المشهور منهما لا تطلق عليه بذلك. قال في المتيضية: واختلف إذا عجز الزوج عن الإخدام هل تطلق عليه بذلك أم لا؟ فقال ابن القاسم في رواية عيسى: لا تطلق عليه بذلك. قال المتيضي: وهذا هو المشهور من مذهب مالك وأصحابه وبه القضاء وعليه العمل اهـ. وجملة عجزه ظهر عن الإخدام صلة من الروابط ضمير عجزه، وفلا طلاق جواب من.

فصل في أحكام المفقودين

جمعهم لأنهم على أربعة أقسام: منهم من يفقد في أرض الإسلام، ومنهم من يفقد في أرض الكفر، وكل منهما إما في غير حرب أو في حرب، ولكل واحد حكم يخصه. ثم قال:

وَحُكْمُ مَفْقُودٍ بِأَرْضِ الْكُفْرِ فِي غَيْرِ حَرْبٍ حُكْمُ مَنْ فِي الْأَسْرِ

قوله: (فرع الخ) انظر هذا صدر كتاب المفقود في شرحنا إن شئت، وما نقله هذا الشارح هو كذلك ولكن لم يستوف.

(ص): ومن عن الإخدام الخ هذا ظاهر.

فصل في أحكام المفقودين

(ص): وحكم مفقود بأرض الكفر. إلى آخر الآيات الثلاثة.

تَغْمِيرُهُ فِي الْمَالِ وَالطَّلَاقُ
مُمْتَنِعٌ مَا بَقِيَ الْإِنْفَاقُ
وَكُلُّ مَنْ لَيْسَ لَهُ مَالٌ حَرِي
بِأَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ كَالْمَغْسِرِ

المفقود قال ابن عرفة: من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه خرج بقوله من انقطع خبره الأسير الذي علم خبره. وخرج بقوله: ويمكن الكشف عنه المحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه فإنه لا يحكم له بحكم المفقود، والحد شامل للحر والعبد قاله الرصاع. واعلم أن المفقود إما أن يفقد في أرض الكفر أو في أرض الإسلام، وبدأ الناظم بالذي يفقد في أرض الكفر وسيقول: ومن بأرض المسلمين يفقد الخ. وقسم المفقود في أرض الكفر إلى من فقد في غير حرب، وعليه تكلم في هذه الأبواب باعتبار زوجته وماله، وأدمج معه حكم الأسير المجهول الحياة باعتبار زوجته وماله أيضاً، فأخبر أن حكم المفقود في أرض الكفر في غير حرب حكم الأسير أي الذي لم تعلم حياته من موته، وحكمه أن المال لا يورث حتى يأتي عليه من السنين ما لا يعيش إلى مثله، وكذا لا تتزوج زوجته إلا بعد انقضاء أجل التعمير والحكم بموته، فكذلك المفقود بأرض الكفر في غير حرب لا يورث ماله ولا تتزوج زوجته إلا بعد التعمير، فقوله: والطلاق ممتنع يعني أن زوجة المفقود والأسير لا تطلق عليه ما دامت نفقتها من ماله، فإن لم يبق له مال أو لم يكن من أول وهلة فإنها تطلق عليه بالإعسار وعلى ذلك تبه بقوله: وكل من ليس له مال حري، البيت فهو تصريح بمفهوم قوله: ممتنع ما بقي الإنفاق، إلا أن ظاهر قوله: ما بقي الإنفاق أنه مهما كان عنده ما تنفق منه فلها حكم الزوجة فتنفق من ماله ولا تتزوج ولو طالت السنون وليس كذلك بل هو مقيد بما قبل الحكم بموته، أما إذا انقضى أجل التعمير وحكم بموته فلا نفقة لها حينئذ ولو كان له مال لأنها إذ ذاك متوفى عنها ولا نفقة للمتوفى عنها، ولها أن تتزوج بعد عدة الوفاة تبديتها من غد يوم الحكم بموته. قال في المتيطة: وأما الأسير فإن كان لامرأته شرط في المغيب طوعاً أو كرهاً فلها أن تطلق نفسها به عليه، وإن لم يكن لها شرط ولا خلف لها نفقة قامت بعدمها وطلقها عليه الإمام كما تطلق على الحاضر، فإن كان خلف لها ما تنفق منه عليها ولم يكن لها عليه شرط فلا تتزوج أبداً وينفق عليها من ماله حتى يثبت موته أو تبصره طائعاً أو ينقضي تعميره إن جهل مكانه فتقطع النفقة عنها وعمن كان ينفق عليه من ماله وتعتد زوجته وتتزوج ويقسم ماله في ثبوت الموت أو انقضاء التعمير اه. ويأتي للناظم الكلام على حد التعمير. وفي مختصر الشيخ خليل: وبقيت أم ولده وماله (وزوجة الأسير وزوجة مفقود أرض الشرك) للتعمير،

قوله: (وزوجة الأسير وزوجة مفقود أرض الشرك الخ) أشار بهذا لقوله في المختصر: وبقيت أم ولده وماله وزوجة الأسير ومفقود أرض الشرك للتعمير اه. فقوله: وبقيت أم ولده أي المفقود للتعمير أي لانقضائه وهذا إن كان ما تنفق وإلا فاختلف في ذلك فقيل تعتق قاله أبو عمران في تعاليقه، وقال المتيطة: تعلق بعد التلوم بشهر ثم قال: وقيل تبقى وهو الجاري على قول ابن القاسم، وبه أفتى ابن الشقاق قال: وفيها رواية لابن زيادة أنها تعتق وأخذ به ابن سهل الخ، وقيل تزوج، والحاصل فيها خلاف جمعناه في الشرح، وكذلك إذا غاب عنها أو عن أمة ولا نفقة قف

والشاهد لمسألتنا أعني مسألة المفقود والأسير هو قوله: وزوجة الأسير وزوجة مفقود أرض الشرك يعني ومالهما. فقوله: ومفقود عطف على الأسير مدخول لزوجة والله أعلم. وَإِنْ يَكُنْ فِي الْحَرْبِ فَالْمَشْهُورُ وَفِيهِ أَقْوَالٌ لَهُمْ مَعَيَّنَةٌ وَقَدْ أَتَى قَوْلٌ بِضَرْبِ عَامٍ وَيُقَسَّمُ الْمَالُ عَلَى مَمَاتِهِ وَذَا بِهِ الْقَضَاءُ فِي الْأَتَدْلَسِ

أَصْحَافُهَا الْقَوْلُ بِسَبْعِينَ سَنَةً مِنْ حِينَ يَأْسِ مِنْهُ لَا الْقِيَامَ وَزَوْجَةٌ تَفْتَدُ مِنْ وَقَاتِهِ لِمَنْ مَضَى فَمُقْتَفِيهِمْ مُؤْتَسِ

يعني المفقود في أرض الكفر إما في غير حرب وقد تقدم وإما في حرب وعليه تكلم هنا فهو تصريح بمفهوم قوله: وحكم مفقود بأرض الكفر في غير حرب، (يعني أن من فقد في أرض الكفر في الحرب والقتال مع الكفار ففيه قولان) على ما ذكره الناظم:

على ذلك هنا إن شئت. وقوله: وزوجة الأسير أي التي لا شرط لها وإلا فلها الأخذ به، وهذا أيضاً إذا دامت نفقتها وإلا فلها أن تطلق نفسها أيضاً من جهة العسر بالنفقة. وقوله: وماله أي المفقود أي يبقى للتعيمير لأنه لا ميراث بشك إلا أن يثبت موته. وقوله: وزوجة الأسير أي تبقى للتعيمير إلا أن يثبت موته أي وأحرى مال الأسير أي فإنه يبقى للتعيمير، فالفرق بين الأسير والمفقود إنما هو في الزوجة. وقوله: ومفقود أرض الشرك ابن رشد حكم المفقود ببلد الحرب حكم الأسير لا تزوج امرأته ولا يقسم ماله إلا بموته تحقيقاً أو تعميراً في قول كل أصحابنا، حاشا أشهب فإنه حكم له بحكم المفقود في المال والزوجة معاً الخ. ولكن انظر الشرح وملخص هذا أن زوجة الأسير تبقى حتى يثبت موته أو تبصره إن علم موضعه أو يمضي التعيمير إن جهل مكانه، وهذا إن دامت نفقتها ولا شرطها، وإلا فلها أن تطلق نفسها بالشرط أو بعدم الإنفاق، ومفقود أرض الشرك بلا حرب كذلك تبقى زوجته إلى موته تحقيقاً أو تعميراً، وأما المال فيبقى في الجميع أي في المفقود والأسير وفقيد أرض الشرك.

(ص): وإن يكن في الحرب فالمشهور الخ الأبيات الخمسة.

قوله: (يعني إن فقد في أرض الكفر في الحرب والقتال مع الكفار ففيه قولان الخ) لم يقل في المختصر هكذا إنما قال: وفي المفقود بين المسلمين والكفار تعدد بعد سنة بعد النظر الخ. فظاهاه كان القتال بأرض المسلمين أو بأرض الكفار وهو كذلك، والناظم أيضاً لم يقيد بما في هذا الشرح، وكذا ابن الناظم لم يقرر بما قاله هذا الشارح، وكلام المقدمات سقناه في الشرح برتمته قال: ولا فرق بين أن يكون القتال ببلد الإسلام أو العدو، ولكن ذكر تفصيلاً يطول جلبه، وما ساقه الناظم من أنه هو المشهور في هذه المسألة به صدر في المقدمات ناسباً لرواية ابن القاسم عن مالك وجعله قول ابن القاسم، ولعل الناظم لذلك صرح بمشهوريته وإن لم يذكر ذلك ابن رشد، قف على الشرح وانظر ابن الناظم عنا فيمن فقد في البحر فإنه أجاد وأطال في ذلك المقال، وقول الناظم أصحابها القول بسبعين سنة هو قول مالك وابن القاسم وأشهب وأفتى به ابن زرب وبه القضاء كما في سجلات الباجي، والقول بالثمانين قوي ولا بد من النظر لعمر من فقد كم هو فافهم.

الأول: أنه يعمل في المال والزوجة كالمفقود والأسير المتقدمين فلا يقسم ماله ولا تتزوج زوجته إلا بعد أجل التعمير والحكم بموته وإلى هذا أشار بقوله: فالمشهور في ماله والزوجة التعمير. القول الثاني: أنه يضرب له أجل سنة بعد النظر والبحث عنه فإذا انقضت السنة ورث ماله واعتدت زوجته عدة الوفاة، وهذا هو القول الذي اعتمده الشيخ خليل حيث قال: وفي المفقود بين المسلمين والكفار تعتد بعد سنة بعد النظر، وإلى هذا القول أشار الناظم بقوله: وقد أتى القول بضرب عام، ومبتدأ العام من حيث اليأس من خبره لا من حين قيام الزوجة وعلى ذلك نبّه بقوله: من حين يأس منه لا القيام. فإذا انقضى العام وحكم بموته قسم ماله واعتدت زوجته عدة الوفاة وعلى ذلك نبّه بقوله: يقسم المال على مماته البيت، فقوله: على مماته أي على القول بتمويته إذ ذاك أي لا على القول الأول بتعميره، وبهذا القول القضاء في بلاد الأندلس لمن مضى من الشيوخ، فمن عمل بذلك فهو مؤتس ومقتد بهم. ولما ذكر الناظم القول الأول بتعميره ذكر أثره بعض ما قيل في التعمير وأخبر أن فيه أقوالاً لهم لكنه لم يحك منها إلا قولاً واحداً وهو سبعون سنة وقال إنه أصحها. وفي ابن الحاجب أن في مفقود المعتكك بين المسلمين والكفار ثلاثة أقوال: الأول: أنه كالأسير لا تتزوج زوجته ولا يقسم ماله حتى يعلم موته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله. والثاني: أنه كالمفقود في أرض الإسلام في ماله وزوجته فيعمر في ماله ويضرب لزوجته أجل أربع سنين ثم تعتد كعدة الوفاة. القول الثالث: تعتد بعد سنة بعد النظر وهذا القول هو الثاني في النظم وعليه ذهب خليل كما تقدم. ونقل في التوضيح عن ابن رشد أن في حد التعمير ستة أقوال اقتصر في مختصره على ثلاثة منها فقال وهو سبعون سنة واختار الشيخان ثمانين وحكم بخمس وسبعين. ثم قال:

وَمَنْ بِأَرْضِ الْمُسْلِمِينَ يُفْقَدُ فَأَزْبَعُ مِنَ السِّنِينَ الْأَمْدَ
وَبَاعْتِدَادِ الزَّوْجَةِ الْحُكْمُ جَرَى مُبْعَضاً وَالْمَالُ فِيهِ عُمْرَا

لما تكلم على المفقود في أرض الكفر بقسميه أي في غير حرب أو في حرب تكلم هنا على المفقود في أرض الإسلام في غير حرب فأخبر أنه يفصل بين زوجته وماله، فأما زوجته فيضرب لها أجل أربع سنين بعد العجز عن خبره (ثم تعتد عدة الوفاة) ثم تتزوج إن شاءت، وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من السنين ما لا يعيش إلى مثله. قال في الرسالة: والمفقود يضرب له أجل أربع سنين من يوم ترفع ذلك وينتهي الكشف عنه ثم تعتد كعدة الميت ثم تتزوج إن شاءت، ولا يورث ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله اهـ. فقوله: وباعتداد الزوجة البيت يعني أن الحكم جرى في المفقود بأرض الإسلام مبعضاً بسبب اعتداد الزوجة بعد الأربع سنين وحليتها للأزواج بعدها وتعميره في المال فلم يعمر في الجميع ولا ضرب له الأجل في الجميع بل عمر في المال

(ص): ومن بأرض المسلمين يفقد إلى آخر البيتين. قوله: (ثم تعتد الخ) هذا إن دامت نفقتها كما

في المختصر.

وضرب لزوجته الأجل فيحكم بموته باعتبار الزوجة بحياته باعتبار المال وهذا هو التبعض والله أعلم. قال الناظم رحمه الله:

وَحُكْمُ مَفْقُودٍ بِأَرْضِ الْفِتَنِ فِي الْمَالِ وَالزَّوْجَةِ حُكْمٌ مَنْ فَنِي
مَعَ التَّلُومِ لِأَقْلِ الْمَلْحَمَةِ بِقَدْرِ مَا تَنْصَرِفُ الْمُنْهَزِمَةَ
وَإِنْ نَأَتْ أَمَاكِنَ الْمَلَا حِمِ تَرِيضُ الْعَامِ لَدَى ابْنِ الْقَاسِمِ
وَأَمْدُ الْعِدَّةِ فِيهِ إِنْ شُهِدَ أَنْ قَدْ رَأَى الشُّهُودُ فِيهَا مَنْ فُقِدَ

هذا هو القسم الرابع من أقسام المفقود، وهو المفقود بأرض المسلمين في وقت الحرب بينهم، وهو المفقود في الفتن الواقعة بين المسلمين. وذكر الناظم على ظاهر لفظه أن فيه قولاً واحداً بالتفصيل إن لم تبعد أماكن الملحمة، فحكمه حكم من مات حاضراً في المال والزوجة فيورث ماله وتعدت زوجته ولا يضرب له أجل، وإنما يتلوم الإمام لزوجته بقدر انصراف من انصرف وانهزم من انهزم ثم تعدت وتزوج، وإن بعدت أماكن الملحمة التي فقد فيها عن بلده كإفريقية ونحوها انتظرت زوجته سنة والعدة داخلة في السنة، هذا إن رأى المفقود في المعركة من تقبل شهادته إن لم يشهدوا بموته هذا مقصوده والله أعلم. وإن كان ظاهر لفظه أن الذين رأوه في الملحمة لم يشهدوا وإنما نقلت الشهادة عنهم لقوله: إن شهد أن قد رأى الشهود والأمر قريب، فقوله: من فني أي من مات في بلده، ونأت معنا بعدت، ولدى بمعنى عند، وأمد العدة فيه أي داخل في العام وشهد بالبناء للنائب الذي هو أن قد رأى والشهود فاعل رأى، ومن فقد مفعوله وضمير فيها للملحمة. قال في التوضيح في المفقود في الفتن الواقعة بين المسلمين إن ابن الحاجب حكى فيه أربعة أقوال، الأول: لمالك وابن القاسم أن زوجته تعدت (من يوم التقاء الصفين) وكان

(ص): وحكم مفقود بأرض الفتن إلى آخر الأبيات الأربعة.

قوله: (من يوم التقاء الصفين) عبارة المختصر: واعتدت في مفقود المعترك بين المسلمين بعد انفصال الصفين وهل يتلوم ويجهتد تفسيران وورث ماله حينئذ اه. وعبارة ابن الحاجب: تعدت زوجته بعد انفصال الصفين، وروي بعد التلوم بالاجتهاد، فإذا التقى الصفان قرب فجر يوم الجمعة مثلاً وانفصلا الأحد فالعدة قرب فجر من يوم الأحد، ولا تحسب ما قبل ذلك لاحتمال أن يكون مات آخر زمن القتال، والعدة يحتاط فيها كما هو معلوم وبدليل ما ذكره عند مضمون قول المختصر: وإن أقرّ بطلاق فتقدم الخ في كتاب العدة وبيننا ذلك عند قوله: وألغى يوم الطلاق بل إلغاء يوم الطلاق في العدة إنما هو احتياط للعدة كما في ابن رشد وابن يونس وغيرهما، فلو عدّ ما قبل ذلك لكانت العدة غير كاملة، فقول ابن الحاجب بعد انفصال الصفين معنا أنها تعدّ العدة من يوم مفارقة الصفين. وهو قول الشامل إذا انفصل الصفان، ويجعل يوم الانفصال كأنه يوم الطلاق، والعدة لا تحتاج إلى نية، ويدل على هذا قول اللخمي في تبصرته: لو كان القتال أياماً وأشهرات فمن آخر يوم وهو في قوة ما ذكرناه، والحاصل هذا الذي ظهر لنا صحته، والناس لهم كلام في هذا كتبناه في الشرح فقف عليه إن شئت.

أشبهه ذلك فيما مضى يوم صفيين والحره. **والثاني**: لأصيح يضرب لامرأته بقدر ما يستقصى أمره ويستبين خبره وليس لذلك حد معلوم. ابن عبد السلام: وجعله المصنف خلافاً للأول وجعله بعضهم تفسيراً له. **الثالث**: لابن القاسم تربص زوجته سنة ثم تعتد. **الرابع**: أن العدة داخلة في السنة، قال في المقدمات: وهو الصواب لأنه إنما تلوم له مخافة أن يكون حياً، فإذا لم يوجد له خبر حمل على أن قتل في المعركة. وفي العتبية خامس بالفرق بين ما قرب من الديار يتلوم الإمام لزوجته باجتهاده بقدر انصراف من انصرف وانهمام من انهزم ثم تعتد وتزوج، وبين ما بعد مثل إفريقية ونحوها تمكث زوجته سنة، فأدخل نظر الإمام في ذلك وفرق بين القرب والبعد. وفي الموازية سادس إن كان بعيداً فحكمه كالمفقود تربص أربعة أعوام. اللخمي: من قال إن العدة من يوم التقاء الصفيين ورث ماله حينئذ، ومن جعل لزوجته التربص وقف ماله إلى التعمير، واختلف على القول بأن زوجته تربص سنة فقبل يورث ماله ذلك الوقت، وقيل يوقف ماله إلى التعمير، قال في المقدمات: وهذا الخلاف إنما هو إذا شهدت البينة العادلة أنه شهد المعترك، وأما إن كان إنما رأوه خارجاً مع العسكر ولم يروه في المعترك فحكمه حكم المفقود في زوجته وماله باتفاق اهـ. فقله فحكمه حكم المفقود أي تؤجل زوجته أربع سنين ويبقى ماله للتعمير والله أعلم. وعلى القول الأول في التوضيح مع التردد في كون الثاني تفسيراً له أو خلافاً ذهب الشيخ خليل حيث قال: واعتدت في كمفقود المعترك بين المسلمين بعد انفصال الصفيين، وهل يتلوم ويجتهد؟ تفسيران وورث ماله، وحينئذ وعلى ما تقدم عن ابن الحاجب والتوضيح عن العتبية يكون قوله في النظم: فإن نأت أماكن الملاحم قولاً ثالثاً مستقلاً لا من تمام الأول كما يظهر من النظم، ويكون قوله أن شهد الخ تقييد المحل الخلاف كما قال المقدمات لا شرطاً في مسألة ما إذا بعدت أماكن الملاحم كما يظهر من النظم أيضاً والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في الحَضَانَة

ابن عرفة: الحضانة هي محصول قول الباجي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه وملبسه ومضجعه وتنظيف جسمه. الرضاع: المصدر مضاف للمفعول، وأصل ذلك أن يحفظ الولد وبناء المصدر من المفعول فيه خلاف وقصر الحفظ للحاضن على ما ذكر فلا نظر له في غير هذا، فإن كان للمحضون أب فينظر له في غير هذا من ماله وتعليمه الصنعة وتزويجه وغير ذلك، (حتى أن ختان) المحضون يكون عند أبيه ويرد إلى الأم، والرقاد

فصل في الحضانة

قوله: (حتى أن ختان الخ) الذي في أبي الحسن على المدونة بعد سوق كلامها ما نصه: يقوم من هذا أن النظر في جميع أمور الصبي على الأب، وليس على الأم إلا التربية والمبيت عندها. الشيخ: انظر ختان الصبي هل عند الأب أو عند الأم؟ وانظر زفاف البنت من أين يكون من بيت الأب أو من بيت

اختار بعض الشيوخ أنه يكون عند الأم اهـ. وأما زفاف الأنتى لدار زوجها فمن عند أمها،
قاله في تكميل التقييد والله أعلم، قال الناظم:

الْحَقُّ لِلْحَاضِنِ فِي الْحَضَانَةِ وَحَالَ هَذَا الْقَوْلِ مُسْتَبَانَهِ
لِكَوْنِهِ يُسْقِطُهَا فَتَسْقُطُ وَقِيلَ بِالْعَكْسِ فَمَا إِنْ تَسْقُطُ

يعني أنهم (اختلفوا في الحضانة) هل هي حق للحاضن وعليه إذا أسقطها سقطت،
لأن كل من له حق إذا أسقطه يسقط، قيل إنها حق للمحضون وهو مراده بالعكس وعليه
فلا تسقط إن أسقطها، وقد صرح به في قوله: فما إن تسقط وإن زائدة. وفي المسألة
قولان آخران: أحدهما: أنها لهما معاً. والثاني: أنها حق الله سبحانه وتعالى، وعليه فلا
تسقط أيضاً إن أسقطها الحاضن. التوضيح عن اللخمي: كل من ذكر أن له حقاً في
الحضانة فليس ذلك بواجب عليه وهو بالخيار في ذلك من أب أو غيره لأن لكل حناناً
وعطفاً ما خلا الأم، فاختلف هل تجبر أم لا بناء على أنه حق لها أو له. ابن محرز:
والصواب عندي أنه حق سواء بين الحاضنة والمحضون. قال في الطرر عن ابن محرز:
وقد اختلف في الحضانة هل هي حق للأم أو للولد على الأم؟ وفائدة الخلاف هو أنه إذا
كان حقاً لها جاز تركها له وانتقل إلى غيرها، وإذا كان حقاً للولد لزمها ولم يكن لها تركه
إلا من عذر، قال ابن محرز: والصواب من ذلك عندي أنه حق مشترك بين الحاضن
والمحضون. قال الشارح رحمه الله: والقول الذي اختاره ابن محرز هو أظهر لأنه تطرد
فيه الفروع الواردة في هذا الباب، قال: فما يؤيد القول الأول كون الحاضن لا تجب له
أجرة على مجرد الحضانة في القول المشهور فلو لم تكن حقاً له لفرضت عليه الأجرة
فتأمل اهـ. تنبيه: قولهم لا أجرة للحاضنة على المشهور معناه لا أجرة لها على مجرد
الحضانة، وأما خدمتها للمحضون كطبخ طعامه وطحن دقيقه وغسل ثيابه فإن لها الأجرة
على ذلك، ولهذا زاد الشيخ خليل قوله لأجلها بعد قوله ولا شيء للحاضن، فنبه به على
أن عدم استحقاقها للأجرة إنما هو إذا لم يكن لها عمل سوى الحضانة وحدها وهي النظر
في مصالح ذات المحضون كما تقدم في حد الحضانة، ومفهومه أنها إن كانت تخدم
المحضون فلها عليه الأجرة وهو كذلك، وقيل لها النفقة وإن زادت على الأجرة. ابن
عرفة: اللخمي للأم الحاضنة الفقيرة النفقة على ولدها اليتيم فإن كانت موسرة فقال مالك:

الأم؟ أما ختان الصبي فيمكن في بيت الأب ثم يرجع إلى الأم، وأما الزفاف فلم أر فيه نصاً وفيه حق
الأب وحق الأم الخ هذا لفظه. وفي الجزولي أن بعضهم أخذ من قولهم حضانة الأنتى إلى التزوج
والدخول أن الزفاف يكون من عند الأم وهو أخذ ظاهر. وفي الفائق في الحادي والثلاثين من الفروع أن
التمريض يكون عند الحاضنة، وفي الحادي والأربعين منه أن الزفاف يكون من عند الأم، وقال في
الختان يمكن أن يختتن عند أبيه في داره ويصنع الصنيع ثم يرسله إلى أمه الخ.

(ص): الحق للحاضن في الحضانة. إلى آخر البيتين. قوله: (اختلفوا في الحضانة الخ) قال
في التوضيح: والمشهور أن الحق في الحضانة للحاضن الخ، وكان من حق هذا الشارح نقله.

لا نفقة لها، وقال مرة: لها إن قامت عليهم، وقال أيضاً: تنفق بقدر حضانتها إن كان لا بدّ لهم من حاضن جعل لها في هذا القول الأجرة دون النفقة، وأرى إن تأيمت لأجلهم وهي القائمة بأمرهم كان لها النفقة وإن زادت على الأجرة لأنها لو تزوجت أتى من ينفق عليها، وإن لم تتأيم لأجلهم أو كانت في سن من لا يتزوج فلها الأجرة وإن كانت دون نفقتها، وإن كان لهم من يخدمهم أو استأجرت لهم من يخدمهم وإنما هي ناظرة لهم فلا شيء لها اهـ. ومما ينبني على الخلاف الذي في محضون ليس له إلا دار أرادت جدته لأمه حضانتها وبيعها والإنفاق عليه من قيمتها وأرادت جدته لأبيه حضانتها على أن تنفق عليه من مالها وتبقي له داره فقيل جدة الأم أولى وقيل جدة الأب أولى وهما على أن الحق للحاضنة أو للمحضون، ومن هذا المعنى ما سئل عنه أبو سعيد بن لب في بنتين كانتا في حضانة جدتهما للأم فمات أبوهما وأوصى بهما إلى شقيقته وتحت إشراف زوجها فالتزمت العمة نفقتهم وكسوتهم من مال نفسها من غير رجوع عليهما على أن تكون لها الحضانة وامتنعت الجدة من ذلك وإن بقيتا عند الجدة ذهب مالهما. فأجاب: بأن الصواب نقل الحضانة إلى العمة إن لم يعلم في ذلك ضرر على البنتين ولا نقص مرفق في الكفالة والقيام بالمؤنة والخدمة لظهور المصلحة العظمى للبنتين بصون مالهما، ثم رجع ذلك بوجه نقلها الشارح في شرح قوله: وهي إلى الإثغار في الدخول، ثم قال:

وَصَرَفَهَا إِلَى النِّسَاءِ أَلْيَقُ لِأَنَّهُنَّ فِي الْأُمُورِ أَشْفَقُ
وَكَوْنُهُنَّ مِنْ ذَوَاتِ الرَّحِمِ شَرِطٌ لَهُنَّ وَذَوَاتِ مَخْرَمٍ

يعني أن صرف الحضانة وجعلها للنساء أليق من جعلها للرجال لأن المقصود منها القيام بمؤنة الصبي لأنه خلق ضعيف لا يقوم بنفسه، فقدم الشارع لحضانتها من هو في طبعه أشفق على المحضون وأرفق به من غيره وعلى هذا نبّه بالبيت الأول، ثم ذكر في الثاني أنه يشترط في الحضانة شرطان: أحدهما: أن تكون من ذوات رحم المحضون. الثاني: أن تكون من ذوات محارمه. قال (القرافي) في ذخيرته: قاعدة: يقدم الشرع في كل ولاية من هو أقوم بمصالح تلك الولاية، ففي الحرب من هو شجاع مجرب ليسوس الجيوش، وفي القضاء من هو فقيه متوفر الدين والعزم والفراسة، وفي ولاية الأيتام من هو عارف بتنمية المال ومصارفه وقد يكون المقدم في باب مؤخراً في آخر، فالمرأة مؤخرة في الإمامة مقدمة في الحضانة لمزيد شفقتها وصبرها فهي أقوم بمصالح الحضانة من الرجال. قال ابن رشد: ويستحق النساء الحضانة بوصفين: أحدهما: أن يكن ذوات رحم من المحضون. والثاني: أن يكن محرمات عليه، فإن كن ذوات رحم منه ولم يكن محرمات عليه كبنت الخالة وبنت العمة لم تكن لهن حضانة، وإن كن محرمات عليه ولم يكن

(ص): وصرفها إلى النساء أليق. إلى آخر البيتين.

قوله: (القرافي الخ) هذه القاعدة لا يختلف فيها لأن المدار على جلب المصالح ودفع

المضار.

ذوات رحم منه كالأم من الرضاعة والمحرمات بالصهر لم تكن لهن حضانة أيضاً اهـ. وقال ابن رشد أيضاً: (وأما الرجال) فإنهم يستحقون الحضانة بمجرد الولاية كانوا من ذوي رحم المحرم كالجد والأخ وابن الأخ، أو من ذوي رحمه الذي ليس بمحرم كابن العم، أو لم يكونوا من ذوي رحمه كالمولى المعتق والوصي من قبل الأب ومن قبل السلطان اهـ. وقد ذكر في البيت الثاني بعض شروط الحاضن إن كان امرأة ويأتي بعض شروطه إن كان رجلاً أو امرأة في قوله: وشروطها الصحة والصيانة البيتين ولم يظهر وجه التفرقة بين هذه الشروط والأنسب جمعها في محل واحد. قال رحمه الله:

وَهِيَ إِلَى الْإِنْتِغَارِ فِي الذُّكُورِ وَالِاخْتِلَامِ الْحَدُّ فِي الْمَشْهُورِ
وَفِي الْإِنَاثِ لِلدُّخُولِ الْمُنْتَهَى وَالْأُمُّ أَوْلَى نَمَّ أُمَّهَا بِهَا
فَأُمَّهَا فَخَالَةٌ فَأُمُّ الْأَبِ نَمَّ أَبُ الْقَامُ مَنْ لَهُ انْتَسَبَ
فَالأَخْتُ فَالْعَمَّةُ نَمَّ ابْنَةُ الْأَخِ فَالْعَصْبَاتُ بَعْدُ وَالْوَصِيُّ
أَحَقُّ وَالسَّنُّ بِهَا مَرْعِي

يعني أن حد الحضانة في الذكر إلى الاحتلام أي البلوغ على القول المشهور، وقيل إلى الإنتغار وهو قول أبي مصعب وغيره، وأما الأنثى فتنتهي إلى دخول زوجها بها. ثم ذكر ترتيب الحاضنات إذا تعدد فذكر أن الأم أولى ثم أمها وهي جدة المحضون، ثم أم أم الأم وهي جدة أمه، ثم الخالة ثم أم الأب ثم الأب ثم أم الجد وهي المراد بمن له انتسب أي أم من انتسب الأب له وهو الجد، ثم الأخت ثم العممة ثم بنت الأخ ثم بنت الأخت ثم الأخ ثم الوصي ثم العصبه ولهذا قال: والوصي أحق أي من العصبه، وإذا تعدد من هو في درجة واحدة فالأكبر سناً مقدم على من هو أصغر منه فلذلك قال: والسن بها مرعي، وكذلك إذا تعدد بوجود الشقيق والذي للأم والذي للأب قدم الشقيق ثم الذي للأم لأن الحنانة والشفقة من جهة الأم أكثر ثم الذي للأب ويقدم عند الاستواء من كل وجه بزيادة الصيانة والشفقة. قال في المتيضية: واختلف قول مالك في أمد حضانة الذكران من البنين فقال في المدونة للاحتلام، (قال ابن شعبان: يحتلم الغلام صحيح العقل والبدن) وفي مختصر ابن عبد الحكم وأبي مصعب: الاثغار في رواية الشيباني عن

قوله: (وأما الرجال الخ) وعلى هذا فيحسن زيادة بيت وهو ما نصّه:

وشرطها ولاية في الرجل بلا تشكك ولا تحاييل

(ص): وهي إلى الإثغار في الذكور. إلى آخر الأبيات الخمسة. قوله: (قال ابن شعبان يحتلم الغلام صحيح العقل والبدن الخ) هذا خلاف المدونة، وخلاف قول ابن عبد السلام ما نصّه: المشهور في غاية أمد النفقة أنها البلوغ في الذكور بشرط السلامة المذكورة، والمشهور في غاية أمد الحضانة البلوغ في الذكور من غير شرط الخ. وما يوهمه كلام ابن شاس هنا أصله في الوجيز للإمام الغزالي نفعا الله بدينه وورعه وولايته وتطوعه، والفرق بين الحضانة والنفقة أن الزمن لا يقدر على أن ينفق على نفسه لعدم قدرته على تصرفه في معاشه، والحضانة إنما هي للتربية وهو لا يحتاجها

مالك، وفي المدونة والوثائق المجموعة وحضانة الغلمان حتى يحتلموا وحضانة النساء حتى ينكحن ويدخل بهن أزواجهن. وفي المتيضية: قال في المدونة: والجددة للأم أحق وإن بعدت بعد الأم ثم الخالة ثم الجددة للأب ثم الأب. وقسم ابن الحاجب من له الحضانة إلى ثلاثة أوجه: تارة ينفرد النساء، وتارة ينفرد الرجال، وتارة يجتمع النساء والرجال معاً فأشار إلى انفراد النساء بقوله: الحضانة في النساء للأم ثم جددة الأم لأمها ثم الخالة ثم الجددة للأب ثم جددة الأب لأبيه ثم الأخت ثم العممة ثم بنت الأخ، وفي إلحاق خالة الخالة بالخالة قولان، وأشار إلى انفراد الرجال بقوله: وفي الذكور للأب ثم الأخ ثم الجد ثم أبي الجد ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم ثم المولى الأعلى والأسفل على المشهور فيهما. التوضيح: قوله ثم المولى الأعلى أي بعد العصبية وهو المعتق والأسفل يريد بعد الأعلى نص على ذلك للخمي. وقوله على المشهور فيهما أي في الأعلى والأسفل، والمشهور من مذهب المدونة إثبات الحضانة لهما أي ومقابله لا حق لهما في الحضانة. ثم أشار إلى الوجه الثالث وهو إذا اجتمع ممن له الحضانة النساء والرجال فقال: والأم ثم أمها أولى من الجميع وفي الأب مع بقية بنتها المشهور يقدم على من بعد الجددة للأب، وقيل الأب أولى من الأم عند إثغار الذكور، وبقية النساء أولى من بقية الذكور. التوضيح: قوله أولى من الجميع أي من جميع الرجال والنساء، وقوله وقيل الأب أولى يعني فأحرى أن يكون مقدماً على غيرها، وهذا القول رواه ابن حبيب عن مالك ووجهه أن احتياج الولد إلى أبيه بعد سن الاثغار أكثر لأنه يحتاج حينئذ إلى التربية والتعليم اهـ. ونقل الشارح عن ابن رشد الخلاف في بنت الأخت هل لها حضانة أو لا؟ قال: والصواب أن لها الحضانة، فإن اجتمعت مع بنت الأخ فقيل بنت الأخ مقدمة، وقيل بنت الأخت مقدمة، وقيل هما سواء ينظر السلطان في أكفئهما وأحرزهما. وقوله: ثم أمها بها أي أم الأم أولى بها أي بالحضانة. وقوله: فأمها أي أم المحدث عنها التي هي أم الأم وأمها هي جددة أم المحضون لأمها. قال الناظم رحمه الله:

وَشَرَطُهَا الصَّحَّةُ وَالصِّيَانَةُ وَالْجِرْزُ وَالْتَّكْلِيفُ وَالِدِيَانُهُ

وَفِي الْإِنَاثِ عَدَمُ الزَّوْجِ عَدَا جَدًّا لِمَحْضُونٍ لَهَا زَوْجاً عَدَا

تعرض في البيتين لشروط الحاضن فأخبر أنه يشترط فيه (صحة الجسم) ليتحرز

لأنه بالغ عاقل، والمجنون كذلك في النفقة، وفي الحضانة قد لا يحتاج إليها لأن المجنون البالغ يخاف منه، وللمجانين أمكنة يستقلون بها فافهم. ولذلك في المختصر قال في النفقة حتى يبلغ عاقلاً قادراً على الكسب ولم يذكر ذلك في الحضانة. وكلام التحفة ظاهر في هذا أيضاً، وكلام هذا الشارح هو كلام ابن الناظم نفسه، وربما يكون في ذلك إيهام حيث لم ينبّه على ما كتبناه فافهم. وما ذكره الناظم في ترتيب الحاضنين هو تابع للمقدمات فيما يظهر، فإنه حرّر هذا الترتيب وحررناه في الشرح تبعاً للفحول وعلى الله تعالى نبيل المأمول.

(ص): وشروطها الصحة والصيانة. إلى آخر البيتين. قوله: (صحة الجسم الخ) عبارة المختصر والكفاية لا كمسنة. وعبارة اللخمي: وأما صفة من له الحضانة فينصرف إلى وجوه

بذلك من المريض الضعيف القوة لأنه لا يقوم بمصلحة نفسه فأحرى أن لا يقوم بمصلحة غيره، وكذا من يخاف من مرضه ضرورة العدوى على ما جرت به عادة الله سبحانه من كونه عنده لا به كالجذام والبرص، (ويشترط فيه أيضاً الصيانة) ليتحرز بذلك من لحوق المعرة بسبب عدم الصون، (وأن يكون في حرز) لئلا يلحقه الضياع، كأن يكون بطرف العمارة بحيث يخاف عليه من السباع ونحوها، أو تصيبه المتوقعات المحظورة كالخوف عليه من سارق يسرقه أو سالب يسلبه ثيابه أو نحو ذلك مما يصيبه من قلة الصون والحفظ، وأن يكون مكلفاً أي عاقلاً لأن غير البالغ أو المجنون لا يتصور أن يكون المحضون معه في أمن ولا حرز فهو في نفسه مفتقر لمن يكلفه (فكيف يكفل غيره)؟ وأن يكون ديناً لأن الفاسق (وأحرى الكافر) لا يؤمن على المحضون من وجوه، وهذه الشروط

وينحصر في أربعة: أن لا يكون عاجزاً عن القيام بالولد. وأن لا يخشى أن يدخل عليهم ضرراً ولا فساداً في طباع ولا بدن ولا معيشة. قال ابن المواز فيما يسقط حقها: إن كانت تضعف عنهم أو سقيمة أو مسنة أو سفیهة الخ وهذا منه بلفظه، وهاتان العبارتان أولى من عبارة النظم وأعم، والحاصل الكفاية أن لا يكون عاجزاً عن القيام بالمحضون، وكذلك إذا كان يقدر ولكن بمشقة فذلك بمنزلة العجز لأن ارتكاب المشاق صعب على النفوس وذلك مظنة الترك للقيام المذكور فافهم. قوله: (ويشترط فيه أيضاً الصيانة الخ) هذا شرط ظاهر. قوله: (وأن يكون في حرز) ذكرنا في الشرح كلام الناس في المسألة وحررنا أن الحرز إنما يشترط في المحضونة المطيقة للوطء، وإن كان الحرز مطلوباً ولكن لا تسقط الحضانة بعدم الحرز إلا في المطيقة للوطء، انظر كلام الناس في ذلك والاعتراض على ابن عرفة، وقول المختصر: وحرز المكان في البنت يخاف عليها أي المطيقة ويشعر به قوله يخاف عليها لأنها هي التي يخاف وطؤها، بل قيل إنما يجب في المطيقة حرز المكان إذا علمت بالجمال أو كان المحل فيه فساد وإلا فالحرز على الاستحسان لا شرط في استحقاق الحضانة، وكذا الذكر فهو كغير المطيقة، وكذا كلام اللخمي وتبعه أبو الحسن وابن الحاجب وغيرهم وهو نص المختصر وقد رأيت، واعتراض ابن عرفة وغير مسلم قف عليه إن شئت في الشرح. قوله: (فكيف يكفل غيره) قال أبو الحسن ما نصّه: وانظر لم يفرق في المدونة بين أن يكون من يستحق الحضانة صغيراً أو كبيراً وظاهره التسوية وبه الفتوى عند الشيخ لأن الصغير قد يكون ضابطاً ويكون من يحضنه يحضن معه المحضون الصغير اهـ. بلفظه. وهذا فرع غريب لم نجد من تكلم عليه على وجه البيان، نعم اللقاني في حواشي التوضيح نقله وسلمه، والناس لم يذكروا من شرط الحاضن البلوغ خليل وغيره وإنما ذكره الناظم في قوله مكلفاً. قوله: (وأحرى الكافر) في المختصر لا إسلام أي لا يشترط في الحاضن، ولكن هذا يأتي في كلام هذا الشارح الخ. وقد قال في المختصر في هذه الشروط ما نصّه: وشرط الحاضن العقل والكفاية لا كمسنة، وحرز المكان في البنت يخاف عليها والأمانة وأثبتها وعدم كجذام مضر ورشد لا إسلام وضمت إن خيف للمسلمين، وإن مجوسية أسلم زوجها، وللذكر من يحضن وللأنثى الخلو عن زوج دخل إلا أن يعلم ويسكت العام أو يكون محرماً، وأن لا حضانه له كالخال أو ولياً كابن العم، أو لا يقبل الولد غير أمه، أو لم ترضعه المرضعة عند أمه، أو لا يكون للولد حاضن أو غير مأمون أو عاجزاً أو كان الأب عبداً وهي حرة. وفي الوصية روايتان وأن لا يسافر الخ. ولم يذكر من شروط الحاضن البلوغ ولا يتضمنه شرط

عامة سواء كان الحاضن رجلاً أن امرأة، ويزاد في شروط الحاضنة الخلو عن زوج قد دخل بها إلا إن كان هذا الزوج جداً للمحضون كالجدة للأم المتزوجة بوالد الأم فلا تسقط حضانتها لأن له حناناً وشفقة حتى قيل إن له الحضانة. قال في النوادر من كتاب ابن المواز عن مالك قال: ومن لم تكن في حرز أو كانت غير مأمونة أو تضعف عنهم أو كانت سفية أو سقيمة أو ضعيفة أو مسنة فلا حضانة لها كانت جدة أو غيرها. قال الشارح: ما عدّه الشيخ من الشروط مأخوذ من قول مالك في النوادر المتقدم ثم بيّنه بما هو ظاهر. وفي المقرب: إذا كانت الأم ليست بمرضية في حالها فيكون أبو الجارية أو أولياؤها أحق بها إذا ضمت إلى كفالة وحرز. قال الشارح: ومن قول المقرب ومثله أخذ المتأخرون شرط الديانة في الحاضنة إذا كانت مسلمة، فإن الكتابية تحضن ما لم يخف أن تسقيهم الخمر أو تغذيهم بالخنزير. وفي النوادر من كتاب ابن المواز: ولا حق لمن تكون

العقل لأن الصغير يكون عاقلاً، ولذلك يقولون إن المكلف هو العاقل البالغ، وتقدم كلام أبي الحسن فيه، وتقدم الكلام على الشروط الأربعة الأول، غير أن الحاضنة إذا كانت تجن في بعض الأحيان فإن الكلام يأتي عليه عند قول المختصر: وعدم كجذام الخ. وقوله: والأمانة أي في دينه وفيما يدفع إليه. وقوله: وأثبتها أي الأمانة يثبتها الحاضن لأنه محمول على غيرها حتى يثبتها وإلا فلا حضانة له، وهو كذلك في الكفاية والحرز عن ابن الهندي وغيره، واعتراض المتيطي ومن تبعه فيه ما فيه، انظر الشرح إن شئت فإن الكلام في المسألة طويل، وانظر غير هذه الشروط الثلاثة هل يثبتها الحاضن أم لا؟ وانظر هل يحتاج لذلك بالقياس على هذه الثلاثة أم لا؟ وقوله: وعدم كجذام مضر دخل بالكاف البرص، ونصّ للحمي في هذا هو قوله: وأما الضرر في البدن بالجذام والبرص فإن كان خفيفاً لم تمنع، وإن كان متفاحشاً منعت لما يدرك الولد من المضرة برؤيته واحترازاً ممن يقول أنه يخشى مع طول الصحبة حدوث مثله بالولد، فإن كانت تجن في بعض الأحيان ويخاف أن يدرك الولد رعب في حين يعرض لها أو ضيعة منعت، وإذا كانت الحضانة لرجل روعي مثل ذلك فيمن يتولى من نسائه أعني في القيام ودفع المضرة الخ، فيظهر بحسب ما ذكره الناس في عيوب الزوجين وما تقدم في قول المختصر: والأصحّ منع الأجدم الخ أن الجذام مانع وإن لم يضر مع كونه يعدي كثيراً بقدره الله تعالى عندها لا بها. وقوله: ورشد احترز به من السفية والسفيه، وظاهره أن السفية لا حضانة لها مطلقاً، وقد قسمها للحمي إلى أربعة أقسام، وقد اختلفت الفتوى في المسألة والحق الذي لا يتبع غيره، وقاله للحمي وغيره أن السفية المولى عليها إذا كان لها صيانة وقيام غير متلفة للقدر الذي تقبض فلها الحضانة وإلا فلا، ولعله من أفتى بالحضانة أراد هذه، ومن أفتى بغيرها أراد غيرها، وقف على كلام الناس في الشرح وما اعترض به الناس وما ردّ عليهم به إن شئت أن تطلع على ما هو حق وقوله لا إسلام، أي ليس هو شرطاً في وجوب الحضانة، فهو معطوف على قوله: العقل قبله، وقوله: لا إسلام أي وهي في رتبة غيرها من المسلمات، وبه تفهم أن قول المتن ثم الخالة الخ أن لا فرق في الترتيب المذكور بين مسلم وكافر، وهذا ظاهرها كما في أبي الحسن. وقوله: وضمت الخ ظاهر قولهم أن الضم واجب عند الخوف ولا وجوب عند عدمه. وقوله: وللذكر من يحضن أي من يليق للحضانة زوجة أو سرية كما تقدم، زاد للحمي أو غيرها وهو في التوضيح أيضاً: ويشترط في الزوجة ومن ذكر معها ما يشترط في المرأة الحاضنة لنفسها كما تقدم في

متزوجة منهم إلا أن يكون زوج الجدة جد الصبي فلا يضرها ذلك اهـ. من الشارح. وهل يشترط في الحاضن الرشد أو لا؟ قال الشيخ خليل في شروط الحاضن ورشد وخرج به السفيه، قال اللخمي: وهذا إذا كان سفيهاً في عقله ذا طيش وقلة ضبط لا يحسن القيام بالمحضون ولا أدبه، أو كان سفيهاً في المال يبذر ما يقبضه قبل انقضاء الأمد، قال: وأما إن كان سفيهاً مولى عليه ذا صيانة وقيام بالمحضون فلا يسقط حقه من الحضانة اهـ. نقله الشارح بهرام. ابن غازي: قوله ورشد قد علمت كلام اللخمي فيه. وقال المتيطي: اختلف في السفية قيل لها الحضانة وقيل لا حضانة لها. ابن عرفة: نزلت ببلد باجة فكتب قاضيها لقاضي الجماعة يومئذ بتونس وهو ابن عبد السلام فكتب إليه بأن لا حضانة لها فرفع المحكوم عليه أمره إلى سلطانها الأمير أبي يحيى ابن الأمير أبي زكرياء فأمر باجتماع فقهاء الوقت مع القاضي المذكور لينظروا في ذلك فاجتمعوا بالقصبة وكان من جملتهم ابن هارون والأجمي قاضي الأنكحة حينئذ بتونس فأفتى القاضيان وبعض أهل

كلام اللخمي وذكره ابن عرفة وغيره، فلا تكون هذه المرأة مجنونة ونحو ذلك، وكان هذا يدخل في قوله: وشروط الحاضن الخ. وقوله: وللأئني الخلو عن زوج دخل أي بها وإن لم يدخل فهي على حضانتها وهذا هو المذهب، والفرق أنها بعد الدخول تشتغل بمسائل الزوج عن المحضون، وظاهر المتن أن السقوط بنفس الدخول ولو لم يحكم حاكم بذلك، هو كذلك على ما يظهر رجحانه قد ذكرنا الخلاف في المسألة بالشرح، وظاهر المتن: ولو ألجئت للنكاح فإن الدخول بها يسقط حضانتها وهو كذلك. وقوله: إلا أن يعلم ويسكت العام يعني أن الأم إذا دخل بها وسكت من له الحضانة عاماً سقطت حضانتها لأنه يعد بذلك تاركاً لحقه، وظاهره وجدها عند تمام العام زوجة أو طالقاً وهو كذلك، وكلام ابن رشد فيه إبهام ولكن مراده آخر. وقوله: إلا أن يعلم ظاهره أنه إذا لم يعلم لا يسقط بعام وهو كذلك، وظاهر أن الجدة إذا سكتت سنة بعد تزوج البنت ودخولها وعلمها بذلك أنه يسقط حقها وحق من بعدها وهو كذلك، وظاهره أنه إذا سكت عاماً بعد علمه بدخول الزوج جهلاً بالحكم أنه يلزمه السقوط، وهو كذلك على ما يظهر من كلام الأجهوري، لكن في أنقال الشيخ ميارة عن محمد عن مالك أنها معذورة وهذا أقوى لأنه نص صريح عن الإمام، ولكن انظر في الشرح عند قول المتن: لو جهلت العتق لا الحكم، وعند قوله: ولا تعود بعد الطلاق، وقوله: أو يكون محرماً أي الزوج والمراد أنه محرم للمحضون، وقوله: أو ولياً أي وليس بمحرم بدليل عطفه على المحرم وهو يقتضي المغايرة، وابن العم يكون محرماً للمحضونة بنفس الدخول لا قبل ذلك بخلاف الخال مثلاً فإنه محرم بالأصالة، وابن العم ونحوه بالعروض، ولذلك إذا تزوجت الحاضنة بالمحرم الأصلي تبقى بنتها بيدها، وإن كان ثم من هو أقرب من الحاضنات فارغة من الزوج بخلاف ابن العم مثلاً ولا تغتر بكلام ابن عاشر ولكن لا بدّ إلا بدّ من نظر الشرح في هذا، ومحرمه الأجنبي غير الولي التي تحصل بالدخول لا عبرة بها، وإلا لزم أن الأم المدخول بها لا تسقط حضانتها وذلك غير صحيح. وقوله أو ولياً يدخل فيه الوصي وقد قال المصنف في كتاب الحجر: والولي الأب ثم وصيه وإن بعد. وقال في النكاح: وركنه ولي الخ. ثم قال: وجبر أب ووصي، ثم قال: وهو في الثيب ولي، والذي نصّ على مسألة الحاضنة تزوج بالوصي هو صاحب المسائل الملقوطة وعندي أنه أحرى لأنه مقدم على الخال وابن العم في الحضانة بل مقدم على الأخ

المجلس بأن لا حضانة لها، وأفتى ابن هارون وبعض أهل المجلس بأن لها الحضانة، ورفع ذلك إلى السلطان المذكور فخرج الأمر بالعمل بفتوى ابن هارون وأمر قاضي الجماعة بأن يكتب بذلك إلى قاضي باجة ففعل وهو الصواب، وهو ظاهر عموم الروايات

الخ. فيجب دخوله في قول المتن أو ولياً، وإن كان نقل الخطاب ربما يفهم منه شبه التبري، وكذا كلام صاحب المسائل الملقوطة والصغير بين أمه ووصي عليه حسن غاية، والمدار حفظه وحفظ الوصي ظاهر مع كونه مع أمه، وقد نزل الوصي منزلة الأب في أمور كما في حمله على السداد في مال يتيمة وغير ذلك كجبره البنت فافهم، وانظر هنا في الشرح كلاماً في أمور كثيرة في اختصارها بعض صعوبة، وكون الذكر إنما يحضن في مواضع دون مواضع. وقوله أو لا يقبل الولد غير أمه وهذا ظاهر لأن زواله منها يؤدي إلى هلاكه وهو أمر ظاهر. وقوله: أو لم ترضعه المرضعة عند أمه قال ابن غازي فيه ما نصّه: صوابه عند بدلها فيعود الضمير على الأم المتقدمة، والمراد بالبدل من انتقلت له الحضانة بعد تزوج الحاضنة الأولى كما فرضها للخمى اه. وكلام للخمى هو قوله عاطفاً على ما لا يسقط الحضانة أو يكون الولد رضيعاً لا يقبل غيرها أو يقبل غيرها وقالت المرضعة لا أرضعه إلا عندي لأن كونه في رضاع أمه، وإن كانت ذات زوج أرفق به من الأجنبية يسلم إليها، وإن كانت الظئر ذات زوج أبين الخ. وهذا منه بلفظه مع تبصرته، والكلام على حذف مضاف الذي هو في تقرير ابن غازي والقرينة الدالة عليه هو قول المتن، وللأنثى الخلو عن زوج ومعناه أن حضانتها تسقط بنفس الدخول كما رأيته، ومن سقطت حضانتها فكيف يطلب بكون الرضاع عنده وذلك حضانة أو في حكمها فلا اعتراض على المتن، لأن حذف المضاف مع القرينة لا يعترض ويشفع لهذا الاختصار، فقول ابن غازي ومن تبعه صوابه قد لا يسلم، لأن ما دلّت عليه القرينة في حكم المذكور، فقول من قال صوابه الخ يفهم منه أن مقابله في حكم الخطأ ليس كذلك، وقوله: أو لا يكون للولد حاضن أي غير المتزوجة، والنكرة في سياق النفي تعم أي لا حاضن له أصلاً لا من الرجال ولا من النساء لأن كونه عند أمه، وإن كان لها زوج أولى من الأجنبي من المحضون كما تقدم في مسألة الظئر. وقوله: أو غير مأمون أو عاجز الخ هذان في قوة الحاضن المعدوم لأن شرط الحاضن الأمانة والكفاية كما تقدم، وإذا فقد الشرط فقد المشروط شرعاً كالمعدوم حساً فيرجع لقول المتن أولاً: يكون للولد حاضن، وكأنه قال: أو لا يكون له حاضن حقيقة أو حكماً فافهم. والحاضن الغائب في حكم المعدوم أعني قبل قدومه، وقد قال في الفائق الغائب على حقّه في نزع الولد من المتزوجة كالغائب في الشفعة هو على حقّه ما لم يقدم، فإذا قدم ولم يأخذ بالشفعة فلا شفعة له بعد عام اه. وهو حسن ظاهر. وفي ابن عرفة ما يدل لهذا. وقوله: أو كان الأب عبداً في أنقال ابن عرفة ما نصّه: واختلقوا في الوالد العبد فسمع ابن القاسم شأن العبد ضعيف ولعله يذهب ليلد آخر فأرى أن ينظر للولد ابن القاسم إن كان قيماً بمال سيده تاجراً له الكفاية فهو أحق، وإن كان وغداً يباع ويستأجر به فلا حق له. ابن رشد: قول ابن القاسم صحيح لا وجه للقول فيه، قلت: قال ابن عبد الغفور قول ابن القاسم استحسان الخ، وهذا منه بلفظه. وقوله: وإن كان وغداً الخ شبهه في الوثائق المجموعة، وقال في الشامل: أو كان الأب عبداً وهي حرة، وقيل: إن كان قائماً بأمر السيد وجيهاً فله أخذه الخ. وكأنه تبع ما يقتضيه كلام المختصر على عادته، وكان ابن عرفة لم يقف على كلام ابن يونس. قال أبو الحسن على قولها بعد ذكرها الانتقال بالولد: وليس للعبد انتقاله بولده كالحر والأم أحق بهم كانت

في المدونة وغيرها. تكميل: قال ابن عات: قال المشاور: وحضانة أولاد السؤال والفقراء ومن لا قرابة لهم ينظر في ذلك السلطان للأصاغر بالأحوط لهم وما يراه صلاحاً لهم من أحد الأبوين اه. والمشاور هو ابن الفخار اه. كلام ابن غازي. وكذا من شرط من له الحضانة من الرجال وجود الأهل من زوجة أو سرية نقله في التوضيح عن اللخمي ثم قال: وإذا كانت الحضانة لرجل روعي على مثل ذلك فيمن يتولى الحضانة من نسائه في القيام بالمحضون ودفع المضرة عنه اه. هذا إذا كان الحاضن والمحضون معاً ذكرين فيشترط في الحاضن أن يكون له من يحضن، فإن كان الحاضن ذكراً والمحضون أنثى فقال في التوضيح عن اللخمي: وأما في الأنثى فحق الأولياء في حضانتها على ثلاثة أقسام: ثابت وساقط ومختلف فيه، فيثبت فيمن بينهن وبينه محرم كالأخ وابنه والجد، ويسقط في كل من ليس بمحرم إذا كان غير مأمون أو مأموناً ولا أهل له، واختلف إذا كان مأموناً وله أهل اه. باختصار. ثم قال الناظم رحمه الله:

وَمَا سَقُوطُهَا لِلمُذْرِبِ قَدْ بَدَأَ وَأَزْتَفَعَ المُذْرِبُ تَعُودُ أَبَدًا
وَهِيَ عَلَى المَشْهُورِ لَا تَعُودُ إِنْ كَانَ سَقُوطُهَا بِتَزْوِيجِ قُرْنِ

لفظة ما موصولة واقعة على الحضانة يعني أن الحضانة إذا سقطت لعذر ثم زال العذر فإنها تعود وذلك كالمرض والسفر وانقطاع اللبن، فإن الحضانة تعود بعد الصحة والحضور وجري اللبن، وكذا إذا وجبت لها الحضانة وهي إذ ذاك متزوجة ثم طلق الزوج أو مات فإن الحضانة تعود لها لأنها معذورة بالمنع من الحضانة بسبب كونها متزوجة، فإن وجبت لها وهي غير متزوجة فتزوجت ثم تأيمت فلا تعود لها لإدخالها على نفسها ما يسقط حضانتها، وعلى عدم عودها في هذه الصورة تبّه بقوله:

وَهِيَ عَلَى المَشْهُورِ لَا تَعُودُ إِنْ كَانَ سَقُوطُهَا بِتَزْوِيجِ قُرْنِ

حرة أو أمة لأن العبد لا إقرار له ولا مسكن الخ. وفي أبي سعيد ولم يزد عليه شيئاً ما نصّه ابن يونس. قال ابن القاسم في النوادر: أرى في الاستحسان إن كان العبد التاجر له الكفاية أن يكون أحق بولده إذا تزوجت أمه، وأما العبد الخارج فلا. اللخمي: وعلى قول مالك إن لم تكن أم وكانت جدة أو خالة مملوكة فرضي من له الملك بكفالة الولد أن يكون ذلك لهما وهما أحق به من الأب إذا كان عبداً اه. بلفظه. فالمصنف اقتصر على المدونة ولم يزد تبعاً لها، وكلام ابن يونس ربما يشهد لما قاله ابن رشد، ولكن العبد التاجر بصدد أن يباع في الجملة وي زال المال من يده، ولكن كلام المدونة في الانتقال وهو بخلاف الحضانة بلا انتقال، بدليل أن الخلاف في الحضانة مع الأم الحرة، وفي عدم انتقال العبد كانت حرة أو أمة. وإن كان نقل ابن عرفة في الحضانة لم يذكر فيه أن الأم حرة فالمصنف مرّ على عدم ذكر القيد لكلام عبد الغفور، وإن كان ربما يظهر رجحان القيد والعلم عند الله تعالى. وقوله: وفي الوصية روايتان هذا كثر فيه اضطراب الناس وكتبتاه، والذي يظهر في ذلك أن الوصية إذا كانت أمّاً فلا إشكال في كون تزوجها لا يسقط حضانتها، وأما غيرها فالظاهر أيضاً ترجيح عدم السقوط، وهذا كله إذا لم يخف على الأولاد وعزلوا في محل يليق بهم. وأما إن كان زوج الحاضنة شريراً لا يتقي الله تعالى أو ماكرراً أو عرف بالشرّ في بلد الحكم فيها قليل والوصية ضعيفة أو بلهاء ولا

أي بإحداث التزويج واستثناؤه بعد إن لم تكن وقت وجوب الحضانة متزوجة. قال اللخمي: كل امرأة سقط حقها بسبب ثم زال السبب فهي على حقها إذا كان سقوطه بغير اختيارها، مثل أن تكون مريضة فبرئت أو ذات زوج في حين وجوب ثم طلق أو مات أو سافر لحجة الفريضة أو سافر بها زوجها وهو جد الصبيان أو غيره من الأولياء غير طائفة أو ما أشبه ذلك مما يتبين به عذرها. قال مالك في كتاب محمد: وإذا تركت ولدها من عذر بأن مرضت أو انقطع لبنها أو جهلت أن ذلك لها فلها انتزاعه، قال أبو عمران في الذي ينتقل إلى بلد من البلدان فيأخذ ولده من أمه ثم يرجع إلى البلد هل يرد إليها الولد؟ فقال نعم يرجع إلى حضانة الأم، فقيل له: فلو خرجت إلى ميراث لها في بلد تطلبه ثم رجعت؟ فقال: ترجع إليها الحضانة اهـ. ومقتضاه أن حق الحضانة يسقط حال حصول العذر اهـ. من حاشية اللقاني على التوضيح. وفي الوثائق المجموعة: فإن أسلمت المرأة ابنها المرضع إلى أبيه فلما فطم أرادت أخذه فإن كان إسلامها له عذر مثل أن تكون لا لبن لها قبل عذرها واستردت ابنها بعد فطامه إلى حضانتها. وفي طرر ابن عات: وكذلك إذا مرضت أو سافرت سافراً لا يكون لها حمل المحضون إليه فلها أن تأخذه إذا رجعت أو صحت ذكره ابن رشد. وفي المقرب قلت: فإن تزوجت وهو صغير أخذه أبوه أو أولياؤه ثم مات عنها زوجها أو طلقها أيرد إلى أمه؟ قال لا إذا أسلمته مرة فلا حق لها فيه وهو قول مالك اهـ. والحاصل أن ما كان من الأعذار اختيارياً أدخلته الحضانة على نفسها كالتزويج فإنها لا تعود بعد ذهابه، وما دخل عليها من الأعذار اضطراراً أحبت أم كرهت مثل انقطاع اللبن والمرض فإنها تعود بعد زواله والله أعلم.

