[illegible] الطالبين

[illegible] بن شرف النووي الدمشقي

٦٣١ - ٦٧٦ هـ

[illegible]

[illegible] الإمام النووي محيي الدين. لابن العطار

[illegible] النووي. للذهبي

[illegible] الإمام النووي. للسيوطي

[illegible] الروضة من الفروع. للسيوطي

[illegible]

[illegible] الأنفار

[illegible]

[illegible] الفضيلة

فضيلة الشيخ

[illegible] العثيمين

Marfat.com

رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ

لِلإمَامِ أَبِي زَكَرِيَّا يَحْيَى بْنِ شَرَفِ النَّوَوِيِّ الدِّمَشْقِيِّ

٦٣١ - ٦٧٦هـ

ومعه

١. تحفة الطالبين في ترجمة الإمام النووي محيي الدين. لابن العطار
٢. ترجمة الإمام النووي. للذهبي
٣. المنهاج السوي في ترجمة الإمام النووي. للسيوطي
٤. منتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع. للسيوطي

حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه

فؤاد بن سراج عبد الغفار

ابو عبد الرحمن

مع تعليقات أصحاب الفضيلة

فضيلة الشيخ
ناصر الدين الألباني

فضيلة الشيخ
محمد بن صالح العثيمين

الجزء الخامس

عربی، اردو، اسلامی کتب لاہور ریٹ پر

مکتبہ کاظمیہ سعیدیہ

عقب الفلاح بینک شاہ حسین روڈ گجرات

CELL: 0302-6293760

QAMAR-UL-ULOOM
QAMAR SIALVI ROAD
GUJRAT PAKISTAN
PH. 3522555

أمام الباب الأخضر - سيدنا الحسين

٥٩٠٤١٧٥ ٥٩٢٢٤١٠

جميع الحقوق محفوظة

جميع الحقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة **لمكتبة التوفيقية (القاهرة-مصر)** ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملا أو مجزءا أو تسجيله على أشرطة كاسيت إو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطيًا .

Copyright ©
All Rights reserved

Exclusive rights by Al **Tawfikia Bookshop (Cairo-Egypt)** 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.

المكتبة التوفيقية

القاهرة - مصر
العنوان: أمام الباب الأخضر - سيدنا الحسين
تليفون: ٥٩٠٤١٧٥ - ٥٩٢٢٤١٠ (٠٠٢٠٢)
فاكس: ٦٨٤٧٩٥٧

Al Tawfikia Bookshop

Cairo-Egypt

Add.: In Fornt of the Green Door Of El Hussen
Tel : (٠٠٢٠٢) ٥٩٠٤١٧٥ _ ٥٩٢٢٤١٠
Fax : ٦٨٤٧٩٥٧

إشراف
توفيق شعلان

التجهيزات الفنية
دار التوفيقية للطباعة

GAMAR-UL-ULOOM
GAMAR SIALVI ROAD
GUJRAT PAKISTAN
PH. 3552555

Marfat.com

كتاب الفرائض[١]

الباب الأول في بيان أسباب التوريث والورثة وقدر استحقاقهم

فيه عشرة أبواب:

الباب الأول: في بيان أسباب التوريث والورثة وقدر استحقاقهم، وتقدَّم عليه أنه يُبدأ من تركة الميت بمؤنة تجهيزه[٢] بالمعروف ما لم يتعلق به حق غيره. فإن تعلق، كالمرهون، وما يتعلق به زكاة، والعبد الجاني، والمبيع إذا مات المشتري مفلسًا، قدّم حق الغير، ثم تُقضى ديونه من تركته، وللورثة إمساك ما تركه، وغرامة ما عليه من مالهم كما سبق في كتاب الرهن[٣]، ثم تنفَّذ وصاياه من

---

(١) الفرائض لغة: جمع فريضة بمعنى مفروضة والمفروض المقدر، لأن الفرض التقدير، فكأن اسمها ملاحظ فيه قوله تعالى: ﴿نصيبًا مفروضًا﴾ [النساء:٧] أي مقدرًا معلومًا.
- وشرعًا: العلم بقسمة المواريث بين مستحقيها لإيصال كل ذي حق إلى حقِّه.
- والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع.
- قال الله تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين...﴾ الآيتين. [النساء:١١، ١٢] وغيرهما من آيات المواريث.
- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر» [متفق عليه].
- وأجمعت الأمة على أحكام الفرائض في الجملة.

(٢) مؤن تجهيز الميت من ثمن ماء تغسيله وكفنه وحنوطه وأجرة الغاسل وحافر القبر ونحو ذلك لأن هذه الأمور من حوائج الميت.

(٣) لأن هذه من الحقوق المتعلقة بعين التركة.

Marfat.com

ثلث الباقي، ثم يقسم الباقي بين الورثة على فرائض الله تعالى.

فصل: أسباب التـوريث أربعة: قرابة، ونكاح، وولاء[1]، وجهة الإسلام. والمراد بجهة الإسـلام: أن من مات ولم يخلّف وارثًا بالأسباب الـثلاثة، وفضل عنه شيء، كان ماله لبـيت المال، يرثه المسلمون بالعصوبة، كمـا يحملون ديته. هذا هو الصـحـيح المشهـور. وفي وجـه: أنه يوضع في بيت المال علـى سبـيل المصلحـة، لا إرثًا، لأنه لا يخلو عن ابن عم بعـيد، فـألحق ذلك بالمال الضـائع الذي لا يرجى ظهور مالكه. وحكى ابن اللبان والروياني هذا قولاً.

قال المتـولي: فإن جعلناه إرثًا، لم يجـز صرفه إلى المكـاتَبين والكفار. وفي جواز صرفـه إلى القاتل وجهـان. وجه الجواز: أن تهمـة الاستعجال لا تتـحقق هنا، لأنه لا يتعين مصرفًا لماله.

قلت: الأصح أو الصحيح: المنع. والله أعلم.

وفي جواز صـرفه إلى مَن أوصـي له بشيء، وجهـان. أحدهمـا: لا، لئلا يجمع بين الوصية والإرث، ويخيَّر بينهما. والثاني: يجوز.

قلت: الأصح: الجواز. والله أعلم.

ولا خلاف أنه يجوز تخـصيص طائفة من المسلمين، ويجـوز صرفه إلى مَن وُلد بعد موته، أو كان كافرًا فأسلم بعد موته، أو رقيقًا فعتق.

---

(١) الولاء: لغة: السلطة.
وشرعًا: المراد به هنا ولاء العتاقـة الذي سببه نعمة المعتق على عتيقـه بالعتق والحرية. أو هو: إعتاق العبد.
ـ فمن أعتق عبدًا فمات العبد كـان ماله لسيده الذي أعتقه لقوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب» [صحيح الجامع ٧١٥٧]، يعني علقة وارتباط كعلقة وارتباط النسب.
ـ فإذا لم يوجـد للعتيق عصبـة من النسب ولا أصحاب فروض تـستغرق فروضـهم المال، فإنه يرثه بالولاء المُعْتِقُ الذي باشر العتق.

Marfat.com

قلت: قد ضم صاحب «التلخيص» إلى هذه الأسباب الأربعة سببًا خامسًا، وهو سبب النكاح، وهو غير النكاح، وذلك في المبتوتة في مرض الموت إذا قلنا بالقديم: إنها ترث. والله أعلم.

فصل: في بيان المجمع على توريثهم: الرجال الوارثون خمسة عشر: الابن، وابن الابن وإن سفل، والأب، والجد للأب وإن علا، والأخ للأبوين، والأخ للأب، والأخ للأم، وابن الأخ للأبوين، وابن الأخ للأب، والعم للأبوين، والعم للأب، وابن العم للأبوين، وابن العم للأب، والزوج، والمعتق.

والنساء الوارثات عشر: البنت، وبنت الابن وإن سفل، والأم، والجدة للأب، والجدة للأم ـ وإن علتا ـ والأخت للأبوين، والأخت للأب، والأخت للأم، والزوجة، والمعتِقة. والمراد بالمعتِق والمعتِقة، مَن أعتق، أو عصبة أدلى بمعتق. ويدخل في لفظ العم، عم الميت، وعم أبيه، وعم جده إلى حيث ينتهي، وكذلك حيث أطلقنا لفظ العم في الورثة، بخلاف الأخ، فإن المراد به أخو الميت فقط.

فرع: إذا اجتمع الرجال الوارثون، ورث منهم الابن، والأب، والزوج فقط. وإذا اجتمع النساء، فالبنت، وبنت الابن، والأم، والزوجة، والأخت للأبوين. وإذا اجتمع الصنفان غير أحد الزوجين، ورث خمسة: الأبوان، والابن، والبنت، وأحد الزوجين. ومن انفرد من الرجال، حاز كل التركة، إلا الزوج والأخ للأم. ومن قال بالرد، لا يستثني إلا الزوج. ومن انفردت من النساء، لم تحزها إلا المعتقة. ومَن قال بالرد، يثبت لكلِّهن الحِيَازَة إلا الزوجة.

قلت: وليس في الورثة ذَكر يُدْلي بأنثى فيرث، إلا الأخ للأم، وليس فيهم مَن يرث مع من يدلي به إلا أولاد الأم. قال صاحب «التلخيص» والقفال وغيرهما: ليس لنا من يورث ولا يرث، إلا الجنين في غرَّته، والمعتق بعضه على الأظهر: أنه يورث. والله أعلم.

فصل: في ذوي الأرحام: هم كل قريب يخرج عن المذكورين في الفصل السابق. وإن شئت قلت: كل قريب ليس بذي فرض ولا عصبة. وأما تفصيلهم، فهم عشرة أصناف: أبو الأم، وكل جد وجدة ساقطين، وأولاد البنات، وبنات الإخوة، وأولاد الأخوات، وبنو الإخوة للأم، والعم للأم، وبنات الأعمام، والعماتُ، والأخوال، والخالات.

ومنهم مَن يعدُّهم أحد عشر، ويفصل الجد عن الجدة. ومنهم من يزيد على ذلك، والمقصود لا يختلف، فهؤلاء لا يرثون بالرَّحم شيئًا على الصحيح. وقال المزني وابن سريج: إن لم يخلّف الميت إلا ذا فرض لا يستغرق، رُدَّ الباقي عليه، إلا الزوج والزوجة، فلا رد عليهما. فإن لم يخلف ذا فرض ولا عصبة، ورث ذوو الأرحام.

وقولنا: إن الصحيح أنهم لا يرثون ولا يُرَدّ، هو فيما إذا استقام أمر بيت المال، بأن ولي إمام عادل. أما إذا لم يكن إمام، أو لم يكن مستجمعًا لشروط الإمامة، ففي مال من لا عصبة له ولا ذا فرض مستغرق وجهان. أصحهما عند أبي حامد وصاحب «المهذب»: لا يصرف إلى الرد، ولا إلى ذوي الأرحام، لأنه للمسلمين، فلا يسقط بفوات نائبهم. والثاني: أنه يُرَدّ ويصرف إلى ذوي الأرحام، لأن المال مصروف إليهم أو إلى بيت المال بالإجماع. فإذا تعذر أحدهما، تعين الآخر، وهذا اختيار ابن كج، وبه أفتى أكابر المتأخرين.

قلت: هذا الثاني، هو الأصح أو الصحيح عند محققي أصحابنا، وممن صححه وأفتى به الإمام أبو الحسن بن سُراقة[1] من كبار أصحابنا ومتقدِّميهم،

---

(١) أبو الحسن بن سراقة:

هو: أبو الحسن محمد بن يحيى بن سراقة العامري البصري الشافعي الفقيه الفرضي المحدث صاحب التصانيف في الفقه والفرائض، والشهادات وأسماء الضعفاء والمتروكين.

أقام بآمد مدة، ودخل في الحديث.

وسمع من أبي الفتح الموصلي بالموصل وأخذ عنه كتابه في الضعفاء ثم نسخه وراجع فيه الدارقطني. =

Marfat.com

وهو أحد أعلامهم في الفرائض والفقه وغيرهما، ثم صاحب «الحاوي»، والقاضي حسين، والمتولي، والخَبْري[1] ـ بفتح الخاء المعجمة وإسكان الباء الموحدة ـ وآخرون، قال ابن سُراقة: وهو قول عامة مشايخنا. قال: وعليه الفتوى اليوم في الأمصار، ونقله صاحب «الحاوي» عن مذهب الشافعي رضي الله عنه، قال: وغلط الشيخ أبو حامد في مخالفته، قال: وإنما مذهب الشافعي منعهم إذا استقام بيت المال. والله أعلم.

فإن قلنا: لا يصرف إليهم ولا يردُّ، فإن كان في يد أمين، نظر، إن كان في البلد قاضٍ بشروط القضاء مأذون له في التصرف في مال المصالح، دفع إليه ليصرفه فيها. وإن لم يكن قاضٍ بشرطه، صرفه الأمين بنفسه إلى المصالح، وإن كان قاضٍ بشرطه غير مأذون له في التصرف في مال المصالح، فهل يدفعه إليه، أم يفرّقه الأمين بنفسه، أم يوقف إلى أن يظهر بيت المال ومَن يقوم بشرطه؟ فيه ثلاثة أوجه.

قلت: الثالث، ضعيف، والأولان حسنان. وأصحهما: الأول. ولو قيل: يتخيَّر بينهما، لكان حسنًا، بل هو عندي أرجح. والله أعلم.

وعلى الثاني، وقوف مساجد القرى، يصرفها صلحاء القرية في عمارة المسجد ومصالحه. أما إذا لم يكن في يد أمين، فيدفع إليه ليفرِّقه. وإذا قلنا

= وقال السبكي في طبقاته: وكان حيًّا سنة أربعمائة، وأراه توفي في حدود سنة عشر وأربعمائة.
[راجع ترجمته في: سير أعلام النبلاء، وطبقات الشافعية، ومعجم المؤلفين، وغيرها].

(١) الخبري:
هو: أبو حكيم عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله نسبته إلى «خَبْر» وهي ناحية بنواحي شيراز، تفقه على أبي إسحاق الشيرازي وبرع في الفرائض والحساب وله فيهما المصنفات الفائقة، وكان يعرف العربية ويكتب الخط الحسن، وشرح «الحماسة» وعدة دواوين كالبحتري، والمتنبي وغير ذلك، وسمع الحديث الكثير، وكان يكتب المصاحف: وكان ينسخ في مصحف، فوضع القلم، وقال: إن هذا الموت طيب هنيّ، ثم مات وذلك في ذي الحجة سنة ٤٧٦ هـ.
[راجع ترجمته في: سير أعلام النبلاء ـ طبقات الشافعية ـ شذرات الذهب، وغيرها].

Marfat.com

بالصرف إلى ذوي الأرحام، فوجهان. أحدهما نقله ابن كج: أنه يصرف إلى الفقراء منهم، يقدَّم الأحوج فالأحوج. والصحيح الذي عليه الجمهور: يصرف إلى جميعهم. وهل هو إرث، أم شيء مصلحي؟ فيه وجهان. أشبههما بأصل المذهب: أنه على سبيل المصلحة، واختاره الروياني، قال: ويصرف إليهم إن كانوا محتاجين، أو إلى غيره من أنواع المصالح. فإن خيف على رأس المال من حاكم الزمان، صرف إلى الأصلح بقول مفتي البلدة.

قلت: الصحيح الذي عليه جمهور من قال من أصحابنا بتوريث ذوي الأرحام: أنه يصرف إلى جميعهم على سبيل الميراث، على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في الباب الثامن في كيفية توريثهم والردِّ. والله أعلم.

فصل: في بيان ما يستحقه كل وارث من المجمع عليهم: ونقدّم عليه أن مَن له سهم مقدَّر في الكتاب أو السُّنَّة، فهو صاحب فرض. ومن ورث بالإجماع ولا فرض له، فهو عصبة. وقولنا: بالإجماع، احتراز من ذوي الأرحام، فإن من ورَّثهم لا يسميهم عصبة. وأصحاب الفروض قسمان. منهم من لا يرث إلا بالفرضية، وهم: الزوجان، والأم، والجدة، وولد الأم. ومنهم من يرث بالتعصيب أيضًا. ثم من هؤلاء مَن لا يجمع الجهتين دفعة، بل يرث إما بهذه، وإما بهذه، وهم البنات، وبنات الابن، والأخوات للأبوين، والأخوات للأب. ومنهم من يرث بهما جمعًا وانفرادًا، وهما: الأب، والجد.

أما العصبة، فضربان.

عصبة بنفسه، وهو كل ذَكَر يُدلي إلى الميت بغير واسطة، أو بتوسط محض الذكور، وهؤلاء يأخذ المنفرد منهم جميع المال والباقي بعد أصحاب الفروض، وربما سقطوا.

قلت: هذا الذي قاله في حد العصبة، غير مطرد ولا منعكس، فإنه يقتضي دخول الزوج ـ فإن الغزالي وغيره عدُّوه ممن يدلي بنفسه ـ وخروج المعتقة،

Marfat.com

فينبغي أن يقول: هو كل معتق وذَكَر نسيب يدلي إلى آخره. والله أعلم.

وعصبة بغيره، وهم البنات، وبنات الابن، والأخوات للأبوين وللأب، فيتعصَّبن بإخوتهن، ويتعصَّب الأخوات من الجهتين بالبنات وببنات الابن.

وقد يقال: العصبة ثلاثة. عصبة بنفسه، وبغيره، ومع غيره، على الترتيب المذكور.

أما قدر المستحق، فللزوج نصف المال إذا لم يكن للميتة ولد ولا ولد ابن، وربعه إن كان لها ولد أو ولد ابن منه أو من غيره. وللزوجة الربع إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن، والثمن إن كان له ولد أو ولد ابن منها أو من غيرها. والزوجات يشتركن في الربع والثمن بالإجماع.

فصل: وأما الأم، فلها ثلاثة أحوال. حال ترث ثلث المال إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن، ولا اثنان من الإخوة والأخوات، وحال سدسه إذا لم يكن له ولد أو ولد ابن، أو اثنان من الإخوة والأخوات من أي جهة كانوا، وحال يكون معها زوج وأب، أو زوجة وأب، فلها ثلث ما يبقى على الصحيح المعروف في المذهب. وقال ابن اللبان: لها الثلث كاملاً.

فصل: وأما الجدة، فترث أمُّ الأم، وأمهاتُها المدليات بمحض الإناث، وأم الأب وأمهاتها كذلك، وفي أم أب الأب، وأم من فوقه من الأجداد وأمهاتهن قولان. المشهور: أنهن وارثات. والثاني: لا، نقله أبو ثور. وأما الجدة المدلية بذَكَر بين أنثيين، كأم أب الأم، فلا ترث، بل هي من ذوي الأرحام كما سبق، فحصل في ضبط الجدات الوارثات على المشهور عبارتان.

إحداهما: أن يقال: هي كل جدة أدلت بمحض إناث أو بمحض ذكور، أو بمحض الإناث إلى محض الذكور.

الثانية: التي لا تدلي بمحض الوارثين غير وارثة، والباقيات وارثات. وعلى

Marfat.com

منقول أبي ثور: لا ترد جدة تدلي بغير وارث، ولا من وقع في آخر نسبها أبوان فصاعدًا، وللجدة الواحدة السدس. وإن اجتمع جدتان فصاعدًا وارثات، اشتركن في السدس، فلو أدلت إحداهما بجهتين، كامرأة تزوج ابن بنتها بنت بنتها الأخرى، فولد لهما ولد، فهذه المرأة أم أم أبيه، وأم أم أمه. فإذا مات الولد وخلف هذه، وجدة أخرى هي أم أبي أبيه، أو أدلت بثلاث جهات فأكثر، بأن نكح الولد في المثال المذكور بنت بنت أخرى لتلك المرأة، فولد لهما، فالمرأة جدة للولد الثاني من ثلاثة أوجه. فالصحيح: أن السدس بينهما سواء. والثاني: يوزَّع على الجهات، قاله ابن سريج، وابن حربَويْه.

فرع: في تنزيل الجدات: لك أم وأب، وهما في الدرجة الأولى من أصولك، ولأبيك أم وأب، وكذلك لأمك، فالأربعة هم الواقعون في الدرجة الثانية من درجات أصولك، وهذه هي الدرجة الأولى من درجات الأجداد والجدات، ثم أصولك في الدرجة الثالثة ثمانية، لأن لكل واحد من الأربعة أبًا وأمًا، وفي الدرجة الرابعة ستة عشر، وفي الخامسة اثنان وثلاثون، والنصف من الأصول في كل درجة ذكور، والنصف إناث، وهن الجدات، ففي الدرجة الثانية من الأصول جدتان، وفي الثالثة أربع، وفي الرابعة ثمان، وفي الخامسة ست عشرة، وهكذا يتضاعف عددهن في كل درجة. ثم منهن وارثات وغير وارثات، فإذا سئلت عن عدد من الجدات الوارثات على أقرب ما يمكن من المنازل، فاجعل درجهن بعدد المسؤول عنه ومحض نسبة الأولى إلى الميت من أمهات، ثم أبدل من آخر نسبة الثانية أمًا بأب، وفي آخر نسبة الثالثة أمَّين بأبوين، وهكذا تنقص من الأمهات وتزيد في الآباء حتى تتمحض نسبة الأخيرة آباء.

مثاله: سئلت عن أربع جدات، فقل: هن أم أم أم أم، وأم أم أم أب، وأم أم أبي أب، وأم أبي أبي أب، فالأولى من جهة أم الميت، والثانية من جهة أبيه، والثالثة من جهة جده، والرابعة من جهة أبي جده. وهكذا إذا أردت زيادة زدت

Marfat.com

لكل واحدة أبًا. وإذا أردت معرفة من يحـاذي الوارثات مع الساقطات، فإن كان السؤال عن جدتين على أقـرب ما يمكن، فليس في درجتهما غـيرهما. وإن كان السؤال عن أكثر، فألق من عدد الوارثات اثنين أبدًا، وضعّف الاثنين بعدد ما بقي منهن، فمـا بلغ فهو عـدد الجدات في تلك الدرجة الوارثات والسـاقطات. فإذا عرفت الوارثات منهن، فالباقيات الساقطات.

مثـاله: خذ من الأربع اثنتين وضـعّفهـما مـرتين، لأن الباقي اثنان، فـيبلغ ثمانية، فهن الوارثات والساقطات، وإذا فـرضت ثلاث جدات، فخذ من الثلاثة اثنتين، وضعفهـما مرة، لأن الباقي واحد، فيبلغ أربعـة، فهو عددهن، في هذه الدرجة ثلاث وارثات، وواحـدة ساقطة. واعلم أن الوارثات فـي كل درجة من درجات الأصول بعـد تلك الدرجة، ففي الثانية ثنتـان، وفي الثالثة ثلاث، وفي الرابعة أربع. وهكذا في كل درجة لا تزيد إلا وارثة واحدة وإن تضاعف عددهن في كل درجة، وسببه أن الجدات مـا بلغن، فنصفهن من قبل الأم، ونصفهن من قبـل الأب، ولا يرث من قبل الأم إلا واحـدة، والباقـيات من قبـل الأب. فإذا صعـدنا درجة، تبـدلت لكل واحدة منهن بأمهـا، وزادت أم الجد الذي صـعدنا إليه، ولا يخفى أن معظم ما ذكرنا في تنزيل الجـدات، تفريع على المشهور. فأما على منقول أبي ثور، فلا يرث إلا جدتان.

فصل: وللأب ثلاثة أحوال:

حال يرث بمحض الفرض، وهو إذا كان معه ابن، أو ابن ابن، فله السدس، والباقي للابن أو ابن الابن.

وحال يرث بمحض العصوبة، وهو إذا لم يكن ولد ولا ولد ابن.

وحـال يرث بهـما، وهو إذا كـان مـعه بنـت، أو بنت ابن، أو بنات، فله السدس فرضًا، ولهن فرضهن، والباقي له بالتعصيب.

Marfat.com

فصل: الجد كالأب في الميراث، إلا في مسائل.

إحداها: الأب يُسقط الإخوة والإخوات مطلقًا، والجد لا يُسقط الإخوة والأخوات للأبوين أو للأب. وسيأتي تفصيلهم إن شاء الله تعالى.

الثانية: الأب يردُّ الأم إلى ثلث ما يبقى في صورتَي زوج وأبوين وزوجة وأبوين كما سبق. ولو كان بدله جد، كان للأم الثلث كاملاً.

الثالثة: الأب يسقط أم نفسه وأم كل جد، والجد لا يسقط أم الأب وإن أسقط أم نفسه، وأبو الجد ومن فوقه كالجد، لكن كل واحد يحجب أم نفسه، ولا يحجبها من فوقه.

الرابعة: سبق أن الأب يجمع بين الفرض والتعصيب، وفي الجد في مثل ذلك الحال وجهان. أحدهما: أنه مثله. والثاني: لا، بل يأخذ الباقي بعد البنت أو البنات بالتعصيب فقط، والجمع بينهما خاصٌّ بالأب. وهذا خلاف في العبارة فقط والمأخوذ لا يختلف.

قلت: أصحهما وأشهرهما: الأول. والله أعلم.

فصل: في الأولاد: فالابن الواحد يستغرق جميع المال بالإجماع، وكذا جماعة الأبناء يستغرقونه، وللبنت النصف، وللبنتين فصاعدًا الثلثان. فإن اجتمع الصنفان، فللذكر مثل حظ الأنثيين.

فرع: إذا اجتمع أولاد الصلب وأولاد ابن أو بنين، فإن كان في أولاد الصلب ذكر، لم يرث أولاد الابن، وإلا، فإن كان ولد الصلب بنتًا، فلها النصف، ثم ينظر، فإن كان ولد الابن ذكرًا، فالباقي له. وإن كانوا ذكورًا، أو ذكورًا وإناثًا، فالباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين. وإن كان ولد الابن بنتًا، فلها السدس، وإن كن بنات، فالسدس بينهن. وإن كان ولد الصلب بنتين فصاعدًا، فلهن الثلثان، ولا شيء لبنات الابن. فإن كان معهن أو أسفل منهنَّ

Marfat.com

ذكر، عصَّبهن في الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين. وسواء كان الذي في درجتهن أخاهن أو أخا بعضهن، أو ابن عمهن، وإنما يعصبهن إذا لم يكن لهن فرض كما ذكرنا. فلو خلَّف بنت صلب، وبنت ابن، وابن ابن ابن، وبنت ابن ابن، فللبنت النصف، ولبنت الابن السدس فرضًا، والباقي بين الأسفلين للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا يعصب ابن الابن من كان أسفل منه، بل يختص بالباقي. وأولاد ابن الابن مع أولاد الابن، كأولاد الابن مع أولاد الصلب في كل تفصيل، وكذا في كل درجة نازلة مع درجة عالية، حتى إذا خلّف بنت ابن، وبنت ابن ابن، فللعليا النصف، وللسفلى السدس. ولو خلَّف بنتي ابن، وبنت ابن ابن، فلبنتي الابن الثلثان، ولا شيء للسفلى، إلا أن يكون في درجتها أو أسفل منها من يعصبها.

فرع: ليس في الفرائض من يعصب أخته وعمته وعمة أبيه وجده وبنات أعمامه وبنات أعمام أبيه وجده، إلا المستقل من أولاد الابن.

فصل: في الإخوة والأخوات: أما الإخوة والأخوات من الأبوين إذا انفردوا، فكأولاد الصلب، للذكر جميع المال، وكذا للجماعة، وللأخت الفردة النصف، وللأختين فصاعدًا الثلثان، فإن اجتمع الإخوة والأخوات، فللذكر مثل حظ الأنثيين بنص القرآن.

فرع: الإخوة والأخوات للأب، عند انفرادهم كالإخوة والأخوات للأبوين، إلا في المشرَّكة، وهي زوج، وأم، وأخوان لأم، وأخوان للأبوين، فللزوج النصف، وللأم السدس، وللأخوين للأم الثلث يشاركهم فيه الأخوان للأبوين.

هذا هو المشهور والمذهب، وبه قطع الأصحاب. وحكى أبو بكر بن لال من أصحابنا في المسألة قولين. ثانيهما: سقوط الأخوين للأبوين بحسب اختلاف الرواية عن زيد رضي الله عنه، والرواية عن زيد رضي الله عنه مختلفة كما ذكر، لكن لم أجد لغيره نقل قول للشافعي رضي الله عنه، لكن ذهب ابن اللبان وأبو منصور البغدادي، إلى

الإسقاط، فعلى المذهب: للتشريك أربعة أركان. أن يكون في المسألة زوج، وأم أو جدة، واثنان فصاعداً من ولد الأم، وأن يكون من أولاد الأبوين ذكر، إما وحده، وإما مع ذكور أو إناث، أو كليهما، فإن لم يكن من الأبوين ذكر، بل كان مع الأركان الثلاثة أخت أو أختان للأبوين أو للأب، فلا تشريك، بل يُفرض للواحد النصف، وللاثنين فصاعداً الثلثان، وتُعال المسألة. ولو كان ولد الأم واحداً، فله السدس، والباقي للعصبة من أولاد الأبوين، أو الأب، ولو كان بدل أولاد الأبوين إخوة أب، سقطوا بالاتفاق، لأنه ليس لهم قرابة أمٍّ فيشاركون أولاد الأم، فافترق الصنفان في هذه المسألة. وإذا شركنا في الثلث بين أولاد الأم وأولاد الأبوين، تقاسموه سواءً، ذكرهم كأنثاهم، لأنهم يأخذونه بقرابة الأم.

قلت: قد ذكرنا أنه لو عُدم في المشرّكة ولد الأبوين، وكان هناك أخت للأب، فلها النصف فرضًا. فلو كان معها أخوها لأب أيضًا، سقط وأسقطها، لأنه لا يفرض لها معه، فلا تشريك. والله أعلم.

فرع: لو اجتمع أولاد الأبوين وأولاد الأب، فهو كاجتماع أولاد الصلب وأولاد الابن، فأولاد الأبوين كأولاد الصلب، وأولاد الأب كأولاد الابن. فإن كان في أولاد الأبوين ذكر، حجب أولاد الأب، وإلا، فإن كانت أنثى فقط، فلها النصف، والباقي لأولاد الأب إن كانوا ذكوراً، أو ذكوراً وإناثًا. وإن تمحضن إناثًا، أو أنثى فقط، فلهن أو لها السدس تكملة الثلثين. وإن كان من أولاد الأبوين ثنتان فأكثر، فلهما الثلثان، ولا شيء لأولاد الأب، إلا أن يكون فيهن ذكر، فيعصّب الإناث. ولا يعصب الأخت إلا مَن في درجتها، بخلاف بنت الابن، فإنه يعصبها من هو أسفل منها. فلو خلّف أختين لأبوين، وأختًا لأب، وابن أخت لأب، فللأختين الثلثان، والباقي لابن الأخ، وتسقط الأخت للأب.

فرع: الإخوة والأخوات للأم، لواحدهم السدس ذكراً كان أو أنثى، وللاثنين

Marfat.com

فصاعداً الثلث يقسم بين ذكورهم وإناثهم بالسوية.

قلت: أولاد الأم يخالفون غيرهم في خمسة أشياء، فيرثون مع مَن يُدْلون به، ويرث ذكرهم المنفرد كأنثاهم المنفردة، ويتقاسمون بالسوية. والرابع: أن ذكرهم يدلي بأنثى، ويرث. والخامس: يحجبون من يُدلون به، وليس لهم نظير. والله أعلم.

فرع: بنو الإخوة من الأبوين أو الأب يُنزّل كل واحد منهم منزلة أبيه في حالتي الانفراد والاجتماع، فيستغرق الواحد والجماعة للمال عند الانفراد، وما فضل عن أصحاب الفروض، وعند الاجتماع يسقط ابن الأخ للأب، لكنهم يخالفون الإخوة في أمور.

أحدها: أن الإخوة يردّون الأم من الثلث إلى السدس، وبنوهم لا يردّونها.

الثاني: أن الإخوة للأبوين وللأب يقاسمون الجد، وبنوهم يسقطون به.

الثالث: لو كان بنو الإخوة للأبوين بدل آبائهم في المشرّكة سقطوا.

الرابع: الإخوة للأبوين وللأب يعصّبون أخواتهم، وبنوهم لا يعصبون أخواتهم.

قلت: ويخالفونهم في ثلاثة أشياء أخر.

أحدها: الإخوة للأبوين، يحجبون الإخوة للأب، وأولادهم لا يحجبونهم.

والثاني: الأخ من الأب، يحجب بني الأخ من الأبوين، ولا يحجبهم ابنه.

الثالث: بنو الإخوة لا يرثون مع الأخوات إذا كن عصبات مع البنات. والله أعلم.

فصل: الأخوات للأبوين وللأب، مع البنات وبنات الابن، عصبات كالإخوة. حتى لو خلّف بنتًا وأختًا، فللبنت النصف، وللأخت الباقي. ولو خلّف بنتين فصاعدًا، أو أختًا أو أخوات، فللبنات الثلثان، والباقي للأخت أو

Marfat.com

للأخـوات. ولو كان مـعـهن زوج، فللبنتين الثلثـان، وللزوج الربع، والبـاقي للأخت أو الأخـوات. ولو كان مـعـهن أمّ، عالت المسـألة، وسـقطت الأخت والأخـوات، كمـا لو كان مـعهن أخ. ولو خلف بـنتًا وبنت ابن وأخـتًا، فلهـا النصف، والسدس لبنت الابن، وللأخت الباقي. وإذا اجـتمعت الأخت للأبوين والأخت للأب مع البـنت وبنت الابن، فـالبـاقي للأخت لـلأبوين، وسـقطت الأخت للأب. ولو خلف بنتًـا وأختًـا لأبوين وأخًا لأب، كان البـاقي للأخت، وسقط الأخ بها كـسقوطه بالأخ للأبوين. ولو خلف بنتًا، وأخًـا وأختًا لأبوين، فالباقي بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين.

فرع: خلّف بنتًا، وثلاث أخوات أو إخوة متفرقين، فللبنت النصف، والباقي للأخت أو للأخ للأبوين، وسقط الباقون.

فصل: العم للأبوين أو للأب، كالأخ من الجـهتين، في أن من انفرد منهـما يأخذ جـميع المال، أو ما بقي بعد الفـرض. وإذا اجتمعـا، أسقط العمُّ للأبوين العمَّ للأب.

□□□

Marfat.com

الباب الثاني

في بيان العصبات وترتيبهم

فالأقرب منهم يُسقط الأبعد. وجملة عصبات النسب: الابن والأب ومن يدلي بهما، ويقدَّم منهم الأبناء، ثم بنوهم وإن سفلوا، ثم الأب، ثم الجدة والإخوة للأبوين أو للأب، وهم في درجة، ولذلك يتقاسمون على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى. وأبو الجد وإن علا مع الأخ، كالجد مع الأخ، فيتقاسمان لقوَّة الجدودة، ووقوع الاسم في القريب والبعيد. هذا هو المنصوص والمذهب والمعروف. وقال الإمام: الذي رأيته في ذلك ـ يعني للأصحاب ـ أن أبا الجد، يكون له السدس، والباقي للأخ. ثم قال: وفي القلب من هذا شيء، وأبدى المذهب المنصوص احتمالاً. وإذا لم يكن أخ، فالمقدَّم الجد، ثم أبوه وإن علا، ويسقط ابن الأخ بالجد العالي سقوطه بالأدنى، وفي «النهاية» وجه ضعيف: أن أبا الجد وابن الأخ يتقاسمان، والصحيح المعروف هو الأول، فإنا إذا قدّمنا نوعًا على نوع، لا ننظر إلى القرب والبعد. ألا ترى أن ابن الأخ وإن سفل، مقدّم على العم مع قربه. وإذا لم يكن جد، فالأخ من الأبوين، ثم من الأب، ثم بنو الإخوة من الأبوين، ثم من الأب، وكذلك بنوهم وإن سفلوا، ثم العم من الأبوين، ثم من الأب، ثم بنو العم كذلك ثم عمُّ الأب من الأبوين، ثم من الأب، ثم بنوهما كذلك، ثم عم الجد من الأبوين، ثم من الأب، ثم بنوهما كذلك، إلى حيث ينتهون. فإن لم يوجد أحد من عصبات النسب، والميت عتيق، فالعصوبة لمعتِقه. فإن لم يكن المعتِق حيًّا، فلعصباته، فإن لم يوجدوا، فلمعتِق المعتِق، ثم لعصباته إلى حيث ينتهون. فإن لم يكن عتيقًا، وأبوه أو جدّه عتيق، ثبت الولاء عليه لمعتِق الأب أو الجد على ما سيأتي في كتاب الولاء إن شاء الله تعالى. فإن لم يكن أحد منهم، فالمال لبيت المال.

Marfat.com

فرع: البعيد من الجهة المقدَّمة، يقدَّم على القريب من الجهة المؤخَّرة.

مثاله: ابن الابن وإن سفل، يقدَّم على الأب، وكذلك ابن الأخ وإن سفل، يقدَّم على العم، وكذلك ابن العم النازل، يقدَّم على عم الأب، وإذا اتحدت الجهة، قدّم الأقرب. فإن استويا في القرب، قدِّم من يُدلي بالأبوين على من يدلي بالأب.

مثاله: الأخ للأبوين، يقدّم على الأخ للأب، وابن الأخ للأب، يقدَّم على ابن ابن الأخ للأبوين، وكذا القول في بني العم وبني عم الأب.

فرع: إذا اشترك اثنان في جهة عصوبة، واختص أحدهما بقرابةٍ أخرى، كابني عم أحدُهما أخ لام، نظر، إن أمكن التوريث بالقرابة الأخرى لفقد الحاجب، فالنص أنه يورث بهما، فالأخ للأم يأخذ السدس، والباقي بينهما بالعصوبة. ونص فيما لو ترك ابني عم معتقه وأحدهما أخو المعتِق لأمه: أن جميع المال الذي هو أخوه لأمه. وللأصحاب فيهما طريقان.

أحدهما: جعلهما على قولين. أحدهما: ترجيح الأخ للأم، فيأخذ جميع المال في الصورتين، لأنهما استويا في العصوبة وزاد بقرابة الأم، فأشبه الأخ من الأبوين مع الأخ للأب. والثاني: لا ترجيح، لأن مزيَّته بجهة تُفرض لها، فلا يُسقِط من يشاركه في جهة العصوبة كابني عم أحدُهما زوج. فعلى هذا، في النسب له السدس فرضًا، والباقي بينهما بالعصوبة. وفي الولاء لا يمكن توريثه بالفرضية، فالمال بينهما سواء بالعصوبة.

والطريق الثاني: وهو المذهب: القطع بالمنصوص في الموضعين. والفرق: أن الأخ للأم في النسب يرث، فأعطي فرضَه، واستويا في الباقي بالعصوبة، وفي الولاء لا يرث بالفرض، فرجّح من يُدلي بقرابة الأم. وهذا كله تفريع على أن أخا المعتق من أبويه، يقدَّم على أخيه من أبيه، وفيه خلاف نذكره قريبًا إن شاء الله تعالى. ويجري الطريقان، فيما لو ترك ابني عم أبيه وأحدُهما أخوه لأمه.

Marfat.com

فلو تركت المرأة ابني عم أحدهما زوجها، والآخر أخ لأمّ، فعلى المذهب: للزوج النصف، وللآخر السدس، والباقي بينهما بالسوية. وإن رجحنا الأخ للأم، فالباقي كله له. ولو تركت ثلاثة بني أعمام أحدهم زوج، والثاني أخ لأم، فعلى المذهب، للزوج النصف، وللأخ السدس، والباقي بينهم بالسوية. وإن رجحنا الأخ للأم، فللزوج النصف، والباقي للأخ. هذا كله إذا أمكن توريث المختص بتلك القرابة. أما إذا لم يكن لحاجب، بأن ترك بنتًا وابني عم أحدهما أخ لأم، فوجهان. أصحهما: للبنت النصف، والباقي بينهما بالسوية، لأن إخوة الأم سقطت بالبنت. والثاني: أن الباقي للأخ وحده، وبه قال ابن الحداد، واختاره الشيخ أبو علي، كما لو اجتمع مع البنت أخ لأبوين وأخ لأب. وإذا قلنا بالأصح، فترك ابن عم لأبوين، وآخر لأب وهو أخ لأم، فللثاني السدس بالإخوة، والباقي للأول، وتسقط به عصوبة الثاني. ولو تركت ثلاثة بني أعمام متفرقين، والذي هو لأم زوج، والذي هو لأب أخ لأم، فللزوج النصف، وللأخ السدس، والباقي للآخر. ولو ترك أخوين لأم، وترك سواهما أخوين لأم أحدهما ابن عم، فلهما الثلث بالأخوة، والباقي لابن العم منهما بلا خلاف. ولو ترك ابني عم، أحدهما أخ لأم، وترك سواهما أخوين لأم أحدهما ابن عم، فالحاصل أنه ترك أخوين هما ابنا عم، وأخًا ليس بابن عم، وابن عم ليس بأخ، فالثلث للإخوة الثلاثة، والباقي لبني الأعمام الثلاثة.

فصل: في عصبات المعتق: قد سبق أن من لا عصبة له من النسب، فمالُه أو ما يفضل عن الفروض لمعتقه إن كان عتيقًا، سواء كان المعتق ذكرًا أو أنثى. فإن لم يوجد المعتق، فالاستحقاق لعصباته من النسب الذين يتعصبون بأنفسهم دون من يعصبهم غيرهم، فلا ترث النساء بالولاء، إلا ممن أعتقن، أو أعتق من أعتَقن، أو جَرَّ الولاء إليهن من أعتَقن. وإن شئت قلت: لا ترث امرأة بولاء، إلا معتَقها، أو منتميًا إليه بنسب أو ولاء، لأن الولاء أضعف من النسب البعيد.

وإذا بَعُد النسب، ورث الذكور دون الإناث، فيرث ابن الأخ والعم وابنه، دون أخواتهم. فإذا لم ترث بنت الأخ، فبنت المعتِق أولى، ثم الذين يتعصبون بأنفسهم، ترتيبهم في الولاء كترتيبهم في النسب، فيقدَّم ابن المعتِق وابن ابنه على أبيه وجده، لكن يفترق الترتيبان في مسائل.

إحداها: في الأخ للأبوين مع الأخ للأب طريقان. المذهب: يقدَّم الأخ للأبوين كما في النسب. والثاني: على قولين. ثانيهما: يتساويان، إذ لا مدخل لقرابة الأم هنا.