وَحَيْثُ بِالْمَحْضُونِ سَافَرَ الْوَلِيَّ بِقَضِ الْأَسْتِيطَانِ وَالْتَنَقُّلِ
فَذَاكَ مُسْقَطٌ لِحَقِّ الْحَاضِنَةِ إِلَّا إِذْ صَارَتْ هُنَاكَ سَاكِنَةً

حرم معها فالأولى هو السقوط أو الواجب، لا سيما إن كان الذي يأخذه من الحاضنة يليق بالحضانة غاية، وهذا يفهم من كلامهم في هذا الباب: ووصي الوصي كالوصي، وكذا مقدم القاضي، فافهم هذه الأمور وادع لمن قرب ونفسه أتعب بالمغفرة العامة والرحمة التامة، وبهذه الأمور تعرف ما في الشارح فلا تطيل بتبعه.

(ص): وحيث بالمحضون سافر الولي، إلى آخر البيتين. كلام هذا الشارح في شرح البيتين حسن، لكن بقيت مسائل قف عليها في الشرح إن شئت، ولكن أذكر لك شيئاً من ذلك قال في المختصر: وأن لا يسافر ولي حر عن ولد حر وإن رضيعاً، أو تسافر هي سفر نقلة لا تجارة وحلف ستة برد وظاهرها بريدين إن سافر لأمن وأمن في الطريق وله فيه بحر إلا أن تسافر هي معه لا أقل. فقوله: وأن لا يسافر ولي أي جميع من له ولاية على المحضون من وصي ومقدم وقريب وظاهره ولو لم يكن ولياً على ماله، ويدل قول ابن فتوح وكذلك الأولياء هم بمنزلة الأب إذا كانوا أهلاً لحضانته. وفي الكافي شيء لم أره عند غيره، نعم ولاية المال كالوصي مقدم على غيره. وقوله: ولي حر أي لا عبد وظاهره كيفما كان العبد وهو ظاهر كلامهم هنا وظاهره كان ولد العبد أمة حرة أو أمة وهو كذلك. وقوله: عن ولد حر الخ مفهومه

يعني أن الصبي إذا كان عند حاضنته ثم أراد وليه أباً أو أخاً أو غيرهما أن يسافر بقصد الاستيطان والإقامة على التأييد وأراد أن يذهب بالصبي معه فله ذلك، ويقال للحاضنة: إما أن تنتقلي للبلد الذي انتقل إليه الولي والمحضون وإلا سقطت حضانتك. ابن الحاجب: ويسقط حق الأم وغيرها من الحضانة إذا سافر ولي الطفل الحر أباً أو غيره سفر نقلة ستة بردّ ولو كان رضيعاً لا سفر تنزه أو تجارة إلا أن تسافر هي معه. التوضيح: دخل في قوله أباً أو غيره الوصي وغيره وقوله الحر يصح أن يكون صفة للولي أو الطفل، وقوله ستة برد هو بيان للسفر المسقط يعني وأما لو سافر سافراً قريباً فإن ذلك لا يسقط حضانتها لإمكان نظر الولي وهذا التحديد لمالك في الموازية. وقوله: ولو كان رضيعاً مبالغة وهو المشهور بشرط أن يقبل غير أمه، ولابن القاسم: ليس له أخذه إلا أن يكون فطيماً قد استغنى عن أمه. ولمالك في الموازية: لا يخرج بهم حتى يشغروا. وقوله: إلا أن تسافر هي معه أي إلا أن تتبعه فهي على حضانتها ولا كلام للولي بعض شيوخننا وإن كان للولد وليان وهما في العقد سواء فسافر أحدهما فليس له الرحلة بالولد والمقيم أولى ببقاء الولد مع أمه، وكذلك إن لم يكن له أم لأنه هو المقدم في إنكاحها إن كانت أنثى.

فرعان: الأول: قال جماعة: يشترط في إسقاط الحضانة بالسفر أن تكون الطريق

أن الولد العبد النظر فيه لسيده وهو كذلك، والولد يشمل الذكر والأنثى وهو كذلك هنا. وقوله: أو تسافر هي أي الحاضنة وكذا الحاضن الذكر والمصنف تابع لغيره وكان ذلك هو الغالب أي الحاضن يكون أنثى ويتصور الأخذ من الحاضن الذكر كالجدة للأم على ما ذكره اللخمي أنه يحضن، ومررنا على أن مرتبته بعد مرتبة الجد للأب يليه، فإن العم يأخذ منه المحضون عند سفره وهذا ظاهر. وقوله: سفر نقلة أي سفر انقطاع واستيطان بالمحل المنتقل إليه وهو راجع لسفر الولي والحاضنة. وقوله: لا تجارة وأخرى سفر نزهة لأن التجارة محتاج إليها في المعاش وهي مظنة للطلول. وقوله: وحلف أي الولي لا الحاضنة كما يفهمه اللبيب بسرعة وظاهره حلف الولي متهماً كان أو لا، واستحسن بعضهم قصر الحلف على المتهم ولكن ابن عرفة جعل هذا القول مقابلاً لما قبله للحلف مطلقاً. وقوله ستة بردّ به الفتوى في سفر الولي والحاضنة والحلف هنا على أنه قصد الاستيطان، ومنهم يفهم أنه لا يلزمه إثبات تقرر استيطانه وذلك هو القول الجيد والراجح، ولذلك المصنف اقتصر على اليمين، والراجح أيضاً حلفه مطلقاً متهماً كان أو لا كما أشرنا إلى ذلك في الجملة. وقوله: إن سافر لأمن وأمن في الطريق هذا غير خاص بسفر الولي بل التغرير بالولد يمنع مطلقاً حتى أن الأم إذا أرادت به الخروج لنحو بريدين لا تخرج بلا هذين الشرطين. وقوله: إلا أن تسافر الخ أي فيبقى ولدها معها كان الولي لم يسافر. وقوله: ستة برد على ما به العمل هذا راجع لسفر الولي وسفر الحاضنة فافهم هذا واستعن به على ما تركه هذا الشارح.

تنبيه: قول المصنف: وأثبتها أي الأمانة هو المذهب وهو شامل للحاضن المقيم والمنتقل في انتقاله وبعد وصوله وهو الذي يعمل به لرجحانه، وقد بينا ذلك في الشرح غاية وإن وقع في المسألة اضطراب، قف على ذلك في الشرح والله دَرّ المصنف.

مأمونة يسلك فيها بالمال والحريم، وكذلك البلد الذي ينتقل إليه، ولا يشترط عدم ركوبه به البحر، قاله ابن الماجشون لقوله تعالى: ﴿هو الذي يسيركم في البر والبحر﴾ [يونس: ٢٢٢]. الثاني: إذا قلنا للولي الانتقال بالولد فلا يكون الوالي أحق حتى يثبت عند حاكم البلد الذي فيه الحاضنة أنه قد استوطن الموضع الذي رحل إليه اهـ. ببعض اختصار. قال الناظم:

وَيُمنَعُ الزَّوْجَانِ مِنْ إِخْرَاجِ مَنْ
مِنْ وَلَدٍ لِوَأَحِدٍ أَوْ أُمَّ
مِنْ حِينَ الْإِبْتِنَاءِ مَغْمَا سَكَنَ
وَفِي سِوَاهُمْ عَكْسُ هَذَا الْحُكْمِ

يعني إذا بنى الزوج بزوجه فأنت معها بولد لها صغير أو وجدت عنده ولدًا له صغيراً، وسكن ذلك الولد معهما ثم أراد إخراج ولدها عنه أو أرادت إخراج ولده عنها فليس ذلك له ولا لها، ويجبر الممتنع منهما على السكنى مع ذلك الولد، وكذلك إذا وجدت عند الزوج أمه وسكتت ثم امتنعت من السكنى معها فليس لها ذلك، وعلى هذا تبّه بالبيت الأول وبشطر الثاني، وأشار بقوله: وفي سواهم عكس هذا الحكم، إلى أنه إذا بنى بزوجه ولم تأت معها بولد أو لم تجد عنده ولدًا ثم أرادت أن تأتي بولد لها أو أراد أن يأتي بولد له وامتنع الآخر فإن له ذلك ولا يجبر على السكنى معه، وإنما لا يجبر الممتنع من السكنى معه إذا لم يدخل عليه من أول وهلة إذا كان للولد ولي حاضن يمكن دفعه إليه وإلا أجبر الممتنع على السكنى معه وإن لم يدخل عليه ابتداءً، ففي سماع أشهب وابن نافع من كتاب الطلاق من العتبية: وسئل عن امرأة خطبها رجل لها بنت صغيرة لم تل نفسها فتزوجها وهو يعلم بذلك ثم بنى بها وابنتها معها ثم قال لها بعد ذلك أخرجني ابنتك عني أتري ذلك له؟ فقال: ما أرى ذلك له. قال ابن رشد: ظاهر قوله أنه إذا تزوجها وهو يعلم بابنتها ثم بنى بها وهي معها فليس له أن يخرجها عنها. وفي طرر ابن عات ممّا سئل عنه ابن زرب وإن بنى بها والصبي معه ثم أرادت بعد ذلك إخراجها عن نفسها لم يكن لها ذلك لدخولها عليه. وفي سماع سحنون عن ابن القاسم من كتاب طلاق السنة من العتبية: أنه ليس للرجل أنه يسكن أولاده من امرأته مع امرأة له أخرى في بيت واحد ومسكن واحد يجمعهم إلا أن ترضى بذلك. وفي سماع ابن القاسم عن مالك من كتاب النكاح من العتبية: وسئل مالك عن امرأة تزوجها رجل فأسكنها مع أبيه وأمّه فشكت الضرر في ذلك فقال مالك: ليس له أن يسكنها معهما، فقيل له: إنه يقول إن أبي أعمى وأغلق دوني ودونه باباً، قال: ينظر في ذلك فإن ريء ضرر كأنه يقول: إن ريء ضرر يحولها عن حالها اهـ. وفي طرر ابن عات: سئل ابن زرب رحمه الله إذا تزوج الرجل امرأة وله ولد صغير من غيرها فأراد إسكانه معها بعد البناء وأبت هي ذلك إن كان له من يدفعه إليه من أهله ليحضنه له ويكفله أجبر على إخراجها عنها، وإن كان لا أهل له لم يكلف إخراجها وأجبرت هي على البقاء معه، ثم قال: وكذلك الزوجة إذا كان لها ولد

صغير مع الزوج هذا حرفاً بحرف اهـ. تنبيهه: ظاهر قوله: أو أم أن الأم تجري على هذا التفصيل الذي في الولد، وأنها إن كانت مع ابنها يوم البناء ألزمت الزوجة بالسكنى معها وإلا فلا، وليس كذلك، بل لا تجبر الزوجة على السكنى مع أمه أو أبيه مطلقاً، سواء كانا معه حين البناء أو لا، ولكن هذا في ذوات القدر، وأما الوضيعة فلا. التوضيح: قال مالك: وليس له أن يسكن معها أبويه إلا برضاها. قال في البيان لما عليها من الضرر باطلاعهم على أمرها وما تريد أن تكتمه عنهم من أمرها. قال ابن الماجشون في المرأة تكون هي وأهل زوجها في دار واحدة فتقول إن أهلك يؤذونني فأخرجهم عني أو أخرجني عنهم رب امرأة لا يكون لها ذلك لكون صداقها قليلاً وتكون وضیعة القدر ولعله أن يكون على ذلك تزوجها وفي المنزل سعة، فأما ذات القدر فلا بد له أن يعزلها وإن حلف أن لا يعزلها حمل على الحق أبرزه ذلك أو أحتشه. قال في البيان: وليس قول ابن الماجشون عندي خلافاً لقول مالك اهـ. وقد تلخص من هذا أن في الأولاد تفصيلاً غير الذي في الزوجة، ففي الأولاد يفرق بين أن يسكنوا من أول وهلة أو لا، وفي الزوجة يفرق بين أن تكون ذات قدر أو وضیعة، (وهذا ظاهر من قول الشيخ خليل: ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلا الوضيعة كولد صغير لأحدهما إن كان له حاضن إلا أن يبني وهو معه والله أعلم).

قوله: (وهذا ظاهر من قول الشيخ خليل: ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلا الوضيعة كولد صغير لأحدهما إن كان له حاضن إلا أن يبني وهو معه والله أعلم) قول خ: ولها الامتناع الخ معناه هي مخيرة إن شاءت سكنت مع أقاربه وإن شاءت أن لا تفعل فلها ذلك، ودخل في أقاربه أمه وأبوه، وأما مع أم الولد فانظر ذلك في الشرح. وقوله: إلا الوضيعة هي وضیعة القدر وذات صداق يسير ومقابلها ذات القدر واليسار، وهذا ما لم يتحقق ضرر أهلها بها كما في المتيطي وهو حق لا ضرر ولا ضرار وهذا أمر معلوم ولذلك لم ينه عليه المصنف. وقوله: كولد صغير وأما الكبير فهو داخل في قول المصنف مع أقاربه. وقوله صغير أي شخص صغير فيشمل الذكر والأنثى. وقوله: وهو معه أي وعالم به وإلا فلا لزوم الخ. تنبيهه: الوضيعة لا تصدق في الضرر إلا إذا أثبتته، ولكن يجب أن يتنبه القاضي لأمر هنا تصدر ممن لا يخشى سطوة الله سبحانه، وهي أن الوضيعة تسكن مع أهل الزوج ويضر بها أهلها وليس ثم من يشهد لها إلا الساكنون معه بخيامهم من أقاربه والزوج يمنعها من إتيان القاضي ويخوفها غاية من إتيانه وتبقى في الضرر لثفتدي منه أو لتبقى في عصمته تخدمه كالأمة وهذا بالوادي كثير، وقد شاهدنا من ذلك ما يعلمه الله تعالى فليفظن القاضي لهذا ولا بد ولا بد، ولينظر لقرائن الأحوال إن علم بحكاية هذه المسكنة المقهورة، وقد يكون الأمر بالعكس حتى في الحاضرة تريد الوضيعة ما لا ينبغي وتخاف من أهل الزوج أن يطلعوا لها على طلب ما لا ينبغي فتهرب من السكنى معهم غاية، حتى أن القاضي إذا يقول لها لا عليك ويعطيك كثيراً ويجاور معك فلان الأمين فإنها تفر من ذلك فراراً تاماً وهي لم تثبت ضرر أهلها بها، فليظن أيضاً القاضي في ذلك مما يطلعه على أمرها، إما بتسكينها بين جيران صالحين ويأمرهم بتفقد الأحوال، وكذلك زمان السبية والعياذ بالله تكون عند الرجل الزوجة التي لها القدر وتطلب أن لا تسكن مع الأقارب وإنما تريد السكنى

باب في البيوع وما شاكلها

ذكر في هذا الباب البيوع وما شاكلها أي شابهها وكان مثلها في كونه عقد معاوضة، (وذلك كبيع أحد النقدين) بجنسه أو بنقد من غير جنسه، لأن البيع الأخص هو الذي أحد عوضه غير ذهب ولا فضة، وكذلك المقاصة والحوالة والشفعة والقسمة والإقالة والتولية والتصيير والسلم ونحوها مما أدمجه الناظم في هذا الباب، وفصل بين أنواعه بالفصول دون الأبواب. وأما ما فسّر به شراح الرسالة قولها: وما شاكل البيوع من الكراء والإجارة لكونهما شراء منفعة والبيع شراء رقة، فلا يصلح تفسير كلام الناظم به لأنه لم يذكرهما في هذه الترجمة بل عقد لهما باباً مستقلاً، وباب البيوع مما يتعين الاهتمام بمعرفة أحكامه لعموم الحاجة إليه، إذ لا يخلو مكلف غالباً من بيع أو شراء، فيجب أن يعلم حكم الله في ذلك قبل التلبس به. قال القباب: لا يجوز للإنسان أن يجلس في السوق حتى يعلم أحكام البيع والشراء، فإنه يكون حينئذ فرضاً واجباً عليه، وكذلك الذي يتصرف لنفسه أو غيره يجب عليه أن يعلم حكم ما يتصرف فيه، ولا يجوز للإنسان أن يدفع قراضاً لمن لا

وحدها، والزوج لا يقدر أن يبيت عندها كل ليلة لأمر تعرض فلينظر القاضي في ذلك أيضاً ويجتهد، ومن طلب الحق راجياً ثواب الله في ذلك أعين من الملك ذي القوة المتين.

كتاب البيوع وما شاكلها

قوله: (وذلك كبيع أحد النقدين الخ) هذا من أفراد البيع الأعم فلا يحسن أن يكون شبيهاً به، ونصّ ابن عرفة البيوع الأعمّ عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة فتخرج الإجارة والكراء والنكاح، وتدخل هبة الثواب والصرف والمراطلة والسلم والغالب عرفاً أخص منه بزيادة ذو مكايسة أحد عوضه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه فتخرج الأربعة اهـ. بلفظه. وحاصله أن البيع في الشرع يطلق بمعنى أعمّ وبمعنى أخص، والأخص أكثر استعمالاً من الأعم. فقوله: عقد معاوضة خرج به الصدقة ونحوها. وقوله: على غير منافع خرج به ما ذكره في نفس حذّه وتدخل فيه الأربعة المذكورة في الحد نفسه كما بيّنه هو بنفسه، وتدخل المبادلة والإقالة والتولية والشركة في المشتري والقسمة على القول بأنها بيع والشركة في الأموال أيضاً والأخذ بالشفعة، وأما الشفعة فاستحقاق كما في ابن عرفة في بابها، وكذلك يدخل التصيير إلى آخر ما ذكره الناس هنا، وقد بيّنا ذلك في الشرح غاية، ويدخل أيضاً الصلح وهو قول المتن: الصلح على غير المدعي بيع الخ. والحوالة والمقاصة والقرض على ما تراه في بابها، انظر شرحنا في ذلك، وتركنا بعض ما في هذا الشرح مما يتعلق بهذا الحد، وما ذكره ابن عرفة من خروج النكاح والإجارة والكراء في ذلك نظر لأنها تدخل في البيع الأعمّ، وقد بيّنا ذلك في الشرح فانظره إن شئت فقد ذكرنا في ذلك كلاماً حسناً، وما ذكره هذا الشارح من كلام ابن عرفة فيه بتر أو شبه بتر. وقولهم هنا شري بمعنى اشترى وباع فيه كلام باعتبار إطلاقه على الاشتراء، انظر الشرح.

يُعلم أحكام البيع والشراء، ولا يجوز أن يوكل الذمي على الشراء (ولا غيره) (ولا يتوكل له)، ولا يجوز أن يشارك الذمي إلا إذا لم يغيب الذمي على بيع ولا شراء اهـ. وبعد العلم بما ذكر يجب عليه العمل بما علمه ويجتهد في ذلك ويتولى بيعه وشراءه بنفسه إن قدر وإلا فغيره بمشاورته، ولا يتكل في ذلك على من لا يعرف الأحكام أو يعرفها، ويتساهل في العمل بمقتضاها لغلبة الفساد وعمومه، والبيع مصدر باع الشيء يبيعه إذا أخرجه عن ملكه بعوض أو أدخله فيه فهو من الأضداد يطلق على البيع والشراء، وذكر الزناتي في شرح الرسالة أن لغة قريش استعمال باع إذا أخرج واشترى إذا أدخل، قال: وهي أفصح، وعلى هذا اصطلاح العلماء تقريباً للفهم نقله الخطاب، وفي شرح الجزولي على الرسالة ما حاصله: وإن كل واحد من المتعاضين بائع لما خرج من يد مشتر لما أخذه، واصطلاح الفقهاء أن أخذ العرض يسمى مشترياً وأخذ العين بائعاً، وجمع الناظم البيع وإن كان مصدرأ وحقه أن لا يجمع لصدقه على القليل والكثير بلفظ واحد، لكنه جمعه باعتبار أنواعه كالعلوم والمياه لأن من البيع صحيحاً وفساداً، والمبيعات أصول وعروض وغيرها كما يأتي. قال في التوضيح: في شرح قول ابن الحاجب البيوع ما نصه: أتى بجمع الكثرة لتعدد الأنواع وحده المازري بأنه نقل الملك بعوض وهذا يشمل الصحيح والفساد بناءه، على أن الفاسد ينقل الملك ثم قال: وإن قلنا لا ينقل لم يشمل لكن العرب قد تكون التسمية عندهم صحيحة لاعتقادهم أن الملك قد انتقل على حكمهم في الجاهلية وإن كان لم ينتقل على حكم الإسلام. خليل: وإن أردت إخراج بوجه لا شك فيه فزد بوجه جائر اهـ. وحده ابن عرفة بقوله عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة ومكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه، فقوله عقد معاوضة يشمل هبة الثواب والصرف والمراطلة والسلم وأخرج به التبرعات كالهبة والصدقة، وأخرج بقوله: غير منافع الكراء والإجارة لأن العقد فيهما على المنافع، وأخرج بقوله: ولا متعة لذة التكاخ لأنه عقد معاوضة على متعة التلذذ، وأخرج بقوله: ذو مكايسة هبة الثواب لأنها على المكارمة، وأخرج بقوله: أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة الصرف والمراطلة لأن العوضين معاً ذهب أو فضة أو مجتمع منهما، وشمل قوله: أحد عوضيه الخ ما إذا كان أحد العوضين ذهباً أو فضة والآخر عرضاً وما إذا كانا معاً عرضين: ويأتي للناظم أن هذا الوجه يسمى المعاوضة، وأخرج بقوله معين غير العين فيه السلم لأن غير العين فيه وهو المسلم فيه في الذمة غير معين والله أعلم.

مَا يُسْتَجَازُ بِبَيْعِهِ أَقْسَامٌ أَصُولٌ أَوْ عُرُوضٌ أَوْ طَعَامٌ

قوله: (ولا غيره) هذا فيه إيهام، قال في المختصر: ومنع ذمي في بيع أو شراء أو تقاض أي توكيله في هذه الثلاثة فقط، انظر هذا في الشرح. قوله: (ولا يتوكل له الخ) انظر ما فيه عند قول التحفة: وليس أن يوكل بالمرضي.

(ص): ما يستجاز بيعه أقسام. إلى آخر البيتين. قوله: (والمقائي الخ) فيه ما لا يخفك بدليل

أَوْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةً أَوْ تَمْرُ أَوْ حَيَوَانَ وَالْجَمِيعُ يُذَكَّرُ

أخبر رحمه الله أن ما يجوز بيعه في نظر الشرع ينقسم إلى ستة أنواع. الأول: أصول وذلك كالدور والحوائط والفنادق والحوانيت والأرضين وغير ذلك. الثاني: عروض كالثياب والسلاح والآلات ونحوها. الثالث: طعام كالحبوب من القمح والشعير والقطاني، وأدام كالسمن والزيت، ومصلحاته كالمالح والبصل ونحوهما. الرابع: ذهب وفضة وهما النقدان اللذان يتعلق بهما الأغراض من حيث التنمية المنوطة بهما. الخامس: ثمر وذلك كالفواكه. (والمقائي) والخضر وأفردها بالذكر وإن كانت من جنس الطعام لما اختصت به عن الطعام من اشتراط بدو الصلاح في جواز بيعها وغير ذلك. السادس: حيوان كالرقيق والدواب والأنعام والوحش والطيور، وفائدة تقسيم هذه المبيعات لما ذكر اختصاص كل نوع منها بأحكام معتبرة فيه وإن لم تعتبر في غيره على الإطلاق كالعيوب الموجبة للقيمة في الأصول أو للرد في الحيوان والعروض وربا الفضل والنساء في النقدين والطعامين وبدو الصلاح في الثمار والعهدتين في الرقيق وغير ذلك (والمراد بالجواز) في النطق الجواز الأعم الشامل للوجوب وغيره. قال الإمام الخطاب: والإجماع على جواز البيع من حيث الجملة وقد يعرض له الوجوب كمن اضطر لشراء طعام أو شراب أو غير ذلك، والندب كمن أقسم على إنسان أن يبيع له سلعة لا ضرورة عليه في بيعها فيندب إلى إجابهة لأن إيراد المقسم فيما ليس فيه ضرر مندوب إليه والكرهية كبيع الهرة والسباع لأخذ جلودها والتحرير كالبيوع المنهي عنها وحكمة مشروعيتها الرفق بالعباد والتعاون على حصول المعاش ولهذا يمنع من احتكار ما يضرّ بالناس اهـ. وللبيع ثلاثة أركان، الأول: الصيغة. الثاني: العاقد والمراد به البائع والمشتري معاً. الثالث: المعقود عليه والمراد به الثمن والمثمنون معاً فهي الحقيقة خمسة، ولما كان البائع والمشتري يشتركان في الشروط كما يأتي قريباً عبروا عنهما بالعاقد، وكذلك الثمن والمثمنون يشترط في كل واحد منهما ما يشترط في الآخر فلذلك عبروا عنهما بالمعقود عليه، والصيغة ما يدل على الرضا من قوله كبعث ويرضى المشتري أو ابتعت ويرضى البائع، (أو فعل كالمعاطاة).

كلامهم على قول صاحب المختصر من حب أو ثمر في كتاب الزكاة على نسخة ثمر بالمثلثة، وهذا الشارح تبع ابن الناظم في هذا. وكذا في قوله: وفائدة تقسيم هذه المبيعات الخ، ومعنى هذا الكلام أن الإنسان إذا سمع من الفقهاء أن الربا يحرم في النقد والطعام دون غيرهما يعرف من ذلك أن الحيوان لا ربا فيه لكن هذا إنما يحسن، وفسر في النظم هذه الأنواع هنا كما لا يخفى. قوله: (والمراد بالجواز الخ) الأولى أن يبقى الجواز على بابه، وأما الوجوب والندب فلعارض، وكذلك الكراهة والتحرير، فقول هذا الشارح الأعم الشامل للوجوب هذا باعتبار العروض فحين أراد إدخاله يرد عليه أن يدخل المكروه والمحظور وذلك لا يجمعه لفظه، فافهم هذا فإنه يفهم من أنقاله عند تأملها. قوله: (أو فعل كالمعاطاة الخ) وقع كلام في المعاطاة بما يلزم البيع فيها للمتعاطين، وحاصل ما تلخص من كلام ابن عرفة وابن رشد والشاطبي وغيرهم إن حصل عرف بلزوم أو ضده عمل عليه، وإلا فإن حصل التقابض من الجهتين فاللزوم للمتبايعين لا إشكال فيه، وإن حصل إعطاء من أحدهما فمن لم يعط فلا لزوم له، أو من أعطى فالظاهر لزوم البيع من جهته لأن إعطاءه بمنزلة

(وذلك فيما كانت قيمته معلومة) فيضع المشتري الثمن ويعطي البائع المثلون من غير لفظ، وأما العاقد فيشترط في صحة انعقاد البيع أن يكون عاقده مميزاً، (فبيع غير المميز) لصغر أو جنون أو سكر غير منعقد فضلاً عن كونه لازماً، ويشترط في لزومه كون عاقده رشيداً طائعاً، فبيع المحجور منعقد غير لازم يتوقف لزومه على إجازة حاجزه، وقد أشار الناظم إلى هذه الشروط بقوله: في بيع الأصول ممن له تصرف في المال، وكذا المكره بفتح الراء إذا أكره على البيع يبيعه غير لازم أيضاً إلا إذا أكره عليه في حق شرعي كقضاء دين ونحوه فلا يشترط رضاه، وأما المعقود عليه فله سبعة شروط. الأول: الطهارة فلا يجوز بيع نجس العين كالزبل ولا المتنجس الذي لا يقبل التطهير كالزيت على المشهور فيها، أما المتنجس الذي يقبل الطهارة كالثوب فيجوز بيعه إذا بين كونه نجساً (ويتأكد البيان) إذا كان جديداً وتعدده كذلك. الثاني: أن يكون منتفعاً به فلا يجوز بيع الحيوان غير المأكول اللحم إذا أشرف على الموت، وكذا مأكول اللحم (على ما قال ابن عرفة) للغرر في حياته وحصول ذكاته لاحتمال عدم حركته بعد ذبح. الثالث: عدم النهي عن بيعه فلا يجوز بيع الكلاب لورود النهي عن ثمن الكلب، وقد اختلف في جواز بيع ما أذن في اتخاذه منها وسيأتي، (وكذا الأضحية) وأم الولد ونحوها. الرابع: أن يكون مقدوراً عليه فلا يجوز بيع الأبق (إن لم يعرف محله)، وكذا إن عرف على المشهور،

قوله بعتك، والمعاطاة تكون في الأمور التافهة وغيرها ولا تغتر بكلام الأجهوري ومن تبعه في هذا.

قوله: (وذلك فيما كانت قيمته معلومة) فيه نظر، انظر في الشرح على مسائل المعاطاة فإن المعتبر فيها الإعراب والقرائن وذلك يكون حتى في غير معلوم القيمة، ألا ترى إذا كان بيد زيد ثوب يبيعه فأعطاه رجل في مقابلته ديناراً وتعارفاً بحسب القرائن التابع في ذلك فمكنه صاحب الثوب منه فذلك جائز لأن المدار على وجود الرضا والمعاطاة تدل عليه وكذلك قرائن الأحوال. قوله: (فبيع غير المميز الخ) هذا هو الصحيح، وإن لم يميز لم ينفذ بيعه أصلاً، وكلام ابن عرفة مؤول، وما في المختصر هو المعول عليه وهو الذي اقتصر عليه هذا الشارح، والسكران هنا حاصل ما ذكروا فيه إن لم يكن معه تمييز فلا انعقاد ولا لزوم، وإن كان معه تمييز انعقد بلا لزوم، وملخصه أنه كالصبي هذا هو الراجح في المسألة، وقد قال كاتبه في ذلك:

ومسكرفي بائع كالصغر في ميزه وضده لا تثمر

قوله: (ويتأكد البيان الخ) التحقيق أنه لا يجب البيان في الثوب النجس إلا إذا كان جديداً أو يفسده الغسل، وكلام ح والفيشي خلاف كلام الناس، قف على هذا في الشرح عند قول المتن: وشرط المعقود عليه طهارة الخ. قوله: (على ما قال ابن عرفة الخ) الذي في المختصر وهو قوله: وانتفاع لا كمحرم أشرف يظهر أنه الحق لا كلام ابن عرفة، قف على الشرح يظهر لك هذا وبه تعرف جلاله خ في اتباعه الراجح. قوله: (وكذا الأضحية) المشهور في بيع الأضحية وبيع أم الولد التحريم، والمشهور أيضاً في الكلب المأذون فيه التحريم لكن شهر فيه أيضاً عدم التحريم ولم يقع هذا التشهير بالجواز في الأضحية وأم الولد كما بينا ذلك في الأضحية وفي كتاب أمهات الأولاد، ومع ذلك فالراجح هو التحريم في الثلاثة. قوله: (إن لم يعرف محله الخ) انظر هذا عند قول

وكذا لا يجوز بيع البعير الشارد ولا الإبل المهملة (وكذا المغصوب) إن كان الغاصب لا تناله الأحكام إلا أن يباع لغاصبه، وهل يشترط أن يرده لربه مدة وحينئذ يباع لغاصبه أو لا يشترط ذلك؟ فيه تردد. الخامس: أن يكون مملوكاً لباتعه أو لمن ناب عنه بوكالة أو إيصاء، (فلا يجوز بيع ما ليس لك)، فإن وقع توقف ذلك على رضا مالكة وهو المعروف ببيع الفضولي ويأتي للناظم فيه تفصيل. السادس: أن يكون ممّا يتقرر ملك مبتاعه عليه ولو وجب عتقه إذ به يجب، فلا يجوز أن يباع مصحف أو مسلم لكافر لعدم تقرر ملكه عليه، فإن وقع فلا يفسخ ويباع عليه ويدخل في قولهم (مما يتقرر ملك مبتاعه عليه) من اشترى من يعتق عليه من أقاربه فإنه ممن يتقرر ملكه عليه ولذلك وجب عتقه عليه وكان له ولاؤه. السابع: أن يكون معلوماً جملة وتفصيلاً مثنوناً كان أو ثمنياً، فلا يجوز بيع المجهول جملة كبيع الحوت في الماء، ولا البيع بزنة حجر مجهول القدر ذهباً أو فضة، ولا بيع معلوم القدر جملة مجهول التفصيل كعبدي رجلين بمائة مثلاً (وهو الذي يعبرون عنه بجمع الرجلين) سلعتهما في البيع، إذ لا يدري ما ينوب كل واحد من العبدین من

التحفة: والعبد في الأباق مع علم المحل الخ. قوله: (وكذا المغصوب الخ) حاصل هذا أن بيع المغصوب من غاصبه جائز عزم رده أم لا ردّ لربه بالفعل أو لا، وهذا إن جهل حال الغاصب، وأما إن علم منه عدم الردّ فإنه لا يجوز بلا خلاف كما في ابن عرفة لكن ظاهرها الجواز حتى في هذا الوجه، وأما من غير غاصبه فمهما وجد الغرر منع والإجاز، فإن كان مقراً والأحكام تناله فالجواز إذ لا غرر ومع الإنكار فالمنع وإن كانت البيعة نالته الأحكام أم لا للغرر الخ. وانظر تمامه في الشرح فإننا جلبنا في المسألة كلام الناس طويلاً. قوله: (فلا يجوز بيع ما ليس لك الخ) هذا هو الراجح وأن بيع الفضولي حرام كما في المقدمات لابن رشد صريحاً، وكلام القرافي والحطاب فيه نظر حيث استدلا بظاهر التنبيهات تاركين كلام المقدمات قف على الشرح إن شئت. قوله: (مما يتقرر ملك مبتاعه عليه) كأنه أراد بهذا شراء الذمي عبداً مسلماً أو مصحفاً، ولذلك قال في المختصر: ومنع بيع مسلم ومصحف وصغير لكافر وأجبر على إخراجه. فقوله: وأجبر على إخراجه هو يدل على أن البيع في نفسه تمّ، ولذلك يباع على ملكه زاد ثمنه أو نقص كما بيّناه في الشرح، وكأنهم أرادوا بالتقرّر تمام البيع، ودخوله في ملك المشتري والعتق عليه دليل على أنه ملكه كما بيّناه غاية عند قول المتن في كتاب العتق: وعتق بنفس الملك إلى آخره، وهذا الشرط لم يذكره صاحب المختصر تبعاً لكثير وإن كان ألمّ به في قوله ومنع الخ وكذا غيره فافهم. ومقابل ما في المختصر من الجبر على الإخراج أن البيع فاسد يفسخ، وهذا القول هو الذي أخرجوه بقولهم يشترط تقرر الملك، وهذا القول بيّناه في الشرح وذكره أبو الحسن وابن عرفة وغيرهما. قوله: (وهو الذي يعبرون عنه بجمع الرجلين الخ) ليس هذا على عمومته ولذا قال في الشامل: ولو جهل كعبدین لرجلين بثمان واحد فالأشهر المنع وفسخ إن نزل، فإن فات مضى بالثمن مفضوضاً على القيم، وقيل: الأشبه أن يمضي بالقيمة فإن سمياً لكل ثمناً أو قوماً أو دخلاً على التساوي بعد التقويم جاز أه. بلفظه، وهو تابع في ذلك لابن عبد السلام وغيره، وقد بيّنا في الشرح وجه هذه الصورة الجائزة بأنها لا جهل فيها فلا تردّ على من أطلق كالشيخ خليل في المختصر من الذين يطلبون الاختصار، ولكن من لا يعتني بالاختصار غاية ينبغي أن يذكر ذلك أو يجب عليه، وقول المختصر: وجهل بثمان أو مثنون ظاهره

المائة. تنبيه: إذا بيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز كثوب وخمر في صفقة واحد (فنقل في إيضاح المسالك) في ذلك تسعة أقوال: فسخ الجميع فسخ ما قابل الحرام وصحة ما قابل الحلال، وثالثها الأقل يتبع الأكثر، انظر بقيتها في ترجمة العقد هل يتعدد بتعدد المعقود عليه أم لا؟ قال رحمه الله:

وَالْبَيْعُ وَالشَّرْطُ الْحَلَالُ إِنْ وَقَعَ مُؤَثَّرًا فِي ثَمَنِ مِمَّا امْتَنَعَ
وَكُلُّ مَا لَيْسَ لَهُ تَأْثِيرُ فِي ثَمَنِ جَوَازِهِ مَأْثُورُ
وَالشَّرْطُ إِنْ كَانَ حَرَامًا بَطْلًا بِهِ الْمَبِيعُ مُطْلَقًا إِنْ جُمِلَا

يعني أن البيع إذا وقع مصاحباً للشرط فيما أن يكون ذلك الشرط حلالاً أو حراماً، فإن كان حلالاً ففيه تفصيل إن وقع مؤثراً في الثمن جهلاً مثلاً، فهو ممنوع والبيع فاسد، وإن لم يؤثر في ذلك فهو جائز والبيع صحيح والشرط معمول به، وإلى هذين الوجهين أشار بالبيت الأول والثاني، وإن كان الشرط حراماً بطل به البيع مطلقاً أي أثر جهلاً في الثمن أو لا وإلى هذا الوجه أشار بالبيت الثالث. (فمثال الشرط الحلال) المؤثر في الثمن جهلاً أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع ما اشتري منه ولا يهبه، فنفس الشرط وهو كون المشتري يتمسك بما اشتري ولا يبيعه ولا يهبه حلال جائز، واشترطه والدخول عليه ممنوع، لأن البيع على هذا الشرط إنما يكون غالباً برخص ونقص عن ثمن ذلك المبيع لو لم يشترط ذلك في بيعه لما فيه من التحجير على المشتري ومقدار ما انتقص من الثمن لأجل ذلك الشرط مجهول، والجهل في الثمن لا يجوز ويفسد به البيع، ومثاله أيضاً أن يشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يسلفه دراهم طعاماً مثلاً فنفس المشروط الذي هو السلف جائز واشترطه وانعقاد البيع عليه ممنوع، لأنه إن كان السلف من البائع

كان الجهل من كلا المتبايعين أو من أحدهما فقط وهو الراجح، وهل في علم أحدهما يقيد الفساد بعدم علم هذا العالم بجهل صاحبه أو لا يقيد فيكون الفساد مطلقاً؟ ابن رشد: يقيد وهو الذي يظهر رجحانه، ولكن لا بد من الوقوف على كلام الناس في الشرح هنا وعند قوله عدم حرمة ولو لبعضه الخ. قوله: (فنقل في إيضاح المسالك) مرّ في المختصر على القول الأول وهو قوله: وعدم حرمة ولو لبعضه، انظر الشرح ففيه كلام، وانظره في علم أحدهما فقط بالفساد على حسب ما قدمناه قريباً.

(ص): والبيع والشرط الحلال إن وقع إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (فمثال الشرط الحلال الخ) حاصل ما ذكره إن شرط أن لا يبيع مثلاً فيه أنه يؤثر جهلاً في الثمن وفيه التحجير وفيه أنه مناقض للعقد وشرط السلف فيه فإنه أثر في الثمن جهلاً والجهل ممنوع في البيوع الخ. والناس إنما عللوا الأولى بالتحجير وبأنه شرط يناقض المقصود من العقد. والثانية بأن السلف يخل بالثمن بأن السلف لا يجوز أن يتفجع بسببه المسلف، ولذا قال البرزلي: كل عقد جمع معه السلف فهو فاسد، انظر شرحنا عند قول المتن: وبيع وصرف الخ، وما زاده هذا الشارح من التعليل قد لا يسلم ولذلك قال في المختصر: وكبيع وشرط يناقض المقصود، ثم قال: أو يخل بالثمن فانتصر على هذا، ولكن

فإنما يبيع غالباً بأكثر من القيمة لأجل السلف، وإن كان من المشتري فإنما يشتري غالباً بأقل لأجل السلف أيضاً، ومقدار ما ازداد في الثمن أو انتقص بسبب الشرط مجهول، والمجهول في الثمن ممنوع يفسد به البيع، ولو تحققنا أن لا زيادة في الثمن ولا نقص لأن القاعدة أن الحكم إذا علل بعلّة غالبية اكتفى بغلبتها عن تتبعها في كل صورة صورة إعطاء للنادر حكم الغالب قاله في التوضيح. وعبارة ابن عرفة في ذلك الحكم المعلق بالمظنة لا يتوقف على تحقق الحكمة اهـ. وعلل بعضهم المنع في المثال الثاني بأن السلف صار بسبب اشتراطه من جملة الثمن والانتفاع به مجهول اهـ. وما عللنا به أظهر والله أعلم. والمنع في المثال الأول أشد لأن فيه زيادة على التأثير في الثمن علة أخرى للمنع وهي كون ذلك المؤثر من باب اشتراط ما يوجب الحكم خلافاً، لأن الحكم يوجب جواز تصرف المشتري فيما اشتراه على أي وجه شاء ممّا أباحه الشارع من بيع أو هبة أو غير ذلك، فالتحجير عليه بأن لا يبيع ولا يهب شرط مناقض لمقتضى عقد البيع، واشتراط مثله ممنوع ويفسد به البيع، ومثال الشرط الحلال الذي لا يؤثر في الثمن اشتراط المشتري كون الثمن إلى أجل معين غير بعيد جداً، واشتراط البائع في الثمن المؤجل أو المعجل أن يعطيه فيه رهناً أو حميلاً فإن ذلك كله جائز بنص الكتاب العزيز، فلا يتوهم فيه أنه من الشرط المؤثر في الثمن، وهذا شرط صحيح معمول به، وهو ممّا لا يقتضيه عقد البيع ولا ينافيه وفيه مصلحة للبائع، ويندرج في هذا القسم الشرط الذي يقتضيه عقد البيع كالرجوع بدرك الغيب والاستحقاق ويعمل به ولو لم يشترط واشتراطه تأكيد، ومثال الشرط الحرام من باع أمة ربيعة واشترط على المشتري (أن لا يمنعها الدخول والخروج)، أو اشترط كونها مغنية، أو باع داراً أو اشترط اتخاذها مجمعاً لأهل الفساد فالشرط حرام والبيع به فاسد، وإذا فسد البيع بالشرط الحلال المؤثر في الثمن فأحرى أن يفسد بالحرام المؤثر في الثمن كالمثال الأول والثالث من هذا القسم، فلا فرق في الشرط الحرام بين كونه مؤثراً في الثمن أو لا، وعلى ذلك نبّه بالإطلاق، فقوله: والبيع مبتدأ خبره ممّا امتنع، والشرط عطف على البيع ويصبح نصبه على المعية، والحلال نعت للشرط على الوجهين، ومؤثراً حال من فاعل وقع العائد على الشرط، وفي ثمن يتعلق بمؤثراً وجواب الشرط محذوف للدلالة الخبر عليه وهو مما امتنع، وكل مبتدأ مضاف إلى ما وهي نكرة موصوفة واقعة على شرط أي كل شرط، وجملة ليس له تأثير صفة ما وجملة جوازه مأثور من المبتدأ والخبر خبر كل ومأثور أي مروي، والشرط مبتدأ خبره جملة الشرط وجوابها وممر إن كان حراماً بطلاً به المبيع مطلقاً وإن جعل حشو مستغنى عنه لأن معناه إن وقع وذلك هو فرض المسألة، والجميع فاعل بطلاً وهو بمعنى البيع أو على حذف مضاف أي

في كلام ابن الحاج ما يشعر بذلك، وصاحب النظم تابع له في هذا التقسيم الذي في النظم، وربما يكون الأمر في هذا سهلاً. قوله: (أن لا يمنعها الدخول والخروج) تأمل هذا فإنها إذا عرفت بالصيانة وتخرج مستترة فإن هذا خروج غير حرام كما لا يخفى تأمل إطلاقه وكثير من الإماء لا يمنعن من الخروج وإن كن رئات لأجل قضاء مآرب لهن أو لساداتهن معروفة.

بطل بيع المبيع .

تنبيهات: الأول: المنع في الشرط الحلال المؤثر في الثمن (مقيد بما إذا استمر) المتبايعان على شروطهما، أما إن أسقطاه فإن البيع يصح، وكذا يقيد المنع أيضاً في المثال الأول وهو أن لا يبيع بما إذا عمّم أو استثنى قليلاً كقوله للمشتري على أن لا يبيعه جملة أو لا يبيعه إلا من فلان، وأما إذا خصّ ناساً قليلين كقوله: بعه لمن شئت إلا لفلان أو لبني إلا فلان وهم قليلون جداً بالنسبة إلى غيرهم فلا يمتنع هذا الشرط إذ لا تحجير فيه ولا بد ولا تأثير في الثمن. **الثاني:** اعلم أنه لا فرق في اشتراط السلف بين كونه بدلالة المطابقة كما تقدم أو بدلالة الالتزام، وذلك كمن باع شيئاً لمن له عليه دين حال واشترط هذا البائع على المشتري عدم المقاصة بل يقتضيه ثمن هذا المبيع ويبقى الدين على حلوله، فهذا بيع واشترط سلف، لأن من آخر ما وجب له عد مسلفاً، والمسلف هنا المشتري من هذا المدين، انظر الخطاب أو فصل المقاصة. **الثالث:** اعلم أن الناظم قسم الشرط المصاحب لعقد البيع إلى حلال وحرام، وقسم الحلال إلى مؤثر في الثمن وغير مؤثر، وتلخص من حكمهما أن الشرط الحرام والحلال المؤثر في الثمن البيع معهما فاسد والشرط باطل، وأن الشرط الحلال الذي يؤثر في الثمن البيع فيه صحيح والشرط معمول به، وبقي عليه قسم ثالث توسط بينهما البيع فيه صحيح والشرط باطل، وذلك من اشترط في بيع الجارية أو العبد كونهما عريانين من غير ثوب أصلاً، وكمن اشترط ثماراً أو حباً مع أرضه قبل وجوب الزكاة واشترط الزكاة على البائع، وكاشترط البائع أن لا عهدة عليه في عيب أو استحقاق، أو لا جائحة عليه في ثمار ونحوها، أو لا مواضعة في الجارية التي فيها المواضعة، أو اشترط أنه إن لم يأت المشتري بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع

قوله: (مقيد بما إذا استمر الخ) حاصل ما في المقدمات لابن رشد أن البيع الذي وقع فيه شرط مناقض كله يصح بحذف الشرط، وكذلك إسقاط شرط السلف ما عدا مسألة وهي شراء الرجل السلعة، على أنه فيها بالخيار إلى أجل بعيد لا يجوز الخيار إليه فإنه يفسخ البيع على كل حال، ولا يمضي إن رضي مشترط الخيار بترك الشرط لأن رضاه بذلك ليس بترك منه للشرط، وإنما هو مختار للبيع على الخيار الفاسد الذي اشترطه. بلفظه في هذه. ومسألة أخرى ذكرها في البيان وأشار إليها ابن عرفة بقوله ما نصّه: وهي من باع أمة على أن لا يطأها المتبايع فإن فعل فهي حرة وعليه كذا، قال: هذا يفسخ على كل حال ولا يصح إسقاط هذا الشرط لأنه يمين أه. لكن في المفيد ما نصّه: قال مالك لا يجوز للرجل أن يتزوج المرأة ويشترط لها النفقة على ابنها من غيره صغير وكبير، ولا يجب أن يشترط ذلك في خدمتها، قال ابن القاسم: ويفسخ النكاح وإن تركت المرأة الشرط إلا أن يكون قد بنى بها فيبطل الشرط ويكون لها صداق المثل لأنه تقصر حياة الصبي وتطول، ونحو ذلك لأشهب والأبهرى الخ وهذا منه بلفظه. ثم ذكر أنه لا يرجع على أم الربيب فيما أنفقه هنا مطلقاً إلا إذا فسخ النكاح قبل البناء ووجدها قائمة الخ. وإنما لم يذكر في المختصر مسألتي ابن رشد لأن مسألة الأمة الحق فيه لله تعالى فلا يصح حذفه، ومسألة الخيار الحذف للشرط أخذ به فأمرهما ظاهر، وذلك لا يذكره من طلب الاختصار، وابن يونس زاد مسألة ثالثة على ما حصر فيه ابن رشد

بينهما، فالبيع في هذه الفروع صحيح والشرط باطل، إلا إذا اشترط البائع في آخرها أن عقد البيع متوقف على دفع الثمن، فإن البيع لا ينعقد إلا بدفعه، وكذا البيع على شرط عدم المقاصة، وكذا اشتراط من اشترى بدين أن الدين لا يحل بموته على أحد القولين، وقد أشار الشيخ خليل للوجه الأول بقوله في تعداد البيوع الفاسدة: وكبيع وشرط يناقض المقصود كأن لا يبيع ثم قال: أو يخل بالثمن كبيع وسلف. ثم أشار إلى الوجه الثاني بقوله مشبهاً في الصحة كشرط رهن وحميل وأجل، وأشار إلى الثالث بقوله في فصل ما يتناوله البيع والعبد ثياب مهنته (وهل يوفي بشرط) عدمها وهو الأظهر أو لا كمشترط زكاة ما لم يطب وأن لا عهدة أو لا مواضعة أو لا جائحة، أو إن لم يأت بالثمن لكذا فلا بيع. التنبيه الرابع: اعلم أن الإمام مالكا رضي الله عنه نزل الأحاديث الواردة في البيع والشرط على الأوجه الثلاثة المذكورة، فنزل ما ورد من فساد البيع والشرط معاً على الشرط الحرام والحلال المؤثر في الثمن، ونزل ما ورد من جوازهما على الشرط الحلال الذي لا تأثير له في الثمن، ونزل ما ورد من جواز البيع وبطلان الشرط على الوجه الثالث. ابن رشد: روي أن عبد الوارث بن سعيد قال: قدمت مكة فوجدت فيها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فقلت لأبي حنيفة: ما تقول في رجل باع بيعاً واشترط شيئاً؟ فقال: البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال: البيع جائز والشرط باطل. ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال: البيع جائز والشرط جائز. فقلت: سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة، فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال: ما أدري ما قال، إن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط. ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال: لا أدري ما قال، قالت عائشة رضي الله عنها: أمرني رسول الله ﷺ أن أشتري بريرة وأعتقها وأن أشتري أهلها الولاء فإن الولاء لمن أعتق، البيع جائز والشرط باطل. ثم أتيت ابن شبرمة

حيث قال في كتاب الخيار ما نصه: قال مالك رحمه الله تعالى: ولا يجوز في الصرف خيار وإن قرب، قال ابن القاسم: وإن عقده عليه لم يجز، وإن أسقط الخيار قبل التفرق إلا أن يستقبلا صرفاً جديداً هذا لفظه. قوله: (وهل يوفي بشرط الخ) انظر عند شرح هذا المحل مسائل حققت هناك إن شئت، وعند قول المتن في النكاح: أو إن لم يأت بالصداق لكذا فلا نكاح وتفهم به قول هذا الشارح هنا: إلا إذا اشترط البائع في آخرها الخ، وهذه الشروط منها ما يسقط ويصح البيع، ومنها ما يبطل به البيع، إلى آخر ما في هذا الشارح تبعاً للناس ولم نجد ضابطاً يضبطها، أما ما يناقض المقصود أو يخل بالثمن ففسدان للبيع وغير هذين ربما يفهم من قول المازري على مسلم عند كلامه على حديث الحلال بين الخ ما نصه: وكان شيخنا رحمه الله يقول: ما لا فائدة فيه ولا يؤدي إلى فساد في البيع، أن لا يزداد في الثمن ولا ينقص منه لأجله، فهذا الذي قد يقول فيه بعض أصحابنا البيع صحيح والشرط باطل اهـ. بلفظه. قال كاتبه: ما فيه الفائدة كشرط رهن أو حميل وما لا فائدة فيه كشرط كون العبد أمياً لا يكتب على كلام تراه عند قول المتن: ورد بعدم شروط الخ، وكشرطها في الخلع أن يطلقها أكثر من واحدة على كلام في ذلك ذكرناه عند قول المتن في كتاب الخلع: أو قالت طلقتني ثلاثاً بألف الخ، إذ لا فرق بين النكاح والبيع في هذه الشروط، والشرط المفسد كأن لا يبيع الخ والذي يزداد في الثمن أو ينقص منه هو السلف من البائع أو المشتري فافهم.

فأخبرته فقال لا أدري ما قالوا، قال جابر ابن عبدالله: بعث من النبي ﷺ ناقة وشرط لي حلابها وظهرها إلى المدينة، البيع جائز والشرط جائز، فعرف مالك رحمه الله الأحاديث كلها فاستعملها في مواضعها وتأولها على وجوها ولم يمعن غيره النظر ولا أحسن تأويل الأثر اهـ. وإلى هذه القضية أشار الشيخ ابن غازي رحمه الله بقوله:

بيع الشروط الحنفي حرّمه وجابر سوغ لابن شبرمه
وفصلت لابن أبي ليلى الأمّة ومالك إلى الثلاث قسمه

ومراده بالتفصيل جواز البيع وبطلان الشرط لأن القولين الآخرين جوازهما أو بطلانهما، والمراد بالأمّة بريرة، ومعنى قوله ومالك إلى الثلاث قسمه أن مالكا قسم الشرط في البيع إلى الثلاثة الأقسام المتقدمة، فالألف واللام في قول الشيخ ابن غازي إلى الثلاث للعهد والمعهود الأقسام الثلاثة المذكورة قسم يصح فيه البيع والشرط معاً وذلك إذا كان الشرط حلالاً ولم يؤثر في الثمن كما تقدم، وقسم يبطلان معاً وذلك إذا كان الشرط حراماً أو حلالاً وأثر في الثمن، وقسم يصح فيه البيع ويبطل الشرط وذلك في الوجه الثالث، فليس موضوع الأقوال الثلاثة عند مالك واحداً حتى يكون خلافاً حقيقة، بل موضوع كل قول خلاف موضوع القول الآخر والله أعلم. وتقدم بيان موضوع كل قول من هذه الأقوال قبل كلام ابن رشد هذا.

فرع: إذا اشترط البائع على المشتري أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطي الثمن فلا بأس بذلك لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاؤه الثمن لأجل معلوم، نقله الحطاب عن ابن أبي زمنين. قلت: ولعل هذا في الأصول فقط أو فيها، وفي غيرها إذا وضع المبيع عند أمين على القولين الآتين في قول الناظم: وشرط إبقاء المبيع في الثمن. رهناً البيتين لأن قولهم هنا إنه بمنزلة الرهن يقتضي أنه تحت يد البائع، وإلا فلا معنى لكونه كالرهن وهو تحت يد المشتري، وإذا كان تحت يد البائع فهي المسألة الآتية للناظم.

فرع: قال البرزلي في مسائل الضرر عن ابن رشد فيمن له داران باع إحداهما واشترط على المشتري أن لا يرفع على الحائط الفاصل بين الدارين شيئاً مخافة أن يظلم عليه داره ويمنع من دخول الشمس فيها فالتزمه المشتري أن يبيع جائز والشرط لازم اهـ.

وَجَمَعَ بَيْعَ مَعَ شِرْكَةٍ وَمَنْعَ صَرْفِ وَجُفْلِ وَنِكَاحِ امْتِنَعِ
وَمَنْعَ مُسَاقَاةٍ وَمَنْعَ قِرَاضِ وَأَشْهَبَ الْجَوَازُ عَنْهُ مَاضِ

يعني أنه لا يجوز على المشهور، ونسبه الشارح لابن القاسم أن يجتمع البيع مع واحد من هذه العقود الست التي أولها الشركة وآخرها القراض، خلافاً لأشهب فإنه يقول بجواز ذلك. ونقل في التوضيح عن القرافي منع اجتماع البيع مع واحد من هذه الست، وبقي على الناظم القرض أي السلف فلا يجتمع مع البيع، وكما لا يجتمع البيع مع واحد

من هذه السبعة بزيادة القرض، فكذلك لا يجتمع اثنان منها في عقد واحد لافتراق أحكامها، هكذا عباراتهم، وأخصر من هذا أن يقال: ثمانية عقود لا يجتمع اثنان منها في عقد واحد، وقد قلت في ذلك تبعاً لغيري في جل التعبير ما نصّه:

عقود منعنا اثنين منها بعقدة لكون معانيها معاً تتفرق
فجعل وصرف والمساقاة شركة نكاح قراض قرض بيع محقق

وباء بعقدة ظرفية، وفرض بغير تنوين وحذف العاطف للوزن، ومعاً بمعنى جميعاً، وظاهر قوله وأشهب الجواز عنه ماض أن أشهب يقول بجواز الجمع بين البيع وكل واحد من هذه العقود الست، والذي في ابن الحاجب أنه يقول بجواز الجميع بين البيع والصرف ولفظه: والصرف والبيع ممتنع خلافاً لأشهب، والتصريح بمنع جمع البيع مع واحد من هذه العقود في عقد واحد هو من زيادة هذا الناظم على مختصر الشيخ خليل إلاّ منع اجتماع الإجارة والجعل فقد صرّح به حيث قال في باب الإجارة: كمع جعل لا بيع، ويدخل في البيع المذكور هنا الإجارة والكراء لأنهما بيع منافع، فكما يمتنع اجتماع البيع مع واحد من هذه العقود الست كذلك يمتنع اجتماع الإجارة والكراء مع واحد منها، ويجوز جمع البيع مع الإجارة أو الكراء لأنها من باب واحد، ويمتنع اجتماع الكراء أو البيع مع الجعل مثلاً، أما منع اجتماع الإجارة مع الجعل فقد تقدم قريباً في نص الشيخ خليل (والله تعالى أعلم).

وَنَجَسُ صَفَقَتُهُ مَحْظُورَهُ وَرَخَّصُوا فِي الزُّبْلِ لِلضَّرُورَةِ

قوله: (والله تعالى أعلم الخ) كلام هذا الشارح هنا حسن، ولكن ترك مسائل كثيرة لا يجوز اجتماعها، قف عليها إن شئت في الشرح منصوصة للفحول، وانظر الكلام على حقيقة الشركة في الشرح فإن الشركة فيها تفصيل هناك. تكميل: المغارسة بمنزلة الجعل فلا تجتمع المغارسة مع البيع وكذا الجعل وهو في المختصر، وما تقدم في الشركة إنما هو البيع الخارج عنها لا ما تتضمنه الشركة من البيع، لأن هذا الثاني ظاهر المدونة جوازه وهو مذهب سحنون، وإن وقع لابن القاسم ما يقتضي المنع والسلم والإقالة بيع كما رأيت ذلك في حقيقة البيع وفي المختصر والإقالة بيع الخ والسلف مفسد لكل عقد معاوضة اجتمع معه ومع الصدقة والسلف من المتصدق لا منع ومن المتصدق عليه المنع لأنه جر بسلفه نفعاً له، ولا يجوز السلف مع القراض والشركة وذلك داخل في القاعدة، نعم إن كان النفع للمتسلف فالجواز والإجارة لا تجوز مع الصرف، ولو اجتمعا في دينار على أصل ابن القاسم الذي يقول: قبض الأوائل ليس قبضاً للأوخر وكذا الكراء لأنهما بيع كما أشير إليه في رسم البيع، وذكر البرزلي جواز اجتماع البيع والقضاء، وقف على تمام هذه الأمور في الشرح وعلى عللها فيه وما في ذلك من الفوائد، ولكن انظر عند قول المتن: كمع جعل صدر الإجارة، وعند قول المختصر: أو باجتماعه مع بيع في كتاب الصداق اهـ.

(ص):

(ونجس صفقته محظوره ورخصوا في الزبل للضرورة)

تقدم أن من شرط المعقود عليه أن يكون طاهراً، فلذلك امتنع بيع ما هو نجس كالزبل لكنهم (رخصوا) في بيعه للحاجة إلى الانتفاع به، نقل الشارح رحمه الله عن المقرب قال ابن القاسم: وسمعت مالكا يكره بيع رجيح بني آدم ولم أسمع منه في الزبل شيئاً ولا أرى به بأساً اهـ. وفي النوادر عن ابن القاسم: ولا بأس بأكل ما زبل به أي برجيح بني آدم، وبلغني أن ابن عمر كرهه ولا أرى به بأساً، قال أشهب: أكره بيع رجيح بني آدم إلا من اضطر إليه، والمبتاع أعذر في شرائه من بائعه. قال الشارح: أقول مساق هذه الروايات يقتضي كراهتها فلذلك عبّر المتأخرون عنهم بأنهم رخصوا في بيع الزبل وتبعهم الشيخ اهـ. قلت: ومما تدعو الضرورة إليه مع الاتفاق على نجاسته الماء المتغير بالنجاسية كالمجتمع من المراحيض وقياسه على الزبل في الترخيص في جواز بيعه (أحروي) والله أعلم. فرع: في بيع ما ظهر من فضلات البهائم. قال في المقرب قال ابن القاسم: ولا بأس ببيع بعر الإبل والغنم وخثاء البقر، وعلى هذا يجوز بيع خراء الحمام والدجاج غير المخلاة، وفي المخلاة نظر صحّح من الشارح والمحظور بالظاء المشالة الممنوع والتصريح بالترخيص في بيع الزبل من زيادة هذا الناظم على المختصر.

فصل في بَيْع الْأَصُول

الْبَيْعُ فِي الْأَصُولِ جَازٌ مُطْلَقًا
إِلَّا بِشَرْطِ فِي الْبُيُوعِ مُتَّقَى
بِأَضْرِبِ الْأَثْمَانِ وَالْأَجَالِ
مِمَّنْ لَهُ تَصَرُّفٌ فِي الْمَالِ

قوله: (رخصوا) هذا الذي به العمل كما في المعيار ونقلناه في الشرح بخلاف بيع رجيح الآدمي، وذكرنا كلام الناس في ذلك وأن الزبل في نجاسته خلاف ولا كذلك الرجيح المذكور، وكذا يظهر من كلام البرزلي أن العمل بتونس على جواز بيع الزبل. قلت: وكذلك العمل عندنا بفاس أمنها الله من كل بأس بمنه وطوله وكرمه وفضله، والشيخ خليل مرّ على المنع في الزبل لأنه أصل المذهب في بيع النجاسات، وما أجزى منها فهو للضرورة، ويظهر من كلام غير واحد أنه لا بدّ من تحقيق الضرورة ونقلنا الخلاف في ذلك في الشرح فانظره إن شئت فإن فيه كلاماً نفيساً، وذكرنا الخلاف في بيع العذرة والخلاف في بيع ما دبغ من جلد الميتة. قوله: (أحروي) فيه بحث لأن الزبل فيه خلاف في طهارته ولا كذلك الماء المتغير بالنجاسة، وإنما يقاس على الخلاف في بيع العذرة المنع والكراهة والجواز، ولا فرق بين الاضطرار فالجواز ومع عدمه المنع، وقال العبدوسي على مضمون قول المتن في كتاب الإجارة أو على أن يحرقها ثلاثاً أو يزبلها ما نصّه: وأقاموا من مسألة الزبل هنا أنه يجوز بيع الماء المضاف، فعلى هذا يجوز لمن كان في ملكه ماء مضاف أن يبيعه اهـ. بلفظه. قلت: ولعل هذا في المضاف المتنجس وأما غيره فلا، وكان الشارح لم يقف على كلام العبدوسي فافهم.

فصل في بيع الأصول

(ص): البيع في الأصول جاز مطلقاً. إلى آخر البيتين.

أخبر رحمه الله أنه يجوز بيع الأصول كالذور والحوائط والحوانيت والأراضي وغيرها، إلا أن يصحب بيعها شرط يتقى في البيوع لكونه يناقض مقصود المشتري أو يخل بالثمن فيفسد البيع إذ ذلك كما تقدم، وإلى هذا أشار بالبيت الأول، واستثناؤه الشرط المتقى في البيع يعني عنه ما سبق، ولعله خاف توهم جوازه بالاندراج في عموم قوله جاز مطلقاً فاستثناه لذلك، فإذا خلا بيعها عن الشرط الممنوع فهو جائز بالعين والعرض والطعام والرقيق والدواب وغير ذلك من أنواع الأثمان، ويجوز أن يكون ذلك الثمن نقداً وإلى أجل أي معلوم غير بعيد جداً، وإلى هذا التعميم أشار بالبيت الثاني فهو تفسير للإطلاق الذي في البيت الأول. وقوله: ممن له تصرف يتعلق بالبيع أي بيع الأصول جائز إذا وقع وصدر ممن له التصرف في المال وهو الرشيد وهو تصريح باشتراط الرشد في البائع، (ويحتمل أن تكون ممن له تصرف بمعنى اللام) أي يجوز بيع الأصول لمن له التصرف فيكون نصاً في اشتراط الرشد في المشتري أيضاً، وكل من الاحتمالين صحيح، إذ الرشد شرط في كل من المتعاضين إلا أنه شرط في اللزوم لا في الانعقاد، لأن الانعقاد يجوز من المميز ولو محجوراً، ولا يلزم إلا من الرشيد كما تقدم، وذلك الشرط لا يختص ببيع الأصول بل عام في جميع المبيعات. فرع: قال ابن رشد في آخر سماع ابن القاسم من جامع البيوع: البلد الذي تجوز فيه جميع السكك جوازاً واحداً لا فضل لبعضها على بعض ليس على من ابتاع فيه شيئاً أن يبين بأي سكة يبتاع ويجبر البائع على أن يأخذ كل سكة أعطاه، كما أن البلد إذا كانت تجري فيه سكة واحدة فليس عليه أن يبين بأي سكة يبتاع ويجبر على أن يقبض السكة الجارية، وأما البلد الذي تجري فيه جميع السكك ولا تجوز فيه بجواز واحد لا يجوز البيع فيه حتى يبين بأي سكة يبتاع، فإن لم يفعل كان البيع فاسداً اهـ..

(فرع: سئل الأستاذ) أبو سعيد بن لب عمّا يكثر وقوعه وهو أن يتسامح الناس في اقتضاء الدراهم الناقصة عن الوازنة إلى أن تصير الدراهم كلها نقصاً ويقع الشراح بعد انعقاد البيع في زمن التسامح ووقوع القبض في وقت آخر يكون أولو الأمر قد ألزموا الناس التعامل بالوزن. فأجاب: بأن العقود محملها على السكة الوازنة على أصلها، وعلى هذا جرى العرف في العقود، وما يجري بين الناس من المسامحة كالتعامل الناجز عند الاقتضاء لا تعمر به الذمم ولا يجوز الدخول في العقود عليه لأنه مجهول، ثم قال: والذي يوجبه النظر الفقهي في النازلة أن ينظر إلى تواريخ العقود فما انعقد منها على المسامحة في وقت

قوله: (ويحتمل أن تكون ممن له تصرف بمعنى اللام إلى آخر كلامه) يقتضي أن مادة البيع لا تتعدى للمشتري بلفظة من الجارة وليس كذلك كما هو معروف، وقد قال في المختصر في كتاب الإيمان وفي لا باع منه أوله الخ.

قوله: (فرع سئل الأستاذ الخ) هذا كلام صحيح ولكن ذكرنا هذه المسألة عند قول المختصر: وإن بطلت فلوس الخ، وكلام الناظم هنا حسن غاية في هذا، وبه تعرف ما وقع عندنا بفاس سنة تسع عشرة بعد مائة وألف حين كثر التقييص للموزونة وأمر أولو الأمر بردّها على ما كانت عليه.

اختلاط الدراهم في التعامل وجواز الناقص مع الوزان على حد واحد في الأشياء كلها لعدم تعلق الأغراض بالوازنة دون الناقصة فالحكم فيها بالوازنة، وإن جرت الناقصة بينهم على التجاوز لأن ذلك على الطوع، فأما ما يحكم به وما يبدي الحالف على القضاء^(١) فبالوازنة التي ضربت عليها سكة ذلك البلد، قاله في الواضحة ووجهه ظاهر، لأن السكة الموجودة الباقية على ضربها هي الأصل في تعلق الحقوق بها دون ما دخله الفساد منها، إذ التسامح في قبضه معروف يصنعه القابض، ولا يدخل بالحقوق في باب التسامح والمعروف مع السكوت عنه وما انعقد على المساكنة في آخر تلك المدة وقت أن خلت وجوه التعامل من الدراهم الوازنة كما ذكر في السؤال، فالواجب فيه الآن الحكم بالدراهم الجارية في وقت التعاقد لأنها هي التي كانت حينئذ متعلق الأغراض ومناطق الأحكام فيبقى الأمر بعد ذلك كما كان قائماً، لأن الناس يقصدون إلى ما يجدون ويعقدون على ما يعتادون، والعادة في عرف الشرع كالشرط، وليس هذا مما يتناوله النص المتقدم لأنه عند وجود الوزان مختلطاً بالناقص فلم يعين عرف التعامل أحدهما دون الآخر، بخلاف هذا الوجه الذي خصّ الوجود فيه الوصف وعين المقصود اهـ. باختصار.

فرع: قال ابن سلمون: وإن كان في العقد أنه قبضها مقلبة ثم أتى البائع بدراهم رديئة يزعم أنها من دراهم المبتاع وأنكرها فلا يمين عليه، فإن سقط هذا الفصل من العقد وجبت اليمين على المبتاع أنه ما يعرفها من دراهمه وله رد اليمين، فإن ردها حلف البائع على البت أنها من دراهم المبتاع ووجب له البذل اهـ. وفي شرح المواق عند قوله في البيوع وعدم دفع رديء أو ناقص: من صرف ديناراً بدراهم فغاب عليها ثم رد منها رديئاً فأنكره الصراف فما عليه إلا اليمين أنه لم يعطه إلا جياداً في علمه وما يعلمها من دراهمه، وكذلك من قبض طعاماً على تصديق الكيل ثم ادعى نقصاً أو اقتضى ديناً ثم أخذ صرة صدق الدافع أن فيها كذا ثم وجدها تنقص فالقول قول الدافع.

(فرع: يجوز تأخير الثمن) إلى ما يتفقان عليه إلا أن يتناول جداً. قال ابن القاسم: قيل لمالك: أتكره أن يبيع الرجل إلى عشرين سنة؟ قال نعم، قيل له: أنفسخه؟ قال لا، قال: ولو كان سبعين أو ثمانين لفسخته، وقد قال لي مالك في النكاح إذا وقع إلى ثلاثين سنة جاز وكذلك البيع عندي، فإن أقام بعد البيع مدة طويلة ثم قام يطلبه فله ذلك، وكذلك لو لم يقع بينهما إشهد فلا تبطل إلا بتناول الزمان كالثلاثين سنة والأربعين، وكذلك الديون إن كانت معروفة الأصل إذا تناول زمانها هكذا ومن هي عليه حاضر فلا يقوم بدينه إلا بعد هذا من الزمان فيقول قضيتك وباد شهودي من ابن سلمون، وانظر

قوله: (فرع يجوز تأخير الثمن الخ) هذا أشار إليه في المختصر في النكاح بقوله: أو زاد على خمسين سنة عاطفاً على ما يفسخ فيه النكاح، والبيع كالنكاح كما رأيت دليلاً في نقل هذا الشارح

(١) قوله: «وما يبدي الحالف الخ» كذا بالأصول التي بأيدينا ولم نفهم له معنى مرضياً لدينا ولعله لقصوره هنا فحرره فهماً ونقله، اهـ. مصححه.

الخطاب في آخر باب الشهادات قبل قوله باب إن أتلف مكلف الخ.

وَجَائِزٌ أَنْ يُشْتَرَى الْهَوَاءُ لِأَنَّ يُقَامَ مَعَهُ الْبِنَاءُ

هنا مسألتان: إحداهما: شراء عشرة أذرع مثلاً من هواء فوق سقف بيت لأن يقيم مشتره في ذلك الهواء ما أحب إذا كان ذلك الهواء مقدراً بأذرع معلومة ووصف البناء الذي يبني عليه بصفة مضبوطة. الثانية: شراء عشرة أذرع مثلاً من هواء فوق عشرة أذرع من هواء إذا وصف البناء الأسفل والأعلى لأن مائة الأسفل ممّا يرغب فيه صاحب الأعلى وخفة الأعلى ممّا يرغب فيه صاحب الأسفل. قال في المدونة: يجوز بيع عشرة أذرع فصاعداً من هواء بيت إن وصف ما يبني فوق جداره، ولا بأس ببيع عشرة أذرع من هواء فوق عشرة أذرع من هواء إذا شرط بناء يبنيه ويصفه ليبنى المبتاع فوّه اهـ. من المواق. والظاهر أن كلام الناظم يشمل صورتين فإن شملهما فالأولى (من زيادة هذا النظم) على المختصر والله أعلم إلا أن يقال: تؤخذ من باب أخرى ممّا ذكر صاحب المختصر فلا زيادة.

وَمَا عَلَى الْجِرَافِ وَالتَّكْسِيرِ يُبَاعُ مَفْسُوخٌ لَدَى الْجُمْهُورِ

التكسير الكيل والكلام في الأصول، والمعنى أنه لا يجوز أن تباع أرض بعضها بالكيل وبعضها جزافاً، كأن يشتري أرضاً مائة ذراع منها بكذا وبأقيها بكذا، أو اشتري أرضاً على كيل معلوم واشتري معها شجراً أو كرماً أو دوراً في عقد واحد، فإن وقع ذلك فسخ عند جمهور الفقهاء، وفهم من نسبة الفسخ للجُمهور أن من أهل العلم من لا يفسخه. واعلم أن من الأشياء ما الأصل فيه أن يباع كيلاً كالحبوب ويجوز بيعه جزافاً،

وذكرنا ثم كلام الناس تاماً والحمد لله رب العالمين.

(ص):

(وجائز أن يشتري الهواء لأن يقام معه البناء)

قوله: (من زيادة هذا النظم الخ) صاحب المختصر قال: وهواء فوق هواء إن وصف البناء ولا شك إذا جازت، وهذه الصورة فأحرى هواء فوق بناء من غير تردد في ذلك أصلاً، وفي التهذيب في باب الغرر ما نصّه: ولا يجوز لك أن تبيع عشرة أذرع من هواء هلك فوق عشرة أذرع من هواء يبقى لك إلا أن تشترط بناء تبنيه قدر عشرة أذرع وتصفه ليبنى المبتاع فوّه فيجوز، ويجوز أن تبيع عشرة أو أكثر من فوق سقف لك لا بناء لك عليه إذا بين لك المبتاع ما يبني على جدارك اهـ. فصاحب المختصر ذكر الأولى ولذلك قال إن وصف البناء وترك الثانية لأنها أحرورية، وإن كان يشترط فيها بيان ما يبني المبتاع وقف على الشرح على ما وقع للناس هنا في فروع تتعلق بهذه المسألة، فقد ذكرنا فيه ما يشفي إن شاء الله تعالى.

(ص):

(وما على الجراف والتكسير يباع مفسوخ لدى الجمهور)

وأن منها ما الأصل فيه أن يباع جزافاً كالأرض والثياب، ويجوز بيعه كيبلاً (والضابط) لما يجوز فيه الجمع بين الجزاف والمكيل في صفقة واحدة وما يمنع من ذلك أنه إذا جاء كل من المبيعين على أصله جاز كبيع جزاف أرض مع مكيل حب لمجيء كل منهما على أصله، وإن خرّجا معاً عن أصلهما كجزاف حب مع مكيل أرض أو خرّج أحدهما فقط كجزاف أرض مع مكيل أرض أو جزاف حب مع مكيل حب امتنع لمجيء مكيل الأرض في الأولى وجزاف الحب في الثانية على خلاف الأصل، وإلى هذه الصور الأربع أشار الشيخ خليل بقوله عاطفاً على ما لا يجوز: وجزاف حب مع مكيل منه أو أرض وجزاف أرض مع مكيله لا مع حب. قال الشيخ ابن غازي في شفاء الغليل بعد تقدير كلام الشيخ خليل: وقد ظهر لك أن كلام المصنف اشتمل على أربعة أقسام: ثلاثة ممنوعة وواحد جائز، وأصل هذا كله لابن رشد في كتاب الغرر من المقدمات، وفي سماع ابن القاسم وسماع أصبغ من جامع البيوع. تنبيه: من البين أن الموزون والمزروع في هذا الباب في معنى الكيل، وقد تنازل لذلك الشيخ أبو العباس القباب في شرح قول ابن جماعة: لا يجوز أن يشتري الرجل قربة لبن على أن يزن زبدها وإنما يشتري ذلك كله من غير وزن اه. كلام ابن غازي.

تنبيهان: الأول: قال المواق: وانظر مسألة تعم بها البلوى وهي أن المرء يشتري من العطار وزناً معلوماً من شيء ويفضل له درهم فيقول له: اعطني به أباراً والأبزار بالدرهم يكون جزافاً فهذا جائز إذا لم يدخل على ذلك في أصل العقدة. اه. الثاني: إن جعلنا ما من قول الناظم: وما على الجزاف واقعه على كل مبيع أصلاً كان أو غيره، فيقيد المنع بما إذا خرّج المبيعان معاً أو أحدهما عن أصله، أما إن جاء كل منهما على أصله فالجواز كما تقدم وإن جعلناها واقعة على الأصول فقط وهو ظاهر السياق فلا يحتاج إلى تقييد، لأن بيع الأصول بعضه جزافاً وبعضه ميكلاً ممنوع مطلقاً لخروج المكيل عن أصله والله أعلم.

قوله: (والضابط الخ) هذه أمور صعب لا يكفي فيها ما ذكره هذا الشارح، وقد مدح القباب ابن رشد على تحصيله فيها، ونص ابن رشد في المقدمات، والقول فيما يجوز من جمع الجزاف والمكيل في صفقة واحدة أن تعلم أن من الأشياء ما الأصل فيه أن يباع كيبلاً ويجوز بيعه جزافاً كالحبوب، وإن منها ما الأصل فيه أن يباع جزافاً، ويجوز بيعه كيبلاً كالأرضين والثياب وإن منها عروضاً لا يجوز بيعها كيبلاً ولا وزناً كالعبيد والحيوان، فالجزاف ممّا أصله أن يباع كيبلاً كالحبوب لا يجوز بيعه مع المكيل منه ولا مع المكيل ممّا أصله أن يباع جزافاً كالأرضين والثياب باتفاق، والجزاف ممّا أصله أن يباع جزافاً لا يجوز أن يباع مع المكيل منه باتفاق أيضاً، واختلف في بيعه مع المكيل ممّا أصله أن يباع كيبلاً على قولين: أحدهما: أن ذلك جائز وإليه ذهب ابن زرب وأقامه من المدونة من إجارته في السلم الأولى أن يسلم في ثياب وطعام صفقة واحدة. والثاني: أن ذلك لا يجوز وإليه ذهب ابن العطار في وثائقه وحكاة المازري عن كتاب محمد، قال ابن رشد: ولا اختلاف في جواز بيع المكيلين في صفقة واحدة والجزافين في صفقة واحدة أيضاً على كل حال، ولا في جواز بيع الجزاف من العروض إلا عند ابن

وَأَبْرَ مِنْ ذُرْعٍ أَوْ مِنْ شَجَرٍ
وَلَا يَسُوغُ بِاشْتِرَاطِ بِنْفِضِهِ
وَعَنْزِمَا أَبْرَ لِلْمُبْتَاعِ
وَلَا يَجُوزُ شَرْطُهُ لِلْبَّاعِ
وَفِي الثَّمَارِ عَقْدُهَا الْإِبَارِ
كَذَا قَلِيبُ الْأَرْضِ لِلْمُبْتَاعِ
لِبَّاعٍ إِلَّا بِشَرْطِ الْمُشْتَرِي
وَإِنْ جَرَى فَلَا غِنَى عَنْ نَقْضِهِ
بِنَفْسِ عَقْدِهِ بِلَا نِزَاعٍ
وَالْبَيْعُ مَفْسُوخٌ فِي الْوَأَقِعِ
وَالرَّزْعُ أَنْ تُذْرِكَهُ الْأَبْصَارُ
دُونَ اشْتِرَاطِهِ فِي الْإِبْتِياعِ

حبيب فإنه ذهب إلى أن الجزاف مما أصله أن يباع كيلاً لا يجوز بيعه مع العروض في صفقة واحدة وهو بعيد، وأما بيع الجزاف على الكيل فلا يضاف إليه شيء في البيع بحال على الصحيح من الأقوال وهو مذهب ابن القاسم، وأما بيع الجزافين على الكيل فإن كانا على صفة واحدة وبكيل واحد جاز باتفاق، وإن اتفق أحدهما واختلف الآخر جاز على اختلاف بين ابن القاسم وأشهب اهـ. بلفظ القباب حرفاً بحرف من غير زيادة ولا نقص، وكلام المختصر سائر معه بسيره بلا اختلاف بينهما، وقررنا به كلام المختصر في الشرح، ونزلنا عليه تنزيلاً حسناً بحيث صار مستوفياً له فانظره إن شئت، والجزاف بيعه رخصة فلا يضاف إليه غيره وذكرنا عللاً في الشرح، وحاصل ما ذكره ابن رشد أنه إذا اجتمع مجهول ومعلوم فإن جاء كل واحد على أصله فالجواز، وإن خرجا معاً عن أصلهما أو أحدهما فالمنع، والمجهولان يجوزان مطلقاً، وكذا المعلومان بلا تقييد في جميع ما ذكر وبه تعلم صحة ما قاله ابن زرب كما صححه غير واحد، والجزاف مع العرض جائز ولكن إنما في صورته مجهول واحد وهو الجزاف فليس داخلاً في الضابط المذكور على المكيل فهو مجهول الجملة معلوم التفصيل فهو خارج أيضاً، وقد قلنا في ضبط هذا ما نصّه:

والجمع للجزاف مع ضد حظر وقد بدا الخروج عن أصل شهر

وضد الجزاف هو المعلوم بزرع أو كيل أو وزن مع المعلوم أن جمع الجزاف للجزاف، وفهم من قولنا: والجمع للجزاف والمعلوم للمعلوم فيه الجواز وهو كذلك، وانظر تمثيل هذا الشارح كأن يشتري مائة ذراع منها بكذا وباقيها بكذا الخ.

(ص): وأبر من زرع أو من شجر إلى آخر الأبيات الستة. هذا قال فيه الشيخ خ ما نصّه: تناول البناء والشجر والأرض وتناولتهما والبذر لا الزرع ومدفوناً كلو جهل ولا الشجر المؤبر أو أكثره إلا بشرط كالمنعقد ومال العبد وخلفة الفصيل، وإن أبر النصف فلكل حكمه الخ. فقلوه: والبذر لا الزرع نص في أن الزرع لا تتناوله، والزرع هو الذي ظهر نباته ونباته هو تأبيره على المشهور وما به العمل وقوله: ولا الثمر المؤبر الخ حاصله أن الثمر المؤبر لا يدخل في العقد إلا بشرط أنه للمشتري والجل كالكل، ومسألة النصف هي قوله: وإن أبر النصف فلكل حكمه. وفهم من قوله: ولا الثمر المؤبر مع قوله كالمنعقد أن الانعقاد في غير ثمر النخل هو التأبير، وأن التأبير في النخل هو تعليق طلق الذكر على الأنثى لئلا يسقط ثمرها وهو اللقاح قاله في الإكمال، وكأن ما يحد بالانعقاد لا يقال فيه مؤبر بخلاف ثمر النخل ولذلك قال فيه: ولا الثمر المؤبر، ثم شبه المنعقد به فافهم، وإذا فهمت هذا فانظر قول الشارح: تنبيه جميع ما اشتملت عليه الأبيات الست هو من زيادة هذا النظم على المختصر ما عدا كون المأبورة

الأصل في هذا قوله عليه الصلاة والسلام «من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع» فمن باع شجراً فيها ثمار أو أرض فيها زرع ولم ينص على الثمار ولا على الزرع فما كان من ذلك مأبوراً فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع كله، ولا يجوز للمشتري اشتراط بعض ما أبر وترك ما سواه، وإن وقع ذلك فالحكم فيه أن ينقض وعلى ذلك نية الباعين الأولين. قال المتطي: ولا يجوز عند مالك أن يشترط المبتاع نصف الزرع أو نصف الثمرة إذا كان الجميع للبائع فإن فعل فسدت الصفقة وفسخ البيع. قال المتطي: ووجه ذلك أنه في اشتراط بعضه قاصد لا يتبايع الزرع قبل بدو صلاحه ولا يكون ذلك في الجميع اهـ. وما لم يؤبر منها فإنه للمبتاع بنفس العقد حسبما أحكمته السنة، لأنه لما قال في الحديث أنها تكون للبائع إذا أبرت ذلك دل على أنها تكون للمبتاع إذا لم تؤبر، ولا يجوز للبائع أن يشترطها لنفسه، فإن وقع فالحكم فيه أن يفسخ البيع، كما لا يجوز له أن يستثنى جنين الأمة الحامل في البيع عند مالك وجميع أصحابه وعلى هذا نية بقوله: وغير ما أبر للمبتاع البتتين. قال في الوثائق المجموعة: والثمره غير المؤبرة داخلة في ملك المبتاع بوقوع البيع على الأصل، ويدخل في ذلك عند استثناء البائع لها قبل الإبرار بيع الثمر قبل بدو صلاحه. قال الشارح: وإنما يدخل في هذه المسألة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها على أحد القولين في كون المستثنى مشتري وهو أشكلهما لا على القول الثاني من كونه مبقى وهو الأظهر.

فرع: قال في العتبية قال مالك: من باع نخلاً قد أبر بعضها ولم يؤبر الآخر فإنه ينظر إلى الذي هو أكثر، ويجعل القليل تابعاً له إن كان أكثرها، فالثمر للبائع وإن كان الذي لم يؤبر أكثرها فالثمر للمبتاع. قال مالك: كل ثمرة لم تؤبر فهي كذلك، وحد الإبرار في الثمار عقدها، وفي الزرع إدراك الأبصار إياه وعلى ذلك نية بقوله: وفي الثمار عقدها الإبرار. البيت. المتطي: شرح الإبرار هو في النخل تذكيره بعد تلقيحه، وفي سائر الشجر العقد وثبوت ما يثبت منه بعد سقوط ما يسقط، ونبات الزرع هو كإبرار النخل في الحكم، هذا هو المشهور في المذهب وبه القضاء. وقال ابن هشام في مفيدة: وإبرار الزرع هو خروجه من الأرض، وإبرار النخل التذكير، وإبرار العنب والتمر العقد. قوله: كذا قلب الأرض للمبتاع. لما ذكر أن الثمار غير المأبورة يتناولها عقد البيع استطراد قلب الأرض وذكر أن عقد البيع يتناولها أيضاً. قال الشارح في طرر ابن عات: وإن كان في المبيع أرض مقلوبة فالقلب للمبتاع وإن لم يشترطه المبتاع قاله حديس وغيره وبه الفتوى صح من وثائق ابن مغيث. قال الشارح: ألم الشيخ رحمه الله تعالى في هذه الأبيات بما يتناوله مسمى الشيء المبيع وما يندرج في مسماه ولا يخلو من ثلاثة أقسام. الأول: أن يكون ذلك الشيء مندرجاً في المبيع اندراجاً حسيماً أو معنوياً بحيث يتعذر انفصاله منه أو يبعد كالزرع غير المأبور مع الأرض وقلبيها وكالشجر معاً والثمار غير المأبورة مع الشجر، ثم قال: فهذا القسم مما يدخل بنفس البيع فيكون للمبتاع من غير شرط، انتهى محل الحاجة

منه، فانظر كيف جعل القلب ممّا يتناوله عقد البيع، والمسائل التي ينظر فيها هل يتناولها عقد البيع أو لا هي ما يمكن انفكاكه وانفصاله عن البيع إما في الحال كالسلم المسمى أو في المآل كالزرع والثمار وغير المأبورين فإنهما بعد الإبرار يريد البائع أن يكونا له، وأن عقد البيع لا يتناولهما معاً ويريد المشتري أخذهما لنفسه لدخولهما في مسمى البيع، فيحتاج إلى بيان ما يتناوله عقد البيع وما لا، وأما قلب الأرض إن عنوا به حرثها كما هو ظاهر كلامهم فهو للمشتري على كل حال لأنه ممّا لا يمكن انفصاله حالاً ومآلاً حتى يمكن أن يدعي البائع أنه لم يتناوله البيع فبقي، وإنما هو بمثابة من بنى في داره أو صلح فيها ثم باعها أقبيل منه أن ذلك الإصلاح باق على ملكه لم يتناوله البيع، على أن البناء يمكن قلعه وأخذ أنقاضه ولا كذلك القلب، هذا ممّا أشكل علي ولم أفهم عدّه من الأمور التي يمكن أن يتناولها عقد البيع وأن لا، اللهم إلا أن يريدوا بالقلب البئر، فلا شك أن من اشترى أرضاً وفيها بئر فإنه يمكن للبائع أن يقول لم يتناولها عقد البيع فأخبر أنها للمشتري وأن عقد البيع يتناولها كتناول الأرض للأشجار وهذا ظاهر، وربما رشحه التعبير بالقلب دون القلب والله أعلم. تنبيه: جميع ما اشتملت عليه الآيات الست هو من زيادة هذا النظم على المختصر ما عدا كون الثمار المأبورة للبائع وغير المأبورة للمشتري.

والماء إن كان يزيد ويقل فبيعه لجهله ليس يحل

قال الشارح: إن كان الماء يزيد أحياناً وينقص أحياناً بحيث لا يأخذه الضبط فلا يحل بيعه للجهل به. ففي المتيطة: وإن كان هذا الشرب يقل ماؤه مرة ويكثر أخرى ولا يوقف على الحقيقة منه لم يجز بيعه لأنه مجهول وبيع المجهول غرر لا يجوز، قال: وأخذ هذا القول على إطلاقه ممّا يشكل معه بيع شروب مواضع سماها قال: لأنها تقل في السنين الجذبة وتكثر في السنين المطرة. (والظاهر) جواز المعاوضة فيها لارتباطها بما أجرى الله من العادة فيها، فالمتعاقدان يعلمان ذلك ويدخلان عليه (فهو كالغرر) المغتفر

(ص):

(والماء إن كان يزيد ويقل فبيعه لجهله ليس يحل)

قوله: (والظاهر الخ) هذا الظاهر متعين فإن المياه تزيد وتنقص بكثرة الأمطار وقلتها بالمشاهدة في غالب المياه أو في كلها، والضرورات تبيح المحظورات، والناس مضطرون لشراء الأشراب غاية، وقد يتنا هذه القاعدة وأيدناها بكلام الناس غاية عند قول المختصر في الزراعة أو لأحدهما الجميع إلا العمل وكان هذا من باب ما تساوى فيه علم البائع والمشتري وقد أجازوا الصلح على ما جهله المتصلحان مع أن الصلح بيع، وقد ذكرنا ذلك في كتاب الصلح، وهذا قريب من مسألة قول المتن: وما لا يطلع عليه إلا بتغير، وقد ذكروا أن ما لا يقدر على رفعه من الغرر لا يفسد به العقد عند قول المختصر أو بألف وإن كانت له زوجة فألفان، إلى آخر تلك المسائل في كتاب الصداق، ولا سبيل لمعرفة نقص المياه أو زيادتها. وقوله: (فهو كالغرر الخ)

في بيع الأصول، وقد لا تكون لها غلة في بعض السنين والأولى حمل البيت، وما استظهر به عليه من النقل على ما جهل المتعاقدان معاقبته وكثرته وتكون من التلون بحيث لا يأخذها الضبط، ثم استطرد الكلام على جواز بيع الماء لمن يملكه قال: (وأما من يملك منفعته فقط) فلا يجوز له بيعه بل يسقي به فإن استغنى عنه تركه لغيره، وهذه المسألة مما يندرج في قول المختصر: وجهل بمشؤون والله أعلم.

وَشَرَطُ إِنْقَاءِ الْمَبِيعِ فِي الثَّمَنِ رَهْنًا سِوَى الْأَصُولِ بِالْمَنْعِ اقْتَرَنَ
وَقِيلَ بِالْجَوَازِ مَهْمَا اتَّفَقَا فِي وَضْعِهِ عِنْدَ أَمِينٍ مُطْلَقًا

يعني أنه يمتنع أن يشترط البائع على المشتري أن يبقى المبيع تحت يد البائع أو تحت يد أمين رهناً في الثمن إلا في الأصول فإن ذلك جائز فيها، وإلى هذا أشار بالبيت الأول، وقيل: إنما يمتنع ذلك إذا كان على أن يبقى ذلك المبيع تحت يد البائع، وأما إن وضعه تحت يد أمين فإن ذلك جائز مطلقاً أي في الأصول وغيرها، وإلى هذا أشار بالبيت الثاني، على أنه لا يحتاج إلى هذا الإطلاق لأن الكلام في غير الأصول، وقد تلخص من البيتين أن اشتراط بقاء المبيع تحت يد بائعه رهناً في الثمن، إن كان في الأصول فهو جائز، وإن كان في غيرها فقولان: المنع وظاهره الإطلاق كان تحت يد البائع أو الأمين والجواز عند أمين، وظاهر النقول الآتية أن القول بالمنع محله إذا بقي المبيع تحت يد بائعه، وأما إن وضعه عند أمين فليس إلا الجواز، فليس إذن إلا قول واحد بالتفصيل الجواز إن وضع بيد أمين والمنع إن وضع عند البائع. قال ابن حارث في أصول الفتيا: وإذا اشترت شيئاً من الأشياء بثمن إلى أجل لم يجز أن يشترط البائع حبسه إلى أجل إلا أن يكون مما يجوز أن يشتري على ألا يقبض إلا إلى ذلك الأجل، مثل الدار والأرض يشترط البائع سكنها إلى أجل فذلك جائز لأنها مأمونة، وإن اشترط البائع أن يكون على يد عدل جاز ذلك. وفي ابن سلمون: وكذلك لا يجوز للبائع أن يشترط على المشتري أن تبقى الدابة بيده رهناً في الثمن إلى أجله، وكذلك سائر الحيوان والعروض والبيع على ذلك مفسوخ. وروى ذلك ابن وهب عن مالك في الحيوان، وقال ابن القاسم: في العروض. قال ابن رشد: وذلك جائز في الأصول كلها لأنه يجوز أن تباع

فيه نظر لأن المشتري هو الأصول نفسها، وإن كان المقصود منها هو ثمرها، ولا كذلك الماء نفسه هو المشتري والنقص والزيادة فيه نفسه فافهم فإن ابن عرفة كثيراً ما يفرق بهذا. وقوله: (وأما من يملك منفعته فقط) انظره عند قول المتن في الموات: ولذي مأجل وبئر الخ. وقال ابن يونس ما نصه: وقد أذن الله سبحانه في نكاح التفويض بقوله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء﴾ [البقرة: ٢٣٦] الآية. ولا يجوز في البيع مثل هذا، وهبة الشواب مقيسة على القراض، نعم الجهل يغتفر في البيع حيث يتعذر العلم أو يعسر الخ. وهذا منه بلفظه من ديوانه، وهذا دليل واضح لما نرومه، إذ معرفة ما نحن فيه متعذرة بالإنصاف لا بالاعتساف.

(ص): وشرط إبقاء المبيع في الثمن إلى آخر البيتين. حاصل ما في هذا أن شرط بقاء الأصول جائز مطلقاً كان البقاء بيد البائع أو الأمين، وأما غير الأصول فيجوز شرط بقائها عند أمين

على أن تقبض إلى أجل، فإن وضعت هذه الأشياء التي لا يجوز ارتهاؤها عند بائعها على يدي عدل كان ذلك جائزاً اهـ. عن نقل الشارح (وانظر) ما ذكر هنا مع ما تقدم في آخر الكلام على الشروط في البيع من جواز مثل هذا.

وَجَائِزٌ فِي الدَّارِ أَنْ يُسْتَثْنَى سَكْنَى بِهَا كَسَنَةٌ أَوْ أُذْنَى

يعني أنه يجوز لبائع الدار أن يستثني سكنها سنة فما دونها. قال في المقرب: قال مالك: من اشترى داراً على أن للبايع سكنها الأشهر والسنة فلا بأس بذلك. قال ابن القاسم: وكره ما تباعد من ذلك. (وفي المتطية): ولا يجوز أكثر من العام لما يخاف من تغييرها فيدخل الغرر على المبتاع إذ لا يدري حالها عند رجوعها إليه هذا قول ابن القاسم وروايته اهـ. وفي مختصر الشيخ خليل عاطفاً على الحائزات: وبيع دار لتقبض بعد عام. وفي المواق: وفي تحديد المدة بسنة أو لا ستة أقوال. فرع: يجوز استثناء السنة فما دون ولو كان الثمن مؤجلاً نقله المواق عن سماع يحيى بن القاسم أي لأن المبيع معين لا تحمله الذمة فليس فيه تعميم الذمتين.

وَمُشْتَرِي الأَصْلِ شِرَاؤُهُ الثَّمَرِ قَبْلَ الصَّلَاحِ جَائِزٌ فِيمَا اشْتَهَرَ
وَالرُّزْعَ فِي ذَلِكَ مِثْلُ الشَّجَرِ وَلَا رُجُوعَ إِنْ تُصِبَ لِلْمُشْتَرِي

فقط. قوله: (وانظر الخ) الذي تقدم ما يدل عليه من كلام الناظم في الشروط جواز الرهن والأجل فقط، وأما ما هنا ففيه زيادة على ما ذكر، وما نظمه الناظم من المنع في بقاء غير الأصول بيد البائع فإن ذلك مقيد بأن تتغير السلعة لمثل ذلك الأجل، وإلا فلا منع إذ لا غرر في ذلك كما قاله الباجي، ولا إشكال إن كان في حبسها منفعة له كلبس الثوب في هذه المدة القليلة، انظر المسألة عند قول المتن: إلا المحبوسة للثمن في كتاب الخيار. وعند قوله: وبيعها واستثناء ركوبها الخ في كتاب الإجارة. وعند قوله: وقبضه على المشتري في بيع الغائب.

(ص):

(وجائز في الدار أن يستثنى سكنى بها كسنة أو أذنى)

قوله: (وفي المتطية الخ) ظاهر كلام الناس أنه لا يجوز أكثر من سنة، ولذلك قال في المختصر صدر الإجارة وبيع دار ليقبض بعد عام أو أرض لعشر، وما ذكره في الدار هو نص المدونة، وما ذكره في الأرض هو قول ابن القاسم: لكن في التوضيح بعد كلام ما محصله هذا خلاف في حال فإن كانت تلك الذات لا تتغير في تلك المدة جاز استثناء منفعتها فيها وإلا فلا الخ. وهو مأخوذ من المدونة، وظاهر المتن في المسألتين ولو مع النقد أي شرطه وهو كذلك، ولكن انظر الشرح وفي معين الحكام في الدار العام ونحوه، وإنما ذكر خليل هذا في الإجارة بناء على أن المستثنى مشتري وبه يسقط اعتراض الشراح عليه، وقد أشار أبو الحسن في شرح المدونة لهذا مجيباً عن ذكر المدونة مثل هذا في كتاب الإجارة.

(ص): ومشتري الأصل شراؤه الثمر. إلى آخر البيتين. هذا قال فيه في المختصر: وصح بيع ثمر ونحوه بدا صلاحه إن لم يستتر وقبله مع أصله أو ألحق به أو على قطعه إن نفع واضطر ولم يتمالأ عليه لا

تقدم في قوله: وأبر من زرع أو من شجر لبائع أن من اشترى أشجاراً فيها ثمار مابورة أو اشترى أرضاً فيها زرع قد نبت فإن الثمرة والزرع للبائع، وذكر هنا أنه يجوز لمشتري الشجر والأرض أن يشتري تلك الثمار وذلك الزرع وإن لم يبد صلاحهما، سواء اشترى الشجر أو الثمر أو الأرض والزرع في صفقة واحدة أو في صفقتين الأشجار ثم الثمار. والصورة الثانية هي ظاهر قصد الناظم والأولى أولى بالجواز. قال في الوثائق المجموعة: لا بأس أن يشتري الرجل الأرض في صفقة ثم يشتري الزرع بعد ذلك في صفقة أخرى. وفي طرر ابن عات: وحكم شراء الزرع بعد الأرض حكم شراء الثمرة بعد الأصل تدخل فيه الأقوال الثلاثة، ذكره ابن رشد اه. من الشارح. والأقوال الثلاثة الجواز والمنع والجواز إذا كان الشراء بحدثان العقد. وفي التوضيح: وحد القرب في ذلك عشرون يوماً اه. واقتصر الناظم على الجواز مطلقاً بعد الشراء من العقد أو قرب لأنه المشهور. ويفهم من قوله فيما اشتهر أن ثم مقابلاً للمشهور وهو كذلك كما تقدم، وأشار بقوله: ولا رجوع إن تصب للمشتري. لقول المتيطي (فإن أجيحت) الثمرة المشترطة في أصل البيع أو الملحقة بذلك قبل بدو الصلاح أو بعده فلا قيام للمبتاع بها كانت الجائحة أقل من ثلثها أو أتت على جميعها اه. وتصب معناه تجاح وللمشتري خبر ولا ونائب تصب يعود على الثمرة وفي معناها الزرع، وجواب الشرط محذوف لدلالة ما تقدم عليه.

وَبَيْعُ مَلِكٍ غَابَ جَازًا بِالصُّفَةِ أَوْ رُؤْيَا تَقَدَّمَتْ أَوْ مَغْرَبَةً
وَجَازُ شَرْطُ النَّقْدِ فِي الْمَشْهُورِ وَمُشْتَرٍ يَضْمَنُ لِلْجُمْهُورِ

الملك بضم الميم وكسرهما الشيء المملوك إلا أنه لا يستعمل بالضم إلا في مواضع

على التبقية والإطلاق. فقوله: وقبله أي قبل بدو الصلاح. وقوله: مع أصله أي اشترى الأصل وثمره الذي لم يبد صلاحه. وقوله: أو ألحق به مثل أن يشتري الأصل وفيه ثمر مؤبر لم يشترطه وبقي للبائع ثم اشترى الثمر بعد ذلك قبل أن يبدو صلاحه، وظاهره قرب الشراء للثمر من شراء الأصول أولاً وهو كذلك وهو المشهور وبه القضاء، ووجه هذا أن اللاحق للعقد يقدر أنه وقع فيه ولذلك قال في المفيد: كل ما يجوز للإنسان أن يعقد عليه بيعه ويضمنه معه في عقد البيع يجوز له أن يبيعه بعد ذلك، هكذا فسر لي أصيغ اه. ومسألة الزرع هي بينة من هذا الشارح ومن ابن الناظم. وقوله: (فإن أجيحت الخ) هذا هو قول المختصر في فصل الجائحة عاطفاً على ما فيه الجائحة ما نصه: وأفردت أو ألحق أصلها لا عكسه.

(ص): وبيع ملك غاب جاز بالصفة. إلى آخر البيتين. بيع الغائب فيه كلام طويل وتقسيمات وتقييدات، وما ذكر هنا لا يفي بذلك، وقد استوفيناها في الشرح والحمد لله وقد قلنا فيما لخصناه من ذلك ما نصه:

وبيع غائب على خيار	برؤية أجز على المختار
بلا تقييد ولكن مطلقاً	يفسده النقد على ما حققا
كبيعه بنظر قد سبقا	ولو بحضرة ونقد مطلقاً
وبيعه بوصفه وقد لزم	بيانه وشرطه فيما علم

الكثرة وسعة السلطان، يقال: لفلان ملك عظيم أي مملوك كثير قاله أبو البقاء في المعرب، ويقرأ في البيت بالكسر والمراد به الأصل كالدار وغيرها، وغيبة المبيع إما أن تكون عن مجلس العقد وحاضر بالبلد، وإما أن يكون غائباً عن البلد، وهذا إما أن تكون غيبته بعيدة أو قريبة أو متوسطة، فغائب المجالس حاضر البلد فيه قولان: مذهب المدونة جواز بيعه على الصفة ذكر ذلك فيها في خمسة مواضع، ومذهب مالك في كتاب ابن المواز عدم جوازه لأنه عدول عن المعاينة إلى الخبر لغير ضرورة، وقصر بعضهم الأول فقال: إن الضرورة قد تدعوه إلى مبادرة العقد خوف أن يبدو للآخر شيء والغائب البعيد جداً كإفريقية من خراسان لا يجوز بيعه، ويجوز بيع القريب على المشهور كالذي على مسافة يوم خلافاً لرواية ابن شعبان ويجوز بيع المتوسط اتفاقاً اهـ. من شرح القلشاني على الرسالة. ومعنى البيتين أنه يجوز بيع الأصل الغائب على الصفة أو برؤية متقدمة أو معرفة، ويجوز فيه اشتراط النقد على المشهور وضمانه من المشتري بنفس العقد.

تنبيه: علم مما تقدم أن قول الناظم غاب شامل للغائب عن مجلس العقد، وللغائب بغير البلد غيبة قريبة أو متوسطة. وفهم من قوله بالصفة إنه إنما يجوز بيع الغائب إذا ضبط بالصفة الحاضرة ويوصف بما تختلف الأغراض به لأنه المعتبر في السلم المقيس هذا عليه قاله الباجي، ولا فرق بين أن يصفه بئنه أو غيره. المواق عن ابن راشد وقول ابن العطار قيل إن بيع الغائب لا يجوز بصفة البائع غير صحيح إنما لا يجوز النقد فيه بصفة البائع رباعاً كان أو غيره اهـ. وإنما يفتر للصفة إذا كان البيع على البت، ويجوز بيع الغائب دون تقدم رؤية ولا ذكر صفة إذا كان على خيار المشتري عند رؤيته، هذا مذهب المدونة، وقد تلخص من هذا أن بيع الغائب إن كان على البت واللزوم فلا بد من الوصف أو تقدم معرفة أو رؤية، وعلى هذين الوجهين^(١) تكلم الناظم وإن كان على خيار المشتري بعد

في دفتر غلا على من ألفا
ضمانه من بائع فيما شهر
في ربعنا وغيره فيما علم
وغير ذي توفية قلتعلما
فمطلقاً يجوز فافهم واسمع
من غير بائع ما قد عرف
في شرطنا النقد هداك الباري

ومشتر يضمن رباعاً وصفا
بلا تقييد وغير ما ذكر
في كل حالة وشرطه لزم
جميع ذا في غير قسم قدما
والنقد في الأخير بالتطوع
كشرطه في ربعنا وقد وصف
والعرض إن قرب كالعقار

(١) قوله: «وعلى هذين الوجهين الخ» انظر ما مراده بالوجهين مع أنه لم يذكر إلا وجه البيع على البت واللزوم، فلو أخره بعد قوله: «وإن كان على خيار المشتري الخ لكان له وجه، ويكون الشق الثاني مأخوذاً من المصنف بطريق المفهوم، وأما قوله بعد فهو على ثلاثة أوجه فالظاهر أنه لا حاجة إليه فلعل المناسب حذفه فتأمل، ا.هـ. مصححه.

الرؤية فلا يشترط وصف ولا رؤية فهو على ثلاثة أوجه، وهكذا في المدونة انظر القلشاني. وقد أصلح بعضهم قول الشيخ خليل: وغائب ولو بلا وصف الخ بقوله: وغائب على خيار رؤية ولو بلا وصف ورؤية كعلى اللزوم برؤية لا يتغير بعدها غالباً أو وصف ولو من بائعه ولم يبعد كخراسان من افريقية ولم تمكن رؤيته بلا مشقة ولو على يوم، وعطف المعرفة على الرؤية في البيت من عطف عام على خاص، وكأنه عنى بالرؤية مرة أو مرتين مثلاً، وبالمعرفة ما هو أكثر من ذلك، وإنما جاز اشتراط النقد في بيع العقار الغائب على المشهور لغلبة السلامة. ابن الحاجب: والنقد في الغائب بغير شرط جائز، فإن شرط في العقار وشبهه جاز وإن بعد خلافاً لأشهب. التوضيح: ونقل الباجي عن أشهب منع اشتراط النقد مع البعد، وإنما يجوز اشتراط النقد على المذهب إذا لم يشترها على صفة صاحبها، كذا روى أشهب عن مالك ثم قال: وهذا الخلاف إنما هو إذا بيع العقار جزافاً، وأما إذا بيع مذارعة فلا يصح النقد فيه وضمانه من بائعه اهـ. فمقابل المشهور في اشتراط النقد هو لأشهب في البعيد، وأما كون ضمان العقار من المشتري فقال في التوضيح، الذي حكاه الناس أن مالكا إنما قال أولاً الضمان من المشتري إلا أن يشترطه على البائع، ثم رجع إلى العكس أنه من البائع إلا أن يشترطه من المشتري وهو الذي في المدونة، ثم هل القولان في الرباع أو الرباع من المشتري اتفاقاً طريقان اهـ. وفي المواق عن المدونة: لم يختلف قول مالك في الربيع والدور والأرضين والعقار ان ضمانها

وشرط نقد لا يجوز مطلقاً في مشتري بنحو كيل علقا

وحاصل ما نظمناه أن القسم الأول يجوز بالشرط إلا أن النقد يفسده ولو بلا شرط ولا ضمان على المشتري فيه مطلقاً، وهذا القسم هو الشراء على أنه فيه بالخيار بعد رؤيته، والقسم الثاني وهو ما تقدمت رؤيته واشترى عليها مع القسم الثالث وهو الشراء على الوصف باللزوم عكس القسم الأول إذ هو لا وصف فيه ولا لزوم، والضمان فيهما من المشتري بشرط أن لا يكون في المبيع حق توفية من ذرع أو غيره، ولا فرق بين أن يكون قريباً أو لا نقد فيه أو لا، وغير العقار ضمانه من بائعه مطلقاً كان فيه حق توفية أو لا، وصفة غير بائعه أو لا، وقع فيه نقد بشرط أو غيره أو لم يقع فيه نقد، والنقد من غير شرط في هذين القسمين جائز مطلقاً، وبشرط يجوز في العقار، وتابعه بشرط أن يصفه غير بائعه، وأن لا يكون فيه حق توفية في غير العقار وتابعه إن قرب ولا توفية فيه ووصفه غير بائعه فالتقد فيه بشرط جائز أيضاً. وقلنا: وبشرط الخ أشار به إلى أن الضمان ممن اشترط عليه اشترطه المشتري على البائع في العقار أو البائع في غيره على المشتري، هذا كلام من اطلعنا عليه من فحول المذهب ضمانه في هذه الأبيات بعد تعب كثير واجتهاد غير يسير. وقلنا فيما علم إشارة لقوله في المختصر: أو على يوم الخ لأن صاحب المختصر ذكر القسم الأول بقوله: وغائب ولو بلا وصف على خياره بالرؤية، وأشار للثاني بقوله: وبرؤية لا يتغير بعدها، وأشار للثالث وهو البيع على اللزوم بالصفة بقوله: أو على يوم إلى آخر كلام المختصر في بيع الغائب، وكان قوله: أو على يوم أي والبيع على اللزوم بدليل قوله قبيله على خياره بالرؤية، والشروط المذكورة في المختصر هي في البيع على اللزوم، ولكن بيننا بعضها في النظم زيادة في البيان، ولكن لا بدّ لا بدّ من الوقوف على الشرح ففيه كلام كثير مفيد غاية إن شاء الله تعالى،

من المبتاع من يوم العقد وإن بعدت اهـ.