الثانية: في الجد والأخ قولان. أظهرهما عند الشيخ أبي حامد وأبي خلف الطبري والأكثرين: أن الأخ مقدَّم. والثاني: يتساويان كالنسب، ورجحه البغوي. فإن قلنا: يتساويان، فطريقان. أحدهما نقله الحناطي وغيره: فيه وجهان. أحدهما: للجد ما هو خير له من المقاسمة وثلث المال، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في النسب. وأصحهما: أنه يقاسم الإخوة أبدًا، لأنه لا مدخل للفرض والتقدير في الولاء. والطريق الثاني وهو المذهب وبه قطع الجمهور: القطع بالمقاسمة أبدًا. ولو اجتمع مع جد المعتِق إخوة لأبوين، وإخوة لأب، فوجهان. أحدهما وهو اختيار ابن اللبان: يعدّ الإخوة من الأب على الجد، كما في النسب. وأصحهما وبه قال ابن سريج والأكثرون: لا يعدّون، بل الجد والأخ للأبوين يقتسمان، والفرق أن الإخوة للأب قد يأخذون شيئًا في النسب، كما إذا كان معهم أخت للأبوين وجدّ، وهنا لا يأخذون شيئًا بحال، لأنه لا يرث هنا إلا ذكر، ولا يرث الأخ للأب مع الأخ للأبوين، فيبعد أن يدخل في القسمة من لا يأخذ بحال. وعلى هذا القول الجد أولى من ابن الأخ على الأصح كالنسب. وقيل: يستويان. قال البغوي تفريعًا على هذا القول: الأخ أولى من أبي الجد، وأبو الجد مع ابن الأخ يستويان. وإذا قلنا بالأظهر: إن الأخ مقدَّم على الجد، فابن الأخ مقدَّم أيضًا كابن الابن، والقولان في الأخ والجد يجريان في العم مع

Marfat.com

أبي الجد، وفي كل عم اجتـمع هو وجدّ إذا أدلى ذلك العم بابن ذلك الجد، ولا خلاف أن الجد أولى من العم.

المسألة الثالثـة: إذا كان للمعتِق ابنا عم أحدهمـا أخ، فالمذهب والمنصوص: أنه مقدَّم كما سبق في الفصل قبله.

فرع: إذا لم يوجد أحد من عصبات المعتق، فـالمال لمعتِق المعتِق، ثم لعصباته على النسق المذكـور في عصـبـات المعتِق، ثم لمعـتِق مـعتِق المُعـتِق. وعلى هذا القياسُ. والقـول في معتق الأب والجد وقـواعد أخر ومسائل عـويصة نذكره إن شاء الله تعالى في كتاب الولاء.

Marfat.com

الباب الثالث

في ميراث الجد مع الإخوة

إذا كان مع الجـد إخوة وأخوات من الأبوين، أو مـن الأب، لم يسقطوا[١]

---

(١) قال الشيخ ابن العثيمين ـ رحمه الله ـ في كتاب (تسهيل الفرائض).

وفي سقوطهم بالجد خـلاف والراجح أنهم يسقطون به كما يسقطون بالأب وكـما يسقط الإخوة من الأم وهو قـول أبي بكر الصـديق وأبي موسى وابن عـبـاس وأربعة عـشـر من الصحـابة ﷺ قال البخاري: «لم يذكر أن أحدًا خـالف أبا بكر في زمانه وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون» انتهى، وهذا مذهب أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أحمد واختـاره من أصحابنا جماعة منهم شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم وصاحب الفائق قال في الفـروع وهو أظهر وصوبه في الإنصاف واختاره شيخنا (عبد الرحمن السعدي) وشيخنا (عبد العزيز بن باز) وذكر ابن القيم لترجيحه عشرين وجهًا فلتراجع من صفحة (٧١) إلى صفحة (٨١) من الجزء الثاني من أعلام الموقعين المطبوع مع حادي الأرواح.

وعلى هذا القـول الراجح لا يرث الإخوة مـعه شيـئًا بكل حـال فيكون حكمـه حكم الأب إلا في العمريتين.

وأما على القـول المرجوح وهو المشهـور من المذهب فإن الجـد يسقط الإخوة لأم ولا يسـقط الإخوة الأشقاء أو لأب وله معهم حالان:

إحداهما: أن لا يكون معهم صاحب فـرض فميراثه في هذه الحال الأكثر من ثلث المال أو مـقاسمة الإخوة والضابط في هذه الحال أنه مـتى كان الإخوة أكثر من مثليه فالأكـثر له ثلث المال ومتى كانوا أقل فالأكثر له المقاسمة ومتى كانوا مثليه استوى له الأمران.

فلو هلك عن جد وثلاثة إخوة فالأكثر للجد ثلث المال فيأخذه والباقي للإخوة.

ولو هلك هالك عن جد وأخ فـالأكثر للجد المقاسـمة فيكون المال بينهما نـصفين ولو هلك عن جد وأخوين لاستوى له الأمران الثلث والمقاسمة فورثه بما شئت منهما.

ولو هلك عن زوج وجد وأخت لكان للزوج النصف ويستوي للجـد ثلث الباقي وسدس جميع المال لكن الإخوة أقل من مثليه فالأكثر له المقاسمة فيكون الباقي بعد فرض الزوج بينه وبين الأخت للذكر مثل حظ الأنثيين.

ولو هلك هالك عن زوج وجد وأخـوين فللزوج النصف ويستوي هنا لـلجد المقاسمـة وثلث الباقي وسدس جميع المال فورثه بما شئت منها.

الضابط الثالث: إذا استوعبت الفروض أكثـر من النصف فلا حظ للجد في ثلث الباقي لكن إن كان الإخوة مثليه فـأكثر أو كان الباقي بعد الفروض أقل من الربع فالأكـثر له السدس وإن كانوا أقل من مثليه والباقي ربع فأكثر نظرت أيهما أكثر له المقاسمة أم سدس المال. =

Marfat.com

على الصحيح. وقال المزني: يسقطون، واختاره محمد بن نصر المروزي من أصحابنا، وابن سريج، وابن اللبان، وأبو منصور البغدادي.

والتفريع على الصحيح، فنقول: إذا كان معه إخوة وأخوات من الأبوين أو من الأب، فإن لم يكن معهم ذو فرض، فللجد الأوفر من مقاسمتهم وثلث جميع المال. فإن قاسم، كان كأخ. وإن أخذ الثلث، فالباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وقد يستوي الأمران، فلا يكون فرق في الحقيقة، ولكن الفرضيون يتلفَّظون بالثلث، لأنه أسهل. وإنما تكون القسمة أوفر إذا لم يكن معه إلا أخ، أو أخت، أو أخ وأخت، أو أختان، أو ثلاث أخوات، فهي خمس مسائل. وإنما يستويان، إذا لم يكن معهم إلا أخوان أو أخ وأختان، أو أربع أخوات. وفيما عدا ذلك، الثلث أوفر.

وضابطه أن الإخوة والأخوات، إن كان مثليه، فالقسمة والثلث سواء. وإن كانوا دون مثليه، فالقسمة أوفر. وإن كانوا فوق مثليه، فالثلث أوفر. وإن كان معهم صاحب فرض - وأصحاب الفروض الوارثون مع الجد والإخوة ستة: البنت، وبنت الابن، والأم، والجدة، والزوج، والزوجة - فإما أن لا يبقى بعد الفروض شيء، كبنتين وأم وزوج، فيفرض للجد السدس، ويزاد في العول. وإما أن يبقى السدس فقط، كبنتين وأم، فيصرف إلى الجد.

وإما أن يبقى دون السدس، كبنتين وزوج، فيفرض للجد السدس، وتعال المسألة.

= فلو هلك هالك عن بنتين وزوجة وجد وأخ فللبنتين الثلثان وللزوجة الثمن ولاحظ للجد في ثلث الباقي ولا في المقاسمة فيأخذ السدس والباقي للأخ.

ولو هلك هالك عن بنتين وجد وأخ فللبنتين الثلثان ولاحظ للجد في ثلث الباقي وهنا يستوي له سدس المال والمقاسمة فورثه بما شئت منهما، ولو كان مع الأخ أخ آخر لكان الأكثر للجد سدس المال فيأخذه والباقي بين الأخوين ولو كان بدلهما أخت واحدة فالأكثر للجد المقاسمة فيأخذ الباقي بعد فرض البنتين هو والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين.

فائدة: متى استوى للجد أمران فأكثر مما سبق فورثه بما شئت منهما.

Marfat.com

وعلى هذه التقديرات الثلاثة يسقط الإخوة والأخوات. وإما أن يكون الباقي أكثر من السدس، فللجد خير الأمـور الثلاثة، وهي مقاسمة الإخوة والأخوات، وثلث ما يبـقى، وسدس جمـيع المال. أما إذا كـان معه إخـوة وأخوات لأبوين ولأب، فللجد خير الأمرين إن لم يكن هناك ذو فـرض، وخير الأمور الثلاثة إن كان، كما إذا لم يكـن إلا أحد الصنفين، لكن هنا يَعُدُّ أولادُ الأبوين أولاد الأب على الجـد في القسـمة. ثم إذا أخذ الجـد حصـته، نظر، إن كـان ولد الأبوين عصـبة، إما ذكرًا، وإمـا ذكورًا، وإما ذكورًا وإنـاثًا، فلهم كل الباقي، ولا شيء لولد الأب. وإن لم يكن عصبة، بل أنثى، أو إناث، فالاثنتـان فصاعداً يأخذون إلى الثلثين ولا يبقى شيء، فـيسقط أولاد الأب، والواحـدة تأخذ إلى النصف. فإن بقي شيء، فلأولاد الأب ذكورًا كانوا أو إناثًا للذكر مثل حظ الأنثيين.

فرع: إذا كان الصنفان معه، وكان غير القـسمة خيراً له، بأن كان معه أخت للأبوين، وأخوان، أو أربـع أخوات فصـاعداً للأب، فللجد الثـلث. قال بعض الفـرضيين: يجـعل الباقي بـين ولد الأبوين وولد الأب، ثم يردُّ ولد الأب على ولد الأبوين قدر فرضه. قـال ابن اللبان: والصواب، أن يفرض للأخت للأبوين النصف، ويجعل الباقي لأولاد الأب.

فرع: لا فرق فـيمـا ذكرناه بين أن يتمـحَّض مع الجدّ إخـوة أو أخوات، أو يختلطوا، فالجد في الأحوال كلِّها كأخ، والأخوات معه كهنّ مع أخ، فلا يفرض لهن معه، ولا تعال مـسألة بسببهن، بخلاف الجـد حيث فرضنا له وأعلنا، لأنه صاحب فرض بالجدودة، فـرجع إليه لضرورة. وهذا أصل مطرد، إلا في المسألة الأكـدرية[1]، وهي زوج، وأم، وجـد، وأخـت للأبوين أو للأب، فـللزوج

(١) الأكدرية: سميت بهذا الاسم لأنها كدَّرت على زيد بن ثابت رضي الله عنه أصوله: إذ من أصوله أن الأخت الشقيقـة لا يفرض لها مع الجد، وإنما تأخذ نصيبهـا من الباقي وكأنها عصبة. وإن وجـد معها إخوة لأب قاسمتهم على انفراد وكأنها صاحبة فرض.
ولكنه في مسألة واحدة فرض لها مع الجد. وبها أخذ الأئمة الثلاثة غير أبي حنيفة. =

Marfat.com

النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، ويفرض للأخت النصف، وتعول من ستة إلى تسعة، ثم يجمع نصيب الأخت والجد، ويجعل بينهما أثلاثًا. وتصح من سبعة وعشرين، للزوج تسعة، وللأم ستة، وللأخت أربعة، وللجد ثمانية. ويمتحن بها فيقال: وُرَّاث أربعة، أخذ أحدهم ثلث المال، والثاني ثلث الباقي، والثالث ثلث الباقي، والرابع الباقي.

ولو كان بدل الأخت أخ، سقط، إذ لا فرض له.

ولو كانت أختان، فللزوج النصف، وللأم السدس، وللجد السدس، والباقي لهما، ولاعول، وبالله التوفيق.

❑❑❑

= وهذه المسألة هي: ماتت عن زوج وأم وجد وأخت شقيقة.

- فبمقتضى أصول زيد أن تسقط الشقيقة، كما هو مذهب أبي حنيفة، لأنه لم يبق بعد أصحاب الفروض إلا السدس يأخذه الجد.

ولكنه فرض للشقيقة النصف أيضًا (ثلاثة) فعالت المسألة إلى تسعة ثم ضم نصيب الشقيقة إلى الجد فأصبح المجموع أربعة وصححها للذكر مثل حظ الأنثيين، فصحت المسألة من سبع وعشرين: للزوج ثلاثة في ثلاثة (تسعة) وللأم اثنان في ثلاثة (ستة) وللجد مع الأخت أربعة في ثلاثة (اثنا عشر) للذكر مثل حظ الأنثيين: للجد ثمانية وللشقيقة أربعة. وإذا اختلف الورثة عن الموجودين لم تعد مسألة أكدرية.

[راجع كتاب: مباحث في علم المواريث. د. مصطفى مسلم].

Marfat.com

الباب الرابع

في الحجب[1]

هو نوعان، حَـجْب نقصان ـ كحَـجْب الولد الزوج من النصف إلى الربع، والزوجة من الربع إلى الثمن، والأم من الثلث إلى السـدس ـ وحَجْب حرمان، وهو المقصود بالذِّكـر، فالورثة قسمان قسم لا يتـوسط بينهم وبين الميت غيرهم، وهم: الأبوان، والزوجان، والأولاد، فهـؤلاء لا يحجبهم أحـد. وقسم يتوسط بينهم وبينه غيرهم، وهم ثلاثة أضرب.

الضرب الأول: المنتسبون إلى الميت من جهة العلو، وهم الأصول. فالجد لا يحجبه إلا الأب، وكذلك كل جد يحجب من فوقه.

وأما الجـدات، فقد يحجـبهن غيـرهن، وقد يحجب بعـضهن بعضًا. فـأما الأول، فالأم تحجب كل جدة، سـواء كان من جهتها، أو من جـهة الأب، كما يحجب الأب كل مـن يرث بالأبوة، والأب يحجب كل جدة مـن جهتـه، وكذا كل جد يحجب أم نفسه وأم آبائه، ولا يحجب أم من دونه، والأب والأجداد لا يحجـبون الجـدة من جهة الأم قـريبة كـانت أو بعيدة بالإجـماع. وأمـا حجب بعضهن، فـالقربى من كل جهة تحـجب البعدى من تلك الجهـة، وهذا من جهة الأم لا يكون إلا والبـعدى مُدْليـة بالقربى، ومن جـهة الأب قد يـكون كذلك، فالحكم كـمثل، وقـد لا يكون، كأم الأب، وأم أب الأب، ففـيه اخـتلاف عن الفرضيين، والذي ذكره البغوي وغيره: أن القربى تحجب البعدى أيضًا.

قلت: هذا هو الصحيح المعروف. والله أعلم.

---

(١) الحجب: في اللغة: المنع، ومنه قـيل للستر حجاب، لأنه يمنع المشاهدة، وقـيل للبواب حاجب لأنه يمنع من الدخول.
وفي الاصطلاح: منع شخص معين عين ميراثه إما كله أو بعضه بوجود شخص آخر.

ولو كانت البعدى مـدلية بالقربى، لكن البعدى جدة من جـهة أخرى، فلا تُحجب.

مثاله: لزينـب بنتان، حفصة، وعـمرة، ولحفصة ابن، ولعـمرة بنت بنت، فنكح الابن بنت بنت خـالته، فأتت بولد، فـلا تُسقط عمـرة التي هي أم أم أمه أمَّها، لأنها أم أم أبي المولود.

فرع: القربى من جهة الأم، كأم الأم، تحجب البعدى من جهة الأب، كأم أم الأب، كمـا أن الأم تحجب أم الأب. والقربى من جهـة الأب، كأم الأب، هل تحجب البعدى من جهة الأم، كأم أم الأم؟ فيه قولان. أظهرهما: لا، لأن الأب لا يحجبهـا، فأمه المدلية به أولى. وعلى هذا القياس نقل الـبغوي أن القربى من جهة أمهات الأب، كأم أم الأب، تسقط البعدى من جهة آباء الأب، كأم أم أبي الأب، وأم أبي أبي الأب، والقـربى من جـهـة آباء الأب، كـأم أبي الأب، هل تسقط البعدى من جهة أمهات الأب، كأم أم أم الأب؟ فيه القولان.

الضرب الثـاني: المنتسبـون إليه من جهة السـفل، فابن الابن لا يحجـبه إلا الابن، وبنت الابن يحجبها الابن، وكذا بنتا صلب، إلا أن يكون معها أو أسفل منها ذكر يعـصبها، وكذا بنات ابن الابن يسـقطهن ابن الابن، ويَسقطن أيضًا إذا استكمل بنات الابن الثلثين، إلا أن يكون مـعهن أو أسفل منهن من يعـصبهن، وكذا إن كانت بنت صلب، وبنت ابن، أو بنات ابن، وعلى هذا القياس.

الضـرب الثالث: المنتـسـبون إليـه على الطرف، فـالإخوة والأخـوات للأم يحجـبهم أربعـة: الولد، وولد الابن، والأب، والجـد. والأخ للأبوين يحجـبه الأب، والابن، وابن الابن بالإجمـاع، وقد سبق وجه: أن الجد أيضًـا يسقطه. والأخت للأبوين، لا يحجبها أيضًا إلا هؤلاء. والأخ للأب يحجبه هؤلاء والأخ للأبوين. والأخت للأب يحـجبـها الأربـعة. وكـذلك إذا استكملت الأخـوات للأبوين الثلثين، سقطت الأخوات للأب، إلا أن يكون معهن معصّب وابن الأخ

للأبوين يحجبه ستة: الابن، وابن الابن، والأب، والجد، والأخ للأبوين، والأخ للأب. وابن الأخ للأب يحجبه هؤلاء، وابن الأخ للأبوين. والعم للأبوين يحجبه هؤلاء، وابن الأخ للأب. والعم للأب يحجبه هؤلاء، والعم للأبوين. [وابن العم للأبوين] يحجبه هؤلاء، والعم للأب. وابن العم للأب يحجبه هؤلاء، وابن العم للأبوين. والمعتِق يحجبه عصبات النسب. وكل عصبة يحجبه أصحاب الفروض المستغرقة.

فرع: جميع ما ذكرناه من الحجب، هو فيما إذا كان الحاجب وارثًا من الميت. فإن لم يرث، نظر، إن كان امتناع الإرث لنقص، كالرق وغيره من الموانع، فلا يَحْجُب، لاحجبَ حرمان، ولا حجب نُقصان. وإن كان لا يرث لتقدُّم غيره عليه، فقد يحجب غيره حجب نقصان، وذلك في صور.

إحداها: مات عن أبوين وأخوين، فللأم السدس، والباقي للأب، لأنهما يسقطان به.

الثانية: أم، وجد، وأخوان لأم، للأم السدس، والباقي للجد.

الثالثة: أب، وأم أب، وأم أم، فتسقط أم الأب بالأب، وفيما ترثه أم الأم وجهان. أصحهما: السدس. والثاني: نصف السدس.

الرابعة: إذا ترك جدًا، وأخًا لأبوين، وأخًا لأب، ينقص بالأخ للأب نصيب الجد، ولا يأخذ شيئًا.

قلت: وصورة خامسة: أم، وأخ لأبوين، وأخ لأب. والله أعلم.

□□□

Marfat.com

الباب الخامس

في بيان مانع الميراث

هو خمسة.

المانع الأول: اختلاف الدِّين، وفيه مسائل.

الأولى: لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم[١]، ولا فرق بين النسيب والمعتِق والزوج، ولا بين من يُسلم قبل القسمة أم لا.

الثانية: يرث الكفار بعضهم بعضًا، كاليهودي من النصراني، والنصراني من المجوسي، والمجوسي الحربي من الوثني، وبالعُكوس[٢] عن ابن خيران وغيره وجه: أنه لا ترث ملّة منهم من أخرى. والصحيح المعروف، هو الأول. هذا إذا كان اليهودي والنصراني مثلاً ذميين أو حربيين، سواء كان الحربيان مختلفي الدار أو متَّفِقَيْها، كالروم والهند. فلو كان أحدهما ذميًّا، والآخر حربيًّا، فطريقان. المذهب وبه قطع الأكثرون: لا يتوارثان، لانقطاع الموالاة بينهما، وربما نقل الفرضيون الإجماع على هذا. والثاني: على قولين حكاهما الإمام وغيره، ثانيهما: التوارث، لشمول الكفر. والمعاهد والمستأمن، هل هما كالذمي، أم كالحربي؟ فيه وجهان. أصحهما وهو المنصوص: كالذمي، لأنهما معصومان

---

(١) عن أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر، ولا يرث الكافر المسلم» [متفق عليه].

قال النووي ـ رحمه الله ـ في شرح صحيح مسلم: أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم وأما المسلم فلا يرث الكافر أيضًا عند جماهير العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم انتهى باختصار.

(٢) وقال الإمام النووي أيضًا:

وأما توريث الكفار بعضهم من بعض كاليهودي من النصراني وعكسه والمجوسي منهما، وهما منه، فقال به الشافعي وأبو حنيفة رضي الله عنهما وآخرون. ومنعه مالك، قال الشافعي: لكن لا يرث حربي من ذمي، ولا ذمي من حربي، قال أصحابنا: وكذا لو كانا حربيين في بلدين متحاربين لم يتوارثا. انتهى.

Marfat.com

بالعهد والأمان. فعلى هذا، يتوارث الذمي والمستأمن. وعلى الآخر: في التوارث بينهما الطريقان، ويتوارث هو والحربي.

فرع: مات يهودي ذمي عن ابنٍ مثله، وابنٍ نصراني ذمي، وابنٍ يهودي معاهَد، وابنٍ يهودي حربي، فالمذهب: أن التركة لجميعهم، غير الحربي، ويجيء في الحربي وجه: أنه يرث، وفي الآخرين وجه بالمنع، سوى الأول.

الثالثة: لا يرث المرتد أحداً، ولا يرثه أحد، وماله فيىء، سواء كسبه في الإسلام أو في الردة، وسواء في المرتد المعلن والزنديق والمستسرُّ، ولا ينزّل التحاقه بدار الحرب منزلة موته.

المانع الثاني: الرِّق. فلا يرث رقيق وإن عتق قبل القسمة، ولا يورث رقيق، إذ لا ملك له، وإذا قلنا: يملك بتمليك السيد، فملكه غير مستقر، يعود إلى السيد إذا زال ملكه عن رقبته. وسواء في ذلك القن والمكاتب والمدبّر وأم الولد، فلا يرثون ولا يورِّثون.

فرع: المعتَق بعضه، لا يرث على الصحيح المنصوص الذي قطع به الأصحاب. وعن المزني وابن سريج: أنه يرث بقدر ما فيه من الحرية. وهل يورِّث؟ قولان. القديم: لا، والجديد: نعم، لأنه تام الملك.

قلت: الجديد، هو الأظهر عند الأصحاب. والله أعلم.

فعلى القديم: فيما ملكه بحريته، وجهان. أصحهما عند الأكثرين وهو نصه في القديم: أنه لمالك الباقي. والثاني: أنه لبيت المال، وهو منسوب إلى الإصطخري، ونقله الفرضيون عن ابن سريج وقالوا: هو الأصح. وعلى الجديد: يرثه قريبه أو معتِقه.

قلت: وزوجته. والله أعلم.

وفي القدر الموروث، وجهان. أصحهما: جميع ماملكه بنصفه الحر. والثاني أنه يقسط ما ملكه بحريته على مالك الباقي والورثة بقدر رقّه وحريته. فإن كان

Marfat.com

نصفه حرًّا، فنصف ذلك للورثة، ونصفه لمالك باقيه، لأن الموت حل جميع البدن، والبدن منقسم إلى رق وحرية.

المانع الثالث: القتل[1]، وهو ضربان.

أحدهما: مضمون، وهو موجب للحرمان، سواء ضمن بقصاص أو دية أو كفارة، كمن رمى صف الكفار ولم يعلم فيهم مسلمًا، فقتل قريبه المسلم، تجب الكفارة، ولا دية، وسواء كان القتل عمدًا أو خطأً. وحكى الحناطي قولاً أن المخطىء يرث مطلقًا، والمشهور الأول. وسواء كان الخطأ بمباشرة، كمن رمى صيدًا فأصاب مورِّثه، أو بالسبب، كمن حفر بئرًا عدوانًا فسقط فيها مورثه، أو وضع حجرًا في الطريق فتعثَّر به مورِثه. وسواء قصد بالتسبُّب مصلحته، كضرب الأب والزوج والمعلّم للتأديب، وكسقيه الدواء وبط جرحه للمعالجة إذا مات به الصبي أو غيره، أو لا يقصد. وفي بط الجرح وسقي الدواء وجه حكاه ابن اللبان وغيره: أنه لا يمنع. وعن صاحب «التقريب» وجه في مطلق القتل بالتسبب: أنه لا يمنع، والصحيح الذي عليه الأصحاب الأول. وسواء صدر القتل من مكلف أو غيره، ويجيء في الصبي وجه يتخرج من القول الذي حكاه الحناطي في المخطيء إذا قلنا: عمد الصبي خطأ. وسواء فيه المكره والمختار، وفي المكرَه خلاف، والمذهب المنع.

الضرب الثاني: قتل غير مضمون، وهو قسمان. مستحق مقصود، وغيره. والأول نوعان.

أحدهما: ما لا يسوغ تركه. فإذا قتل الإمام مورثه حدًّا بالرجم، أو في المحاربة، ففي منعه أوجه. الثالث: إن ثبت بالبينة، منع. وإن ثبت بالإقرار، فلا، لعدم التُّهمة.

---

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «القاتل لا يرث» [صحيح. أخرجه الترمذي (٢١٠٩) وابن ماجه (٢٦٤٥). وغيرهما].

Marfat.com

قلت: الأصح المنع مطلقًا، لأنه قاتل. والله أعلم.

النوع الثاني: ما يسوغ تركه، كالقصاص، فيه خلاف مرتب على قتل الإمام حدًّا، وأولى بالحرمان.

ولو شهد على مورثه بما يوجب الحد أو القصاص، فقتل بشهادته، أو شهد على إحصانه، وشهد غيره بالزنا، أو زكى الشهود بالزنا على مورثه، فهو كما إذا قتله قصاصًا.

القسم الثاني: ما لا يوصف بأنه مستحق مقصود، كقتل الصائل والباغي، ففيه خلاف مرتب على القصاص، وأولى بالحرمان، والباغي أولى بالحرمان من العادل. والمذهب وظاهر نص الشافعي رضي الله عنه في الصور كلّها: منع الإرث. قال الروياني: لكن القياس والاختيار: أن ما لا ضمان فيه لا يمنع.

فرع: قد يرث المقتول من قاتله، بأن جرح مورِّثه ثم مات قبل المجروح.

المانع الرابع: استبهام وقت الموت. فإذا مات متوارثان بغرق، أو حريق، أو تحت هدم، أو في بلاد غُربة، أو وجدا قتيلين في معركة، فله خمس صور.

إحداها: أن نعلم سبق موت أحدهما بعينه، وحكمه ظاهر.

الثانية: أن نعلم التلاحق ولا نعلم السابق.

الثالثة: أن نعلم وقوع الموتَتين معًا.

الرابعة: أن لا نعلم شيئًا، ففي هذه الصور الثلاث لا نورِّث أحدهما من صاحبه، بل نجعل مال كل واحد لباقي ورثته، لأنَّا لا نتيقن استحقاق واحد منهما، ولأنَّا إن ورَّثنا أحدهما فقط، فهو تحكم. وإن ورّثنا كلاًّ من صاحبه، تيقَّنَّا الخطأ. وقيل: إذا تلاحق الموتان، ولم يعلم السابق، أعطي كل وارث لهم ما يُتيقن له، ويوقف المشكوك فيه، قاله ابن اللبان، وحكاه عن ابن سريج. والصحيح المعروف الأول، وهو أنه لا فرق، ويصرف الجميع إلى الورثة.

Marfat.com

الخامسة: أن يُعلم سَبْق موته، ثم يلتبس، فيوقف الميراث حتى يتبين أو يصطلحا، لأن التذكُّر غير مأيوس منه، هذا هو الصحيح الذي عليه الأصحاب. وفيه وجه: أنه كما لو لم يعلم السابق، وإليه ميل الإمام.

المانع الخامس: الدَّور، وهو أن يلزم من التوريث عدمه. ومثاله: أقر الأخ بابن لأخيه الميت، ثبت نسبه ولا يرث، وقد سبقت المسألة فى كتاب الإقرار. ولو أوصى بعبده لأبي العبد، فمات الأب قبل القبول، وقَبِلها أخوه، يعتق العبد ولا يرث، وسيأتي بيانها في كتاب الوصية إن شاء الله تعالى. ولو اشترى المريض أباه، عتق ولم يرث. ولو ادعى شخص نسبًا على ورثة ميت، فأنكروا ونكلوا عن اليمين، حلف وورث معهم إن لم يحجبهم. وإن كان يحجبهم، فوجهان. أصحهما: لا يرث، وإلا، لبطل نكولهم ويمينه.

ولو ملك أخاه، ثم أقر في مرض موته أنه كان أعتقه في الصحة، قال البغوي: ينفذ، ثم إن صححنا الإقرار للوارث، ورثه، وإلا، فلا، لأن توريثه يوجب إبطال الإقرار بحريته. وإذا بطلت، بطل الإرث.

❑❑❑

Marfat.com

الباب السادس

في أسباب تمنع صرف المال إليه في الحال للشك في استحقاقه

هي أربعة:

السبب الأول: الشك في الوجود، كمن مات وله قريب مفقود لا يعلم حياته ولا موته، وفيه مسألتان.

إحداهما: في التوريث منه.

فالمفقود: الذي انقطع خبره وجُهل حاله في سفر أو حضر، في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرهما، وله مال ـ وفي معناه: الأسير الذي انقطع خبره ـ فإن قامت بينة على موته، قسم ميراثه، وإلاّ، فوجهان. أحدهما وهو اختيار أبي منصور وغيره: أنه لا يقسم ماله حتى يُتحقق حاله. وأصحهما وبه قطع الأكثرون: أنه إذا مضت مدة يحكم الحاكم بأن مثله لا يعيش فيها، قسم ماله، وهذه المدة ليست مقدَّرة عند الجمهور. وفي وجه شاذ: تتقدر بسبعين سنة، ويكفي ما يغلب على الظن أنه لا يبقى إليه، ولا يشترط القطع بأنه لا يعيش أكثر منها على الصحيح. وقيل: يشترط. ويجوز أن يراد بهذا القطع غلبة الظن. ثم إن كانت القسمة بالحاكم، فقسمتُه تتضمن الحكم بالموت، وإن اقتسموا بأنفسهم، فظاهر كلام الأصحاب في اعتبار حكمه مختلف، فيجوز أن يقال: فيه خلاف، إن اعتبرنا القطع، فلا حاجة إلى الحكم، وإلا، فلا بد منه، لأنه في محل الاجتهاد. وإذا مضت المدة المعتبرة، وقُسِم ماله، فهل لزوجته أن تتزوج؟ مفهوم كلام الأصحاب دلالة وصريحًا: أن لها ذلك، وأن المنع على قوله الجديد مخصوص بما قبل هذه المدة. ألا ترى أنهم ردُّوا على القول القديم حيث قالوا: إذا لم يجز الحكم بموته في قسمة ماله وعِتق أمهات أولاده، لم يجز الحكم به في فراق زوجته، فأشعر بأنهم رأوا الحكمين متلازمين. وعلى هذا، فالعبد المنقطع

Marfat.com

الخبر بعد هذه المدة، لا تجب فطرته، ولا يجزىء عن الكفارة بلا خلاف. وموضع القولين ما قبل ذلك. ثم إنّا ننظر إلى من يرثه حين حكمِ الحاكم بموته، ولا يورَّث منه من مات قبيل الحكم ولو بلحظة، لجواز أن يكون موت المفقود بين موته وبين حكم الحاكم. وأشار العبادي في «الرقم» إلى أنه لا يشترط أن يقع حكم الحاكم بعد المدة، فقال: يضرب له الحاكم مدة لا يعيش في الغالب أكثر منها، فإذا انتهت، فكأنه مات ذلك اليوم.

المسألة الثانية: في توريثه. فإذا مات له قريب قبل الحكم بموته، نظر، إن لم يكن له وارث إلاّ المفقود، توقفنا حتى يبين أنه كان عند موت القريب حيًّا أو ميتًا. وإن كان له وارث غير المفقود، توقفنا في نصيب المفقود، وأخذنا في حق كل واحد من الحاضرين بالأسوإ، فمن يسقط منهم بالمفقود، لا يعطى شيئًا حتى يبين حاله، ومن ينقص حقه بحياته، يقدر فى حقه حياته، ومن ينقص حقه بموته، يقدّر في حقه موته. ومن لا يختلف نصيبه بحياته وموته، يعطى نصيبه.

مثاله: زوج مفقود، وأختان لأب وعم حاضرون، فإن كان حيًّا، فللأختين أربعة من سبعة، ولا شيء للعم. وإن كان ميتًا، فلهما اثنان من ثلاثة، والباقي للعم، فيقدر في حقهم حياته.

أخ لأب مفقود، وأخ لأبوين وجد حاضران، فإن كان حيًّا، فللأخ الثلثان، وللجد الثلث. وإن كان ميتًا، فالمال بينهما بالسوية، فيقدر في حق الجد حياته، وفي حق الأخ موته.

أخ لأبوين مفقود، وأختان لأبوين وزوج حاضرون، فإن كان حيًّا، فللزوج النصف، والباقي بينهم، فيكون للأختين الربع. وإن كان ميتًا، فللزوج ثلاثة من سبعة، وللأختين أربعة من سبعة، فيقدر في الزوج موته، وفي حق الأختين حياته.

ابن مفقود، وبنت وزوج، للزوج الربع بكل حال. هذا الذي ذكرناه في كلٍّ

Marfat.com

الصور وهو الصحيح وظاهر المذهب. وفي وجه: يقدر موته في حق الجميع، لأن استحقاق الحاضرين معلوم، واستحقاقه مشكوك فيه. فإن ظهر خلافه، غيَّرنا الحكم. وفيه وجه آخر: تقدر حياته في حق الجميع، لأن الأصل حياته. فإن ظهر خلافه، غيرنا الحكم.

السبب الثاني: الشك في النسب. فإذا أشكل نسب مولود، بأن وطىء اثنان فصاعدًا امرأةً بشبهة، فأتت بولد يمكن كونه من كل واحد، أو ادعى اثنان فصاعدًا مجهولاً، فسيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى: أنه لا يُلحَق إلاّ بواحد، بأن يُعْرض على القائف. فلو مات في زمن الإشكال، وقفنا من ماله ميراث أب. وإن مات أحد الواطئَين، وقفنا من ماله ميراث المولود، وأخذنا في نصيب كل من يرث معه لو ثبت نسبه بالأسوإ، كما سبق في المفقود.

السبب الثالث: الحمل؛ ونعني به كل حمل لو كان منفصلاً، لورث منه، إما مطلقًا، وإما على تقدير. وهذا الحمل، قد يكون من الميت ويرث لا محالة، وقد يكون من غيره، كما إذا كانت أمه حاملاً من غير أبيه، أو من أبيه والأب ميت، أو ممنوع برقّ ونحوه، وكذا زوجة ابنه أو أخيه أو جده والحمل من غيره، قد لا يرث إلاّ على تقدير الذكورة، كحمل امرأة الأخ والجد، وقد لا يرث إلاّ على تقدير الأنوثة، كما إذا ماتت عن زوج وأخت لأبوين وحمل من الأب، وفيه فصلان.

الفصل الأول: فيما بعد الانفصال، وإنما يرث بشرطين:

أحدهما: أن يعلم وجوده عند الموت فإذا كان الحمل منه، وانفصل لما بين موته وبين أكثر مدة الحمل، ورث، لثبوت نسبه، وإن انفصل لِما بعد ذلك، لم يرث. وإن كان من غيره، نظر، إن لم يكن لها زوج يطؤها، فالحكم كما لو كان منه قطعًا. وإن كان زوج يطؤها، فإن انفصل قبل تمام ستة أشهر من وقت الموت، فقد علم وجوده حينئذٍ. وإن انفصل لستة أشهر فأكثر، لم يرث،

Marfat.com

لاحتمال أن العلوق حصل بعده، إلاّ أن يعترف جميع الورثة بوجوده عند الموت.

وإذا مات حر عن أب رقيق تحته حرة حامل، فإن ولدت قبل ستة أشهر من يوم الموت، ورث المولود من أخيه، لأن الأب رقيق لا يحجبه. وإن ولدت لستة أشهر فصاعداً، لم يرث، لاحتمال حدوث العلوق بعد الموت، إلا أن يتفقوا على وجوده يومئذٍ، وينبغي أن يمسك الأب عن الوطء حتى يظهر الحال. قال الإمام: ولا يحرم الوطء.

الشرط الثاني: أن ينفصل حيًّا، فإن انفصل ميتًا، فكأن لا حمل، سواء كان يتحرك في البطن، أم لا، وسواء انفصل ميتًا بنفسه أو بجناية وإن كانت الجناية توجب الغُرَّة، وتصرف الغُرة إلى ورثة الجنين، لأن إيجاب الغرة لا يتعين له تقدير الحياة، ألا ترى إلى قول الأصحاب: الغرة إنما وجبت لدفع الجاني الحياة مع تهيؤ الجنين لها، وبتقدير أن يكون وجوب الغرة بتقدير الحياة، فالحياة مقدرة في حق الجاني فقط تغليظًا، فتقدر في توريث الغرة فقط. واعلم أنه تشترط الحياة عند تمام الانفصال.

فلو خرج بعضه حيًّا، ومات قبل تمام الانفصال، فهو كما لو خرج ميتًا في الإرث وسائر الأحكام. حتى لو ضرب بطنها بعد خروج بعضه، وانفصل ميتًا، فالواجب الغرة دون الدية. هذا هو الصحيح الذي عليه الجماهير. وعن القفال وغيره: أنه إذا خرج بعضه حيًّا، ورث وإن انفصل ميتًا، وبه قال أبو خلف الطبري من أصحابنا. ولو مات عقب انفصاله حيًّا حياة مستقرة، ورث، ونصيبه لورثته. وتعلم الحياة المستقرة: بصراخه، وكذا بالبكاء، أو العُطاس، أو التثاؤب، أو امتصاص الثدي، لدلالتها على الحياة. وحكى الإمام اختلاف قول في الحركة والاختلاج، ثم قال: وليس موضع القولين ما إذا قبض اليد وبسطها ـ فإن هذه الحركة تدل على الحياة قطعًا ـ ولا الاختلاج الذي يقع مثله لانضغاط وتقلص

Marfat.com

عصب فيما أظن، وإنما الاختلاف فيما بين هاتين الحركتين. والظاهر: كيفما قُدِّر الخلاف: أن ما لا تعلم به الحياة، ويمكن أن يكون مثله لانتشار بسبب الخروج من المضيق، أو لاستواء عن التواء، فلا عبرة به، كما لا عبرة بحركة المذبوح.

فرع: لو ذبح رجل، فمات أبوه وهو يتحرك، لم يرثه المذبوح على الصحيح. وحكى الروياني وجهًا: أنه يرث. وحكى الحناطي قريبًا منه عن المزني.

قلت: هذا الوجه غلط ظاهر، فإن أصحابنا قالوا: من صار في حال النزع، فله حكم الميت، فكيف الظن بالمذبوح. والله أعلم.

الفصل الثاني: فيما قبل الانفصال، ومتى ظهرت مخايل الحمل، فلا بد من التوقف كما سنفصله إن شاء الله تعالى. وإن لم تظهر مخايله، وادعت المرأة الحمل، ووصفت علامات خفية، ففيه تردد للإمام. والظاهر: الاعتماد على قولها. وطرد التردُّد فيما إذا لم تدَّعه لكنها قريبة عهد بالوطء واحتمال الحمل قريب. إذا عرف هذا، فإن لم يكن للميت وارث سوى الحمل المنتظر، وقفنا المال إلى أن ينفصل. وإن كان له وارث آخر، ففي وجه حكاه الفوراني، وحكاه الشيخ أبو خلف قولاً عن رواية الربيع: أنه يوقف جميع المال. والصحيح المشهور: أنه لا يوقف الجميع، بل ينظر في الورثة الظاهرين، فمن احتمل حجبه بالحمل، لم يدفع إليه شيء ومن لا يحجبه الحمل بحال وله مقدر لا ينقص، دفع إليه. وإن أمكن العول، دفع إليه ذلك القدر عائلاً.

مثاله: زوجة حامل، وأبوان، يدفع إليها ثُمن عائل، وإليهما سدسان عائلان، لاحتمال أن الحمل بنتان. وإن لم يكن له نصيب مقدر كالأولاد، فالصرف إليهم مبني على أن أقصى عدد الحمل هل له ضبط؟ وفيه وجهان. الأصح أو الصحيح: أنه لا ضبط له، وبه قال شيخا المذهب: أبو حامد، والقفال، والعراقيون، والصيدلاني، والقاضي حسين، لأنه وُجد خمسة في بطن

واثنا عشر في بطن. والثاني: أن أقصى الحمل أربعة، وبهذا قطع ابن كج والغزالي، وجعله الفرضيون قياس قول الشافعي رضي الله عنه، وأرادوا أن الشافعي رضي الله عنه، يتبع في مثل ذلك الوجود، وأكثر الذي وجد أربعة، لكن هذا الذي قالوه مشكل بما نقله الأولون فعلى الأول: لو خلف ابنًا وأم ولد حاملاً، لم يُصرف إلى الابن شيء. ولو خلف ابنًا وزوجة حاملاً، فلها الثمن، ولا يُدفع إلى الابن شيء. وعلى الثاني: له الخمس أو خمس الباقي على تقدير أنهم أربعة ذكور. وعلى هذا، هل يمكَّن الذين صرف إليهم حصتهم من التصرف فيها؟ وجهان. أصحهما: نعم، وإلا، لم يدفع إليهم. والثاني: المنع، قال القفال: لأنه قد يهلك الموقوف للحمل، فيحتاج إلى الاسترداد، والحاكم وإن كان يلي أمر الأطفال، فلا يلي أمر الأجنّة، فلا يمكن حمل ما جرى على القسمة. ثم الموقوف للحمل على الوجه الثاني، قد يكون بتقدير الذكورة أكثر، وقد يكون بتقدير الأنوثة أكثر، بأن خلَّفت زوجًا وأمًا حاملاً من أبيها، فإن كان الحمل ذكرًا، فله سدس المال. وإن كانوا ذكورًا، فثلث المال. وإن كان أنثيين، عالت المسألة إلى ثمانية، فيدفع إلى الزوج ثلاثة من ثمانية، وإلى الأم سهم، ويوقف أربعة.