والأجنبي جائز منه الشرا ملتزم العهدة فيما يشتري

من اشترى شيئاً فوجد به عيباً أو استحق من يده فإنه يرجع على الذي باع له، سواء كان ذلك البائع هو المالك الشيء المبيع ولا إشكال، أو كان نائباً ووكيلاً عن مالكة، وإنما تكون عهده على الوكيل إذا لم يعلم بذلك المشتري، فإن علم المشتري بعد الشراء أن متولي البيع نائب عن غيره فإنه يخير بين إمضاء البيع وتكون عهده على المالك ورده لأن من حجته أن يقول: إنما رضيت أن تكون عهدي عليك يا متولي البيع لملائك ولا أرضى أن تكون على المنوب عنه لعسره وقلة ذات يده، ومحل هذا التخيير إذا لم يرض هذا الوكيل بكون العهدة عليه، فإن التزم كونها عليه فلا حجة للمشتري لأنه على ذلك دخل وهذا مقصود الناظم والله أعلم. فالمراد بالأجنبي في البيت وكيل المالك للشيء المبيع النائب هو عنه فهو بائع، وسماه أجنبياً لكونه غير مالك للشيء المبيع، يعني أنه يجوز للإنسان أن يشتري الشيء من النائب عن مالك ذلك الشيء، وعنه عبر بالأجنبي يعني وتكون عهدة العيب والاستحقاق على ذلك الأجنبي إذا لم يعلم المشتري بكونه وكيلاً واعتقد أنه المالك للشيء المبيع، فإن علم المشتري بذلك بعد انعقاد البيع فله الخيار في رد البيع ولا إشكال في إمضائه وتكون العهدة على المالك لا على الأجنبي، (ومحل هذا التخيير) إذا لم يلتزم الوكيل العهدة، فإن التزمها فيلزم البيع ولا كلام للمشتري لأنه على ذلك دخل كما تقدم، وهذا مراد الناظم والله أعلم، فالأجنبي في البيت مبتدأ وجائز خبره، ولو قال لازم لكان أبين، والشراء فاعل لجائز، ومنه يتعلق بالشراء وضميره للأجنبي، وملتزم حال من الضمير المجرور بمن. قال في التوضيح آخر الكلام على الرد بالعيب في شرح قول ابن الحاجب: وإذا صرح الوكيل أو علم فالعهدة على الموكل ما نصه: فرع فإن علم المبتاع بعد البيع أن المبيع لغير المتولي فخيره مالك في الرد أو التماسك على أن عهده على الأمر إلا أن يرضى الرسول أن يكتبها على نفسه فلا حجة للمشتري. ابن المواز: وكذلك إذا ثبت أنه لغيره اهـ. وإنما قيد ابن المواز المسألة

وكلام هذا الشارح هنا حسن، ولكن ما خالف ما نظمناه فلا تتبعه فيه والله المعين.

(ص):

(والأجنبي جائز منه الشرا ملتزم العهدة فيما يشتري)

قوله: (ومحل هذا التخيير الخ) قال في المختصر في كتاب الوكالات: وطولب بثمان ما لم يصرح بالبراءة كبعثني فلان لتبيعه لا لأشترى منك وبالعهد ما لم يعلم. فقوله: وبالعهد ما لم يعلم أي ما لم يعلم المشتري أن البائع وكيل كان علمه من قول الوكيل أو علم ذلك من غيره، والعلم تحقيقاً أو مظنة كما في النخاس لأنه يعلمه مظنة وهذا في غير المفوض إليه، وأما هو فهو بمنزلة الموكل بالكسر عليه العهدة، انظر دليلاً في الشرح والبائعين على غيرهم هنا ففي ذلك الشفاء إن شاء الله تعالى، وانظره في معنى العهدة هنا وفي تفصيل ضمان الأوصياء العهدة ومن شابههم.

بشوت كون المبيع لغير البائع لكونه إذا لم يثبت ذلك يتهم البائع أن يكون هو المالك للمبيع لكن حصل له ندم فادعى أن الشيء لغيره لعل المشتري لا يرضى ويفسخ البيع، ووجد الشارع في معنى البيت وجهين بسبب احتمال لفظ الشراء لمعناه المتبادر عرفاً ولكونه بمعنى باع على حد: ﴿وشروه بثمن بخس﴾ [يوسف: ٢٠] أي باعوه، والأجنبي مشتري على الاحتمالين عنده لا بائع كما قررنا، والمعنى على ما قال إنه يجوز للإنسان أن ينوب عن غيره في الشراء ويلتزم له عهدة العيب والاستحقاق، وأنه إن حصل أحدهما غرم للمشتري الثمن ولم يدع ذلك بنقل فتطلب نصه والله أعلم.

فَصْلٌ فِي بَيْعِ الْعُرُوضِ مِنَ الثِّيَابِ وَسَائِرِ السَّلْعِ

بَيْعُ الْعُرُوضِ بِالْعُرُوضِ إِنْ قُصِدَ تَعَارُضٌ وَحُكْمُهُ بِنَفْسِهِ يَرِدُ (العرض): في اصطلاح الفقهاء هو ما عدا العين والطعام من الأشياء كلها، وأخير الناظم في البيت أن بيع العروض بالعروض ويسمى في اصطلاح الفقهاء معاوضة، وفي حكمه تفصيل يأتي في الأبيات بعد هذا تليه، فبيع العروض مبتدأ ومضاف إليه، وبالعروض يتعلق ببيع، ونائب قصد يعود على بيع وتعاوض وخبر مبتدأ مضمرة أي هو تعاوض، والجملة جواب الشرط الذي هو إن قصد، والشرط وجوابه خبر بيع والله أعلم. ويأتي للناظم إن شاء الله تعالى بعد باب القسمة بعض مسائل من باب المعاوضة.

فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ كَيْفَ انْعَقَدَ
وَأَنَّ يَكُنْ مَبِيعُهَا يَدًا بِيدٍ
أَجْنَاسُهُ فَمَا تَفَاضَلُ أَنْفُ
وَأَنَّ يَكُنْ مُؤَجَّلًا وَتَخْتَلِفُ
مُتَنَبِّعٌ فِيهِ تَفَاضُلٌ فَقَدْ
وَالْجِنْسُ مِنْ ذَلِكَ بِجِنْسٍ لِلْأَمَدِ
وَمَا لِبَيْعٍ قَبْلَ قَبْضٍ مَانِعٌ
إِلَّا إِذَا تَخْتَلَفَ الْمَنَافِعُ
عَلَى الْحُلُولِ وَإِلَى الْأَجَالِ
وَيَبِيعُ كُلَّ جَائِزٍ بِالْمَالِ

أشار بالأبيات الثلاثة الأولى وشرط الرابع أن بيع العرض بالعرض يتصور فيه ثمانية أوجه، لأنه إما أن يباع العرضان يدًا بيد أو يتأخر أحدهما فهاتان صورتان وفي كل منهما

فصل في بيع العروض من الثياب وسائر السلع

بيع العروض بالعروض إن قصد إلى آخر الأبيات الستة. قوله: (العرض النخ) هذا بعض الاصطلاح، وتارة يطلقون العروض حتى على الطعام، ومن تتبع كلام الناس عرف هذا، وحاصلها إن كان البيع يدًا بيد جاز البيع مطلقاً اتحد الجنس أو لا، وقع تفاضل أو لا، وإن تأخر أحدهما واختلف الجنس فالجواز مطلقاً أيضاً وقع تفاضل أو لا، وإن لم يختلف فالمنع مع التفاضل بالعدد لا مع التماثل، واختلاف المنافع كاختلاف الجنس بلا فرق، ومن أراد تحرير هذه المسائل فليُنظر عند قول المختصر: ولا شيئاً في أكثر إلى آخر تلك المسائل الصعاب في كتاب السلم، ولا يمكننا الاختصار لذلك لطول الكلام في ذلك، واختلاف الناس في ذلك غاية.

إما أن يباع أحدهما بالآخر متماثلاً أو متفاضلاً فهذه أربعة أوجه، وفي كل من الأربعة إما أن يباع بجنسه أو بغير جنسه، ومعنى التفاضل في الجنسين المختلفين أن يباع واحد باثنين مثلاً كثنوين بفرس فأشار بالبيت الأول إلى أربعة منها فأخبر أنه إذا بيع العرض بالعرض يبدأ بيد فإن ذلك جائز مطلقاً سواء بيع الجنس بجنسه متماثلاً أو متفاضلاً فهاتان صورتان، أو بيع الجنس بغير جنسه متماثلاً أي واحداً بواحد أو متفاضلاً أي واحداً باثنين مثلاً فهاتان صورتان أخريان، وإلى هذا الإطلاق أشار بقوله: كيف انعقد، وأشار بقوله: وإن يكن مؤجلاً البيت إلى مفهوم قوله: يبدأ بيد، وأخبر أنه إذا تأخر أحد العرضين واختلف الجنس فلا يمنع التفاضل، وأحرى في الجواز صورة التماثل، والمسألة بحالها من اختلاف الجنسين إذ لا موجب للمنع في ذلك فهاتان صورتان، ثم أشار إلى مفهوم قوله: يبدأ بيد، وإلى مفهوم قوله: وتختلف أجناسه بقوله: والجنس من ذاك بجنس لأمد، البيت، فأخبر أن العرض إذا بيع بعرض وهما من جنس واحد وتأخر أحدهما فإنه يمنع فيه التفاضل فقط دون التماثل فلا يمنع، وهاتان صورتان أيضاً وبهما كملت الثمان. ووجه المنع في التفاضل أنه إذا عجل الأقل كان سلفاً جر نفعاً لأن المعجل للعرض القليل مسلف يأخذ عنه أكثر منه، وإن عجل الأكثر كان ضماناً يجعل لأن من دفع كثيراً ثم يأخذ أقل ترك بعض ما دفع في مقابلة بقاء ذلك في ضمان مشتريه إلى أجل، ووجه الجواز في التماثل أنه سلف محض، ولم يجر نفعاً لمسلفه لكونه أخذ مثل ما أعطى قدرأً وجنساً، ثم استثنى من منع التفاضل في الجنس الواحد ما اختلفت منافعه فقال: إلا إذا تختلفت المنافع، أي فإن اختلاف المنافع يصير الجنس الواحد كالجنسين، والجنسان يجوز التفاضل بينهما كما تقدم في قوله: وإن يكن مؤجلاً وتختلف أجناسه البيت، وقد مثلوا لما اختلفت منافعه من الجنس الواحد في باب السلم بالحمار الفاره أي السريع السير يدفع في اثنين ليسا كذلك، وبالفرس الجواد أي السابق (يدفع في اثنين) من حواشي الخيل، وكذلك كبير في صغير وصغير في كبير على الأصح، قاله ابن الحاجب. التوضيح: يحتمل أن يريد الجنس فيصدق على كبير في صغير وعكسه، وعلى كبيرين في صغيرين وعكسه، وعلى كبير في صغيرين وعكسه، وعلى صغيرين في كبيرين وعكسه، ويحتمل أن يريد الواحد ويكون التعدد مأخوذ منه من باب أولى، لأن كل من أجاز مع الواحدة أجاز مع التعدد والأصح ظاهر المدونة اهـ. وقال قبل هذا: وضابط هذا أن اختلاف المنفعة يصير الجنس الواحد جنسين اهـ. وأشار بقوله: وما لبيع قبل قبض مانع إلى أنه يجوز في العروض كلها بيعها قبل قبضها وليست كالطعام الذي لا يجوز بيعه قبل قبضه، وأشار

قوله: (يدفع في اثنين) أي وكذلك في واحدة وكأنه غره، ظاهر قول المختصر كفارة الحمر في الأعرابية كما غرَّ غيره كابن فجلة وغيره مع أن الحق أن اختلاف المنفعة يبيح سلم الجيد في واحد أدنى أو أكثر من واحد من الأدنى، وبيننا ذلك في الشرح بكلام الناس، وإنما قلنا ظاهر المختصر لأن قوله كفارة الخ ظاهر في أن المراد سلم فاره واحد في حمر أعرابية، مع أن قوله يحتمل أن يكون معناه دفع متعدد من الفاره في أعرابية فافهم.

بقوله: وبيع كل جائز بالمال البيت إلى أنه يجوز بيع العروض كلها بالعين من الذهب والفضة وذلك الذي يعني بالمال، وسواء كان ذلك العين حالاً أو مؤجلاً، إذ لا محذور في بيع العرض قبل قبضه ولا في بيعه بالعين حالاً أو إلى أجل والله أعلم.

وَمَنْ يُقَلِّبُ مَا يُفَيْتُ شَكْلَهُ لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا حَيْثُ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ

يعني أن من أخذ (آتية فخار) أو زجاج ليقبها ويتأملها فسقطت من يده من غير تفريط ولا عمد فانكسرت فإنه إن أذن له صاحبها في التقليب لا ضمان عليه فيها وإن أخذها من غير إذن صاحبها ضمنها، فإن وقعت من يده على آتية أخرى فانكسرت السفلى أيضاً فإنه يضمنها لا محالة أذن له في تقليب الأولى أو لم يأذن. فقوله يفيت هو بضم الياء مضارع أفات وفاعله ضمير التقليب، وشكله مفعوله، ومعنى إفاته استهلاكه وإعدامه، ففي سماع سحنون: وسألت ابن القاسم عن الرجل يأتي إلى الزجاج أو القلال أو العطار يستقرض منه قارورة أو قلة أو قدحاً لينظر إلى ذلك فيقع ذلك منه فينكسر وينكسر ما تحته من الزجاج أو القلال قال: لا أرى عليه ضمان ما ناوله ويضمن ما انكسر تحته، قلت: فإن تناول ذلك بغير إذنه فجعل يساومه ولم يناوله صاحب المتاع فيقع منه فينكسر، قال: هو ضامن لما أخذ ولما انكسر أسفله. قال العتبي: رواها عيسى عن ابن القاسم وزاد فيها: وكذلك السيف يتناوله فيهزه فينكسر، أو الدابة يركبها ليستخبرها فتموت تحته، أو الفرس وما أشبه ذلك، أنه إن أخذ ذلك منه كان ضامناً، وإن كان ضامناً بإذنه فلا ضمان عليه، رواها أيضاً أصبغ وزاد فيها: وكذلك قتل الخل يرفعها ليروزها ليعرف قدرها وملاها فتتكسر قال أصبغ: هذا عندي في القوارير والأقداح ما لم يعنف ويأخذه بغير مأخذه مثل أن يعلق القلة الكبيرة بإذنها وغير ذلك من وجوه العنف فيضمن به. قال أصبغ: وإذا رآه وعلم به فلا ضمان عليه اه. على نقل الشارح. فرع: فإن رفع القارورة وصاحبها ساكت ينظر لم يأمره ولم ينهه فانكسرت ففي ضمانه قولان مبنيان على أن السكوت على الشيء إذن فيه فلا ضمان أو ليس إذناً فيضمن. فرع: فإن ادعى رب القارورة حيث أذن له في التقليب أنه تعمد طرحها أو فرط حتى سقطت فعليه اليمين. قال الشارح: وذلك جار على قاعدة التداعي والله أعلم.

(ص):

(ومن يقلب ما يفيت شكله لم يضمن إلا حيث لم يؤذن له)

حاصل ما ذكره هذا الشارح في نقله أنه إن لم يؤذن للمقلب فإنه يضمن المقلب وما سقط عليه، ومع الإذن إنما يضمن ما سقط عليه فقط، وهذا التفصيل في ضمان المقلب إذا أخذه من محل أخذه وإلا ضمنه حتى مع الإذن، والقول قول المقلب في أخذه من محل أخذه وأنه لم يفرط مع يمينه أي حيث أذن له في التقليب، وإن رأى صاحب المتاع من أراد التقليب وسكت ففي ذلك قولان بناء على أن السكوت كالإذن أو لا. ونقل عن أصبغ أنه كالإذن في ذلك وعليه اقتصر ابن الناطم ولم يذكر القولين في ذلك، لكن قال عيسى عن ابن الناطم يضمن، وقد ذكرنا ذلك وأموراً كثيرة من هذا القبيل عند قول المتن صدر الوديعة فضمن بسقوط شيء عليها لا إن انكسرت في نقل مثلها فقف على ذلك إن شئت. وقول هذا

وَالْبَيْعُ جَائِزٌ عَلَى أَنْ يَنْتَقِدَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ إِنْ حُدَّ الْأَمَدُ
يعني أنه يجوز البيع على أن ينتقد البائع الثمن في موضع آخر غير الموضع الذي
وقع فيه البيع إذا جعلاً لذلك أجلاً معلوماً لثلاً يصير البيع إلى أجل مجهول. قال في
التهذيب: ومن باع سلعة بعين على أن يأخذها في بلد آخر فإن سماها البلد ولم يضربها لذلك
أجلاً لم يجز، وإن ضربها لذلك أجلاً جاز سماها البلد أو لم يسميها اهـ. وينتقد بالبناء
للمفعول ونائبه يعود على الثمن المدلول عليه بالبيع.

وَيَبِيعُ مَا يُجْهَلُ ذَاتاً بِالرُّضَا بِالثَّمَنِ الْبَخْسِ أَوْ الْعَالِي مَضَى
وَمَا يَبَاعُ أَنَّهُ يَاقُوتَةٌ أَوْ أَنَّهُ زُجَاجَةٌ مَنْحُوتَةٌ
وَيَظْهَرُ الْعَكْسُ بِكُلِّ مِنْهُمَا جَازَ بِهِ قِيَامٌ مَنْ تَظَلَّمَ
يعني أن يبيع الشيء الذي يجهل المتبايعان أو أحدهما ذاته وحقيقته ماض لا يرد،
سواء يبيع بثمان بخس أو بثمان غال، ولكن هذا إذا سمى المبيع باسمه كقوله: من يشتري
مني هذا الحجر فباعه بثمان يسير فظهر أنه ياقوتة فالبيع لازم، إذ لو شاء ثبت قبل البيع
لأن الياقوت يسمى حجراً، وسواء علم المبتاع حين اشترى أنه ياقوت أو لم يعلم.
(وكذلك لو ظن) المبتاع أنه ياقوت فرجع في ثمنه فأخطأ ظنه فلا رد له، وإلى هذا الوجه

الشارح: (آية فخار) صوابه إناء فخار لأن لفظة آية جمع لإناء كخباء وأخبية، وكلامه يوهم أنه مفرد
وليس كذلك ولكن هو تابع لغيره كقول المختصر: ويسر كآية وضوء الخ ولكن هذا سهل.
(ص):

(وَالْبَيْعُ جَائِزٌ عَلَى أَنْ يَنْتَقِدَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ إِنْ حُدَّ الْأَمَدُ)
تقريره بكلام المدونة ظاهر وذلك في الثمن العين، ولكن انظر صدر الإجارة عند قول المختصر:
وحمل طعام لبلد بنصفه إلا أن يقبضه الآن وهذا ما لم تكن الدراهم معينة، قال في التوضيح حين تكلم
على أن الصداق في النكاح كالثمن في البيع ما نصه: ولذلك قال ابن القاسم فيمن تزوج امرأة أو اشترى
سلعة بدراهم غائبة لا خير في ذلك إلا أن يشترط أن عليه بدلها إن تلفت، ولو حضرت الدراهم ونقدتها
إياها جاز النكاح والبيع الخ. وانظر عند قول المختصر في الإجارة أن شرطاً للخلف كغنم عينت.

(ص): وبيع ما يجهل ذاتاً بالرضا إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (وكذلك لو ظن الخ) عبارة
المتيطي: ومن باع سلعة بثمان بخس لجهله بها أو بقيمتها مثل أن يبيع حجراً بدرهمين فإذا هو ياقوت فإن
ذلك يلزمه عند مالك، قال: ولو شاء لاستبرأ لنفسه قبل البيع، قال ابن حبيب: وكذا لو ظن المبتاع أنه
ياقوت فرجع ثمنه فلم يجده ياقوتاً فذلك لازم له، وأما إن قال البائع من يشتري هذه الزجاجة فباعها على
ذلك فإذا هي ياقوت فله نقض البيع جهله المبتاع أو علمه، كما لو سمي ياقوتاً فألقى زجاجاً فللمبتاع
رده. وأما إذا سكت أو قال حجراً أو لم يبين فلا كلام له الخ. وهذا منه بلفظه، فزاد مسألة السكوت
ولذلك نقلناه. وقال ابن عرفة تبعاً لابن رشد ما نصه: واختلف أن ألغز أحدهما لصاحبه في التسمية ولم
يصرح فقال ابن حبيب: يوجب الرد كالصريح وحكي أن شريحاً الخ والشيخ خليل قال: إن سمي

فصل في بَيْعِ الطَّعَامِ

أشار بالبیت الأول. وأما إذا سَمِيَ بغير اسمه فإن لمن تظلم القيام في ذلك كما لو قال البائع: من يشتري مني هذه الزجاجة فباعها ثم ظهر أنه ياقوت فللبائع رد البيع جهله المبتاع أو علمه، كما لو سَمِيَ ياقوتاً فألفى زجاجاً فللمشتري ردّ البيع، وإلى هذا الوجه أشار بقوله: وما يباع أنه ياقوتة الخ. وإلى هذين القسمين أشار الشيخ خ بقوله: ولم يرد بغلط إن سَمِيَ باسمه، فأشار إلى الوجه الأول بقوله: إن سَمِيَ باسمه، وإلى الثاني بمفهوم الشرط وأنه إن سَمِيَ بغير اسمه يرد البيع. المواق: قال مالك: من باع فصلى^(١) ثم قال مشتره هو خز فقال البائع: ما علمت أنه خزّ لو علمته ما بعته بهذا الثمن هو للمشتري لا شيء للبائع عليه لو شاء تثبت قبل بيعه، وكذا من باع حجراً بثمن يسير ثم هو ياقوتة تبلغ مالا كثيراً أي فهي للمشتري: وقال ابن القاسم: يرد هذا البيع. ابن رشد: هذا الخلاف إنما هو إذا سَمِيَ الشيء باسم يصلح له على كل حال، وأما إذا سَمِيَ أحدهما الشيء بغير اسمه مثل أن يقول البائع: أبيعك هذه الياقوتة فتوجد غير ياقوتة، أو يقول: أبيعك هذه الزجاجة ثم يعلم البائع أنها ياقوتة فلا خلاف أن الشراء لا يلزم المشتري وأن البيع لا يلزم البائع، انظره آخر بيوع القباب اه. واعلم أن الغبن في البيع إذا كان بسبب الجهل بحقيقة المبيع فهذا حكمه، وإن كان بسبب الجهل بالقيمة فقط مع معرفة حقيقة الشيء المبيع فهو الذي يأتي للناظم في فصل الغبن حيث قال: ومن يغبن في مبيع قاما الأبيات الثلاثة. المواق: ودعوى جهل البائع راجع لدعوى الفساد. (وجعل المتيطي) وغيره ذلك من دعوى الغبن ليس كذلك اه.

فصل في بَيْعِ الطَّعَامِ

الدون تناجز من الحرام
والبائع للتعاطم بالطعام
مثلاً بمثل مقتضى يدأ بيد

باسمه. قوله: (وجعل المتيطي الخ) يظهر أن كلام المتيطي ومن تبعه هو الحق، قال عياض في تنبيهاته ما نصه: الفساد في البيع يرجع إلى ثلاثة أشياء: ربا وغرر وأكل مال بالباطل الخ. ويدل لذلك قولهم هنا: فللبائع رد البيع لأنه ولو كان فاسداً لوجب عليه الرد بلا تخيير منه، ولو كان هذا من أكل المال بالباطل لكان الغبن كذلك، وقد سلم أن الغبن فساد فيه، وإنما أكل المال بالباطل كالمقامرة ونحوها فافهم.

فصل في بيع الطعام

(ص): البيع للطعام بالطعام إلى آخر الأبيات الستة.

(١) قوله: «من باع فصلى» كذا بنسخة، وفي أخرى ترك بعد لفظ باع بياضاً، ولا يخفى أن المتروك من أنواع الثياب بدليل ما بعده، وأما قوله فصلى فهو خطأ ظاهر ولعله محرف عن قميصاً مثلاً فليحرر، ا.ه. مصححه.

وَالْبَيْعُ لِلطَّعَامِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَمُنْتَنِعٌ مَا لَمْ يَكُنْ عَنْ قَرْضٍ
وَالْجِنْسُ بِالْجِنْسِ تَفَاضُلًا مُنْعَ حَيْثُ اقْتِيَاتٍ وَاذْخَارٍ يَجْتَمِعُ
وَعَيْرُ مُقْتَاتٍ وَلَا مُدْخِرٍ يَجُوزُ مَعَ تَفَاضُلٍ كَالْخَضْرِ
وَفِي اخْتِلَافِ الْجِنْسِ بِالْإِطْلَاقِ جَازَ مَعَ الْإِنْجَازِ بِاتِّفَاقٍ

تعرض في هذه الآيات لحكم بيع الطعام بالطعام وبيع الطعام قبل قبضه، واعلم أن الطعام على قسمين: ربوي وهو المقتات المدخر للعيش غالباً ونسب للربا لدخوله فيه أعني ربا الفضل الذي هو الزيادة وربا النسا الذي هو التأخير كما يأتي بيانه، ومعنى كونه مقتاتاً أنه تقوم به البنية أي عنده لا به، ومعنى كونه مدخراً أي إنه لا يفسد بطول الزمان عليه إلا الطول الكثير. قال ابن ناجي: ولا حدٌ للادخار على ظاهر المذهب وإنما يرجع فيه إلى العرف. وحكى التادلي أنه سمع فيه في بعض المجالس أن حده ستة أشهر فأكثر. وغير ربوي كالفواكه والخضر وهو ما اختل في القيدان أو أحدهما بأن كان غير مقتات ولا مدخر كالتفاح والإجاص أو مقتاتاً غير مدخر كاللفت أو مدخراً غير مقتات كالجوز واللوز. (والضابط) في حكم ذلك أن الطعام إذا بيع بطعام فلا يجوز إلا يداً بيد، ولا يجوز فيه تأخير سواء بيع بجنسه أو بغير جنسه، ربوي أو غير ربوي، أو أحدهما ربوي دون الآخر، لا يجوز في شيء من ذلك تأخير أصلاً، وعلى ذلك نبه بقوله:

البيع للطعام بالطعام دون تناجز من الحرام
وأما ربا الفضل وهو كون أحد العوضين أكثر من الآخر ففيه تفصيل وهو أنه إذا بيع الجنس بجنسه وهما ربويان كالقمح بالشعير فيحرم الفضل وهو الزيادة ولا يباع أحدهما بالآخر إلا مثلاً بمثل، وعلى ذلك نبه بقوله:

والجنس بالجنس تفاضلاً منع حيث اقتيات وادخار يجتمع
وإن بيع الجنس الربوي بربوي من غير جنسه كالقمح بالفول جاز التفاضل فيباع وسق من قمح بوسقين من فول مثلاً، وكذا يجوز التفاضل إذا بيع الجنس بغير جنسه سواء كان أحدهما ربوياً كرطل دقيق برطلين من تفاح مثلاً أو كانا معاً غير ربويين سواء كانا جنسين كتفاح وإجاص، أو جنساً واحداً كتفاح وتفاح، فيجوز التفاضل في جميع ذلك مما اختلفت أجناسه مطلقاً ربويين أو غير ربويين، أو أحدهما ربوي دون الآخر، فقد نبه على حكمه بقوله:

وفي اختلاف الجنس بالإطلاق جاز مع الإنجاز باتفاق
وقوله: مع الإنجاز زيادة بيان وإلا فقد تقدم منع التأخير مطلقاً، وأما ما اتفقت أجناسه من غير الربوي كتفاح مع مثله والخضر من جنس واحد فنبه على حكمه بقوله:
وغير مقتات ولا مدخر يجوز مع تفاضل كالخضر

وقد اختصر ابن الحاجب ضابط بيع النقيدين الذهب والفضة وبيع الطعامين بقوله: ويحرم بيع ربا الفضل والنساء فيما يتحد جنسه من النقود ومن المطاعم الربوية، فلا بد من المماثلة والمناجزة، ويحرم النساء خاصة فيما يختلف جنسه من النقود وفي المطاعم كلها اهـ. فقوله: كلها يعني ما عدا الربوي بجنسه فيحرمان فيه معاً كما نبه عليه بقوله أولاً: ومن المطاعم الربوية. وأما قوله: والبيع للصنف بصنفاً ورد مثلاً بمثل مقتضى يداً بيد فلا يحتاج إليه لتتام التقسيم دونه، لأن حاصله أنه يجوز بيع طعام بطعام يداً بيد مثلاً بمثل كيف كان الطعامان، وهذا المقدار قد استفيد مما تقدم فلو أسقطه ما ضرَّ ذلك، وكأنه ذكره توطئة لما يذكر بعده من حكم ما اتفقت أجناسه أو اختلفت وبيع متفاضلاً أو مثل بمثل يداً بيد أو لأجل مما يدخله ربا الفضل والنساء فقط، أما ما سلم منهما معاً كهذا فلا إشكال في جوازه، وأما بيع الطعام قبل قبضه المشار له بقوله: والبيع للطعام قبل القبض البيت فقد ذكره الناظم خلال بيع الطعام بالطعام وما كان ينبغي له ذلك، فلو قدمه أو أخره لكان أولى، وحاصل ما ذكره فيه أن من اشترى طعاماً ربوياً كان أو غير ربوي على كيل أو وزن أو عدد لم يجز له بيعه حتى يقبضه إلا إذا باعه قبل قبضه ممن كان له في ذمته مثله، كمن سلف لغيره طعاماً فيجوز لربه بيعه قبل قبضه من المتسلف وما أشبه ذلك كما يأتي. قال في المدونة: قال مالك: كل طعام ابتعته بعينه أو مضموناً على كيل أو وزن أو عدد مما يدخر أو لا يدخر فلا يجوز أن تبيعه من بائعك أو غيره حتى تستوفيه إلا أن تقبل منه أو تشرك فيه أو توليه، وكذلك كل طعام أو شراب عدا الماء. قال مالك: وكل ما اكتريت به أو صالححت عن دم عمد أو خالعت به من طعام بعينه أو مضموناً على كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه. ابن عرفة: والمشهور أن الطعام غير الربوي كالربوي. ابن الحاجب: وبيع المشتري قبل القبض جائز إلا في الطعام مطلقاً بشرط كونه معاوضة فيما فيه حق توفية من كيل وشبهه، بخلاف القرض والهبة والصدقة، وكذلك الجزاف على الأصح، فمن ابتاع طعاماً جاز له إقراضه أو وفاؤه عن قرض، ومن اقترضه فإن له بيعه اهـ. وقد اشتمل كلام المدونة المتقدم وكلام ابن الحاجب هذا على مسائل. الأولى: أنه لا فرق في منع بيع الطعام قبل قبضه بين أن يكون ربوياً أو غيره وهذا الذي يعني ابن الحاجب بالإطلاق. الثانية: كونه بمعاوضة احترازاً من القرض والهبة والصدقة فيجوز لمن اشترى طعاماً أن يسلفه لغيره قبل أن يقبضه هو من الذي باعه له، ولكن لا يجوز له بيعه لمتسلفه ولا لغيره إلا بعد قبضه لثلا يتوالى بيعان لا قبض بينهما، وأن يقضي به طعاماً في ذمته قبل أن يقبضه البائع أيضاً، ومن تسلف طعاماً جاز له بيعه قبل قبضه من مسلفه وإلى ذلك أشار بقوله: فمن ابتاع طعاماً جاز له الخ، فقد اشتمل على ثلاثة فروع. وكذا يجوز لمن سلف لغيره طعاماً أن يبيعه قبل قبضه من المتسلف، وهذه الفروع الأربعة يشملها قول الناظم: ما لم يكن من قرض وشموله للأخير منها أظهر. (وانظر كيف أخرجوا) القرض من المعاوضة والمعاوضة حاصلة فيه. قال الشارح: وفي

اختصار الشيخ علي إخراج القرض (فيه إيهام) أنه في غير القرض مما لا عوض له فيه لا يجوز، ولو قال إلا بمثل قرض لكان فيه إشارة إلى سواه اهـ. تنبيه: وحيث جاز بيع الطعام قبل قبضه فإنما يجوز إذا عجل الثمن لأنه من بيع الدين ولا يجوز إلا بتعجيل الثمن.

فرع: قال ابن عرفة في كون طعام الغصب والتعدي كالقرض أو البيع نقل الباجي عن المدونة وحكاية القاضي اهـ. ويجوز أن تأخذ المرأة الثمن عمّا وجب لها من الطعام في نفقتها أو نفقة أولادها (من المواق).

القرض، وإن تسليف درهم بدرهم إلى أجل رخصة وإلا فهو بيع درهم بدرهم إلى أجل، وفتر الرخصة أن القرض معروف فيسامح لمعرفه ولاحتياج الناس إلى هذا، ونقول هنا أجزى بيعه قبل قبضه لأجل معرفه ولذلك قال بعضهم هنا ما نصّه: الشرط الثالث أن ينتقل الملك بعوض في مكايسة الخ ثم قال: فإن خرج بعوض خارج مخرج المعروض كالقرض فيجوز بيعه قبل قبضه الخ. انظر الشرح عند قول المتن: وجاز البيع قبل القبض الخ في كتاب الخيار والكلام هنا طويل، والناظم إنما ذكره نزرأ، فتزليل الكثير عليه فيه ثقل، فانظر تحقيق فروع المسألة عند المحل المذكور. قوله: (فيه إيهام الخ) إنما اقتصر على القرض لأنه معاوضة فيتوهم فيه عدم الجواز ولا كذلك الهبة والإرث فافهم.

قوله: (من المواق) بل هو في المختصر وهو قوله في باب النفقة: ويجوز إعطاء الثمن عمّا لزمه الخ. وذكرنا فيه كلاماً حسناً هناك قف عليه إن شئت.

فائدة: قال الإمام عياض في إكماله ما نصّه: منع الشافعي البيع قبل القبض في كل شيء تمسكاً بالنهي عن ربح ما لم يضمن جوابه حملة على بيع الخيار فلا بيع قبل اختياره، أو يحمل على الطعام بدليل حديث نهى عن بيع الطعام قبل قبضه، وقال عثمان البتي: يجوز في كل شيء، ومنعه أبو حنيفة إلا فيما لا ينتقل لتعذر الاستيفاء المشار إليه بقوله حتى يستوفيه. وعن عثمان وسعيد وغير واحد اختصاص النهي بالمكيل والموزون مطلقاً وبه قال سحنون، وقاله يحيى بن سعيد في المعدود، وبه قال ابن حبيب لقول الحديث حتى يكتاله الخ والحمد لله على الخلاف. وفي الذخيرة: إذا بيع الطعام قبل قبضه حيث لا يجوز ذلك ما نصّه: فإن قبضه أي مشتره قبل قبضه بانه فاليقاس الرد إلى البائع الثاني لأن الأول قد برى منه بقبض الأخير لأنه كقبض وكيله، وقيل يرد إلى البائع الأول ليأخذه مشتره منه لأنه مقتضى العقد الأول ولم يوف به، وليس للبائع إجازة البيع لأنه بيع الطعام قبل قبضه اهـ. المقصود منه. وفي التوضيح ما نصّه: وهل المنع من بيع الطعام قبل قبضه تعبد أو معقول؟ المعنى قولان، وعلى الثاني فقيل إنما نهى عن ذلك لأن أهل العينة كانوا يتوصلون إلى الفساد ببيع الطعام قبل قبضه، فنهى عن ذلك سداً لذريعة الفساد، وقيل لأن للشرع غرضاً في ظهوره، فإننا لو جوزنا بيعه قبل قبضه لباعه أهل الأموال بعضهم من بعض من غير ظهور، بخلاف ما إذا منعنا من ذلك فإنه حينئذ ينتفع به الكيال والحمال ويظهر للفقراء وتقوى نفوس الناس به والله أعلم اهـ. بلفظه. وقوله: لأهل العينة الخ قف على تفسير مضمونه غاية بكلام الباجي وابن بشير وغيرهما وما هو الراجح في هذين القولين هل التعبد أو هو معقول المعنى في الشرح.

الثالثة: أن محل المنع المذكور هو في الطعام الذي فيه حق توفية، وهو الذي بيع على كيل أو وزن أو عدد دون المبيع جزافاً فيجوز بيعه، قال في التوضيح: لأنه مقبوض بنفس العقد فليس فيه حق توفية. وذكر المصنف يعني ابن الحاجب في الجزاف قولاً بالمنع اهـ. **الرابعة:** أنه لا فرق في الطعام بين أن يكون معيناً أو مضموناً في الذمة كالسلم، ولا فرق في المنع بين بيعه لبائعه أو لأجنبي، وأن من اشترى طعاماً جاز له أن يتقابل مع بائعه قبل قبضه وليست الإقالة هنا بيعاً وأن يشارك فيه غيره قبل قبضه أي يولي بعضه وأن يولي جميع ما اشترى من الطعام لغيره قبل قبضه، وأنه لا فرق في ذلك بين الطعام والشراب ما عدا الماء، وأنه لا فرق في الطعام بين أن يكون من بيع أو من كراء أو من صلح عن دم عمد أو خلع، كل ذلك لا يجوز بيعه قبل قبضه. وفهم من قول الناظم: والبيع للطعام قبل القبض، أن ما عدا الطعام يجوز بيعه قبل قبضه. قال في المدونة: ما ابتعته أو أسلمت فيه عدا الطعام والشراب من سائر العروض على عدد أو وكيل أو وزن فجائز بيع ذلك كله قبل قبضه وقبل أجله من غير بائعك بمثل رأس مالك أو أكثر نقداً أو بما شئت من الأثمان.

وَبَيْعُ مَغْلُومٍ بِمَا قَدْ جُهِلَا مِنْ جِنْسِهِ تَرَابُنٌ لَنْ يُقْبَلَا

يعني أن بيع الشيء المعلوم القدر بكيل أو وزن أو عدد بشيء مجهول القدر وهما من جنس واحد يسمى بيع مزبنة وهو غير مقبول عند العلماء أي غير جائز لئله ﷺ عنه. قال الشارح: والزبن والزبان هو الخطر والخطار اهـ. وإذا كان في بيع المعلوم بالمجهول مخاطرة وهو الذي في البيت فأحرى وجود المخاطرة في بيع مجهول بمجهول من جنسه. وفي صحيح مسلم: «نهى رسول الله ﷺ عن المزبنة هو بيع العنب بالزبيب كيلاً». المازري: المزبنة عندنا بيع معلوم بمجهول أو بيع مجهول بمجهول من جنس واحد فيهما. (ابن عرفة: يبطل عكسه بيع) الشيء بما يخرج منه حسبما يأتي ويكون في الربوي وغيره اهـ. فمن المزبنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلاً، وبيع الزبيب بالعنب كيلاً، وبيع زرع قائم أو محصود بكيل من البر، أو زيتون في شجره بكيل من الزيتون، وكبيع الرطب بالبسر، والبسر بالتمر، وكذلك رطب كل ثمرة بياسها. التوضيح: وتفسيرها الواقع في

(ص):

(وبيع معلوم بما قد جهلا من جنسه ترابن لن يقبلا)

قوله: (ابن عرفة: يبطل عكسه الخ) هذا دخل في كلام الناس مجهول بمجهول من جنسه أو بيع معلوم بمجهول من جنسه أيضاً، وهكذا رسم الناس المزبنة، وذكرنا كلامهم في الشرح لقول المختصر: وكمزبنة مجهول بمعلوم أو مجهول من جنسه، وجاز أن كثر أحدهما في غير ربوي، ووجه دخوله في ما ذكر مبين في علة المنع في مسائل قول المختصر، ومصنوع لا يعود إلى آخر تلك المسائل المذكورة في كتاب السلم لأن بيع الصوف بثوب مثلاً يخرج منها الصوف مجهولة باعتبار ما قصد منها وهو الثوب الخارج، كما أن العنب مجهول باعتبار ما قصد منه وهو الزبيب وهو لا يدري كم يخرج من الزبيب، انظر المحل المذكور.

الحديث إنما هو في الربوي وهو عند أهل المذهب لا يختص بالربوي لأن غير الربوي وإن لم يدخل تحت المزبنة فثم عمومات يدخل تحتها كالنهي عن الغرر. ابن الحاجب: فإن علم أن أحدهما أكثر جاز فيما لا ربا فيه. التوضيح: لانتفاء المزبنة إذ ذاك إذ المزبنة المدافعة من قولهم ناقة زبون إذا منعت من حلابها، ومنه الزبانية لدفعهم الكفرة، فكأن كل واحد من المتبايعين يدفع صاحبه عن مراده ويعتقد أنه الغالب، فإذا علم أن أحدهما أكثر انتفى هذا، وعموم قوله: جاز فيما لا ربا فيه يشمل غير المطعومين، والمطعومين غير الربويين وهو مقتضى النظر اه. ويدخل في غير المطعومين نحو حرير وكتان بكتان وما أشبه ذلك، ويدخل في المطعومين غير الربويين الفواكه والخضر يباع الجنس منهما بجنسه.

تنبيه: بقي على الناظم من المزبنة بيع مجهول بمجهول، وتقدم أنه أحروي في المنع مما ذكر، واستثنى ما إذا كثر أحد العوضين كثرة بيّنة فإنه جائز فيما يجوز فيه التفاضل كالصوف والكتان ونحوهما، أما ما يمتنع فيه التفاضل كالطعام الربوي يباع بجنسه فيمتنع وإن تبين الفضل لأنه وإن ذهب المزبنة بالكثرة فقد خلفها ربا الفضل، وكذا سلم الشيء فيما يخرج منه كسلم سيف في حديد وغزل في كتان فإنه من المزبنة أيضاً كما تقدم عن ابن عرفة، ولو زاد بعد هذا البيت فقال:

كذلك مجهول بمجهول عدا إن كثر الفضل ولا منع بدا
وسلم الشيء بشيء يخرج منه تزابن وذاك المنهج
وباء بشيء ظرفية، والإشارة في قوله: وذاك المنهج إلى المنع المتقدم في قول الناظم في البيت لن يقبلا والله أعلم.

فَصْلٌ فِي بَيْعِ التَّقْدِينِ وَالْحَلِيِّ وَشِبْهِهِ

يعني بالتقدين المسكوك منهما وبالحلي المصوغ والله أعلم. وضمير شبهه للحلي وشبه الحلي هو المحلى بأحد التقدين اه.

الصَّرْفُ أَخَذَ فِضَّةً فِي ذَهَبٍ أَوْ عَكْسُهُ وَمَا تَفَاضَلَ أَبِي
وَالجِنْسُ بِالجِنْسِ هُوَ المُرَاطَلَةُ بِالوِزْنِ أَوْ بِالْعَدِّ فَالْمُبَادَلَةُ
وَالشَّرْطُ فِي الصَّرْفِ تَنَاجُزٌ فَقَطْ وَمَعَهُ المِثْلُ بِشَانٍ يُشْتَرَطُ

ذكر في هذه الأبيات تعريف الصرف والمراطلة والمبادلة وشروطها، فأخبر أن بيع أحد التقدين بالآخر كبيع الذهب بالفضة وبالعكس يسمى صرفاً ويجوز فيه التفاضل كما نبه عليه بقوله: وما تفاضل أبي أي امتنع، وإنما يمتنع فيه التأخير ولو قريباً، ويفسد بافتقار

فصل في بيع التقدين والحلي وشبهه

(ص): والصرف أخذ فضة في ذهب. إلى آخر الأبيات الثلاثة.

المتصارفين اختياراً، وكذا غلبة على المشهور، وكذا إن غاب أحد النقدين عن مجلس الصرف غيبة قريبة كداره أو حانوته لأن المناجزة شرط فيه كما نبّه على ذلك بقوله: والشرط في الصرف تناجز فقط أي دون التماثل فلا يشترط كما تقدم، فيجوز بيع الفضة بالذهب والذهب بالفضة متماثلاً أو متفاضلاً لكن يبدأ بيد من غير تأخير، وأخبر أنه إذا بيع أحد النقدين بجنسه كذهب بذهب وفضة بفضة فإن كان بالوزن فإنه يسمى مراطلة، وإن كان بالعدد فإنه يسمى مبادلة، ويشترط في جوازهما شرطان: التماثل فلا يباع ذهب بذهب متفاضلاً ولا فضة بفضة متفاضلاً بل مثلاً بمثلاً، ولو كان أحدهما أجود من الآخر أو أكثر عدداً أو أحدهما مصوغ والآخر ليس كذلك أو كانا غير مصوغين. والشرط الثاني التناجز فلا يجوز في ذلك تأخير أيضاً، وعلى هذين الشرطين نبّه بقوله: ومعه المثل بثان يشترط، أي ويشترط مع التناجز مثل أي التماثل في القسم الثاني الذي هو بيع الجنس بجنسه، فضمير معه للتناجز وباء بثان ظرفية وهو وصف لمحذوف أي في الوجه الثاني وهذا نحو ما تقدم في الطعام من أنه إذا بيع الطعام الربوي بجنسه فيحرم فيه الفضل والنساء معاً، وإذا بيع بغير جنسه ربوياً أو غيره فلا يحرم إلا في النساء فقط أي التأخير، وعلى ذلك نبّه ابن الحاجب بقوله: ويحرم الفضل والنساء فيما يتحد جنسه من النقود ومن المطاعم الربوية فلا بد من المماثلة والمناجزة، ويحرم النساء خاصة فيما يختلف جنسه من النقود ومن المطاعم كلها انتهى. يريد وكذلك فيما يتحد جنسه من الربوي فلا يحرم فيه إلا النساء خاصة. المواق سمع ابن القاسم: لا بأس بالمراطلة بالصنجة في كفة واحدة. ابن رشد: هي أصح لتيقن المماثلة إذ قد يكون عين في الميزان^(١) وفيها وجه المراطلة اعتدال الكفتين، ولا يجوز أن يتجاوز أحدهما لصاحبه رجحان شيء. راطل أبو بكر أبا رافع خلخالين بدراهم فرجحت دراهم أبي رافع فقال: هو لك حلال، فقال أبو بكر: إن أحللت أنت فإن الله لا يحله. ومنع القابسي أن يراطل سكيناً بحلي قبل معرفة وزن السكين إذا لا يجوز بيع السكين جزافاً أجاز ذلك ابن عبد الرحمن لأنه متفق الوزن قيل عن القابسي أنه كره أن يراطلا دراهم بدراهم أو دنانير بدنانير قبل أن يعلم كل واحد منهما وزن دراهمه أو ذهبه. ابن يونس: والصواب جواز ذلك إذ لا غرر فيه لأنه إنما يأخذ مثل دراهمه ومثل وزن ذهبه. وفي الموطأ: لا بأس أن يأخذ أحد عشر ديناراً بعشرة دنانير إذا كان وزن الذهبين سواء اه. وقد تلخص من هذه أن المراطلة على وجهين: أحدهما: أن يجعل أحد العوضين في كفة ثم يجعل العوض الآخر في الكفة الأخرى. والثاني: أن يجعل الحجر الذي يوزن به في كفة ثم يجعل أحد العوضين في الكفة الأخرى حتى يعتدل مع الحجر ثم يفرغ ذلك العوض ويجعل مكانه العوض الآخر حتى يعتدل مع الحجر أيضاً والحجر لم يزل في كفته التي وضع فيها أولاً. وفي هذا الوجه قال ابن رشد إنه أصح وأن

(١) قوله: «إذ قد يكون عين في الميزان الخ» كذا بالأصل ولعله سقط منه خبر يكون وتقديره أرجح من الأخرى، أو أن لفظة عين محرفة عن عيب وضمير فيها للمدونة، فهو كلام مستأنف مسوق للإدلال به فتأمل، ا.هـ. مصححه.

المراطة تجوز ولو جهل كل واحد منهما وزن دراهمه لأنه أخذ مثل ما أعطى، هذا بعض ما يتعلق بالمراطة. وأما المبادلة فقال ابن الحاجب: المبادلة لقب في المسكوكين عدداً وهي جائزة في العددي دون الوزني. التوضيح: يعني لا تجوز إلا في الدينارين والدرهم إذا كان التعامل بهما عدداً، فإن كان التعامل بالوزن لم يجز إلا بالوزن فتعود مراطة اه. وإذا كان التعامل بالتعدد جازت في القليل والكثير والله أعلم، ما لم يكن أحد العوضين أوزن فتمنع إلا في العدد اليسير وذلك ستة فما دون على المشهور، وكون النقص يسيراً سدساً فما دون. ابن الحاجب: ويجوز إبدال القليل بأوزن منه يسيراً للمعروف والتعامل بالعدد. قال في التوضيح: أجاز أي في المدونة أن يبدل الستة تنقص سدساً بستة وازنة على المعروف (الحطاب: ومن شرطها أن تكون بلفظ المبادلة) وأن تكون واحداً بواحد احترازاً من واحد باثنين، وأن تكون السكة واحدة وعلى وجه المعروف لا المكايسة، وأن تكون يداً بيد اه. وتجوز في الدينارين والدرهم فيبدل درهم بدرهم ودرهمان بدرهمين وهكذا، ويبدل دينار بدينارين وديناران بدينارين وهكذا. قال الشارح: وهي أي المبادلة مختصة بما قل من العدد كالدينار والدينارين. الحطاب: والمعتبر الأشخاص، فعلى مذهب من منع أكثر من ثلاثة لا يجوز بدل أربعة قراريط ناقصة بأربعة قراريط وازنة، ولا يقال إن الأربعة القراريط أقل من ثلاثة دراهم لأن المعتبر الأشخاص اه.

تنبيه: هذا الحكم المذكور في المبادلة هو إذا أبدل واحد بواحد أو اثنان باثنين وهكذا إلى ستة بستة كما تقدم، وأما إذا أبدل شخص واحد بمتعدد غير مساو له في الوزن كإبدال دينار بأربعة أرباعه وهي أنقص من الدينار وزناً، أو إبدال ريال واحد بأربعة وعشرين موزونة مثلاً أو أكثر وهي أنقص من الريال وزناً فنقل المواق في ذلك ما نصه ابن رشد: كره مالك أن يعطي الرجل المثقال يأخذ أربعة وعشرين قيراطاً معدودة بغير مراطة لأن الشيء إذا وزن مجتمعاً ثم فرق زاد أو نقص، وأجاز ذلك ابن القاسم استحساناً على وجه المعروف في الدينار الواحدة، كما أجازوا مبادلة الدينار الناقص بالوازن على وجه المعروف. وفي المدونة: أما بدل دينار أو درهم بأوزن منه فجائز وذلك فيما قل بخلاف المراطة لأن ذلك في المراطة تكايس وفي المبادلة معروف. ابن رشد: يجوز ذلك فيما قل مثل الدينارين والثلاثة إلى الستة على ما في المدونة، وإن كان سحنون قد أصلح في المدونة الستة وردها إلى ثلاثة اه. وهذا صريح في جواز إبدال الدينار بنصفي دينار أو بأربعة أرباعه وإن لم يتساو العوضان في الوزن، وعلى هذا اعتمد شيخ شيوخنا الإمام أبو عبدالله سيدي محمد 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.

قوله: (الحطاب ومن شرطها أن تكون بلفظ المبادلة الخ) تتبعنا كلام الناس الذي نقل عنهم في شروط المبادلة فلم نجد هذا الشرط إلا في التوضيح وإن نسبه بعضهم للخمي وبعضهم لأبي الحسن فانظره، مع أن كثيراً من الفحول تعرضوا لهذه الشروط ولم يعرجوا على هذا الشرط الذي هو أن تكون بلفظ المبادلة، وكلام هذا الشارح هنا حسن في هذه المسائل.

فرع: سنل التونسي عن مراطة الدراهم القديمة بالجديدة المحدثه الآن والقديمة أكثر فضة وهل يقتضي بعضها من بعض من غير شرط وهما مختلفان الصفة والنفاق وهل لمن باع بالقديمة أن يقتضيها منها أم لا؟ فأجاب: المراطة بها جائزة لأن معطي الجديدة متفضل لا انتفاع له بما في القديمة من زيادة الفضة، إذ لو سكت القديمة لخسر فيها ويغرم عليها لتصير جديدة، وقد أجاز أصحابنا مراطة التبر الجديد بالمسكوك، وقد علم أنه ترك الجودة للسكة ولم يغرم عليه، ومن باع بقديمة قبل قطعها فليس له إلا هي، ومن رضي أن يؤدي جديدة عن قديمة جاز لأنه أعطى أفضل في النفاق اهـ. من أواخر السفر الثالث من المعيار.

وَبَيْعُ مَا حُلِّيَ مِمَّا اتَّخَذَا بِغَيْرِ جِنْسِهِ بِتَقْدِيرِ نَفْذَا
وَكُلُّ مَا الْفِضَّةُ فِيهِ وَالذَّهَبُ فَبِالْمُرُوضِ الْبَيْعُ فِي ذَاكَ وَجَبَ

تكلم في البيتين على ما يجوز أن يباع به المحلى كالسيف والمصحف وغيرهما مما حلي بذهب أو فضة، وكذا الثوب المنسوج أو المغروز بخيوط من ذهب أو فضة وما لا يجوز أن يباع به، فأخبر أن المحلى بأحد التقدين إذا كان جائز الاتخاذ كالسيف للرجل والثياب للمرأة فإنه يجوز بيعه بغير جنسه أي بغير جنس حليته، فإذا حلي بذهب جاز بيعه بفضة، وإذا حلي بفضة جاز بيعه بذهب، لكن إنما يجوز ذلك إذا كان نقداً أي معجلاً من غير تأخير لأنه يبيع وصرف فيطلب فيه المناجزة، وذلك لأن العين المدفوعة في المحل بعضها في مقابلة نصل السيف مثلاً أو في نفس الثوب أو المصحف وهو بيع، وبعضها في مقابلة الحلية وهو صرف، واجتماعهما تطلب فيه المناجزة كما تطلب في انفراد الصرف، وفهم من قوله: مما اتخذ أن ما لا يجوز اتخاذه كالسيف للمرأة أو السوار للرجل لا يجوز بيعه بذلك. وفهم من قوله: بنقد أن بيعه بتأخير ممنوع وهو كذلك إن كانت الحلية غير تبع بأن كانت أكثر من الثلث، وكذلك إن كانت تبعاً على المشهور، وفهم من إطلاق الجواز في بيعه بالنقد أنه لا فرق بين كون الحلية تابعة أو متبوعة أيضاً وهو كذلك، وهذه المسألة مستثناة من منع اجتماع البيع والصرف للضرورة. وفهم من قوله: بغير جنسه أن بيعه بجنس الحلية غير جائز وهو كذلك، لكن إذا كانت الحلية غير تابعة للشيء المحلى بها هنا لا يجوز بيعه بجنس الحلية، وأما إن كانت تابعة فيجوز لكن بالتعجيل أيضاً لا بالتأخير على المشهور. ابن الحاجب: والتبع الثلث وقيل دونه وقيل النصف. التوضيح: الأول مذهب المدونة. ابن الحاجب: ويعتبر بالقيمة وقيل بالوزن مع قيمة المحلى. التوضيح: سببهما هل تعتبر الصياغة أم لا؟ ومعنى كلامه إنا إذا بنينا على المشهور من أن

(ص): وبيع ما حلي مما اتخذنا. إلى آخر البيتين. هذا قال فيه في المختصر وجاز وإن ثوباً يخرج منه عين إن سبك بأحد التقدين إن أبيحت وسمرت وعجل بغير صنفه مطلقاً وبصنفه إن كانت الثلث، وهل بالقيمة أو بالوزن خلاف، وإن حلي بهما لم يجز بأحدهما إلا أن تبعاً الجوهر اهـ. فقول هذا الشارح: وكذا الثوب الخ هذا قال فيه في المختصر إن كان يخرج منه عين إن حرق، ولكن عبارة الشارح ربما تشر بهذا لذكره الخيوط من الذهب.

التبع الثلث أو على غيره من الأقوال (فهو يعتبر التبع) بالقيمة أو بالوزن فقط؟ فإن كان وزن الحلية عشرين وبصياغتهما تساوي ثلاثين وقيمة النصل أربعين جاز على الثاني دون الأول والقول باعتبار القيمة، قال ابن يونس: هو ظاهر الموطأ والموازية. والثاني ذكر الباجي أنه ظاهر المذهب قياساً على النصاب في السرقة والزكاة اهـ. ولو زاد الناظم بيتاً بعد البيت الأول فقال:

وبيعه بجنسه يجوز إن حليته ثلثاً فدونه قمن

لأفاد حكم بيعه بجنسه، وقمن في هذا البيت بمعنى حقيق راجع لكون الحلية ثلثاً أي يجوز إن كانت حليته ثلثاً حقيقة وهو إيماء لاختيار القول باعتبار الوزن اعتماداً على قول الباجي إنه ظاهر المذهب، وهذه المسألة مستثناة أيضاً من بيع الجنس بجنسه متفاضلاً للضرورة، هذا حكم المحلى بأحد النقدين. وأما المحلى بهما معاً كالسيف المحلى بالذهب والفضة معاً أو المحلى من الذهب والفضة معاً فلا يباع بذهب ولا بفضة بل بالعروض والفلوس إلا إذا كان مجموعهما تبعاً للسلعة، (سواء كان أحدهما تبعاً للآخر أو لا) إذا كان نقداً، فإذا كانا تبعاً فيبيع بكل واحد من النقدين، قاله ابن حبيب في الواضحة، وحكى اللخمي عليه الاتفاق قاله في التوضيح، وإلى هذا القسم أعني المحلى بهما أشار الناظم بالبيت الثاني، والجواز مقيد بالنقد أيضاً كما في البيت الأول والله أعلم. تنبيه: ما تقدم من اشتراط النقد إنما هو إذا بيع المحلى بذهب أو فضة على التفصيل المتقدم، وأما إن بيع بالعرض فيجوز نقداً وإلى أجل، وجميع ما تقدم إنما هو في الحلية المسمرة التي في نزعها ضرر، أما ما ليس كذلك كعقد جوهر فيه قطع من الذهب فلا بد من نزعها وبيع كل بما يجوز أن يباع به.

فصل في بيع الثمار وما يلحق بها

ضمير بها للثمار والذي يلحق بالثمار المقائي والخضر.

بَيْعُ الثَّمَارِ وَالْمَقَائِي وَالْخَضْرُ بَدْوُ الصَّلَاحِ فِيهِ شَرْطُ مُغْتَبِرِ

قوله: (فهو يعتبر التبع الخ) الذي يظهر من ابن يونس ترجيح القول باعتبار الوزن، وإن صدر ابن الحاجب باعتبار القيمة وعطف عليه اعتبار الوزن، قال ابن شاس: فالنظر القيمة لأنها المقصودة والوزن لأنه المعتبر في جوهر النقدين، قال بعض المتأخرين: والصحيح اعتبار القيمة الخ، والحطاب قال قولان مشهوران ولم يذكر إلا تصدير ابن الحاجب وفي ذلك ما لا يخفى فافهم.

قوله: (سواء كان أحدهما تبعاً للآخر أو لا الخ) إذا كان أحدهما تابعاً للآخر ومجموعهما تابع للجوهر فإن بيع ذلك بالتابع لصاحبه منهما أي فصنف التابع جائز وهو قول قوي غاية، وربما يكون أقوى من القول الذي ذكره المختصر، قف على الشرح تر هذا عياناً.

فصل في بيع الثمار وما يلحق بها

(ص): بيع الثمار والمقائي والخضر إلى آخر البيتين. ما ذكره هذا الشارح في شرح هذين البيتين

وَحَيْثُ لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهَا اِنْتَنَعَ مَا لَمْ يَكُنْ بِالشَّرْطِ لِلْقَطْعِ وَقَعَ

يعني أنه يشترط في جواز بيع الثمار كالعنب والتمر، وفي بيع المقائي كالبطيخ والفقوس، وفي بيع الخضر كاللفت والفجل بدو الصلاح في جميعها. ثم صرح بالمفهوم فقال: وحيث لم يبد صلاحها امتنع أي يبيعه إلا إذا بيعت على شرط أن تقطع في الحال فيجوز لكن بشروط تأتي. وبدو الصلاح في الثمر هو الزهو، وذلك بأن تحمر أو تصفر، وفي غيره بظهور الحلاوة، أو اسوداد ما يسود كالزيتون والعنب الأسود والتهيؤ للنضج بحيث إذا قطع لا يفسد. وفي مختصر الشيخ خليل: وهو الزهو وظهور الحلاوة والتهيؤ للنضج. وفي ذي النور بانفتاحه والبقول بإطعامها، وهل هو في البطيخ الاصفرار أو التهيؤ للنضج قولان. وفي النوادر من كتاب ابن المواز: قال مالك: إذا أزهى في الحائط كله نخلة أو دالية بيع جميعه بذلك ما لم تكن باكورة مالك، (وإن كان في الدالية الحبات) في العنقود أو العنقودين جاز بيعها وكذلك كل ما تتابع طيبه. ثم قال مالك: ولا تباع البقول حتى تبلغ إبانها التي تطيب فيه ويكون ما قطع منها ليس بفساد، قال: وفي الجزر واللفت والفجل والثوم والبصل إذا استقل ورقه وتم وانفع به ولم يكن ما يقلع منه فساداً جاز بيعه إذا نظر إلى شيء منه. تنبيه: يدخل في الثمار الحبوب كالقمح والفلول ونحوهما وبدو صلاحها (هو بالبيس) فإن بيع بعد الإفراك وقبل اليبس مضى بقبضه، وإن علم به قبل أن يبيس فسخ، وإن لم يعلم به إلا بعد أن يبيس مضى البيع ولم يفسخ. ابن رشد: لم يحكموا له بحكم البيع الفاسد مراعاة لمن أجاز منهم ابن شهاب، وأما إذا لم يبد صلاحها فلا تباع إلا على شرط أن تقطع في الحال أو قريباً منه ولا يدخرها إلى الزمان الذي تزيد فيه. قال في التوضيح: وقيد اللخمي بثلاثة شروط، أولها: أن ينتفع به لنهيه عليه الصلاة والسلام عن إضاعة المال. ثانيها: أن تدعو إلى ذلك حاجة وإلا كان من الفساد. ثالثها: أن لا يتمالأ أهل البلد على ذلك لثلا يعظم الفساد، وأما بيعها على شرط التبقية فباطل، وعلى الإطلاق بحيث لم يشترط القطع ولا التبقية فظاهر المدونة يصح، وقال العراقيون:

هو كذلك في المختصر وشروحه. وقوله: (وإن كان في الدالية الحبات الخ) قال ابن شاس في هذا ما نصه: وقال القاضي أبو الحسن: إذا بدا الصلاح في جنس من الثمار في بستان في نخلة أو في بعضها ولو عذقاً في نخلة منه جاز بيعه كله بطيب البعض، وجاز بيع ثمر النخل الذي في البساتين حولها كلها الخ، هذا لفظه في هذا فانظر إذا طلبت حبات من دالية فإنها تباع هي ولا إشكال، وهل يباع صنفها من الدوالي بذلك؟ فظاهر كلام من تقدم هو الجواز ولو عبر بقوله ولو عذقاً تأمله. قوله: (هو بالبيس الخ) قال الجزولي: الحب لا يباع ببيس بعضه بل لا بد من بيس جميعه، والفرق بينه وبين الثمار حاجة الناس إلى الثمار من أكلها رطبة، ولأن الغالب في طيبها التتابع، وليست الحبوب كذلك لأنها للقت لا للتفكه، ومثله لابن عمر، ونقله الشاذلي وسلمه فانظره، مع أن الظاهر إذا بيس الجبل بيع إذ الأقل يتبع الأكثر، مع أن الخلاف في بيعه بإفراكه قبل بيسه عند كثير من العلماء، بل قال في محل من المدونة في بيعه بإفراكه أكثره ولم يعبر بالتحريم. وفي تبصرة اللخمي عن الموازية عن ابن شهاب: كان العلماء يقولون بدو صلاح الزرع إذا أفرك الخ تأمل هذا كله.

يبطل اهـ. وبعضه بالمعنى، وكذلك يجوز بيعها مع الأصل أو وحدها لمن اشترى الأصل وبقيت الثمار المأبورة للبائع بناء على أن الملحق بالعقد يعد واقعاً فيه، وإلى هذا كله أشار الشيخ خليل بقوله: وقبلة مع أصله وألحق به أو على قطعه إن نفع واضطر له ولم يتمالاً عليه لا على التبقية أو الإطلاق.

وَحَلْفَةُ الْقَصِيلِ مَلْكُهَا حَرِي
وَلَا يَجُوزُ فِي الثَّمَارِ الْأَجَلُ
وَعَائِبُ فِي الْأَرْضِ لَا يُبَاعُ
إِلَّا بِشَرْطِ الْمُشْتَرِي
إِلَّا بِمَا إِثْمَارُهُ مُتَّصِلٌ
إِلَّا إِذَا يَخْضُلُ الْاِنْتِفَاعُ

اشتملت الأبيات الثلاثة على ثلاث مسائل: الأولى: أن من اشترى قصيلاً لا تدخل في البيع خلفته بل تبقى للبائع إلا إذا اشترطها المشتري. قال الشارح: وكذلك ما أشبهه القصيل في الخلقة كالقرط والقضب يجوز اشتراط خلفه ذلك. وفي النوادر قال ابن حبيب: (وإنما يجوز في القضب) والقرط، والقصيل أن يشترط خلفته في بلد السقي لا في بلد المطر إذ ليست الخلقة فيه بأمانة، وإذا لم تشترط الخلقة فإنما له الجزة الأولى، وإذا اشترطها فله ما خلفت وإن كانت خلفه بعد خلفه، وإنما ذلك كالبقول إذا بلغ أن ينتفع به إذا قطع جاز بيعه حينئذ وبيع ما يطلع منه وإلى هذا أشار الناظم بالبيت الأول. فرع: أفتى ابن سراج بجواز بيع القصيل بالطعام نقداً وإلى أجل اتفاقاً وبأنه يبادر بجز القصيل، فإن تركه حتى حجب فسخ البيع على المنصوص لابن القاسم. المسألة الثانية: مسألة المدونة قال فيها مالك: ولا يجوز أن يشتري ما تطعم المقائي شهراً لاختلاف الحمل في كثرته وقلته. وفي المتيضية: وأما الموز والقرط والقضب فلا بد فيه من ضرب الأجل لأن مدة بقائه مجهولة وربما بقي الموز سنين متعددة وإلى هذا أشار بالبيت الثاني. المسألة الثالثة: لا يجوز بيع المغيب في الأرض كالجزر والفجل والبصل حتى يحصل الانتفاع بها ولم يكن في قلعها فساد فذلك بدو صلاحها وإلى هذا أشار بالبيت الثالث.

وَجَائِزٌ فِي ذَاكَ أَنْ يُسْتَثْنَى
أَكْثَرُ مَنْ يَضْفِ لَهُ أَوْ أَدْنَى
وَدُونَ تُلْثِ إِنْ يَكُنْ مَا اسْتَثْنَيْ
بِعَدَدٍ أَوْ كَيْلٍ أَوْ بِوَزْنٍ

(ص): وخلفة القصيل ملكها حري إلى آخر الأبيات الثلاثة.

قوله: (وإنما يجوز في القضب الخ) هذا صحيح كما في المتيضي، لأن الخلقة كبطن ثان، وفي خلفه القصيل كلام طويل غاية في فروع تتعلق بذلك، وقول هذا الشارح فرع أفتى ابن سراج الخ في هذه المسألة كلام طويل وفيما شبهها، نقلناه عن المتقدمين والمتأخرين في الشرح عند قول المختصر: وخلفة القصيل. وعبارة المتيضي في شيء من هذا هي قوله ما نصه: فصل ويجوز بيع القصيل قائماً بعد طيبه وإمكان رعيه، ولا يجوز شراؤه قبل ذلك على تأخيره إلى أن يتم نباته، ويجوز شراؤه بطعام نقداً أو إلى أجل على الجذ لا على التبقية اهـ. بلفظه. وربما يوافق كلام ابن سراج إن تؤمل، وأصل ما في المتيضي لابن فتوح قفف عليه في الشرح إن شئت.

(ص): وجائز في ذاك أن يستثنى إلى آخر الأبيات الثلاثة.

وَأِنْ يَكُنْ لِثَمَرَاتِ عَيْنَا فَمُطْلَقاً يَسُوعُ مَا تَعَيَّنَا

تعرض في الأبيات لحكم بيع الثمار واستثناء بعضها، فالإشارة في البيت الأول للثمار والمقائي والخضر ومغيب الأصل كالجزر فأخبر بما حاصله: أنه يجوز لبائع الثمار وما ذكر معها استثناء الجزء الشائع كالربع والثلث والنصف وأقل من ذلك وأكثر، وإلى هذا أشار بالبيت الأول، والدليل على أن مقصوده الجزء الشائع ما ذكر في البيت بعده وهو أنه إذا استثنى كيلاً أو وزناً أو عدداً فإن يكن ما استثناءه مقدار ثلث تلك الثمرة فأقل جاز ذلك وإلا فلا، إلا أن ظاهر قوله: ودون ثلث أن مقدار الثلث نفسه من حيز الكثير فلا يجوز استثناءه (وليس كذلك) وهذان وجهان: استثناء الجزء المشاع واستثناء قدر معلوم بكيل أو وزن أو عدد، والوجه الثالث استثناء ثمرة شجرة أو شجرات بعينها وذلك جائز أيضاً كان ذلك المستثنى قليلاً أو كثيراً. قال الشارح: لأنه غير مبيع فلا يدخله الخلاف الذي في كون المستثنى مبيعاً أو مبقياً، وقد أشار الشيخ خليل للوجهين الأولين بقوله: وثمره واستثناء قدر ثلث ثم قال: وجزء مطلقاً (ولم يذكر الوجه الثالث). ونقل الشارح على الوجهين الأولين عن المتيطي ما نصه: ويجوز لبائع الثمرة أن يستثنى جزءاً شائعاً منها قليلاً كان أو كثيراً، لأن البيع لم يتناول ذلك الجزء المستثنى، هذا هو المشهور من المذهب ثم قال: وللبائع أن يستثنى من الثمرة المبيعة كيلاً معلوماً فيما يكال أو وزناً معلوماً فيما يوزن إذا كان المستثنى ثلث الثمر فدون، ولا تجوز الزيادة على ذلك اهـ. ثم نقل على الوجه الثالث ما نصه: وفي النوارد عن الواضحة ومن باع ثمر حائطه واستثنى ثمر أربع نخلات بأعيانها جاز ذلك قلت أو كثرت اهـ. وإلى هذا التعميم في القليلة والكثيرة أشار الناظم بالإطلاق.

وَفِي عَصِيرِ الْكُرْمِ يُشْرَى بِالذَّهَبِ أَوْ فِضَّةٍ أَخَذَ الطَّعَامَ يُجْتَنَّبُ

يعني أن من باع عصير كرمه بذهب أو فضة فلا يجوز له أن يأخذ عن ثمنه قمحاً أو شعيراً ولا غيرهما من سائر الطعام لما في ذلك من اقتضاء الطعام من ثمن الطعام وهو ممنوع نظراً إلى ما آل إليه الأمر من طعام بطعام إلى أجل، وهذا الحكم (لا يختص بالعصير) بل كل طعام، كذلك لا يجوز أن يقتضي عن ثمنه طعاماً.

قوله: (وليس كذلك الخ) صحيح ولا فرق في جواز استثناء الثلث كانت الثمرة بساً أو ربطاً أو تمراً كما في الباجي وغيره، لأن المستثنى مبقى وبيئنا ذلك في الشرح. قوله: (ولم يذكر الوجه الثالث) كأنه غفل رحمه الله تعالى عن قول المختصر مستثنياً من الممنوع ما نصه: إلا البائع يستثنى خمساً من جنانه الخ في فصل الربوي. وفي قول المختصر: إلا البائع الخ كلام طويل من ابن عرفة وغيره نقلناه في الشرح، غير أن ما في النظم الاستثناء لثمر الشجرات، وما في المختصر للشجرات وثمرتها ولكن لا فرق إن تأملت الشرح.

(ص):

(وفي عصير الكرم يشرى بالذهب أو فضة أخذ الطعام يجتنب)

قوله: (لا يختص بالعصير) صحيح قال ابن الحاجب ما نصه: ويعتبر في الطعام مطلقاً أن من

فصل في الجائحة في ذلك

وَكُلُّ مَا لَا يُسْتَطَاعُ الدَّفْعُ لَهُ جَائِحَةٌ مِثْلُ الرِّيَّاحِ الْمُرْسَلِ
وَالجَيْشِ مَغْدُودٍ مِنَ الْجَوَائِحِ كَفَثْنَةٍ وَكَالْمَعْدُوِّ الْكَاشِحِ

تعرض في البيتين لتعريف الجائحة، فأخبر أنها كل ما لا يستطيع دفعه كالرياح العاصفة والجراد المنتشر والجيش يمر بالنخبل والفتنة والعدو والمطر والبرد والظير والنار ونحوها، وفهم منه أن ما يستطيع دفعه كمنارق ليس بجائحة وهو أحد قولين في المسألة. قال في المدونة: قال ابن القاسم: كل ما أصاب الثمرة من الجراد والريح والنار والغزو والبرد والمطر الغالب والدود وعفن الثمرة في الشجرة والسموم فذلك كله جائحة توضع

باع طعاماً إلى أجل لم يجز أن يشتري بذلك الثمن ولا بعضه طعاماً وإن خالفه لا قبل الأجل ولا بعده إلا أن يكون ككيه وصفته إن حمولة فحمولة وإن سمراء فسمراء اه. بلفظه. فكتب عليه في التوضيح ما نصه: هذه المسألة نافعة للناظر في مذهب مالك لدخول أشياء كثيرة تحتها وهي ليست من ببيعات الأجل وإنما أتى بها والله أعلم لمناسبتها في إلغاء الوسط وهو الذريعة والألتيق بها كتاب السلم والصلح، ومعناها أن من باع طعاماً مطلقاً ربوياً أو غيره بثمان إلى أجل لم يجز له ولا للمحال من قبله أن يأخذ بذلك الثمن ولا بعضه مثن هو عليه طعاماً وإن خالفه قبل الأجل أو بعده إلا أن يكون مثل الطعام الذي خرج من يده صفة ومقداراً لعدم التهمة حينئذ ويعد حينئذ إقالة. وقوله بثمان إلى أجل يريد وكذلك الحال وتأخر قبض الثمن حتى افترق المتبايعان وليس هذا مخصوصاً في المذهب بالطعام، بل لا يجوز أخذ اللحم عن ثمن الحيوان ولا العكس، ولا أخذ طعام من أجرة كراء أرض للحرث، قال في المدونة: ولا أخذ الثياب عن ثمن الغزل إذا مضى زمان يمكن أن تنسج فيه لأنه إجارة مجهولة، وأخذ القصيل عن ثمن الشعير بعد زمان يصير فيه قصيلاً، ولا السيف عن الحديد، وضابطه كل ما لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر إلى أجل فلا يجوز أن يقضى أحدهما عن ثمن الآخر، كأخذ الطعام عن ثمن الطعام، وأخذ ثوب عن ثوبين أو العكس، وأخذ غزل عن ثمن كتان بعد مدة يمكن فيها النسج، وأخذ قصيل عن ثمن الشعير بعد مدة يمكن فيها نباته والله أعلم، هذا كله منه بلفظه، فاشحذ ذهنك في الفهم لتكون من أهل العلم إن كنت من أهل الحزم مستعيناً بمولاك الذي خلقك وسواك وفهمك وهداك. وقوله وضابطه الخ لفقت ذلك بما نصه:

وكل مال بيعه قد حرموا بغيره لأجل قد حكموا
بينهما يمنع أخذه قضا عن ثمن لصاحب من مرتضى
ومثل ذاك أخذ لحم البقر عن ثمن لغنم فاعتبر

فصل في الجائحة في ذلك

وكل ما لا يستطيع الدفع له. إلى آخر البيتين.

من المبتاع إن أصابت الثلث فصاعداً، والجيش يمر بالنخل فيأخذ ثمرته فذلك جائحة، قال ابن القاسم: ولو سرقتها سارق كانت جائحة أيضاً، وقال ابن نافع: ليس السارق بجائحة. ابن يونس: (وقول ابن القاسم أصوب) لأنه فعل مخلوق لا يقدر على دفعه كالجراد اه. والكاشح المضمّر للعداوة وهو نعت للعدو.

فإن يَكُنْ مِنْ عَطَشٍ مَا اتَّفَقَا فالوَضْعُ لِلثَّمْنِ فِيهِ مُطْلَقًا
وإن تَكُنْ مِنْ غَيْرِهِ فَنِي الثَّمْرِ ما بَلَغَ الثَّلْثَ فَأَعْلَى الْمُعْتَبَرِ
وَفِي البُقُولِ الوَضْعُ فِي الكَثِيرِ وَفِي الَّذِي قَلَّ عَلَى المَشْهُورِ
وَأَلْحَقُوا نَوْعَ المَقَاتِي بِالثَّمْرِ هُنَا وَمَا كَالْيَاسَمِينِ وَالجَزْرِ

حاصل الأبيات أن الجائحة إن كانت من العطش فإنه يوضع عن المشتري ثمن ما أجيح (قليلاً كان) أو كثيراً وإليه أشار بالإطلاق، وإن كانت من غير العطش يفصل في ذلك ففي الثمار لا يوضع إلا ما بلغ الثلث فأكثر، ويلحق بالثمار في اعتبار الثلث أنواع المقاتي وما كالياسمين ومغيب الأصل كالجزر حسبما صرح به الناظم في البيت الرابع على بحث يأتي معاً في مغيب الأصل، وأما البقول فتوضع جائحتها قلت أو كثرت على المشهور. قال مالك: من اشترى شيئاً من البقول السلق والبصل والجزر والفجل والكرات وشبه ذلك فإنه يوضع قليل ما أجيح من ذلك وكثيره. ابن المواز: واللفت والأصول المغيبة في الأرض ممّا لا يدخر هي بمنزلة البقل. سحنون: وأما الزعفران والريحان والبقل والقرط والقضب فإن الجوائح توضع في قليلها وكثيرها ولا تصحّ فيها المساقاة اه. من المواق. (تنبيه: ما ذكره الناظم) من إلحاق مغيب الأصل كالجزر بالثمار فلا توضع جائحتها إلا إذا بلغت الثلث هو أحد قولين في المسألة، ونقله في العتبية عن سحنون عن

قوله: (وقول ابن القاسم أصوب) قال في الشامل مختصراً لما في التوضيح ما نصّه: الجائحة ما لا يمكن دفعه من سماوي وجيش، وقيل بسماوي فقط لا سارق على المشهور، وقيل والسارق، وقيل إن لم يعرف وإلا تبعه المشتري ملياً أو غيره اه. بلفظه. والتشهير ذكره في التوضيح عن ابن عبد السلام وابن يونس صوب خلافه، وقول الشامل وقيل إن لم يعرف الخ يقتضي أن هذا قيد فيه خلاف وليس كذلك وإنما هو قيد لقول ابن القاسم إنه جائحة إذا لم يعرف بلا خلاف عندهم، انظر الشرح في هذه الأمور ولا بد ولا بد، وما شهره ابن عبد السلام هو قول في المدونة وعليه أكثر الشيوخ كما في الباجي، بل في نوازل المعاوضات من المعيار أن السلطان الجائر إذا أخذ الثمرة المشترية فذلك جائحة الخ، وربما يشمله قول الفقهاء ما لا يستطيع دفعه.

(ص): فإن يكن من عطش ما اتفقا. إلى آخر الأبيات الأربعة.

قوله: (قليلاً كان الخ) أي ما لم يكن تافهاً لا خطب له وهذا هو البين، وقد نصّ عليه المتطي وغيره، وهو في أنفاس ابن الناظم أيضاً وإن كان ظاهر المدونة الإطلاق، وكذا كلام غير واحد، وقد ذكرنا ذلك في الشرح، وهذا جار أيضاً في البقول لأن غالب جائحته من العطش كما في التوضيح.

قوله: (تنبيه: ما ذكره الناظم الخ) مغيب الأصل قال فيه في التوضيح: مذهب المدونة أنه

ابن القاسم حسبما نقله الشارح، وتقدم قريباً في نقل المواق أنه بمنزلة البقل توضع جائحته وإن قلت، وعليه درج الشيخ خليل حيث قال: وتوضع من العطش وإن قلت كالبقول والزعفران والريحان والقرط والقضب وورق التوت ومغيب الأصل كالجزر والجزر الإسفرانية، وانظر هل يحاول على إفادة الخلاف في مغيب الأصل من النظم وذلك إن أعربنا قوله: والجزر مبتداً وقول في البيت بعده والقضب عطف عليه وجملة به قولان خبر عن الجزر وما عطف عليه وباء به ظرفية وضميرها للمذكور من جزر وقصب لأن ذكر الخلاف أولى من الاقتصار على غير المشهور. ونقل الشارح عن الاستغناء ما نصه: من جعل في الفجل والجزر واللفت والأصول المغيبة الجائحة في الثلث فصاعداً يجعل فيها الشفعة، ومن جعل الجائحة فيها في القليل والكثير كالبقول لم يجعل فيها الشفعة، والأحسن فيها قول المدونة أن لا شفعة فيها وليست كالباذنجان والمقائي لأن هذه لها ثمرة تخرج عن أصولها تجتنى وتبقى أي الأصول اهـ. قوله: وليست كالباذنجان والمقائي أي اللذين لا توضع جائحتهما إلا إذا بلغت الثلث بل توضع من مغيب الأصل وإن قلت لأنها إذا جنيت لم يبق لها أصل. تنبيه ثاني يتعلق بقول الناظم: وإن تكن من غيره ففي الثمر، البيت أشار الشيخ خليل للمسألة بقوله: وتوضع جائحة الثمار كالموز والمقائي. قال الشيخ ابن غازي: نبه بالثمار على ما يدخر كالتمر والعنب، ونبه بالموز على ما لا يدخر كالخوج والرمان، ونبه بالمقائي على ما يطعم بطوناً كالورد والياسمين حسبما هو مبسوط في المدونة، وينطبق قوله: وإن بيعت على الجذ على الجميع اهـ.

وَالْقَصَبُ الْحُلُوبُ بِهِ قَوْلَانِ كَوَرَقِ الثُّوتِ هُمَا سَيِّانِ

يعني أن في القصب الحلو وورق التوت قولين هل يلحقان بالثمار؟ فلا توضع الجائحة فيهما إلا إذا بلغت الثلث فأكثر أو يلحقان بالبقول فتوضع جائحتهما وإن قلت. نقل الشارح عن النوادر أن الجائحة في قصب السكر لا توضع حتى تبلغ الثلث وأنه قول ابن القاسم. ثم نقل عن كتاب ابن المواز أن الجائحة توضع في قصب السكر وإن قلت، ونقل أيضاً عن الواضحة قال: وجائحة ورق التوت الذي يباع ليجمع أخضر لعلف دود الحرير كجائحة البلح وشبهه يوضع الثلث فصاعداً وليس كالبقل. وروى أبو زيد في ورق التوت عن ابن القاسم في العتبية أنه كالبقل يوضع منه ما قل وما كثر. (وذهب الشيخ خليل) على عدم الجائحة في قصب السكر رأساً لا يجوز بيعه حتى يطيب ويمكن قطعه

كالبقول، ولكن كون جائحته في الثلث قول قوي كما يدل عليه كلام ابن الناظم، وانظر الشرح إن شئت هنا وفي باب الشفعة عند قول المتن وكثمرة الخ، وما طول به هذا الشارح فلا يخفأك بعد معرفة الفقه.

(ص):

(وَالْقَصَبُ الْحُلُوبُ بِهِ قَوْلَانِ كَوَرَقِ الثُّوتِ هُمَا سَيِّانِ)

قوله: (وذهب الشيخ خليل الخ) ما مرّ عليه في المختصر هو مذهب المدونة ولكن في المسألة

وليس هو ببطون، وقيل فيه الجائحة وعلى هذا فهل هو كالثمار أو كالبقول؟ القولان المتقدمان وإنما شرحنا القولين في قصب السكر بما ذكر دون القول بالجائحة وعدمها ليوافق القولين في ورق التوت على أنه كالبقول توضع جائحته وإن قلت لكونه قول ابن القاسم.

وَكُلُّهَا الْبَائِعُ ضَامِنٌ لَهَا **إِنْ كَانَ مَا أُجِيعَ قَبْلَ الْإِنْتِهَاءِ**
يعني أن الثمار كلها في ضمان البائع فيرجع عليه بجائحتها إذا أجيحت قبل انتهاء الطيب، ومفهومه أن ما أجيح بعد انتهائه فلا يرجع به على البائع وضمانها حينئذ من المشتري، وإنما كانت في ضمان البائع قبل انتهاء الطيب، لأن للمشتري حقاً على البائع في إبقاء الثمرة في أصولها لصلاحها وكمال طيبها فقد بقي له فيها حق توفية وله على البائع سقيها، وظاهر النظم أن بانتهاء الطيب تخرج من ضمان البائع وإن لم يمض من الزمان ما يمكنه فيه قطعها وهو أحد أقوال ثلاثة. (قال الحطاب ناقلاً عن ابن رشد) في

خلاف قوي وأنه فيه الجائحة إذا بلغ ذلك الثلث وهو قول ابن القاسم ورواه عنه سحنون في المدونة، قال ابن يونس هو القياس واستحسنه وهو الذي قاله ابن جبيب وقد حصل فيه أي القصب الحلو ثلاثة أقوال: إسقاط الجائحة وثبوتها في القليل والكثير وثبوتها إن بلغت الثلث، فما في النظم قوي من وجوه الشفعة فيه إن بلغت الثلث فافهم، ومرّ في المختصر على الجائحة في ورق التوت وإن قلت، وفي أبي الحسن ورق التوت كالبلح جائحته الثلث فصاعداً. وروى أبو زيد عن ابن القاسم أنه كالبقول الخ فمرّ في المختصر على قول ابن القاسم على عادته في الغالب.

(ص):

(وكلها البائع ضامن لها **إن كان ما أجيح قبل الانتها)**

قوله: (قال الحطاب ناقلاً عن ابن رشد الخ) هذه مسألة كثر فيها الكلام وشاع فيها الخصام بين الفحول الأعلام وقد استوفيناه في الشرح، والذي تحصل لنا من كلامهم بعد تأمله أن ما اشترى بعد اليبس كالتمر بالمثناة والزرع فلا جائحة فيه أصلاً لأنه كصبرة، وكذا ما انتهى طيبه وأخر لسوق أو لشغل، وأما إن انتهى طيبه والعادة أنه يؤخذ مرة واحدة فلا جائحة فيه، وإن كان العادة فيه أنه يؤخذ شيئاً فشيئاً ففيه الجائحة، كالمشتري على القطع فإن فيه الجائحة لكونه لا يؤخذ مرة واحدة، وأما إذا انتهى طيبه وبقي لحفظ نضارته ففيه خلاف، وظاهر المختصر لا جائحة فيه، ولكن إنما يحسن ذلك فيما يقطع مرة واحدة بحسب العادة، وظاهر المختصر مذهب ابن القاسم وهو المشهور كما في المتيطي، وبه يسقط اعتراض ح على المختصر، وكذا من تبع ح. وأما قولنا يحسن الخ أي وأما إذ انتهى طيبه والعادة أنه يجذ شيئاً فشيئاً فظاهر كثير من النقول أنه لا جائحة فيه ولكن يشكل ما يبيع على الجذاذ وهو قول المتن وإن بيعت على الجذ أي ففيها الجائحة، وقد سأل ابن عبدوس سحنوناً فقال: لم أجعل فيها الجائحة أي الثمرة المشتراة على الجذاذ ولا سقي على البائع فقال: لأن معناه أن المشتري يأخذ ذلك شيئاً فشيئاً وعلى قدر الحاجة، ولو دعاه البائع على أن يأخذه في يومه لم يكن له ذلك الخ. وقد نقلناه في الشرح والمدونة فيها أن الجائحة فيما اشترى على الجذاذ، ولعل الجواب عن ذلك أن ما تنهى طيبه يمكن جذه مرة واحدة إذ لا فساد في ذلك في الجملة، ولا كذلك ما اشترى على الجذاذ كما يفهم من

المقدمات: أحدها: أن الثمرة تدخل في ضمان المشتري ويسقط عن البائع فيها حكم الجائحة بتناهي طيبها وإن لم يمض من المدة بعد تناهي طيبها ما يمكنه فيه قطعها. الثاني من الأقوال: أنها لا تدخل في ضمانه ولا يرتفع عن البائع حكم الجائحة إلا بعد تناهي طيبها وإن يمضي من المدة بعد تناهي طيبها ما لو شاء المبتاع أن يجدها فيه جذها. الثالث: أنها لا تدخل في ضمانه ويرتفع عن البائع حكم الجائحة حتى يمضي من المدة بعد انتهاء طيبها ما جرى عليه العرف من التراخي في ذلك واشترى عليه المشتري ودخل عليه البائع، لأن العرف البين عندهم كالشرط، وهذه مسألة جيدة مستقصاة محصلة غاية التحصيل لم أرها مجموعة ولا مخرصة محصلة لمتقدم ولا سمعتها من متأخر، والله الموفق الهادي بعونه اهـ. كلامه. ونقله ابن عرفة بتمام معناه في أوجز عبارة وألطف إشارة. ونصه ابن رشد فيما أجيح قبل كمال طيبه الجائحة اتفاقاً لحق المبتاع في بقائها حتى تيبس، وما أجيح بعد إمكان جذها بعد طيبه وقبل مضي ما يؤخر إليه جذه عادة يجري على اختلاف قول مالك في البقول، وما أجيح بعده من مبتاعه اتفاقاً ففي كون الثمرة من مبتاعها يتناهي طيبها، وإن لم يمض ما يمكنه فيه جذها أو بمضيها ثالثها بمضي ذلك وما يجري العرف بالتأخير إليه، وهذا تحصيل لم أره لغيره اهـ. وقول ابن عرفة في الوجه الثاني على اختلاف قول مالك في البقول أي لأنه قال مرة فيها الجائحة ومرة قال لا جائحة فيها، فالثمره بعد بدو صلاحها كالبقول، ويجري الخلاف في هذا الوجه أيضاً على الاختلاف في ضمان المكيل إذا تلف بعد أن يمتلئ في يد المشتري وقبل أن يفرغه في وعائه.

تنبيهات: الأول: لم يذكر الناظم كيفية الرجوع على البائع بالجائحة وفي ذلك تفصيل لأن الشمار على قسمين: الأول: أن يكون ما يبيع من الثمر ممّا شأنه أن ييبس ويدخر ويحبس أوله على آخره حتى يجذ جميعه، وسواء كان ممّا يخرص أو لا، وذلك كالتمر والعنب والزيتون والجوز واللوز والفسق ونحو ذلك، فهذا إذا أجيح منه القدر المعتبر في الجائحة وهو ثلث المكيلة فأكثر وضع عن المشتري نسبة ما أجيح من الثمن قولاً واحداً ولا يلتفت هنا إلى القيمة، فإن أجيح مثلاً ثلث مكيلة الحائط وضع عن

تعليق ابن يونس في كون الجائحة فيما اشترى على الجذاد، والحاصل الضرر في قطع ما لم يطب في مرة أكثر ممّا طاب في قطعه مرة واحدة، ويحتمل وهو الظاهر أن من قال لا جائحة فيما تناهي هو حيث لم تجر عادة بقطعه شيئاً فشيئاً، ومن قال فيه الجائحة هو حيث تكون العادة جذه مرة بعد مرة وعليه فلا اختلاف بينهم لكن لم أر من قاله لكنه ظاهر من تأمل كلامهم، وقد نقلناه في قول المختصر على هذا، وإن بيعت على الجذ أي وبأخذها شيئاً فشيئاً يفهم منه أن قوله وإن تناهت الخ أن ذلك حيث تجري عادة بقطعه مرة واحدة ويدل للجمع المذكور من فصل في ذلك وقد نقلناه في كلام ابن عرفة، فمن قال لا جائحة أراد ما يقطع في مرة، ومن قال بالجائحة أراد غير مرة وهذا تفصيل المفصل، فالمطلق لكلامه يقيد بكلام غيره إذا ظهر لذلك وجه احتمال الأمر التقييد فافهم قوله وحاصله الخ، هذا فيه كلام طويل في الشرح واختصاره يطول بنا فانظره إن شئت.

المشتري ثلث الثمن أو النصف وضع عنه نصف الثمن ونحو ذلك، وإن أجيح أقل من ثلث الثمرة في المقدار لم يوضع عنه شيء ولا تقويم في هذه الأشياء لأن لمبتاعها تعجيل جدها أو تأخيرها حتى تبيس، وقريب من هذا اللفظ في المدونة. قال الشيخ أبو الحسن الصغير: لا تقويم في هذه الأشياء لأن قبة المجاح وغيره متساوية لا تتفاوت، فلا فائدة للتقويم بخلاف ما يتفاوت طبيه، وما اختلفت بطونه فإن القيمة فيه مختلفة اهـ. القسم الثاني: قال ابن القاسم: وما بيع مما يطعم بطوناً كالمقائي والورد والياسمين وشبهه أو من الثمار أو مما لا يخرص ولا يدخر مما يطعم في كرة إلا أن طبيه يتفاوت ولا يحبس أوله على آخره كالتفاح والرمان والخوخ والتين فإن أجيح شيء من ذلك نظر، فإن كان ما أصابت الجائحة منه قدر ثلث الثمرة في النبات فأكثر أول مجناه أو وسطه أو آخره حط من الثمن قدر قيمته في زمنه من قيمة باقيه كان في القيمة أقل من الثلث أو أكثر، وإن كان المجاح من الجميع أقل من الثلث في كيل أو وزن لا في القيمة فلا يوضع فيه جائحة زادت قيمته على الثلث أو نقصت، مثل أن يبتاع مقشأة بمائة درهم فأجيح بطن منها ثم جنى بطنين فانقطعت، فإن كان المجاح مما لم يجح قدر ثلث النبات بعد معرفة ناحية النبات وضع قدره، وقيل: ما قيمة المجاح في زمنه؟ فقيل: ثلاثون، والبطن الثاني عشرون، والثالث عشرة في زمانها لغلاء أوله وإن قل ورخص آخره وإن كثر فيرجع بنصف الثمن، وكذلك لو كان المجاح تسعة أعشار القيمة لرجع بمثله من الثمن، وإن كان أقل من الثلث في النبات لم يوضع منه شيء وإن كان قيمته تسعة أعشار الصفقة، وكذلك فيما يتفاوت طبيه مما ليس بطناً بعد بطن اهـ. من المواق. وهذا الذي ذكره هو المشهور، وحاصله أنه يقوم المجاح في وقته وغير المجاح في وقته ثم ينسب قيمة المجاح من المجموع، فإن كانت ثلثاً رجع بثلث الثمن، وإن كانت ربعاً رجع بربع الثمن، وإن كان نصفاً رجع بنصف الثمن وهكذا. وقيل: إن الجائحة معتبرة بثلث القيمة، فإن أجيح قيمة ثلث ذلك أو أكثر وضع عن المشتري نسبة ذلك من الثمن وإلا فلا، وهذا قول أشهب في المدونة أيضاً وغيرها، وإلى هذين القولين أشار الإمام ابن الحاجب بقوله: ويعتبر ثلث المكيلة لا ثلث القيمة مطلقاً عند ابن القاسم، فيحط من الثمن قدر قيمته من باقيه كانت أقل من الثلث أو أكثر. وقال أشهب: المعتبر ثلث القيمة ولو كان يحبس أوله على آخره كالعنب والرطب فبالمكيلة باتفاق اهـ. فقوله: مطلقاً عند ابن القاسم أي كان مما يطعم بطناً أو بطوناً كالمقائي والورد والياسمين، ويحتمل بلغ ثلث القيمة أم لا. وقوله: قدر قيمته أي قيمة المجاح الذي هو الثلث فأكثر منسوباً من قيمة المجموع ما أجيح وما لم يجح كما تقدم، فبتلك النسبة يرجع من الثمن. وقوله: باتفاق قال في التوضيح: حكى جماعة هذا الاتفاق كالمؤلف لكنه مقيد بأن يكون صنفاً واحداً، ولو كان أصنافاً كالبرني والجعروري والصيحاني لجرى على الخلاف اهـ. أي المتقدم بين ابن القاسم وأشهب هل المعتبر المكيلة أو القيمة؟ الثاني: إذا بقي بعد الجائحة شيء فإنه يلزم المشتري بما ينويه من الثمن، وإن قل وليس له رد ذلك على البائع وأخذ جميع ثمنه كما إذا استحق جل المبيع، إذ لا سبب للبائع في الجائحة، ففارق ذلك حكم الاستحقاق والرد بالعيب قاله

ابن رشد. وإلى ذلك أشار الشيخ خليل بقوله: ولزم المشتري باقيها وإن قل. الثالث: غلو السعر غير مسقط للرجوع بالجائحة، قال الحطاب: صرح بذلك ابن شعبان في الزاهي ونصه: ولو أجيح وغلا ثمن الثمرة حتى زاد على المعلوم من الأثمان لو لم تكن جائحة ما سقطت اهـ. ومن أراد تتبع مسائل هذا الفصل فعليه بتأليف الإمام الحطاب في مسائل الجوائح المسمى بالقول الواضح في مسائل الجوائح. الرابع: إنما قدمنا في هذا الفصل بعض الآيات على بعض لما رأينا في ذلك من المناسبة والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في بيع الرقيق وسائر الحيوان

بَيْعُ الرَّقِيقِ أَضْلُهُ السَّلَامَةُ وَحَيْثُ لَمْ تُذَكَّرْ فَلَا مَلَامَةَ
وَهُوَ مُبِيعٌ لِلْقِيَامِ عِنْدَمَا يُوجَدُ عَيْبٌ بِالمَبِيعِ قَدَمًا

يعني أن الأصل في بيع الرقيق السلامة من العيب، فإن نص عليها فلا إشكال، وإن لم تذكر فلا ملامة في عدم ذكرها والبيع محمول عليها وإن سكت عنها استصحاباً للأصل، فلذلك كان للمشتري القيام بالعيب القديم يجده بالمبيع لا يحدث مثله عند المشتري ما لم ينص على البراءة، فلا قيام للمشتري على البائع حينئذ بعيب إلا بما ثبت تدليسه به، وإلى إباحة قيام المشتري بالعيب القديم أشار المؤلف بقوله: وهو مبيع البيت والضمير لبيع الرقيق الذي أصله السلامة يعني ما لم يدخل على البراءة فلا قيام له كما ذكر. قال ابن سلمون: بيع الرقيق على وجهين: على السلامة من العيوب وعلى البراءة، ويكتب في الوجه الأول: اشترى فلان من فلان مملوكة رومية اسمها كذا أو مملوكة سوداء

فصل في بيع الرقيق وسائر الحيوان

(ص): بيع الرقيق أصله السلامة. إلى آخر البيتين. قال في المختصر: ومنع منه بيع حاكم ووارث رقيقاً فقط بين أنه أرث وخير مشتر ظنه غيرهما وتبرى غيرهما فيه مما لم يعلم إن طالت إقامته، وإذا علمه بين أنه به ووصفه أو أراه له ولم يحمله اهـ. فقوله رقيقاً فقط هو راجع لبيع الحاكم والوارث كما هو ظاهر المتن وإن كان في المسألة خلاف، وهذا هو الذي يظهر رجحانه من الخلاف ولا يشترط في الحاكم والوارث أن يتبرأ من العيب كان يسيراً أو لا وإنما يشترط أن يكون البائع حاكماً أو وارثاً فقط وإذا لم يعلم المشتري بأن من باع منه حاكم ولا وارث ثم اطلع على أنه حاكم أو وارث فله الخيار في حل البيع عنه وإن لم يظهر عيب في المشتري لأنه بيع براءة ولم يعلم بذلك وهو قول المتن وخير مشتر الخ. وقوله: ومنع منه أي ولو وقع الشراء ببراءة^(١) وبيع الحاكم ونحوه

(١) قوله: «أي ولو وقع الشراء ببراءة إلى قوله: فإنه لا يرجع المشتري» لا يخفى ما في هذه العبارة من الركة والتناقض بين قوله وقع الشراء ببراءة وقوله ولم يذكروا أنه بيع براءة فلعل فيها تحريف أدخل باستقامة لفظها ومعناها على أنه لا حاجة لها إذ قد علمت حاصل الفقه في بيع الحاكم والوارث فحرر،
١. هـ. مصححه.

جناوية أو بربرية اسمها كذا، أو مملوكاً اسمه كذا ونعته كذا، بثمن مبلغه كذا، يدفعه لأجل كذا، وقبض المشتري ما اشتراه بعد النظر والتقليب والرضا على الصحة من جميع العيوب، أو بعد العلم بأن بها من العيوب كذا وكذا، فرضيها والتزمها، وعلى السلامة مما عدا ذلك وشهد عليهما بذلك وبمحضر المملوكة وعلى عينها وإقرارها بالرق لبائعها المذكور إلى أن عقد عليها هذا البيع المسمى وفي تاريخ كذا. بيان: فائدة الاعتراف بالرق أنه قد يثبت حرية والبائع عديم والعبد أو الأمة ذو مال فيرجع عليه بالثمن. وفي كتاب الاستغناء أنه لا قيام له بعد ذلك بالحرية إن ادعاها. وقولنا على الصحة والسلامة بيان حسن، وإن سكت عنه فالبيع محمول على ذلك الوجه حتى ينص فيه أنه على البراءة، وحكم هذا البيع أن ما ألقى في المبيع من عيب أقدم من أمد البيع رجع به اه. ويأتي الكلام على بيع البراءة حيث ذكره الناظم.

(فرع: نقل الشارح) عن المقرب ما نصه: ولمالك في سماع أشهب أنه قال: من اشترى بالبراءة فلا يبيع بيع الإسلام وعهده حتى يخبر أنه اشتراه بالبراءة، ومن اشترى ببيع الإسلام وعهده فلا يبيع بالبراءة لأن هذا مما يكون في مثله التدليس إلا رجلاً باع لدين عليه أو في ميراث أو بيع السلطان فإن لهؤلاء أن يبيعوا بيع البراءة وإن كانوا قد ابتاعوا بيع الإسلام وعهدة الإسلام اه.

وَالْعَيْبُ إِذَا ذُو تَعَلَّقِ حَصَلَ
أَوْ مَالَهُ تَعَلَّقَ لِكَيْهِ
أَوْ بَائِنٌ كَالرَّوْجِ وَالْإِبَاقِ
إِلَّا بِأَوَّلِ بِمَا مِنْهُ ظَهَرَ
وَالْحَلْفُ فِي الْحَقِيقِيِّ مِنْهُ وَالْحَلْفُ
ثُبُوتُهُ فِيمَا يُبَاعُ كَالشَّلَلِ
مُتَعَلِّقٌ عَنْهُ كَمِثْلِ الْجَنَّةِ
فَالرَّدُّ فِي الْجَمِيعِ بِالْإِطْلَاقِ
لِمَنْ يَكُونُ بِالْعُيُوبِ ذَا بَصَرٍ
يَلْزَمُ إِلَّا مَعَ تَدْيِينِ عُرْفِ

يعني أن عيوب الرقيق على ثلاثة أقسام. أحدها: أن يكون متعلقاً به تعلق ثبوت لا ينتقل عنه كالشلل والقطع والكي ونحو ذلك. والثاني: أن يكون متعلقاً به تعلق انتقال

ولم يذكروا أنه بيع براءة فإنه لا يرجع المشتري. وقلنا نص ذلك عند قول المتن كبيع بعهدة ما اشتراه ببراءة. وقوله: وتبري غيرهما فيه أي في الرقيق، والإقامة الطويلة حددت بستة أشهر. وقوله: وإذا علمه أي علم العيب. وقوله: بين أنه به أي المبيع ولا فرق حيث يكون العيب بالمبيع بين أن يكون المبيع رقيقاً أو غيره، وإنما يفترق الرقيق من غيره في التبري من العيب الذي لم يعلمه البائع فيصح ذلك في الرقيق ولا يصح في غيره لأن الرقيق يكتم عيبه في الجملة، وهنا كلام طويل في الشرح واكتفينا بهذا لتفهيم به ما أشار إليه هذا الشارح.

قوله: (فرع: نقل الشارح الخ) صدر هذا الفرع هو قول المتن: كبيع بعهدة ما اشتراه ببراءة ونقلنا هذا الكلام بتمامه هناك.

(ص): والعيب إما ذو تعلق حصل إلى آخر الأبيات الخمسة.

كالجنون والبول في الفراش ونحو ذلك. والثالث: أن يكون بائناً عنه كالسرقة والاباق والزوج ونحو ذلك، وإلى هذه الأقسام أشار البيهقي والأولين وشرط الثالث. والشلل يبس الكف لجرح أو غيره، فمن اشترى رقيقاً فوجد فيه عيباً قديماً من القسم الثاني أو الثالث فله الرد به كان المشتري عارفاً بالعيوب أو غير عارف بها، وكذلك له الرد بعيوب القسم الأول لغير العارف ظاهراً كان العيب أو خفياً، وأما العارف فلا رد له بما كان منه ظاهراً تقديماً للغالب الذي هو رؤيته والعلم به على الأصل الذي هو الجهل به، وأما الخفي ففي رجوع العارف به قولان، أحدهما: أنه لا رد له رواه ابن حبيب وغيره عن مالك. والثاني: أنه يرد بعد أن يحلف ما رآه قوله ابن القاسم إلا أن يكون مع بصره غير متهم لتدينه فله الرد في الظاهر والخفي دون يمين، وإلى الرد بما ذكر إلا ما استثني منه أشار بقوله: فالرد في الجميع بالإطلاق إلا بأول إلى آخر البيهقي، وضمير منه في البيت الرابع والخامس للقسم الأول من العيوب. وقوله: والخلف في الخفي منه الخ يعني والمسألة بحالها من كون المشتري ذا بصر بالعيوب وحلفه مفرع على أن له الرد كما تقدم، على أن تقسيم المشتري إلى كونه عارفاً بالعيوب أو لا (إنما يظهر معناه في القسم الأول) فقط مما هو متعلق بالمبيع، إذ هو الذي يتفرق فيه العارف من غيره. وأما القسمان الأخيران

قوله: (إنما يظهر معناه في القسم الأول الخ) قد أطال الناس الكلام في العيب الخفي وضده ومن له بصيرة ومن لا، وجمعنا كلام الناس في الشرح كلام ابن عرفة ومن قبله ومن بعده بحسب ما أقدروا الله عليه عند قول المتن: والقول للبائع وفي موضع آخر من شرحنا، وملخص كلام الناس على التحقيق بحسب فهمنا هو أن المشتري للشيء الحاضر إذا غلب على الظن أنه اطلع على العيب فلا كلام له وإلا فله الرد، ولا فرق في سبب ظننا أنه رضي بما ذكر كان من جهة كون العيب ظاهراً ظهوراً بيناً لا يخفى على من نظر المبيع وقلبه، أو من جهة بصيرة المشتري بالعيوب أو من طول المدة التي باشر فيها المبيع، ويراعى تدين المشتري وخيانتته وتبلده وفطانتته وتقليبه تقليباً تاماً وغير تام ووقتاً دون وقت، فإن بعض الأوقات تظهر فيه العيوب ظهوراً تاماً وتخفي بعض الأوقات وغير ذلك، كقوة الضوء وضعفه، وقلة الابصار وضعفه، وتسيير الدابة وعدمه، والحمل عليها وعدمه، وهي أمور كثيرة لا تكاد تنحصر، ومعيارها غلبة الظن أنه اطلع على العيب وكلام الناس دال على هذا، ومن ارتاب فالعرب بالباب فليُنظر الكتاب، وإذا قلنا لا يلزمه المبيع فيحلف إن أمكن اطلاعه على العيب حين قلبه أو استعمله وإلا فلا يمين، ولا يحلف مشتري ادعيت رؤيته والقرينة ظاهرة، وذكروا أن البائع إذا حقق الدعوى على المشتري أنه رأى العيب فإنه يحلف وإن اتهمه فقط فالتهمة تضعف وتقوى، ولا بدّ من قرائن الأحوال في هذا كله والنظر لقرائن كل نازلة نازلة، إذ كل نازلة لها قرائن تحف بها كما في المعيار، وفي المختصر: إن قامت قرينة فعليها وهذا بحر لا ساحل له، ولكن من له عقل يخوضه ويسلم إن أعانه الله تعالى وأخلص عمله له تعالى، ألا ترى إلى رجل ليس له إلا ما يشتري به حماراً باعتبار ظاهر حاله وهو عارف بأحوال الدواب إذ هو يخدم عليها واجتهد في تقليب حمار حين اشتراه وشاور غيره من العارفين وبيته عنده وركبه واستخدمه وعلفه ثلاث ليال مثلاً وهو له فطنة في هذا الأمر وتكرر شراؤه للحمير منذ أزمته يبيع حماراً أو يشتري غيره أو يموت له الأول فيشتري غيره ثم وجد العيب فيه بعدها ثم قام وادعى عدم رؤيته لذلك العيب وهو قد يظهر

فالعارف وغيره فيهما سواء، وإنما يذكر فيهما تمييزاً للتقسيم لا غير. قال الشارح: وأما ما تعلق من العيوب بالأبدان تعلق انتقال أو كان بائناً عنها فللمبيع الرد به نخاساً كان أو غيره.

عند التقلب التام ويخفى عند غير التام وذلك بياض بعينه مثلاً فإنه لا ردّ هنا بذلك لأن القرائن دلّت على كذبه وأنه في الغالب رآه، ولو كان رجل له أموال واشترى هذا الحمار ومعه بلادة ولم يبيته ولا شاور ولا ركب وإنما دفعه يرضى مع دوابه بعد تقلبيه على ما يقتضيه حاله فإن أمر هذا بالعكس لما تقدم، وهكذا يجب على القاضي النظر لهذه الأمور، والقاضي اليوم يؤتى برقعة فيها شهادة رجلين يسميان بيطرين فيقولان هو عيب يخفى عند التقلب ويحكم بذلك بلا تردد ولا بحث في كونهما يعرفان بضمن ما أشرنا إليه من المحصل أم لا، وهذا تفويت أموال لا تحصى فإننا لله وإنا إليه راجعون ما كان القضاة هكذا، ومن وقف على أحكام ابن سهل والوثائق المجموعة لابن فتوح والمتيطية وغيرها ظهر له احتياط القضاة في هذه الأمور مع قلة دين البيطرة وتمجز الكاتب السامع منهم وعدم تنقير القاضي وسؤاله إياهم عما شهدوا به وما سبب علمهم بذلك، وكذا إن شهد له غير البيطرة بأن فلاناً من البيطرة فيعتمد قوله سيما إذا وجدت الداهية العظمى والطامة الكبرى وهي كونه يقبض أجرة وضع يده على الرسم الذي فيه شهادة البيطرة مثلاً فإنه يطلب تصحيح الرسم ما أمكن لئتم له قبض الأجرة وأحرى كاتب الشهادة وأحرى البيطار، ومن عانى القضاء علم هذا ضرورة، ولكن إن كان ذا خشية من عذاب الله الذي لا يطاق وخوف من سخط الواحد القهار، اللهم يا من له الرحمات التي ليس لها نهايات ارحمنا برحمتك وتب علينا بهياتك فإنك جواد كريم غفور رحيم، وقد لفقنا في هذا الأمر المشار إليه ما نصّه:

من العيوب غالباً قد ينجلي	وكل ما خفي لدى التأمل
في قائم العينين فافهم واعقلا	ردّ به مثل عمى قد حصل
على الظنون أي عيب غيبا	تلخيص ما ذكر مهما غلبا
.....	من مشتري بأي وجه حصل ^(١)
بعكس ما ذكر قل يا حبيذا	فردّه ممتنع وضدّ ذا
مع احتمال علمه فلتفهما	لكنه يحلف ما قد علما
نتبع الحق ببحث ينتشر	ثم نجاة في جميع ما ذكر
تحفه قرينة يا عاقل	فكل حادث من النوازل
على القضاء قبل حكم قد طلب	أو عدد منها وفهما يجب
لكن ذا يعلمه من قد فهم	ومع ذا إذا نجا فقد رحم
أنت غفور مالك البرايا	نحنا يا رب من الخطايا

(١) سقط الشطر الأخير من مبيضة المؤلف فحرر الفقه نقلاً.