فرع: مات كافر عن زوجة حامل، وقفنا الميراث للحمل، فأسلمت، ثم ولدت، ورث الولد وإن كان محكومًا بإسلامه لأنه كان محكومًا بكفره يوم الموت.

فرع: مات عن ابن وزوجة حامل، فولدت ابنًا وبنتًا، فاستهل أحدهما ووجدا ميتين، ولم يعلم المستهل، أعطي كل وارث أقل ما يصيبه، ويوقف الباقي حتى يصطلحوا، أو تقوم بيّنة.

السبب الرابع: [الخنوثة] سبق في كتاب الطهارة، بيان ما تعرف به ذكورته وأنوثته. فلو مات له مورِّث في مدة إشكاله، نظر، إن لم يختلف ميراثه

Marfat.com

بالذكورة والأنوثة، كولد الأم والمعتِق، ورث. وإن اختلف، أخذ في حق الخنثى ومن معه من الورثة باليقين، ويوقف المشكوك فيه، فإن كان يرث على أحد تقديري الأنوثة والذكورة، دون الآخر، لم يدفع إليه شيء، ووقف ما يرثه على ذلك التقدير. وكذا من يرث معه على أحد التقديرين. وإن كان الخنثى يرث على التقديرين، لكن يرث على أحدهما أقل، دفع إليه الأقل، ووقف الباقي، وكذلك في حق من يرث معه على التقديرين، ويختلف قدر ما يأخذه. وإن كان مَنْ معه يرث على التقديرين، ولا يختلف حقه، دفع إليه حقه. ولنا وجه: أنه يؤخذ في حق الخنثى باليقين، ويصرف الباقي إلى باقي الورثة، حكاه الأستاذ أبو منصور، ونسبه ابن اللبان إلى تخريج ابن سريج. وحكى وجهين، في أنه هل يؤخذ من باقي الورثة ضمين؟

فرع: المال الموقوف بسبب الخنثى، لا بد من التوقف فيه ما دام الخنثى باقيًا على إشكاله. فإن مات، فالمذهب: أنه لا بد من الاصطلاح عليه. وحكى أبو ثور عن الشافعي رضي الله عنه: أنه يردّ إلى ورثة الميت الأول.

فرع: لو اصطلح الذين وقف المال بينهم على تساوٍ أو تفاوت، جاز، قال الإمام: ولا بُد أن يجري بينهما تواهب، وإلاّ لبقي المال على صورة التوقف، وهذا التواهب لا يكون إلاّ عن جهالة، لكنها تحتمل للضرورة. ولو أخرج بعضهم نفسه من البَيْن، ووهبه لهم على جهل بالحال، جاز أيضًا.

فرع: لو قال الخنثى في أثناء الأمر: أنا رجل، أو قال: أنا امرأة، قطع الإمام بأنه يقضى بقوله، ولا نظر إلى التهمة، فإنه لا اطلاع عليه إلاّ من جهته. وحكى أبو الفرج السرخسي هذا عن نصه هنا، قال: ونص فيما إذا جُني عليه واختلف الجاني والخنثى في ذكورة الخنثى: أن القول قول الجاني. ومنهم من نقل وخرَّج، ومنهم من فرق بأنا عرفنا هناك أصلاً ثابتًا، وهو براءة ذمة الجاني، فلا نرفعه بقوله، وهنا بخلافه. وإذا قبلنا قوله، حلّفناه عليه.

فرع: في أمثلة مختصرة توضح مسائل الخنثى: بنتان، وولد ابن خنثى، وأخ، للبنتين الثلثان، ويوقف الباقي.

ولد خنثى، وأخ أو عم، للخنثى النصف، ويوقف الباقي.

ولد خنثى، وابن، يعطى الابن النصف، والخنثى الثلث.

ولد خنثى، وابنان، يعطى الخنثى الخمس، والابنان الثلثين.

ولد خنثى، وبنت، وعم، يعطى الخنثى الثلث، وكذا البنت.

زوج، وأب، وولد خنثى، للزوج الربع، وللأب السدس، وللخنثى النصف.

زوج، وأم، وولد أب خنثى، للزوج النصف عائلاً من ثمانية، وللأم الثلث عائلاً، وللخنثى سدس تام. وإذا اجتمع ولدان خنثيان، فلهما الثلثان، ويوقف الباقي.

ثلاثة أولاد خناثى، وعم، لكل واحد من الخناثى خمس المال لاحتمال أنه أنثى وصاحباه ذكران.

ابن وخنثيان، يدفع إليه الثلث، وإلى كل واحد منهما الخمس.

ولد خنثى، وولد ابن خنثى، فللولد النصف.

بنت، وبنت ابن، وولد ابن خنثى، وعم، للبنت النصف، ولولدي الابن السدس بالسوية.

ثلاثة أولاد ابن خناثى بعضهم أسفل من بعض، للأول النصف.

والباقي في كل هذه الصور يوقف حتى يبين الحال.

□□□

Marfat.com

الباب السابع

في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا والمجوس

فيه ثلاثة فصول.

الفصل الأول: اللعان[1] يقطع التوارث بين الملاعن والولد، لانقطاع النسب، وكذا يقطع التوارث بين الولد وكل من يدلي بالملاعن، كأبيه وأمه وأولاده. وفي «السلسلة» للشيخ أبي محمد وجه مخرج: أن اللعان لا يقطع التوارث بين الولد والملاعن، بناءً على الوجهين في أن الملاعن هل له نكاح البنت التي نفاها باللعان إذا لم يدخل بأمها؟ {إن قلنا: له ذلك كنكاح بنت الزنا، فلا يرث، و} إن منعناه لأن نسبها يعرض الثبوت، بأن يكذب نفسه، ورث، ولا يعرف هذا الوجه لغيره.

قلت: هذا الوجه غلط، لأنه في الحال لا نسب. والله أعلم.

وأما الولد مع الأم، فيتوارثان توارث سائر الأولاد والأمهات. والتوأمان المنفيان باللعان في توارثهما وجهان. الأصح: لا يتوارثان إلاّ بقرابة الأم،

---

(١) اللعان: لغة: الطرد والإبعاد.

وشرعًا: هو شهادات مؤكدات بأيمان من الزوج والزوجة مقرونة بلعن من الزوج وغضب من الزوجة، وعدد الشهادات أربع، والخامسة أن لعنة الله عليه وفي الزوجة أن غضب الله عليها.

ـ وسببه: أن يقذف الرجل زوجته بالزنا.

ـ أما ميراث ولد الملاعنة:

ـ ولد اللعان لا توارث بينه وبين الملاعن عند الحنفية وباقي المذاهب الأربعة.

قال ابن قدامة: إذا لاعن الرجل امرأته ونفى ولدها، وفرق الحاكم بينهما انتفى ولدها عنه، وانقطع تعصيبه من جهة الملاعن، فلم يرثه هو ولا أحد من عصبته، وترثه أمه، وذوو الفروض من فروضهم، وينقطع التوارث بين الزوجين، ولا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافًا.

وأما إن مات أحدهم قبل تمام اللعان من الزوجية، ورثه الآخران في قول الجمهور.

[راجع الشرح الممتع، والموسوعة الفقهية الكويتية ٣ / ٧١].

لانقطاع نسب الأب. والثاني: يتوارثان بـأخوة الأبوين، لأن اللعان يؤثر في حق المتلاعنين فقط، فإذا قلنا بالأول، فلا عصبة للمنفي إلاّ من صُلْبه، أو بالولاء بأن يكون عتيـقًا أو أمُّه عتيقـة، فيثبت الولاء لمولاها عليه، وعـصبة الأم لا يكونون عصبة له.

فرع: إذا نفاه ثـم استلحـقه، لحقـه. فإن كـان بعد مـوت الولد، فكذلك، وتنقض القسـمة إن كـانت تركته قـسمت. حتى لـو كان على أمه ولاء، فـأخذ مولاها مـيراثه، كان للمسـتلحِق استرداده، ولا فـرق في اللحوق بين أن يخلف الميت ولدًا، أم لا.

الفصل الثاني: ولد الزنا[1] كالمنفي باللعان، إلاّ في ثلاثة أشياء. أحدها: أن الوجـه المنقـول عن «السلسلة»، لا يجيء هنا قطعًـا. والثـاني: أن ولد الزنا لا يلحق بالاستلحاق. الثالث: التـوأمان من الزنا لا يتوارثان إلاّ بأخوة الأم قطعًا. وفي وجه حكاه الحناطي وصاحب «الحاوي»: يتوارثان بأخوة الأبوين.

قلت: هذا الوجه غلط فاحش، قـال الإمام: ولو علقت بتوأمين من واطىء بشبهة، ثم جهل الواطىء، توارثا بأخوة الأبوين بلا خلاف. والله أعلم.

---

(١) ولد الزنا: وهو الولد الذي تأتي به أمه نتيجة ارتكابها الفاحشة.

والحكم: فيه ثبوت نسبه من أمـه ويرث بجهتها فقط، لأن صلته بها حقيقـة مادية لا شك فيها، أما نسبـه إلى الزاني فلا يثبت عند جمـهور الفقهـاء ولو أقر ببنوته له من الزنا، لأن النسب نعـمة، فلا يترتب على الزنا الذي هو جريمة، فـإن لم يصرح بأنه ابنه من الزنا، وكانت أم الولد غيـر متزوجة، وتحققت شروط الإقرار ثبت نسبه منه حملاً لحاله على الصلاح، وعملاً بالظاهر.

وإذا مات أحدهما ورثه الآخر.

وذهب إسحاق بن راهويه، وابن تيـمية وغيرهمـا إلى ثبوت نسب ولد الزنا من الزاني بغير صـاحبة فراش الزوجية، لأن زناه حقـيقة ثابتة، فكما ثبت نسبه من الأم يثبت نسـبه من الزاني، كيلا يضيع نسب الولد ويصيبه الضرر والعار بسـبب جريمة لم يرتكبها، والله تعالى يقول: ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ [فاطر:١٨].

[الموسوعة الفقهية الكويتية ٣/ ٧٠، ٧١].

Marfat.com

الفصل الثالث: فيما إذا اجتمع في شخص قرابتان، منع الشرع من مباشرة سبب اجتماعهما، كأم هي أخت، وذلك يقع في المجوس، لاستباحتهم نكاح المحارم، وربما أسلموا بعد ذلك، أو ترافعوا إلينا، وقد يتفق في المسلمين نادراً بغلط واشتباه، والحكم أنه لا توريث بالقرابتين، بل يورث بأقواهما. وفي وجه: يرث بهما إن كانتا بحيث لو كانتا في شخصين ورثا معًا، وبه قال ابن سريج، وابن اللبان. والصحيح: الأول، ويعرف الأقوى بكل واحد من أمرين. أحدهما: أن تحجب إحداهما الأخرى، كبنت هي أخت الأم، أن يطأ أمه فتلد بنتًا. والثاني: أن لا تحجب إحداهما أصلاً، أو يكون حجبها أقل، فالأول: كأم هي أخت. والثاني: كأم أم هي أخت، فترث بالأمومة أو الجدودة، دون الإخوة، وعن ابن اللبان وجه: أنها ترث في الصورة الثانية بالإخوة، دون الجدودة، لأن نصيب الأخت أكثر، وليجبر هذا في أخوات الصورة. والصحيح المعروف: الأول، ولا يرثون بالزوجية بلا خلاف، لبطلانها.

❑❑❑

Marfat.com

الباب الثامن

في الرد[١] وذوي الأرحام[٢]

أصل المذهب فيهما وما اختاره الأصحاب لضرورة فساد بيت المال، ذكرناه في أول الكتاب. فإذا قلنا بالردِّ، فمقصود الفتوى منه أنه إن لم يكن ممن يرد عليه من ذوي الفروض إلاّ صنف، فإن كان شخصًا واحداً، دُفع إليه الفرض، والباقي بالرد. وإن كانوا جماعة، فالباقي بينهم بالسوية. وإن اجتمع صنفان فأكثر، ردَّ الفاضل عليهم بنسبة سهامهم.

وأما الحساب وتصحيح المسائل، فيذكر إن شاء الله تعالى في باب الحساب.

فصل: وأما توريث ذوي الأرحام، فالذاهبون إليه منا اختلفوا في كيفيته، فأخذ بعضهم بمذهب أهل التنزيل، وبه قطع ابن كج وصاحب «المهذب» والإمام، لأن القائلين ممن ورّثهم من الصحابة فمن بعدهم رضي الله عنهم أكثر، ومنهم من أخذ بمذهب أهل القرابة، وهو مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه، وبه قطع البغوي والمتولي، وسُمِّي الأوَّلون: أهل التنزيل، لتنزيلهم كل فرع منزلة أصله، وسمي الآخرون: أهل القرابة، لأنهم يورثون الأقرب فالأقرب كالعصبات.

---

(١) الرد: لغة: هو الرجوع والصرف.
واصطلاحًا: ضد العَوْل، وهو: زيادة في الأنصباء ونقص في السهام.
وقال بالرد كل من الإمام أحمد والإمام أبي حنيفة والإمام الشافعي.
- شروط الرد: يحصل الرد إذا لم يوجد عصبة ولم تستغرق الفروض المسألة ويرد الزائد على أصحاب الفروض بنسبة فرض كل منهم ماعدا الزوجين فإنه لا يرد عليهما.

(٢) معنى ذوي الأرحام: لغة: يطلق على القرابة.
واصطلاحًا: هم كل قريب ليس ذا فرض ولا تعصيب.
- شروط إرثهم: يرث ذوو الأرحام بشرطين:
١ - عدم وجود العصبة للميت.
٢ - عدم وجود أحد من أهل الرد.

Marfat.com

قلت: الأصح الأقيس: مذهب أهل التنزيل. وللقائلين بتوريث ذوي الأرحام، مذاهب غير هذين، لكن الذي اختاره أصحابنا منها هذان. والله أعلم.

والمذهبان متفقان على أن من انفرد من ذوي الأرحام، يحوز جميع المال ذكراً كان أو أنثى، وإنما يظهر الاختلاف عند اجتماعهم. وبيان ذلك في طرفين.

الطرف الأول: فيما إذا انفرد صنف منهم، فمن الأصناف: أولاد البنات، {وبنات ابنة الابن، فأهل التنزيل ينزلونهم منزلة البنات} وبنات الابن، ويقدمون منهم من سبق إلى الوارث، فإن استووا في السبق إلى الوارث، قدِّر كأن الميت خلَّف من يُدلون {به} من الورثة واحداً كان أو جماعة، {ثم} يجعل نصيب كل واحد للمدلين به على حسب ميراثهم لو كان هو الميت، وقال أهل القرابة: إن اختلفت درجاتهم، فالأقرب إلى الميت أولى ذكراً كان أو أنثى، فتقدم بنت البنت على بنت بنت البنت، وعلى ابن بنت البنت. وإن لم تختلف، فإن كان فيهم من يدلي بوارث، فهو أولى، فتقدم بنت بنت الابن على بنت بنت البنت. هذا إذا أدلى بنفسه إلى الوارث، أما إذا أدلى بواسطة، كبنت {ابنت} بنت الابن مع بنت بنت بنت البنت، فلأصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه، فيه اختلاف. والصحيح عندهم: أن لا ترجيح. ومقتضى ما ذكره أصحابنا، الترجيح، كما لو أدلى بنفسه. وإن استووا في الادلاء، ورثوا جميعًا. وكيف يرثون؟ اختلف فيه أبو يوسف[1] .....

(١) أبو يوسف: ١١٣ ـ ١٨٢ هـ.
أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي، صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، كان فقيهًا علامة، من حفاظ الحديث ولد بالكوفة، وتفقه بالحديث والرواية، ثم لزم أبا حنيفة، فغلب عليه الرأي، وولى القضاء ببغداد أيام المهدي، والهادي والرشيد، ومات في خلافته ببغداد، وهو أول من دعى بقاضي القضاة. ومن مصنفاته: (الخراج، الآثار، والنوادر، وأدب القاضي، وغيرها).
[راجع ترجمته في: سير أعلام النبلاء ـ الأعلام ـ معجم المؤلفين ـ تاريخ بغداد، وغيرها].

Marfat.com

ومحمد[1]، فقال أبو يوسف: يعتبرون بأنفسهم. فإن كانوا ذكوراً أو إناثًا، سوي بينهم. فإن اختلطوا، فللذكر مثل حظ الأنثيين. وقال محمد: ينظر في المتوسطين بينهم وبين الميت من ذوي الأرحام. فإن اتفقوا ذكورة وأنوثة، فالجواب كذلك. وإن اختلفوا، فإما أن يكون الاختلاف في بطن واحد، وإما في أكثر. فإن كان في بطن، قسمنا المال بين بطن الاختلاف، وجعلنا كل ذكر بعدد أولاده الذين يقسم ميراثهم ذكوراً، وكل أنثى بعدد أولادها الذين يقسم ميراثهم إناثًا، ويقسم المال بين الذكور والإناث الحاصلين من هذا التقدير للذكر مثل حظ الأنثيين، ثم أصاب كل واحد من الصنفين، يقسم بين أولاده للذكر مثل حظ الأنثيين. وإن كان الاختلاف في أكثر من بطن، قسم المال بين أعلى بطون الاختلاف كما ذكرنا، ثم ما أصاب كل واحد من الصنفين، قسم على أولاده الذين فيهم الاختلاف على النحو المذكور في البطن الأول، وهكذا يفعل حتى تنتهي القسمة إلى الأحياء. قال الناقلون: كل واحد من أبي يوسف ومحمد، يدَّعي أن قوله قول أبي حنيفة رضي الله عنه، والأكثرون صدَّقوا محمداً، لكنْ متأخروهم يفتون بقول أبي يوسف، وكذلك قال البغوي والمتولي: إنه أظهر الروايتين. والمذهبان متفقان على تفضيل الذكر على الأنثى في القسمة. وفي «التتمة» وجه آخر: أنه يسوى بين الذكر والأنثى، قال: وهو اختيار الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني.

---

(١) محمد الشيباني: ١٣١ ـ ١٨٩ هـ.

ـ أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني من موالي بني شيبان، إمام بالفقه والأصول، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة. أصله من قرية حرستة، في غوطة دمشق، وولد بواسط، ونشأ بالكوفة، فسمع من أبي حنيفة، وغلب عليه مذهبه وعُرف به وانتقل إلى بغداد، فولاه الرشيد القضاء بالرقة ثم عزله، ولما خرج الرشيد إلى خراسان صحبه، فمات في الري.

قال عنه الإمام الشافعي: «لو أشاء أن أقول نزل القرآن بلغة محمد بن الحسن لقلت، لفصاحته».

من مصنفاته: المبسوط في فروع الفقه، الجامع الكبير، الجامع الصغير، الحجة على أهل المدينة، وغيرها الكثير).

[راجع ترجمته، سير أعلام النبلاء، تاريخ بغداد، الأعلام، معجم المؤلفين، وغيرها].

Marfat.com

فرع: في أمثلة توضح الفرض: بنت بنت، وبنت بنت ابن، المنزلون يجعلون المال بينهما أرباعًا بالفرض والرد، كما يكون بين البنت وبنت الابن، وأهل القرابة يجعلون الجميع لبنت البنت، لقربها.

بنت ابن بنت، وبنت بنت ابن، المال للثانية بالاتفاق. أما على التنزيل، فلأن السبق إلى الوارث هو المعتبر. وأما على القرابة، فلأنه المعتبر عند استواء الدرجة.

بنت بنت، وابنٌ، وبنتٌ من بنت أخرى، المنزلون يجعلون المال من بنتي الصلب تقديراً بالفرض والرد، ثم يقولون: نصف البنت الأولى لبنتها، ونصف الأخرى لولديها أثلاثًا. وأهل القرابة يجعلون المال بين ثلاثتهم، للذكر مثل حظ الأنثيين. ومحمد لا يخالف في هذه الصورة، وإنما يخالف فيما إذا اختلفت الأصول الذين هم من ذوي الأرحام.

ابن بنت، وبنت بنت أخرى، وثلاث بنات بنت أخرى، المنزلون يقولون: للابن الثلث، وللبنت الفردة كذلك، وللثلاث الثلث أثلاثًا، وأهل القرابة يجعلون المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

بنت بنت بنت، وبنت ابن بنت، عند المنزلين وأبي يوسف: المال بينهما بالسوية، وعند محمد: ثلث المال للأولى، وثلثاه للثانية.

بنتا بنت بنت، وثلاث بنات ابن بنت أخرى، عند المنزلين: للبنتين النصف بالسوية، وللثلاث النصف أثلاثًا، وعند أبي يوسف: المال بين الخمس بالسوية، وعند محمد: يقسم المال بين الذكر والأنثى المتوسطين، ويقدر الذكر ثلاثة ذكور بعدد فروعه، والأنثى اثنتين بعدد فرعيها، فيكون المال على ثمانية، حصة الذكر ستة، وهي لبناته بالسوية، وحصة الأنثى سهمان، هما لبنتيها.

بنت بنت بنت، وبنت بنت ابن بنت، وابن ابن ابن بنت، عند أبي يوسف: المال بينهم على أربعة، وعند محمد: يقسم المال أولاً بين أعلى بطني الاختلاف،

Marfat.com

وفيه ابنان وبنت، فكل واحـد منهما يعدُّ واحداً، لأن الفـروع آحاد، فيكون المال بينهم على خمـسة، حصـة البنت سهم هو لبنت بنتهـا، وحصة الذكـرين أربعة أسهم تقـسم على ولديهما للاخـتلاف، وهما ابن وبـنت على ثلاثة، وأربعة لا تنقسم على ثلاثة، فتضرب ثلاثة في خمسة، تكون خمسة عشر، كان للبنت في القسـمة الأولى سهـم، فلها الآن ثلاثة، وكان لكل واحـد من الابنين سهـمان، فيكون ستـة. فيجمع بينهما، فـيكون اثني عشر، يقسم بين ولديهمـا للذكر مثل حظ الأنثيين. فإذاً لبنت بنت البنت ثلاثة من خمـسة عشر، وللأخرى أربعة من خمسة عشر، وللابن الثمانية الباقية.

فصل: ومن الأصناف، بنات الإخوة، وبنو الإخوة للأم، وأولاد الأخوات، فالمنزِّلون ينزلون كل واحد منزلة أبيه، أو أمه، ويرفعونهم عند التسفل بطنًا بطنًا، فمن سبق إلى وارث قدَّموه، فإن اسـتووا في الانتهاء إلى الوارث، قسم المال بين الأصول، فما أصاب كل واحد، قسم بين فروعه. وقال أهل القرابة: إن اختلفوا في الدرجـة، قدِّم منهم الأقـرب إلى الميت من أي جهـة كان، حتى تقـدَّم بنت الأخت للأب أو للأم عـلى بنت ابن الأخ من الأبويـن. وإن لم يخـتلفـوا في الدرجة، فالأقرب إلى الوارث أولى من أي جهـة كان، حتى تقدّم بنت ابن الأخ من الأب على بنت ابن الأخت من الأبوين. فـإن استووا فـيه أيضًـا، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما: يقدَّم من كان من الأبوين، ثم من كان من الأب، ثم من كان من الأم، رعـاية لقوَّة القرابة، ولا ينظر إلى الأصـول ومن يسقط منهم عند الاجتماع ومن لا يسقط. وعند مـحمد: يقدم من كان مَن الأبوين على من كان من الأب، ولا يقدم على من كان من جهة الأم، اعتباراً بالأصول.

فـرع: أولاد الإخـوة والأخوات من الأم، يـسوَّى بينهـم في القسـمـة عند الجمهـور من المنزلين وأهل القرابة. قال الإمـام: وقياس المنزلين تفضـيل الذكر، لأنهم يقدِّرون أولاد الوارث كأنهم يرثون منه. وأمـا أولاد الإخوة والأخوات من

Marfat.com

الأبوين ومن الأب، فيفضَّل ذَكرهم عند المنزلين. وعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان. أظهرهما وبها قال أبو يوسف: إن الجواب كذلك. والثانية وبها قال محمد: إنه يقسم المال بين الأصول أولاً، ويؤخذ عددهم من الفروع، فما يصيب كل واحد منهم يجعل لفروعه كما سبق في أولاد البنات.

فرع: في أمثلته: بنت أخت، وابنا أخت أخرى، وهما من الأبوين، أو من الأب، عند المنزلين: نصف المال للبنت، ونصفه للابنين. وقال أهل القرابة: المال بينهم على خمسة.

قال المنزلون ومحمد: السدس لبنت الأخ من الأم، والباقي لبنت الأخ من الأبوين، اعتباراً بالآباء.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما: المال كله لبنت الأخ من الأبوين. ثلاث بني أخوات متفرقات. قال المنزلون ومحمد: المال بينهم على خمسة، كما يكون بين أمهاتهم بالفرض والرد. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما: المال كله لابن الأخت من الأبوين. ولو كان بدلهم ثلاث بنات أخوات متفرقات، كان جواب الفريقين كذلك.

ولو اجتمع البنون الثلاثة والبنات الثلاث. قال المنزلون: المال بين أمهاتهم على خمسة بالفرض والرد، فنصيب الأخت من الأبوين لولديها أثلاثًا، ونصيب الأخت من الأب كذلك، ونصيب الثالثة لولديها بالسوية.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما: الكل لولدي الأخت من الأبوين. وقال محمد: يجعل كأن في المسألة ست أخوات، اعتباراً بعدد الفروع، فيكون للأخت من الأم الثلث بتقديرها أختين، وللأخت من الأبوين الثلثان بتقديرها أختين، فحصة كل واحدة لولديها، هذه بالتفضيل، وتلك بالسوية. قال الإمام: قد نظر محمد هنا إلى الأصول الوارثين، وفي أولاد البنات لم ينظر إلى الوارثين، وإنما نظر إلى بطون الاختلاف من ذوي الأرحام كما سبق.

Marfat.com

ابن أخت من الأبوين، وبنت أخ، كذلك عند المنزلين ومحمد: الثلثان لبنت الأخ، والثلث لابن الأخت. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما بالعكس.

فصل: ومن الأصناف، الأجداد الساقطون، والجدات الساقطات، فالمنزلون ينزلون كل واحد منهم منزلة ولده بطنًا بطنًا، ويقدمون منهم من انتهى إلى الوارث أولاً. فإن استويا في الانتهاء، قسم المال بين الورثة الذين انتهوا إليهم، وقسمت حصة كل وارث بين المدلين به. وقال أهل القرابة: إن اختلفت درجاتهم، فالمال للأقرب من أي جهة كان، حتى يقدم أو الأم على أبي أم الأب. وأم أبي الأم على أبي أبي أبي الأم، فإن استووا في الدرجة، لم يقدم هنا بالسبق إلى الوارث على المشهور من مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه. ومن أصحابه من قدم به، فإن لم يُقدمّ به، أو قدم واستووا في السبق إليه، نظر، إن كان الكل من جهة أبي الميت، فرواية الجوزجاني[1] وهي الأظهر: أنه يجعل ثلثا المال لمن هو من جهة أبي الأب، وثلثه لمن هو من جهة أم الأب. ورواية عيسى بن أبان[2]: كل المال لمن هو من أبيه، ويسقط به من هو من جهة الأم. وإن كان الكل من جهة أم الميت، اطردت الروايتان في أنه يسقط من هو من جهة أمها، أم يجعل المال بين من هو من جهة أبيها ومَن هو من جهة أمها أثلاثًا؟ وإن كان بعضهم من جهة أب الميت، وبعضهم من جهة أمه، قسم المال بين الجهتين أثلاثًا، وجعل كل قسم كأنه كل التركة، وأهل كل جهة كأنهم كل الورثة، فتجيء فيهم الروايتان.

---

(١) الجوزجاني: أبو سليمان موسى بن سليمان الجوزجاني ثم البغدادي الحنفي فقيه، صحب محمد بن الحسن وأخذ الفقه عنه، وعرض المأمون العباسي القضاء عليه فاعتذر، وتوفي بعد سنة ٢٠٠ هـ.
من تصانيفه: السير الصغير، الصلاة، الرهن وغيرها.
[راجع ترجمته في: الجواهر المضيئة، معجم المؤلفين، وغيرهما].

(٢) عيسي بن إبان بن صدقة، أبو محمد القاضي روى عن محمد بن الحسن الشيباني، وتفقه عليه، وكان فاضلاً عارفًا وقد ولي قضاء البصرة في زمن المأمون بعد أن عُزِل إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة، وكان فيه سخاء وجود زائد توفي سنة ٢٢١ هـ.
[راجع: سير أعلام النبلاء، ولسان الميزان، والجواهر المضيئة، وغيرها].

Marfat.com

ثم قسمة الثلثين على من هو من جهة الأب للذكر مثل حظ الأنثيين، وقسمة الثلث على من هو من جهة الأم كمثل ذلك، قاله البغوي في «التهذيب».

فرع: في أمثلته: أم أبي الأم، وأبو أم الأم. عند المنزلين: المال لأبي أم أم الأم، لأنه أسبق إلى الوارث، وعلى رواية الجوزجاني: الثلثان لأم أبي الأم، والثلث لأبي أم الأم، وعلى رواية عيسى: الكل لأم أبي الأم.

أب أم أب، وأبو أبي أم. عند المنزلين: المال للأول، وعلى رواية عيسى: للثاني، وعلى رواية الجوزجاني: الثلثان للثاني، والثلث للأول.

أب أبي أم، وأبو أم أب، قال المنزلون: المال للثاني، وكذلك الجواب عند من رجح بالسبق إلى الوارث من أهل القرابة. وأما الظاهر عندهم، فالثلثان للثاني والثلث للأول.

أبو أم أم، وأبو أم أب. عند المنزلين: المال بينهما نصفان، كما يكون بين أم الأم وأم الأب فرضًا وردًا. وعند أهل القرابة: الثلث للأول، والثلثان للثاني.

أبو أبي أم، وأم أبي أم، وأبو أم أم. عند المنزلين: المال للثالث، وعلى رواية عيسى: للأوَّلين. وعلى رواية الجوزجاني: الثلثان بين الأولَين للذكر مثل حظ الأنثيين، والثلث للثالث.

أبو أبي أم أب، وأم أبي أم الأب، وأبو أبي أبي أم، وأم أبي أبي الأم، قال المنزلون: المال للأولَين. وقال أهل القرابة: الأولان من جهة الأب، والآخران من جهة الأم، فيجعل المال أثلاثًا بين الجهتين، ثم على رواية الجوزجاني الثلثان بين الأولين أثلاثًا، والثلث بين الآخرين كذلك.

وعلى رواية عيسى: الثلثان للأول من الأولين، والثلث للأول من الآخرين.

فصل: ومن الأصناف، الخالات والأخوال، والعمات والأعمام من الأم، نزل المنزلون الأخوال والخالات منزلة الأم، وقسموا المال بينهم إذا انفردوا على حسب ما يأخذون من تركة الأم لو كانت هي الميتة، واختلفوا في العمات

Marfat.com

والأعمام للأم، فالأصح: أنهم كـالأب. والثاني: أنهم كالعم، واختلف هؤلاء، فقيل: العمات من الجهات بمنزلة العم للأبوين. وقيل: كل عمة بمنزلة العم الذي هو أخوها، ثـم من جعل العمـات كالأب أو كـالعم من الأبوين مع افتـراقهن، قال: إذا انفـردن، قسم المال بينهن على حـسب استحـقاقـهن لو كان الأب هو الميت، ومن نزلهن منزلة الأعمام المفترقين، قدِّم العمة من الأبوين، ثم العمة من الأب، ثم العمة من الأم. وإذا اجـتمعت العمات والخالات والأخـوال، فالثلثان للعمات، والثلث للأخوال والخالات، ويعتبر في كل واحد من النصيبين ما اعتبر في جمـيع المال لو انفرد أحـد الصنفين، وأما أهل القـرابة، فقـالوا: إذا انفردت الخـالات، فإن كن من جـهة واحـدة، قسم المال بيـنهن بالسوية. وإن اخـتلفت الجهـة، فالخالة من الأبوين مقـدَّمة، ثم الخالة من الأب. والأخـوال المنفردون، كالخالات. وإذا اجتمع الأخوال والخـالات، فإن كانوا من جهة، قسم المال بينهم للذكر مـثل حظ الأنثيين وإن كانوا من جـهة الأم. وإن اختلفت الجهـات، فمن اخـتص بقرابة الأبوين أولـى ثم من اختص بقـرابة الأب. والعـمات المنفـردات كـالخالات. وإذا اجـتمع العـمات من الأم، والأعـمام من الأب، فـالمال بينهم للذكر، مـثل حظ الأنثيين وإذا اجتـمعت العمـات والخالات فللعمـات الثلثان، وللخـالات سواء اتفـقت جهـة العمـات والخالات، أو اخـتلفت على المشـهور عندهم. وعند أبي يوسف: أنه إذا اختلفت الجهة، فـالمال لأقوى الصنفين جهة. ثم إذا قسم المال أثلاثًا، اعتبر في كل واحد من النصيـبين ما يعتبر في جميع المال عند انفراد الصنف المصروف إليهم.

فرع: في أمثلتـه: ثلاث خالات مـتفرقـات. عند المنزلين: المال بينهن على خمـسة، كـما لو ورثن من الأم. وعـند أهل القرابة: هو للخـالة من الأبوين، وبمثله قالوا في ثلاثة أخـوال متفرقين. وعند المنزلين: للخـال من الأم السدس، والباقي للخال من الأبوين. ولو اجتمع الأخوال المتفرقون، والخالات المتفرقات،

قال أهل القرابـة: المال كله للخال والخالة من الأبوين للذكر مـثل حظ الأنثيين. وقال المنزلون: ثلـثا المال لهمـا كذلك، وثلثه للـخال والخالة للأم كـذلك. قال الإمام: وتفضيل الخال من الأم على الخالة من الأب مـشكل مخالف للتسوية بين الذكـور والإناث من أولاد الأخ للأم. ثلاثة أخوال مـتفـرقون، وثلاث عـمات متـفرقـات. عند المنزلين: ثلث المال بين الخال لـلأبوين والخال للأم على سـتة، واحـد للثاني، والبـاقي للأول، وقسـمة الثـلثين تخرج على الخـلاف في تنزيل العمـات. إن جُعلن كـالأعمـام، فالثلثـان للعمـة من الأبوين. وإن نزلن منزلة الأب، فالثلثـان بينهن على خمـسة، كـما يرثن من الأب. وقـال أهل القرابة: الثلثان للعمة من الأبوين، والثلث للخال من الأبوين.

فرع: أولاد الأخوال والخالات والعمـات والأعمام للأم عند المنزلين كآبائهم وأمهـاتهم عند الانفراد والاجتـماع، ومن تسفل منهم رفع بطنًا بطنًا. فـإن سبق بعضهم إلى وارث، قدم. وإن استووا فيه، قسم المال بين الذين يدلي بهم هؤلاء على حسب استحقاقهـم من الميت فما أصاب كل واحد منهم قسم بين المدلين به على حسب استحقاقـهم منه لو كان هو الميت. وقال أهل القرابة: الأقرب يسقط الأبعـد بكل حـال. فإن اسـتـووا في الدرجة، نظـر، إن انفرد أولاد الأخـوال والخالات، بـأن اختلفت الجـهة، قدم الـذين هم من الأبوين، ثم الذين هم من الأب، ثم يأخذ الذين هم من الأم، وإن لم يخـتلف، ورثوا جميـعًا. ثم النظر عند أبي يوسف إلى أبدانهم. وعند محمد: إلى آبائهـم وأجدادهم كما سبق في أولاد الأخـوات وبنات الإخوة. وأولاد العـمات عند الانفـراد كأولاد الخـالات والأخـوال، فإن اجـتمع الصنفـان، فثـلثا المال لأولاد العـمات، وثلثـه لأولاد الأخوال والخالات على ما ذكرنا في آبائهم، ويعتبر في كل واحد من النصيبين ما يعتبـر في جميع المال. وإذا اجتمع مع هؤلاء بـنات الأعمام من الأبوين، أو من الأب، ولم تختلف الدرجة، فبنات الأعمام أولى، لسبقهن إلى الوارث.

Marfat.com

فرع: أخـوال الأمِ وخالاتهـا عند المنزلين بمنزلة الجـدة أم الأم، وأعمـامُهـا وعـماتُهـا بمنزلة الجـد أبي الأم. وأخوال الأب وخـالاته بمنزلة الجـدة أم الأب، وعمـاتُه عند من نزل عمة الميت منزلة أبيـه بمنزلة الجد أبي الأب. وعند من نزل عمة الميت منزلة عـمة بمنزلة عم الأب فيقسم المال بينهم. ومـا أصاب كل واحد منهم، يجـعل للمدلين به على حـسب استـحقـاقهم لو كـان هو الميت، وعلى القياس: يجعلون كلَّ خال وخالة بمنزلة الجـدة التي هي أختهما، وكل عم وعمة بمنزلة الجد الذي هو أخوهما.

وأما أهل القرابة، فيعـتبرون في أخوال الميتة وخالاتها مـا اعتبروه في أخوال الميت وخالاته، وكذلك في عـماتها إذا انفردن. وإن اجتـمع أعمامها وعـماتها، فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين على المشهور عندهم.

وفي رواية: إن كانوا من الأبوين أو من الأب، قـدم الأعمام. ولو اجـتمع أعمـامها وعـماتها وأخـوالها وخالاتهـا، فالثلث للأخوال والخـالات، والثلثان للأعمام والعمات، وخؤولة الأب وعمومته، كخؤولة الأم وعمومتها عند الانفراد والاجتماع.

ولو اجتمع القـرابتان، فلقرابة الأب الثلثان، ولقـرابة الأم الثلث، ثم يقسم كل نصيب بينهم، كما يقسم جمـيع المال لو انفردوا، فثلثا الثلثين لعمات الأب، وثلثه لخالاته وأخـواله، وكذلك الثلث. وسواء كان قـرابة الأب من جنس قرابة الأم، أم لم يكن، حتى لو ترك عم أمه وخالة أبيه، كان الثلثان للخالة، والثلث للعم. ولو ترك ثلاث عمات متفرقات، وثلاث خـالات متفرقات لأبيه، ومثلهن لأمه، فعلى الصحيح من قـول أهل القرابة: ثلثا الثلثين لعمة الأب من الأبوين، وثلثها لخالة الأب من الأبوين، وثلث الثلث لعـمة الأم من الأبوين، وثلثه لخالة الأم من الأبوين، ويسقط البواقي. وعند المنزلين: نصف سدس المال بين خالات الأب، ومثله بـين خالات الأم، لنزولهن منزلة الجـدتين، والباقي لعـمات الأب

Marfat.com

دون عمـات الأم، لأن عمات الأب كـأب الأب، وعمـات الأم كأبي الأم. هذا تمام الطرف الأول.

الطرف الثـانـي: في ترتيب الأصناف. قـال المنـزلون: كل واحـد من ذوي الأرحـام، ينـزل منزلة الوارث الـذي يدلي به، ثم يـنظر في الورثـة لو قـدر اجتـماعهم، فـإن كانوا يرثون، يرث المدلون بهم، وإن حـجب بعضهم بعـضًا، جرى الحكم كذلك في ذوي الأرحام. وقال أهل القرابة: ذوو الأرحام وإن كثروا يرجـعون إلى أربعـة أنواع. المنتمـون إلى الميت، وهم أولاد البنات وأولاد بنات الابن، والمنتمي إليـهم الميت، وهم الأجداد والجدات الساقطون، والمنـتمون إلى أبوي الميت، وهم أولاد الأخوات وبنات الإخوة، والمنتمون إلى أجداده وجداته، وهم العمومـة والخؤولة. ومذهبهم: الظاهر تقـديم النوع الأول، ثم الثاني، ثم الثالث، فـما دام يوجد أحـد من فروع الميت وإن سفل، فـلا شيء لأصوله من ذوي الأرحام وإن قربوا، وعلى هذا القياسُ. وعن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية بتقديم النوع الثـاني على الأول. وقدم أبو يوسف ومـحمـد النوع الثالث على الثـاني، واتفقوا على أن من كـان من العمومة والخـؤولة وأولادِهم ومِن ولد جد أو جدة أقرب إلى الميت، فهـو أولى بالميراث وإن بعد ممن هو من ولد جـد أو جدة أبعد منه. وإذا اجـتمـع الأجداد والجـدات من ذوي الأرحـام مع الخالات والأخـوال والعمـات، فعند أبي حنيـفة رضي الله عنه : تقدم الجـدودة. وعند صاحـبيـه: إن كانت العمـومة أو الخـؤولة من ولد جد أو جدة، تسـاوى الجد والجـدة الموجودَين، أو أبعد، فـالأجداد والجدات أولى. وإن كـانا من أصل أقرب منهمـا، فهم أولى. وعن أحمد بن حنبل رضي الله عنه : تقديم الخال على ذوي الأرحام. وفي الباقين مذهبه مذهب أهل التنزيل في كل فصل.

فصل: قد يجتمع في الشخص من ذوي الأرحام قرابتان بالرحم، كبنت بنت بنت هي بنت ابن بنت، وكبنت أخت الأب هي بنت أخ الأم، وكبنت خالة هي

Marfat.com

بنت عمة، فالمنزلون ينزلون وجوه القرابة. فإن سبق بعض الوجوه إلى وارث، قدم به، وإلاّ قدّروا الوجوه أشخاصًا ورثوا بها على ما يقتضيه الحال. وأما أهل القرابة: فمحمد يورِّثه بجهتي القرابة. وقال أبو يوسف: إن كان ذلك في أولاد البنات، جعلت الوجوه كوجه ولم يورث بها. وإن كان في أولاد الإخوة والأخوات، ورث بأقوى الجهتين. وإن كان في أولاد العمومة والخؤولة، ورث بالقرابتين، لأنهما مختلفتان، وهذا أظهر عندهم. وعلى هذا، لو خلف بنت أخ لأم هي بنت أخت لأب، وبنت أخت أخرى، أو بنت أخ أخرى، ورثت بأقوى القرابتين، وهي كونها بنت أخت لأب. ولو خلّف بنت خال هي بنت عمة، وبنت عمة أخرى، فالثلث لبنت الخال، والثلثان بينهما بالسوية.