(تفريع): إنما يثبت للمشتري الرد بالعيب إذا أثبت العيب وكونه قديماً أي قبل البيع ولم يدخل عليه المشتري ولا رضي به بعد الشراء، فإذا تنازعا في وجود العيب الخفي فقال في التوضيح: قال في الجواهر لا يقبل دعوى المبتاع إن باع له عيباً دون أن يبينه بالمشاهدة إن كان مشاهداً، أو بالبينة إن كان غير مشاهد. ابن الحاجب: فإن لم يوجد عدول قبل غيرهم للضرورة. قال الباجي: ولو كانوا غير مسلمين، وسيأتي هذا للناظم آخر الترجمة. وإذا تنازعا في قدم العيب وحدوثه فقال في التوضيح: لا يخلو العيب إما أن يكون ممّا لا يحدث عند المشتري أو ممّا يعلم أنه لا يكون عند البائع، فالقول في الموضوعين قول من قوي سببه منهما مع يمينه أو يكون محتملاً فيشبهه المبتاع بالبينة، فإن لم توجد البينة فالقول قول البائع مع يمينه، إذ الأصل لزوم العقد اهـ. فقوله: ممّا لا يحدث عند المشتري أي لظهور علامة قدمه. وقوله: أو ممّا يعلم أنه لا يكون عند البائع أي لظهور علامة حدوثه. وقوله: فالقول قول من قوي سببه هو المشتري في الصورة الأولى والبائع في الثانية. وإذا تنازعا في دخول المشتري على العيب فادعى البائع أنه أخبره بالعيب أو أراه إياه وأنكر ذلك المبتاع فإنه يلزم المبتاع اليمين، فإن حلف ردّ بالعيب، وإن نكل حلف البائع وبريء منه، قاله الباجي نقله في التوضيح، وإذا تنازعا فادعى البائع أن المشتري علم بالعيب ورضيه ففي المدونة ليس له أن يحلف المبتاع إلا أن يدعي أنه علم رضاه بمخبر أخيره أو يقول: قد بينته له فرضيه، قال فيها وكذلك إن قال له احلف أنك لم تر العيب عند الشراء فلا يمين عليه حتى يدعي أنه أراه إياه فيحلف قاله في التوضيح، وكيفية دخول المشتري على العيب أن يخلو إما أن يتفاوت في نفسه بالقلة والكثرة أو لا، فالثاني يبرأ بتسميته كقطع اليد والعور مثلاً، وأما الأول فلا تنقطع حجة المشتري فيه إلا بثلاثة شروط، الأول: أن يقول هو به؛ ابن المواز: ولا ينفعه لو أفرد فقال أبيعك بالبراءة من كذا حتى يقول إن ذلك به. ثانيها: أن يطلعه على ما يعلم من حاله بمشاهدة أو خبر يقوم مقامها. ثالثها: أن لا يجمله من غيره ممّا ليس فيه لأنه إذا ذكر له ما ليس فيه اعتقد المبتاع أن جميع ما ذكر كذلك فكان بمنزلة من لم يتبرأ من عيب قاله في التوضيح، وإلى هذه الكيفية أشار في مختصره بقوله: وإذا علمه بين أنه به ووصفه أو أراه له ولم يجمله.

وَحَيْثُ لَا يَثْبُتُ فِي الْعَيْبِ الْقَدَمِ كَانَ عَلَى الْبَائِعِ فِي ذَلِكَ الْقَسَمِ
وَهُوَ عَلَى الْعِلْمِ بِمَا يَخْفَى فِي غَيْرِ الْخَفِيِّ الْحَلْفُ بِالْبَتِّ اقْتَضَى

قوله: (تفريع الخ) هذه مسائل في المختصر وتكلم عليها شراحه وجلب ذلك يطول، وكلام هذا الشارح فيها لا بأس به، ونص المختصر: والقول للبائع في العيب أو قدمه إلا بشهادة عادة للمشتري وحلف من لم يقطع بصدقه، وقيل للتعذر غير عدول وإن مشركين ويمينه بعته وفي ذي التوفية وأقبضته وما هو به ينافي الظاهر وعلى العلم في الخفي.

(ص): وحيث لا يثبت في العيب القدم إلى آخر الأبيات الثلاثة:

وفي نكول بائع من اشترى **يَخْلِفُ وَالْحَلْفُ عَلَى مَا قُرَّرَا** تقدم أنه إذا وقع النزاع في قدم العيب وحدوثه ولم يثبت واحد منهما فالقول قول البائع مع يمينه، وإذا قلنا بحلفه فهل يحلف على البت أو على العلم؟ فيه تفصيل، فإن كان العيب ممّا يخفى حلف على العلم، وإن كان ظاهراً لا يخفى حلف على البت، فإن نكل البائع حلف المشتري ورد وحلّفه كما ذكر في البائع على العلم في الخفي وعلى البت في الظاهر. قال في المدونة: قال مالك: إن كان العيب ممّا يمكن حدوثه عند أحدهما فإن كان ظاهراً لا يخفى مثله حلف البائع على البت أنه ما باعه وهو به، وإن كان ممّا يخفى مثله ويرى أنه لم يعلمه حلف البائع على العلم أنه ما باعه وهو به، وعلى المبتاع البينة أن العيب كان قديماً عند البائع. وفي النوادر من سماع عيسى عن ابن القاسم: وإذا كان عيب يحدث مثله ويقدم حلف البائع على العلم فيما يخفى وعلى البت فيما لا يخفى، فإن نكل في الوجهين حلف المبتاع على العلم، قال في كتاب محمد: يحلف كما يحلف البائع في البت والعلم.

(قال الشارح: اعتمد الشيخ) ما في كتاب ابن المواز من كون حلف المبتاع كحلف البائع في العلم والبت دون رواية عيسى لأنه الذي جرت به الأحكام. وفي المختصر: ويمينه بعته، وفي ذي التوفية وأقبضته وما هو به ينافي الظاهر وعلى العلم في الخفي.

وَلَيْسَ فِي صَغِيرَةٍ مُوَاضَعَةٍ وَلَا لَوْخَشٍ حَيْثُ لَا مُجَامَعَةٍ
وَلَا يَجُوزُ شَرْطُ تَفْجِيلِ الثَّمَنِ وَإِنْ يَكُنْ ذَلِكَ بِطَوْعٍ فَحَسَنٌ

قوله: (قال الشارح: اعتمد الشيخ الخ) هذا قال فيه في التوضيح ما نصّه: واختلف في يمين المشتري إذا نكل البائع على ثلاثة أقوال: روى عيسى عن ابن القاسم أنه يحلف على العلم في الظاهر والخفي لأن التدليس يكون من جهة البائع دون المبتاع. وروى يحيى عنه أنه كالبائع يحلف على البت في الظاهر وعلى العلم في الخفي، لأن الأصل في اليمين أن تقلب على نحو ما توجهت، واختاره ابن حبيب وقاله ابن نافع وأبو حازم يحلف المبتاع على البت الخ، وانظر فما به العمل هو ما اختاره ابن حبيب.

(ص): وليس في صغيرة مواضعة إلى آخر البيتين. أجحف الناظم بمسائل المواضعة وكذا هذا الشارح، وقد قال في المختصر: وتتواضع العلية أو وخش أقرّ البائع بوطنها عند من يؤمن والشأن النساء، وإذا رضيا بغيرهما فليس لأحدهما الانتقال ونهيا عن أحدهما، وهل يكفي بواحدة؟ قال: يخرج على الترجمان الخ. فقوله: وتتواضع الخ المواضعة واجبة وظاهر المتن كان البائع مالكةا أو وكيله أو من سلطان كان البائع أيضاً رجلاً أو امرأة وهو كذلك من كلام الناس. وقوله: العلية وهي التي تراد للفراش ظاهره أقرّ بوطنها أو لا وهو كذلك، بل لو قال لم أطأها واستبرأتها فلا بدّ من المواضعة فيها وهو كذلك وهذا ما لم تكن ظاهرة الحمل لقوله بعد: وحامل فيمن لا يتواضع وله أن يتبرأ من حملها الظاهر كانت ظاهرة الحمل أم لا، وأما الوخش فله أن يتبرأ من حملها مطلقاً. وقوله: أو وخش الخ الوخش هو الخسيس الذي يراد في الغالب للخدمة. وقوله: أقرّ البائع بوطنها عبارة ابن عرفة في هذا أو وخش غير مستبرأة من وطء ربها الخ وهو صحيح يدل عليه كلامهم

المواضعة: قال ابن عرفة هي جعل الأمة مدة استبرائها في حوز مقبول خبره عن حيضتها اهـ. قال في المدونة: الشأن كونها على يد امرأة فإن وضعت بيد رجل له أهل ينظرونها أجزأ. ابن رشد: الاستبراء واجب لحفظ النسب كوجوب العدة، وأما المواضعة فهي أيضاً واجبة لدفع الغرر والخطر وذلك في الأمة التي ينقص الحمل من ثمنها كثيراً أو التي وطئها البائع اهـ. وقد اشتمل البيتان على مسألتين، الأولى: من اشترى أمة صغيرة لا تطيق الوطاء أو كبيرة وخشاً وهي التي لا تراد للوطء فلا مواضعة فيهما، وإنما المواضعة في التي تطيق من على الرقيق أو خشة إذا أقرّ البائع بوطنها. المسألة الثانية: أن الأمة

المتقدم لشموله إذا وطئ وادعى الاستبراء، ولذلك قال أبو الحسن: إذا استبرأ الرائحة فلا بدّ من مواضعتها، وأما الوحش إذا استبرأها فلا مواضعة فيها، وقد قال ابن بشير: المواضعة لا تجب إلاّ في اثنتين: إحداهما التي ينقص الحمل من ثمنها والثانية التي وطئها البائع اهـ. وقوله: ينقص الحمل من ثمنها أي كثيراً كما هو في كلام ابن رشد، بل في كلامه يهدم جل ثمنها. وقول العلية الخ المواضعة مترتبة على الاستبراء كما في المقدمات، فمن تستبرأ تتواضع فيدخل في قوله العلية أو وحش الصغيرة التي يمكن وطؤها واليانسة ولو أمن الحمل فذات الحيض مواضعتها بحيضة ومن لم تحض بثلاثة أشهر كما في الاستبراء. وقوله: أقرّ البائع بوطنها منه يفهم أن البائع للوحش إذا كان صبيّاً أو مجبواً أو امرأة فلا مواضعة بخلاف العلية، والفرق أن العلية يحط الحمل من ثمنها كما تقدم. وقوله: عند من يؤمن يشمل المرأة المأمونة والمأمون الذي له أهل والذي لا أهل له، لكن خالف في هذا الأخير أصبغ واختار قوله اللخمي والخلاف في ذلك كثير، وقول أصبغ هو الذي يناسب هذه الأوقات التي قلت فيها الأمانات وشاعت فيها الجهالات لا سيما إن كانت علية لا سيما إن كانت بارعة في جمالها، وكيف يخلو هذا الأمين ببارعة ليلاً ونهاراً، هذا لا نقول به ولا نعتقد جوازه أصلاً في هذه الأزمان، وكل من أنصف يقرّ بهذا ويستبعد غيره مع أن الاحتياط في الفروج مطلوب غاية فافهم. وانظر ما في الشرح لقول المتن في كتاب الفلوس وحبس النساء عند أمينة، ويحتمل أن قول المتن عند من يؤمن أي على الجارية أخرج هذا لأن من هو عدل ولا أهل له يمنعون مما لا ينبغي ليس هو مأموناً فافهم. وقوله: وإذا رضيا بغيرهما الخ أي إلاّ لوجه كما إذا كان منزله مجاوراً لمن لا يليق أي فإنها لا تبقى عنده كما يفهم من كلام الناس هنا مع أن المدار على حفظ الجارية. وقوله: بغيرهما وأما إذا رضيا بأحدهما فلآخر الانتقال ولو لم يرض الآخر ولا يظهر لذلك وجه، وكذا إذا اتفقا إخراجها من يد الغير فلهما ذلك وإن لم يظهر لذلك وجه. وقوله: ونهيا الخ أي نهى كل واحد عن الوضع عند صاحبه بل وعنده، وهذا القيد وهو قولنا إلاّ لوجه لا بدّ منه فقد مرّ عليه ابن عرفة وصاحب الشامل، فقول الشارح ينبغي أن يقيد كان من حقه أن يجزم به، وعلى القيد مرّ حلولو والتثائي والسنهوري والمواق والأجهوري وبيننا ذلك في الشرح. وقوله: ونهيا الراجح في هذا النهي هو الكراهة وبيننا ذلك في الشرح. وقوله: وهل يكفي الخ ذكر اللخمي أن المشهور هو الاكتفاء بواحدة، قال المتيطي: وبه القضاء لأن هذا من باب الخير والترجمان المحال عليه مخبر بدليل قول المختصر: والمترجم مخبر، ولذلك قال عبد الحق في الاكتفاء بواحدة هنا هو الأشبه وابن شاس اشتراط امرأتين وهو المناسب عند فساد الزمان فافهم هذه الفوائد فقد أتعبنا في جمعها النفوس، وادع لجامعها برحمة مولاه لوجه الله سبحانه وتعالى بلا حدّ ولا تناه.

المواضعة لا يجوز اشتراط النقد فيها لتردده بين أن يكون ثمناً إن لم يظهر حمل أو سلفاً إن ظهر، فإن شرط النقد فسد البيع، فإن وقع النقد تطوعاً بعد العقد جاز ذلك. تنبيه: لكل من المسألتين نظائر: أما الأولى: فنظائرها في عدم المواضعة ست. قال اللخمي: لا مواضعة للمشتري على البائع (في ست) ذات الزوج والحامل والمعتدة من طلاق أو وفاة والمستبرأة من غضب أو زنا اه. وكذا المردودة بعيب أو فساد أو إقالة. ونظير الثانية في منع اشتراط النقد وجوازه تطوعاً بعد العقد المبيع بخيار وبيع الغائب والرقيق المبيع بعهدة الثلاث والأرض غير المأمونة والجعل والإجارة (لحرز الزرع) والأجير يتأخر عمله شهراً. وفي المختصر: ولا مواضعة في متزوجة وحامل ومعتدة وزانية، كالمردودة بعيب أو فساد أو إقالة إن لم يغيب المشتري وفسدان نقد بشرط لا تطوعاً، وقال فيما يمتنع فيه اشتراط النقد وبشرط نقد أي في المبيع بخيار كغائب وعهدة ثلاث ومواضعة وأرض لم يؤمن ربهما وجعل وإجارة لحرز زرع وأجير تأخر شهراً.

وَالْبَيْعُ مَعَ بَرَاءَةٍ إِنْ نُصِّتْ
وَالْفَسْخُ إِنْ عَيْبَ بَدَا مِنْ حُكْمِهِ
وَيَخْلِفُ الْبَائِعُ مَعَ جَهْلِ الْخَفِيِّ
وَحَيْثُمَا نَكُولُهُ تَبَدُّا
عَلَى الْأَصْحِ بِالرَّقِيقِ اخْتِصَّتْ
مَعَ اغْتِرَافٍ أَوْ ثُبُوتِ عِلْمِهِ
بِالْعِلْمِ وَالظَّاهِرُ بِالنَّبْتِ خَفِيِّ
بِهِ الْمَبِيعُ لَا الْيَمِينُ رُدًّا
وَشَرَطُهَا مَكْتَبٌ بِمِلْكٍ مُطْلَقًا
وَبَغْضُهُمْ فِيهَا الْجَوَازُ أُطْلِقًا

بيع البراءة هو أن يشترط البائع على المشتري البراءة من العيوب التي لا علم له بها، فلا يرجع له البائع إلا بما علم به وكنمه. ابن عرفة: البراءة ترك القيام بعيب قديم اه. وفيها أقوال، أحدها: أن البراءة جائزة في كل شيء وهو قول ابن وهب ورواية ابن حبيب عن مالك وهو الذي حكى الناظم هنا حيث قال: وبعضهم فيها الجواز أطلقا. الثاني: أنها لا تجوز في شيء من الأشياء ذكره القاضي عبد الوهاب. الثالث: أنها جائزة في الحيوان مطلقاً وهو في الموطأ. الرابع: أنها تجوز في الرقيق خاصة وهو في المدونة (وإليه رجوع مالك) وعليه جمهور أصحابه نقله ابن سلمون وهو الذي اعتمد الناظم وعبر عنه بالأصح،

قوله: (في ست) هي قول المختصر ولا مواضعة في متزوجة الخ. قوله: (لحرز الزرع الخ) انظر هذا عند قول المختصر في كتاب الإجارة: وفسخت بتلف الخ. وعند قوله في كتاب الخيار ولا بد.

(ص): والبيع مع براءة إن نصت إلى آخر الأبيات الخمسة.

قوله: (وإليه رجوع مالك الخ) قال المتطي ما نصه: وبيع البراءة في الرقيق إنما هو من كل عيب لا يعلمه البائع قليلاً كان أو كثيراً ظاهراً أو خفياً، هذا قول مالك وجمهور أصحابه وبه القضاء، قال في الواضحة يبرأ إن أتى العيب على ثمنه اه. بلفظه. وقال أيضاً في نهايته ما نصه: وبيع الرقيق بالبراءة جائز جرى عليه العمل بالمدينة وقضى به عثمان رضي الله عنه وفي المسألة اختلاف، روى ابن القاسم عن مالك أن ذلك جائز في الرقيق خاصة وبه الفتيا وإليه رجوع مالك وعليه جمهور

ومقابل الأصح هو قوله: وبعضهم فيها الجواز أطلقاً وأنها لا تختص بالرقيق. قال في المدونة: قال مالك: لا تنفع البراءة مما يعلم البائع في ميراث أو غيره في شيء من السلع والحيوان إلا في الرقيق وحده. قال ابن القاسم: وهو الذي أخذ به من قول مالك اهـ. وهذا في بيع الإنسان رقيقه، وأما بيع القاضي والوصي والوارث بالبراءة فيأتي للناظم الكلام عليه في فصل مسائل من أحكام البيع وأنه لا يختص بالرقيق حيث قال: وكل ما القاضي يبيع مطلقاً الخ. قال ابن سلمون: وحكم بيع البراءة أنه إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فإن أقر البائع أو ثبت أنه علم به قبل البيع رجع به وانفسخ البيع، وإن لم يكن علم به حلف على ذلك ولزم المشتري. (قال ابن العطار: يحلف) في العيب الخفي

أصحابه وكان يقول في أول زمانه: إن ذلك جائز في كل المبيعات الخ وهذا منه بلفظه. وقال في المعونة: وعلى ما جرى به العمل في المدينة هي الرواية المعتبرة وعليه النظر الخ. وقال ابن يونس: الفرق بين الرقيق وغيره أن الرقيق ينطق والأغلب أنه يشكو بعيبه فإذا باع بالبراءة حمل على أنه لا يعلم به عيب لأنه يقول: لو كان به عيب لأعلمني به فأشد ما عليه إذا ظهر عيب قديم أنه يحلف ما علمه، والحيوان غير الرقيق لا ينطق ففي بيعه على البراءة نوع غرر، وأيضاً فإن السنة إنما وردت في الرقيق وذلك أن عبدالله بن عمر باع عبداً بالبراءة ولم ينكر عليه عثمان وجعل عليه اليمين الخ. وقال في المعونة أيضاً: الرقيق يقدر على كتم عيبه فلا يصل مالكة إلى علم ذلك فيجوز له أن يبيع بالبراءة للأمانة الدالة على صدقه في عدم علمه بالعيب إن كان به، وغيره من الحيوان يستوي في علم ما به المتبايعان فلم يجز له البيع بالبراءة إلا فيما يسميه به. وقال ابن عبد السلام: إفادة البراءة في الرقيق خاصة هو أشهر الأقاويل. الباجي: وهو الظاهر من المذهب ووجهه أنه يكره بعض السادات ويرغب في بعض، فيظهر من العيوب ما ليست فيه ويكتم ما فيه تحيلاً منه الخ. وقال عياض في تنبيهاته: وجه الجواز في بيع البراءة ما قضى به عمر بن الخطاب وعثمان رضي الله تعالى عنهما من إمضاء البيع بها والحاجة تدعو لذلك فجوزت دعواً للخصام فعفا عن ذلك كما عفا عن عقدة تضمنت غرراً للضرورة الخ. وقد أجاد هنا رضي الله تعالى عنه. وقال في الكافي: لا يبرأ من باع بالبراءة في غير الرقيق إلا ما عينه وسمّاه وأوقف عليه المبتاع فنظر إليه الخ. هذه فائدة تركها هذا الشارح. وقول الناظم على الأصح فيه نظر لأنه كان من حقه أن يذكر أن هذا به العمل أو أنه هو المشهور لأن هذه النصوص دلّت على العمل والشهرة التامة بحيث لا يبقى تشوف لمقابل هذا القول في الجملة، بخلاف قوله على الأصح فإنه يقتضي أن المقابل صحيح في نفسه مع أن الرجوع وقع عن هذا المقابل، وابن الناظم قال عن المتيطي هو المشهور من القول المعمول به الخ. أي ما عبّر عنه والده بالأصح، وقد أحسن بذلك بعض الإحسان وبيّن بعض البيان. قوله: (قال ابن العطار يحلف الخ) هذا قال فيه ابن الناظم بعد سوقه ما نصّه: وانتقد ذلك عليه أبو عبد الله محمد بن عمر بن الفخار وقال: يحلف بائع البراءة على العلم أنه لم يعلم به خفياً كان أو ظاهراً لأنه تبرأ مما لا يعلم به دون ما علم سواء كان ظاهراً أو خفياً، وإنما تفرق اليمين في العيب الظاهر والباطن فيما بيع من العبيد بغير البراءة، وهذا حكاة المتيطي وغيره عن ابن الفخار كما في ابن الناظم نفسه، وما ذكره ابن الفخار ظاهر لأن قول الحالف لا أعلم فيه عيباً كاف في الباطن والظاهر لأنه إذا لم يعلم شيئاً منهما فهو صادق في يمينه، ولكن انظر الشرح عند قول المتن ينافي الظاهر الخ في كتاب الخيار، وترك هذا الشارح هذا الاعتراض من العجب مع كونه في ابن الناظم وظهوره

على العلم وفي الظاهر على البت اهـ. وإلى كلام ابن سلمون هذا أشار الناظم بقوله: والفسخ إن عيب بدا من حكمه البيتين. وفهم من قول الناظم: والفسخ إن عيب بدا الخ أنه إن لم يعترف البائع بالعيب ولا ثبت علمه به أن البيع لا يفسخ ويلزم المشتري وهو قول ابن سلمون، وإن لم يكن علم به حلف على ذلك ولزم المشتري وحلفه إما على العلم في العيب الخفي أو على البت في الظاهر كما تقدم. وأشار الناظم بقوله: وحيثما نكوله تبدا البيت إلى قول المتيطي على نقل الشارح ونحوه في ابن سلمون أيضاً. وإن نكل البائع عن اليمين في بيع البراءة وجب عليه الرد ولا تنقل اليمين في المبتاع عن اليمين رد عليه البيع ولا ترد عليه اليمين لأنها للتهمة فلا تنقلب. وقوله: وبعضهم فيها الجواز أطلقا الضمير للبراءة، ومعنى الإطلاق أنها تصح في كل مبيع ولا تختص بالرقيق، وتقدم أن هذا مقابل الأصح في البيت الأول. وقوله: وشرطها مكث بملك مطلقاً أشار به لقول ابن سلمون: ولا يجوز بيع البراءة (إلا فيما طال مكثه) عند البائع واختبره. وأما ما لم يطل مكثه فإن مالكا وأصحابه يكرهون بيعه على البراءة، فمرة قال: إذا وقع مضى، ومرة أبطل البراءة فيه اهـ. وباء بالعلم للاستعلاء على حد: ﴿من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك﴾ [آل عمران: ٧٥] أي على قنطار، والظاهر مبتدأ، وحفي خبره، وبه يتعلق بالبت، ومعنى خفي معتبر، والخفي والظاهر وصفان لمحدوف أي العيب الخفي والظاهر، ومعنى مطلقاً آخر البيت الأخير سواء قلنا تختص بالرقيق أو لا، فلا بد من طول المكث عند البائع إذ هو مظنة الاطلاع على العيوب.

وَالْيَوْمُ وَالْيَوْمَانِ فِي الْمَرْكُوبِ وَشِبْهِهِ اسْتِثْنَانِي لِلْمَرْكُوبِ

يعني أنه يجوز لمن باع دابة أن يستثنى ركوبها اليوم واليومين، قال في المدونة قال مالك: من باع دابة واستثنى ركوبها يوماً أو يومين أو سافر عليها اليوم أو إلى المكان القريب جاز ذلك، (ولا ينبغي) فيما بعد، وضماتها من المبتاع فيما يجوز استثنائه، ومن البائع فيما لا يجوز استثنائه. اللخمي: من باع راحلة واستثنى ركوبها (يوماً) أو يومين

بحسب فهمنا، ولكن يظهر لك الحق إن شاء الله تعالى إن نظرت الشرح في المحل المذكور. قوله: (إلا فيما طال مكثه الخ) الطول ستة أشهر كما في شروح المختصر إن طال إقامة الخ. (ص):

(واليوم واليومان في المركوب وشبهه استثنائي للمركوب)

قوله: (ولا ينبغي الخ) هذا التفصيل أشار إليه في المختصر بقوله وبيعها واستثناء ركوبها الثلاثة لا جمعة وكره المتوسط الخ. وأشار لقول التهذيب: ومن باع دابة واستثنى ركوبها يوماً أو يومين أو سافر عليها اليوم أولى إلى المكان القريب جاز، ولا ينبغي فيما بعد إذ لا يدري المبتاع كيف ترجع إليه وضماتها من المبتاع فيما يجوز استثنائه اهـ. بلفظه صدر كتاب الرواحل والدواب، فكتب عليه أبو الحسن ما نصه: قوله ركوبها الشيخ ليس الركوب بشرط وكذا ما في معناه مما لا يضرب بها. وقوله: (يوماً الخ) يريد وثلاثة واختصرها اللخمي وهو في الحضر أو في

وهي في الحضر أو في السفر جاز، ويكره ما زاد على ذلك، ويمنع ما كثر كالجمعة من المواق على قول الشيخ خليل: وبيعها واستثناء ركوبها الثلاث لا جمعة وكره المتوسط.

وَلَمْ يَجْزُ فِي الْحَيَوَانِ كُلِّهِ شِرَاؤُهُ عَلَى اشْتِرَاطِ حَمْلِهِ

يعني أنه لا يجوز شراء الحيوان كله على اختلاف أنواعه من الأنعام وغيرها على شرط كونه حاملاً. قال الشارح: ففي المقرب قال مالك: ومن اشترى شاة على أنها حامل فلا خير في هذا البيع لأنه كأنه أخذ لجنينها ثمناً حين باعها بشرط أنها حامل، قال: ولا فرق بين الشاة وغيرها من الحيوان في هذا المعنى إلا في الجارية الرائعة التي يكون الحمل فيها عيباً يتبرأ البائع منه، ولذلك أتى الشيخ بلفظ الحيوان لما فيه من العموم وساق الشاة في الكتاب على سبيل التمثيل، (ولم يحتج الناظم) إلى استثناء جواز اشتراط الحمل في

السفر جاز، ويكره ما زاد على ذلك الشيخ، وسواء حملته على أن المستثنى مبقى أو مشتري لأنه إن كان على أنه مبقى فهذا التأخير جائز وإن كان على أنه مشتري كان أجوز. وقوله: ولا ينبغي اللخمي يمنع ما كثر كالجمعة والشهر وهو إذا كان في السفر كان أبين في الغرر لأنه لا يدري كيف ترجع ولا هل تسلم، وإن اشترط يوماً أو يومين بعد قبض المشتري له ومقامه عنده يوماً أو يومين جاز، وإن كان بعد مقام جمعة أو شهر لم يجز الخ. وهذا منه بلفظه وقف على الشرح في هذا ترفقها كثيراً فيما يتعلق بالمسألة.

(ص):

(ولم يجز في الحيوان كله شراؤه على اشتراط حمله)

قوله: (ولم يحتج الناظم الخ) صحيح حسن، وعبرة المختصر عاطفاً على المنهي عنه ما نصّه: وكبيع حامل بشروط الحمل الخ. ونقلنا عليه من الشرح كلام الناس من تقدم ومن تأخر بحسب ما وقفنا عليه من كلامهم لأن المسألة صعبة غاية، بل كادت أن تبلغ في الصعوبة النهاية مع كثرة وقوعها في الأسواق وغيرها في الحواضر والبوادي، وقد تلخص ممّا نقلناه ما نصّه: إن الرائعة والوخش يجوز التبري من حملهما الظاهر ومن الخفي أيضاً في الوخش والحمل في الرائعة عيب وفي الوخش على خلاف، لكن الذي يظهر رجحانه هو أنه عيب بدليل كلام الناس، وعندنا بفاس هو عيب كبير، وانظر قول المتيطي لأن الحمل لا يوضع كثيراً من ثمنها أي وأما القليل فيضع الحمل وذلك هو العيب كما هو مبين هنا، وعند اللخمي هو عيب في الحواضر لا في البوادي، واتباع تفصيله واجب لأن العيب هو ما ينقص الثمن كما في التحفة وغيرها، والبقر والغنم والناقة حملها غير عيب، نعم النجبية من النوق والرمكة النجبية اللتان ترادان للركوب الحمل فيهما عيب، والحمل يعيها بالمشاهدة عند أرباب هذا الشأن غالباً، والمدار على نقص الثمن والاعتراف وما لا فلأن في كل شيء، ومن وقف على كلام ابن الناظم في شرح تحفة والده حين أطال التنقيب على مسألة الفرس علم هذا ضرورة، وإذا ثبت هذا فقول المختصر وكبيع حامل بشرط الحمل ظاهره كان الشرط لزيادة الثمن أم للتبري من الحمل كان ظاهراً أم لا، كان الحمل لأمة رائعة أم لا، أما الحمل في الأمة فغير داخل لأنه عيب وقد قال خليل: وتتواضع العلية أو وخش أقر البائع بوطئها، نعم إن كانت وخشاً يزيد الحمل في ثمنها كما في البادية فتدخل في كلام المصنف هنا لأن حملها

الرائعة، لأن كلام الناظم في اشتراط المشتري ما يصلح به ويرغب فيه ويزيد في الثمن من أجله فيمنع لأجل الغرر، واشتراط الحمل في الرائعة إنما المقصود منه التبري من العيب لا

غير عيب بل كحمل الشاة، وكذا النجبية من النوق والرمكة يجري فيهما هذا التفصيل، إن كان الحمل ينقص من ثمنهما فغير داخلتين هنا وإلا دخلتا، وكل ما هو حملة عيب فذكره يحمل على أنه للتبري فلا يفسد به العقد، وأحرى إن صرح بالتبري كما رأيت لأن العيب ينقص من الثمن فكيف يطلب بذكره زيادته، وما ليس حملة عيباً يحمل على أن ذكره لزيادة الثمن وأحرى إن صرح به لأنه غير عيب، ولما كان غير عيب كان الغالب الرغبة فيه لأنه مال والغالب السلامة من العطب، ولذلك تجد كثيراً ممن يشتري البقرة مثلاً بشرط حملها من العوام ثم يجدها لا حمل بها أنه يخاصم بائعها للقاضي طالباً لردّها وأخذ ثمنه لا سيما الأنعام لأنه يقصد شراء الحامل للحليب والنسل وعند طلبه لزيادة الثمن يظهر تعليل المنع وهو بيع الأجنة، وإذا ثبت هذا فزيادة كلام المختصر هنا في غير الحمل الذي هو عيب كيف ما كان، وقرينة ذلك هو أنه ذكر هذا في بيع الغرر ولم يذكره في كتاب العيوب، ولا فرق في الحمل الذي لا عيب فيه بين ظهوره وعدم ظهوره على المشهور، وإن كان ربما يكون الراجع من ظاهر كلام الناس أن الحمل الظاهر يجوز اشتراطه لزيادة الثمن، فإن لم يوجد رد المبيع إذ عدمه مع شرطه هو العيب أو بمنزلة في الحكم والعيب يرد من أجله، والمصنف مرّ على مذهب المدونة لما ذكره من أنه هو المشهور وأنه لا فرق بين ظاهر وغيره، وبهذا كله تعرف ما في كلام الناس ابن الحاجب وابن عرفة وغيرهما ممن تبعهما، نعم كلام ابن الحاجب قد يحمل قوله ثالثاً إن قصد البراءة على حمل هو عيب في نفسه والقرينة أن البراءة إنما تكون من العيب لا فيما يزداد الثمن لأجله، بنحو هذا أجاب ابن الناظم في قول والده ولم يجز في الحيوان كله شراؤه على اشتراط حملة ما نصّه، ولم يحتج الناظم إلى جواز اشتراط الحمل في الرائعة لأن كلام الناظم في اشتراط المشتري ما يصلح به ويرغب ويزيد في الثمن من أجله فيمنع لأجل الغرر، واشتراط الحمل في الرائعة إنما المقصود منه التبري من العيب لا الزيادة في الثمن الخ. ونقله الشيخ ميارة وسلمه وهو صحيح لا ينبغي أن يختلف فيه وكلام المختصر لا يبحث فيه، لكن إن طالعت ما كتبه من كلام الناس في الشرح وقول المختصر في كتاب الخيار وتبري غيرهما فيه مما لم يعلم أي في الرقيق يدخل فيه التبري من الحمل الخفي في الوخش، ولكن البراءة من الحمل الخفي لا تصحّ في الرائعة لقول المتن: وتتواضع العلية الخ، فكلام المتن يقيد بعضه بعضاً، والظاهر يدخل في قوله: وإن علمه بين أنه به، وهذا في الرائعة ظاهر في الظاهر والخفي وكذا في الوخش عند أهل الحواضر، وأما عند أهل البوادي فليس حملها عيباً حتى يتبرأ منه لأن المطلوب عندهم وجوده، وذكرنا في الشرح أن ابن يونس والتونسي واللخمي قالوا: إن ظاهرة الحمل من أمة وغيرها يجوز اشتراط حملها عند بيعها لأنه مرئي وقاله غير هؤلاء، وفي القباب حملاً ظاهراً لا يخفى على أحد. وقال ابن عرفة: من ابتاع بقرة على أنها حامل أو جارية يزيد فيها الحمل فلم يجد بها حملاً له ردّها. ابن رشد: قال ابن القاسم وروى لا يجوز بيعهما على ذلك وإن كان الحمل ظاهراً وبيعهما مفسوخ، وأجازه سحنون إن كان الحمل ظاهراً، وقال ابن أبي حازم: البيع جائز ولا يرد لفقد الحمل إذا باع الرمكة يظنها عقوقاً، ولو باعها على ذلك وهو يعلمها أنها غير ذلك لمعرفته أن الفحل لم ينز عليها كان له الرد لأنه غره وأطمعه فيتحصل فيها أربعة أقوال أظهرها قول سحنون الخ. وقوله: من ابتاع نقله عن سماع أشهب. ونقل ابن

الزيادة في الثمن. قال ابن رشد: لم يجز بيع الحامل بشرط الحمل وإن كان حاملاً ظاهراً لأنه غرر، إذ قد ينفش الحمل بعد ظهوره فيكون بالشرط قد أخذ للجنين ثمناً، ثم قال: وهذا كله في الحيوان الذي يزيد الحمل، وأما في الجوارى المرتفعت التي ينقصهن الحمل فيجوز أن يبيعهن على أنها حامل إذا كانت ظاهرة الحمل لأن ذلك تبري من عيب حملها كالتبري من سائر عيوبها.

وَذَاتُ حَمَلٍ قَدْ تَدَانَى وَضَعُهَا
لَمْ يَمْتَنِعْ عَلَى الْأَصْحَ بَيْعُهَا
كَذَا الْمَرِيضُ فِي سَوَى السِّيَاقِ
يَصِحُّ بَيْعُهُ عَلَى الْإِطْلَاقِ
وَالْعَبْدُ فِي الْإِبَاقِ مَعَ عِلْمِ مَحَلِّ
قَرَارِهِ مِمَّا ابْتِيعَ فِيهِ حَلِّ
وَالْبَائِعُ الضَّامِنُ حَتَّى يُقْبِضَا
وَإِنْ تَقَعَ إِقَالَةٌ لَا تُرْتَضَى

لما تضمن البيت قبل هذا أنه لا يجوز بيع ما فيه غرر كالحمل وكان بعض المبيعات يتوهم فيها الغرر رفع ذلك الوهم بالتنصيص على جواز بيعها، وذلك الحامل التي قرب وضعها والمريض مرضاً مخوفاً إن لم يبلغ حد السياق والعبد الآبق إذا علم محله فأخبر أنه يجوز أن تباع هذه الأشياء وإن كان في بيعها غرر لاحتمال الموت من النفاس والمرض وعدم وجود الآبق أو وجوده قد تغير عن حاله، أما جواز بيع المريض في غير السياق والحامل المقرب فقال ابن الحاجب: ولا يبلغ من في السياق، ويجوز بيع المريض

يونس أن أشهب قال ذلك، ونقل عن أصبغ أنه يجبر بيع الحامل الظاهرة الحمل غاية، وعبارة ابن سلمون وروى أشهب فيمن ابتاع بقرة على أنها حامل إن لم يجدها حاملاً فله ردّها، ومحمل ذلك عند الشيوخ في الظاهرة الحمل يوم البيع، وأما إذا لم يعلم ذلك إلا بقول البائع فالبيع فاسد، ومن أجل هذا الخلاف القوي في جواز بيع الحامل بشرط الحمل الظاهر مع كون الناس يعلمونه كثيراً سيما في الأنعام توقفتنا في فسح بيع شرط فيه الحمل الظاهر حين كنا نحكم بالمدينة البيضاء وسألنا كثيراً من شيوخنا فظهر لهم عدم التعرض لفسخ ما ذكر لقوة الخلاف في المسألة ولوقوع ذلك كثيراً من الناس في بياعاتهم، وأما تحريم ذلك ابتداء فيصرّح به المفتي اتكالاً على المشهور بخلاف الفسخ وقف على شرح قول المتن في الشرح وإلا مضى المختلف فيه وهذا مختلف فيه ابتداء فافهم، وإنما توقفتنا فيما ذكرنا لأننا لم نجد من صرّح بأن هذا يمضي على القول المشهور، وقد رأيت في أنقال ابن عرفة فسخته، وإن وقفت على الشرح ربما ظهر لك أكثر، ولعل هذا القول المقابل لما في المتن رأى صاحبه أن الغالب على الأم أن لا تموت من الولادة وذلك صحيح، وهذا كله إن وقع الشرط، وأما من اشترى حاملاً بلا شرط فلا إشكال في الجواز كما في ابن يونس وغيره، وقد لفقنا مضمون أن التبري يصح من حمل الوحش ظاهراً كان أو خفياً، وفي العلية إنما يصح في الظاهر بما نصّه:

تَبْرؤُ مِنْ حَمَلٍ وَخَشَّ قَدْ أَفَادَ
كَظَاهِرٍ مِنْ عَلِيَّةٍ بِلَا انْتِقَادِ
وَالْعَلِيَّةُ كَصَبِيَّةٍ جَمَعَ عَلِيٌّ كَصَبِيٍّ وَصَبِيَّةٍ.

(ص): وذات حمل قد تدانى وضعها. إلى آخر الأبيات الأربعة.

المخوف عليه والحامل المقرب على الأصح. قال في التوضيح في شرح قوله: ولا يباع من في السياق ما ذكره المصنف خاص بالرقيق وما لا يؤكل لحمه لأنه من أكل المال بالباطل، وأما مأكول اللحم فيباع ليذكى فيجوز بيعه لحصول المنفعة به قال ابن عبد السلام (ابن عرفة: ظاهر إطلاقاتهم) ونص ابن محرز منع بيع من في السياق ولو كان مأكول اللحم للغرر في حصول الغرض من حياته أو صيرورته لحمياً وفي حصول ذكاته لاحتمال عدم حركته بعد ذبحه اهـ. وهو ظاهر. وقول ابن الحاجب: ويجوز بيع المريض والحامل المصدر مضاف للمفعول أي يجوز أن يباع المريض وأن تباع الحامل، فالمريض والحامل مبيعان لا بائعان لأن وقوع البيع ونحوه منهما جائز ماض ولا يحجر عليهما إلا في التبرعات كالهبة والصدقة، ومعنى الإطلاق في البيت الثاني أنه يجوز بيع المريض في غير السياق كان مأكول اللحم كالأنعام أو غير مأكوله كالبغال والحمير، ويفهم منه أن من بلغ حد السياق لا يجوز بيعه كان مأكول اللحم أو لا وهو كذلك على ما تقدم عن ابن عرفة، وعليه فإطلاق الناظم منع بيع من في السياق صحيح، وأما جواز بيع الآبق إذا علم محله فقال المتيطي: ويجوز بيع العبد الآبق إذا علم المبتاع موضعه وصفته، فإن وجد هذا الآبق على الصفة التي علمها 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. وقوله: والبائع الضامن حتى يقبضاً من تمام مسألة بيع الآبق، وتقدم قول المتيطي وإن وجده قد تغير أو تلف كان أي ضمانه من البائع. وفي المدونة: بيع الآبق ولو قربت غيبته ممنوع وكذا الشارد وما ند أو ضلّ اهـ. وظاهرها منع بيع الآبق مطلقاً. وقوله: وإن تقع إقالة لا ترتضى هو من تمام مسألة بيع الآبق، يعني إذا فرعنا على جواز بيع الآبق فلا يجوز أن يتقاييل فيه المتبائع، والمسألة مفروضة في بيع الغائب آبقاً كان أو غير آبق. (قال في الوثائق المجموعة): قال محمد ابن عمر: لم يختلف قول مالك ولا ابن القاسم أن الإقالة في بيع الغائب غير جائزة لأنه من وجه الدين بالدين اهـ. وفي ابن سلمون في

قوله: (ابن عرفة ظاهر إطلاقاتهم الخ) خليل: مرّ على ما قاله ابن عبد السلام حيث قال في مختصره عاطفاً على ما لا يحل بيعه لا كمحرم أشرف مفهومه أن غير المحرم جائز وهذا هو الراجح، وكلام ابن عرفة ذكرنا ما فيه في الشرح فقف عليه إن شئت والكلام في المسألة كثير. قوله: (وقال سحنون: إنما الخ) هذا أيضاً فيه كلام طويل، ومحصل الراجح فيه بحسب ما نقلناه في الشرح أن الآبق إذا علم موضعه وصفته جاز بيعه على حكم الغائب بلا فرق بل هو فرد من أفراده ولكن بشرط آخر أن الآبق مقبوضاً لصاحبه أي قبضه لمالكة وعرف أنه له، وأما البعير الشارد فإن ادعى مشتره معرفة موضعه والقدرة عليه فذلك جائز أيضاً، وأما معرفة موضعه فقط فإن ذلك لا يكفي، وكلام المتيطي فيه نظر، ولا بدّ من شرط آخر في الآبق أن يكون معروفاً ملكه لبائعه لاحتمال أن ينازع فيه وفي ذلك غرر، لأنه إن لم يكن معروفاً له ملكه ربما نازعه غيره فيه، وقف على دليل هذا كله في الشرح من كلام الفحول في ذلك. قوله: (قال في الوثائق الخ) هذا يؤخذ من قول المختصر: وككاليء بمثله إلى آخر تلك المسائل.

الكلام على بيع الغائب: ولا تجوز الإقالة فيه عند مالك لأن الثمن قد ثبت عليه، فلا يجوز أن يصير فيه شيئاً غائباً لا يتجزأ قبضه ويدخله الدين بالدين ويجوز بيعه من غيره إذا لم ينتقد.

وَأَمْتَنَعَ التَّفْرِيقُ لِلصُّغَارِ مِنْ أُمَّهُمَ إِلَّا مَعَ الْإِثْغَارِ
ثُمَّ بِالْأَجْبَارِ عَلَى الْجَمْعِ الْقَضَا وَالْخُلْفُ إِنْ يَكُنْ مِنَ الْأُمِّ الرِّضَا

يعني أن من ملك أمة وولدها لا يجوز له أن يفرق بينهما بالبيع بأن يبيع أحدهما ويحبس الآخر، أو يبيع الأمة لرجل والولد لرجل آخر ما دام الولد صغيراً لم يثغر فإن أثغر جازت التفرقة. (والإثغار) نبات روضح الصبي بعد سقوطها، وهذه رواية ابن القاسم وبها القضاء، وقيل الحد في ذلك البلوغ في الذكر والأنثى. قال ابن عبد الحكم: لا يفرق بينهما وإن بلغ وإلى هذا أشار بالبيت الأول، وأشار بالبيت الثاني أنه إذا وقع ونزل وفرق بينهما فإنه يجبر على الجمع بينهما في ملك شخص واحد ويقضى عليه بذلك فإن لم يفعل فسخ البيع، وأنه إن رضيت الأم بالتفرقة فقولان بناء على أن الحق لها أو لله تعالى، وينبني على هذين القولين أيضاً أنا إذا قلنا الحق للآدمي إذا فرقا يجبران على الجمع بينهما، وإن قلنا الحق لله فلا بد من فسخ البيع (لأن العقد على أحدهما فاسد) كالخمر، (وهذا خاص بالآدمي) دون سائر الحيوان. ابن ناجي: والتفرقة جائزة بين الحيوان البهيمي على ظاهر المذهب. وروى عيسى عن ابن القاسم أنها لا تجوز وأن عدم التفرقة أن يستغني عن آبائه بالرعي نقله التادلي اهـ. والأصل فيما ذكره ما أخرجه الترمذي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من فرّق بين الوالدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» في الإشراف أجمع أهل العلم على القول بهذا الخبر إذا كان الولد طفلاً لم يبلغ سبع سنين. (ابن يونس: والأصوب) أنه حق للولد لو رضيت الأم بالتفرقة لم تجز وقاله

(ص): وامتنع التفريق للصغار. إلى آخر البيتين. كلام المختصر في هذا هو قوله عاطفاً على ما نهى عنه ما نصّه: وكتفريق أم فقط من ولدها وإن بقسمة وبيع أحدهما لعبد سيد الآخر ما لم يثغر معتاداً وصدقت المسبية ولا توارث ما لم ترض وفسخ إن لم يجمعاها في ملك وهل بغير عوض كذلك أو يكتفي بجوز كالعق تؤولان، وجاز بيع نصف أحدهما وبيع أحدهما للعق والولد مع كتابة أمه ولمعاهد التفرقة وكره الاشتراء منه، انظر شرحه غاية في الشرح وجلب ذلك بطول بنا غاية.

قوله: (والإثغار الخ) هذا كلام المتيطي وابن سلمون، والكلام في الإثغار كالإرسال في القاموس أنه يطلق على سقوط الأسنان ونباتها فهو ضد، وفي ذلك كلام، وكون الإثغار هو لحدّ للتفرقة فيه خلاف والذي به القضاء هو الإثغار كما في المتيطي وغيره. قوله: (لأن العقد على أحدهما فاسد الخ) مذهب المدونة وهو المشهور أنهما إذا جمعا في ملك فلا فسخ وإن لم يجمعاها على المذهب فيباعان عليهما، وقيل يفسخ البيع وهو الذي في المختصر، وإذ ثبت هذا فالقول المشهور هو أن البيع صحيح، ولو كان فاسداً ما انتفى الفسخ بالجمع فافهم، وبيننا هذا في الشرح ففي كلام هذا الشارح ما يتأمل. قوله: (وهذا خاص بالآدمي الخ) هذا أفهمه المختصر بقوله ما لم

مالك، وسواء كانت الأم مسلمة أو كافرة. قال مالك: وحد ذلك الإثغار ما لم يعجل به جوارى كن أو غلماناً. قال مالك: ويفرق بين الولد الصغير وبين أبيه وجدّه وجدته لأمه ولأبيه في البيع متى شاء سيده وإنما لا يفرق بينهما في الأم خاصة اه. من المواق ونقل الحطاب قال: قال اللخمي وذكر محمد عن بعض المدنيين منع التفرقة بين الأب وولده وهو أحسن قياساً على الأم وإن كانت الأم أعظم موجدة اه.

وَالْحَمْلُ عَيْبٌ قَبْلَ الْإِطْلَاقِ وَقَبْلَ فِي عِلْيَةِ ذِي اسْتِزْقَاقٍ
وَالْاِفْتِضَاضُ فِي سَوَى الْوُخْشِ الدَّنِيِّ عَيْبٌ لَهَا مُؤَثَّرٌ فِي الثَّمَنِ
وَالْحَمْلُ لَا يَثْبُتُ فِي أَقْلٍ مِنْ ثَلَاثَةِ مِنْ الشُّهُورِ فَاسْتَبَيْنَ
وَلَا تَحْرُكُ لَهُ يَثْبُتُ فِي مَا دُونَ عِدَّةِ الْوَفَاةِ فَاغْرِفِ

يعني أن من جملة عيوب الرقيق الحمل فقيل إنه عيب فيه مطلقاً وخشاً كان أو علية وهو قول مالك وابن القاسم. (وقيل: إنما هو عيب في العلية) دون الوخش. وقول ابن كنانة (والعلة) بكسر العين وسكون اللام وفتح الياء الجارية الحسنة التي تتراد للفراس غالباً، والوخش القبيحة التي تتراد للخدمة، ومن جملة عيوب الرقيق أيضاً الافتضاض لكن في العلية فهو فيها عيب مؤثر في نقص ثمنها دون الوخش فليس هو عيباً فيها، أما كون الحمل عيباً في الرقيق فقال في المقرب قاله ابن القاسم الحمل في الرقيق عيب في وخش وغيره، وقد خالف ابن كنانة في وخش الرقيق فقال: إن الحمل ليس عيباً فيهن فسألنا مالكا عن ذلك فقال هو عيب، وأما كون الافتضاض عيباً في العلية دون الوخش ففي المقرب أيضاً، وسئل سحنون عن اشترى صبية مثلها لا يوطأ فوجدتها مفتضة فقال: إن كانت من وخش الرقيق فليس ذلك بعيب، وإن كانت من علية الرقيق فذلك عيب يردها، اه. وفي أحكام ابن سهل ما ظاهره: إن الافتضاض في العلية عيب كانت ممن يوطأ مثلها أو لا وهو ظاهر إطلاق الناظم، هذا الحاصل ما اشتمل عليه البيتان الأولان. ثم ذكر في البيتين الأخيرين ما حاصله: أن الحمل لا يثبت في أقل من ثلاثة أشهر، ولا يتحرك في

ترض. قوله: (ابن يونس والأصوب الخ) هذا القول مقابل لما في المختصر واختاره غير واحد من المحققين واستدلينا له بكلام الناس بما يثلج له الصدر، ونحن لا نقول بما في المختصر وأن الأم إذا رضيت بالتفرقة جازت ولكن إنما يظهر لك بكلام الناس قف عليه إن رمت رحمة الصغار والله المعين.

(ص): والحمل عيب قبل بالإطلاق. إلى آخر الأبيات الأربعة. قوله: (وقيل إنما هو عيب في العلية الخ) تقدم الكلام على هذا مستوفى قبيل هذا عند قول الناظم: ولم يجز في الحيوان كله الخ. قوله: (والعلة الخ) هذا الضبط يقتضي أن علية جمع علي كصبي وصبية وهو فسر اللفظ بالمفرد، وما ذكره الناظم في الافتضاض بحسب ظاهر كلامه أن الافتضاض عيب فيمن يوطأ مثلها أو لا في العلية، وقد تكلمنا على ذلك عند قول المختصر عاطفاً على ما ليس بعيب لا ثبوتاً إلا فيمن لا يفتض مثلها أن كل افتضاض ينقص ثمن المفتضة فهو عيب كانت المفتضة وخشاً أو لا مطيقة أو لا،

أقل من مقدار عدة الوفاة وهو أربعة أشهر وعشرة أيام، وينبني على ذلك ردّها بعيب الحمل إذا تنازع المتبايعان في كونه حدث عند المشتري أو كان بها قبل البيع (قال ابن عرفة: لا شك) أن الحمل عيب ويثبت بشهادة النساء ولا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر ولا يتحرك تحركاً بيناً يصحّ القطع على تحريكه في أقل من أربعة أشهر وعشر، فإذا شهدت امرأتان أن بها حملاً بيناً لا تشكان فيه من غير تحريم ردّت الأمة فيما دون ثلاثة أشهر ولا ترد فيما زاد على ذلك لاحتمال كونه حادثاً عند المشتري، وإذا شهدتا أن بها حملاً يتحرك ردّت فيما دون أربعة أشهر وعشر ولم ترد فيما زاد على ذلك لاحتمال كونه حادثاً، فإن ردّت ثم وجد ذلك الحمل باطلاً لم ترد إلى المشتري إذ لعلها أسقطته اهـ. من الحطاب عند قوله في العيوب: ويرفع حيضة استبراء، ونقله الشارح عن ابن رشد. قلت: فلو زاد الناظم هنا فقال مثلاً:

فإن يبن حمل قبيل أشهر ثلاثة من دون تحريم حري
ردّت به كذا إذا تحركا من قبل أربع وعشر فاسلكا
فإن به ردّت ويعد ينتفي لا ردّ لاحتمال سقط قد خفي
لكان قد صرّح بنتيجة معرفة زمن يثبت فيه الحمل أو يتحرك اللذين في كلام الناظم.

(فائدة: قال القاضي) أبو عبدالله المقري في آخر النكاح من قواعده: الولد يتحرك لمثل ما يتخلق له، ويوضع لمثلي ما يتحرك فيه. وهو يتخلق في العادة تارة لشهر فيتحرك لشهرين ويوضع لسته، وتارة لشهر وخمسة أيام فيتحرك لشهرين وثلاث ويوضع لسبعة، وتارة لشهر ونصف فيتحرك لثلاثة ويوضع لتسعة، فلذلك لا يعيش ابن ثمانية ولا ينقص الحمل عن ستة اهـ. وهذا الأخير هو الغالب، ومع ذلك فالأحكام مبنية على أقل الحمل

ويرجع في ذلك للتجار، والافتراض الذي لا ينقص فليس بعيب مطلقاً، قف على دليله في الشرح، مع أن القاعدة أن كل ما ينقص الأثمان فهو عيب كما في التحفة وغيرها. قوله: (قال ابن عرفة: لا شك الخ) هذا ذكره المازري قبل ابن عرفة بما يقرب مما ذكره ابن عرفة ونقلناه في الشرح.

قوله: (فائدة قال القاضي الخ) وقد لفقنا مضمون هذه الفائدة بما نصّه:

شهوراً وزيد نصفه أو سدسه تخلق المنني بعد رسمه
تحرك بعد لمثل ما ذكر بروزه مثلان منه فاعتبر
أي في هذا الترتيب العجيب من العليم القدير، وتبعنا في هذا كلام الناس وإلا فالحديث الصحيح بخلاف هذا لأن فيه أن المنني يبقى نطفة أربعين يوماً، ثم علقه أربعين يوماً، ثم مضغة أربعين يوماً، ثم ينفخ فيه الروح، فهذا الذي ذكره الناس مشكل لكن الحديث وهذا الكلام الذي صدر من الناس قد تكلم الناس في شأن ذلك ولم نجلبه للطول وتكلمنا على قول المتن ولا نفقة بدعواها بل بظهور الحمل وحركته وعددنا أنه لا بدّ من الظهور مع الحركة وإن كان في ذلك كلام.

وهو ستة أشهر فهو مما قدم فيه النادر على الغالب وله نظائر .

وَيُثْبِتُ الْعُيُوبَ أَهْلَ الْمَعْرِفَةِ بِهَا وَلَا يُنْظَرُ فِيهِمْ لِصَفَةِ

يعني أن العيوب التي تقدم ذكرها وما يبنني عليها إنما تثبت بأهل المعرفة بها والبصر بحقائقها، فإذا كانوا عارفين بها فلا ينظر فيهم لصفة غير المعرفة فإنها فيهم شرط وجوب، وأما العدالة وغيرها فإنها فيهم شرط كمال إن وجدت فيها ونعمت وإن لم توجد فالحكم كذلك حتى الإسلام. قال في المتيضية: ويشهد بالعيوب أهل المعرفة بها عدولاً كانوا أو غيرهم، ويقبل في ذلك أهل الكتاب (إذا لم يوجد سواهم) والواحد منهم أو من المسلمين كاف والاثنان أولى وطريق ذلك العلم لا الشهادة، هذا هو المشهور من المذهب المعمول به اهـ. وتقدم للنظام في باب الشهادة قوله:

وواحد يجزىء في باب الخبر واثنان أولى عند كل ذي نظر
ويأتي له في فصل العيوب:

ثم العيوب كلها لا تعتبر إلا بقول من له بها بصر

(ص):

(ويثبت العيوب أهل المعرفة بها ولا ينظر فيهم لصفة)

قوله: (إذا لم يوجد سواهم الخ) هذا صحيح وهو الحق، وكلام هذا الشارح أن العدل كالفاسق وليس كذلك بل لا يشهد الفاسق إلا عند عدم العدل الخ. وكذلك في المسلم والكافر، غير أن سوقه لكلام المتيضي في الأخير وقع بأنه فيه، وقد قال في المختصر وقبل للتعدز غير عدول وإن مشركين، فالمشرك لا يقبل مع وجود عارف مسلم مثله في المعرفة أو أكثر معرفة من الكافر، وكذلك عدل مسلم مع مسلم فاسق عارفين فإن العدل يتقدم عليه ولا يعتبر الفاسق مع وجوده ومماثلته له في المعرفة، أو كان العدل أزيد منه معرفة وهو صريح المختصر أيضاً وهو المغيا عنه، وبيئنا هذا غاية في المحل المذكور من المختصر، وملخص ذلك أن كل من صرفه القاضي من عنده فأخبره بوجود عيب أو يقدمه أو بحدوثه ميتاً كان المبيع أو حياً على ما ظهر لنا من الأنقال فخبره كاف في ذلك ويحكم القاضي فيه بلا يمين، ولو كان امرأة أو كافراً أو فاسقاً حيث لم يوجد عدل وإن لم يكن صرف من القاضي فتلك شهادة تجري على حكمها وهي مفصلة في أبوابها، ولكن المصروف من القاضي يشترط فيه المعرفة كما لا يخفى وتشرط فيه النباهة، لأنه وإن كان عارفاً بالعيوب فقد تكون معه بلادة، ولذلك نقول: المرأة العادلة أعني العارفة لا تكفي وحدها لضعف عقلها، وقد ذكر اللخمي وابن سهل عدم كفايتها ولو كانت مرسله بل ذكر كثير أن العدل الواحد لا يكفي وحده ولو في الإرسال، وهذا هو الذي يقلد في هذه الأزمنة، ولذلك يقول المتقدمون فيما يكفي فيه الواحد الأولى اثنان، فما كان عند الأوائل أولى يكون عندنا واجباً، وقد أشار اللخمي لفساد زمانه وضعف عدالة أهله فكيف بزماننا؟ ولتينا أعطينا النجاة اليوم مع العدلين، لكن إنما يعرف ذلك من ولي القضاء على الناس ورفع للناس الرأس وليس هذا في الحقيقة مخالفاً لكلام الناس، انظر كلامهم في الشرح بالفاظهم، وفي المدونة: لا تقبل المرأة الواحدة في شيء، وتكلم عليه أبو الحسن وإن ذكر في المختصر أن شهادتها تثبت بها الخلطة فاعرف هذا فقد أكلت فيه أموال يعلمها الكبير المتعال سامح الله جميعنا إنه غفور رحمن مديم للإحسان، كثير الامتنان في جميع الأزمان.