ولو كان معها بنت خال، فالثلثان للأولى لأنها بنت عمة، والثلث بينهما بالسوية.

فصل: إذا كان مع ذوي الأرحام زوج أو زوجة، قال أهل القرابة: يخرج نصيبه، ويقسم الباقي على ذوي الأرحام كما يقسم الجميع لو انفردوا، وللمنزلين مذهبان. أصحهما: كذلك. والثاني: أن الباقي يقسم بينهم على نسبة سهام الذين يدلي بهم ذوو الأرحام من الورثة مع الزوج أو الزوجة، ويعرف القائلون بالأول: بأصحاب اعتبار ما بقي، والقائلون بالثاني: أصحاب اعتبار الأصل.

مثاله: زوجة، وبنت بنت، وبنت أخت من الأبوين. عند أهل القرابة: للزوجة الربع، والباقي لبنت البنت. وأصحاب القول الأول من المنزلين، جعلوا لها الربع، والباقي بين بنت البنت وبنت الأخت بالسوية. ومن قال بالثاني قال: إذا نزلناهما، فكأن في المسألة زوجة وبنتًا وأختًا، ولو كان كذلك، لكانت المسألة من ثمانية، نصيب الزوجة منها واحد، يبقى سبعة يخرج منها تمام نصيب الزوجة، يبقى ستة تقسم بينهما أسباعًا. ولو خلفت زوجًا وبنت بنت، وخالة، وبنت عم. عند أهل القرابة: للزوج النصف، والباقي لبنت البنت، وعلى القول

Marfat.com

الأول للمنزلين: للزوج النـصف، ولبنت البنت نصف البـاقي، وللخالة سـدس الباقي، ولبنت العم الباقي. وعلى القول الثاني: إذا نزلنا، حصل مع الزوج بنت وأم وعم، وحينئذٍ يكون من اثني عشر، يخـرج نصيب الزوج، يبقى تسعة، ثم يخرج تمام النصف للزوج، يبقى ستة يقسمها على التسعة وبالله التوفيق.

❑❑❑

الباب التاسع

في حساب الفرائض

فيه مقصودان. أحدهما: تصحيح المسائل. والثاني: قسمة التركات.

(المقصود) الأول: التصحيح، وفيه فصول.

(الفصل) الأول: في مقدِّماته، وهن أربع.

إحداها: الفروض المقدَّرة في كتاب الله تعالى ستة: النصف، والربع، والثمن، والثلثان، والثلث، والسدس. وقد سبق بيان مستحقيها.

فالنصف فرض خمسة: الزوج، والبنت، وبنت الابن، والأخت للأبوين، والأخت للأب.

والربع فرض الزوج، والزوجة أو الزوجات.

والثمن فرض الزوجة والزوجات.

والثلثان فرض أربعة وهن الإناث التي لواحدتهن النصف.

والثلث فرض ثلاثة: الأم وأولادها، والجد.

والسدس فرض سبعة: الأم، والجدة، والأب، والجد، وبنت الابن، مع بنت الصلب، والأخت للأب مع الأخت للأبوين، وواحد أولاد الأم.

(المقدمة) الثانية: كل عددين، فهما متماثلان، أو متداخلان، أو متوافقان، أو متباينان. فالمتماثلان، كثلاثة وثلاثة.

والمتداخلان، كثلاثة وستة، أو تسعة. فالثلاثة داخلة في الستة والتسعة.

والمتوافقان، كأربعة وستة، لكل واحد منهما نصف صحيح، وستةٍ وتسعة لهما ثلث صحيح، وثمانية واثني عشر لهما ربع صحيح ولأحد وعشرين وخمسة وثلاثين سبع صحيح، ولاثنين وعشرين وثلاثة وثلاثين جزء من أحد عشر.

Marfat.com

والمتباينان، كثلاثة وأربعة.

وطريق معرفة المداخلة، أن تسقط الأقل من الأكثر مرتين فصاعداً، أو زد على الأقل مثله مرة فصاعداً. فإن فني الأكثر بالأقل، أو تساويا بزيادة الأمثال، فمتداخلان، وإلاّ، فلا.

وطريق الموافقة والمباينة، أن تسقط الأقل من الأكثر ما أمكن، فما بقي، فأسقطه من الأقل، فإن بقي منه شيء، فأسقطه مما بقي من الأكثر، ولا يزال يفعل ذلك حتى يفنى العدد المنقوص منه آخراً، فإن فني بواحد، فمتباينان. وإن فني بعدد، فمتوافقان بالجزء المأخوذ من ذلك العدد. وإن فني باثنين، فبالنصف، أو بثلاثة. فبالثلث، أو بعشرة، فبالعشرة، أو بأحد عشر، فبأجزاء أحد عشر. وعلى هذا القياسُ.

مثاله: أحد وعشرون، وتسعة وأربعون، تسقط الأقل من الأكثر مرتين، يبقى سبعة، تسقطها من الأقل ثلاث مرات، يفنى بها، فهما متوافقان بالأسباع.

المقدمة الثالثة: في أصول المسائل، أصلها العدد الذي يخرج منه سهامها. ومسائل الفرائض نوعان.

أحدهما: أن يكون كل الورثة عصبات، بأن كانوا ذكوراً، أو نسوة أعتقن عبداً بينهن بالسوية، فالقسمة بينهم بالسوية. وإن كانت العصبة ذكوراً وإناثًا، قدَّرنا كل ذَكر اثنين، وأعطينا كل ذكر سهمين، وكل أنثى سهمًا، فعدد الرؤوس في هذا النوع هو أصل المسألة.

النوع الثاني: المسائل التي ورثتُها أصحاب فروض أو بعضُهم ذو فرض. فالأصول في هذا النوع سبعة عند المتقدمين، ومن المتأخرين من يقول: تسعة. فالسبعة المتفق عليها: اثنان، وثلاثة، وأربعة، وستة، وثمانية، واثنتا عشر، وأربعة وعشرون، فكل مسألة فيها نصف وما بقي، كزوج وأخ، أو نصفان، كزوج وأخت، فهي من اثنين وما فيها ثلثان وما بقي، كبنتين وعم، أو ثلث وما

بقي، كأم وأخ. أو ثلثان وثلث، كأختين لأب وولدي أم، فمن ثلاثة، وما فيها ربع وما بقي، كزوج وابن، أو ربع ونصف وما بقي كزوج وبنت وأخ، فمن أربعة. وما فيها سدس وما بقي، كأم وابن، أو سدس ونصف وما بقي، كأم وبنت وأخ، أو سدس وثلث وما بقي، كأم وولد أو وعم، أو نصف وثلثان، كزوج وأختين، أو نصف وثلث وما بقي، كزوج وأم وأخ، فمن ستة. وما فيها ثمن وما بقي، كزوجة وابن، أو ثمن ونصف وما بقي، كزوجة وبنت وأخ، فمن ثمانية. وما فيها ربع وثلثان وما بقي، كزوج وابنتين وأخ، أو ربع وثلث وما بقي، كزوجة وأم وأخ، فمن ستة، أو ربع وسدس وما بقي، كزوج وأم وابن، فمن اثني عشر. وما فيها ثمن وثلثان وما بقي كزوجة وبنتين وأخ، أو ثمن وسدس وما بقي، كزوجة وأم وابن، فمن أربعة وعشرين.

قلت: ومن هذا الأخير، ثمن وسدسان وما بقي، كزوجة وأبوين وابن. والله أعلم.

وأما الأصلان المزيدان، فثمانية عشر، وستة وثلاثون في مسائل الجد والإخوة حيث يكون الثلث خيراً له.

فالأول: في كل مسألة فيها سدس وثلث ما بقي وما يبقى، كجد وأم وإخوة.

والثاني: في كل مسألة فيها ربع وسدس وثلث ما بقي وما يبقى، كزوجة وأم وجد وإخوة، ومن لم يقل بالزيادة يصحح المسألتين بالضرب.

فالأولى: من ستة، للأم سهم، يبقى خمسة، يضرب مخرج الثلث في الستة، تبلغ ثمانية عشر.

والثانية: من اثني عشر، يخرج بالفرضين خمسة، ثم يضرب مخرج الثلث في اثني عشر، تبلغ ستة وثلاثين، واستصوب الإمام والمتولي صنيع المتأخرين، لأن ثلث ما يبقى والحالة هذه، مضموم إلى السدس والربع، فلتكن الفريضة من

Marfat.com

مخـرجهـا. واحتج المتـولي بأنهم اتفقـوا في زوج وأبوين أنها من سـتة، ولولا جعلهـا من النصف وثلث الباقي، لكانت من اثنين، للزوج سهم، يبـقى سهم، فيضـرب مخرج الثلث في اثنين، تبلغ سـتة. واعلم أنه قد يتفق فـي صور الجد نصف وثلث ما بقي، كبنت وجد وإخوة، فيحتمل أن تكون من ستة قطعًا، كما ذكر في زوج وأبوين، ويحتمل أن يطرد فيه الخلاف.

قلت: الاحتـمال أصح، والمختـار أن الأصح الجـاري على القاعـدة: طريق المتأخرين، كما اختاره الإمام، لما سبق، ولكونها أخصر. والله أعلم.

المقدمة الرابعة: في العَول[1].

---

(١) العَوْل: لغة: الزيادة والارتفاع.

واصطلاحًا: الزيادة في السهام، والنقص في الأنصباء.

أي زيادة في سهام أصل المسألة، ونقص في نصيب كل وارث.

ـ تنبيه: لا يكون العول إلا في المسائل التي جميع الورثة فيها من أصحاب الفروض.

مثال: توفيت عن: زوج، وأختين شقيقتين والتركة ١٤ فدانًا.

الحل: الفروض هنا:

$\frac{١}{٢}$ للزوج لعدم وجود الولد.

$\frac{٢}{٣}$ للأختين الشقيقتين للتعدد.

وبذلك يكون أصل المسألة (٦) وهو المضاعف المشترك الأصغر بينهم.

فتكون السهام كما يلي: للزوج ٣

وللأختين ٤

فيكون مجموع السهام = ٣ + ٤ = ٧

إذا مقدار السهم = ١٤ ÷ ٧ = ٢

∴ نصيب الزوج = ٢ × ٣ = ٦ أفدنة

ونصيب الأختين الشقيقتين = ٢ × ٤ = ٨ أفدنة

ـ فالملاحظ في هذا المثال:

ـ أن أصل المسألة زادت سهامه، فأصبح (٧) بعد أن كان (٦).

ـ وأن النقص أصاب أنصبـة الورثة، فالزوج في هذه المسألة مثـلاً له النصف وهو (٧) أفدنة. ولكنه بعد الزيادة التي حصلت في أصل المسألة أصبح نصيبه (٦) أفدنة وهذا ما بيناه في معنى العول.

Marfat.com

إذا ضاق المال عن الفروض، فتعال المسألة، أي: ترفع سهامها ليدخل النقص على كل واحد بقدر فرضه، كأصحاب الديون والوصايا إذا ضاق المال. والذي يعول من الأصول التسعة ثلاثة، وهي: ستة، واثنا عشر، وأربعة وعشرون، فتعول الستة أربع مرات إلى سبعة، كزوج، وأختين لأب، وإلى ثمانية، كهؤلاء، وأم، وإلى تسعة، كهؤلاء، وأخ لأم، وإلى عشرة، كهؤلاء، وأخ آخر لأم، وتسمى هذه الأخيرة: الشريحية، لأن شريحًا القاضي رحمه الله تعالى، قضى فيها، وتسمى: أم الفروخ، لكثرة سهامها. ومتى عالت إلى أكثر من سبعة، لا يكون الميت إلا امرأة.

وأما اثنا عشر، فتعول ثلاث مرات إلى ثلاثة عشر، كزوجة وأم وأختين لأب، وإلى خمسة عشر، كهؤلاء وأخ لأم. وإلى سبعة عشر، كهؤلاء وأخ آخر لأم. ومن صورها: أم الأرامل، وهي ثلاث زوجات وجدتان، وأربع أخوات لأم، وثمان لأب، فهن سبع عشرة أنثى أنصباؤهن سواء. ولا يعول هذا الأصل إلى سبع عشرة إلاّ والميت رجل.

وأما أربعة وعشرون، فتعول مرة فقط إلى سبعة وعشرين، كزوجة وبنتين وأبوين، وتسمى: المنبرية، لأن عليًّا رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر، فقال ارتجالاً: صار ثمنها تسعًا. ولا يكون هذا العول إلا والميت رجل، بل لا تكون المسألة من أربعة وعشرين إلا وهو رجل.

الفصل الثاني: في طريق التصحيح، وفيه نظران.

أحدهما: في تصحيح فريضة الميت الواحد.

والثاني: في التصحيح إذا مات وارثان فأكثر قبل القسمة، وتعرف: بالمناسخات.

أما النظر الأول: فإن كانت الورثة كلهم عصبات، فأمر القسمة سهل، وقد بينا أنه من عدد رؤوسهم. وإن كانوا أصحاب فروض، أو فيهم صاحب فرض،

Marfat.com

وعرفت المسألة بعولها إن كانت عائلة، فانظر في السهام وأصحابها، فإن انقسمت عليهم جميعًا، حصل الغرض ولا حاجة إلى الضرب، كزوج وثلاث بنين، هي من أربعة، لكل واحد سهم. وكزوجة وبنت وثلاثة إخوة، من ثمانية، للزوجة سهم، وللبنت أربعة، ولهم الباقي.

وإن لم تنقسم، فإما أن يقع الكسر على صنف، وإما على أكثر.

القسم الأول: على صنف، فينظر في سهامهم وعدد رؤوسهم، وإن كانا متباينين، ضربت عدد رؤوسهم في أصل المسألة بعولها، إن عالت. وإن كانا متوافقين ضربت جزء للوفق من عدد رؤوسهم من أصل المسألة بعولها ثم الحاصل على التقديرين، تصح منه المسألة.

مثال التباين، زوج وأخوان، هي من اثنين، له سهم، يبقى سهم لا يصح عليهما، ولا موافقة، فيضرب عددهما في أصل المسألة تبلغ أربعة منها تصح.

مثال التوافق، أم وأربعة أعمام، هي من ثلاثة، يبقى اثنان يوافق عددهم بالنصف، فتضرب وفق عددهم في المسألة، تبلغ ستة منها تصح. وإذا أمكنت الموافقة بأجزاء، ضربنا أقلها.

القسم الثاني: الكسر على أكثر من صنف، فيمكن أن يقع على صنفين أو ثلاثة أو أربعة، ولا تتصور الزيادة، لأن الوارثين في الفريضة لا يزيدون على خمسة أصناف كما ذكرنا في أول الكتاب عند اجتماع من يرث من الرجال والنساء، ولا بد من صحة نصيب أحد الأصناف عليه، لأن أحد الأصناف الخمسة، الزوج والأبوان، والواحد يصح عليه نصيبه قطعًا، فلزم الحصر. فإن وقع الكسر على صنفين، نظرنا في سهام كل صنف وعدد رؤوسهم. والأحوال ثلاثة.

أحدها: أن لا يكون بين السهام والرؤوس موافقة في واحد من الصنفين، فتترك رؤوس الصنفين بحالها. الثاني: أن تكون موافقة فيهما، فترد رؤوس كل

صنف إلى جزء الوفق. الثالث: بأن يكون الوفق في أحد الصنفين، فترد رؤوسه إلى جزء الوفق، وتترك رؤوس الآخر بحالها. ثم الرؤوس ـ مردودين أو أحدهما أو غير مردودين ـ إما أن يتماثلا، فتضرب أحدهما في أصل المسألة بعولها، وإما أن يتداخلا، فتضرب أكثرهما في أصل المسألة بعولها، وإما أن يتوافقا، فتضرب جزء الوفق من أحدهما في جميع الآخر، فما بلغ ضربته في أصل المسألة بعولها، وإما أن يتباينا، فتضرب أحدهما في الآخر، فما حصل ضربته في أصل المسألة، فما بلغ صحت منه.

ويخرج من هذه الأحوال اثنتا عشرة مسألة، لأن في كل واحد من الأحوال الثلاثة أربع حالات، والحاصل من ضرب ثلاثة في أربعة، اثنا عشر. وإن وقع الكسر على ثلاثة أصناف أو أربعة، نظرنا أولاً في سهام كل صنف وعدد رؤوسهم، فحيث وجدنا الموافقة، رددنا الرؤوس إلى جزء الوفق. وحيث لم نجد، بقيّناه بحاله. ثم يجيء في عدد الأصناف الأحوال الأربعة، فكل عددين متماثلين، نقتصر منهما على واحد. وإن تماثل الكل، اكتفينا بواحد وضربناه في أصل المسألة بعولها، وكل عددين متداخلين نقتصر على أكثرهما، وإن تداخلت كلها، اكتفينا بأكثرها وضربناه في أصل المسألة بعولها، وكل متوافقين نضرب وفق أحدهما في الآخر، فما بلغ ضربناه في أصل المسألة. وإن توافق الكل، ففيه طريقان للفَرَضيين.

قال البصريون: نقف أحدهما ونرد ما عداه إلى جزء الوفق، ثم ننظر أجزاء الوفق، فنكتفي عند التماثل بواحد، وعند التداخل بالأكثر، وعند التوافق، نضرب جزء الوفق من البعض في البعض. وعند التباين، نضرب البعض في البعض، ثم نضرب الحاصل في العدد الموقوف، ثم ما حصل في أصل المسألة بعولها.

وقال الكوفيون: نقف أحد الأعداد ونقابل بينه وبين آخر، ونضرب وفق

أحدهما في جميع الآخر، ثم نقابل الحاصل بالعدد الثالث، ونضرب وفق أحدهما في جميع الآخر، ثم نقابل الحاصل بالعدد الرابع ونضرب وفق أحدهما في جميع الآخر ثم نضرب الحاصل في أصل المسألة بعولها، وتسمى صورة توافق الأعداد: المسائل الموقوفات. وإن كانت الأعداد متباينة، ضربنا عدداً منها في آخر، ثم ما حصل في ثالث، ثم ما حصل في الرابع ثم ما حصل في أصل المسألة بعولها. وإن شئت ضربت أحدها في أصل المسألة بعولها، ثم ما يحصل في الثاني، ثم في الثالث، ثم في الرابع. وإذا لم يكن بين السهام وعدد الرؤوس، ولا بين أعداد الرؤوس موافقة، سميت المسألة: صماء، ولا فرق في الأعداد المتوافقة بين عدد وعدد، فتقف أيها شئت، والعدد الذي تصح منه المسألة بعد تمام العمل لا يختلف. فإن حصل اختلاف، فاستدلَّ به على الغلط، وإن وافق أحد الأعداد الثلاثة الآخَرَين والآخران متباينان، لم يجز أن نقف إلاّ الذي يوافقهما، ويسمى هذا الموقوف: المقيد.

فرع: هذا الذي ذكرناه، بيان التصحيح. فإذا فرغت منه وأردت أن تعرف نصيب كل واحد من الصنف، مما حصل من الضرب، فله طرق.

أشهرها وأخفّها: أن تضرب نصيب كل صنف من أصل المسألة في العدد المضروب في المسألة، ويعرف بعدد المنكسرين، فما بلغ، فهو نصيب ذلك الصنف، فتقسمه على عدد رؤوسهم، فالخارج بالقسمة هو نصيب كل واحد من ذلك الصنف.

مثاله: زوجتان، وأربع جدات، وست أخوات لأب، هي من اثني عشر، وتعول إلى ثلاثة عشر، ويرجع عدد الجدات بالموافقة إلى اثنين، والأخوات إلى ثلاث، فيحصل اثنان واثنان وثلاثة، تسقط أحد المتماثلين، وتضرب الآخر في ثلاثة، تبلغ ستة، تضربها في أصل المسألة بعولها، تبلغ ثمانية وسبعين، كان للزوجين من أصل المسألة ثلاثة، فتضرب في ستة، تبلغ ثمانية عشر، فهو

Marfat.com

نصيبهما. وإذا قسم ذلك على رؤوسهمـا، خرج تسعة، وكان للجدات سهمان، تضربهما في ستة، تبلغ اثني عـشر، لكل واحدة ثلاثة، وكان للأخوات ثمانية، تضرب في ستة، تبلغ ثمانية وأربعين، لكل واحدة ثمانية.

الطريق الثاني: تقسم سهام كل صنف من أصل المسألة على عدد رؤوسهم، فما خرج من القسمة، يضرب في المضـروب في أصل المسألة، فما حصل، فهو نصيب كل واحد من الـصنف. ففي المثال المذكور، يقسم نصـيب الزوجتين على عدد رؤوسهـما، يخرج بالقسـمة سهم ونصف، يضرب في السـتة المضروبة في المسألة، تبـلغ تسعة، وهو نصـيب كل زوجة، ويقـسم نصيب الجـدات عليهن، يخرج نصف سهم، تضربه في الستة، تكون ثلاثة، فهو نصيب كل جدة، وعلى هذا فقس الأخوات.

الطريق الثـالث: تقـسم العـدد المضروب في المسـألة على عـدد رؤوس كل صنف، فما خـرج تضربه في نصيب ذلك الصنف، فما بلغ فهـو نصيب الواحد من ذلك الصنف، ففي المثـال المذكور تقسم الستة عـلى عدد رؤوس الزوجتين، يخرج ثلاثة، تضربها في نصيبهما من أصل المسألة وهو ثلاثة، تبلغ تسعة، وهو نصيب كل زوجة. وعلى هذا القياس.

الطريق الرابع: تقابل بين نصيب كل صنف وعدد رؤوسـهم، وتضبط النسبة بينهما وتأخذ بتلك النسبة في العـدد المضروب في المسألة، فهو نصيب كل واحد من ذلك الصنف، فـفي المثـال المذكـور، نصـيب الزوجـتين ثلاثة وهمـا اثنان. والثلاثة مثل الاثنين ومثل نصفهما، فتأخذ مثل العدد المضروب في المسألة، ومثل نصفه، يكون تسعة، وهو نصيب كل زوجة، ونصيب الأخوات ثمانية، وعددهن ستة، والثمانية مثل الستة، ومثل ثلثها، فلكل أخت مثل العدد المضروب، ومثل ثلثه تكون ثمانية، ونصيب الجـدات اثنان مثل نصف عددهن، فلكل جدة نصف العدد المضروب.

الطريق الخامس: ويعرف به نصيب كل واحد من الورثة قبل الضرب والتصحيح. إن كان الكسر على صنف، فانظر إن لم يوافق سهامهم عددهم، فنصيب كل واحد منهم بعدد سهام جميع الصنف من أصل المسألة، ونصيب كل واحد من الأصناف الذين لا كسر عليهم، بعدد رؤوس المنكسر عليهم إن كان لكل واحد منهم سهم واحد. وإن كان أكثر من سهم، ضرب ما لكل واحد منهم من أصل المسألة في عدد المنكسر عليهم، فما حصل، فهو نصيب كل واحد منهم. وإن وافق سهامهم عددهم، فنصيب كل واحد من المنكسر عليهم بعدد وفق سهامهم من أصل المسألة، ونصيب كل واحد ممن لم ينكسر عليهم وفق عدد الرؤوس المنكسر عليهم على ما ذكرناه.

مثاله: زوج، وأخوان لأم، وخمس أخوات لأب، تعول من ستة إلى تسعة، وتصح من خمسة وأربعين، ونصيب كل أخت بعدد سهام جميعهن من أصل المسألة، وهو أربعة، ونصيب كل أخ خمسة بعدد رؤوس الأخوات المنكسر عليهن، ونصيب الزوج خمسة عشر، لأنه كان له أكثر من سهم، وهو ثلاثة، فتضرب في عدد رؤوسهن. ولو كان عدد الأخوات عشرة، وافق سهامهن عددهن بالنصف، وترد عددهن إلى النصف، ويكون نصيب كل أخت بعدد نصف ما لجميعهن من أصل المسألة، وهو اثنان، ويكون لكل أخ خمسة نصف عدد رؤوس الأخوات، وللزوج ثلاثة مضروبة في نصف عدد رؤوسهن. أما إذا كان الكسر على صنفين، ولم يكن بين الرؤوس والسهام موافقة، أو كانت، ورددتَ الرؤوس إلى وفقها، فانظر في عدد الرؤوس، ولهما أحوال.

أحدها: أن يكونا متباينين، فالحاصل من ضرب كل صنف في سهام الصنف الآخر من أصل المسألة هو نصيب كل واحد من الصنف المضروب في سهامهم، والحاصل من ضرب عدد أحد الصنفين في الآخر، إذا ضربته في نصيب الواحد من الذين لا كسر عليهم، كان المبلغ نصيب ذلك الواحد من ذلك الصنف.

Marfat.com

مـثاله: خـمس بنات، وأربع زوجات، وأربع جـدات، وأخ لأب، هي من أربعة وعشـرين، وتصح من أربعمائة وثمانين، والكسـر في البنات والزوجات، ولا موافـقة. فـإذا ضربت رؤوس البنات في سـهام الزوجات، حـصل خمـسة عشر، فهـو نصيب كل زوجة. وإذا ضربت الزوجات في سـهام البنات، حصل أربعة وستـون، فهو نصيب كل بنت. وإذا ضربت الـبنات فى الزوجات، حصل عشرون. فإذا ضربته في نصـيب كل واحد من الجدات، كان عشرين، لأن لكل واحدة واحداً، فهو نصيب كل جدة. وكذلك نصيب الأخ.

ولو كان بدل الأربع جدتـان، ضربت العشرين في اثنين، فـالحاصل نصيب كل جدة.

الحال الثـاني: إذا كان عدد الـرؤوس متوافـقًا، سواء تداخـلا، أم لا، فإذا ضربت وفق أحد العـددين في سهام الآخر، كان الحـاصل نصيب كل واحد من الصنف المضروب في سهـامهم. وإذا ضربت وفق أحدهما في جـميع الآخر ولا تداخل بينهما، وضـربت ما حـصل في نصيب الواحد ممن لا كسـر عليهم، كان الحاصل نـصيب الواحد مـن ذلك الصنف، وإن تداخلا، ضـربت أكثرهـما في النصيب، فما حصل، فهو نصيب الواحد منهم.

مثاله: زوج، وتسـعة إخوة لأم، وخمس عشرة أختًـا لأب، هي من ستة، وتعول إلى تسـعة، وتصح من أربعمائة وخـمسة، تضرب وفق عـدد الإخوة في سهام الأخـوات، تبلغ اثني عشر، فهو نصـيب كل أخت، ووفق عدد الأخوات في نصيب الإخوة، تبلغ عـشرة، فهو نصيب كل أخ، ووفق أحدهمـا في جميع الآخر، تبلغ خـمسة وأربعين، تضـربه في سهام الزوج، وهي ثـلاثة، تبلغ مائة وخمسـة وثلاثين، فهو نصيب الزوج. فـإن كان عدد الإخوة اثني عـشر، وعدد الأخـوات ست عشـرة، فالسـهام توافـق الأعداد، فـترجع الإخـوة إلى ستـة، والأخوات إلى أربعة، للمـوافقة بالربع، وبين العددين موافقـة بالنصف، فتصح

Marfat.com

المسألة من مائة وثمانيـة. وإذا ضربت وفق الراجع من عدد الإخوة، وهو ثلاثة، في وفق سـهام الأخـوات، وهو واحـد، كان الحـاصل ثلاثة، وهو نصـيب كل أخت. وإذا ضربت وفق الراجع من عدد الأخـوات، وهو اثنان، في وفق سهام الإخوة، وهو واحد، كان الحاصل اثنين، وهو نصيب كل أخ. وإذا ضربت وفق أحد الراجعين في جمـيع الآخر، حصل اثنا عشر، فإذا ضـربته في سهام الزوج من الأصل، حصل ستة وثلاثون، وهو نصيب الزوج.

الحال الثـالث: إذا كان عـدد الرؤوس متـماثلاً، فنصيب كـل واحد من كل صنف بعدد ما كان لجـميعهم من أصل المسألة، ونصيـب كل واحد ممن لا كسر عليهم، هو الحاصل من ضرب ما كان له في عدد أحد الصنفين المنكسر عليهم.

مـثاله: خـمس بنات، وخـمس جدات، وأخ، هي مـن ستـة، وتصح من ثلاثين، ونصيب كل بنت مثل ما كان لـهن، وهو أربعة، ونصيب كل جدة مثل ما كـان لهن، وهو واحد، ونصيب الأخ هـو الحاصل من ضرب مـا كان له في خمسة، وهـو خمسة. أما إذا كان الكسـر على ثلاثة أصناف، فانظر، إن كانت أعداد الرؤوس متـباينة، فاعزل الصنف الذين تريد أن تعرف نصيـبهم، واضرب عـدد أحد الآخـرين في الآخـر، فـما بلغ فـاضـربه في نصـيب الصنف الذين عزلتهم، فـما بلغ فهو نصيب كل واحـد منهم، واضرب عدد رؤوس الأصناف الثلاثة بعضه في بعض، فما بلغ فاضربه في نصيب من انقسم عليهم نصيبهم من أصل المسألة، فما بلغ فهو نصيب كل واحد منهم.

مثاله: أربع زوجات، وثلاث جدات، وخمس بنات، وأخت لأب، هي من أربعة وعشرين، وتصح من ألف وأربعمائة وأربعين. فإذا أردت أن تعرف نصيب الزوجات، فاعزلهن واضرب البنات في الجدات، تبلغ خـمسة عشر، اضربه في نصيب الـزوجات في الأصل، تبلغ خمـسة وأربعين، فـهو نصـيب كل زوجة. وعلى هذا القيـاس حكم البنات. واضرب لمعرفة نصـيب الأخت عدد الأصناف

Marfat.com

المنكسر عليهم بعضهم في بعض، تبلغ ستين، اضربه في نصيبها من أصل المسألة، وهو واحد، تبلغ ستين، فهو نصيبها. وإن كانت الأعداد متوافقة أو متماثلة، فالعمل على قياس ما ذكرنا في الكسرين. وصورة التماثل هيِّنة، وأما التوافق، فكتسع بنات، وست جدات، وخمسة عشر أخًا، هي من ستة، وتصح من خمسمائة وأربعين. فإذا أردت معرفة نصيب البنات، فاعزلهن واضرب وفق أحد الصنفين من الجدات والإخوة في وفق الآخر، تبلغ عشرة، تضرب في نصيب البنات، تبلغ أربعين، فهذا نصيب كل بنت. وكذا تعزل الجدات وتضرب وفق أحد الصنفين الآخرين في وفق الثاني، تبلغ خمسة عشر، تضربها في نصيب الجدات، تبلغ خمسة عشر، فهو نصيب كل جدة. وتعزل الإخوة، وتضرب وفق أحد الآخرين في وفق الثاني، تبلغ ستة، تضربها في نصيبهم، تبلغ ستة، فهو نصيب كل أخ.

النظر الثاني: في المناسخات.

فإذا مات عن جماعة، ثم مات أحدهم قبل قسمة التركة، فللمسألة حالان.

أحدهما: أن تنحصر ورثة الميت الثاني في الباقين، ويكون إرثهم من الثاني مثل الإرث من الأول، فتجعل الميت الثاني كأن لم يكن، وتقسم التركة على الباقين، ويتصور ذلك إذا كان الإرث عنهما بالعصوبة، كمن مات عن إخوة وأخوات من الأب، ثم مات أحدهم عن الباقين، أو عن بنين وبنات، ثم مات أحدهم عن إخوته وأخواته. وفيما إذا كان الإرث عنهما بالفرض في بعض الصور، كمن ماتت عن زوج، وأم، وأخوات مختلفات الآباء، ثم نكح الزوج إحداهن، فماتت عن الباقين. وفيما إذا ورث بعضهم بالفرض وبعضهم بالعصوبة، كمن مات عن أم، وإخوة لأم، ومعتق، ثم مات أحد الإخوة عن الباقين. ولا فرق بين أن يرث كل الباقين من الثاني أو بعضهم، كمن مات عن زوجة وبنين، وليست أمَّهم، ثم مات أحد البنين عن الباقين.

الحال الثاني: أن لا يكون كذلك، بأن لا ينحصروا، إما لأن الوارث غيرهم، وإما لأن غيرهم يشركهم، وإما لاختلاف مقادير استحقاقهم، فنصحح مسألتي الأول والثاني جميعًا، وننظر في نصيب الثاني من مسألة الأول. فإن انقسم نصيبه على مسألته، فذاك، وإلاّ، فنقابل نصيبه بمسألته المصححة، إن كان بينهما موافقة، ضرب أقل جزء الوفق من مسألة الثاني في جميع مسألة الأول. وإن لم يكن، ضرب جميع مسألته في جميع مسألة الأول، فما بلغ، صحت منه المسألتان. وإذا أردت معرفة نصيب كل واحد من الورثة مما حصل من الضرب، فقل: كل من له شيء من المسألة الأولى، يأخذه مضروبًا فيما ضربته في المسألة الأولى، وهو جميع المسألة الثانية أو وفقها. ومن له شيء من الثانية، يأخذه مضروبًا في نصيب الميت الثاني من المسألة الأولى، أو في وفق النصيب إن كان بين مسألته ونصيبه وفق.

مثاله: زوج، وأختان لأب، ماتت إحداهما عن الأخرى وعن بنت، المسألة الأولى من سبعة، والثانية من اثنين، ونصيب الميت الثاني من الأول اثنان.

زوجة، وثلاث بنين، وبنت، ثم ماتت البنت عن أم وثلاثة إخوة، وهم الباقون من ورثة الأول، فالأولى من ثمانية، والثانية تصح من ثمانية عشر، ونصيب الميتة من الأول سهم لا يوافق، فتضرب الثانية في الأولى، تبلغ مائة وأربعة وأربعين، للزوجة سهم مضروب في ثمانية عشر، ولكل ابن سهمان في ثمانية عشر، تبلغ ستة وثلاثين، وللأم من الثانية ثلاثة مضروبة في سهم الميتة وهو واحد، ولكل أخ خمسة، فحصل للأم من المسألتين أحد وعشرون، ولكل أخ أحد وأربعون.

جدتان، وثلاث أخوات متفرقات، ثم ماتت الأخت للأم عن أخت لأم، وهي الأخت للأبوين في المسألة الأولى. وعن أختين لأبوين، وعن أم أم وهي إحدى الجدتين، فالأولى من اثني عشر، والثانية من ستة، ونصيب الميتة من

Marfat.com

الأولى سهمان، ونصيبها ومسألتها يتوافقان بالنصف، فتضرب نصف مسألتها في الأولى، تبلغ ستة وثلاثين، كان للجدتين سهمان، تضربهما في ثلاثة، تبلغ ستة، وكذا الأخت للأب، وكان للأخت من الأبوين ستة، تضربها في ثلاثة، تبلغ ثمانية عشر، ولها من الثانية سهم مضروب في وفق نصيب الميتة وهو سهم، وللأختين للأبوين أربعة مضروبة في سهم، وللجدة سهم في سهم، فحصل للأخت الوارثة في المسألتين تسعة عشر، وللجدة الوارثة فيهما أربعة.

فرع: لو مات ثالث قبل قسمة التركة، فلك طريقان. أحدهما: تصحح المسائل الثلاث، وتأخذ نصيب الميت الثالث من الأولين، وتقابله بما صحت منه مسألته، فإن انقسم نصيبه على مسألته، فذاك، وإلا، فإن توافقا، ضربت وفق مسألته فيما صحت منه الأوليان. وإن تباينا، ضربت مسألته فيه. وعلى هذا القياس تعمل إذا مات رابع وخامس قبل القسمة. ثم من كان له شيء من المسألتين الأوليين، أو من إحداهما، أخذه مضروبًا في الثالثة، أو في وفقها، ومن كان له شيء من الثالثة، أخذه مضروبًا في نصيب الثالث من المسألتين الأولين، أو في وفقه.

الطريق الثاني: أن تصحح كل مسألة برأسها، وتقابل نصيب كل ميت بمسألته، فمن انقسم نصيبه على مسألته، فلا اعتداد بمسألته. ومن لم ينقسم، حفظتَ مسألته بتمامها إن لم توافق نصيبه، أو وفقها إن توافقا، وفعلتَ بها ما تفعل بأعداد الأصناف المنكسر عليهم سهامهم من المسألة الواحدة، فما حصل ضربته في المسألة الأولى، فما حصل قسمته، فتضرب ما لكل واحد من الأولى في العدد المضروب فيها، فما خرج فهو له إن كان حيًّا، ولورثته إن كان ميتًا.

مثاله: زوجة، وبنت، وثلاثة بني ابن، ثم ماتت البنت عن زوج، وأخ لأم، وأم وهي الزوجة، ثم مات أحد ابني الابن عن زوجة، وبنت، وابن ابن، وجدة، وهي الزوجة في المسألة الأولى، ثم مات آخر عن هذه الجدة، وعن

Marfat.com

خمسة بنين وخمس بنات، فالأولى، من ثمانية، والثانية، من ستة، والثالثة، من أربعة وعشرين، والرابعة، من ثمانية عشر، ونصيب البنت يوافق مسألتها بالنصف، فتردّ مسألتها إلى ثلاثة، فإذًا معنا ثلاثة، وثمانية عشر، وأربعة وعشرون، والثلاثة داخلة فى أربعة وعشرين، فتقتصر عليها، وهي توافق ثمانية عشر بالسدس، فتضرب سدس أحدهما في جميع الآخر، تبلغ اثنين وسبعين، تضربها في مسألة الميت الأول وهي ثمانية، تبلغ خمسمائة وستة وسبعين، ومنها تصح المسائل، فمن له شيء من الأولى، يضرب نصيبه في اثنين وسبعين ويقسم على ورثته.

زوجة وثلاثة إخوة، ثم مات أحدهم عن ابنين، والثاني عن ابنين وبنت، والثالث عن ابن وبنت، فالأولى من أربعة، والثانية، من اثنين، والثالثة، من خمسة، والرابعة، من ثلاثة، والسهام لا توافق المسائل فتضرب المسائل الثلاث بعضها في بعض، تبلغ ثلاثين، تضربه في المسألة الأولى، تبلغ مائة وعشرين، للزوجة منها سهم في ثلاثين، ولكل أخ كذلك. فما للأول لابنيه، لكل واحد خمسة عشر. وما للثاني لابنيه وبنته، لكل ابن اثنا عشر، وللبنت ستة. وما للثالث بين ابنه وبنته، له عشرون، ولها عشرة.

هذا الذي ذكرنا، تصحيح المناسخات. قال الفرضيون: وقد يمكن اختصار الحساب بعد الفراغ من عمل التصحيح، وذلك إذا كانت أنصباء الورثة كلُّها متماثلة، فترد المسألة إلى عدد رؤوسهم، وكذلك إذا كانت متوافقة بجزء صحيح، فيؤخذ ذلك الوفق من نصيب كل واحد، يقسم المال بينهم على ذلك العدد، كزوجة، وبنت، وثلاثة بنين منها، ثم مات أحد البنين عن الباقين، فالمسألة الأولى، من ثمانية، والثانية، من ستة، ونصيب الميت الثاني سهمان يوافقان مسألته بالنصف، فتضرب نصف مسألته في الأولى، تبلغ أربعة وعشرين، للزوجة ثلاثة، وللبنت ثلاثة، ولكل ابن ستة، ومن نصيب الثاني،

للأم سهم، وللأخت سهم، ولكل أخ سهمان، فمجموع ما للأم أربعة، وللأخت كذلك، ولكل أخ ثمانية، فالانصباء متوافقة بالربع، فتأخذ ربع كل نصيب، يبلغ المجموع ستة، فتقسم المال عليها اختصاراً.

أما إذا لم يكن بين الأنصباء موافقة، أو وافق بعضها فقط، فلا يمكن الاختصار.

المقصود الثاني: قسمة التركات، وله أصل وفروع متشعبة.

أما الأصل، فإن كانت التركة دراهم أو دنانير أو غيرهما مما ينقسم بالأجزاء، كالمكيلات والموزونات، قسمت عينها بين الورثة. وإن كان مما لا ينقسم بالأجزاء، كالعبيد والجواري والدواب، قُوِّم ثم قُسم بينهم بالقيمة، فما أصاب كل واحد من القيمة فله بقدرها من المقوَّم. وطريقه: أن يُنظر في التركة، أهي عدد صحيح من الدراهم وغيرها، أم عدد وكسر؟ فإن كان الأول، قابلت التركة بالمسألة بعولها إن عالت. فإن تماثلا، فلا إشكال، وإلا، فإن تباينا، فاضرب نصيب كل وارث من أصل المسألة بعولها، أو مما صحت منه المسألة في عدد التركة، فما بلغ فاقسمه على أصل المسألة بعولها، أو على ما صحت منه المسألة، فما خرج من القسمة، فهو نصيب ذلك الوارث.

وإن شئت قسمت التركة أوّلاً على أصل المسألة بعولها، أو على ما صحت منه، فما خرج بالقسمة، فاضربه في سهم كل وارث، فما بلغ فهو نصيبه. وإن كانا متوافقين، فإن عملت كما عملتَ في المتباينين، حصل الغرض، وإن أردت الاختصار، فخُذ وَفْقهما، واضرب سهم كل وارث في وفق التركة، فما بلغ فاقسمه على وفق المسألة، فما خرج فهو نصيبه من التركة. وإن شئت فاقسم وفق التركة على وفق المسألة، فما خرج فاضربه في سهم كل وارث، فما بلغ فهو نصيبه. وإذا فرغت من العمل، امتحنت صحته، بأن تجمع ما أصاب كل واحد من الورثة، وتنظر هل المجموع مثلُ التركة، أم لا؟

الأمثلة:

زوج، وأم، وأختان لأب، وأخوان لأم، والتركة ستون ديناراً، فالمسألة من ستة، وتعول إلى عشرة. فإن شئت ضربت سهام الزوج في ستين، تبلغ مائة وثمانين، تقسمها على المسألة، يخرج ثمانية عشر، فهو نصيب الزوج، وتضرب نصيب الأم في ستين، يكون ستين، تقسمه على المسألة، يخرج ستة، فهو نصيبها. وتضرب نصيب الأخوين فيها يكون مائة وعشرين، تقسمه على المسألة يخرج اثنا عشر، فهو نصيبهما وتضرب نصيب الأختين، يكون مائتين وأربعين، تقسمها على المسألة، يخرج أربعة وعشرون، فهو نصيبهما. وإن شئت قسمت التركة على المسألة، يخرج ستة، تضربها في سهام كل وارث، يخرج ما ذكرنا.

زوج، وأم، وأخت لأب، والتركة أربعة دراهم. المسألة تعول إلى ثمانية، تضرب نصيب الزوج في التركة، يكون اثني عشر، تقسمه علَى سهام المسألة، يخرج للسهم درهم ونصف، وكذلك نصيب الأخت. وتضرب نصيب الأم وهو سهمان في أربعة، تبلغ ثمانية تقسم على المسألة، يخرج واحد، فهو نصيبها.

ثلاث زوجات، وأربعة إخوة لأم، وخمس أخوات لأب، والتركة خمسة وسبعون ديناراً. المسألة تعول إلى خمسة عشر، وتوافق التركة بأجزاء خمسة عشر، فتردهما إلى جزء الوفق، فتعود التركة إلى خمسة، والمسألة إلى واحد، ثم إن شئت ضربت سهام الزوجات، وهي ثلاثة، في وفق التركة، وهو خمسة، تبلغ خمسة عشر، فهو للزوجات. وضربت سهام الإخوة، وهي أربعة، في الخمسة، تبلغ عشرين، فهو نصيبهم، وسهام الأخوات، وهي ثمانية، في الخمسة، تبلغ أربعين، فهو نصيبهن. وإن شئت قسمت وفق التركة، وهو خمسة، على وفق المسألة وهو واحد، يخرج خمسة، تضرب في سهام كل وارث، يكون على ما ذكرنا.

فرع: فإن كانت التركة عدداً وكسراً، نظر، إن كان الكسر واحداً، ضربت

Marfat.com

مخرج ذلك الكسر في الصحاح، فما خرج فردَّ عليه الكسر، واقسم المجموع على الورثة كما تقسم الصحاح، ثم اجعل ما خرج بالقسمة بعدد فخرج ذلك الكسر واحداً صحيحًا، وأضف إليه الباقي.

مثاله: زوج وأُختان، والتركة عشرة دراهم ونصف، تضرب مخرج النصف، وهو اثنان، في العشرة، تبلغ عشرين، وتزيد على النصف واحداً، فكأن التركة أحد وعشرون صحاحًا، تعمل بها عملك بالصحاح، فيخرج للزوج تسعة أنصاف هي أربعة دراهم ونصف، ولكل أخت ستة أنصاف وهي ثلاثة دراهم.

ولو كانت المسألة بحالها، والتركة ثمانية وثلاثة أرباع، ضربت مخرج الربع، وهو أربعة، في الثمانية، تبلغ اثنين وثلاثين، تزيد عليه الكسر، وهو ثلاثة، تبلغ خمسة وثلاثين، تقسم كقسمة الصحاح، يخرج للزوج خمسة عشر، وهو ثلاثة دراهم وثلاثة أرباع درهم، ولكل أخت عشرة، وهي درهمان ونصف.

وإن كان مع الصحاح كسران، كربع وسدس، أخذت مخرج مجموعهما، وهو اثنا عشر وضربته في الصحاح، وتممت العمل كما ذكرنا.

فصل: وأما الفروع المتشعبة، فتتنوع أنواعًا كثيرة، نذكر منها مسائل إن شاء الله تعالى.

مسألة: أخذ بعض الورثة قدرًا معلومًا من التركة، وأردت معرفة جملتها، فأقم سهام المسألة بعولها إن عالت، ثم إن شئت ضربت المأخوذ في سهام المسألة، فما بلغ قسمته على سهام الآخذ، فما خرج بالقسمة فهو جملة التركة. وإن شئت قسمت المأخوذ على سهام الآخذ، وضربت الخارج من القسمة في سهام المسألة، فما بلغ فهو التركة.

مثاله: زوج، وأم، وأختان لأب، وأخذ الزوج بحقه ثلاثين دينارًا، إن شئت ضربت الثلاثين في سهام المسألة وهي ثمانية، يكون مائتين وأربعين، تقسم على سهام الزوج، وهي ثلاثة، يخرج ثمانون، فهو التركة. وإن شئت قسمت

Marfat.com

الثلاثين على سهامه، يخرج عشرة، تضربها في سهام المسألة تبلغ ثمانين.

ولك طريق آخر، وهو أن تنظر فيما بين سهام الآخذ وسهام الباقين من النسبة، وتزيد على المأخوذ مثل نسبة سهامهم من سهامه، فهو جملة التركة. ففي المثال المذكور، سهام باقي الورثة مثل سهام الزوج، ومثل ثلثيها، فتزيد على الثلاثين مثلها ومثل ثلثيها، تبلغ ثمانين.

مسألة: زوجة، وأم، وثلاث أخوات متفرقات، والتركة ثلاثون درهمًا وثوب، أخذت الزوجة الثوب بنصيبها برضى الورثة، كم قيمة الثوب وجملة التركة؟ فالطريق فيها وفي أخواتها، أن تقيم أصل المسألة بعولها إن عالت، وهذه المسألة تعول إلى خمسة عشر. ثم لك طريقان. أحدهما: أن تضرب سهام الزوجة من المسألة في عدد الدراهم فتبلغ تسعين، فتقسم التسعين على ما بقي من سهام المسألة بعد سهام الزوجة، وهي اثنا عشر، يخرج سبعة ونصف، فهو قيمة الثوب. وإن شئت قسمت الدراهم على باقي سهام الورثة، وهي اثنا عشر، يخرج درهمان ونصف، تضربه في سهام الزوجة، تبلغ سبعة ونصفًا. وإن شئت نسبت سهامها إلى سهام الباقين، فإذا هي ربع سهام الباقين، فتأخذ ربع الثلاثين، وهو سبعة ونصف، فهذه ثلاثة أوجه.

الطريق الثاني: طريق الجبر، تقول: إذا أخذت بخمس التركة ثوبًا، فجملة التركة خمسة أثواب، وهي تعدل ثوبًا وثلاثين درهمًا، فتسقط ثوبًا بثوب، فتبقى أربعة أثواب في مقابلة ثلاثين درهمًا، فتعلم أن الثوب الواحد سبعة ونصف. أو تقول: خمس التركة خمس ثوب وستة دراهم، وقد أخذت بالخمس ثوبًا، فهو يعدل خمس ثوب وستة دراهم، تسقط الخمس بالخمس، يبقى أربعة أخماس ثوب في مقابلة ستة دراهم، فتكمل الثوب بأن تزيد على الأخماس الأربعة ربعها، وتزيد على العديل ربعه، وذلك سبعة ونصف.

ولو كانت المسألة بحالها، وأخذت مع الثوب خمسة دراهم، فعلى الطريق

الأول، تنقص الخمسة من الثلاثين، يبقى خمسة وعشرون، ثم تضرب نصيبها من المسألة في الخمسة والعشرين، تكون خمسة وسبعين، تقسم على سهام الباقين، وهي اثنا عشر، يخرج ستة دراهم وربع، وهو نصيبها من التركة. فإذا نقصت منها الخمسة، يبقى درهم وربع، وهو قيمة الثوب. وبالجبر تقول: أخذت بخمس التركة ثوبًا وخمسة دراهم، فجميع التركة خمسة أثواب وخمسة وعشرون درهمًا، تعدل ثوبًا وثلاثين درهمًا، فتسقط ثوبًا بالثوب، وخمسة وعشرين بالخمسة والعشرين، يبقى أربعة أثواب في مقابلة خمسة دراهم، فالثوب الواحد درهم وربع. ولو كانت المسألة بحالها، وأخذت الثوب وزدت ستة دراهم، فعلى الطريق الأول، تزاد الستة المردودة على الثلاثين، وتضرب سهام الزوجة في الستة والثلاثين، تبلغ مائة وثمانية، تقسم على اثني عشر، يخرج بالقسمة تسعة، فهو نصيبها من التركة. فإذا زدت ستة على التسعة، فهى قيمة الثوب. وعلى طريق الجبر يقال: أخذت بخمس التركة ثوبًا إلا ستة دراهم، فجميع التركة خمسة أثواب إلا ثلاثين درهمًا، تعدل ثوبًا وثلاثين درهمًا، فتكمل الثياب بثلاثين درهمًا، ويزاد مثل ذلك على العديل، فتصير خمسة أثواب معادلة لستين درهمًا وثوب، تسقط ثوبًا بالثوب، يبقى أربعة أثواب في مقابلة ستين درهمًا، فالثوب الواحد خمسة عشر. ولو كانت بحالها، والتركة ثلاثون وثوب وعبد وخاتم، أخذت الزوجةُ بنصيبها الثوب، والأمُّ العبد، والأختُ للأم الخاتم، فعلى الطريق الأول، تضرب سهام الزوجة، وهي ثلاثة، في ثلاثين، تبلغ تسعين، تقسمها على الثمانية التي للباقين، يخرج بالقسمة أحد عشر وربع، أو تقسم الثلاثين على الباقي من المسألة بعد سهام الزوجة والأم والأخت للأم، وهو ثمانية، يخرج ثلاثة وثلاثة أرباع، تضربها في سهام الزوجة، تبلغ أحد عشر وربعًا، فهو قيمة الثوب، وفي سهمي الأم تبلغ سبعة ونصفًا، فهو قيمة العبد، وكذلك قيمة الخاتم. وبالجبر يقال: أخذت الزوجة بالخمس ثوبًا، والأم بثلثي الخمس عبدًا، والأخت بمثله خاتمًا، بقي من السهام ثمانية، وهي خمسان

Marfat.com

وثلثا خمس، يكون ثوبين وثلثي ثوب، فالجملة ثلاثة أثواب وثلثا ثوب وعبد وخاتم، وهي تعدل ثوبًا وعبدًا وخاتمًا وثلاثين درهمًا، تسقط ثوبًا بالثوب، والعبد بالعبد، والخاتم بالخاتم، يبقى ثوبان وثلثا ثوب في مقابلة ثلاثين درهمًا، فالواحد يعدل أحد عشر وربعًا.

ولو كانت بحالها، والتركة ثلاثون وثوبان يتفاوتان في القيمة بدرهمين، وأخذت الزوجةُ بنصيبها الثوب الأدنى على الطريق الأول، يزيد التفاوت بينهما على الدراهم، فتصير اثنين وثلاثين، تضرب سهام الزوجة فيها، يكون ستة وتسعين، تقسمها على الباقي من سهام المسألة بعد إسقاط نصيب الزوجة وهو ثلاثة، وبعد إسقاط مثله للثوب الآخر، فالباقي تسعة يخرج من القسمة عشرة دراهم وثلثا درهم، فهو قيمة ما أخذته. وبالجبر تقول: أخذتْ بالخمس ثوبًا، فالجميع خمسة أثواب تعدل التركة، وهي ثوبان واثنان وثلاثون درهمًا، تسقط ثوبين بثوبين، يبقى ثلاثة أثواب تعدل اثنين وثلاثين درهمًا، فالواحد يعدل عشرة وثلثين.

ولو أخذت الزوجة بنصيبها الثوب الأعلى، فتزيد الدرهمين على الثلاثين، تصير التركة اثنين وثلاثين درهمًا وثوبين متساويين، أخذت الزوجة بثلاثة أسهم ثوبًا ودرهمين، فيخص ثلاثة أسهم أخرى مثل ذلك. فإذا أسقطناها، بقي من سهام المسألة تسعة، ومن التركة ثمانية وعشرون درهمًا، تضرب سهام الزوجة في ثمانية وعشرين، تبلغ أربعة وثمانين، تقسمها على التسعة الباقية، يخرج تسعة وثلث، فهو قيمة الثوب الأعلى، وقيمة الأدنى سبعة وثلث، وجميع التركة ستة وأربعون درهمًا وثلثان.

مسألة: ابنان والتركة ثوبان بينهما تفاوت دينارين، أخذ أحدهما ثلاثة أرباع الأعلى، كم قيمة كل واحد؟ فطريقه: أن تزيد التفاوت عليهما، فتجعل التركة ثوبين ودينارين، ولكل ابن ثوب ودينار، وقد أخذ أحدهما ثلاثة أرباع ثوب

Marfat.com

وديناراً ونصفًا، فتقابل به حقه وهو ثوب ودينار، وتسقط ثلاثة أرباع ثوب بمثلها، وديناراً بدينار، يبقى ربع ثوب في مقابلة نصف دينار، فالثوب الكامل يعدل دينارين، فهما قيمة الأدنى، وقيمة الأعلى أربعة، وجملة التركة ستة.

مسألة: زوج، وابن، أخذ الزوج بميراثه وبدين له على الميتة ثلث المال، المسألة من أربعة، تسقط منها سهم الزوج، يبقى ثلاثة تضربها في مخرج الكسر المذكور، وهو ثلاثة، تبلغ تسعة، منها تخرج المسألة، للزوج ثلاثة، وللابن ستة. وإذا كان للابن بثلاثة أسهم ستة، كان للزوج بسهم اثنان، فاثنان إرث، وواحد دَين. ونقول بطريق آخر: المسألة من أربعة، والدين شيء، فجملة التركة أربعة أسهم وشيء، منها سهم وشيء ثلث المال، وثلاثة أسهم ثلثاه، والثلث يعدل نصف الثلثين. فإذًا سهم وشيء يعدل سهمًا ونصف سهم، السهم بالسهم، يبقى شيء في مقابلة نصف سهم، فتعلم أن الشيء المضموم إلى السهام الأربعة نصف سهم. فإذا بسطناها أنصافًا كانت تسعة.

مسألة: ابن وبنت، انتهبا التركة، ثم ردَّ كل واحد منهما على صاحبه ربع ما انتهب، فوصل كل واحد إلى حقه من الميراث، يجعل ما انتهبه الابن أربعة أشياء، وما انتهبته البنت أربعة دنانير. فإذا ردَّ الابن ربع ما انتهبه، وأخذ منها ربع ما انتهبته، حصل في يده ثلاثة أشياء ودينار، وفي يدها ثلاثة دنانير وشيء، ومعلوم أن حقه ضعف حقها، فضعف ما معها مثل ما معه، وضعف ما معها ستة دنانير وشيئان، تعدل ثلاثة أشياء وديناراً، فتسقط ديناراً بدينار، وشيئين بشيئين، يبقى خمسة دنانير تعدل شيئًا، فعرفنا أن قيمة الشيء خمسة، وقيمة الدينار واحد، وجملة التركة أربعة أشياء وأربعة دنانير، فيكون أربعة وعشرين، ما انتهبه الابن عشرون، وما انتهبته البنت أربعة. فإذا دفع إليها خمسة وأخذ منها واحدًا، كان معه ستة عشر، ومعها ثمانية. وتعرف هذه المسألة ونظائرها بـ«مسألة النُّهبى».

فصل: في مسائل (من) الحساب، تتعلق بأبواب سبقت أحكامها:

إحداها: سبق أن المفقود إذا مات له قريب، (وخلف) ورثة أيضًا حاضرين، يؤخذ في حق الجميع بالأسوإ من حياة المفقود وموته في إسقاطه وفي دفع الأقل إليه. وطريق معرفة الأقل: أن تصحح المسألة على تقديري حياته وموته، وتضرب إحداهما في الأخرى إن لم تتوافقا، فإن توافقتا، ضربت وفق إحداهما في جميع الأخرى، ثم كل من ورث على التقديرين تضرب ما يرثه من كل مسألة في الأخرى، أو في وفقها، وتصرف إليه الأقل مما حصل من الضربين.

مثاله: أختان لأب، وعمٌّ، وزوجٌ مفقود. فإن كان حيًّا، فهي من سبعة، وإلاّ، فمن ثلاثة، ولا موافقة بينهما، فتضرب أحدهما في الآخر، يبلغ أحداً وعشرين، للأختين (من) مسألة الحياة أربعة في ثلاثة باثني عشر، ومن مسألة الموت سهمان في سبعة بأربعة عشر، فيصرف إليهما اثنا عشر، ويوقف الباقي، فإن عُرف حياة الزوج، دُفع إليه، وإن عُرف موته، فسهمان من الموقوف للأختين، والباقي للعم.

أم، وزوج، وأختان لأب، وابن مفقود. فإن كان حيًّا، فالمسألة من اثني عشر، وإن كان ميتًا، عالت إلى ثمانية، وهما متوافقان بالربع، فتضرب ربع أحدهما في الآخر، تبلغ أربعة وعشرين، للأم من مسألة الحياة سهمان مضروبان في وفق مسألة الموت، تكون أربعة، ومن مسألة الموت سهم في وفق مسألة الحياة، تكون ثلاثة، فتعطى ثلاثة، وللزوج من الحياة ثلاثة في وفق الموت، تكون ستة، ومن الموت ثلاثة في وفق الحياة، تكون تسعة، فيُعطى ستة، ويوقف الباقي.

و (المسألة) الثانية: طريق تصحيح مسائل الخنثى على جميع الحالات، وطلب الأقل المتيقن: أن تقيم المسألة على جميع الحالات. فإن كان الخنثى واحدًا، فله حالان. إما ذكرٌ، وإما أنثى. وإن كان خنثيان، فلهما ثلاثة أحوال،

لأنهما ذكران أو أنثيـان، أو ذكر وأنثى، ولثلاثة خناثى أربعة أحوال، وعلى هذا القياس. فاذا ضبطت أصل كل حال، فخذ اثنين منها، وانظر أهما متماثلان، أم متداخلان، أم مـتوافقان، أم متبـاينان؟ واعمل فيهمـا عملك عند الانكسار على فـريقين، ثم قابـل الحاصل مـعك بأصل ثالث، وهكذا تفـعل حـتى تأتي على آخرها، ثم إن لم يكن في المسألة صـاحب فرض، صحت مما عندك، وإن كان، ضربته من مخرج الفرض ثم قسمت.

مثـاله: ولدان خنثيان، إن كانا ذكـرين، فالمسألة من اثنين. أو أنثـيين، فمن ثلاثة، وكذا الذكر والأنثى، فتسـقط أحد الثلاثتين، وتضرب الأخرى في اثنين، تبلغ ستة، تعطي كل واحد اثنين، لأنه الأقل.

زوج، وولدان خنثـيان، تضـرب الستة الـتي صحت منهـا مسـألتهمـا عند انفرادهما في مخرج الربع، تبلغ أربعة وعـشرين، للزوج منها ستة، ولكل واحد منهما ستة، لاحتمال أنوثته وذكورة الآخر.

ابن، وولدان خنثيان، إن كانا ذكرين، فمن ثلاثة. أو أنثيين، فمن أربعة. أو ذكرًا وأنثى، فمن خمسة، وكلها متباينة، فتضرب بعضها في بعض، تبلغ ستين، للابن عشرون، ولكل واحد منهما اثنا عشر، لاحتمال أنوثته وذكورة الآخر.

قلت: ثلاثة أولاد خناثى، إن كانوا ذكـورًا، فمن ثلاثة، أو إناثًا، تصح من تسعة، أو ذكرًا وأنثيين، فمن أربعة، أو عكسه، فمن خمسة، والثلاثة داخلة في التسـعة، فتـضرب الأعداد الثـلاثة بعضهـا في بعض، تبلغ مائة وثمـانين، منها تنقسم، تعطي كل واحد سهمًا من خمسة في أربعة، ثم في تسعة بستة وثلاثين. فإن بان واحـد أنثى، لم تردَّه، لبقاء الاحـتمال، وتزيد صـاحبيـه كلَّ واحد تمام أربعين إذ أسوأ أحوالهما أن يكونا أنثيين فإن بانَ أحد الآخرين أنثى، لم تزدهما، وتزيد الأول تمام الأربعين. فإن بان الثالـث أنثى، فلا زيادة لهن. وإن بان ذكرًا، تمم له تسعون، ولكل واحد منهما خمسة وأربعون. والله أعلم.

Marfat.com

(المسألة) الثالثة: في تصحيح مسائل الحمل تفريعًا على أن أكثره أربعة، وأن من ليس له فرض مقدَّر كالأولاد، يأخذ مع الحَمْل شيئًا، فتقام المسألة على تقدير ولد واحد، وله حالان، لأنه ذكر أو أنثى، وعلى تقدير ولدين، ولهما ثلاثة أحوال، وعلى تقدير ثلاثة، ولهم أربعة أحوال، وعلى تقدير أربعة، ولهم خمسة أحوال، ثم ينظر في الأعداد، ويكتفى مما تماثل بواحد، ومما تداخل بالأكثر، ومما توافق بجزء الوفق، وتترك المتباينة بحالها، وتضرب ما حصل من الأعداد بعضها في بعض، فما بلغ، صحت منه القسمة، ويعطى الموجود على تقدير الأضرّ.

(المسألة) الرابعة: في تصحيح مسائل الاستهلال.

فإذا مات عن ابن وزوجة حامل، فولدت ابنًا وبنتًا، واستُهل أحدهما فوجدا ميتين، ولم يعلم المستهل، فقد سبق أنه يعطى كل وارث أقل ما يستحقه. وطريق معرفته أن يقال: المسألة الأولى تصح من ستة عشر إن كان المستهل، هو الابن، للزوجة سهمان، ولكل ابن سبعة، ومسألة الابن المستهل من ثلاثة، والسبعة لا تنقسم على الثلاثة، ولا توافقها، فتضرب ثلاثة في ستة عشر، تبلغ ثمانية وأربعين، للزوجة الثمن ستة، ولكل ابن أحد وعشرون، للأم منها سبعة، وللأخ أربعة عشر، فيجتمع للأم منها ثلاثة عشر، وللأخ خمسة وثلاثون. وإن كانت البنت هي المستهلة، فالمسألة الأولى تصح من أربعة وعشرين، للبنت منها سبعة، ومسألتها من ثلاثة، ولا تصح السبعة على ثلاثة ولا توافقها، فتضرب ثلاثة في أربعة وعشرين، تبلغ اثنين وسبعين، للمرأة الثمن تسعة، وللابن اثنان وأربعون، وللبنت أحد وعشرون، للأم منها سبعة، وللأخ الباقي، فيجتمع للأم ستة عشر، وللأخ ستة وخمسون وهما متوافقان بالثمن، فتردّ ما صحت منه مسألة البنت وهو اثنان وسبعون إلى ثُمنها وهو تسعة، للأم منها سهمان، وللابن سبعة. فانتهى الأمر إلى أن المسألة على تقدير استهلال الابن صحت من ثمانية

Marfat.com

وأربعين، وصحت مسألة البنت من تسعة، وهما متوافقان بالثلث، فتضرب ثلث أحدهما في الآخر، تبلغ مائة وأربعة وأربعين، منها تصح في الحالين، للأم بتقدير استهلال الابن تسعة وثلاثون، وبتقدير استهلال البنت اثنان وثلاثون، فتعطى الأقل، وللابن بتقدير استهلال الابن مائة وخمسة، وبتقدير استهلال البنت مائة واثني عشر، فتعطى الأقل، ويوقف الباقي وهو سبعة أسهم بينهما.

فرع: لابن الحداد: مات عن زوجة حامل وأخوين، فولدت ابنًا، ثم صودف ميتًا، فقالت الزوجة: انفصل حيًّا ثم مات، نظر، إن صدَّقاها، فهذا رجل خلَّف زوجة وابنًا، ثم مات الابن وخلّف أُمًّا وعمين، فتصحان من أربعة وعشرين. وإن كذّباها، فالقول قولهما مع يمينهما، وتصح من ثمانية. وإن صدّقها أحدهما وكذَّبها الآخر، حلف المكذِّب وأخذ تمام حقه لو كذباها، وهو ثلاثة من ثمانية، والباقي، وهو خمسة، يقسم بين المصدّق والزوجة على النسبة الواقعة بين نصيبيهما لو صدَّقاها، وذلك لاتفاقهما على أن المكذِّب ظالم يأخذ الزيادة، فكأنها تلفت من التركة، ونصيب الزوجة لو صدَّقاها عشرة من أربعة وعشرين، ثلاثة من الزوج، وسبعة من الابن، ونصيب العم سبعة، فالخمسة بينهما على سبعة عشر، وهي غير منقسمة، فتضرب سبعة عشر في أصل المسألة، وهو ثمانية، تبلغ مائة وستة وثلاثين، للمكذِّب ثلاثة مضروبة فيما ضربناه في المسألة، وهو سبعة عشر، يكون أحدًا وخَمسين، والباقي، وهو خمسة وثمانون، تقسم على سبعة عشر، يكون لكل سهم خمسة، فلها بعشرة خمسون، وله بسبعة خمسة وثلاثون، وقد زاد نصيب المكذِّب على نصيب المصدِّق بستة عشر سهمًا. ولو كانت المسألة بحالها، لكن ولدت بنتًا، قال الشيخ أبو علي تخريجًا على هذه القاعدة: إن صدَّقاها، صحت المسألتان من ثمانية وأربعين. وإن كذَّباها، فمن ثمانية. وإن صدَّقها أحدهما، فمن مائتين وثمانية وأربعين.

(المسألة) الخامسة: في حساب مسائل الردّ. قال الأئمة: الرّدُّ نقيض العول،

لأن الرد ينقص السهام عن سهام المسألة، والعـول يزيد عليها، ثم للمردود عليه حالان. أحـدهما: أن لا يكون معـه من لا يُرد عليه، فـينظر، إن كان شخـصًا واحدًا، فجمـيع المال له فرضًا وردًّا. وإن كانوا جميـعًا من صنف، فالمال بينهم بالسوية ذكورًا كانوا أو إناثًا. وإن كانوا صنفين أو ثلاثة، جـعل عدد سهامهم من المسألة كأنه أصل المسألة، ثم ينظر في عـدد سهام كل صنف وعدد رؤوسهم، إن انقسم عليهم، فذاك، وإلا، صُحِّح بطريقه.

مثاله: أم، وبنت، وأصل المسـألة من ستة، وسهامها أربعـة، فنجعل المسألة منها.

أم، وبنت، وبنت ابن، مجـموع سهامهن خـمسة، فنجعلهـا أصل المسألة. فإن كان مع الأم والبنت ثلاث بنات ابن، ضربنا عددهن في خمسة، تبلغ خمسة عشر، للأم ثلاثة، وللبنت تسعة، ولبنات الابن ثلاثة.

الحال الثاني: إذا كان مـعهم من لا يُرَدُّ عليه، دُفع إليه فرضـه من مخرجه، وجعل البـاقي لمن يرد عليه إن كـان شخـصًا أو جمـاعة من صنف. فـإن كانوا صنفين فأكثر، فخذ مخرج فـروضهم وسهامهم منه، وانظر في الباقي من مخرج فرض من لا ردَّ علـيه، فمـا بلغ جعلتـه أصل المسألة. فـإن وقع كسـر، صُحح بطريقه.

مثاله: زوجة، وأم، لها الربع، والباقي للأم.

زوج، وست بنات، له الربع، والباقي لا يصح عليهن، ويتـوافقان بالثلث، فتضرب وفق عددهن في أربعة، تبلغ ثمانية، منها تصح.

زوجـة، وأم، وثلاث بنات، مخـرج فرض الزوجـة ثمانيـة، ومسـألة الأم والبنات من ستة، وسـهامهن خمسة، والسـبعة الباقية لا تصح علـى خمسة ولا توافقها، فتضرب خمسة في ثمانية، تبلغ أربعين، للزوجة خمسة، والباقي بينهن أخماسًا، للأم سبعة، يبقـى ثمانية وعشرون لا تصح على ثلاثة، تضرب الثلاثة

Marfat.com

في أربعين، تبلغ مائة وعشرين، منها تصح.

فرع: باع بعضُ الورثة جميع نصيبه للباقين على قدر أنصبائهم، قدِّر كأنه لم يكن، وقسم المال على الباقين.

مثاله: زوج، وابن، وبنت، باع الزوج نصيبه لهما على قدر حقهما، فكأنه لا زوج، وتقسم التركة بينهما أثلاثًا. ولو باع بعض نصيبه، جعلت المسألة من عدد يوجد لنصيب البائع منه الجزء المبيع، وينقسم ذلك على الباقين.

مثاله: باع الزوج في المثال المذكور نصف نصيبه، تجعل المسألة من ثمانية ليكون لنصيبه منها وهو الربع نصف، لكن نصف ربع الثمانية لا ينقسم على الابن والبنت أثلاثًا، فتضرب الثمانية في مخرج الثلاث، تبلغ أربعة وعشرين، للزوج ثلاثة، وللابن أربعة عشر، وللبنت سبعة، وعلى هذا القياس.

□□□

Marfat.com

الباب العاشر

في المسائل الملقبات ومسائل المعاياة والقرابات المتشابهات

فيه ثلاثة فصول.

(الفصل) الأول: في الملقَّبات.

منها: المشرَّكة[1]، والخرقاء[2]. . . . . ،

---

(١) أركان هذه المسألة: زوج ـ أم ـ أخوة لأم ـ شقيق أو أكثر.

ومن القواعد المستقرة في علم الفرائض:

أن العاصب يسقط إذا استغرقت الفروض التركة، التزامًا بقوله ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فلأولي رجل ذكر» [متفق عليه].

وبناء على ذلك فيكون حل المسألة كالتالي:

الزوج: $\frac{١}{٢}$، الأم: $\frac{١}{٦}$، الأخوة لأم: $\frac{١}{٣}$ سقط الشقيقان لاستغراق الفروض التركة.

وهذا ما حكم به عمر رضي الله عنه أولاً.

فلما كان العام المقبل أتى بمثلها، فأراد أن يقضي فيها بما قضى به أولاً.

فقال له أحد الأشقاء: هب أن أبانا كان حجرًا ملقى في اليمّ، هب أن أبانا كان حمارًا (ولذلك سميت: الحجرية أو اليمِّيَّة، أو الحمارية) أليست أمنا واحدة؟

فلما قيل له ذلك قضى بالتشريك بين الأخوة لأم، والأخوة الأشقاء، على اعتبارهم أخوة لأم.

فجاء أصحاب المسألة الأولى يطالبون بحقهم وفقًا للقضاء الثاني، فقال لهم عمر رضي الله عنه: ذلك على ما قضينا، وهذا على ما نقضي.

[راجع كتاب الفرائض فقها وحسابا (صالح أحمد الشامي)].

(٢) الخرقاء: وأركان هذه المسألة الأم ـ الجد ـ الأخت.

وسميت بالخرقاء: لتخرق أقوال الصحابة رضي الله عنهم وكثرة اختلافهم فيها.

ـ فمنهم من قال: للأم الثلث والباقي للجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين. وهذا قول زيد رضي الله عنه.

ـ ومنهم من قال: للأخت النصف وللأم الثلث والباقي للجد وهذا قول علي رضي الله عنه.

ـ ومنهم من قال: للأخت النصف، وللأم ثلث الباقي، وللجد الباقي، وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه.

وفي رواية له: للأخت النصف، والباقي بالسوية بين الأم والجد.

ـ ومنهم من قال: أن المال بينهم أثلاثًا، وهذا قول عثمان رضي الله عنه.

ـ ومنهم من قال: للأم الثلث والباقي للجد، وهو قول أبي بكر رضي الله عنه.

Marfat.com

والأكدرية[١]، وأم الفروج[٢]، وأم الأرامل[٣]، والصَّمَّاء[٤]، وقد بيَّناهنَّ.

ومنهـا: مربَّعـات ابن مسـعود رضي الله عنه، وهن: بنت، وأخت، وجـد. قال: للبنت النصف، والباقي بينهما مناصـفة. وزوجة، وأم، وجد، وأخ، جعل المال بينهم أرباعًا. وزوجة، وأخت، وجـد. قال: للزوجة الربع، وللأخت النصف، والباقي للجد. فالصور كلّها من أربعة، والأخيرة تسمى: مربَّعة الجماعة، لأنهم كلهم جعلوها من أربعة وإن اختلفوا في بعض الأنصباء.

ومنها: المثمَّنة، وهي: زوجة، وأم، وأخـتان لأبوين، وأختان لأم، وولد لا يرث لرقٍّ ونحوه، لأن فـيها ثمانية مـذاهب عند الجمهور، هي من اثـني عشر، وتعول إلى سـبعة عشر. وعن ابـن عباس رضي الله عنهما، تفريعًـا على إنكار العول: أن الفاضل عن فرض الزوجة والأم وولدي الأم، لولـدي الأبوين، فتصح من أربعة وعـشرين. وعنه أيضًـا رضي الله عنه: أن الفـاضل عن الزوجـة والأم، بين ولدي الأم وولدي الأبوين، فـتصح من اثـنين وسبـعين. وعن معـاذ رضي الله عنه: أن للأم الثلث تفريعًـا على أن الأم لا تُحجب إلا بإخـوةٍ، فتعـول إلى تسعة عـشر. وعن ابن مسعود رضي الله عنه: إسقـاط ولدي الأم وعنه: إسقاط ولدي الأبوين، وعنه: إسـقاط الصنفين، والباقي للعصـبة، وعنه وهو الأشهر: أن للمرأة الثـمن تفريعًا على أن من لا يرث من الأولاد، يحـجب الزوجـة والأم، فـتكون المسـألة من أربعـة

---

(١) الأكدرية: سبق الكلام عليها في آخر الباب الثالث: (في ميراث الجد مع الأخوة).

(٢)، (٣): أم الفروج وأم الأرامل سميت بذلك لأن جميع الورثة من الإناث.

- وأركان المسألة: أخوات شقيقات، أو لأب، وأخوات لأم، وزوجات، وجدتين.

- فللأخوات الشقيقات أو لأب: $\frac{٢}{٣}$.

- والأخوات لأم: $\frac{١}{٣}$.

- والزوجات: $\frac{١}{٤}$.

- وللجدتين: $\frac{١}{٦}$.

فالمسألة من (١٢) وتعول إلى (١٧) ولذلك تسمى أيضًا بالسبع عشر الدينارية الصغرى.

(٤) الصماء: تُطْلَق على المسـألة التي لـم يـن فيها موافـقة بين السهام وعدد الرؤوس وأمـثلتها: في باب تصحيح المسائل.

Marfat.com

وعشرين، وتعول إلى أحد وثلاثين، وتسمى لذلك: ثلاثينية ابن مسعود رضي الله عنه.

ومنهـا: تسعينـية زيد رضي الله عنه: وهي: أم، وجد، وأخت لأبـوين، وأخوان، وأخت لأب، هي من ثمانية عـشر أصلاً أو ضربًا، للأم ثلاثة، وللجد خـمسة، وللأخت للأبوين تسعة، يبقى سهم على خمسـة، فتضربهم في ثمانية عشر تبلغ تسعين، منها تصح.

ومنهـا: النصـفـية، وهي: زوج، وأخـت لأبوين، أو لأب، لأنه ليس في الفرائض شـخصان يرثان نصفي المال فـرضًا إلا هما، وربما سمـيت الصورتان: يتيمتين.

ومنها: العُمَرِيَّتـان، وهما: زوج، وأبوان، أو زوجة، وأبوان، لأن أول من قضى فيها عمر رضي الله عنه.

ومنهـا: مـختـصـرة زيد رضي الله عنه، وهي: أم، وجـد، وأخت لأبوين، وأخ، وأخت لأب، لأنهـا تعمل تارة بـالبسط، فـيقـال: هي من سـتة، للأم سـهم، والباقي بين الجد والأخ والأختين على ستة، فتضرب ستة في أصل المسألة، تبلغ ستة وثلاثين، ويبقى بعد القسمة سهمان لولدي الأب لا يصحان، فتضرب ثلاثة في ستـة وثلاثين، تبلغ مائة وثمانيـة، والسهام بعد الـقسمة تتـوافق بالأنصاف، فتردها إلى أربعة وخمسين. وتارة بالاختصـار فيقال: المقاسمة وثلث الباقي سواء للجد، فتقسم من ثمانية عـشر، يبقى سهم لا يصح على ولدي الأب، فتضرب ثلاثة في ثمانية عشر، تبلغ أربعة وخمسين.

ومنها: مسألة الامتحـان: وهي: أربع نسوة، وخمس جدات، وسبع بنات، وتسـعة إخـوة لأب، هي من أربعة وعـشرين، وتـصح من ثلاثين ألفًا ومـائتين وأربعين.

قلت: سميت بالامـتحان، لأنه يقال: ورثة لا تبلغ طائفـة منهم عشرة، لم تصح مسألتهم من أقل من كذا. والله أعلم.

Marfat.com

ومنها: الغَـرّاء، هي: زوج، وأختـان لأب، وولدا أم، وتسمى: مـروانية، لأنه يقال: إنها وقعت في زمن بني أمية، واشتهرت في الناس فسميت: غراء.

ومنها: المروانيـة الأخرى، وهي: زوجة ورثت من زوجهـا ديناراً ودرهمًا، والتركة عـشرون ديناراً وعشرون درهمًا، يقـال: إن عبد الملك سئل عنهـا فقال: صورتها: أخـتان لأبوين، وأختان لأم، وأربع زوجات، للزوجـات خُمس الباب بسبب العول، والخُمس أربعة دنانير، وأربعة دراهم، لكل زوجة دينار ودرهم.

ومنها: مسائل المباهلة، وهي مـسائل العول، لأن ابن عباس رضي الله عنهما قال: من شاء باهلته أن المسألة لا تعول.

ومنها: الناقضة، وهي: زوج، وأم، وأخـوان لأم، لأنها تنقض أحد أصلي ابن عـبـاس رضي الله عنهما، إن أعطاها الثلـث، لزم العـول. وإن أعطاها السـدس، لزم الحجب بأخوين وهو يمنع الحكمين، لكن قيل: إن الصـحيح على قياس قوله أن الباقي للأخوين.

ومنها: الـديناريـة، وهي: زوجة، وأم، وبنتـان، واثنا عشـر أخًا، وأخت، والتركـة ستمـائة دينار، خصّ الأخت دينار منها. يروى أنهـا جاءت عليًّا رضي الله عنه متظلِّمة فقال: قد استوفيت حقَّكِ.

قلت: ويروى أنها قالت له رضي الله عنه: ترك أخي ستـمائة دينار، أُعطيتُ ديناراً، فقـال: لعل أخاك ترك زوجـة...، وذكر الباقين، وذكـر الشيخ نصـر المقدسي رحمه الله تـعالى: أنها تسمى: العـامرية، وأن الأخت سألت عامـراً الشعبي[1] رحمه الله تعالى عنها، فأجاب بما ذكرنا. والله أعلم.

---

(١) عامر الشعبي: (١٩ ـ ١٠٣ هـ).

هو: عامر بن شراحبيل الشعبي أبو عـمرو منسوب إلى (شعب همدان) ولد ونشأ بالكوفة وهو راوية فقيه، من كبار التابعين، اشتهر بحفظه، كان ضئيل الجسم، أخذ عنه أبو حنيفة وغيره، وهو ثقة عند أهل الحديث وكان يقال له: ابن عباس في زمانه.

[راجع: تذكرة الحفاظ ـ والأعلام، وغيرهما].

Marfat.com

ومنها: المأمونية، وهي: أبوان، وبنتان، لم تقسم التركة حتى ماتت إحدى البنتين، وتركت الباقين، سأل المأمون[١] عنها يحيى بن أكثم[٢] رضي الله عنه حين أراد أن يوليه القضاء فقال: الميت الأول رجل، أم امرأة؟ فقال المأمون: إذا عرفت الفرق عرفت الجواب، لأنه إن كان رجلاً، فالأب وارث في المسألة الثانية، وإلا، فلا، لأنه أبو أم.

الفصل الثاني: في المعاياة، قالت حبلى لقوم يقسمون تركة: لا تعجلوا فإني حبلى، إن ولدتُ ذكراً ورث، وإن ولدت أنثى، لم ترث. وإن ولدت ذكراً وأنثى، ورث الذكر دون الأنثى، هذه زوجة كل عصبة سوى الأب والابن. ولو قالت: إن ولدت ذكراً، أو ذكراً وأنثى، ورثا، وإن ولدت أنثى، لم ترث فهي زوجة الأب، وفي الورثة أختان لأبوين، أو زوجة الابن، وفي الورثة بنتا صلب.

ولو قالت: إن ولدت ذكراً، لم يرث، وإن ولدت أنثى، ورثت، فهي زوجة الابن، والورثة الظاهرون: زوج، وأبوان، وبنت أو زوجة الأب. والورثة الظاهرون: زوج، وأم، وأختان لأم. ولو قالت: إن ولدت ذكراً أو أنثى لم ترث، وإن ولدتهما، ورثا، فهي زوجة الأب، وقد مات الأب قبله. والورثة الظاهرون: أم، وجد، وأخت لأبوين.

---

(١) المأمون: (١٧٠ ـ ٢١٨ هـ).

عبد الله بن هارون الرشيد بن محمد المهدي بن أبي جعفر المنصور، أبو العباس، سابع الخلفاء من بني العباس في العراق، وأحد أعاظم الملوك، في سيرته وعلمه وسعة ملكه، فكان من رجال بني العباس حزمًا وعزمًا ورأيًا وعقلاً وهيبة وحلمًا، ومحاسنه كثيرة في الجملة. ومن أقواله: لو عرف الناس حبي للعفو، لتقربوا إليَّ بالجرائم، وأضاف أن لا أوجر فيه.

[راجع ترجمته: سير أعلام النبلاء، شذرات الذهب، الأعلام، وغيرها].

(٢) يحيى بن أكثم: (١٥٩ ـ ٢٤٢ هـ).

هو: يحيى بن أكثم بن محمد بن قطن التميمي الأسيدي المروزي، أبو محمد، القاضي المشهور، فقيه صدوق عالي الشهرة كثير الأدب، ولي قضاء البصرة وبغداد، كان له كتب في الفقه مطولة، سمع عبد الله بن المبارك وسفيان بن عيينة وغيرهما، وروى عنه أبو عيسى الترمذي وغيره.

[راجع ترجمته. سير أعلام النبلاء، تاريخ بغداد، الأعلام، وغيرها].

Marfat.com

نوع آخر: قالت: إن ولدتُ ذكرًا، ورث وورثتُ. وإن ولدتُ أنثى، لم ترث ولا أرث، فهي بنت ابن الميت، وزوجة ابن ابن له آخر، وهناك بنتا صلب.

ولو قالت: إن ولدت ذكرًا، لم يرث ولم أرث، وإن ولدت أنثى، ورثنا، فهي بنت ابن ابن الميتة، وزوجة ابن ابن آخر. والورثة الظاهرون: زوج، وأبوان، وبنت ابن.