فصل

وَأَتَّفَقُوا أَنَّ كِلَابَ الْمَاشِيَةِ يَجُوزُ بَيْعُهَا كَكَلْبِ الْبَادِيَةِ
وَعِنْدَهُمْ قَوْلَانِ فِي ابْتِياعِ كِلَابِ الْأَضْطِيَادِ وَالسَّبَاعِ
يعني اتفق أهل المذهب أنه يجوز بيع الكلاب المتخذة لحفظ المواشي مما يعدو
عليها من الحيوان المفترس وبيع الكلاب المتخذة في البادية، واختلف في بيع كلاب
الصيد وفي بيع السباع كالفهود ونحوها. ففي النوادر: ولا بأس باشتراء كلاب الصيد ولا
يعجبني بيعها. وقال سحنون: نعم يجوز بيعها بثمانها وهي مثل كلاب الحرث والماشية
والصيد. ابن الحاجب: وفي كلب الصيد والسباع قولان. التوضيح: أي وفي منع بيع
الكلب وجوازه قولان والمشهور المنع، قال في البيان: وهو المعلوم من قول ابن القاسم
وروايته عن مالك والجواز لابن كنانة وابن نافع وسحنون وشهره بعضهم، وعن مالك
ثالث بالكرهية، وعن ابن القاسم رابع بجواز اشتراؤه ومنع بيعه حكاه ابن زرقون ثم قال:
وهذا الخلاف إنما هو في مباح الاتخاذ، وأما غيره فلا خلاف في منع بيعه وأن ثمنه لا

فصل

(ص): واتفقوا أن كلاب الماشية. إلى آخر البيتين. قال في المختصر في هذا عاطفاً على
ما لا يجوز وعدم نهى لا ككلب صيد، وإنما مثل بكلب الصيد لقوة الخلاف فيه، فذكر ابن
عرفة فيه سبعة أقوال والمشهور المنع وهو الصحيح، وشهر بعضهم الجواز فيه وصححه بعضهم
ولكن الراجح هو المنع لأنه مذهب المدونة، وإن كان مقابلها عليه الأكثر كما في ابن رشد،
وظاهر المتن المنع مطلقاً، وكذا ظاهر كلام غيره، والإطلاق هو المشهور خلافاً لمن فصل
وذلك مبين في الأصل هذا في البيع، وأما اتخاذ الكلب فحاصل ما ذكره المازري في ذلك أن
اتخاذ ما لا منفعة فيه ممنوع، وللصيد وحراسة الزرع والضرع جائز، والخلاف إنما هو فيما إذا
احتجج إليه في حراسة الدور، فقبل بالجواز للحاجة، وقيل بالمنع لأنها تؤذي من لا يسرق وترزع
المسلم، واتخاذها للثلاثة الأولى في الحديث النخ. وبه تعلم سرّ تمثيله بكلب الصيد أي خليل
فلله ذره وإن كان يتبع غيره في بعض هذه الأمور، وبه تفهم ما في النظم من عدم الصواب وإن
كان الاتفاق في كلامه يحمل على أنه طريقه، مع أنني لم أر من حكى هذا الاتفاق، ولعله فهم
هذا من قول ابن الحاجب: وفي كلب الصيد والسباع قولان، وسكت عن كلب الماشية كأنه
متفق على جواز بيعه، وبالجملة فكلامه غير جيد من جهة أخرى كما لا يخفاك، وولد الناظم
أشار لانتقاد الاتفاق على والده وإن كان مال لقول سحنون في جواز بيع كلب الصيد وإن وقع
بعضه على القول المشهور، فروى أشهب يفسخ إلا أن يطول، وحكى ابن عبد الحكم الفسخ
ولو مع الطول هكذا في التوضيح، ويظهر من كلام الشامل وابن عرفة رجحان الأول وما قاله
سحنون قال به أبو حنيفة، والشافعي قال بالمنع وقف على الشرح في كون القاضي يحكم في
نازلة بيع الكلب إذا تخوصم إليه في ذلك بعد البيع.

يحل نقل ذلك في البيان. وقوله: والسباع قال بعض من تكلم على هذا الموضوع أي وفي الكلب الذي يحرس الماشية من السباع وفي معناه كلب الزرع فإن اتخاذ الكلب جائز، واختلف في بيعه كما ذكر المصنف نقلها الباجي وغيره وذكره المازري خلافاً في الكلب الذي يتخذ لحراسة الدور والقياسر والفنادق، وللمنع ذهب ابن القصار وأجاز فيه شيخنا رحمه الله وجهاً آخر وهو أن يريد بالسباع التي في معنى الكلب كالفهد ونحوه وهو الذي اقتصر عليه ابن رشد اه. قال الشارح: وقع في البيت الأول من هذين البيتين لفظ الاتفاق ولا يخلو من نقد، انظر بقية كلامه. ثم قال: لفظ ابن الحاجب هو الذي نظم الشيخ رحمه الله في البيت الثاني.

وَبَيْعُ مَا كَالشَّاةِ وَاسْتِثْنَاءِ
أَوْ قَدْرِ رَطْلَيْنِ مَعاً مِنْ شَاةٍ
وَلَيْسَ يَغْطَى فِيهِ لِلتَّضْحِيجِ
وَالخُلْفُ فِي الْجِلْدِ وَفِي الرَّأْسِ صَدْرُ
وَفِي الضَّمَانِ إِنْ تَقَائَى أَوْ سَلِبِ
ثُلُثِهِ فِيهِ الْجَوَازُ جَاءِ
وَيُجَبَرُ الْأَبَى عَلَى الذُّكَاةِ
مِنْ غَيْرِهِ لِحْمًا عَلَى الصَّحِيجِ
مَشْهُورًا الْجَوَازُ فِي حَالِ السَّفَرِ
ثَالِثًا فِي الْجِلْدِ وَالرَّأْسِ يَجِبُ

اشتملت الأبيات على مسألة واحدة وهي بيع الشاة واستثناء بعضها ولا يعني خصوص الشاة بل والبعير والبقرة ونحوها، ولذلك أدخل الكاف على الشاة. ثم إن هذه المسألة على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يستثني جزءاً شائعاً قل أو كثر كالربع أو الثلث أو النصف أو الثلثين أو غير ذلك من الأجزاء وذلك جائز، قال في التوضيح عن المازري: ولا خلاف فيه وإلى هذا الوجه أشار الناظم بالبيت الأول. الوجه الثاني: أن يستثني أرتالاً من لحمها وذلك جائز أيضاً لكن فيما قل كالرطلين والثلاثة والأربعة. ابن الحاجب: ويجوز بيع الشاة واستثناء ثلاثة أرتال فأدنى وإليه رجع بعد منعه ابن القاسم وسنة أشهب (وقدر الثلث اه.)، وإلى هذا الوجه أشار الناظم بقوله: أو قدر رطلين معاً من شاة، وهو بالخفض عطفاً على لفظ ثلثه ويتعلق بهذا الوجه فرعان: الفرع الأول: إذا أراد البائع الذبح ليتوصل لما استثنى وامتنع المشتري فإنه يجبر على الذبح، قال في التوضيح عن المازري

(ص): وبيع ما كالشاة باستثناء. إلى آخر الأبيات الخمسة، هذا قال فيه في المختصر وشاة واستثناء أربعة أرتال ولا يأخذ لحم غيرها وصبرة وثمره واستثناء قدر ثلث وجلد وساقط بسفر فقط وجزء مطلقاً وتولاه المشتري ولم يجبر على الذبح فهما بخلاف الأرتال، وخير في دفع رأس وجلد أو قيمتها وهي أعدل، وهل التخيير للبائع أو للمشتري قولان، ولو مات ما استثنى منه معين ضمن المشتري جلدأ وساقطاً لا لحمأ اه. قوله: (وقدر الثلث) هذا اقتصر عليه غير واحد فيظهر رجحانه في الجملة، ولكن أبو الحسن حمل المدونة على ما لم يبلغ الثلث وتظهر أرجيحته على غيره بحسب ما ظهر لنا من كلام الناس وقد نقلناه في الشرح، ولا يجوز استثناء فخذها أو كبدها كما في الشرح عن المدونة وغيرها وإن جرى فيه قياس على الأرتال، ولكن بحث فيه ابن عرفة وتكلم مع ابن عرفة في ذلك قف على ذلك إن شئت، وكذا لا يجوز

هو المعروف لأن المشتري دخل على أن يدفع للبائع لحماً ولا يتوصل إليه إلا بالذبح، وحكى بعضهم الاتفاق عليه اهـ. وإلى هذا الفرع أشار الناظم بقوله: ويجبر الآبي على الذكاة، إلا أن لفظه يشمل امتناع البائع من الذبح إذ قد يبدو له ولا يريد الذبح فظاهر الناظم أنه يجبر أيضاً. الفرع الثاني: إذا اتفق المتبايعان على أن يعطي المشتري للبائع لحماً من غيرها عوضاً عن الأبطال المستثناة والمشهور منعه قال في التوضيح: الأصح منعه وهو مذهب أشهب لما ذكره ابن المواز أنه (يدخله بيع اللحم بالحيوان) والجواز ظاهر قول ابن مالك في رواية مطرف وفي المدونة ما يقتضيه اهـ. وإلى هذا الفرع أشار الناظم بقوله: وليس يعطى فيه للتصحيح الخ، أي لتصح الشاة وتدوم حياتها، ومقابل الصحيح في البيت الجواز كما تقدم عن التوضيح أنه ظاهر قول مالك، وفاعل يعطى ضمير المشتري وضمير فيه للمستثنى الذي هو الأبطال وضمير غيره للمستثنى منه ولحماً مفعول يعطى. الوجه الثالث من أوجه المسألة: من باع شاة واستثنى الجلد والرأس قال في التوضيح: وفي المسألة ثلاثة أقوال: الجواز في الحضر والسفر حكاه فضل عن ابن وهب وعيسى والمنع فيهما حكاه الأبهري رواية عن مالك، والثالث المشهور يجوز في السفر دون الحضر، ودليله ما رواه أبو داود في مراسيله عن عروة بن الزبير أن النبي ﷺ حين خرج هو وأبو بكر مهاجرين إلى المدينة مراعي غنم اشتريا منه شاة وشرطا له سلبها، ولا يقاس الحضر عليه لأنه إنما جاز في السفر لكونه لا قيمة له هناك فخف الغرر اهـ. وقال في التوضيح بعد هذا: وكأنه اشترى الجميع اهـ. وإلى هذا الوجه والخلاف فيه أشار الناظم بقوله: والخلف في الجلد البيت، ومفهوم قوله: الجواز في حال السفر أنه يمنع استثناء ذلك في الحضر (وهو محتمل للمنع) حقيقة وللكره انظر التوضيح. ثم ذكر

استثناء الجنين وعليهما فكل حيوان يعتبر فيه من الأبطال ثلثه أو أدنى منه بحسب جثة كبرت أو صغرت. قوله: (يدخله بيع اللحم بالحيوان) اعلم أنه يجوز شراء رطل من شاة سلخت لا قبل سلخها، وإذا كان الأمر كذلك فاستثناء البائع أربعة أبطال من شاة إن مررنا على أن المستثنى مشتري فقبض شيء فيها يلزم فيه بيع الطعام قبل قبضه والطعام هو الأبطال، وإن مررنا على أن المستثنى منفي فهو بيع لحم قبل السلخ، وعلى هذا فلا فرق بين أن يكون المبيع به لحماً أو غيره على كلا القولين، وابن المواز هو الذي قال اللازم في الفرع بيع لحم بحيوان، ونقله ابن عرفة وغيره وسلموه وهو الذي في المختصر، ولكن لا يخفاك ما في ذلك، وابن عبد السلام تكلم في المسألة، مع أنني لم أفهم بيع اللحم بالحيوان في المسألة لأن البائع إنما وجبت له أبطال في المبيع تفهمه، نعم إن أريد أن المتبايعين يتهمان على أنهما دخلا على أن يأخذ البائع لحماً في الشاة المبيعة وأظهرا استثناء الأبطال فيقرب ولكن لم أر من قاله مع أنهم لم يذكروا أن مثل هذا يكثر قصده. قوله: (وهو محتمل للمنع الخ) هذا محمول على المنع، وقد رأيت قول المختصر: وجلد وساقط بسفر إلى قوله: ولم يجبر على الذبح فيهما، وما ذكره في المختصر شهر وبيتنا من شهره في الشرح وأن الجلد والرأس والأكارع تحرم في الحضر وتجوز في السفر وبيتنا علة ذلك، فكلام المختصر هو المشهور على إطلاقه منطقاً ومفهوماً، وإن كان بعض ما يقابل ما في المتن قولاً قوياً في نفسه، وأن قوله فقط راجع للجلد والساقط، ومن رده إلى ما

الناظم فرعاً يتعلق بالوجهين الأخيرين من المسألة وهما استثناء الأرتال أو الجلد والرأس، وهو إذا ماتت الشاة المستثنى منها ذلك أو سرقت أو غصبت وإلى الموت والسرقة أشار بقوله: إن تواني أو سلب هل يضمن المشتري ذلك المستثنى أو لا يضمنه؟ قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب فلو مات ما استثنى منه معين فثالثها يضمن المشتري الجلد والرأس دون اللحم ما نصه: مراده بالعين خلاف الجزء الشائع كالثلث والرابع فإنه لا ضمان عليه في ذلك، وحاصل ما ذكره المصنف أنه اختلاف في مسألة الأرتال والجلد والرأس بناء على عدم جبره دون مسألة الأرتال فإنه يجبر ثلاثة أقوال، والثالث هو مذهب المدونة، ونسب ابن يونس وغيره القولين في ضمان الجلد لابن القاسم، (وحمل ابن دحون) القول بعدم الضمان على ما إذا لم يفرط، وأما إن تواني بالذبح فيضمن وهو معنى الرواية بالضمان وعلى هذا فلا خلاف في المسألة اهـ.

تنبیه: تقدم أن الإيجاب على الذبح إنما هو مفرع على استثناء الأرتال، أما استثناء الجزء الشائع أو الجلد والرأس فلا يجبر على الذبح فيهما على المشهور، وكذا تقدم أول كلام التوضيح المنقول آنفاً أن الخلاف في الضمان مفرع على استثناء الأرتال والجلد والرأس، وأما على استثناء الجزء الشائع فلا ضمان على المشتري لأنه شريك.

فصل في بيع الدين والمقاصة فيه

جمع الناظم في هذا الفصل بين بيع الدين واقتضائه والمقاصة فيه للمناسبة الظاهرة بين الثلاثة، وكأنه أطلق بيع الدين على ما تبرأ به ذمة المدين سواء كان بيعاً وذلك حيث يقضي من غير جنس الدين، أو اقتضاه وذلك حيث يقضى من جنس الدين، وفي بعض النسخ بيع الدين بالدين، والصواب إسقاط قوله بالدين لأن مقصود الناظم الكلام على ما يجوز من بيع الدين وما يمنع منه، وعلى نسخه زيادة بالدين يكون إنما ترجم للممنوع فقط هو بيعه بالدين.

بِمَا يَجُوزُ الْبَيْعُ بَيْنَ الدَّيْنِ مُسَوِّغٌ مِنْ عَرَضٍ أَوْ مِنْ عَيْنٍ
وَأَمَّا يَجُوزُ مِنْ حُضُورٍ مَنْ أَقْرَبَ بِالدَّيْنِ وَتَفْجِيلِ الثَّمَنِ

يليه فقد أخطأ بل السفر شرط فيهما هذا هو الحق إن شاء الله وإن شككت فانظر كلام الناس والله المعين. قوله: (وحمل ابن دحون الخ) انظر كلام الناس يظهر لك منه هذا في الشرح.

فصل في بيع الدين والمقاصة فيه

(ص): بما يجوز البيع بين الدين إلى آخر البيتين. هذا يحتاج إلى كلام طويل لا سيما وهذا الشارح قد أطال فيه والمسألة صعبة متشعبة، فلا بد أن نأتي بكلام المختصر وشرحه ليظهر الصحيح من السقيم ونصه: وككاليء يمثله نسخ ما في الذمة في مؤخر ولو معيناً ويتأخر قبضه كغائب ومواضع ومنافع عين وبيعه بدين وتأخير رأس مال السلم، فقوله: وككاليء هو معطوف على ما نهى عنه، والنهي يقتضي الفساد أي الكاليء بالكاليء منهى عنه وهو فاسد، قال في التوضيح: حقيقة

يعني أنه يجوز بيع الدين ممّا يجوز البيع به من عرض أو عين، ويعني بما يجوز البيع به لذلك الدين بحيث ينظر لما في الذمة من عين أو عرض ويعتبر في بيعه وما يجوز بيعه به وما يمتنع بشروط صحته وكماله. فقوله: بيع الدين مسوغ مبتدأ وخبر، وممّا يتعلق بمسوغ وهي موصولة صلتها يجوز البيع وحذف العائد لكونه مجروراً بما جر به الموصول، وقوله من عرض أو عين الظاهر أنه تفسير للإبهام الذي في ما أي والذي يجوز أن يباع به الدين هو العين أو العرض، ويحتمل على بعد أن يكون تفسيراً للدين أي يجوز بيع الدين سواء كان الدين عيناً أو عرضاً وكلاهما صحيح، فإذا كان الدين عيناً جاز أن يعطيه عيناً من غير جنسه إذا حلّ الأجل كما يأتي، وأما من جنسه فهو اقتضاء لا بيع إلا إذا أريد بالبيع ما تبرأ به الذمة كما تقدم وجاز أن يعطيه عرضاً، وإن كان الدين عرضاً جاز أن يعطيه عيناً أو عرضاً من غير جنسه، وأما من جنسه فاقضاء أيضاً.

قال الشارح: واحتراز بقوله بما يجوز البيع به من أن يبيع الدين بما لا يجوز أن يباع به حاضراً وذلك ظاهر، وإنما يجوز بيع الدين بشرطين: أحدهما: حضور المدين الذي عليه الدين وإقراره ببقاء الحق قبله، فلا يجوز بيع الدين والمدين غائب أو منكر. وثانيهما: تعجيل الثمن المدفوع فيه لثلاثين يوماً يكون فسخ دين في دين، ومن هنالك لا يجوز دنانير في دراهم ولا دراهم في دنانير على تأخير المدفوع لحظة لأنه صرف متأخر، ثم قال: وفي مفيد ابن هشام من مختصر ابن أبي زيد من كان له دين من عين أو عرض فله بيعه من غير غريمه قبل محله أو بعده بثمن يتعجله، فإن كان دنانير أو دراهم باعه

فسخ الدين في الدين هو أن يبيع الدين ممّن هو عليه بشيء مؤخر من غير جنسه أو من جنسه وهو أكثر الخ. وقول المتن فسخ ما في الذمة أي فسخ دين في الذمة، ولا فرق في هذا الدين بين أن يكون من قرض أو غيره مؤجلاً كان أو حالاً. وقوله في مؤخر كان هذا المؤخر أزيد عدداً أو صفة كعشرة محمولة يفسخها في عشرة سمراء، وعلة ذلك سلف جر نفعاً لأن من أجل ما عجل عد مسلفاً، وكذا فسخ عرض في عرض من غير جنسه لأن تأخيره مظنة لكون المقبوض عن الدين هو مظنة للزيادة، وأما من له عشرة دنانير محمدية آخرها لأجل فذلك جائز لأن المؤخر محسن ولا نفع له في ذلك، وكذلك إن أسقط خمسة وأخر خمسة مع أن هاتين الصورتين لا يدخلان في فسخ الدين، وهذا كله يفهم من متن المختصر عند التفهم لكلامه وقوله وبيعه بدين، ابن عبد السلام: لا بدّ عندهم في بيع الدين بالدين أن تقدم عمارة الذمتين أو إحداها على المعاوضة كمن له دين على رجل، والثالث دين على رابع فباع كل واحد من صاحبي الدين ما يملكه من الدين بالدين الذي للأخر، وكذا لو كان لرجل دين على رجل فباعه من ثالث بدين، فأما إن لم تعمر الذمة إلا عند المعاوضة كتأخير رأس مال السلم بشرط أكثر من ثلاثة أيام على المشهور فيسمون هذا ابتداء الدين بالدين اهـ. وأقواها فسخ الدين في الدين ثم بيعه بدين ثم ابتداء الدين بالدين على ترتيب المصنف، ولذلك جوزوا بيع الدين بمنافع عين معينة، ومنعوه في فسخ الدين في الدين، وجوزوا في الأخير الذي هو ابتداء الدين بالدين تأخير ثلاثة أيام بالشروط، وقول المتن: وبيعه بدين يفهم منه أنه لا يمنع بيعه إلا بدين، وأما نحو منافع المعين وما في حكمه فيجوز، وهو كذلك كما في ابن يونس وغيره وهو الذي أشرنا إليه أولاً فلله در المصنف.

بعرض، وإن كان عرضاً باعه بعين أو بعرض يخالفه نقداً، قال سحنون بمحضر الغريم وإقراره اهـ. والظاهر والله أعلم (أن بيع الدين في هذه الصورة) التي في المفيد للمدين نفسه جائز أيضاً لأنه دين بدين، وإن صالحته على عشرة أرتال من لحم شاة وهي حية لم يجز، قال ابن القاسم: ومن استهلك لك بغيراً لم يجز أن تصالحه على بغير مثله إلى أجل لفسخك ما وجب لك من القيمة في ذلك، ولو صالحته على دنانير مؤجلة فإن كانت أكثر من القيمة لم يجز، وإن كانت كالقيمة فأدنى وكان ما استهلك ممّا يباع بالدنانير بالبلد جاز، ويجوز على دراهم نقداً أو على عرض نقداً بعد معرفتكما بقيمة المستهلك من الدنانير ولا يجوز على دنانير أو عرض إلا نقداً بعد معرفتكما بقيمة المستهلك من الدراهم، وإن شرطتما تأخير ذلك إلى أجل لم يجز، ولو تعجلته بعد الشرط لم يجز لوقوعه فاسداً، وكذلك إن ادعيت أنه استهلك لك غنماً أو متاعاً فالصلح فيه على عين أو عرض يجري على وصفنا. وقال ابن القاسم فيمن ذبح لرجل شاة أو بقرة أو فصيلاً فإن كان لحم الشاة لم يفت لم يجز أن تصالحه بشاة إذ له أخذها مذبوحة فصار لحماً وإن بحيوان فات اللحم فجائز نقداً بعد المعرفة بقيمة الشاة، ولو استهلك له صبرة قمح لا يعرفان كيلها جاز أن يأخذ بالقيمة ما شاء من طعام من غير جنسه أو عرض نقداً، وأما على مكيلة من قمح أو شعير أو سلت فلا يصح على التحري أي لأن الثلاثة صنف واحد، والشك في التماثل كتحقق التفاضل، قال: (وأما على كيل لا يشك) أنه أدنى من كيل الصبرة فلا بأس به، وكأنه أخذ بعض حقه، فلا تبالي أخذ قمحاً أو شعيراً أو سلتاً يريد ههنا وإن لم يعرف القيمة اهـ. على نقل المواق، قال: وعلى هذا ينبنى مصالحة الفران والرحوي فيما تبدل عندهما، (وكان سيدي ابن سراج رحمه الله يقول): لا يجوز أن يأخذ ما لا يشك أنه أقل حتى يتحقق وأن خبزه أو دقيقه قد أكل لثلاً يكون مبادلة بتأخير، وكان يقول: قد تقدم له قرينة الحال أن طعامه قد أكل، وقد تقدم من هذا في الأضحية اهـ. ابن الحاجب: يجوز الصلح على ذهب من ورق وبالعكس إذا كانا حالين وعجل، ومن المدونة قال مالك: من لك عليه مائة درهم حالة وهو مقر بها جاز أن تصالحه على خمسين منها إلى أجل لأنك حططته وأخرته، ولا بأس أن تصالحه على دنانير أو عرض نقداً، ولا يجوز فيها تأخير لأنه فسخ دين في دين وصرف مستأخر، قال ابن القاسم: وكذلك إذا كان المدعى عليه منكرراً لأن المدعي إذا كان محقاً فلا بأس أن يأخذ عن مائة درهم خمسين إلى أجل، وإن أخذ عنها عرضاً أو ذهباً إلى أجل لم يصح لأنه فسخ دراهم

قوله: (أن بيع الدين في هذه الصورة الخ) انظر هذا عند قول المتن في كتاب الصلح: وإن صالح بمؤخر عن مستهلك الخ تر الفقه الصحيح هذا وزيادة. قوله: (وأما على كيل لا يشك الخ) انظره عند قول المتن في كتاب الخيار: وإن أهلك بائع صبرة الخ. ومسألة الشاة المتقدمة انظرها عند قول المتن صدر كتاب الغصب أو ذبح الخ، وكل ما طول به هذا الشارح يفهم من المختصر، ولولا خشية الإطالة لبينا ذلك غاية، وقد بينا ذلك في محاله المذكورة والحمد لله مدخلاً ذلك في كلامه بحسب اقتضائه ذلك كله. قوله: (وكان سيدي ابن سراج رحمه الله الخ) انظره عند قول المتن في

في عروض أو دنائير إلى أجل وذلك حرام، وإن كان المدعي مبطلاً لم يجز له وأخذ شيء عاجل أو أجل اهـ. وهذا كله داخل في قول الناظم: بما يجوز البيع ببيع الدين البيت، إنما أطلت هنا بعض التطويل لأن في بيع الدين بعض صعوبة وتكثير الأمثلة مما يتمرن به الطالب، وهذا النقل لا شك أنهم ذكروه في باب الصلح، ولكن إنما يصلح عن الدين بما يباع به، والمقصود هنا معرفة ما يباع به الدين مما لا يباع به، وقد تلخص من مسألة استهلاك صبرة القمح المتقدمة قريباً إن منع بيع المجهول بمعلوم من الجنس الواحد من الطعام الربوي سواء تبين الفضل من إحدى الجهتين أو لا، إنما هو إذا كان على وجه البيع وحضور العوضين، وأما بعد تقرر أحد العوضين في الذمة وقصد الصلح عنه فيجوز أن يقضي ما لا يشك أنه أقل. (لأن الصلح عن بعض الدين) هبة والله أعلم. وأشار الناظم بقوله: وإنما يجوز مع حضور من البيت إلى بعض شروط جواز بيع الدين وذكر منها ثلاثة: (حضور المدين) وإقراره وتعجيل الثمن، وبقي عليه على ما نقل المواق عن الغرناطي ثلاثة آخر (أن لا يكون الدين طعاماً بعرض)، (وأن يباع بغير جنسه)، (وأن لا يكون المبتاع عدواً) للغريم، البرزلي: وإن كان الدين عروضاً فهل يشترط أن يبقى مثل أجل السلم من أجله أو ليس من شرطه ذلك وأخذ كل واحد منهما من المدونة، قال مقيد هذا الشرح سمح الله له: وقد كنت نظمت شروط جواز بيع الدين على ما ذكر الغرناطي

الضحايا وإبدالها بدون وإن لاختلاط الخ في حاشيتنا. وقوله: (لأن الصلح عن بعض الدين الخ) انظره عند قول المتن: على بعضه هبة. قوله: (حضور المدين الخ) هذا هو قول المختصر في كتاب الربا، ومنع بيع دين ميت وغائب ولو قربت غيبته وحاضر إلا أن يقر، وأما قوله: وتعجيل الثمن هذا هو قول المتن، وبيعه بدين. وقوله: (أن لا يكون الدين طعاماً بعرض) هو قول المختصر في السلم وبغير جنسه إن جاز بيعه قبل قبضه الخ، وهذا معلوم عند الناس أن بيع الطعام قبل قبضه لا يجوز وهو قول المتن، وجاز البيع قبل القبض إلا مطلق طعام المعاوضة الخ، وإن كان ما في السلم هو دين بيع ممتن عليه الدين، ومنه يفهم قول هذا الشارح أنفاً أن بيع الدين الخ، والحاصل طعام المعاوضة لا يجوز بيعه قبل قبضه مطلقاً إلا في فسح الدين ولا في بيعه ولا في غير ذلك كما إذا اشتراه وباعه قبل أن يقبضه فذلك حرام. وقوله: (وأن يباع بغير جنسه الخ) هذا في الغرناطي والبرزلي، ونقله ح وغيره وسلموه ولم أفهم علتة وإن كان يظهر منعه حتى من كلام ابن يونس حين تكلم على صلح الزوجة مع الورثة مع أنه لا مانع يظهر أصلاً، فإن المدين إذا كانت عليه بقرة من قرض أو سلم وباعها له مالكة من رجل بثوب حاضر بلا تأخير، والمصنف قال: وبيعه بدين، وكذا ابن عرفة وغيره فكلامهم إنما منعوا فيه التأخير للمقبوض، وكذا قول التحفة هنا بما يجوز البيع الخ، وكذا كلام ولده على هذا وكلام غير واحد، وكذا ما ذكره الناس على قول المختصر وجاز عن دين بما يباع به، وكذا كلام غيره في هذا فظاهر كلامهم أو صريحه جواز بيع البقرة التي في ذمة المدين ونحوها بثوب ونحوه حاضراً أو بشاة مثلاً أو كان الدين كتاباً والمشتري به ثوب، وغير ذلك من العروض المتخالفة في الجنس، والحاصل هذا أمر عجيب والعلم الحقيقي عند الله تعالى. وقوله: (وأن لا يكون المبتاع عدواً الخ) هذا هو قول المتن في كتاب الضمان وبغير إذنه إلى قوله كشرائه الخ.

فقلت:

شروط بيع الدين ستة ترى حضور مديان وإقرار يرى
وبيعه بغير جنس ونقد ثمينه ولا عداوة يرد
وليس ذا الدين طعاماً واختلف في أجل السلم إن عرضاً وصف
أي إن كان الدين عرضاً موصوفاً في الذمة ثم زدت على شروط بيع الدين مسألتين
فقلت فيهما:

وليس من شروطه الحلول إلاً بصرف شرطه مقول
في كون ذا المدين أولى بالذي بيع به أو لا خلاف فاحتذي

(فائدة): من صور بيع الدين الذي الكلام فيه المسألة الملقبة عند العامة بقلب

الرهن، وذلك أن يكون بيد الإنسان رهن في دين مؤجل ثم يحتاج إلى دينه قبل الأجل فيبيع ذلك الدين المؤجل بما يجوز أن يباع به، كما إذا كان دينه دنانير أو دراهم كما هو الغالب في بيع الرهن فيبيعه بسبعة نقداً مع اعتبار بقية شروط جواز بيع الدين كما تقدم، ويحل المشتري للدين المذكور محل بائعه المرتهن أولاً في الحوز والمنفعة إن جعلت له والبيع للرهن بالتفويض الذي جعل للمرتهن البائع للدين وغير ذلك، ويكتب في ذلك في ظهر وثيقة الدين أو طرفها: اشترى فلان جميع الدين أعلاه أو بمحوله بكذا وكذا وقبض البائع المذكور جميع الثمن معاينة أو باعترافه بعد التقليب والرضا كما يجب وأبرأ المشتري من جميعه فبريء وأحله محله في الرهن والانتفاع به والحوز له والتفويض وتملك المشتري المذكور مشتراه تملكاً تاماً على السنة في ذلك والمرجع بالدرك عرفاً قدره إلى آخر الوثيقة، وهذا مع التنصيص على دخول الرهن في البيع وهو المعمول به في وقتنا إذ هو المقصود بشراء الدين غالباً، وللراهن الخيار بين أن يجعل رهنه بيد المشتري للدين أو يجعله بيد رجل غيره، وهذا ظاهر إن لم تشترط منفعته، أما إذا كان المرتهن اشترط المنفعة وباع الدين والمنفعة معاً كما هو الواقع كثيراً فلا خيار للراهن إلاً إذا ألحقه ضرر فيزال الضرر ويكري ذلك لغير مشتري الدين والكره لمشتريه لأن المنفعة لمشتريها، وإن شرط عدم دخوله لم يدخل ويبقى الرهن بيد من هو بيده، وأما إن بيع الدين وسكت عن الرهن فلا يشمل البيع لأن الدين ملك للبائع والتوثق بالرهن حق له وكل منهما منفك عن الآخر، والأصل بقاء مال الإنسان على ملكه حتى يخرج عنه برضاه، وإذا اختلفا في البيع للدين هل وقع على دخول الرهن أو لا تحالفاً وتفاسخاً، ويبدأ البائع كما في اختلاف المتبايعين إذا اختلفا هل وقع البيع على رهن أو حميل أو لا؟ وكذلك القول في الحميل إلاً أنه إذا اشترط دخوله فيشترط حضوره وإقراره بالحماله لثلاث يصير من شراء ما فيه خصومة، انظر الحطاب في شرح قوله في البيوع: وحاضر إلاً أن يقرّ ومع كون الدين بينة

عادلة وبرهن يساوي الدين وأكثر وهو محوز بيد المرتهن، فلا بدّ من حضور المدين وإقراره بالدين على القول المشهور، وأجاز ابن القاسم في سماع عيسى بن معاوية شراء الدين على الغائب، وقاله أصبغ في نوازل، ورواه أبو زيد عن مالك، ونقل الإمام أبو عبدالله المازري في شرح التلقين أن ابن المواز يجيز شراء الدين على الغائب القريب الغيبة إذا كان على الدين بيعة، نقل ذلك صاحب المعيار أول الكراس السابع من ترجمة المعاوضات والبيوع في سؤال نازلة سئل عنها الإمام أبو العباس القباب، وفي السؤال المذكور وجوابه طول حذفته اختصاراً، قال القباب المذكور أول الجواب: أما من يجيز بيع الدين على غائب بغير رهن فلا يشكل على أحد أنه مع الرهن أولى بالجواز (لكنها كلها) أقوال غير مشهورة ولا معول عليها عند أصحاب الأحكام، انظر تمام كلامه رحمه الله، والذي جرى به العمل عندنا في الرهان بيع الدين من غير حضور المدين ولعله ارتكاباً لمقابل المشهور لقلة الغرر مع ثبوت الدين وحياسة الرهن.

(فرع: ما تقدم) من جواز بيع الدين إنما هو إذا لم يقصد به التضييق على المدين وتغيته، أما إن قصد به ذلك فيمنع ويرد إن وقع ذلك، وهل يكفي في منع ذلك وفسخه قصد المشتري وحده الإضرار أو لا بدّ أن يكون البائع عالماً بقصد المشتري الضرر وإلا لم يفسخ بل يباع الدين على المشتري فيرتفع الضرر. ابن يونس: وهو أظهر قاله في التوضيح في مسألة الضمان بغير إذن المضمون عنه، وقد تقدم هذا في شروط بيع الدين.

(فرع: إذا بيع الدين) فاختلف هل يكون من هو عليه أحق به أم لا؟ قال في التوضيح في باب الشفعة: وظاهر المذهب أنه لا يكون أحق به، وعن مالك أراه حسناً وما أرى أن يقضى به. وقال أشهب: يقضى به اهـ. وتقدم هذا في البيت الرابع من شروط بيع الدين.

وَفِي طَعَامٍ إِنْ يَكُنْ مِنْ قَرْضٍ يَجُوزُ الْإِبْتِياعُ قَبْلَ الْقَبْضِ
هذا من تمام الكلام على بيع الدين، ومراده أن من كان له على رجل طعام ترتب له عليه من سلف إحسان توسعة فإنه يجوز له بيعه قبل قبضه من ذلك الرجل، وهذا المعنى تقدم دخوله في قوله في ترجمة بيع الطعام:
وَالْبَيْعُ لِلطَّعَامِ قَبْلَ الْقَبْضِ مَمْتَنَعٌ مَا لَمْ يَكُنْ مِنْ قَرْضٍ

قوله: (لكنها الخ) القائل بالجواز غير واحد، وربما تظهر قوة ذلك لا سيما إن كان الغائب قريباً وعلمت حياته هذا هو قول ابن القاسم وغيره انظره عند قول المتن وبيعه بدين الخ، وما جرى به العمل بفاس ظاهر وجهه وبيننا ذلك في المحل المذكور.

قوله: (فرع: ما تقدم الخ) هذا مبين في قول المختصر في الضمان. وقوله: (إذا بيع الدين الخ) المذهب هو أن المدين ليس أحق بدينه وهو قول المختصر في كتاب الشفعة لا عرض وكتابة ودين الخ.

وإنما أعاده لكونه من بيع الدين، وفي الرسالة: ولا بأس ببيع طعام القرض قبل أن يستوفى. وفي المتيطة: جائز لمن أقرض طعاماً أو ورثه أو وهب له أن يبيعه قبل أن يستوفيه اهـ. ولا بدّ من كون الثمن معجلاً، ولم يصرّح به الناظم هنا اتكالاً منه على ما تقدم من قوله قبل هذا يليه وتعجيل الثمن، وهذا يعني تعجيل الثمن شرط في بيع الدين مطلقاً طعاماً كان أو غيره.

وَالْأَقْتِضَاءُ لِلدُّيُونِ مُخْتَلِفٌ وَالْحُكْمُ قَبْلَ أَجْلِ لَا يَخْتَلِفُ
وَالْمِثْلُ مَطْلُوبٌ وَذُو اغْتِبَارٍ فِي الْجِنْسِ وَالصَّفَةِ وَالْمِقْدَارِ
وَالْعَيْنُ فِيهِ مَعَ بُلُوغِ أَجْلٍ صَرَفٌ وَمَا تَشَاوُهُ إِنْ عَجَلَا
وغيرُ عَيْنٍ بَعْدَهُ مِنْ سَلْفٍ خَذَ فِيهِ مِنْ مُعَجَّلٍ مَا تَضَطَّفِي
وَإِنْ يَكُنْ مِنْ سَلَمٍ بَعْدَ الْأَمْدِ فَالْوَصْفُ فِيهِ السَّمْحُ جَائِزٌ فَقَدْ

الاقتضاء، قال ابن عرفة: هو في العرف قبض ما في ذمة غير القابض. فقوله غير القابض أخرج به المقاصة لأنها قبض، وقوله: ما في ذمة القابض وقوله ما في ذمة الخ يعني أن الاقتضاء هو أن يقبض رب الدين من المدين من جنس الدين الذي له عليه مثل

(ص): والاقتضاء للديون مختلف إلى آخر الأبيات الخمسة. أكثر الناس الكلام في هذا، وأكثر هذا الشارح وشارحو المختصر، وقد لفقنا ذلك في أبيات بما نصّه:

عَلَّلَ بَضْعٌ فِي بَيْعِنَا وَالسَّلْفُ وَالْبَيْعُ فِي الْعَرْضِ بِحِطِّ تَقْتِنْفِ
مَنْعُهُمَا قَدْ خَصَّصُوا بِمَا اتَّحَدَ فِي الْجِنْسِ فِي الْغَيْرِ فَافْهَمْ مَا وَرَدَ
إِنْ أَدْنَى أَوْ أَقْلٌ قَبْلَ الْأَمْدِ قَضِيَّتْ أَوْ زِيَادَةُ الْقَرْضِ أَرَدَدَ
الْفَضْلُ فِي الْعَرْضِ مَزِيدُهُ حَظَرُ فِي بَيْعِنَا قَبْلَ حُلُولِ مَا قَدَرَ
وغير ما ذكر جوز مطلقاً في البيع والسلف وحط العرض بحط تقتنف في الجنس في الغير فافهم ما ورد قضيت أو زيادة القرض اردد في بيعنا قبل حلول ما قدر في البيع والقرض على ما حققا

وملخص ما نظمناه أن القضاء بالمساوي جائز مطلقاً بلا قيد أصلاً وبالأقل صفة أو قدرأ مع الحلول جائز مطلقاً كان من بيع أو قرض ومع عدم الحلول المنع كذلك وبأكثر قدرأ المنع في القرض مطلقاً، وفي البيع بالجواز مطلقاً كذلك إن كان الدين من عين، وبأفضل صفة الجواز مطلقاً في القرض والبيع من عين كذلك بلا قيد أصلاً وفي العرض والطعام من بيع الجواز إن حلّ الأجل والأ فلا، والقدر فيهما كفضل الصفة بلا فرق فافهم ذلك وادع لمن قرب وجاهد نفسك في ذلك واتعب، وحاصل البيت الأول أن ضع وتعجل يعلل به في البيع والسلف وحط الضمان وأزيدك إنما هو في العرض من بيع وكل من ضع وتعجل وحط الضمان وأزيدك إنما يكونان في الجنس الواحد، انظر شرحنا لقول المختصر وقضاء قرض بمساو وأفضل صفة وإن حلّ الأجل بأقل صفة وقدرأ لا أزيد عدداً أو وزناً إلا كرجحان ميزان أو دار الفضل من الجانبين وثمان المبيع العين كذلك وجاز بأكثر، وزيادة الوزن الزائدة على قدر رجحان الميزان كزيادة القدر، وتتبع ما في هذا الشارح يطول بنا غاية فلذلك تركناه ولخصنا الفقه فعليك به إذ الفقه هو المطلوب في نفسه.

أن يكون لك على المدين ذهب فيعطيك ذهباً، أو ورق فيعطيك ورقاً، أو كتان فيعطيك كتاناً، أو حرير فيعطيك حريراً، وعلى ذلك فقس. أما إن أعطاك عن الذهب فضة أو بالعكس فهو صرف وهو المراد بقولهم: صرف ما في الذمة جائز بشرط الحلول، وإن أعطاك عن الذهب حريراً مثلاً أو عن الحرير ذهباً أو عن الصوف كتاناً فهو من بيع الدين لا من اقتضائه، واقتضاء الدين أو بيعه من المدين يتصور بين شخصين رب الدين والمدين، وأما بيعه لغير المديان فيتصور بين ثلاثة أشخاص: رب الدين والمدين والمشتري للدين، ولعل المصنف أطلق الاقتضاء على ما تبرأ به الذمة كان المقبوض من جنس الدين أو من غير جنسه، بدليل أنه ذكر ما هو اقتضاء حقيقة، وما هو بيع حقيقة، وما هو محتمل لإرادة البيع أو الاقتضاء، وذلك لأنه قسم الاقتضاء إلى ما قبل الأجل وإلى ما بعده فأشار إلى ما قبل الأجل بقوله:

والحكم قبل أجل لا يختلف

والمثل مطلوب وذو اعتبار

أي معتبر في الجنس والصفة والمقدار، وهذا اقتضاء حقيقة لأنه أعطى مثل ما عليه جنساً وصفة ومقداراً. ثم قسم الاقتضاء بعد الأجل إلى كونه أي الدين عيناً أو غير عين، فإن كان عيناً وأعطاه عيناً مخالفاً لجنس الدين فهو صرف، وإن أعطاه عن العين عرضاً ثوباً مثلاً فهو بيع للدين بذلك الثوب فقال:

والعين فيه مع بلوغ أجلا صرف وما تشاؤه إن عجلا

فقوله: والعين فيه الضمير للعين أي دفع العين في العين صرف، فالعين الأول هو المدفوع عن الدين، والثاني الذي كنى عنه بالضمير هو الدين المترتب في الذمة ومقابله هو قوله: وغير عين الخ. وهذا كله من بيع الدين لأن الصرف بيع وإن غلب إطلاق البيع على ما أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة وإن كان الدين غير عين بل عرضاً، فإما أن يكون من سلف أو من بيع، وعن البيع عبر بالسلم لأن السلم بيع بالمعنى الأعم، فإن كان من سلف جاز أن يأخذ عنه ما شاء معجلاً، فإن أخذ من جنس الدين فهو اقتضاء، وإن أخذ من غير جنسه فهو بيع، فهذا مما يحتمل أن يراد به البيع والاقتضاء وهو قوله:

وغير عين بعده من سلف خذ فيه من معجل ما تصطفي

وإن كان من سلم أي بيع فقال فيه:

وإن يكن من سلم بعد الأمد فالوصف فيه السمع جائز فقد

فأخبر أنه يجوز السمع في الصفة بحيث يأخذ أدنى صفة مما له عليه وهذا من الاقتضاء والله أعلم، لأن الوصف إنما يصلح ذكره إذا كان القضاء من جنس الدين، وقد ذكر الناظم اشتراط حلول الأجل في هذه الأبيات الثلاثة ثلاث مرات اعتناء به، الأول: قوله مع بلوغ أجلاً. الثانية: قوله وغير عين بعده أي بعد الأجل. الثالثة: قوله بعد الأمد. هذا حاصل هذه الأبيات الخمسة، لكن باعتبار ما هو اقتضاء دين أو بيع. وأما شرحها

فيأتي إن شاء الله، على أن الناظم قدم الكلام على جواز بيع الدين وصرافه في قوله:

بما يجوز البيع ببيع الدين مسوغ من عرض أو من عين
 كما تقدم شرحه في محله إلا أن فيه إجمالاً وكأنه ترجمة وما هنا تفسير له، وأفاد
 هنا زيادة على ما شمل قوله: بما يجوز البيع ببيع الدين البيت أنه يشترط في صرف الدين
 حلول الأجل لقوله هنا: مع بلوغ أجلاً، ويفهم منه أنه لا يشترط حلول الأجل في غير
 الصرف من أنواع بيع الدين، فيجوز بيع الدين العين قبل حلوله بعرض معجل، ويجوز
 بيع العرض المؤجل بعرض أو عين حال، وأفاد فيما تقدم أنه يشترط حضور المدين
 وإقراره، وأما اشتراط تعجيل ما يباع به الدين فقد صرح به فيما تقدم في قوله: وتعجيل
 الثمن، وهنا في قوله: وما تشاؤه إن عاجلاً، وفي قوله: خذ من معجل ويأتي بقية الكلام
 مع ألفاظ الناظم رحمه الله. ثم اعلم أن الصور العقلية المتصورة في اقتضاء الدين الاقتضاء
 الحقيقي الذي هو الأخذ من جنس الدين أربع وعشرون صورة بيانها أن الدين إما عين أو
 عرض ويندرج في العرض الطعام، لأن المراد بالعرض ما يقابل العين، وكل منهما إما من
 بيع أو من قرض، فهذه أربعة أوجه في كل منها إما أن يكون حالاً أو مؤجلاً ولم يحل
 أجله فهذه ثمانية أوجه والحال يشمل الحال ابتداءً، وما حلَّ أجله وقت الاقتضاء بعد أن
 كان مؤجلاً والحكم فيهما واحد، ثم القضاء في هذه الأوجه الثمانية إما بمثل الدين جنساً
 وصفة ومقداراً، وإما بأقل قدرأ أو صفة، وإما بأكثر قدرأ أو صفة مع اتحاد الجنس أيضاً
 فيهما، فإذا ضربت أحوال القضاء الثلاثة في الأوجه الثمانية المتقدمة بلغت أربعاً وعشرين
 صورة، هذا بيان عدد صور الاقتضاء في الجملة فيما بين جائز وممنوع، وأما بيان الجائز
 من غيره فاعلم أنه إن وقع الاقتضاء بمثل الدين فالصور ثمان كما تقدم، لأن الدين إما من
 بيع أو من قرض، وفي كل منهما إما أن يكون الدين عيناً أو عرضاً فهذه أربع صور، وفي
 كل منهما إما أن يكون حالاً أو غير حال وكلها جائزة، وتدخل كلها في قول الشيخ
 خليل: وقضاء قرض بمساو، ثم قال: وثمن المبيع من العين كذلك فيدخل في قضاء
 القرض أربع صور: كون الدين عيناً أو عرضاً وفي كل منهما إما حال أو مؤجل لم يحل،
 ويدخل في ثمن المبيع أربع صور كذلك، وإذا كان القضاء بالمثل كما هو الفرض فلا فرق
 في ثمن المبيع بين أن يكون عيناً أو عرضاً، وإن وقع الاقتضاء بأقل صفة أو قدرأ فإن كان
 الدين حالاً جازت أربع صور وهي كون الدين عيناً أو عرضاً وفي كل منهما إما من بيع أو
 من قرض وذلك حسن اقتضاء، وتدخل هذه الأربع في قول الشيخ خليل: وإن حلَّ الأجل
 صفة أو قدرأ، وإن كان الدين غير حال منعت هذه الأربع المذكورة لما فيه من صنع
 وتعجل المؤدي إلى سلف جر نفعاً، لأن المعجل لما في الذمة مسلف على المشهور، فقد
 سلف حيث عجل قبل الأجل وانتفع بدفع قليل في كثير أو أردأ عن أفضل، وتخرج هذه
 الصور الأربع الممنوعة من مفهوم الشرط في قول الشيخ خليل: وإن حلَّ الأجل بأقل
 صفة أو قدرأ، إذ مفهومه أنه إذا لم يحل لم يجز وهو كذلك، وإن وقع الاقتضاء بأكثر
 قدرأ أو أفضل صفة فالصور ثمان أيضاً، فإن كان الدين عيناً من بيع جاز القضاء بأكثر قدرأ

أو أفضل صفة حلّ الأجل أو لم يحل وإليه أشار الشيخ بقوله: وثمن المبيع من العين كذلك وجاز بأكثر، وإن كان عرضاً من بيع أيضاً جاز القضاء بأكثر وأفضل صفة إن حلّ الأجل ولا يجوز قبل حلوله، قال في آخر باب السلم: وجاز قبل زمانه قبول صفته فقط، إذ مفهومه أنه بعد زمانه أي بعد حلوله يجوز بأكثر وبأفضل، فهذه أربع صورة عين من بيع حلّ أو لم يحل عرض من بيع حلّ أو لم يحل، وإن كان الدين من قرض لم يجز بأكثر قدرأ عرضاً كان الدين أو عيناً حلّ أو لم يحل، وهذه أربع أيضاً وإليها أشار الشيخ خليل بقوله: لا أزيد عدداً أو وزناً ويجوز بأفضل صفة وإن لم يحل لقوله: وقضاء قرض بمساو أفضل صفة. والناظم قسم المسألة إلى الاقتضاء قبل الأجل وإلى الاقتضاء بعد الأجل، ثم نوع ما بعد الأجل إلى كون الدين عيناً أو عرضاً، ثم نوع العرض إلى كونه من سلف أو بيع، وتقسيمه هذا يرجع إلى التقسيم المذكور أولاً، لأن الدين المقتضي قبل حلول أجله إما أن يكون عيناً أو عرضاً، وفي كلا الوجهين إما أن يكون ترتب من بيع أو قرض فهذه أربعة أوجه، وفي كل من الأربعة إما أن يقع الاقتضاء بمثل الدين صفة ومقداراً أو بأكثر قدرأ أو أفضل صفة أو بأقل قدرأ وصفة، فهذه اثنتا عشرة صورة قبل الأجل، ويتصور مثلها بعد الأجل، هذا كله في الاقتضاء الحقيقي الذي هو من جنس الدين، والناظم تكلم على ما هو أعم من الاقتضاء وبيع الدين كما بيناه أول شرح هذه الآيات، وصرّح بجواز صورة واحدة من صور الاقتضاء قبل الأجل، ويجوز أربع صور من صور الاقتضاء بعد الأجل كما يؤخذ ذلك من كلامه، ويأتي بيانه إن شاء الله في شرح ألفاظ النظم.

وإذ فرغنا من الكلام على اقتضاء الدين في الجملة فلنرجع الآن إلى ألفاظ النظم بقوله: والاقتضاء للديون مختلف البيتين يعني أن اقتضاء الديون مختلف حكمه فمنه جائز ومنه ممنوع، ويحتمل أن المراد مختلف وصفه فمنه بمثل الدين ومنه بأقل ومنه بأكثر، ويؤيد الاحتمال الأول أنه جعل الذي لا يختلف هو الحكم حيث قال: والحكم قبل أجل لا يختلف وهو مقابل لقوله مختلف، فالمختلف إذا هو الحكم والله أعلم، وذلك لأن المقضي إن كان مماثلاً للمقتضى عنه من كل وجه فهو جائز، وإن كان بأقل قدر أو صفة أو بأفضل صفة أو قدرأ ففيه ما هو جائز وما هو ممنوع كما تقدم، ويأتي قوله: والحكم قبل أجل لا يختلف والمثل مطلوب وذو اعتبار في الجنس والصفة والمقدار، يعني أن الدين الذي يراد قضاؤه إن كان مؤجلاً ولم يحل أجله فإن حكم اقتضائه لا يختلف بالجواز والمنع بل هو جائز مطلقاً لكن في هذه الحالة وهي حيث يماثل هذا الدين المقضي في الجنس والصفة والمقدار، وإذا ماثله فيما ذكر فلان فرق بين أن يكون من بيع أو فرض كان عيناً أو عرضاً حلّ الأجل أو لم يحل ثمان صور كلها جائزة داخلية في قوله: والحكم قبل أجل لا يختلف والمثل مطلوب وذو اعتبار الخ. وكأنه إنما قيده بقبل الأجل ليقابل به ما بعد الأجل المذكور في قوله: والعين فيه مع بلوغ أجلاً، وفي قوله: وغير عين بعده أي بعد الأجل، وفي قوله بعد الأمد، وفهم من قوله: والمثل مطلوب وذو اعتبار الخ أنه إذا قضى قبل الأجل بغير المثل بل بأقل صفة أو قدرأ أو بأكثر صفة أو قدرأ لا يكون جائزاً مطلقاً بل منه جائز ومنه ممنوع كما تقدم في التقسيم قوله:

والعين فيه مع بلوغ أجلا صرف وما تشاؤه إن عجلا

هذا شروع في القسم الثاني وهو الاقتضاء بعد حلول الأجل، وتقدم في التقسيم أنه يتنوع إلى اثني عشر وجهاً باعتبار الاقتضاء الحقيقي، وإن الناظم تكلم على ما هو أعم، وأنه نوع الاقتضاء بعد الأجل إلى كون الدين عيناً أو عرضاً، ونوع العرض إلى كونه من سلف أو بيع، فأخبر في هذا البيت أن الدين إذا كان عيناً ذهباً أو فضة وحلّ أجله ثم قضى عنه عيناً مخالفاً لجنس الدين بحيث قضى ذهباً عن ورق أو ورقاً عن ذهب فإن ذلك صرف وهو جائز في فرضنا من كون الاقتضاء بعد حلول أجل الدين، لأن صرف ما في الذمة جائز بشرط الحلول. فقوله صرف هو على حذف الصفة أي جائز، ودليل حذفها قوله: مع بلوغ أجلاً، ولأن الاسم عند الإطلاق يحمل على الكامل من مسماه. وفهم من قوله: مع بلوغ أجلاً أنه إذا لم يحل ممنوع وهو كذلك لأنه صرف بتأخير. فقوله: والعين فيه الضمير للعين أي وقضاء العين عن العين، ففي بمعنى عن والعين الأول هو المدفوع قضاء والثاني المكنتى عنه بالضمير من المترتب في الذمة بدليل مقابله بقوله: وغير عين بعده من سلف الخ، لأن التفصيل فيما هو من سلف أو بيع إنما هو في المترتب في الذمة قطعاً، وفهم من إطلاقه في العين المترتب في الذمة أنه لا فرق في كونه من بيع أو سلف وهو كذلك، وقوله: وما تشاؤه إن عجلا يعني أنه يجوز أن يقضي عن الدين العين من غير العين ممّا يشاؤه المتعاملان بشرط تعجيل ذلك المقضي لثلا يكون فسخ دين في دين، فيجوز أن تقضي عن العين ثوباً، وعن الثوب الحرير ثوب مثلاً ونحو ذلك بشرط أن يعجل ذلك المقضي أيضاً، وقد اشتمل هذا البيت على مسألتين من المسائل الأربع التي ذكر في الاقتضاء بعد الأجل، الأولى: من صرف الدين، والثانية: من بيع الدين، على أن صرف الدين هو بيع له أيضاً. وقوله:

وغير عين بعده من سلف خذ فيه معجل ما تصطفي

تقدم أن هذا البيت يحتمل أن يكون المراد به أن القضاء وقع بغير الجنس فيكون من بيع الدين يحتمل أنه من الجنس فيكون اقتضاء حقيقياً، وعلى الثاني فالمراد أن الدين إذا كان غير عين بل كان عرضاً أو طعاماً، وكان هذا الدين ترتب من سلف إحسان وتوسعة لا من ثمن مبيع فإنه يجوز قضاؤه بما شاءه المسلف والمتسلف معاً واتفقا عليه وإن كان الناظم إنما خاطب المسلف فقط بقوله: خذ فيجوز أن يعطيه أقل من الدين قدرأ أو صفة لكن إذا كان الدين حالاً، ولا يجوز ذلك قبل حلول الأجل لما فيه من صنع وتعجل، ويجوز بأفضل صفة حلّ أو لم يحل، ولا يجوز بأكثر قدرأ حلّ الأجل أو لم يحل، فقوله: ما تصطفي يعني كما ذكرنا، إما من مثل دينك ولا إشكال، أو أقل منه صفة أو قدرأ إن حلّ الأجل أو أفضل صفة حلّ الأجل أو لا، والمأخوذ معجل في جميع الصور لقوله من معجل وعلى الاحتمال الأول وأنه من بيع الدين فمعناه خذ ما شئت ممّا يخالف دينك في الجنس، وإذا اختلفا في الجنس فلا عليك في المقدار والأجل والله أعلم. وقوله: وإن يكن من سلم هو مقابل قوله في البيت قبله من سلف، ويعني أن الدين الذي

أريد قضاؤه إذا كان ترتب من بيع، وعنه عَبرَ بالسلم لأن المسلم بالكسر مشتر، والمسلم إليه بائع، والسلم بيع بالمعنى الأعم، ولا فرق بين تقديم الثمن وتأخير المثلثون وهو السلم، وبين تقديم المثلثون وتأخير الثمن وهو البيع المعروف إذا تأخر ثمنه فأحد العوضين دين في الذمة، أما الثمن في البيع فهو في ذمة المشتري أو المثلثون في السلم فهو دين في ذمة البائع، فقله: وإن يكن من سلم بعد الأمد البيت يعني فإذا كان الدين من بيع كما ذكر وهو عرض فإن حلَّ الأجل جاز بأقل قدرأ أو صفة لأنه حسن اقتضاء، وإن لم يحل لم يجز لما فيه من صنع وتعجل، ويجوز القضاء بأكثر قدرأ أو أفضل صفة إن حلَّ الأجل، ولا يجوز ذلك قبل حلول الأجل لما فيه من حط الضمان وأزيدك. وقول الناظم فالوصف فيه السمع جائز فقد شرحه الشارح على ظاهره ولفظه: وإن كان الدين من سلم وقد حلَّ الأجل أيضاً فإنه يجوز أن يتسامح فيه الطالب للغريم في الوصف خاصة كأن يكون في ذمته قمح من الجنس الطيب أو حرير كذلك فيأخذه منه من الوسط، وإنما لم يجز ذلك قبل الأجل لما فيه من خشية صنع وتعجل اهـ. ولم أره نقل هنا ما يوافق ما شرح به بل نقل ما يوافق ما ذكرنا من أنه إذا حلَّ الأجل جاز السمع في القدر وفي الصفة لا في الوصف فقط كما شرح به كلام المؤلف ولفظه عن النوادر، وقال عبد الملك: وإذا حلَّ له الدين وليس بذهب أو فضة جاز أخذك أرفع أو أدنى أو أكثر أو أقل من صنفه أو من غير صنفه اهـ. محل الحاجة. ولا يصح أن يحمل كلام الناظم على أن السمع وقع هو المطلوب فأعطى أفضل ممَّا عليه لأن السمع حينئذ جائز أيضاً في الصفة والقدر معاً كما تقدم فلا يلتزم مع قول الناظم فالوصف فيه السمع جائز فقد، لأن قد اسم بمعنى حسب راجع للوصف فهو تصريح بأنه إنما يجوز السمع في الوصف فقط سواء جعلنا السمع من قبل الطالب أو المطلوب، مع أن المنصوص أنه إذا حلَّ الأجل جاز السمع بالقدر والصفة من قبل الطالب إذا أخذ أقل قدرأ أو أدنى صفة، ومن قبل المطلوب إذ أعطى أكثر قدرأ أو أفضل صفة والله أعلم.