ولو قالت: إن ولدت ذكرًا، فلي الثمن وله الباقي، أو أنثى، فالمال بيني وبينها سواء، وإن أسقطتُ ميتًا، فالمال كله لي، فهي امرأة أعتقت عبدًا ثم تزوجته فمات وهي حبلى منه.

نوع آخر: قال رجل: لا تعجلوا، فامرأتي غائبة، إن كانت ميتة، ورثت أنا، وإن كانت حية، ورثتْ ولم أرث، فهذا أخو الميت لأبيه، وزوجته الغائبة أخت الميت لأمه، وله معها أم وأختان لأبوين. ولو قال: إن كانت حية، ورثت دونها، أو ميتة، فلا شيء لنا، هي امرأة ماتت عن زوج، وأم، وجد، وأخت لأم، وأخ لأب قد نكحها، وهي الغائبة.

نوع آخر: امرأة وزوجها، أخذا ثلاثة أرباع المال، وأخرى وزوجها أخذا الربع، صورته: أخت لأب، وأخرى لأم وابنا عم أحدهما أخ لأم، والذي هو أخ لأم، زوج الأخت للأب، والآخر زوج الأخت للأم، فللأخت للأب النصف، وللأخ وللأخت للأم الثلث، والباقي بين ابني العم.

زوجان أخذا ثلث المال، وآخران ثلثيه، صورته: أبوان، وبنت ابن في نكاح ابن ابن ابن آخر.

رجل وابنته، ورثا مالاً نصفين، صورته: ماتت عن زوج هو ابن عم وبنت منه.

رجل وزوجتاه، ورثوا المال أثلاثًا، صورته: بنتا ابنين في نكاح ابن أخ، أو ابن ابن ابن.

Marfat.com

ابن زوجة، وسبعة إخـوة لها، ورثوا مالاً بالسوية، صورته: نكح ابنُ رجل أم امرأته وأولدها سـبعة، ومات الرجل بعـد موت الابن عن زوجة وسبـعة بني ابن، هم إخوتها لأم، فلها الثمن، ولهم الباقي.

نوع آخر: امرأة ورثت أربعـة أزواج، واحدٍ بعد واحد، فـحصل لها نصف أمـوالهم، هم أربعة إخـوة لأب، كان لهم ثمـانيـة عشـر ديناراً للأول ثمانيـة، وللثاني ستة، وللثالث ثلاثة، وللرابع دينار.

امرأة ورثت خمسـة أزواج، فحصل لها نصف أموالهم، هم خـمسة إخوة، لهم ثمانية وأربعون دينارًا، للأول ستة عشر، وللثاني ثلاثة عشر، وللثالث تسعة وللرابع ثلاثة، وللخامس سـبعة. فلو كانـوا ثلاثة، وورثت النصف، فهم ثلاثة إخوة، لهم مائة وثمانية وثلاثون، للأول مائة وثمانية وعشرون، وللثاني ثمانية، وللثالث ديناران.

نوع آخر: قال صحيح لمريض: أوص، فقال: إنما يرثني أنت وأخواك وأبواك وعمّاك، فالصـحيح، أخو المريض لأمه وابن عمه، فـأخواه أخوا المريض لأمه، وأبواه عم المريض وأمه، وعـماه عما المريض، والحـاصل ثلاثة إخوة لأم، وأم، وثلاثة أعـمام. ولو قـال: يرثني أبواك وعمـاك وخالاك، فـالصحـيح ابن أخي المريض لابيه، وابن أخته لأمه، وله أخوان آخران لأب، وأخوان لأم. ولو قال، يرثني جدتاك وأختاك وزوجتاك وبنتاك، فـجدتا الصحيح زوجتا المريض، وأختاه من الأم أختا المريض من الأب، وزوجتا الصحيح إحداهما أم المريض، والأخرى أختـه للأب، وبنتـا الصحـيح أختـا المريض من الأم، ولدتهمـا له أم المريض. والحاصل: زوجـتان وثلاث أخـوات لأب، وأختان لأم، وأم. ولو قـال: يرثني زوجتـاك، وبنتاك، وأختاك، وعـمتاك، وخالتـاك، فزوجتا الصـحيح أم المريض وأخته لأبيه، وبنتا الصحيح أختا المريض لأمه، وأختا الصحيح لأمه أختا المريض لأبيه، وعمتـا الصحيح إحداهما لأب والأخرى لأم، وخـالتاه كذلك، وأربعهن زوجات المريض، فـالحاصل: أربع زوجات، وأم، وأختـان لأم، وثلاث أخوات لأب.

Marfat.com

نوع آخر: ترك سبـعة عشر ديناراً على سبع عشـرة أنثى، أصاب كل واحدة دينار، هي أم الأرامل.

ترك أربعة وعشرين ديناراً على أربع وعـشرين أنثى، أصاب كل أنثى دينار، هي ثلاث زوجات، وأربع جدات، وست عشرة بنتًا، وأخت لأب.

الفصل الثالث: في القرابات المشتبهة.

رجلان، كل واحد عم الآخر، هما رجـلان نكح كلٌّ أم صاحبه، فولد لكلٍّ ابنٌ، فكل ابن عم الآخر لأمه.

رجلان، كل واحد خـال الآخر، هما رجلان نكح كل واحـد بنت الآخر، فولد لهما ابنان، فكل ابن خال الآخر.

رجلان، كلٌّ عم أبي الآخر، صورته: نكح رجلان كلٌّ أم أبي الآخر، فولد لهما ابنان.

رجلان، كلٌّ عم أم الآخر، نكح كلٌّ بنت ابن الآخر، فولد لهما ابنان.

رجلان، كلٌّ خال أب الآخر، نكح كلٌّ أم أم الآخر فولدا ابنين.

رجلان، كلٌّ خال أم الآخر، نكح كلٌّ بنت بنت الآخر فولدا ابنين.

رجلان، أحدهما عمّ الآخر، والآخر خال الأول، صورته: نكح امرأة وابنهُ أمَّها، فولد لكلٍّ ابن، فابن الأب عم ابن الابن وهو خال ابن الأب.

رجل هو عم وخال، صورته: أن ينكح أحد الأخوين لأب أخت الآخر للأم فتلد ابنًا، فالأخ الآخر عم المولود لأبيه وخاله لأمه.

رجل هو عم أبيه وعم أمه، صورته: أن ينكح أبو أبي أبيه أم أبي أمه، فتلد ابنًا، فذلك الابن عم أبيه للأب، وعم أمه للأم.

رجل هو خال أبيـه، وخال أمـه، صورته: أن ينكح أبو أم أمـه أم أم أبيه، فتلد ابنًا، فالابن خال أم الرجل لأبيه، وخال أبيه لأمه.

رجلان كلٌّ ابن عم الآخر وابن خـاله، صورته: أن ينكح رجلان كلٌّ أخت

Marfat.com

الآخر فيولد لهما ابنان.

وعن حرملة: أن رجلاً دفع رَقعة إلى الشافعي ـ رضي الله عنه ـ فيها:

رجل مات وخلَّى رجـلاً ابن عم ابن أخي عم أبيه

فكتب الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في أسفلها:

صار مال المتـوفى كـملاً باتفاق القول لا مـرية فيه

للذي خبّرت عنـــه أنــه ابن عم ابن أخي عم أبيه

وذلك لأن ابن أخي عم الأب، هو الأب، فابن عمه هو ابن عم الأب.

ويعرف من هذا قول القـائل: ورث من الميت خال ابن عمتـه دون أخيه من الأبوين، لأن خال ابن العمة هو الأب والأعمام، والمراد هنا: الأب.

وقول القائل: ورث الميت عمة ابن خاله دون الجدة، لأنها هي الأم.

Marfat.com

كتاب الوَصايا (١)

يقال: أوصيَتُ لـفلان بكذا، ووصيَّت، وأوصيت إليـه: إذا جعلته وصيًّا. ومَنْ عنده وديعة، أو في ذمـته حق لله تعالى، كـزكاة، وحج، أو دين لآدمي، يجب عليه أن يوصيَ به إذا لم يعلم به غيره.

قلت: المراد، إذا لم يعلم به من يثبت بقوله. والله أعلم.

ويستحَبّ أن يوصي من له مـال. وتعجيل الصدقة في الصحـة ثم في الحياة أفضل، وإذا أراد أن يوصيَ، فـالأفضل أن يقدِّم من لا يرث من قرابتـه، ويقدم منهم المحارم، ثم غير المحارم، ثم يقدم بالرضاع، ثم بالمصاهرة، ثم بالولاء، ثم بالجوار، كـما في الصدقة المنجـزة. وفي «أمالي» السرخـسي: أن من قل ماله،

---

(١) الوصايا: جمع وصيـة، مأخوذة من «وصّيت الشيء أصيه»، إذا وصلته. سـميت وصية لأن الموصي وصل ما كان له في حياته بما كان بعد مماته.

- وشرعًا: عهد خاص بالتصرف بالمال أو التبرع به بعد الموت.

- وهي مشروعة بالكتابة والسنة والإجماع.

- قال الله تعالي: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية﴾ [البقرة: ١٨٠].

- عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: «مـا حق امريء مسلم له شيء يريد أن يوصي فـيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» [متفق عليه].

- وهي مشروعة أيضًا بإجماع المسلمين في جميع الأعصار والأمصار.

و تجري في الوصية الأحكام الخمسة:

١ ـ تجب على من عليه حق بلا بينة.

٢ ـ تحرم على من له وارث إذا وصى بأكثر من الثلث، أو وصى لوارث بشيء ما لم تجز الورثة.

٣ ـ تسن لمن ترك خيراً كثيراً بالثلث فأقل.

٤ ـ تكره لفقير وارثه محتاج.

٥ ـ تباح لفقير إن كان ورثته أغنياء.

Marfat.com

وكثر عياله، يستحب أن لا يفوِّته عليهم بالوصية. والصحيح المعروف هو الأول.

ويشتمل الكتاب على أربعة أبواب.

(الباب) الأول: في أركانها، وهي أربعة.

(الركن) الأول: الموصي، وهو كل مكلف حر، فلا تصح وصية المجنون، والمبرسم، والمعتوه الذي لا يعقل، والصبي الذي لا يميز قطعًا، ولا تصح وصية الصبي المميز. وتدبيره على الأظهر عند الأكثرين كهبته وإعتاقه، إذ لا عبارة له. وتصح وصية المحجور عليه لسفه على المذهب. وقيل: قولان كالصبي. وأما العبد، فإن أوصى، ومات رقيقًا، فباطلة. وإن عتق، ثم مات، فباطلة أيضًا على الأصح. والمكاتب كالقن وكالصبي.

فرع: تصح وصية الكافر بما يتمول أو يقتنى، ولا تصح بخمر، ولا خنزير، سواء أوصى لمسلم أو ذمي، ولا بمعصية، كعمارة كنيسة، أو بنائها، أو كتب التوراة والإنجيل، أو قراءتهما، وما أشبههما.

الركن الثاني: الموصى له. فإن كانت الوصية لجهة عامة، فشرطه: أن لا تكون جهة معصية وسواء أوصى به مسلم أو ذمي، فلو وصى مسلم ببناء بقعة لبعض المعاصي، لم يصح، كما لو وصى ذمي ببناء كنيسة.

فرع: يجوز للمسلم والذمي الوصية لعمارة المسجد الأقصى وغيره من المساجد، ولعمارة قبور الأنبياء، والعلماء، والصالحين، لما فيها من إحياء الزيارة، والتبرك بها، وكذا الوصية لفك أسارى الكفار من أيدي المسلمين، لأن المفاداة جائزة، وكذا الوصية ببناء رباط ينزله أهل الذمة، أو دار لتصرف غلتها إليهم.

فرع: عَدّوا من الوصية بالمعصية، ما إذا أوصى لدهن سراج الكنيسة، لكن قيَّد الشيخ أبو حامد المنع بما إذا قصد تعظيم الكنيسة. فأما إذا قصد انتفاع المقيمين أو المجاورين بضوئها، فالوصية جائزة، كما لو أوصى بشيء لأهل الذمة.

Marfat.com

فصل: وإن كانت الوصيـة لمعيّن، فينبغي أن يتصـور له الملك. ويتعلق بهذا الضبط مسائل.

إحداها: الوصية للحمل جائزة، ثـم ينظر، فإن قال: أوصيت لحمل فلانة، أو لحمل فلانة الموجود الآن، فلا بد لنفوذها من شرطين.

أحدهما: أن يعلم وجـوده حال الوصية، بأن ينفصل لأقل من سـتة أشهر، فلو انفصل لستة فصاعداً، نظر، إن كانت المرأة فراشًا لزوج أو سيد، لم يستحق شيئًا، وان لم تكن فراشًا، بل فارقها مستفرشها قبل الوصية. فإن كان الانفصال لأكثـر من أربع سنين من وقت الوصيـة، لم يستحق شـيئًـا. وإن انفصل لدون ذلك، فقـولان، وقيل: وجهان. أظهـرهما: أنه يستـحق، لأن الظاهر وجوده. ولو قال: أوصـيتُ لحمل فـلانة من زيد، اشتـرط مع ذلك ثبوت نسـبه من زيد حتى لو كانت الوصـية بعد زوال الفراش، فأتت بولـد لأكثر من أربع سنين من وقت الفراق، ولأقل مـن ستة أشـهر من يوم الوصـية، لم يستـحق شيـئًا، لأن النسب غيـر ثابت منه. ولو اقتـضى الحال ثبوت نسـبه من زيد، فنفـاه باللعان، فالصحيح الذي قاله ابن سريج والجمهور: لا شيء له، لأنه لم يثبت. وعن أبي إسحاق، واختـاره الأستاذ أبو منصور: يستحق، لأن النسب كـان ثابتًا، واللعان إنما يؤثر في حق المتـلاعنَين، ويجـري الخـلاف فيـما لـو أوصى لحمل أمـة من سيدها، فادعى سيدها الاستبراء، ورأيناه نافيًا للنسب.

الشرط الثاني: أن ينفصل حيًّا، فلو انفصل ميتًـا، فلا شيء له وإن انفصل بجناية وأوجبنا الغرة، لما ذكرناه في الميراث.

فرع: أتت بولدين بينهمـا أقل من ستة أشهر، وبـين الوصية والأول أقل من ستة أشهر، صحت الوصية لهمـا وإن زاد ما بين الوصية والثاني على ستة أشهر وكانت المرأة فراشًا، لأنهما حمل واحد.

فرع: يقبل الوصية للحمـل من يلي أمره بعد خروجه حيًّـا. وإن قبلها قبل انفصـاله، ثم انفصل حيًّـا، فعن القـفال: أنه لا يعتدُّ بقـوله. وقال غيره: فـيه قولان. كمن باع مال أبيه على ظن حياته فبانَ ميتًا.

Marfat.com

فرع: هذا الذي ذكرناه، فيما إذا قال: أوصيتُ لحملها، أو لحملها الموجود. أما إذا قال: لحملها الذي سيحدث، فأوجه. أصحها عند الأكثرين: بطلان الوصية، لأنها تمليك، وتمليك المعدوم ممتنع. والثاني: تصح، قاله أبو إسحاق، وأبو منصور، كما تصح بالحمل الذي سيوجد. والثالث: إن كان الحمل موجوداً حال الموت، صح، وإلاّ، فلا.

المسألة الثانية: العبد الموصى له، إما أن يكون لأجنبي، وإما أن يكون للموصي، وإما للورثة.

القسم الأول: لأجنبي، فتصح الوصية. ثم لا يخلو، إما أن يستمر رقُّه، وإما أن لا يستمر.

الحالة الأولى: أن يستمر رقُّه، فالوصية للسيد، حتى لو قتل الموصي للعبد الموصى له، لم تبطل الوصية، ولو قتله سيد العبد، كانت وصيته للقاتل. وفي افتقار قبول العبد إلى إذن السيد وجهان سبقا في باب «معاملة العبيد». أصحهما: المنع، ولا يصح من السيد مباشرة القبول بنفسه على الأصح، لأن الخطاب لم يكن معه، والوجهان فيما حكى، مخصوصان بقولنا: إن قبول العبد يفتقر إلى إذن السيد. ويجوز أن يُعمما، لان الملك للسيد بكل حال، فلا يبعد تصحيح القبول منه وإن لم يسم في الوصية؛ ألا ترى أن وارث الموصى له يقبل وإن لم يسم في الوصية. وأما قبول السيد ما وهب لعبده، فقال قائلون: هو على هذين الوجهين. وقال الإمام: هو باطل قطعًا، لأن القبول في الهبة كالقبول في سائر العقود، بخلاف قبول الوصية. وإذا صححنا قبول العبد بغير إذن سيده، فلو منعه من القبول فقبل، قال الإمام: الظاهر عندي الصحة، وحصول الملك للسيد، كما لو نهاه عن الخلع فخالع. وإذا قلنا: لا يصح بلا إذن، فلو رد السيد، فهو أبلغ من عدم الإذن. فلو بدا له أن يأذن في القبول، ففيه احتمال عند الإمام، قال: وإذا صححنا القبول من السيد، فيجب أن يبطل ردُّ العبد لو ردَّه.

Marfat.com

الحالة الثانية: أن لا يستمر، بل يعتق. فينظر، إن عتق قبل موت الموصي، فالاستحقاق للعبد، لأنه وقت الملك حر، وإن عتق بعد موته. فإن قبل ثم عتق، فالاستحقاق للسيد، وإن عتق ثم قبل، فإن قلنا: الوصية تملك بالموت، أو موقوفة، فالملك للسيد. وإن قلنا: تملك بالقبول، فللعبد. ولو أوصى لعبد هو لزيد، فباعه لعمرو، فينظر في وقت البيع، ويجاب بمثل هذا التفصيل.

فرع: أوصي لمن نصفه حر، ونصفه لأجنبي، فإن لم تكن بينه وبين سيده مهايأة، وقبل بإذن السيد، فالموصى به بينهما بالسوية، كما لو احتش أو احتطب. وإن قبل بغير إذنه، وقلنا: يفتقر قبول العبد إلى إذن سيده، فالقبول باطل في نصف السيد. وفي نصفه وجهان، لأن ما يملكه ينقسم على نصفيه فيعزم دخول نصفه في ملك السيد بغير إذنه. وإن كان بينهما مهايأة، بني على أن الأكساب النادرة هل تدخل في المهايأة؟ وفيه خلاف سبق في «زكاة الفطر»، وفي «كتاب اللقطة». فإن قلنا: لا تدخل، فهو كما لو لم تكن مهايأة. وإن قلنا: تدخل، فلا حاجة إلى إذن السيد في القبول، لأن المهايأة إذن له في جميع الاكساب الداخلة فيها. وهل الاعتبار بيوم موت الموصي، أم بيوم القبول، أم بيوم الوصية؟ فيه أوجه. أصحها: الأول. ولو وهب لمن نصفه حر، فعلى القولين في دخول الكسب النادر في المهايأة. فإن أدخلنا ووقع العقد في يوم أحدهما، والقبض في يوم الآخر، بني على أن الهبة المقبوضة يستند الملك فيها إلى العقد، أم يثبت عقب القبض؟ فإن قلنا بالأول، فالاعتبار بيوم العقد، وإلاّ، فيوم القبض على الأصح، وعلى الثاني بيوم العقد.

فرع: قال: أوصيت لنصفه الحر، أو لنصفه الرقيق خاصة. فعن القفال: بطلان الوصية. قال: ولا يجوز أن يوصيَ لبعض شخص، كما لا يرث بعضه، وقال غيره: يصح وينزل بتقييد الموصي منزل المهايأة، فيكون الموصى به للسيد إن وصَّى لنصفه الرقيق، وله إن أوصى لنفسه الحر.

قلت: الأصح: الثاني. والله أعلم.

Marfat.com

فرع: تردد الإمام، فيما إذا صرحا بإدراج الأكساب النادرة في المهايأة، أنها تدخل قطعًا، أم تكون على الخلاف؟ وفيما لو عمت الهبات والوصايا في قطر، أنَّها هل تدخل قطعًا، أم تكون على الخلاف؟

قلت: الراجح طرد الخلاف مطلقًا، لكثرة التفاوت. والله أعلم.

القسم الثاني: أن يكون العبد الموصى لـه للموصي، فينظر، إن أوصى لعبده القنّ برقبته، فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في القسم الثاني من الباب الثاني. وإن أوصى له بجزءٍ من رقبته، نفذت الوصية فيه، وعتق ذلك الجزء. وكذلك لو قال: أوصيت له بثلث مالي ولا مال لـه سواه. ولو قال: أوصيت له بثلث ما أملك من رقبته وغيرها من أموالي، نفذت الوصية في ثلثه، وبقي باقيه رقيقًا للورثة، فيكون الثلث من سائر أمواله وصية لمن بعضه حر وبعضه رقيق لوارثه. وسنذكره إن شاء الله تعالى. ولو قال: أوصيت له بثلث ما أملك، أو بثلث أموالي، ولم ينص على رقبته، فأوجه. أصحها وبه قال ابن الحداد: أن رقبته تدخل في الوصية، لأنها من أمواله. والثاني: لا، لإشعاره بغيره. فعلى هذا، لا يعتق منه شيء، والوصية له وصية للعبد بغير رقبته، وعلى الأول، هو كما لو قال: أوصيت له بثلث رقبته، وثلث باقي أموالي. والثالثة: تجمع الوصية في رقبته، فإن خرج كله من الثلث، عتق، وإن كان الثلث أكثر من قيمته، صرف الفضل إليه، وإن لم يخرج كله من الثلث، عتق منه بقدر ما يخرج. ولو أوصى له بعين مال، أو قال: أعطوه من مالي كذا، فإن مات وهو ملكه، فالوصية للورثة. وإن باعه الموصي، فهو للمشتري. وإن أعتقه، فهي للعتيق. ولو أوصى له بثلث جميع أمواله، وشرط تقديم رقبته، عتق جميعه، ودفع إليه ما يتم به الثلث.

فرع: تجوز الوصية لأم ولده، لأنها تعتق بموته من رأس المال، وللمكاتبِ، لأنه مستقل بالملك. ثم إن عجز ورقّ، صارت الوصية للورثة. وكذا المدبَّر. ثم عتقه والوصية له معتبران من الثلث. فإن وفى بهما، عتق، ونفذت الوصية. وإن

Marfat.com

لم يفِ الثلث بالمدَّبر، عـتق منه بقدر الثلث، وصـارت الوصيـة لمن بعضـه حر وبعضه رقيق للوارث، وإن وفى بأحد الأمرين من المدبر والوصية، بأن كان المدبر يساوي مـائة، والوصية بمائة، وله غـيرهما مائة، فـوجهان. أحـدهما وبه قطع الشيخ أبو علي: تقدم رقبته، فيعـتق كله، ولا شيء له بالوصية. وأصحهما عند البغوي: يعتق نصفه، والوصية وصية لمن بعضه حر وبعضه رقيق للوارث.

قلت: الأول: أصح. والله أعلم.

القسم الثالث: أن يكون العبد لوارث الموصي، بأن باعه قبل موت الموصي، فالوصية للمشتري، وإن أعتقه، فـهي للعتيق، فإن استمر في ملكه، فهي وصية لوارث، وسيـأتي حكمها إن شـاء الله تعالى. وكذا لو أوصى لعـبد أجنبي، ثم اشتراه وارثه، ثم مات الموصي.

ولو أوصى لمن نصـفه حر، ونصـفه لوارثه، فـإن لم تكن بينه وبين السـيد مهـايأة، أو كانت، وقلنا: لا تدخل الوصيـة فيها، فـهو كالوصيـة لوارث. قال الإمام: وكان يحـتمل أن يبعِّض الوصية، كمـا لو أوصى بأكثر من الثلث. وإن جرت مهايأة، وقلنا: يدخل فيها، فقـد سبق أن الاعتبار بيوم موت الموصي على الأصح. فإن مات في يوم العبد، فالوصيـة صحيحة له، وإلاّ، فوصية لوارث. وسواء كانت مهايأة يوم الوصيـة، أم أحدثاها قبل موت الموصي، قاله الشيخ أبو علي.

فرع: أوصى لمكاتب وارثه. فإن عتق قبل موت الموصي، نفذت الوصية له، وكذا لو أعتق بعده بأداء النجوم. فإن عجز، ورق، صارت وصية لوارث.

المسـألة الثـالثـة: أوصى لدابة غـيـره، وقـصـد تمليكهـا، أو أطلق. قـال الأصحاب: الوصية باطلة، لأن مـطلق اللفظ للتمليك، والدابة لا تملِك. وفرقوا بينه وبين الوصية المطلقة للعـبد، بأن العبد تنتظم مخاطبتـه، ويتأتَّى منه القبول، وربما عتق قبل موت الموصي، فثبت له الملك. وقد سبق في الوقف المطلق عليها وجهان في كونه وقفًا على مالكها، فـيشبه أن تكون الوصية على ذلك الخلاف.

Marfat.com

وقد يفرق بأن الوصية تمليك مَحْض، فينبغي أن تضاف إلى من تملَّك.

قلت: الفرق أصح. والله أعلم.

ولو فُسِّر بالصرف في علفها، صحت، لأن علفها على مالكها، فالقصد بهذه الوصية المالك. هذا هو ظاهر المنقول، وبه قطع الغزالي، والبغوي، وغيرهما. ويحتمل طرد خلاف سبق في مثله، في الوقف. فعلى الصحة في اشتراط قبول المالك وجهان. اختيار أبي زيد: لا يشترط، ويجعل وصية للدابة. والأصح: الاشتراط، وبه قطع صاحب «التلخيص» كسائر الوصايا. وهي وصية لمالكها، كما لو أوصى لعمارة داره، فعلى هذا، يتعين صرفه إلى جهة الدابة على الأصح. وبه قطع صاحب «التلخيص» رعاية لغرض الموصي. فعلى هذا، يتولى الإنفاق الوصي. فإن لم يكن، فالقاضي، أو من يأمره من المالك أو غيره. قال القفال: لا يتعين، بل له إمساكه، وينفق عليها من غيره.

فرع: لو انتقلت الدابة من مالكها إلى غيره، فقياس كون الوصية للدابة، الاستمرار لها. وقياس كونها للمالك، اختصاصها بالمنتقَل عنه.

قلت: بل القياس اختصاصها بالمنتقَل إليه، كما سبق في الوصية للعبد. والله أعلم.

فرع: أوصى لمسجد، وفسر بالصرف في عمارته ومصلحته، صحت الوصية. وإن أطلق، فهل تبطل كالوصية للدابة، أم تصح تنزيلاً على الصرف في عمارته ومصلحته عملاً بالعرف؟ وجهان. أصحهما: الثاني، ويصرفه القيِّم في الأهم والأصلح باجتهاده.

وإن قال: أردت تمليك المسجد، فقد ذكر بعضهم أن الوصية باطلة. ولك أن تقول: سبق أن للمسجد ملكًا، وعليه وقفًا، وذلك يقتضي صحة الوصية.

قلت: هذا الذي أشار الإمام الرافعي إلى اختياره هو الأفقه والأرجح. والله أعلم.

Marfat.com

المسألة الرابعة: الوصية للذمي صحيحة بلا خلاف. وكذا للحربي والمرتد على الأصح المنصوص في «عيون المسائل».

(المسألة) الخامسة: في صحة الوصية للقاتل قولان. أظهرهما عند العراقيين والإمام والروياني: الصحة، كالهبة. وسواء كان القتل عمدًا أو خطأً، بحقٍّ أم بغيره. وقيل: القولان في القتل ظلمًا، وتصح للقاتل بحق قطعًا، كالقصاص. وقال القفال: إن ورّثنا القاتل بحق، صحت، وإلاّ، فعلى هذا الخلاف. وقيل: القولان فيمن أوصى لجارحه ثم مات. أما من أوصى لرجل، فقتله، فباطلة قطعًا، لأنه مستعجل، فحُرم، كالوارث. وقيل: تصح في الجارح قطعًا. والقولان في الآخر. والمذهب الصحة مطلقًا.

فرع: المستولدة إذا قتلت سيدها، عتقت قطعًا وإن استعجلت، لأن الإحبال كالإعتاق، ولو أعتق المريض عبدًا، فقتل سيده، لم يؤثر في حريته. ولو قتل المدبر سيده، فإن قلنا: التدبير وصية، فهو كما لو أوصى لرجل فقتله. وإن قلنا: تعليق عتق، بصفة، عتق قطعًا، كالمستولدة. وقال البغوي: إن صححنا الوصية للقاتل، عتق المدبر بقتل سيده، وإلاّ، فلا. ويبطل التدبير، سواء قلنا: التدبير وصية، أم تعليق، لأنه وإن كان تعليقًا، ففي معنى الوصية، لأنه من الثلث.

فرع: أوصى لعبد جارحه، أو لمدبره، أو لمستولدته، فإن عتق قبل موت الموصي، صحت الوصية للعتيق، وإن انتقل منه إلى غيره، صحت لذلك الغير، وإلاّ، فهي وصية لجارح.

فرع: أوصى لعبد زيد بشيء، فجاء العبد فقتل الموصي، لم تتأثر به الوصية. فإن جاء زيد وقتله، فهو وصية للقاتل. ولو أوصى لمكاتب، فقتل المكاتب الموصي، فإن عتق، فهي وصية للقاتل. وإن عجز، فالوصية صحيحة للسيد. وإن قتله سيد المكاتب، فالحكم بالعكس. وتجوز الوصية للعبد القاتل، لأنها تقع لسيده.

فرع: مستحق الدين المؤجل إذا قتل مَن عليه دين، حل دينه، لأن الحظ له

Marfat.com

الآن في تعجيل براءته.

(المسألة) السادسة: في الوصيـة للوارث. يقدم عليها أنه ينبغي أن لا يوصيَ بأكثـر من ثلث ماله. فـلو خالف ولْه وارث خـاص، فردّ، بطلت الوصـية في الزيادة على الثلث، وإن أجـاز، دفع المال بالزيادة إلى الموصى له. وهل إجـازته تنفيذ لتـصرف الموصي، أم ابتداء عطية من الوارث؟ قولان. أظهرهمـا: تنفيذ. وإن لم يكن وارث خاص، فـالزيادة على الثلث باطلة على الصحـيح المعروف، وبه قطع الجمهور، لأن الحق للمسلمين، فلا مـجيز. وحكى أبو عاصم العبادي وجهًا في صـحتها. وقال المتولي: للإمـام ردُّها. وهل له إجازتها؟ يبنى على أن الإمـام، هل يعطـى حكم الوارث الخـاص. وفي الوصـيـة لـلوارث طريقـان. أصحهما: أنه كما لو أوصى لأجنبي بزيادة على الثلث، فتبطل برد سائر الورثة. فإن أجازوا، فـعلى القولين. أحدهمـا: إجازتهم ابتداءً عطيةٌ، والوصـية باطلة. وأظهرهما: أنها تنفيذ. والطريق الثاني: القطع ببطلانها وإن أجازت الورثة.

والفـرق أن المنع من الزيادة هناك لحقّ الورثة، فـإذا رضوا أجـاز. والمنع هنا لتغـيير الفروض التي قـدرها الله تعالى سبـحانه للورثة، فلا أثر لرضـاهم. فإن قلنا: تنفيذ، كفى لفظ الإجازة، ولا يحتاج إلى هبة وتجديد قبول وقبض، وليس للمجيز الرجـوع وإن كان قبل القبض. وإن قلنا: ابتداء عطيـة، فلا يكفي قبول الوصية أولاً، بل لا بد من قبولٍ آخر في المجلس، ولا بد من القبض، وللمجيز الرجوع قبل القبض، وهل يشتـرط لفظ التمليك أو لفظ الإعتاق إن كان الموصى به إعتاقًـا؟ وجهان. أصحـهما: نعم، ولا يكفي لفظ الإجازة، كـما لو تصرف تصرفًا فاسدًا من بيع أو هبة ثم أجازه.

فرع: خلف زوجة هي بنت عـمه، وأباها، وكان أوصى لها، فـأجاز أبوها الوصية، فلا رجـوع له إن جعلنا الإجازة تنفيذًا، وإن جـعلناها ابتداء عطية، فله الرجوع.

فرع: أعتق عبـدًا في مرضه، أو أوصى بعتقـه، ولا مال له سواه، أو زادت

قيمته على الثلث، فإن قلنا: الإجـازة ابتداء عطية من الورثة، فولاء ما زاد على الثلث للمجيزين ذكـورهم وإناثهم بحسب استحقاقـهم. وإن قلنا: تنفيذ، فولاء جميعه للميت يرثه ذكور العصبة. وحكي عن ابن اللبان وجه: أن الولاء للميت على القولين، وهو شـاذ ضعيف. ولو أعتق المريض عـبدًا، فمات قـبل سيده، فهل يموت كله حرًّا، أم لا؟ فيه خلاف مذكور في «باب العتق».

فـروع: تتعلق بالمسـألة: إحداها: الهبـة في مرض الموت للوارث، والوقف عليه وإبراؤه من دين كالوصية له، ففيها الخلاف.

الثانـي: لا اعتبـار برد الورثة وإجازتهم في حـياة الموصي. فلـو أجازوا في حياته، أو أذنوا له في الوصية، ثم أرادوا الرد بعد موته، فلهم ذلك. فإن أجازوا بعد الموت وقبل القسمة، فالصحـيح لزومها. وقيل: كالإجازة قبل الموت، حكاه أبو منصور.

الثالث: ينبغي أن يعرف الوارث قدر الـزائد على الثلث، وقدر التركة، فإن جـهل أحدهمـا، لم يصحّ إن قلنا: الإجـازة ابتـداء عطية. وإن قلـنا: تنفيـذ، فكالإبراء عن مجهول، وهو باطل على الأظهر.

الرابع: أجاز ثم قال: كنت أعتقد التركـة قليلة، فبانت أكثر مما ظننت، قال الشافعي رضي الله عنه في «الأم»: يحلف وتنفذ الوصية في القُدر الذي كان يتحققه. قال الأصحـاب: إنما يحـتاج إلى اليـمين إذا حصل المال في يد الموصى له. فـإن لم يحصل، فلا حاجة إلى اليمين إن جعلناها ابتداء عطية، فإن الهبة قبل القبض لا تلزم. وقال المتولي: التنفيذ في القدر المظنون مبني على أن الإجازة تنفيذ، فتنزل منزلة الإبراء. أما إذا قلنا: ابتـداء عطية، فإذا حلف، بطل في الجـميع. واللفظ المحكي عن النص ينازعه فـيما ادعاه. ولو أقام الموصى له بينة أنه كـان عالمًا قدر التركـة عند الإجازة، لزمت إن جعلناهـا تنفيذًا، وإن قلنا: عطيـة، فلا، إذا لم يوجد القـبض. ولو كانت الوصيـة بعبد معين، فـأجاز، ثم قال: ظننت التـركة كثيرة وأن العبد خارج من ثلثـها وقد بان خلافه، أو ظهر دين لم أعلمه، أو بان

Marfat.com

لي أنه تلف بعضها، فإن قلنا: الإجازة عطية، صحت، لأن العبد معلوم، والجهالة في غيره. وإن قلنا: تنفيذ، فقولان. أحدهما: الصحة، للعلم بالعبد. والثاني: يحلف ولا يلزم إلاّ الثلث، كما في الوصية بالمشاع، وبهذا قطع المتولي.

الخامس: الاعتبار في كونه وارثًا بيوم الموت، حتى لو أوصى لأخيه ولا ابن له، فولد له ابن قبل موته، صحت. ولو أوصى لأخيه وله ابن، فمات الابن قبل الموصي، فهي وصية لوارث، وهذا متفق عليه. وذكرنا في الإقرار للوارث خلافًا في أن الاعتبار بيوم الإقرار، أم الموت؟ والفرق أن استقرار الوصية بالموت، ولا ثبات لها قبله.

السادس: إذا أوصى لكل واحد من ورثته بقدر حصته من تركته، فوصيته باطلة، لأنه يستحقه بلا وصية. ويجيء فيه أوجه: أنه يصح، لأن صاحب «التتمة» حكى وجهين فيما إذا لم يكن له إلاّ وارث واحد فأوصى له بماله، الصحيح منهما: أن الوصية باطلة، ويأخذ التركة بالإرث. والثاني: تصح، فيأخذها بالوصية إذا لم ينقضها، قال: وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا ظهر دين. إن قلنا: إنه أخذ التركة إرثًا، فله إمساكها وقضاء الدين من غيرها. وإن قلنا بالوصية، قضاه منها ولصاحب الدين الامتناع لو قضى من غيرها.

قلت: ومن فوائده لو حدثت من عين التركة زوائده. إن قلنا: وصية، لم يملكها. وإن قلنا: إرث ملكها على الصحيح. والله أعلم.

ولو أوصى لكل وارث بعين هي قدر حصته، من ثوب، وعبد، وغيرهما، فهل تحتاج هذه الوصية إلى الإجازة، أم لا بل يختص كل واحد بما عينه له؟ وجهان. أصحهما: تحتاج، لاختلاف الأغراض في الأعيان ومنافعها. ولهذا أوصى أن تباع عين ماله لزيد، صحت الوصية على الصحيح. وفيه وجه حكاه المتولي والشاشي.

السابع: لو باع المريض ماله لوارثه بثمن المثل، نفذ قطعًا.

الثامن: أوصى بثلث ماله لأجنبي ووارث. إن صححنا الوصية للوارث، وأجازت الورثة، فالثلث بينهما. وإن أبطلناها، أو ردّها سائرالورثة، بقي السدس للأجنبي على الصحيح. وقيل: تبطل فيه أيضًا أخذًا من تفريق الصفقة. وإن أوصى لهذا بالثلث، ولهذا بالثلث، فإن صححنا الوصية للوارث، وأجاز سائر الورثة، فلكل واحد منهما الثلث. وإن أبطلناها، أو ردّوا، فلا شيء للوارث. ثم ينظر في كيفية الردّ، إن ردّوا وصيّة الوارث، سلم الثلث للأجنبي على الصحيح. وقيل: لا يسلم له إلاّ السدس. وإن قالوا: رددنا ما زاد على الثلث من الوصيتين، فالأصح: أن للأجنبي الثلث. وقيل: السدس.

التاسع: أوصى لأحد ورثته بقدر نصيبه من التركة، أو بما دونه، وأجاز الباقون، سلّم له الموصى به، والباقي مشترك بينهم. قال الإمام: وذلك القدر، خرج عن كونه موروثًا باتفاق الورثة، ولو أوصى لبعض الورثة بأكثر من قدر نصيبه، فوجهان. أصحهما: أن الحكم كذلك. والثاني: أن الباقي لمن لم يوص له، لاحتمال أن غرضه من الوصيّة تخصيصه بتلك الزيادة. ويتخرج على هذا الخلاف ما إذا أوصى لأجنبي بنصف ماله، ولأحد ابنَيه الحائزَين بالنصف، وأجازا الوصيتين، فللأجنبي النصف. وفيما يستحقه الابن الموصى له وجهان. أصحهما: النصف. والثاني: الربع والسدس، ويبقى نصف سدس الذي لم يوص له. ولو أجاز الابن الذي لم يوص له الوصيتين، ولم يجز الموصى له وصية الأجنبي، فالمسألة تصح من اثني عشر، للأجنبي الثلث أربعة بلا إجازة، ويأخذ سهمًا آخر من نصيب الذي أجاز، فيجتمع له خمسة، وللابن الموصى له سبعة، منها ستة بالوصية، وسهم لأنه لم يجز وصية الأجنبي، كذا حكاه الأستاذ أبو منصور عن ابن سريج، وهو قياس الوجه الأول، وقياس الثاني: أن يأخذ الابن الموصى له ستة أسهم، ويبقى للابن الآخر سهم. ولو لم يجز الابن الذي لم يوص له وصية الأجنبي، فللأجنبي خمسة. ثم على قياس الوجه الأول، للابن الموصى له ستة أسهم، وللآخر سهم، وعلى قياس الثاني له

Marfat.com

خمسة، وللآخر سهمان.

العاشر: أوصى لزيد بثلث ماله، ولأحد ابنَيه الحائزَين بالكل، وأجازا الوصيتين، فلزيد الثلث، والثلثان للابن الموصى له. وليس له زحمة زيد في الثلث، لأن الوصية للأجنبي مستغنية عن الإجازة، وفيه احتمال للمتأخرين. وإن ردّا، فثلث زيد بحاله، ولا شيء للابن بالوصية.

ولو أوصى لزيد بالثلث، ولكل واحد من ابنيه بالثلث فردّا، لم يؤثر ردّهما في حق زيد على الصحيح. وقيل: ليس له إلاّ ثلث الثلث بالشيوع.

الحادي عشر: وقف داراً في مرض موته على ابنه الحائز. فإن أبطلنا الوصية للوارث، فهو باطل. وإن صححناها بالإجازة، فقال ابن الحداد: إن احتملها ثلث ماله، لم يكن للوارث إبطال الوقف في شيء منها، لأن تصرف المريض في ثلث ماله نافذ، فإذا تمكن من قطع حق الوارث عن الثلث بالكلية، فتمكنُّه من وقفه عليه أولى، وإن زادت على الثلث، لم يبطل الوقف في قدر الثلث. وأما الزيادة، فليس للمريض تفويتها على الوارث، فللوارث ردها وإبطالها. فإن أجاز، فإجازته وقف منه على نفسه إن جعلنا إجازة الوارث عطية منه، وإن جعلناها تنفيذاً، لزم الوقف. وقال القفال: له رد الكلِّ في الوقف لأن الوصية بالثلث في حق الوارث كهي بالزيادة في حق غير الوارث. والصحيح المعروف قول ابن الحداد، وعليه تتفرع الصور الآتية إن شاء الله تعالى. ثم ذكر الإمام أن صورة المسألة فيما إذا نجَّز الوقف في مرضه، وكان الابن طفلاً فقبله له ثم مات فأراد الابن الرد أو الإجازة، لكن لا حاجة إلى هذا التصوير، لأنه وإن كان بالغاً فقبله بنفسه، لم يمتنع عليه الرد بعد الموت، إذ الإجازة المعتبرة، هي الواقعة بعد الموت. ولو كان له ابن، وبنت، فوقف ثلث الدار على الابن، والثلث على البنت، فلا ردّ لهما إن خرجت الدار من الثلث. وإن زادت على الثلث، فلهما رد الوقف في الزيادة. وإن وقفها عليهما نصفين، والثلث يحتملها، فإن رضي الابن، فهي كما وقف، وإلاّ، فظاهر كلام ابن الحداد: أن له رد الوقف في ربع

الدار، لأنه لما وقف عليه النصف، كان من حقه أن يقف على البنت الربع، فإذا زاد، كان للابن ردّه، ثم لا يصير شيء منه وقفًا عليه، لأن الأب لم يقف عليه إلاّ النصف، بل يكون الربع المردود بينهما أثلاثًا ملكًا، وتكون القسمة من اثني عشر، لحاجتنا إلى عدد لرُبعه ثلث، فتسعة منها وقف عليهما، وثلاثة ملك، وكلاهما بالأثلاث. وقال الشيخ أبو علي: عندي أنه ليس للابن إبطال الوقف إلاّ في سدس الدار، لأنه إنما تعتبر إجازته في حقه، وحقُّه منحصر في ثلثي الدار، وقد وقف عليه النصف، فليس له إلاّ تمام الثلثين، لكن تتخيَّر البنت في نصف السدس، إن شاءت أجازت، فيكون وقفًا. وإن شاءت ردّت، فيكون ملكًا.

قلت: قول أبي علي هو الأصح، أو الصحيح، أو الصواب. والله أعلم.

ولو وقف الدار على ابنه وزوجته نصفين ولا وارث سواهما، قال ابن الحداد: قد نقص المريض من حق الابن ثلاثة أثمان الدار، وهي ثلاثة أسباع حقه، فله رد الوقف في حقها وهو الثمن إلى أربعة أسباعه، ليكون الوقف عليها من نصيبها كالوقف عليه من نصيبه، ويكون الباقي بينهما أثمانًا ملكًا، فتكون القسمة من ستة وخمسين، لحاجتنا إلى عدد لثمنه سبع، فتكون أربعة أسباع الدار كلها ـ وهي اثنان وثلاثون ـ وقفًا، ثمانية وعشرون منها وقف على الابن، وأربعة على الزوجة، والباقي ـ وهو أربعة وعشرون ـ ملكًا، منها أحد وعشرون للابن، وثلاثة لها. قال الشيخ أبو علي: ليس له ردّ الوقف إلاّ في تتمة حقه وهو ثلاثة أثمان الدار، وأما الثمن، فالخيار فيه للزوجة. ولو وقف ثلث الدار على أبيه، وثلثها على أمه، ولا وارث سواهما، فالجواب على قياس ابن الحداد: أنه نقص من نصيب الأب ثلث الدار، لأنه يستحق ثلثيها، ولم يقف عليه إلاّ الثلث، وذلك نصف نصيبه، فله رد الوقف في نصف نصيبها وهو سدس الدار، والباقي بينهما أثلاثًا ملكًا. وتقع القسمة من ستة، لحاجتنا إلى عدد لثلثه نصف، فيكون نصف الدار وقفًا، ونصفها ملكًا أثلاثًا. وعلى قياس الشيخ: لا يردّ الوقف إلاّ

في تتمة حقه، وهو الثلث، ولها الخيار في السدس. ولفظ ابن الحداد في المولَّدات يمكن تنزيله على ما قاله الشيخ، فيرتفع الخلاف، لكنه يحوج إلى ضرب تعسف.

فصل: والوصية للميت باطلة، سواء علم الموصي بموته، أم لا.

الركن الثالث: الموصى به، ويشترط فيه أربعة أمور.

أحدها: كونه مقصوداً، فيخرج عنه ما لا يقصد. ويلتحق به ما يحرم اقتناؤه والانتفاع به، فلا تصح الوصية به. فالمنفعة المحرمة كالمعدومة.

والثاني: أن يقبل النقل من شخص إلى شخص. فما لا يقبله، لا تصح الوصية به، كالقصاص، وحد القذف، فإنهما وإن انتقلا بالإرث، لا يتمكن مستحقهما من نقلهما. وكذلك لا تجوز الوصية بالحقوق التابعة للأموال، كالخيار وحق الشفعة إذا لم تبطل بالتأخير لتأجيل الثمن.

قلت: فلو أوصى بالشقص[1] الذي يستحق الشفعة بسببه، كان الشقص للموصى له، والشفعة للورثة، قاله القاضي حسين في «الفتاوى». والله أعلم.

الثالث: أن لا يزيد على الثلث، على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

الرابع: أن يكون مختصًّا بالموصي إذا قلنا: لا تجوز الوصية بمال الغير، كما سنذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: الوصية بالحمل الموجود، إن أطلقها فقال: أوصيت بحمل فلانة أو قيدها، فقال: بحملها الموجود الآن، فهي صحيحة بشرط انفصاله حيًّا، ولوقت يُعلم وجوده عند الوصية، كما سبق في الوصية للحمل. فلو انفصل ميتًا مضمونًا بجناية، لم تبطل، وتنفذ من الضمان، لأنه انفصل مقوّمًا، بخلاف ما إذا أوصى بحمل وانفصل ميتًا بجناية، فإنها تبطل كما سبق، لأن المعتبر هناك المالكية. وهل يصح قبول الموصي له قبل الوضع؟ فيه خلاف مبني على أن

(١) الشقص: الطائفة من الشيء والقطعة من الأرض.

Marfat.com

الحمل هل يعرف، وإن كانت الوصية بحمل سيكون، صحت أيضًا على الأصح.

فرع: الوصية بثمار البستان الحاصلة في الحال صحيحة، وبالتي ستحدث طريقان. أصحهما: على الوجهين في الحمل الذي سيحدث. والثاني: القطع بالصحة، كالوصية بالمنافع، لأنها تحدث من غير إحداث أمر في أصلها، بخلاف الولد.

فرع: الوصية بصوف الشاة ولبنها، كالثمار.

فصل: الوصية بمنافع الدار والعبد صحيحة، مؤبَّدة ومؤقتة، والإطلاق يقتضي التأبيد.

فصل: الوصية بما لا يقدر على تسليمه، كالآبق، والمغصوب، والطير المفلت، صحيحة، وكذا بالمجهول، كقوله: أعطوه ثوبًا أو عبدًا.

فرع: لو أوصى بأحد العبدين، صحت. ولو أوصى لأحد الرجلين، لم تصح على الأصح، كسائر التمليكات. وقد يحتمل في الموصى به ما لا يحتمل في الموصى له، ثم الإبهام في الموصى له إنما يمنع إذا قال: أوصيت لأحد الرجلين. فلو قال: أعطوا العبد أحد الرجلين، ففي «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما: أنه جائز تشبيهًا بما إذا قال لوكيله: بعه لأحد الرجلين، وإذا أبهم الموصى به، عيّنه الوارث، وإذا أبهم الموصى له، فسنذكر حكمه إن شاء الله تعالى.

فصل: تصح الوصية بما يحل الانتفاع به من النجاسات، كالكلب المعلَّم، والزيت النجس، والزبل، وجلد الميتة، والخمر المحترمة، والخنزير، لثبوت الاختصاص فيها وانتقالها من يد إلى يد بالإرث أو غيره. قال المتولي: ومن هذا القبيل، شحم الميتة لدهن السفن ولحمُها إذا جوزنا الانتفاع به. وفي الجرو الذي يتوقع الانتفاع به وجهان، بناءً على جواز إمساكه وتربيته لذلك، أصحهما: الجواز. فأما ما لا يحل اقتناؤه والانتفاع به، كالخمر، والخنزير، والكلب

العقور، فلا تصح الوصية به. ونقل الحناطي وجهًا: أنه تصح الوصية، كالكلب الذي لا يجوز اقتناؤه، وقولاً: أنه لا تجوز الوصية بالمقتنى، وهما شاذان ضعيفان.

فصل: تصح الوصية بنجوم الكتابة. فإن عجز، فلا شيء للموصى له، وتصح برقبة المكاتب إن جوزنا بيعه، وإلاّ، فقال المتولي: هو كما لو أوصى بمال الغير، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: إذا أوصى بمال الغير فقال: أوصيت بهذا العبد، وهو ملك غيره، أو بهذا العبد إن ملكتُه، فوجهان. أحدهما: تصح، لأنها تصح بالمعدوم، فذا أولى. والثاني: لا، لأن مالكه يملك الوصية به، والشيء الواحد لا يكون محلاً لتصرف شخصين، وبهذا قطع الغزالي.

قلت: الأول أفقه وأجرى على قواعد الباب. والله أعلم.

فصل: الوصية بالأصنام والسلاح للذمي والحربي، وبالعبد المسلم والمصحف للكافر، كبيعها له.

فرع: إذا قال: أعطوه كلبًا من كلابي، وله كلاب يحل الانتفاع بها، ككلب صيد، أو زرع، أو ماشية، أعطي واحداً منها. ولو قال: كلبًا من مالي، فكذلك وإن لم يكن الكلب مالاً، لأن المنتفَع به من الكلاب يقتنى وتعتوره الأيدي، كالأموال، فقد يستعار له اسم المال. ولو قال: أعطوه كلبًا من كلابي، أو من مالي، وليس له كلب ينتفَع به، بطلت الوصية، بخلاف ما إذا قال: أعطوه عبداً، فإنه يشترى، لأن الكلب يتعذر شراؤه.

قلت: هذا هو الصحيح المعروف. وفي وجه حكاه الجرجاني في «المعاياة» وغيره: أنه تصح الوصية ويعطى قيمة مثل الكلب من الجوارح الظاهرة، وهذا ليس بشيء. والله أعلم.

ولو كان له كلب، ولا مال له، فأوصى بكلبه، لم تنفذ الوصية إلا في ثلثه، كالمال، فإن أوصى ببعضه، أو كان له كلاب فأوصى ببعضها، ففي وجه:

Marfat.com

لا يعتبر خروج الموصى به من الثلث، لأنها غير متقومة، ويكفي أن يبقى للورثة شيء وإن قل. والصحيح اعتباره كالأموال. فعلى هذا، إن لم يكن إلا كلب واحد، لم يخفَ اعتبار الثلث. وإن كان كلاب، ففي كيفيته أوجه. أصحها ومنهم من قطع به: أنه ينظر إلى عدد الرؤوس، وتنفذ الوصية من ثلاثة في واحد. والثاني: ينظر إلى قيمتها بتقدير المالية فيها، كما يقدر الرق في الحر عند الحاجة، وتنفذ الوصية في الثلث بالقيمة. والثالث: تقوم منافعها، ويؤخذ الثلث من قيمة المنافع. ولو لم يملك إلا كلبًا، وطبل لهو، وزق خمر محترمة، فأوصى بواحد منها، وأردنا اعتبار الثلث، لم يجز الوجه الأول ولا الثالث، لأنه لا تناسب بين الرؤوس ولا المنفعة، فيتعين اعتبار القيمة. أما إذا كان له مال وكلاب، فأوصى بكلها، أو ببعضها، فثلاثة أوجه. أصحها: نفوذ الوصية فيها وإن كثرت وقلَّ المال، لأن المعتبر أن يبقى للورثة ضعف الموصى به، والمال وإن قلَّ خير من ضعف الكلب، إذ لا قيمة له، وبهذا قال أبو على بن أبى هريرة والطبري والشيخ. والثاني قاله الإصطخري: إن الكلاب ليست من جنس المال، فيقدر كأنه لا مال له، وتنفذ الوصية في ثلاثة كلاب على ما سبق. والثالث: تقوَّم الكلاب أو منافعها على اختلاف الوجهين السابقين، وتضم إلى ما يملكه من المال، وتنفذ الوصية في ثلث الجميع. ولو أوصى بثلث ماله لرجل، وبالكلاب لآخر، فعلى قول الإصطخري: يعتبر ثلث الكلاب وحدها. وأما على الوجه الأول، فقال القاضي أبو الطيب: تنفذ الوصية بجميع الكلاب، لأن ثلثي المال الذي يبقى للورثة، خير من ضعف الكلاب، واستبعده ابن الصباغ، لأن ما يأخذه الورثة من الثلثين هو حصتهم بسبب ما نقلت فيه الوصية، وهو الثلث، فلا يجوز أن يحسب عليهم مرة أخرى في وصية الكلاب، فعلى هذا يلتقي الوجهان.

قلت: قول ابن الصباغ أصح. والله أعلم.

وقياس الوجه الثالث: أن تضم قيمة الكلاب أو منافعها إلى المال، ويدخل

Marfat.com

المال في حساب الوصية بالكلاب وإن لم تدخل الكلاب في حساب الوصية بالمال.

فصل: اسم الطبل يقع على طبل الحرب الذي يضرب به للتهويل، وعلى طبل الحجيج والقوافل الذي يضرب به للإعلام بالنزول والارتحال، وعلى طبل العطارين وهو سفط لهم، وعلى طبل اللهو، كالطبل الذي يضرب به المخنثون، وسطه ضيق وطرفاه واسعان. فإن أطلق الطبل، ففيه كلام نذكره في أول الباب الثاني إن شاء الله تعالى. وإن عيّن ما سوى طبل اللهو، صح. وإن عيّن طبل اللهو، نظر، إن صلح للحجيج، أو الحرب، أو منفعة أخرى مباحة، إما على الهيئة التي هو عليها، وإما بعد التغيير الذي يبقى معه اسم الطبل، فالوصية أيضًا صحيحة، وإلا، فباطلة، ولا نظر إلى المنافع المتوقعة بعد زوال اسم الطبل، لأنه إنما أوصى بالطبل، هكذا ذكر المسألة جماهير الأصحاب. وقال الإمام، والغزالي: إن لم يصلح لغرض مباح مع بقاء اسم الطبل، وكان لا ينتفَع إلا برضاضه، لم تصح الوصية، لأنه لا يقصد منه الرضاض إلا إذا كان من شيء نفيس، كذهب، أو عود، فتنزل الوصية عليه، وكأنه أوصى برضاضه إذا كسر، والوصية تقبل التعليق.

واعلم أنه سبق في بيع الملاهي التي يعدّ رضاضها مالاً ثلاثة أوجه. ثالثها: إن كانت متخذة من شيء نفيس، صح، وإلا، فلا. [فإن اكتفينا بمالية الرضاض لصحة البيع، فكذا الوصية، وإلا، فلا]. فإذًا ما ذكره الجمهور مع ما ذكره الإمام، وجهان في المسألة. وكما أطلق الجمهور بطلان البيع، فكذا الوصية، وكما اختار الإمام صحة البيع إذا كان شيئًا نفيسًا، فكذا صحح الوصية فيه.

فصل: سبق أن الموصى به ينبغي أن لا يزيد على ثلث المال، والأحسن أن ينقص من الثلث شيئًا. وقيل: إن كان ورثته أغنياء استوفى الثلث، وإلا، فيستحب النقص منه. وبأيّ يوم يعتبر المال؟ وجهان. أحدهما: بيوم الوصية، كما لو نذر التصدق بماله. وأصحهما: بيوم الموت، إذ يملك بعد الموت. فعلى

Marfat.com

هذا، لو زاد مـاله بعد الوصـية، تعلقـت الوصيـة به. وكذا لو هلك ثم كـسب مالاً، تعلقت به. ولو أوصى بعـشرة ولا مال له، ثم كسـبه، تعلقت به. وعلى الوجه الأول، كـل ذلك بخلافه. ومنـهم من قطع في اعتـبار القدر بـيوم الموت وخص الخلاف بمن لم يملك شيئًا أصلاً ثم ملكه.

ثم الثلث الذي تنفّـذ فيه الوصـية، هو ثلث الفاضل عـن الديون. فلو كان عليه دين مستغرق، لم تنفـذ الوصية في شيء، لكن يحكم بانعقادها في الأصل حتى ينفّذها لو تبرع شخص بقضاء الدين أو أبرأه المستحق.

فرع: التبـرعات المعلَّقـة بالموت ـ وهي الوصايا ـ معـتبـرة من الثلث، سواء أوصى بها في صحته، أو في مرضه، وكـذا التبرعات المنجَّزة في المرض المخوف المتصل بالموت معتبرة من الثلث. ولو وهبه في صحته، وأقبض في مرضه، فمن الثلث، لأن الهبة إنما تُملك بالقبض. وهذه القاعدة يُحـتاج فيها إلى معرفة ثلاثة أشياء: أن المرض المخوف ماذا؟ وأن التبرعـات والتصرفات المحسوبة من الثلث ما هي؟ وأنها كيف تحسب؟ فنعقِد في كل واحدة فصلاً.

الفصل الأول: في بيان المرض المخوف والأحـوال التي هي في معناه، وبيان طريق معـرفته عند الإشكال، وبيـان ما يحكم به المخوف وغـير المخوف، فـهذه ثلاثة أمور.

(أما) الأول: فما بالإنسان من مـرض وعلة، إما أن ينتهي به إلى حال يقطع فيها بموته منه عاجلاً، وذلك بأن يشخص بصره عند النزع وتبلغ الروح الحنجرة، أو يقطع حلقومه ومريُّه، أو يشق بطنه وتخرج حـشوته. وقال الشيخ أبو حامد: أو يغرق في الماء ويغمـره، وهو لا يعرف السباحة، فـلا اعتبار بكلامه ووصـيته وغيرها في شيء من هذه الأحوال، حتى لا يصح إسلام الكافر ولا توبة الفاسق والحالة هذه، لأنه صار في حيز الأموات، وحركته حركة المذبوح.

Marfat.com

قلت: واحتج أصحابنا بأن هذه هي الحال التي قال فيها فرعون: «آمنت»[١] فلم يصح منه. والله أعلم.

وإما أن لا ينتهي إليها، فإما أن يخاف منه الموت عاجلاً، وهو المخوف الذي يقتضي الحجر في التبرعات، وإما أن لا يكون كذلك، فحكمه حكم الصحة. هذا ضابطه. ثم تكلم الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم في أمراض خاصة مخوفة، وغير مخوفة.

فمن المخوفة: القولنج، وهو أن تنعقد أخلاط الطعام في بعض الأمعاء فلا تنزل، ويصعد بسببه البخار إلى الدماغ فيؤدي إلى الهلاك.

ومنها: ذات الجنب، وهي قروح تحدث في داخل الجنب بوجع شديد، ثم ينفتح في الجنب، ويسكن الوجع، وذلك وقت الهلاك، وكذلك وجع الخاصرة.

ومنها: الرعاف الدائم، لأنه يسقط القوة، وابتداؤه ليس بمخوف.

ومنها: الإسهال، إن كان متواترًا، فمخوف، لأنه ينشف رطوبات البدن. وإن كان يومًا ويومين ولم يدم، فليس مخوفًا، إلا إذا انضم إليه أحد أمور.

أحدها: أن ينخرق البطن، فلا يمكنه الإمساك ويخرج الطعام غير مستحيل.

الثاني: أن يكون معه زحير، وهو أن يخرج بشدة ووجع، أو تقطيع، وهو أن يخرج كذلك ويكون منقطعًا، وقد يتوهم انفصال شيء كثير، فإذا رآه [نظرُه] كان قليلاً.

الثالث: أن يعجله ويمنعه النوم.

الرابع: إذا كان معه دم، نقل المزني أنه ليس بمخوف. وفي «الأم» أنه إن كان يومًا أو يومين ولا يأتي معه دم، لا يكون مخوفًا. وهذا يشعر بأنه مع الدم مخوف. فمن الأصحاب من قال: سها المزني، وهو مخوف، لأنه يسقط القوة،

---

(١) قال الله تعالى: ﴿وَجَاوَزْنَا بِبَنِي إِسْرَائِيلَ الْبَحْرَ فَأَتْبَعَهُمْ فِرْعَوْنُ وَجُنُودُهُ بَغْيًا وَعَدْوًا حَتَّىٰ إِذَا أَدْرَكَهُ الْغَرَقُ قَالَ آمَنتُ أَنَّهُ لَا إِلَٰهَ إِلَّا الَّذِي آمَنَتْ بِهِ بَنُو إِسْرَائِيلَ وَأَنَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾ [يونس: ٩٠].

Marfat.com

قاله المسعـودي. وتأول الأكثرون فحملوا نقل المـزني على دم يحدث من المخرج من البواسيـر ونحوه. ونص في «الأم» على دم الكبد وسائر الأعضـاء الشريفة، فهذا مخوف، وذاك غير مخوف.

ومنهـا: السل، وهو داء يصـيب الـرئة، ويأخـذ البـدن منه في النقـصـان والاصفـرار. وقد أطلق في «المخـتصر» أنه ليس بمخـوف، فأخـذ بهذا الإطلاق آخذون، حتى قال الحناطي: إنه ليس بمخوف لا في أوله ولا في آخره، ووجهوه بأن السل وإن لم يسلم منه صـاحبه غـالبًا، فـإنه لا يخشى منه الموت عـاجلاً، فيكون كالشيـخوخة والهرم، وذكر صاحب «المهـذب» والغزالي: أنه مخوف في انتهـائه دون ابتدائه، وعكسـه البغوي، والأشـبه بأصل المذهب مـا قاله الحناطي وموافقوه.

ومنها: الـفالج[1]؛ وسبـبه غلبـة الرطوبة والبلغم، وابتـداؤه مخـوف. فإذا استـمر، فليس بمخـوف، وسواء كان مـعه ارتعاش، أم لا، لأنـه لا يخاف منه الموت عاجلاً. وفي وجه: إن لم يكن معه ارتعاش، فمخوف.

ومنها: الحمى الشديدة، وهي ضربان: مطبقة، وغيرها.

فالمطبقة: هي اللازمة التي لا تبـرح فإن كانت حمى يوم أو يومين، لم تكن مخـوفة. وإن زادت، فمخـوفة. وفي وجه: الحـمى من أول حدوثها مخـوفة. والصحـيح: الأول. وعلى هذا، لو اتصل الموت بحـمى يوم أو يومين، نظر في عطيته، إِن كانت قبل أن يعرق، فـهي من الثلث، وقد بانت مخوفة، وإن كانت بعد العرق، فمن رأس المال، لأن أثرها زال بالعـرق، والموتُ بسبب آخر، ذكره صاحبا «التهذيب» و«التتمة».

الضرب الثـاني: غير المطبقـة. وهو أنواع. الورد، وهي الَتي تأتي كل يوم، والغب، وهي التي تأتي يومًا وتقلع يومًا، والثِّلث. وهي التي تأتي يومين وتقلع يومًا. وحمى الأخوين، وهي التي تأتي يومين وتقلع يومين. والرِّبع، وهي التي

---

(١) الفالج: شلل يصيب أحد شقي الجسم طولاً.

Marfat.com

تأتي يومًا وتقلع يومين. فما سوى الربع والغب من هذه الأنواع، مخوف. والربع على تجردها غير مخوفة، لأن المحموم يأخذ قوته في يوم الإقلاع. وفي الغب وجهان.

قلت: أصحهما: مخوفة، وبه قطع الرافعي في «المحرر». والله أعلم.

وأما الحمى اليسيرة، فغير مخوفة بحال.

ومنها: الدق، وهو داء يصيب القلب، ولا تمتد معه الحياة غالبًا، وهو مخوف.

ومنها: قال الشافعي رضي الله عنه: من ساوره الدم حتى تغيَّر عقله، أو المرار أو البلغم، كان مخوفًا. وقال أيضًا: الطاعون مخوف حتى يذهب. وقوله: «ساوره» بالسين المهملة، أي: واثبه وهاج به. والمرار: الصفراء فهيجان الصفراء والبلغم، مخوف. وكذا هيجان الدم، بأن يثور وينصبَّ إلى عضو، كيدٍ، ورجل، فتحمرَّ وتنتفخ، وقد يذهب العضو إن لم يتدارك أمره في الحال وإن سلم الشخص، وقوله: «حتى تغير عقله»، ليس مذكوراً شرطًا، بل هو مخوف وإن لم يتغير العقل، نص عليه في «الأم». والطاعون فسره بعضهم بما ذكرناه من انصباب الدم إلى عضو. وقال أكثرهم: إنه هيجان الدم في جميع البدن، وانتفاخه. قال المتولي: وهو قريب من الجذام، من أصابه تأكَّلت أعضاؤه وتساقط لحمه.

ومنها: الجراحة، إن كانت على مقتل، أو نافذة إلى جوف، أو في موضع كثير اللحم، أو لها ضَرَبان شديد، أو حصل معها تأكُّل، أو ورم، فهي مخوفة، وإلا، فلا. وقيل: الورم وحده لا يجعلها مخوفة، بل يشترط معه التأكُّل.

ومنها: القيء إن كان معه دم أو بلغم أوغيرهما من الأخلاط، فمخوف، وإلا، فلا إلا أن يدوم.

ومنها: البرسام[1]، وهو مخوف.

---

(١) البرسام: ذات الجنب، وهو التهاب في الغشاء المحيط بالرئة.

Marfat.com

فرع: وأما الجرب، ووجع الضرس والعين والصداع، فغير مخوفة.

فرع: هذا الذي ذكرناه، في الأمراض، وقد تعرض أحوال تشبه الأمراض في اقتضاء الخوف، وفيها صور.

إحداها: إذا التقى الفريقان والتحم القتال بينهما واختلطوا.

الثانية: إذا كان في سفينة فاشتدت الريح وهاجت الأمواج.

الثالثة: إذا وقع في أسر الكفار وعادتُهم قتل الأسارى.

الرابعة: قدِّم ليُقتل قصاصًا ولم يُجرح بعدُ، فالحكاية عن نص الشافعي رحمه الله في الصور الثلاث: الأولى أن لها حكم المخوف. وعن نصه في «الإملاء»: في الرابعة: المنع. وللأصحاب فيها طريقان. أصحهما: على قولين. أظهرهما: إلحاقها بالمخوف. والطريق الثاني: العمل بظاهر النصَّين. والفرق أن مستحق القصاص لا تبعد منه الرحمة والعفو طمعًا في الثواب أو المال. وعن صاحب «التقريب»: أنه إن كان هناك ما يغلب على الظن أنه يقتص من شدة حقد أو عداوة قديمة، فمخوف، وإلا، فلا. ثم موضع الخلاف في صورة التحام القتال، ما إذا كان الفريقان متكافئين، أو قريبين من التكافؤ، وإلا، فلا خوف في حق الغالبين قطعًا، ولا خوف أيضًا قطعًا فيما إذا التحم الحرب ولم يختلط الفريقان وإن كانا يترامیان بالنشاب والحراب، ولا فيما إذا كان البحر ساكنًا، ولا في الأسير في أيدي الكفار الذين لا يقتلون الأسارى، كالروم.

قلت: وسواء في مسألة القتال كان الفريقان مسلمين أو كفارًا، أو فريقًا مسلمين وفريقًا كفارًا، كذا صرح به القاضي أبو الطيب، وغيره. والله أعلم.

الصورة الخامسة: إذا قُدِّم ليُقتل رجمًا في الزنا، أو ليُقتل في قطع الطريق، فهو كالتحام القتال. فعلى طريق: يقطع بأنه مخوف. وعلى طريق: قولان. وقيل: إن ثبت الزنا بالبينة، فمخوف، بخلاف الإقرار، لاحتمال الرجوع.

السادسة: إذا وقع الطاعون في البلد، وفشا الوباء، فهل هو مخوف في حق من لم يُصِبْه؟ وجهان. أصحهما: مخوف.

Marfat.com

السابعة: الحامل قبل أن يحضرها الطلق، ليست في حال خوف. وإن ضربها الطلق، فقولان. أظهرهما: مخوف. وإذا وضعت، فالخوف باقٍ إلى انفصال المشيمة، فإذا انفصلت، زال الخوف، إلا إذا حصل من الولادة جراحة، أو ضرَبان شديد، أو ورم. وإلقاء العلقة والمضغة، لا خوف فيه، قاله الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ، وقال المتولي: هو كالولادة.

قلت: الأصح أو الصحيح: أنه لا خوف فيهما، كذا نقله القاضي أبو الطيب في تعليقه عن الأصحاب. قالوا: لأنه أسهل خروجًا من الولد. والله أعلم.

وموت الولد في الجوف يوجب الخوف.

الأمر الثاني: إذا أشكل مرض فلم يدر أمخوف هو، أم لا؟ فالرجوع فيه إلى أهل الخبرة، والعلم بالطب. ويشترط في المرجوع إليه: الإسلام، والبلوغ، والعدالة، والحرية، والعدد، وقد ذكرنا وجهًا في جواز العدول من الوضوء إلى التيمم بقول المراهق والفاسق، ووجهًا: أنه لا يشترط العدد؛ وعن أبي سليمان الخطابي وجه لم نذكره هناك: أنه يجوز العدول بقول طبيب كافر، كما يجوز شرب الدواء من يده ولا يدرى أنه دواء أم داء؛ ولا يبعد أن تطرد هذه الأوجه هنا. وقد قال الإمام هنا: الذي أراه أن لا يلحق بالشهادات من كل وجه، بل يلحق بالتقويم وتعديل الأنصباء في القسمة حتى يختلف الرأي في اشتراط العدد.

قلت: المذهب: الجزم باشتراط العدد وغيره مما ذكرنا أولاً، لأنه يتعلق بهذا حقوق الآدميين من الورثة والموصى لهم، فاشترط شروط الشهادة كغيرها من الشهادات، بخلاف التيمم، فإنه حق لله تعالى مبني على المسامحة، مع أنه ينتقل إلى بدل، وليس كالتقويم الذي هو تخمين في محسوس يمكن تدارك الخطأ، إن وقع فيه. والله أعلم.

فرع: إذا اختلف الوارث والمتبرَّع عليه في كون المرض مخوفًا بعد موت المتبرِّع، فالقول قول المتبرَّع عليه، لأن الأصل عدم الخوف. وعلى الوارث البينة،

Marfat.com

ولا تثبت دعواه إلا بشهادة رجلين، لأنها شـهادة على غير المال وإن كان المقصود المال. لكن لو كانت العـلة بامرأة على وجه لا يطلع عليـه الرجال غالبًـا، قبلت شـهادة رجلين، ورجل وامـرأتين، وأربع نسـوة. ويعـتبـر في الشـاهدين العلم بالطب، قاله البغوي.

الأمر الثالث: إذا وجدنا المرض مخوفًا، حجرنا عليه في التبرع فيما زاد على الثلث، ولم ننفذه. لكنه لو فعل، ثم برأ من مرضه، تبين صحة تبرعه وأن ذلك المرض لم يكن مـخوفًـا. ومن هذا القـبيل مـا إذا التحم الـقتـال، وحكمنا بأنه مخوف، ثم انقضت الحرب وسَلِم.

وأما إذا رأينا المرض غير مخـوف، فاتصل به الموت، فينظر، إن كان بحيث لا يحال عليه الموت، كوجع الضرس ونحوه، فالتبرع نافذ، والموت محمول على الفجـأة. وإن كان غـيره، كإسـهال يوم أو يومين، تبـيَّنَّا باتصال المـوت به كونه مخوفًـا، وكذلك حمى يوم أو يومين، قاله في «الوسيط»، وقـد سبق الفرق بين أن يعرق أو لا يعرق في هذه الصورة.

فرع: قال الإمام: لا يشترط في المرض المخـوف، كون الموت منه غالبًا، بل يكفي أن لا يكون نادرًا، بدليل البـرسام. ولو قـال أهل الخبـرة: هذا المرض لا يخاف مـنه الموت، لكنه سبب ظاهر في أن يتـولد منه المرض المخـوف، فالأول مخوف أيضًا. وهذا يُشْكِل بالحمل قبل أن يأخذها الطلق. فإن قالوا: يفضي إلى المخوف نادرًا، فالأول ليس بمخوف.

قلت: وإذا كان المرض مخـوفًا، فتبرع، ثم قـتله إنسان، أو سقط من سطح فمـات، أو غرق، حـسب تبرعـه من الثلث، كمـا لو مات بذلك المـرض ذكره البغوي. والله أعلم.

الفصل الثاني: في بيان التبرع المحسوب من الثلث، وهو إزالة الملك عن مال مجانًا، كالهبة، والوقف، والصدقة، وغيرها.

Marfat.com

قلت: ينبغي أن يضم إِليه ما يتناول التبرع بالكلب وسائر النجاسات، وبالمنفعة التي تصح الوصية بها، فيقال: إزالة الاختصاص عن مال ونحوه. والله أعلم.

وفيما يدخل في الضابط ويخرج، مسائل.

إِحداها: ما يستحق عليه من ديون الله تعالى، كالزكاة، وحجة الإسلام، وديون الآدميين، تخرج بعد موته، وتكون من رأس المال أوصى بها أو لم يوص. وقيل: إذا أوصى بها، حسبت من الثلث، وهو ضعيف، وهذا الذي نوجبه، من رأس المال بلا خلاف إِذا لم يوص هو فيما وجب بأصل الشرع، كالزكاة، وحجة الإسلام. وأما الكفارات، والنذور، ففيها خلاف سيأتي في الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

فرع: لو قضى في مرضه ديون بعض الغرماء، لم يزاحمه غيره إن وفى المال بجميع الديون، وكذا إذا لم يف على الصحيح المعروف.

(المسألة) الثالثة: البيع بثمن المثل نافذ من رأس المال، سواء باع للوارث، أم لغريمه، أم لغيرهما. وإن باع بمحاباة، فإن كانت يسيرة يتسامح بمثلها، كان كالبيع بثمن المثل، وإن كانت أكثر من ذلك، فإن كانت لوارث، فهي وصية لوارث، وإلا، فمعتبرة من الثلث. فإن لم تخرج من الثلث، فإن أجاز الوارث، نفذ البيع في الكل، وإلا، بطل فيما لا يخرج، وفيما يخرج، طريقان سبقا. وإِذا لم تبطل، ففي كيفية صحة البيع قولان. وقد سبق كل هذا في «باب تفريق الصفقة». ثم المحاباة المعتبرة من الثلث، ما تزيد على ما يتغابن بمثله، ذكره الحناطي، وأبو منصور. هذا كله إذا باع بثمن حالٍّ، فإن باع بمؤجل، ولم يحل حتى مات، اعتبر من الثلث، سواء باع بثمن المثل أو أقل أو أكثر، لما فيه من تفويت اليد على الورثة. وتفويت اليد ملحق بتفويت المال. ألا ترى أن الغاصب يضمن بالحيلولة كما يضمن بتفويت المال، فليس له تفويت اليد عليهم، كما ليس له تفويت المال. فإن لم يخرج من الثلث، ورد الوارث ما زاد، فالمشتري

Marfat.com

بالخيار بين فسخ البيع والإجازة في الثلث بثلث الثمن. فإن أجاز، فهل يزيد ما صح فيه البيع إذا أدى الثلث؟ فيه وجهان حكاهما في «التهذيب». أصحهما: لا، لانقطاع البيع بالرد. والثاني: نعم، لأن ما يحصل للورثة ينبغي أن نصحح الوصية في مثل نصفه. فعلى هذا يصحح البيع في قدر نصف المؤدى، وهو السدس، بسدس الثمن. فإذا أدى ذلك السدس، زِيد بقدر نصف النصف، وهكذا إلى أن يحصل الاستيعاب.

(المسألة) الثانية: نكاح المريض صحَيح فإن نكح بمهر المثل أو أقل، فهو من رأس المال، كما لو اشترى شيئًا بثمن مثله، وإن كان بأكثر من مهر المثل، استحقت مهر المثل، والزيادة تبرع على الوارث. وقد سبق حكمه. فإن لم تكن وارثة، كالذمية، والمكاتبة، فالزيادة محسوبة من الثلث. فإن خرجت منه، نفذ التبرع بها.

ولو ماتت الزوجة قبله، فإن كانت الزيادة تخرج من الثلث، سلِّمت لها، لأنه لا يلزم الجمع بين التبرع والميراث. وإن لم تخرج، دارت المسألة، ونذكرها في «باب الدور» إن شاء الله تعالى.

فرع: لو نكحت المريضة بأقل من مهر المثل، فالنقصان تبرع على الوارث، فللورثة ردّه وتكميل مهر المثل. فإن لم يكن وارثًا، بأن كان عبدًا، أو مسلمًا وهي ذمية، لم يكمل مهر المثل، ولم يعتبر هذا النقص من الثلث. وإنما جعل ذلك وصية في حق الوارث، ولم يجعل وصية في الاعتبار من الثلث لأن المريض إنما يمنع من تفويت ما عنده، وهذا ليس بتفويت، إنما هو امتناع من الكسب. وأيضًا فإن المنع فيما يتوهم بقاؤه للوارث وانتفاعه به، والبضع ليس كذلك. هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور.

وفي «التتمة»: أنه يعتبر من الثلث، وفُرِّق بينه وبين ما إذا أجَّر نفسه بأقل من أجرة المثل ـ فإنه لا يعتبر من الثلث مع أن كل واحد منهما لا يبقى للورثة ـ بفريقين. أحدهما: أن النكاح بغير ذِكْرِ مهر يقتضي مهر المثل، فإذا تزوجت

Marfat.com

بدونه، فكأنها أسقطته بعد وجوبه، فصار كالإبراء. والثاني: أن المحاباة في المهر فيها نوع عارٍ على الورثة، فأثبت لهم ولاية رفعها، بخلاف الإجارة.

قلت: هذان الفرقان ضعيفان جدًّا. وكذا الحكم الذي ادَّعاه وشذ به. والله أعلم.

(المسألة) الرابعة: إِجارة الدواب والعبيد وسائر الأموال بما دون أجرة المثل، معتبرة من الثلث. وكذلك إِعارتها. حتى لو انقضت مدة الإجارة أو الإعارة في مرضه، واسترد العين، اعتبر قدر المحاباة في مسألة الإجارة وجميع الأجرة في الإعارة من الثلث. ولو أجر نفسه بمحاباة، أو عمل لغيره متبرعًا، لم يحسب من الثلث على الأصح.

(المسألة) الخامسة: كاتَب في مرضه عبدًا، أو أوصى بكتابته، تعتبر قيمته من الثلث، سواء كاتبه بقيمته، أو أقل، أو أكثر. ولو كاتب في الصحة، واستوفى النجوم في مرضه، لم تعتبر قيمته من الثلث. ولو أعتقه في مرضه، أو أبرأه من النجوم، اعتبر من الثلث أقل الأمرين من قيمته أو النجوم.

(المسألة) السادسة: الاستيلاد في المرض لا يعتبر من الثلث، كما يستهلكه من الأطعمة اللذيذة، والثياب النفيسة، ويقبل إقرار المريض بالاستيلاد، لقدرته على إنشائه، ولا تعتبر قيمتها من الثلث.

(المسألة) السابعة: قال لعبده: أنت حرٌّ قبل مرض موتي بيوم أو شهر، ثم مرض ومات، لم يعتبر من الثلث. وإن قال: قبل موتي بشهر، فإن نقص مرضه عن شهر، فكذلك الجواب، وإلا، فهو كما لو علق عتق عبده في الصحة ووجدت الصفة في المرض، وفيه قولان.

فرع: باع بمحاباة، بشرط الخيار، ثم مرض وأجاز في مدة الخيار. إن قلنا: الملك في زمن الخيار للبائع، فقدر المحاباة من الثلث، وإلا، فلا، لأنه ليس بتفويت، بل امتناع من كسب، فصار كما لو أفلس المشتري والمبيع قائم عنده ومرض البائع فلم يفسخ، وكما لو أمكنه فسخ النكاح بعيبها فترك حتى مات

Marfat.com

واستقر المهر، فإنه لا يحسب من الثلث. وكذا لو اشترى بمحاباة، ثم مرض ووجد بالمبيع عيبًا، ولم يردّ مع الإمكان، لا يعتبر قدر المحاباة من الثلث. ولو وجد العيب، وتعذر الرد بسبب، فأعرض عن الأرش، اعتبر قدر الأرش من الثلث. وقدر المحاباة في الإقالة يعتبر من الثلث، وخلع المريض لا يعتبر من الثلث، لأن له أن يطلِّق مجانًا، وخلع المريضة مذكور في «كتاب الخلع».

الفصل الثالث: في كيفية الاحتساب من الثلث. إذا وُجد تبرعان، وأكثر، وضاق الثلث عنها، فهي إما منجَّزة، وإما معلقة بالموت، وإما من النوعين.

القسم الأول، المنجَّزة، كالإعتاق، والإبراء، والوقف، والصدقة، والهبة المقبوضة، والمحاباة في العقود، فإن ترتبت، قدِّم الأول فالأول إلى استغراق الثلث. فإذا تم الثلث، وقف أمر الزائد على إجازة الوارث على ما سبق. وسواء كان المتقدم والمتأخر جنسًا أو جنسين، وسواء تقدم العتق على المحاباة ونحوها أو تقدمت عليه، لأن الأول لازم لا يفتقر إلى رضى الورثة، فكان أقوى. وإن وجدت دفعة واحدة، واتحد الجنس، مثل أن قال لعبيد: أعتقتكم، أو أبرأ جماعة من ديونه، أو وهب لهم، لم يقدم البعض على البعض. لكن في غير العتق يقسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة، كما يقتضيه الحال من التساوي أو التفاضل. وفي العتق، يقرع بين العبيد، ولا توزع الحرية. وإن اختلف الجنس، بأن وكل في كل تبرع وكيلاً، فتصرفوا دفعة واحدة، فإن لم يكن فيها عتق، قسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة، وإن كان، فهل يقسط، أم يقدم العتق؟ قولان كما سنذكره في التبرعات المعلقة بالموت إن شاء الله تعالى.

القسم الثاني: التبرعات المعلقة بالموت، كالوصايا، وتعليق العتق، فلا يقدم عتق على عتق، ولا تبرع غير العتق على غيره وإن تقدم بعضها على بعض في الإيصاء، بل في العتق يقرع، وفي غيره يقسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة. وفي العتق هنا وجه: أنه يقسط، وتخص القرعة بالمنجَّز، لورود الحديث

Marfat.com

الصحيح فيه[١]، والصحيح: الأول. ثم هذا عند إطلاق الوصية. أما إذا قال: اعتقوا سالمًا بعد موتي، ثم غانمًا، أو ادفعوا إلى زيد مائة، ثم إلى عمرو مائة، فيقدم ما قدمه قطعًا. وإذا اجتمع في هذا القسم عتق وغيره، فهل يقدم العتق لقوته، أم يسوى فيه؟ قولان. أظهرهما: التسوية. هذا في وصايا التمليك مع العتق. أما إذا أوصى للفقراء بشيء، وبعتق عبد، فقال البغوي: هما سواء، لاشتراكهما في القربة. وقطع الشيخ أبو علي بطرد القولين، لوجود القوة والسراية.

قلت: الثاني أصح. والله أعلم.

وإذا سوَّينا، فما خص العبيد إذا ضاق عنهم، يقرع. والكتابة مع الهبة وسائر الوصايا، كالعتق، فتكون على القولين. وقيل: يسوى هنا قطعًا، إذ ليس لها قوة وسراية.