فرع: ومن المجموعة قال ابن القاسم عن مالك: ومن له دنائير ديناً فلا يأخذ قبل الأجل بعضها ويأخذ بباقيها عرضاً فيصير بيعاً وسلفاً وعرضاً وذهباً بذهب، وإن كانت قيمة العرض دون ما أخذه به دخله مع ذلك صنع وتعجل.

فرع: من المجموعة أيضاً قال أشهب: وإذا كان لك عرض من بيع إلى أجل فعجله لك فإن لم يكن أجود ولا أردأ فجائز وإن كان مثله، ولكن لم يعجله حتى أعطيته شيئاً أو أعطاك شيئاً ولو نفعاً بخطرة أو كلمة فلا يجوز لأنه منك وضيعة على تعجيل حق ومنه طرح ضمان بزيادة اهـ. على نقل الشارح في هذا الفروع والذي قبله، والمقصود منه قوله: وإن كان مثله ولكن لم يعجله الخ. وأما ما قبله فقد تقدم.

وَيُقْتَضَى الدِّينُ مِنَ الدِّينِ وَفِي عَيْنٍ وَعَرْضٍ وَطَعَامٍ قَدْ يَفِي

(ص): ويقضى الدين من الدين وفي. إلى آخر الأبيات الاثني عشر الكلام أيضاً في المقاصة

فَمَا يَكُونَانِ بِهِ عَيْنًا إِلَى
فَمَا اخْتِلَافٌ وَحُلُولٌ عَمَّنْ
وَفِي تَأْخُرِ الَّذِي يُمَائِلُ
وَفِي اللَّذَيْنِ فِي الْحُلُولِ اتَّفَقَا

مَمَائِلٍ وَذِي اخْتِلَافٍ فُصِّلَا
يَجُوزُ فِيهِ صَرْفُ مَا فِي الذَّمَّةِ
مَا كَانَ أَشْهَبُ بِمَنْعِ قَائِلُ
عَلَى جَوَازِ الْاِنْتِصَافِ اتَّفَقَا

تكلم في هذه الأبيات وما بعدها إلى تمام اثني عشر بيتاً على المقاصة وصورتها أن يكون لك دين على إنسان وله عليك دين مثله فترك مالك عليه في مقابلة ماله عليك وهو كذلك يترك ماله عليك في مقابلة مالك عليه. قال ابن عرفة: المقاصة متاركة مطلوب بمائثل صنف ما عليه لماله على طالبه فيما ذكر عليهما مالياً. فقوله: متاركة مفاعلة من

طويل وصعب، والشيخ بهرام لم يجد في تأليفها، والدينان في المقاصة تارة يكونان من بيع وتارة من قرض، وتارة أحدهما من قرض والآخر من بيع، وهما تارة يكونان عيناً وتارة طعاماً وتارة عوضاً، فالعين تجوز فيها المقاصة مطلقاً إن اتفق الدينان قدرأ أو صفة كانا من بيع أو من قرض، أو منهما كانا حالين أو مؤجلين، أو أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً، اتفق أجلهما أم لا إن كانا مؤجلين هذا مذهب ابن القاسم، والمسألة فيها خلاف، ويلزم من اتحاد الصفة اتحاد النوع كما هو حتى في شروح المتن وذلك صحيح، وإن اختلفا في الصفة مع اتحاد النوع كمحمدية ويزيدية، أو مع اختلافه كدراهم ودنانير واتفقا في الحلول فالجواز أيضاً كانا من بيع أو من قرض أو منهما وهو كذلك وإن لم يحل الدينان بأن حل أحدهما فقط أو كانا مؤجلين فالمنع هو الذي يظهر رجحانه أيضاً من كلامهم، وفي المسألة خلاف أيضاً، وإن اختلفا في الوزن أو القدر في القرض فالمنع مطلقاً بلا تفصيل وفي البيع كذلك على ظاهر كلام ابن شاس ومن وافقه فإنه أطلق في ذلك، فظاهره كانا من بيع أو من قرض أو منهما حلاً أم لا أو أحدهما، لكن في المسألة خلاف قوي، قف على الشرح فيه ولا بد ولا بد إن أردت الاحتياط فإن بعضهم انتقد هذا الذي نسبناه لابن شاس ومن تبعه، وقفل في ذلك تفصيلاً يطول جلبيه، واكتفينا بكلام ابن شاس ومن وافقه، وإن أردت أن تنظره فهو في الشرح، وأما إن كان الدينان من طعام فهو على تفصيل العين المتقدم من غير زيد ولا نقص، وهذا إن كان الطعامان من قرض اما إن كانا من بيع فالمنع مطلقاً بلا تفصيل، وإن كانا من قرض ومن بيع فالجواز بشرطين: الاتفاق في الصفة والاتفاق في الحلول، لا إن كانا مؤجلين أو أحدهما على ما رجحه من حقق النظر في المسألة وفي الشيخ منع المقاصة في المختلفين قدرأ مطلقاً كانا من بيع أو من قرض أو منهما حلاً أو أحدهما أم لا، وإن كانا عرضيين واتفقا جنساً وصفة فالجواز مطلقاً، ولا فرق في هذا بين ما هو من بيع أو من قرض أو منهما وإن اختلفا في الأول وهو الجنس، ويلزم منه الاختلاف في الصفة جازت المقاصة أيضاً مع اتفاق الأجلين ومع حلولهما معاً لا غير، وإن اختلفا في الصفة دون الجنس فالجواز مع اتفاق الأجلين أو حلولهما أيضاً لا غير، وفي التوضيح في ضابط العرضيين ما ملخصه: فإن كانا من بيع وكان الحال أو الأقرب حلولاً أكثر أو أجود امتنع لأنه حط الضمان وأزيدك وإن كان أدنى أو أقل امتنع لأنه ضع وتعجل فإن كان من قرض والأقرب حلولاً أو الحال أدنى أو أقل امتنع لأنه ضع وتعجل، وإن كانا أجود جاز إذ لا ضمان في القرض وإن كانا أكثر عدد امتنع لأن زيادة في القرض وهو مكروه في المجلس قاله في النكت، ويدخل فيه الخلاف لنتقدم فيمن رد في القرض أكثر عدداً، وإن كان أحدهما من قرض والآخر من بيع فأجره على القسمين

الجانبيين لأن كل واحد ترك الطلب لوصوله إلى حقه بما في ذمته. وقوله: بمماثل متعلق بمطلوب ولماله متعلق بمماثل، وعلى طالبه يتعلق بالصلة. وقوله: بمماثل صنف من إضافة الصفة إلى الموصوف أي بنصف ما عليه المماثل لماله هو أي المطلوب على طالبه وأخرج به المختلفين جنساً أو نوعاً، فإن المقاصة لا تصح في ذلك. وقوله: فيما ذكر عليهما يتعلق بمتاركة أخرج به المتاركة في غير المذكور. وقوله مالياً أخرج به متاركة رجل رجلاً طلب حد صاحبه وقد قذف كل واحد منهما صاحبه، وقد صور الشيخ ابن غازي في حاشيته على المدونة المسماة بتكميل التقييد وتحليل التعقيد في المقاصة مائة وثمانياً من الصور، وبيانها أن الدينين إما أن يكونا عينين أو طعامين أو عرضين، وكل منهما إما أن يترتب من بيع أو من قرض، أو أحدهما من بيع والآخر من قرض، فهذه تسع صور، وفي كل منها أن يتفقا في الجنس والقدر والصفة، أو يختلفا في الجنس أو في القدر فقط، أو في الصفة فقط مع اتحاد الجنس فيهما، فإذا ضربت هذه الوجوه الأربعة في التسعة قبلها بلغت ستاً وثلاثين، وفي كل من هذه الست والثلاثين إما أن يكونا أي الدينان حالين

السابقين الخ. وقد قدمنا في الاقتضاء أن ضع وتعجل يكون في السلف والبيع وحط الضمان وأزيدك إنما يكون في العرض من بيع لا غير وضع وتعجل وحط الضمان وأزيدك إنما يكونان في الجنس الواحد الخ. وهذا عليه يكون العمل وهو أمر ظاهر معلل، وفي ابن الناظم في العرضين المقاصة جائزة إن كان حالين أو مؤجلين بأجل واحد، وإن اختلفا فالمنع كان ذلك من قرض أو بيع في العين والعرض الحكم في ذلك واحد، وقد لفقنا في هذا أيضاً أبياتاً بما نصه:

أجز قصاصاً في نسيئك اتحد	قديراً ووصفاً مطلقاً كيف ورد
كذا اختلاف صفة إن حلا	كل من العينين حكم يتلى
والمنع مطلقاً في قدر اختلف	وانتقد الأخير بعض من عرف
ومثل عين الطعام من سلف	بلا تفرق في كل ما سلف
وامنعه من بيع بلا قيد يرى	منه ومن عرض أبح بلا امترا
أن حل كل مع وصف اتفق	في قوله رجحها من قد سبق
ثم اختلاف جنس عرض أو صفه	يبيح حله كل فاعرفه
أو وفقه ووفق جنس مع صفات فمطلقاً	يبيح من غير التفات لكون ذا
في القرض أو ببيع عرف	أو منهما وعدد لن يختلف

وقولنا لن يختلف والصور كثيرة، وقد أنهاها الشارح إلى مائة وثمانية وذلك فقط كلمة حق وذلك ظاهر سهل ولذلك لم نطل به، إذ المراد أعيان الفروع وحكمها في نفسها فافهم هذا واعلم بأن المقاصة صعبة غاية، ومن وقف على كلام الناس في الشرح واختلافهم في هذه المسائل وتعليقات كثيرة رأى من ذلك ما يدهشه، وربما يعجز عن تحصيل ذلك وفهمه، ولكن ما سطرناه ونظمناه تبعنا فيه غيرنا ممن يوثق بكلامه والله المعين، وتبع كلام الشارح يطول بنا.

أو مؤجلين، أو أحدهما حال والآخر مؤجل، فهذه ثلاثة أوجه إذا ضربت في الست والثلاثين بلغت مائة وثمانياً من الصور. قال مقيد هذا الشرح سمح الله له: وقد كنت جمعت هذا التقسيم الذي في المقاصة في أبيات وهي هذه:

دين المقاصة لعين ينقسم	ويطعام ولعرض قد علم
وكلها من قرض أو بيع ورد	أو من كليهما فذي تسع تعد
في كلها يحصل الاتفاق في	جنس وقدر صفة فلتقتفي
أو كلها مختلف فهي إذن	أربع حالات بتسع فاضربن
يخرج ست مع ثلاثين نعم	تضرب في أحوال آجال تؤم
حلا معاً أو واحد أو لا معاً	جملتها حق كما قيل اسمعا
تكميل تقييد ابن غازي اختصرا	أحكامها في جدول فلينظرا

قوله: وفي عين وعرض وطعام قد يفي إشارة إلى أن الدينين في المقاصة، إما عينان أو عرضان أو طعامان، فإن كانا عينين وعليهما تكلم في هذه الأبيات الخمسة، فإما ممتثالان ذهب وذهب أو فضة وفضة، أو مختلفان جنساً كذهب وفضة، أو صفة كدنانير محمدية ويزيدية، فإن كانا مختلفين جنساً أو صفة وهما حالان جازت المقاصة وذلك في المختلفين جنساً من صرف ما في الذمة وإلى ذلك أشار بقوله:

فما يكونا به عيناً إلى	مماثل وذي اختلاف فصلا
فما اختلاف وحلول عمه	يجوز فيه صرف ما في الذمه

فلفظه ما من قوله فما يكونا موصولة صفة لمبتدأ محذوف أي فالوجه الذي يكون الدينان فيه عيناً وضمير التثنية للدينين وباء به ظرفية وضميرها يعود على ما وقعت عليه ما وإلى مماثل يتعلق بفصلا وجملة فصلا خبر ما ونائبها للعائد على ما هو الرابط لجملة الخبر بالمبتدأ وذي عطف على مماثل، وما أول البيت الثاني موصولة أيضاً كالأولى واختلاف فاعل بفعل محذوف يفسره عمه، ومفهوم قوله وحلول عمه أنه إذا لم يعمهما الحلول بأن كانا مؤجلين أو كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً فإن المقاصة لا تجوز وهو كذلك، وإن كان الدينان من جنس واحد والمسألة بحالها من كون الدينين معاً عيناً كذهب وذهب أو فضة وفضة فإن لم يحل واحد منهما أو حل أحدهما ولم يحل الآخر فالمشهور جواز المقاصة خلافاً لأشهب، وإلى ذلك أشار بقوله:

وفي تأخر الذي يماثل	ما كان أشهب بمنع قائل
---------------------	-----------------------

ومفهوم نسبة المنع لأشهب أن غيره وهو ابن القاسم يقول بالجواز، ولفظه ما من قوله ما كان استفهامية أي إذا لم يحلا معاً فالمنع لأشهب كيف كان التأخير أي اتفق الأجلان أو اختلفا. وفهم من قوله: وفي تأخر أنه حيث لا تأخر وذلك إذا حلا معاً فإن المقاصة جائزة عند أشهب وغيره، وعلى ذلك تبّه بقوله:

وفي اللذين في الحلول اتفقا على جواز الانتصاف اتفقا وهو تصريح بمفهوم قوله: وفي تأخر الذي يماثل. وقد اشتمل كلام الناظم في هذه الأبيات الأربعة بالنظر إلى ظاهره على أربع صور من دين العين، لأن دين العينين إما مختلفان كذهب وفضة، أو متفقان كذهب وذهب أو فضة وفضة فهاتان صورتان، وفي كل منهما إما حالان أو غير حالين، فهذه أربع صور، وقد أشار بها إلى قول ابن سلمون: فإن كان الدينان عيناً فإن كان ما لأحدهما دنائير وما للآخر دراهم فلا تجوز المقاصة إلا أن يكونا حالين معاً ليكون صرف ما في الذمة، وإن كان مؤخرين أو أحدهما فلا تجوز المقاصة باتفاق اهـ. وإلى هاتين الصورتين أشار الناظم بالبيت الأول والثاني. ثم قال ابن سلمون: وإن كان ما لكل واحد منهما دنائير أو دراهم فإن كانا حالين جازت المقاصة بلا خلاف، وإن كانا مؤخرين إلى أجلين متفقين أو مختلفين أو أحدهما فأجازها ابن القاسم ومنعها أشهب اهـ. وإلى هاتين الصورتين أشار الناظم بقوله: وفي تأخر الذي يماثل البيتين هذا باعتبار ظاهر اللفظ. وأما في الحقيقة فالمقصود الكلام على جميع أقسام دين العين، فيكون قد اشتمل على صور النقد الست والثلاثين سبع وعشرون صورة في المختلفين منها وتسع في المتفقين، لأن ديني العين المختلفين إما أن يختلفا في القدر كدينار في ذمة واحد ودينارين اثنين في ذمة الآخر، أو يختلفا في الصفة كدراهم محمدية وأخرى يزيدية، أو يختلفان في الجنس كدينار ودراهم، فهذه ثلاثة أوجه، وكل منها إما من بيع أو من قرض، أو أحدهما من بيع والآخر من قرض، فهذه تسعة أوجه وفي كل منها إما أن تكون الدينان حالين أو مؤجلين، أو أحدهما حال والآخر مؤجل، فهذه سبعة وعشرون وجهاً، فالمختلفان في القدر كدينار في مقابلة دينارين المقاصة فيها ممنوعة كانا من بيع أو قرض، أو أحدهما من بيع والآخر من قرض، وفي كل من هذه الثلاث إما حالان أو مؤجلان، أو أحدهما حال والآخر مؤجل المجموع تسع صور كلها ممنوعة. وأما المختلفان في الصفة أو في الجنس فإن حلا جازت المقاصة، وإن لم يحلا أو حل أحدهما فقط لم تجز، وفي ذلك ثمان عشرة صورة، لأن كل واحد منهما إما من بيع أو من قرض أو أحدهما من بيع والآخر من قرض فهذه ست صور ثلاث في المختلفين صفة وثلاث في المختلفين جنساً، وفي كل من الست إما حالان أو مؤجلان أو أحدهما حال والآخر مؤجل فهذه ثمان عشرة صورة مضافة إلى التسع قبلها المجموع سبع وعشرون صورة، وأما الدينان المتفقان في الجنس والصفة والقدر فإما من بيع أو من قرض أو أحدهما من بيع والآخر من قرض فهذه ثلاث صور، وفي كل منها إما أن يكونا حالين أو مؤجلين أو أحدهما حال والآخر مؤجل فهذه تسع صور كلها جائزة على المشهور خلافاً لأشهب فيما لم يحلا معاً. فقول الناظم: فاختلف وحلول عمه يعني بالاختلاف إما في الصفة كمحمدية ويزيدية أو في الجنس كذهب وفضة، وعلى الثاني يصدق قوله صرف ما في الذمة، ولو عبر بما يشمل الصرف والاختلاف في الصفة لكان أولى، وتقدم أن في ذلك ثمان عشرة صورة الجائز من ذلك ما كان الدينان فيه حالين معاً وعلى ذلك نبه بقوله: وحلول عمه. وأما المختلفان في القدر فالمقاصة فيها ممنوعة كما تقدم وهي تسع كما تقدم أيضاً، ووجه منعها ما في ذلك

من التفاضل في الجنس الواحد من العين ولا تدخل هذه التسع في قوله: فما اختلاف وحلول عمه. لأن المراد به الاختلاف في الجنس أو الصفة فهو الذي يفصل فيه كما تقدم، أما في القدر فممنوع مطلقاً، وأما المتفقان في الجنس والصفة والقدر وهي تسع كما تقدم قريباً فالحكم فيها الجواز اتفاقاً في الحاليين لقوله:

وفي اللذين في الحلول اتفقا على جواز الانتصاف اتفقا

والجواز على المشهور في المؤجلين معاً أو أحدهما والمنع لأشهب وهو قوله:

وفي تأخر الذي يماثل ما كان أشهب بمنع قائل

وقد اجتمع من الصور ست وثلاثون: تسع في المختلفين جنساً، وتسع في المختلفين صفة، وتسع في المختلفين قدراً، وتسع في المتفقين جنساً وصفة وقدراً.

وذاك في العرضيين لا المثلين حل بِحَيْثُ حَلًّا أَوْ تَوَافَقَ الْأَجَلِ

تكلم في هذا البيت على ما إذا كان الدينان عرضاً وفي ذلك ست وثلاثون صورة كما تقدم، لأن العرضيين إما أن يترتبا من بيع أو من قرض أو أحدهما من بيع والآخر من قرض فهذه ثلاث صور، وفي كل منهما إما أن يتفقا في الجنس والصفة والقدر أو يختلفا في الجنس أو في الصفة أو في القدر فهذه اثنتا عشر صورة، وفي كل منها إما أن يكونا حالين أو مؤجلين أو أحدهما حال والآخر مؤجل يجتمع ست وثلاثون صورة، فأخبر في هذا البيت أن العرضيين إذا كانا مختلفين ولذلك قال: لا المثلين، كما لو كان لأحدهما قبل الآخر ثوب وللآخر على صاحبه فرس فإن المقاصة جائزة، لكن إذا حل الدينان معاً أو لم يحلا وأجلهما متفق كأن يكون أجلهما معاً شهراً مثلاً سواء اتفقا على الشهر ابتداءً أو كان أحدهما لشهرين ومضى له شهر ثم أوقعا المعاملة الثانية لشهر فتجوز المقاصة الآن لاتفاق باقي الأجلين والله أعلم. وأشار بذلك لقول ابن سلمون: وإن كان ما لأحدهما قبل الآخر عرضاً خلاف عرض صاحبه غير طعام فالمقاصة جائزة إن كانا حالين أو مؤخرين إلى أجل متفق، وإن كانا لأجلين مختلفتين لم تجز المقاصة سواء كان ذلك من قرض أو بيع في العين والعرض والحكم في ذلك واحد اهـ. ومفهوم قوله حلا أو توافق الأجل أنهما إذا لم يحلا ولكن أجلهما مختلف كأن يكون أحدهما لشهر والآخر لشهرين فإن المقاصة لا تجوز الآن. وانظر الحكم إذا حل أحدهما هل تجوز المقاصة الآن أم لا؟ وأما قبل حلول القريب منهما فلا تجوز لكونهما لأجلين مختلفين، ويدخل في العرضيين غير المثلين سبع وعشرون صورة، لأن الاختلاف إما في الجنس أو في الصفة أو في القدر، وفي كل منها إما من بيع أو من قرض أو أحدهما من بيع والآخر من قرض فهذه تسع صور، وفي كل منها إما حالان أو مؤجلان أو أحدهما حال والآخر مؤجل فهذه سبع وعشرون صورة الجائز منها ما كانا حالين أو مؤجلين لأجل متفق. وفهم من قوله: لا المثلين أن العرضيين إذا كانا متماثلين يعني في الجنس والصفة والقدر فإن المقاصة جائزة مطلقاً لا يقيد حلولهما أو توافق أجلهما بل تجوز سواء كانا من بيع أو من قرض أو أحدهما من بيع والآخر من قرض، وسواء حلا معاً أو لم يحلا أو حل واحد فقط فالصور

التسع كلها جائزة. قال الشيخ بهرام في فصل المقاصة: وتجاوز في العرضين مطلقاً إن اتفقا جنساً وصفة، فقوله: وذلك أي المقاصة المعبر عنها في البيت قبله بالاتصاف ولذلك أتى باسم الإشارة مذكراً وحلّ أي جاز خبر عن اسم الإشارة. ابن سلمون: وإن كان^(١) ما لأحدهما قبل الآخر عرضاً خلاف عرض صاحبه غير طعام فالمقاصة جائزة إن كانا حالين أو مؤخرين إلى أجل متفق، وإن كانا لأجلين مختلفين لم تجز المقاصة سواء كان ذلك من قرض أو من بيع في العين والعرض الحكم في ذلك واحد.

وَفِي تَوَافُقِ الطَّعَامَيْنِ أَقْتَفِي حَيْثُ يَكُونَانِ مَعَاً مِنْ سَلَفٍ
وَفِي اخْتِلَافِ لَا يَجُوزُ إِلَّا إِنْ كَانَ كُلُّ مِنْهُمَا قَدْ حَلَا

تكلم في البيتين والأربعة بعدهما على ما إذا كان الدينان طعاماً وتقدم غير مرة أن في ذلك ستاً وثلاثين صورة، وتعرض في البيتين لما إذا كان الطعامان من سلف ويتصور فيه اثنتا عشرة صورة لأنهما إما متفقان في الجنس والصفة والقدر أو مختلفان في الجنس أو في الصفة أو في القدر، فهذه أربع صور مضروبة في أحوال الأجل الثلاث باثني عشر، وحاصل البيتين أن الطعامين من سلف إن كانا متفقين فالمقاصة جائزة حلاً أو لم يحلا، أو حلّ أحدهما، وإن كانا مختلفين لا تجوز إلا إذا حلا معاً، وكأنه أشار بالبيتين لقول ابن سلمون: وإن كان الدينان طعاماً من قرض وكانا متفقين مثل أن يكون لأحدهما على الآخر حنطة سمراء وللآخر مثلها فالمقاصة جائزة حالين كانا أو مؤخرين أو أحدهما، وإن كان لأحدهما سمراء وللآخر محمولة لم تجز المقاصة اهـ. أن يكونا معاً حالين فيكون بدلاً وإلا فلا اهـ. ونحوه في الشارح. وصرّح بأن الاتفاق في البيت المراد به في الصفة وذلك يستلزم الاتفاق والاتفاق في الجنس وكذا في القدر، لأن الاتفاق إذا أطلق في المحل يراد به في الثلاثة، وإذا فسّر الاتفاق في الجنس والصفة والقدر فيفسر مقابله وهو الاختلاف بالاختلاف في الجنس أو في الصفة أو في القدر، فتجاوز المقاصة في أوجه الاختلاف، والثلاثة إن حلا معاً ويزاد على اشتراط الحلول فيهما معاً في مسألة الاختلاف في القدر أن محل الجواز إن كانت في مقدار الدين لا في أكثر لمنع الزيادة في القرض والله أعلم. ابن سلمون: وإن كان الدينان طعاماً فأما أن يكونا من قرض أو من بيع، أو أحدهما من قرض والآخر من بيع، فإن كانا من قرض وكانا متفقين مثل أن يكون لأحدهما على الآخر حنطة سمراء وللآخر مثلها فالمقاصة جائزة حالين كانا أو مؤخرين أو أحدهما، وإن كان لأحدهما سمراء وللآخر محمولة لم تجز المقاصة إلا أن يكونا معاً حالين فيكون بدلاً وإلا فلا، وإن كانا من بيع فإن اختلفا أو اختلفت رؤوس أموالهما أو كانا مؤخرين لأجلين

(١) قوله: «ابن سلمون وإن كان الخ» هذه العبارة تقدمت آنفاً بنصها في موضوع ما إذا كان الدينان عرضين مختلفين وهي هنا كذلك والصور واحدة وإن اختلفت بالقلة والكثرة، إذ المقصود التأييد ولم يظهر لنا وجه تكرارها، وقد فعل مثل ذلك أيضاً في شرح البيتين الآتين حيث كرّر عبارة ابن سلمون في موضوع اختلاف الطعامين، فلعل له في ذلك وجهاً وجيهاً حال دون ظهوره لنا قصور الفهم فليحرج، ا.هـ. مصححه.

مختلفين لم تجز المقاصة إلا أن يكون الأجلان متفقين فمنع ابن القاسم المقاصة وأجاز أشهب .

وَأِنْ يَكُونَا مِنْ مَبِيعٍ وَوَقَعَ فِيهِ بِالْأَطْلَاقِ اخْتِلَافٌ اِمْتَنَعَ وَفِي اتِّفَاقٍ أَجَلِّي مَا اتَّفَقَا هُوَ لَدَى أَشْهَبَ غَيْرُ مُتَّقَى

تعرض في البيتين لما إذا ترتب الطعامان من بيع وفي ذلك اثنا عشرة صورة كالدين من سلف كما تقدم قريباً، والصور كلها ممنوعة على المشهور، فأشار الناظم لمنع المقاصة في الطعامين المختلفين في جنس أو صفة أو قدر حلا أو لم يحلا أو حل أحدهما بقوله: وإن يكونا من مبيع البيت، وعلى أوجه الاختلاف المذكور وأوجه الأجل أشار بالإطلاق ويدخل في ذلك تسع صور، وأشار لحكم الصور الثلاث الباقية وهي إذا اتفق الطعامان جنساً وصفة وقدرًا ولم يحل أحدهما ولكن أجلهما متفق وهو الجواز لأشهب لأنه إقالة بقوله:

وفي اتفاق أجلي ما اتفقا هو لدى أشهب غير متقى

ومفهومه المنع لغيره وهو مذهب ابن القاسم، وكذا يجوز عند أشهب إذا حلا معاً والله أعلم. ومفهومه أنه إذا لم يحلا ولم يتفق أحدهما فالمنع وهو كذلك، وتقدم قول ابن سلمون: وإن كانا أي الطعامان من بيع فإن اختلفا أو اختلفت رؤوس أموالهما أو كانا مؤخرين لأجلين مختلفين لم تجز المقاصة إلا أن يكون الأجلان متفقين فمنع ابن القاسم المقاصة وأجازها أشهب اهـ.

وَشَرِظَ مَا مِنْ سَلْفٍ وَبَيْعٍ حُلُولِ كُلِّ وَاتِّفَاقِ النَّوْعِ وَالْخُلْفُ فِي تَأْخُرِ مَا كَانَا ثَالِثُهَا مِنْ سَلَمٍ قَدْ حَانَ

تعرض في البيتين لما إذا ترتب أحد الطعامين من بيع والآخر من سلف وفي ذلك اثنا عشرة صورة أيضاً، لأن الطعامين إما متفقان جنساً وصفة وقدرًا، وإما مختلفان صفة أو جنساً أو مقداراً فهذه أربع صور كل واحدة إما مع حلول الأجل فيهما أو مع عدمه فيهما أو مع حلول أحدهما فقط. وأخبر الناظم في البيت الأول أن شرط جواز المقاصة فيما كانا من سلف وبيع حلول أجل كل منهما واتفاقهما في النوع ومفهومه أن ما اختلف فيه الشرطان أو أحدهما لم تجز فيه المقاصة، فإن اختلف شرط اتفاق النوع لم تجز، قال الشارح: وذلك صحيح. قلت: ولذلك اكتفى عنه بالمفهوم، وإن اختلف شرط الحلول فيهما بأن كانا مؤجلين أو إحداهما فقط ففيه ثلاثة أقوال، الأول: المنع لابن القاسم سواء تأخر أجلاهما أو تأخر أجل القرض أو أجل السلم. الثاني: لأشهب الجواز مطلقاً. والثالث: الجواز إن حل السلم والمنع إن لم يحلا معاً أو حل أجل القرض دون أجل السلم، وعلى التعميم في محل الخلاف بين أن يتأجلا معاً أو أحدهما نته الناظم بقوله: ما كان أي سواء كان التأخير في واحد أو في اثنين ثالثها تجوز المقاصة إن حل أجل السلم. قال ابن سلمون: وإن كان الدينان طعاماً وكانا من بيع وقرض فإن لم يختلفا وكانا حالين

جازت المقاصة، وإن اختلفا لم تجز بوجه، وإن كانا مؤخرين أو أحدهما فثلاثة أقوال: المنع لابن القاسم، والجواز لأشهب، والثالث أنه كان السلم حالاً جازت وإلاً فلا.

فصل في الحوالة

وامنَع حَوَالَةَ بَشِيءٍ لَمْ يَحِلَّ
وبالرِّضَا والعِلْمِ مِنْ مُحَالٍ
ولا يَجُوزُ أَنْ يُحَالَ إِلَّا
ولا تُحِلُّ بِأَحَدِ الثُّقَدَيْنِ فِي
وفي الطَّعَامِ مَا إِحَالَةٌ تَفِي
وفي اجْتِمَاعِ سَلَمٍ وَقَرْضِ
وبالذِّي حَلَّ بِالْأَطْلَاقِ أَحِلَّ
عَلَيْهِ فِي الْمَشْهُورِ لَا تُبَالِ
فِي مَا يُجَانِسُ لِذَيْنِ حَلًّا
ثَانِيهِمَا إِلَّا إِنْ الْقَبْضُ أَقْبَضِي
إِلَّا إِذَا كَانَا مَعًا مِنْ سَلْفِ
يُسْتَرْطُ الْحُلُولُ فِي ذَا الْقَبْضِ

(ابن الحاجب): الحوالة نقل الدين إلى ذمة تبرأ به الأولى، وفي التلقين الحوالة تحويل الحق من ذمة إلى ذمة تبرأ به الأولى. التوضيح: قال عياض وغيره: هي مأخوذة من التحول من شيء إلى شيء، لأن الطالب تحول من طلبه لغريمه إلى غريم غريمه وهي محمولة على الندب عند أكثر شيوخه، (وحملها بعضهم على الإباحة لما أشبهت) بيع الدين اه. ولها شروط.

(أولها): أن يكون الدين المحال به حالاً، فإن كان لم يحل لم تجز الإحالة، وإذا

فصل في الحوالة

(ص): وامنَع حوالة بشيء لم يحل. إلى آخر الأبيات الستة. قوله: (ابن الحاجب الخ) ابن عرفة قال ما نصه: الحوالة طرح دين عن ذمة بمثله في أخرى ولا ترد المقاصة إذ ليست طرحاً بمثله في أخرى لامتناع تعلق الدين بذمة من هو له انتهى. قوله: (وحملها بعضهم على الإباحة لما أشبهت الخ) عبارة عياض في تنبيهاته هي قوله ما نصه: والحوالة محمولة على الندب عند أكثر شيوخنا، وحملها بعضهم على الوجوب، وحملها بعضهم على الإباحة لما أشبهت الدين بالدين ومن بيع العين بالعين^(١) غير يد بيد الخ. وفي التوضيح عن الباجي أن الحوالة ليس حكمها حكم البيع وهي عنده من باب النقل، وذهب أهل الظاهر إلى الوجوب في القبول في الحوالة الخ. وما ذكره عن الباجي انظر بيانه في الشرح فإنه كلام حق والعلم عند الله تعالى، والأمر بالقبول عورض بحديث المؤمنون عند شروطهم، وصاحب الحق شرط القبض من مدينه بحسب ظاهر المعاملة، ولذلك تردد وأهل القبول واجب أو مندوب أو مباح؟ وقوله: الظاهرية هو بشرط أن يكون المحال عليه ملياً كما في ابن الأثير.

قوله: (أولها الخ) إنما كان شرط حلول المحال به لحديث: مطل الغني ظلم ومن أتبع فليتبع، والظلم في المطل إنما يكون مع حلول الدين، وحاصل ما ذكره في حكم المطل أنه حرام بلا خلاف عند القدرة على الأداء، وفيه كلام ذكرناه في الشرح، وحديث من أتبع فليتبع الأول على وزن

(١) قول المحشي: «ومن بيع العين الخ» لعل فيه حذفاً تقديره وهي من قبيل بيع العين الخ. ١. هـ.

كان حالاً جازت الإحالة سواء حلّ الدين المحال عليه أو لم يحل، وإليه أشار بقوله: وبالذي حلّ بإطلاق أحل، ومراده بإطلاق حلّ المحال عليه أولاً، قال في التوضيح: لأنه إذا انحال على ما لم يحل كان ذلك زيادة في المعروف اهـ. أي وهو جائز وهذا في غير الطعامين كما يأتي في الشرط الرابع أنه لا بدّ من حلولهما معاً إلا إن كانا من قرض وإن كان المحال به غير حال لم تجز الإحالة وعليه نبّه بقوله: وامنع حوالة بشيء لم يحل. **الثاني:** رضا المحيل والمحال فقط دون رضا المحال عليه فلا يشترط على المشهور، وقد نبّه الناظم على الشرط بقوله: وبالرضا والعلم البيت، إذ يفهم من حكمه بعدم المبالاة برضا المحال عليه، وعلمه أنه يعتبر رضا غيره وهو المحيل والمحال، قال في التوضيح: ولا خلاف في اشتراط رضا المحيل لأن الحق متعلق بدمته فلا يجبر على أن يعطيه من ذمّة أخرى. وأما رضا المحال فهو مبني على مذهب الجمهور من عدم وجوب قبول الحوالة، وأما على مذهب أهل الظاهر فلا لوجوب ذلك عليه. وأما رضا المحال عليه فلا يشترط على المشهور. وحكى ابن شعبان قولاً باشتراط رضاه والأول أظهر، وعلى المشهور (فيشترط في ذلك السلامة من العداوة) قاله مالك اهـ. **الثالث:** أن يكون الدين المحال به مثل الدين المحال عليه في القدر والصفة، قال في التوضيح: وهو أن يكونا متجانسين كذهب وذهب وفضة وفضة، فلا تجوز الإحالة بذهب على فضة ولا العكس ومتماثلين في العدد والصفة اهـ. أي فلا يجوز أن يحيل بدينار على دينارين ولا بالعكس

أرسل مبنياً للمفعول، والثاني على وزن فليفرح من أتبعه إذا جعله تابعاً هكذا ضبطه ابن الأثير، أي من طلب منه أن يكون تابعاً فليتبّع من تبع كعلم فافهم.

قوله: (فيشترط في ذلك السلامة من العداوة الخ) قال ابن سلمون: ولا يشترط رضا المحال عليه عند جميع العلماء، وكذلك لا يشترط علمه وحضوره على المشهور اهـ. وفيه نظر من وجهين: أحدهما أن الخلاف في رضا المحال عليه، والثاني أن الراجح والمشهور هو شرط حضور المحال عليه لا كما قاله ابن سلمون، وذلك المشهور الذي ذكره هو خلاف المذهب، وقد بيّنا ذلك في الشرح غاية، ومن تبع ابن سلمون لم يصب كائناً من كان، وإنما لم يذكر الشيخ خليل المذهب هنا لأن هذا من بيع دين على غائب أو في حكمه، وقد تقدم ذلك في قوله: ومنع بيع دين ميت وغائب الخ. قوله الثالث أن يكون الدين المحال به الخ، هذا هو قول المختصر عاطفاً على شروط صحة الحوالة ما نصّه: وتساوي الدينين قدراً وصفة، وفي تحوله على الأدنى تردد، وأن لا يكونا طعامين من بيع الخ. وحاصل ما نقلناه على مسألة الطعام من المقدمات إن كان الطعامان من بيع فالمنع مطلقاً من غير قيد أصلاً أي حلاً أو لم يحل، أو أحدهما استوت رؤوس أموالهما أم لا على مذهب ابن القاسم، وإن كان أحدهما من بيع والآخر من قرض جازت الحوالة إن حلا معاً عند ابن القاسم، وعند مالك وأصحابه لا يشترط إلا حلول المحال به كما إذا كان من قرض، قال ابن عرفة: واختار ما قاله مالك وأصحابه ابن يونس وقال قبل هذا ما نصّه: وفيها طعاما القرض كالعرضين ومنعها في طعامي السلم مطلقاً. ابن القاسم

لأنه ذهب بذهب متفاضلاً، وأما الإحالة بدينار على من لك عليه ديناران على أن يأخذ المحال من المحال عليه ديناراً ويترك لك الدينار الآخر فهذا جائز، ويجوز أن يحتال بالأعلى على الأدنى كما لو كان له فضة محمدية فأحيل على يزيدية، ولا يجوز أخذ الأعلى عن الأدنى، قال في التوضيح: صرح بذلك غير واحد وإلى هذا الشرط أشار بقوله: ولا يجوز أن يحال إلا البيت، ولما كان هذا يقتضي منع الإحالة بذهب عن فضة وبالعكس نبه على أن ذلك يجوز بشرط القبض في الحال ولا يجوز بتأخير بقوله: ولا تحل بأحد النقدين في ثانيهما البيت. قال في التوضيح: وكذلك إن كان أحدهما ذهباً والآخر فضة فلا يحيله به وإن حلاً إلا أن يقبضه مكانه قبل افتراق الثلاثة وقبل طول المجلس اهـ. الرابع: يشترط أن لا يكون الدينان طعاماً من سلم فلا تجوز الإحالة حينئذ سواء حلاً أو لا، فإن كانا من سلف جازت الإحالة وعلى ذلك نبه بقوله: وفي طعام ما إحالة تفي، فما نافية، وتفي مضارع، وفي أي لا تصح ولا تتم الإحالة إلا إذا كانا معاً من سلف، ففهم منه أنها لا تصح إذا كانا معاً من غير سلف وهو البيع أي السلم، فإن كان أحدهما من بيع والآخر من سلف جازت إن حلاً معاً وعلى ذلك نبه بقوله: وفي اجتماع سلم وفرض البيت، مراده بذي القبض الدين المقبوض حساً وهو ما على المحال عليه، وكذا يشترط حلول الدين المحال به ولا إشكال، إلا أنه لما قدم اشتراط الحلول في المحال به لم يحتج إلى إعادته ولما قدم أنه لا يشترط حلول المحال عليه وهو مشترط في الإحالة في الطعامين: أحدهما من بيع والآخر من سلف احتاج إلى التنصيص عليه ولم يسعه السكوت عنه وعلى ذلك نبه بقوله: وفي اجتماع سلم وقرض البيت. قال في التوضيح عن صاحب المقدمات والتنبيهات: يشترط أن لا يكون الدينان طعاماً من سلم سواء حلاً أم لا لئلا يدخله بيع الطعام قبل قبضه، وسواء كان الطعامان متفقين أم لا، استوت رؤوس الأموال أم لا، وأجاز أشهب إذا اتفقت رؤوس الأموال واتفق الطعامان تشبيهاً بالتولية فإن كان الطعامان من قرض جاز، وإن كان أحدهما من بيع والآخر من قرض جازت الحوالة عند ابن القاسم بشرط حلول الطعامين معاً. وحكى ابن حبيب عن مالك وأصحابه إلا ابن القاسم جواز الحوالة بشرط حلول المحال به خاصة اهـ. وفي التهذيب: ومن له عليك طعام من سلم فأحلته على طعام لك من قرض أو كان الذي له عليك من قرض فأحلته على طعام لك من بيع أو قرض قد حل أو دفعه إليه دراهم يبتاع بها طعاماً يقبضه من حقه فذلك كله جائز اهـ. من الشارح.

(الخامس): يشترط أن تكون الحوالة على أصل دين. ابن الحاجب في تعداد شروط

فيها الصقلي عن أشهب: ولو حلاً إلا أن تتفق رؤوس أموالهما الخ.

قوله: (الخامس الخ) هذا فيه كلام كثير واسع وهو قول المختصر عاطفاً على الشروط

الحوالة: ومنها أن يكون على المحال عليه دين للمحيل، قال في التوضيح: لأن حقيقة الحوالة تقتضي أن تكون على دين لأنها نقل الدين من ذمة إلى ذمة. الباجي: إن لم يكن على المحال عليه دين فهي حمالة عند جميع أصحابنا اهـ. ولم يصرح الناظم بهذا الشرط ولكنه يستروح من اشتراط حلول الدين المحال به دون المحال عليه أن الدين حاصل لا محالة، إذ الكلام على حلوله وعدم حلوله فرع وجوده، وكذا يفهم ذلك من لفظ الحوالة كما تقدم قريباً عن التوضيح والله أعلم. تفریح: فلو أحاله على من لا شيء له عليه رجوع المحال على المحيل إلا أن يعلم المحال أن المحيل لا شيء له على المحال عليه، واشترط المحيل على المحال البراءة فلا رجوع له على المحيل، قال في التوضيح: هكذا قال ابن القاسم في المدونة، وحصل ابن زرقون فيها خمسة أقوال، الأول لابن القاسم لا رجوع له على المحيل. انتهى محل الحاجة منه.

(تنبيهان: الأول): للحوالة شروط صحة فلا تجوز ولا تصح بدونها وهي الخمسة المذكورة وشرط لزوم وهو أن لا يغيره بفلس علمه وحده من غريمه. قال في المدونة: ولو غرك من عدم يعلمه بغريمه أو بفلس فلك طلب المحيل، ولو لم يغيرك أو كنتما عالمين بفلسه كانت حوالة لازمة لك. الثاني: فائدة الحوالة وحكمها. قال

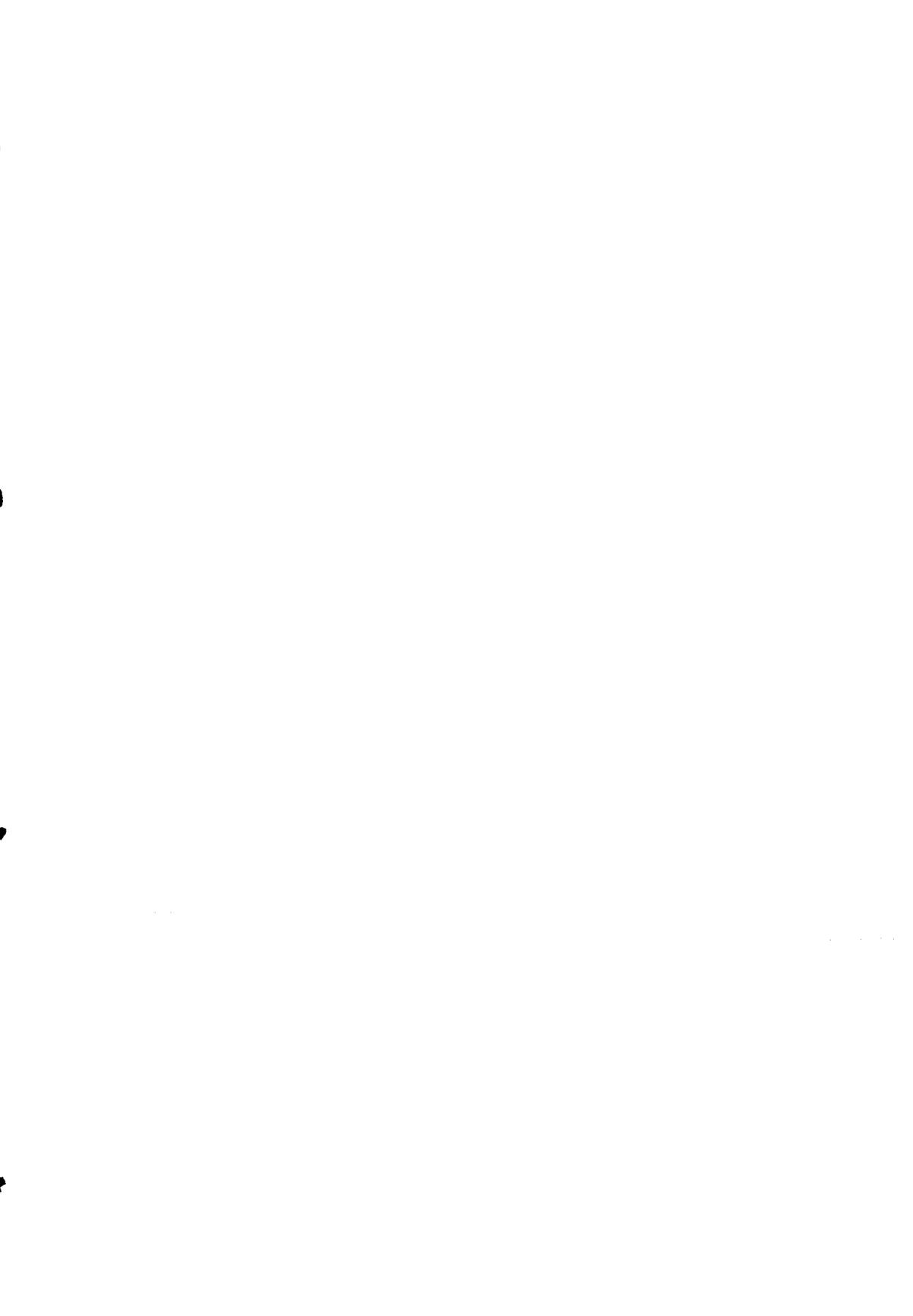
وثبوت دين لازم فإن أعلمه بعدمه وشرط البراءة صح، وهل إلا أن يفلس أو يموت تأويلان، وحاصل التقرير الحق في كلام المختصر أن ضمير صح في قول المتن عائد على الإبراء المفهوم من قول المصنف وشرط البراءة، ودل قوله: وهل الخ على أن معنى صح مضمن معنى اللزوم، إذ قوله المتن وهل الخ إنما هو في اللزوم، هذا هو التقرير المطابق لكلام المدونة، وأتى المصنف بهذه المسألة وإن كانت من باب الحمالة لاشتراكها مع الحوالة في براءة من عليه الدين، والمسألة من باب الحمالة قطعاً بدليل كلام الناس والمصنف ونبه على الحكم الشرعي وهو صحة الإبراء ولزومه، ويدل على أن هذه حمالة من كلام المتن أمور منها قوله: أو وثبوت دين، ومنها أنه لم يقل صحّت مع تقدم لفظ الحوالة، ومنها قوله: وإن أفلس الخ، وما يأتي قولهم هذه حمالة وتسميتها حوالة مجاز، والمصنف براء في مختصره من هذا فإنه لم يقبل في الفروع حوالة ولا حمالة، والفرق إنما يصح بحضور من أعلم أنه لا دين عليه والتزم بإعطاء الدين بدليل قول المدونة: سبيل هذه المسألة سبيل الحمالة، والحمالة إنما تكون بالتزام المتحمل، وفي الوثائق المجموعة ما نصّه: فإن لم يكن للحميل دين على المحال عليه فلا يبرأ المحيل من تباعة المحال، وتكون هذه الحوالة كالحمالة وهي أقوى من الحمالة في هذا الوجه خاصة بأن يقول رجل لرجل: استحلّ علي بمالك على فلان دون فلان أن يكون قبل المستحال عليه شيء ومزق ذكر الحق الذي لك قبل فلان وأنا أغرمه لك ويكون هذا كالحمالة الخ، وهذا منه بلفظه فاستعن به على ما ذكرناه، وقد حركت في فهم المتن عمائم ولم تحصل على طائل، ولكن إنما يظهر لك صحة ما ذكرناه إلا إذا وقعت على الشرح والله الهادي وعليه اعتمادي إنه رؤوف رحيم جواد كريم.

ابن زرقون: وأما حكمها فهو براءة المحيل من دين المحال، وتحول الحق إلى المحال عليه، وبراءة المحال عليه من طلب المحيل.

تم الجزء الأول، ويليه الجزء الثاني
وأوله: «فصل في بيع الخيار والثنيا»

قوله: (تنبيهان الأول الخ) هذا قال فيه في المختصر: ويتحول من المحال على المحال عليه وإن أفلس أو جحد إلا أن يعلم المحيل بإفلاسه فقط إلى آخره.

تم الجزء الأول



فهرس المحتويات

٣ ترجمة صاحب «تحفة الحكام»
٤ ترجمة صاحب الشرح
٥ ترجمة صاحب الحاشية
١٦ بابُ القضاء وما يتعلَّق به
٢٦ فَضْلٌ فِي مَعْرِفَةِ أَرْكَانِ الْقَضَاءِ
٣٩ فَضْلٌ فِي رَفْعِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَمَا يُلْحَقُ بِهِ
٤٣ فَضْلٌ فِي مَسَائِلِ مِنَ الْقَضَاءِ
٥٥ فصل في المقال والجواب
٥٩ فَضْلٌ فِي الْأَجَالِ
٦٣ فصل في الإعذار
٦٧ فصل في خطابِ القضاة وما يتصل به
٨٠ باب الشهود وأنواع الشهادات وما يتعلَّق بذلك
٩٥ فصل في مسائل من الشهادات
١٠٩ فصل في أنواع الشهادات
١١٦ فصل
١٢٣ فصل
١٣١ فصل
١٣٣ فصل
١٣٤ فصل في شهادة السماع
١٤٠ فصل في مسائل من الشهادة
١٤٨ باب اليمين وما يتعلَّق بها
١٦٨ بابُ الرِّهْنِ وما يتعلَّق به
١٨٦ فصل في اختلاف المتراهنين
١٨٩ باب الضَّمان وما يتعلَّق به
٢٠٥ باب الوكالة وما يتعلَّق بها
٢٢٢ فصل في تداعي الموكل والوكيل

٢٢٧	بابُ الصُّلْحِ وما يتعلّق به
٢٣٢	فصل
٢٤٢	بابُ النِّكَاحِ وما يتعلّق به
٢٥٦	فصل في الأولياء وما يترتب على الولاية
٢٦٥	فصل فيمن له الإِجبار وما يتعلّق به
٢٧٣	فصل في حكم فاسد النكاح وما يتعلّق به
٢٨١	فصل في مسائل من النكاح
٢٩٠	فصل في تداعي الزوجين وما يلحق به
٢٩٧	فصل في الاختلاف في القبض
٢٩٩	فصل فيما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق
٣٠١	فصل في الاختلاف في الشوار المورد بيت البناء
٣٠٤	فصل في الاختلاف في متاع البيت
٣٠٨	فصل في إثبات الضّرر والقيام به وَبَعَثَ الْحَكَمَيْنِ
٣١٣	فصل في الرّضاع
٣١٩	فصل في عيوب الزوجين وما يردان به منها
٣٣٥	فصل في الإيلاء والظّهار
٣٤١	فصل في اللعان
٣٤٩	باب الطلاق والرجعة وما يتعلّق بهما
٣٥٨	فصل في الخلع
٣٧١	فصل في الأيمان اللازمة
٣٨٧	فصل في التداعي في الطلاق أي في النزاع عند الطلاق
٣٩١	فصل
٣٩٦	فصل في الرجعة
٣٩٨	فصل في الفسخ
٤٠١	بابُ النَّفَقَةِ وما يتعلّق بها
٤٠٧	فصل في التّداعي في النَّفَقَةِ
٤١١	فصل فيما يجب لِلْمَطْلُقاتِ وَغَيْرِهِنَّ مِنَ الزَّوْجاتِ من النفقة وما يلحقُ بها
٤٢٢	فصل في الطلاق بالإعسار بالنّفقة وما يلحق بها
٤٢٨	فصل في أحكام المفقّودين
٤٣٣	فصل في الحضانة
٤٤٧	بابُ في البيوع وما شاكلها
٤٥٨	فصل في بيع الأصول

٤٧٢	فَصْلٌ فِي بَيْعِ الْعُرُوضِ مِنَ الثِّيَابِ وَسَائِرِ السَّلْعِ
٤٧٦	فَصْلٌ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ
٤٨١	فَصْلٌ فِي بَيْعِ التَّقْدِينِ وَالْحَلِيِّ وَشَبْهِهِ
٤٨٥	فَصْلٌ فِي بَيْعِ الثَّمَارِ وَمَا يُلْحَقُ بِهَا
٤٨٩	فَصْلٌ فِي الْجَائِحَةِ فِي ذَلِكَ
٤٩٥	فَصْلٌ فِي بَيْعِ الرِّقِيقِ وَسَائِرِ الْحَيَوَانِ
٥١٣	فَصْلٌ
٥١٦	فَصْلٌ فِي بَيْعِ الدِّينِ وَالْمَقَاصَةِ فِيهِ
٥٣٥	فَصْلٌ فِي الْحَوَالَةِ