القسم الثالث: إذا صدرت منه تبرعات منجزة، ومعلقة بالموت، قدمت المنجزة، لأنها تفيد الملك ناجزًا، ولأنها لازمة. ولا يملك المريض الرجوع فيها.

فرع: علق عتق عبد بالموت، وأوصى بعتق آخر، فلا يقدم أحدهما على الآخر، لأن وقت استحقاقهما واحد، وقد اشتركا في القوة. وفي وجه: المدبر أولى بالعتق، لأنه سبق عتقه، فإن الآخر يحتاج إلى إنشاء عتقه، والصحيح الأول.

فرع: لا يؤثر تقدم الهبة وحدها بلا قبض، لأن ملكها بالقبض، حتى لو

---

(١) عن عمران بن حصين رضي الله عنه، أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته. لم يكن له ما غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثًا ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً. [صحيح مسلم ١٦٦٨].

ـ قال النووي ـ في شرح صحيح مسلم:

وفي الحديث هذا دلالة لمذهب مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وداود وابن جرير والجمهور في إثبات القرعة في العتق ونحوه، وأنه إذا أعتق عبيداً في مرض موته أو أوصى بعتقهم، ولا يخرجون من الثلث أقرع بينهم، فيعتق ثلثُهم بالقرعة. انتهى باختصار.

Marfat.com

وهب المريض ثم أعـــتق، أو حـابى في بيع ثم أقـبض المـوهوب، قـدم العـتق والمحاباة، ولا تفتقر المحاباة في بيع ونحوه إلى قبض، لأنها في ضمن معاوضة.

فرع: قال في مرضه: سـالم حرٌّ، وغانم حر، وخالد حر، فـهذا من صور ترتيب التبـرعات المنجَّزة. ولو قال: سـالم وغانم وخالد أحرار، فـهو من صور وقوعها دفعة واحدة.

ولو علق عـتقهم بالموت، أقـرع بينهم، سواء قـال: إذا مت، فسـالم حر، وغانم حر، وخالد حر، أو قال: فهم أحرار.

ولو قال: إذا مت فـسالم حر، وإن مت من مـرضي هذا، فغانم حـر، فإن مات من ذلك المرض ولم يف الثلث بهما، أُقـرع بينهما. وإن برأ، ومات بعده، بطل التدبير المقيد، ويعتق سالم.

فرع: قال: إن أعتقت غانمًا، فسالم حر، ثم أعتق غانمًا في مرض موته، فإن خرجا من الثلث عتقا، وإن لم يخرج إلا أحـدهما، فقيل: يقرع، كما لو قال: أعتقتكما. والصحيح: أنه لا قـرعة، بل يتعين غانم للعتق، لأنا لو أقرعنا، ربما خرجت على سـالم، فيلزم إِرقاق غانم. فـإن خرجا من الثلث، عتـقا، وإن لم يخرج إلا أحدهما، فقيل: يقرع، كما لو قال: أعتقتكما.

والصحيح: أنه لا قرعة، بل يتعين غانم للعتق، لأنا لو أقرعنا، ربما خرجت على سالم، فيلزم إِرقاق غانم. وإذا رق، لم يحصل شرط عتق سالم. ولو قال: إن أعتقت غـانمًا، فسالم حر في حال إِعـتاقي غانمًا، ثم أعتق غـانمًا في مرضه، فكذلك الجواب بلا فرق. وعلـى هذا، لو قال: إن أعتقت غانمًا، فـسالم وغانم حرّان، ثم أعتق غانمًا، والثلث لا يفي إلا بأحـدهم، عتق غانم، ولا قرعة. وإن فضل من الثلث شيء، أقـرع بين الآخرين. فمن خرجت له قرعـة الحرية، عتق كله إن خـرج كله، وبعـضه إن لـم يخرج إِلا بعـضـه. وإِن كـان يخرج أحـد الآخرين، وبعض الثالث، عتق من خرجت قرعته، وعتق من الآخر بعضه.

Marfat.com

فرع: قال لعبده: إن تزوجت، فأنت حـر. ثم تزوج في مرض الموت، فقد ذكرنا أن مـهر المثل مـحسـوب من رأس المال، والزيادة من الثلث. وإِن اقـتضى الحال تنفيذ الزيادة، نظر، إن خرجت الزيادة وقـيمة العبد من الثلث نفذ، وإلا، فيـقدم المهر، كذا ذكـروه توجيهًـا بأن المهر أسبق، فإنه يـجب بالنكاح، والعتق يتـرتب عليه. لكن مـقـتضى قـولنا: إن المرتب والمرتب عليـه يقعـان معًـا ولا يتلاحـقان من حيث الزمـان، أن لا يقدم أحدَهمـا على الآخر، بل يوزع الثلث على الزيادة وقيمـة العبد. وقد صرحوا بأنه لو قـال: إن تزوجت، فأنت حر في حال تزوجي: أنه يوزع الثلث كذلك، لأنه لا ترتب.

والفرق بين هذا وبين مسـألة العبدين ـ حيث لا يوزع هناك، كـما لا يقرع ـ أن العتق هنـا معلق بالنكاح، والتـوزيع لا يرفع النكاح، ولا يقدح فـيه، وهناك عتق سالم معلق بعتق غانم كـاملاً. وإِذا وزعنا، فلا يكمل عتق غانم، ولا يمكن إعتاق شيء من سالم.

فرع: قال لأمـته الحامل: إِن أعتـقت نصف حملك، فأنت حـرة، ثم أعتق نصف حملهـا في مرض موته، فمـقتضى عـتق نصف الحمل سرايته إلى باقـيه وعتق الأم بالتعليق. فإن خرجا من الثلث، عتقا، وإن لم يخرج من النصف إلا الأم، أو النصف الآخـر، بأن كان ماله ثلثـمائة، والأم منهـا خمـسون، والولد مائة، فيـقرع بين الأم والنصف الآخر. وإن خرجت على النـصف الآخر، عتق جميع الحمل، ورقت الأم، وإن خـرج على الأم، لم يعتق كلها، لأن الحمل في حكم جزءٍ منها، يتبع عتقه عتقهـا، فتوزع قيمة الثلث وهي خمسون على الأم، والنصف الباقي بالسـوية، فيعتق من الأم نصـفها، ومن النصف الباقـي نصفه، فيكون ثلاثة أرباعه حرًّا.

ولو كانت الصورة كما ذكرنا، إلا أن قيـمة الأم مائة، وخرجت القرعة على الأم، وزعت الخمـسون عليهـا وعلى النصف الآخر البـاقي أثلاثًا، فيعـتق منها ثلثها، وهو ثلثا الخمسين، ومن النصـف الباقي ثلثه وهو ثلث الخمسين، وسدس

Marfat.com

جملته، فيكون الحر من الأم الثلث، ومن الولد الثلثين.

فرع: أوصى بعبد أو ثوب يخرج من ثلث ماله، وباقي ماله غائب، لا يدفع كله إلى الموصى له، ولا يسلط على التصرف فيه ما لم يحضر من المال الغائب ما يخرج الموصى به من ثلثه، لأن ما يحصل للموصى له ينبغي أن يجعل للوارث مثلاه، وربما تلف الغائب. وهل يتسلط على التصرف في ثلثه؟ وجهان. أصحهما: المنع، لأن تسليطه يتوقف على تسليط الورثة على مثلي ما تسلط عليه. ولا يمكن تسليطهم، لاحتمال سلامة الغائب. فيخلص جميع الموصى به للموصى له. فلو تصرفوا في ثلثي الحاضر، قال أبو الفرج السرخسي: إن بان هلاك الغائب، تبيّنا نفوذ تصرفهم، ولك أن تقول: ينبغي تخريجه على وقف العقود.

قلت: بل ينبغي تخريجه على القولين فيمن باع مال أبيه ظانًّا حياته فبان ميتًا. والله أعلم.

قال السرخسي: وإن سلم وعاد إليهم، تبيّنا بطلان التصرف على الصحيح. وقيل: يمضى على الصحة، ويغرم للموصى له الثلثين، وهو ضعيف. ولو أعتق عبداً هو ثلث ماله، أو دبَّره، وباقي ماله غائب، ففي نفوذ العتق والتدبير في ثلثه الخلاف المذكور في الوصية. كذا ذكروه، وقد يُستبعد التردد في العتق في الثلث، فإنه حر على كل تقدير. بل الوجه: الجزم بحصول الملك في الثلث، وفي الوصية أيضًا. وردّ الخلاف إلى أنه هل ينفذ تصرفه فيه، أم يمنع من التصرف إلى أن يتسلط الوارث على مثليه؟.

الركن الرابع: الصيغة، فنتكلم في طرف الإيجاب، ثم طرف القبول، أما الإيجاب، فلا بد منه، بأن يقول: أوصيت له بكذا، أو أعطوه، أو ادفعوا إليه بعد موتي كذا، أو هو له، أو جعلته له بعد موتي، أو ملَّكته، أو وهبته له بعد موتي. أما إذا اقتصر على قوله: وهبته له، ونوى الوصية، فالأصح أنه لا يكون وصية، لأنه أمكن تنفيذه في موضوعه الصريح، وهو التمليك الناجز. ولو قال:

Marfat.com

هذا له، فهو إقرار يؤاخذ به، ولا يجعل كناية عن الوصية، إلا أن يقول: هو له من مالي، أو يقول: عبدي هذا لفلان، فيصح كناية عن الوصية، لأنه لا يصلح إقراراً. ولو قال: عيَّنتـه له، فهذا كناية، لأنه يحتمل التعيـين للتمليك بالوصية، والتعيين للإعارة، وتصح الوصية بالكتابة مع النية بلا خلاف، لِما سبق في «كتاب البيع»: أن ما يقبل مقصوده التعـليق بالإغرار، كالكتابة، والخلع، ينعقد بالكتابة مع النية، والوصية تقبل التعليق بالإغـرار، فأولى أن تنعقد بالكتابة. ولو كتب: إني أوصيت لفلان بكذا، قال المتولي: لا ينعقـد إذا كان الشخص ناطقًا، كما لو قيل له: أوصـيتَ لفلان بكذا؟ فأشار: أن نعم. ولو وجـد له كتاب وصيـة بعد موته، ولم تقم بيّنة على مضمونه، أو كان قـد أشهد جماعة أن الكتاب خطي، وما فيه وصـيتي، ولم يطلعهم على ما فيـه، فقال جمهور الأصـحاب: لا تنفذ الوصية بذلك، ولا يعمل بما فيه حتى يشهد الشهود به مفصلاً.

ونقل الإمام، والمتولي: أن محمـد بن نصر المروزي من أصحابنا قال: يكفي الإشهاد عليه مبهمًا.

وروى أبو الحسن العـبادي أنه قال: يكفي الكتـاب من غير إشهـاد، واحتج بقول النبيّ ﷺ: «إلاّ ووصيته مكتوبة عنده»[1] أشعر ذلك باعتبار الكتابة.

واعلم أن انعقـاد الوصيـة بالكتابة ليس ببعـيد وإن اسـتبعـدوه، لأن الكتابة ككنايات الألفـاظ. وقد سـبق في البـيع ذِكْر الخـلاف في انعقـاد البيع ونحـوه بالكنايات. وذكـرنا الآن أن الوصية أشـد قبـولاً للكنايات. فإذا كـتب، وقال: نويت الوصية لفلان، أو اعترف ورثته به بعد موته، وجب أن يصح.

فرع: لو اعتقل لسانه، صحت وصيته بالإشارة والكتابة.

فصل: وأما القبول، فإن كانت الوصية لغير معيَّن، كالفقراء، لزمت بالموت، ولم يشترط فـيها القبـول. وإن كانت لمعين، فالمذهب اشتـراط القبول ولا يصح

---

(١) سبق بتمامه في أول كتاب الوصايا.

Marfat.com

قبول ولا رد في حياة المـوصي، فله الرد وإن قَبِل في الحياة، وبالعكس، لأنه لا حقَّ له قبل الموت، فأشبه إسقاط الشفعـة قبل البيع، ولا يشترط الفور في القبول بعد الموت.

قلت: هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور. وفـيه وجه: يشترط الفور. حكاه صاحب «المستظهري» وليس بشيء. والله أعلم.

فإن رد بعد الموت، فله أحوال.

أحدها: أن يقع قبل القبول، فترتد الوصية، ويستقر الملك للورثة في الموصى به. ولو أوصى بالعين بالعين لواحد، وبالمنـفعة الآخر، فرد الموصى له بـالمنفعة، فهل هي للورثة، أم للموصى له بالعين؟ وجهـان. أصحهما: الأول. ولوأوصى بخدمة عبد لرجل سنة، وقال: هو حـر بعد سنة، فرد الموصى له، لم يعتق قبل السنة.

الثاني: أن يقع بعـد القبول، وقَبِل الموصى له، فـلا يصح رده، فإن راضى الورثة، فهو ابتداء تمليك منه لهم.

الثالث: أن يقع بـعد القبـول، وقبل القبض، فـلا يصح الرد على الأصح. ولو قـال: رددت الوصيـة لفلان، يعني أحـد الورثة، قال في «الأم»: إن قـال: أردت لرضـاه، كان ردًّا على جمـيع الورثة. وإن قال: أردت تخـصيـصه بالرد عليه، فهـو هبة له خاصة. قـال الأصحاب: هذا تفريع على تصـحيح الرد بعد القبـول، وإلا، فمـا لا يملكه لا يمكنه أن يملّكه غيـره. ثم لم يعتـبر لفظ الهـبة والتملـيك. وقال القاضي أبو الطـيب: لا بد منه، وهو القيـاس. ولو مات ولم يبين ما أراده، جعل ردًّا على جميع الورثة.

فرع: إذا لم يقبل الموصى له، ولم يردّ، فللوارث مطالبته بأحد الأمرين. فإن امتنع، حكم عليه بالردّ.

فرع: لو مات الموصى له قبل موت الموصي، بطلت الوصـية. وإن مات بعد موته، قام وارثه مقامه في القبول والرد.

Marfat.com

فصل: متى يملك الموصى له الموصى به؟ فيـه ثلاثة أقوال. أحدها: بالموت. والثـاني: بالقـبول. وعلى هـذا، هل الملك قبـل القبـول للوارث، أم للمـيت؟ وجهان. أصـحهما: الأول. والثـالث ـ وهو الأظهر ـ: أنه موقوف. فـإن قبل، تبيّنّا أنه ملك بالموت، وإلا، بان أنه كان للوارث. ولو أوصى بإعـتاق عبد معين بعد موته، فـالملك في العبد إلى أن يعـتق للوارث بلا خلاف، لأنه ليس تمليكًا. ويتفرع على الأقوال مسائل.

إحداها: كسب العبد، وثمرة الشجرة، وسائر زوائد الموصى به، إن حصلت قبل موت الموصي، فهي له، ولا تتناولها الوصية، وإن حصلت بعده وبعد قبول الموصى له، فهي للموصى له، وإن حصلت بعد مـوته، وقبل القبول، فإن قلنا: يملك بالموت، فهي للموصى له، قَبِل الوصيـة أو ردَّها. وفيما إذا ردها وجه: أن الزوائد ترتد أيضًا. وإن قلنا: يملك بالقبـول، لم تكن الزوائد للموصى له، قَبِل الوصيـة أو ردّها. وفيـما إذا قبل وجـه: أنها له، لأن له حق التـمليك من حين الموت، فهي حادثة في مـحل حقه. وإن قلنا بالوقف، فهي موقوفـة. فإن قبل، فله، وإلا، فلا. وحيث قلنا: ترتد الزوائد، فإلى من تـرتد؟ وجهان. أحدهما: إلى الموصي، فتكون من جملة تركته يقـضى منها دينه، وتنفذ وصاياه كالأصل. وأصحـهمـا: أنها للوارث، لأنهـا حدثت بعـد زوال ملك الموصي. وعلى هذا الخلاف ولد الجارية والبهيمة الموصى بهمـا، ويتعلق بهما تفصيل وأحوال نذكرها إن شاء الله تعالى على الأثر موضحة.

الثانيـة: فطرة العبد الموصى بـه، إذا وقع وقت وجوبها بين القـبول والموت على من تجب؟ يخرج على هذه الأقوال. وقد ذكـرناه في «زكاة الفطر». والنفقة والمؤن المحـتـاج إليهـا بين القـبـول والموت، حكمـهـا حكم الفطرة. وقـال في «الوسيط»: إنها على الموصى له إن قَبِل على كل قول، وعلى الوارث إن ردَّ على كل قول، والمعتمد ما نقلناه عن الأصحاب من طرد الخلاف. وإذا توقف الموصى له في القبول والرد، أُلزم النفقة، فإن أراد الخلاص، ردّ.

Marfat.com

الثالثة: إذا زوَّج أمته حرًّا، وأوصى له بها، فإن رد الوصية، استمر النكاح، إلا إذا قلنا: يملك بالموت، فيفسخ النكاح من يوم الموت وإن كان الملك ضعيفًا. وإن قبل، انفسخ النكاح، ويكون الانفساخ من يوم القبول إن قلنا: يملك بالقبول، ومن يوم الموت على سبيل التبين إن قلنا بالتوقف. وإن كان زوجها وارثه، ثم أوصى بها لغيره، فإن قَبِل الموصى له الوصية، استمر النكاح، إلا إذا قلنا: الملك يحصل بالقبول، وإنه قبل القبول للوارث، فإنه ينفسخ على الأصح. وقيل: لا، لضعف الملك، وإن رد، انفسخ النكاح. وفي استناد الفسخ إلى حالة الموت لضعف الملك هذا الخلاف. هذا إذا خرجت الأمة من الثلث، فإن لم تخرج ولم يجز الورثة، انفسخ النكاح، لدخول شيء مما يزيد على الثلث في ملك الزوج. وإن أجازوا وقلنا: يملكه بالموت، أو موقوف، فهل ينفسخ؟ إن قلنا: إجازتهم تنفيذ لما فعله الموصي، فلا. وإن قلنا: ابتداء عطية، فنعم.

الرابعة: أوصى بأمته الحامل من زوجها لزوجها، ولابن لها حر، ومات، وخرجت كلها من الثلث، وقبلا الوصية وهما موسران، نظر، إن قبلا معًا، عتقت الأمة كلها على ابنها، نصفها بالملك، والباقي بالسراية، وعليه للزوج نصف قيمتها، ويعتق الحمل عليهما بالسوية.

أما نصيب الزوج، فلأنه ولده. وأما نصيب الابن، فلأن الأم عتقت عليه. والعتق يسري من الحامل إلى ما يملكه المعتق من حملها. ولا يقوّم نصيب واحد منهما على الآخر، لأن العتق عليهما حصل دفعة واحدة، فأشبه ما إذا اشترى ابنان أباهما، فإنه يعتق عليهما ولا تقويم، وإن قبل أحدهما قَبْل الآخر، فإن قلنا: يحصل الملك بالموت، أو قلنا: بالوقف، فالجواب كذلك، لأن وقت الملك واحد وإن اختلف وقت القبول.

وإن قلنا: يحصل بالقبول، فإن تقدم قبول الابن، عتقت الأمة والحمل عليه.

أما الأم، فبالملك والسراية، وأما الحمل، فبسراية عتق الأم إليه، وعليه

Marfat.com

للزوج نصف قيمتها. وإن تقدم قبول الزوج، عتق جميع الحمل عليه، النصف بالملك، والباقي بالسراية، فيغرم نصف قيمته يوم الولادة للابن، ولا يعتق عليه من الأمة شيء. فإذا قبل الابن، عتق عليه جميعها بالملك والسراية، وغرم للزوج نصف قيمتها.

قلت: ويجيء وجه: أن الأمة تعتق على الزوج تفريعًا على قول الأستاذ أبي إسحاق: إن عتق الجنين يسري إلى عتق الأم. والله أعلم.

وأما إذا قبل الزوج وحده، فيعتق عليه الحمل، نصفه بالملك، ونصفه بالسراية، فيغرم نصف قيمته لورثة الموصي، ولا يسري العتق من الحمل إلى الأم، لأن الحمل تبع لها، وليست تبعًا له.

قلت: وفيه وجه أبي إسحاق. والله أعلم.

وإن قبل الابن وحده، عتقا عليه جميعًا، وغرم نصف قيمتها لورثة الموصي.

قلت: قد كرر الإمام الرافعي نصف القيمة في هذه المسألة كما قاله غيره. والقياس: أنه يجب قيمة النصف، وهي أقل، لأنه إنما أتلف نصفًا. والله أعلم.

الخامسة: أوصى لإنسان بمن يعتق عليه، كأبيه وابنه، لم يجب عليه قبول الوصية، كما لا يجب شراؤه إذا قدر عليه، بل له الرد على الصحيح. وقيل: يمنع الرد إن قلنا: يملك بالموت، لأنه يعتق عليه، وبه قطع المتولي تفريعًا على هذا القول، والجمهور على خلافه، وأنه لا يعتق عليه قبل قبوله. ثم إن رد، فذاك، وإن قبل وقلنا: يملك بالقبول، عتق عليه حينئذٍ.

وإن قلنا: بالموت، أو موقوف، تبين أنه عتق عليه يوم الموت. ولو ملك ابن أخيه، وأوصى به لأجنبي، ووارثُه أخوه، فقبل الموصى له الوصية، فهو للأجنبي إن قلنا: يملك بالموت أو موقوف. وإن قلنا: يملك بالقبول، وأنه قبل القبول للوارث، فمقتضاه العتق على الوارث يوم الموت، لكن المنقول عن الأصحاب أنه لا يعتق عليه كي لا تبطل الوصية.

Marfat.com

ولو أوصى لشخص بابنه، ومات الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول، فأوجه.

أحدها: أن الرد يمنع، لعتقه عليه بالموت إذا قلنا: يملك به.

والثاني: ليس للوارث قبوله، لما فيه من العتق على الميت بغير إذنه وإثبات الولاء له. هذا إذا قلنا: إن العتق إذا حصل وقع على الميت، وسنذكر الخلاف فيه إن شاء الله تعالى. وهذان الوجهان ضعيفان جدًّا.

والثالث وهو الصحيح: أن الوارث يقوم مقامه في الرد والقبول، لنيابته عنه في حقوقه. فإن قبل، فهو كقبول الموصى له بنفسه إن قلنا: يملك بالموت، أو موقوف. وإن قلنا: يملك بالقبول، نُظر. فإن لم يكن بين الموصى به، ووارث الموصى له قرابة تقتضي عتقه عليه، بأن كان الوارث أخا الموصى له، فهل نحكم بعتقه؟ وجهان. أحدهما: لا، وبه قطع ابن الصباغ وآخرون. وأصحهما: نعم، لأن الموصي إنما أوجب الملك للموصى له فلا يثبت لغيره، وإنما اعتبرنا قبول وارثه نيابة، وهذا كما لو نصب شبكة في حياته وتعلق بها صيد بعد موته، فإنا نحكم بثبوت الملك له. وإن كان بين الموصى به ووارث الموصى له قرابة تقتضي العتق، بأن كان الوارث أبا الموصى له، حكم بعتق الموصى به قطعًا. ويعود الوجهان، في أنه يعتق على الموصى له، أم على وارثه؟ وأن الولاء لمن يثبت؟ فإن قلنا: عن الموصى له، قال الإمام: يسند العتق إلى ألطف زمان قبل موت الموصى له. وإذا لم نحكم بالعتق فيما إذا لم يكن بينهما قرابة، فهل تقضى منه ديون الموصى له؟ وجهان. أصحهما: نعم كديته، فإنه تقضى منها ديونه وإن قلنا: إنها تثبت للورثة ابتداءً. هذا حكم العتق.

وهل يرث الذي عتق من الموصي؟ أما إذا قبل بنفسه، فينظر، إن قبل في صحته، فنعم. وإن قبل في مرض موته، فإرثه مبني على أن عتقه إذا حصل الملك فيه لا بعوض، بل بإرث، أو هبة، أو قبول وصية، هل يعتبر من الثلث، أم من رأس المال؟ وفيه وجهان مذكوران في كتاب العتق. إن قلنا: من الثلث،

Marfat.com

لم يرثه، وإلا، ورث، وهو الأصح. وإن مات قبل القبول، وقبل وارثه، فإن حكمنا بالحرية عند القبول، لم يرث، لرقه. وإن حكمنا بها عند الموت، فإن كان القابل ممن يحجبه الموصى به، كالأخ، لم يرث، لأنه لو ورث لحجب الأخ وأخرجه عن كونه وارثًا، ولبطل قبوله. وإن كان لا يحجبه، كابن الأخ، فالصحيح: أنه لا يرث أيضًا، للدور في نصفه. وقيل: يرث. وقال الداركي: إن ثبت القبول للموصى له وهو مريض، لم يرث، لأن قبول ورثته كقبوله، ولو قبل لكان وصيه، والإرث لا يجامعها.

أوصى له بمن يعتق عليه، فمات الموصى له عن ابنين، فالقول في قبولهما تفريعًا على الأقوال في وقت الملك كما سبق. والمذهب صحته ووقوع العتق عن الميت. وإن قبل أحدهما فقط، صح القبول في النصف، وعتق على الميت. ثم قال ابن الحداد وآخرون: ينظر، إن ورث القابل من الموصى له ما يفي بباقي قيمة الموصى به، قوِّم عليه الباقي فيما ورثه، وإلا، فلا يقوَّم عليه، ولا اعتبار بيسار القابل في نفسه، ولا يثبت التقويم في نصيب الذي لم يقبل من التركة. أما عدم اعتبار يساره، فلأن العتق وقع عن الميت، فلا يكون التقويم على غيره. وأما عدم ثبوته في نصيب الذي لم يقبل، فلأن سبب العتق القبول، فالذي لم يقبل لم ينسب إليه. ولك أن تقول: وإن لم ينسب إليه، فهو معترف بعتق نصيب القابل واقتضائه التقويم، فالتقويم كدين يلحق التركة. وقال الشيخ أبو علي: يجب أن لا يقوّم على الميت، ويقصر العتق على القدر المقبول لمعنيين. أحدهما: أن الملك حصل للميت بغير اختياره، بل بقبول الوارث، فأشبه ما إذا ورث شقصًا من عبد فعتق عليه، لا يقوّم الباقي. والثاني: أن العتق يحصل بعد موته، ولا مال له حينئذٍ، فأشبه ما إذا أعتق شقصًا بعد الموت، لا يقوّم الباقي. قال: ورأيت هذا لبعض الأصحاب، وللأولين أن يقولوا: إنما حكمنا بالعتق على الميت لجعلنا الوارث نائبًا عنه، فكيف ينتفي اختياره مع النيابة؟ لكنهما حكميان. وأما الثاني: فلا يسلّم أن العتق يحصل بعد الموت، بل يستند إلى قبيل الموت كما

Marfat.com

سبق. ثم ولاء ما عتق منه، للميت. وهل يشترك فيه الابنان، أم ينفرد به القابل؟ وجهان. ولو أوصى لإنسان ببعض من يعتق عليه، ومات الموصى له، وقبل وارثه، فالقول في عتقه على الميت وتقويم الباقي عليه على ما ذكرناه في هذه المسألة.

السادسة: أوصى بأمة لابنها من غيره، فإن خرجت من الثلث، وقبل الابن الوصية، عتقت عليه. وإن ردّ، بقيت للوارث. وإن لم تخرج، فالجواب في قدر الثلث كذلك. وأما الزائد، فإن أعتقه الوارث وهو موسر، عتق عليه. ثم إن لم يقبل ابنها الوصية، فقد تبينّا أن جميعها للوارث، فيسري العتق من البعض الذي أعتقه إلى الباقي. وإن قبل، عتق عليه ما قبل. قال ابن الحداد: ولا يقوَّم نصيبه على الوارث، لأنا تبينّا بالقبول حصول ملكه بالموت وتقدمه على إعتاق الوارث الزيادة، ولا يقوَّم نصيب الوارث عليه، لأنه أعتق نصيبه قبل قبوله. قال الشيخ أبو علي: الصواب عند الأصحاب أن يقال: إن قلنا: يملك بالموت ابتداءً، وتبينّا، قوّم نصيب الوارث عليه. وإن قلنا: يملك بالقبول، عتق الكل على الوارث، لأنه يسري من نصيبه إلى قدر الثلث. والقبول بعده كإعتاق الشريك الثاني بعد إعتاق الأول وهو موسر. هذا إذا حكمنا بحصول السراية بنفس الإعتاق. فإن قلنا: لا تحصل إلا بأداء القيمة، فقبوله كإعتاق الشريك الثاني نصيبه قبل أخذ القيمة. وفيه وجهان. أحدهما: ينفذ، لأنه ملكه. وأصحهما: لا، لأن الأول استحق تقويمه عليه. فعلى هذا، له قيمة نصيبه على الوارث. فلو كانت المسألة بحالها، ووارث الموصي ابن له من هذه الأمة بنكاح، فإن رد الموصى له، عتقت على الابن الذي هو وارث السيد. وإن قبلها، نظر، إن خرجت من الثلث، عتقت على الموصى له. وإن لم تخرج، فالزائد منها على الثلث. أطلق ابن الحداد: أنه يعتق في الحال على الوارث، وفصَّل الشارحون، فقالوا: إن لم يجز الوارث الزيادة على الثلث، فالجواب كذلك، وإن أجاز، فعتقه مبني على أن الإجازة ابتداء عطية، أم تنفيذ؟ إن قلنا بالأول، فقد حكمنا

Marfat.com

للوارث بالملك قبل أن يعطى، فيعتق عليه. وإن قلنا: تنفيذ، لم يعتق، لأنا على هذا القول لا نجعل الزائد للوارث، بل نقفه على الرد والإجازة. فإذا أجاز، تبين أنه لم يملكه. وأما قدر الثلث، فإنه يعتق على الموصى له، ولا يقوّم نصيب أحدهما على الآخر.

السابعة: أوصى بعبد لشخصين، أحدهما قريبه الذي يعتق عليه. فإن قبلا معًا، عتق جميعه على القريب إن كان موسراً، النصف بالملك، والنصف بالسراية، ويغرم للأجنبي نصف قيمته. وإن قبل القريب أولاً، فكذلك حكم العتق، ويكون غرم النصف للأجنبي إن قبل بعد ذلك، ولوارث الموصي إن لم يقبل. وإن قبل الأجنبي أولاً، ملك نصيبه، ويبقى نصيب القريب موقوفًا إلى أن يقبل أو يردّ، فإن أعتق الأجنبي نصيبه قبل قبول القريب، ثم قبل، فإن قلنا: يملك بالقبول، قوِّم نصيبه على الأجنبي، وكان كما لو أعتق الشريك نصيبه وهو موسر ثم أعتق الثاني نصيبه، وإن قلنا: يملك بالموت، تبيّنّا أن عتق الأجنبي غير نافذ، وأنه عتق جميعه على الوارث، وعليه نصف القيمة للأجنبي.

الثامنة: أوصى بجارية فولدت، فلها أحوال.

أحدها: أن تلد قبل موت الموصي، فينظر، إن انقضى أقل مدة الحمل من يوم الوصية، وهو ستة أشهر، ثم ولدت، لم يدخل الولد في الوصية، لأنه يحتمل حدوثه بعد الوصية. والأصل عدم الحمل يومئذٍ، فلا يجعل للموصى له بالشك. وإن لم ينقض أقل مدة الحمل، علمنا وجوده يوم الوصية، فيبنى على الخلاف في أن الحمل هل يعرف ويعطى حكمًا قبل الانفصال، أم لا؟ إن قلنا بالثاني، فالولد غير داخل في الوصية، بل هو زيادة حدثت في ملك الموصي، فيكون لورثته. وإن قلنا بالأول، فهو كما لو أوصى بالجارية وولدها بعد الانفصال، فينظر، أيقبلهما الموصى له؟ أم يردهما؟ أم يقبل أحدهما دون الآخر؟ وفي هذا زيادة بحيث نذكره في أول الباب الثاني إن شاء الله تعالى. فإن كان الموصى له زوج الجارية، وقبل الوصية في الولد، عتق كله عليه بالملك، وله

ولاؤه، ولا تصير الجارية أم ولد له، لأنها علقت منه برقيق.

الحال الثاني: أن تلد بعد موت الموصي، وقبل قبول الموصى له، فهذا ثلاثة أقسام.

(القسم) الأول: ولدت بعد مضي أقل مدة الحمل من يوم الموت، فالولد غير موصى به، لاحتمال حدوثه بعد الموت. ثم إن كان الموصى له زوج الجارية، بني حكم الولد على أن الوصية متى تملك؟ إن قلنا بالقبول، وأنها قبل القبول لورثة الموصي، فالولد لهم، لا إِرثًا من الميت، بل لحدوثه في ملكهم. وإن قلنا: تملك بالموت، أو موقوف، فقبل، فالعلوق في ملكه، فينعقد الولد حرًّا لا ولاء عليه، والجارية أم ولد له.

(القسم) الثاني: ولدت قبل أقل مدة الحمل من يوم الموت، وبعدها من يوم الوصية، فيجعل كأنه حدث بعد الوصية. فإن قلنا: الحمل يعرف، فالولد زيادة حدثت في ملك الموصي، فهو له، ولورثته بعده. وإن قلنا: لا يعرف، ولا يعطى حكمًا، بني على أن الوصية متى تملك؟ إن قلنا بالقبول وأنها للورثة قبل القبول، فالولد لهم، لحدوثه في ملكهم. وإن قلنا: بالموت، أو موقوف، وكان الموصى له زوج الجارية، وقبل، عتق الولد عليه بالملك، وله عليه الولاء، ولا تصير الجارية أم ولد.

(القسم) الثالث: أن تلد قبل مضي أقل مدة الحمل من يومي الموت والوصية جميعًا. فإن قلنا: الحمل يعرف، فكأنه أوصى بالجارية والحمل جميعًا، وإلا، فعلى الخلاف في أن الوصية متى تملك؟ على ما ذكرناه في القسم الثاني.

الحال الثالث: أن تلد بعد الموت والقبول، وله صور.

أحدها: تلد بعد مضي أقل مدة الحمل من وقت القبول، فالولد للموصى له. فلو كان زوج الجارية، انعقد الولد حرًّا، وصارت أم ولد له.

الثانية: تلد قبل مضي هذه المدة من وقت القبول، وبعدها من وقت الموت.

Marfat.com

فـإن قلنا: الوصيـة تملك بالموت، أو مـوقوف، فـقبل، فـحكمه حكم الصـورة الأولى. وإن قلنا: تملك بالقـبول، وأنها قبـل القبول للورثة. فـإن قلنا: الحمل يعـرف، فـهـو زيادة للورثة، وإلا، فلـلمـوصى له، وإذا كـان الموصى له زوج الجارية، عتق الولد عليه، وثبت له الولاء عليه، ولا تصير أم ولد.

الثالثة: تلد قبل مضى هذه المدة من وقت القبول والموت جميعًا، وبعدها من يوم الوصية. فإن قلنا: الحمل يعرف، فـالولد غير داخل في الوصية. وإن قلنا: لا، واعتـبرنا حالة الانفـصال، فالانفـصال حصل في ملـك الموصى له، فيكون الولد له، ويعتق عليه إن كان زوجها، ولا استيلاد.

الرابعة: تلد قبل مضيّها من يوم الوصية أيضًا. فإن قلنا: الحمل يعرف، فهو داخل في الوصية، وإلا، فهو حـاصل في ملك الموصى له، فيكون له، فإن كان زوجها، عتق عليه بالملك، ولا استيلاد.

فرع: نتاج باقي الحيوان يقاس بما ذكـرناه في الجارية، ويرجع في مدة حملها إلى أهل الخبرة، فإنها تختلف.

فرع: قال أبو الفـرج الزاز: حيث حكمنا بمصيـر الجارية أم ولد، هل تعتـبر حقـيقة الإصابة من يـوم الملك، أم يكفي إمكان الإصابة؟ وجهـان. والثاني هو مقتضى كلام الجمهور. قـال: وحيث بقّينا الولد على ملك الوارث، فالمعتبر من الثلث قيمـة الجارية وحدها. وإذا لم نبقّـه، فالمعتبر من الثلث مـا كان يوم موت الموصي موجودًا. فـإن كانت حائلاً، اعتبر قـيمتها وحدها. وإن كـانت حاملاً، فقيمـتها مع قيمة الحمل، وحـينئذٍ، فالنظر إلى قيمتهـا حاملاً يوم موت الموصي عند جماهير الأصحاب. وقال ابن سريج: تعتبـر قيمتها يومئذٍ لو كانت حائلاً، وتعتبـر قيمة الحمل في أول حـال الانفصال. وإذا قوّمناهما فـخرجا من الثلث، فذاك، وإلا، فلا يقـرع، بل تنفذ الوصيـة في القدر الذي يحتمله الثلث منـهما على نسبة واحدة.

فرع: نقل المزني في «المختصر»: أنه لو أوصى بأمـة لزوجها، فلم يعلم حتى

Marfat.com

وضعت له بعد موت سيدها أولادًا. فإن قبل، عتقوا ولم تكن أمهم أم ولد حتى تلد منه بعد قبوله بستة أشهر. وفيه إشكال من وجهين.

أحدهما: أنه لم اعتبر عدم الحمل بالوصية؟ وهل يفترق الحال بين العلم وعدمه؟ والثاني: أنه حكم بحرية الأولاد، وأنها لا تصير أم ولد. فإن فرع على حصول الملك بالموت، أو على الوقف، فلم اعتبر مضي الأشهر في مصيرها أم ولد؟ وإن فرع على الملك بالقبول، فلم حكم بحريَّة الأولاد في الحال؟! أما الأول، فعن الخضري ما يقتضي الفرق بين العلم وعدمه، واحتج بأن الشافعي رضي الله عنه قال: لو وطىء أمة غيره يظن أنها زوجته الحرة، فالولد حر، ولو ظنها زوجته الرقيقة، فالولد رقيق. والصحيح: أنه لا فرق في ثبوت أمِّيَّة الولد في أمِّيه بين علمه وعدمه، حتى لو وطىء أمته يظنها أمة غيره، أو حرة فأحبلها، ثبتت أمية الولد. فإذًا قوله: «ولم يعلم» ليس بقيد، بل خرج على الغالب، فإن الغالب أن الوصية لا تبقى مدة طويلة، لا مقبولة، ولا مردودة، إلا إذا لم يعلم الموصى له، لغيبته أو نحوها.

وأما الثاني: فقيل: هو تخليط من المزني. فقوله: «عتقوا»، تفريع على حصول الملك بالموت. وقوله: «ولا تصير أم ولد»، تفريع على حصوله بالقبول.

وقال الأكثرون: بل هو تفريع على قول الوقف. وأراد بالقبول، في قوله: «بعد قبوله» الموت، فسماه قبولاً، لأنه وقت القبول. وقال بعضهم: لفظ الشافعي «الموت» لكن المزني سها فيه.

ولو كانت الجارية الموصى بها زوجة الموصى له، ومات الموصى له قبْل القبول والرد، فقد سبق أن ورثته يقومون مقامه في الرد والقبول، فإن قبلوا، فعلى الخلاف في أن الملك متى يحصل؟ إن قلنا: بالموت، أو موقوف، فقبولهم كقبول الموصى له في عتق الأولاد بالملك، وفي انعقادهم على الحرية ومصير الجارية أم ولد وفي بقائهم مماليك لورثة الموصي، على اختلاف الأحوال السابقة بلا فرق، إلا أنهم إذا عتقوا بقبول الموصى له، ورثوه. وإذا عتقوا بقبول الورثة،

لم يرثوا كما سبق. وإن قلنا: يملك بالقبول. فإن كان بين الوارث والأولاد قرابة تقتضي العتق، بأن كان وارث الموصى له أباه، عتقوا عليه، وإلا، ففيه الوجهان السابقان، وإذا لم يحصل العتق، فهل تقضى ديون الموصى له منها؟ أم تسلَّم للورثة؟ فيه الوجهان السابقان أيضًا، وبالله التوفيق.

□□□

Marfat.com

الباب الثاني

في أحكام الوصية الصحيحة

إذا جمعت الوصيـة شروط صحتها، صـحت، ثم ينظر في أحكامها، وهي ثلاثة أقسام: لفظية، ومعنوية، وحسابية.

(القسم) الأول: اللفظية، وفيه طرفان.

(الطرف) الأول: في اللفظ المستعمل في الموصى به، وفيه مسائل.

(المسألة) الأولى: إِذا أوصى بجارية حامل، واستـثنى حملها لنفسه، صح، بخلاف البـيع. وكذلك تصح الوصـية بالحمل وحـده، بشرطه المتقـدم، بخلاف بيعـه. ولو أوصى بالحمل لرجل، وبالأم لآخـر، صحت الوصيـتان. ولو أطلق الوصية بالجارية، ففي دخول الحمل فيها وجهان، أصحهما على ما دل عليه كلام الأصحاب: الدخول، كـالبيع، ولا تبعد الفتوى، بخـلاف البيع، لأن الحمل لا ينفرد بالبيع، فجعل تبعًا، ويفرد بالوصية، فلا يتبع، ولأن الأصل تنزيل الوصية على المتيـقن، ولأنها عقد ضـعيف، فلا يسـتتبع. فإن قلـنا بدخوله، لم تنقطع الوصية بانفصال الحمل، بل يبقـى موصى به، والانفصال زيادة حدثت فيه. ولو أوصى له بالحمل والجارية معًا، صح فيهما قطعًا كما لو أوصى بهما لرجلين.

(المسألة) الثـانية: الطبل أنواع سبق بـيانها. وذكرنـا أن طبل اللهو إن صلح لمنفعة مباحة، إما على هيئته، وإما بعد التغيير الذي لا يبطل اسم الطبل، صحت الوصية به، وإلا، فلا. إِذا عرفت هذا، فإن أطلق وقال: أعطوه طبلاً من مالي، ولم يكن له طبل يحـل الانتفـاع به، اشـتـري ودفع إليه. وإن قـال: طبـلاً من طبولي، فإن كـان له طبل يحل الانتفاع به، كطبل الحرب، وكـان له أيضًا طبل لهو لا تصح الوصية به، صحت الوصية ونزل على طبل الحرب ونحوه. وإن لم يكن له إلا طبول لا تـصح الوصية بهـا، فالوصيـة باطلة. وإذا صحت الوصـية

Marfat.com

بالطبل، دفع إلى الموصى له معه الجلد الذي عليه إن كان لا يقع عليه اسم الطبل دون الجلد.

فرع: تجوز الوصية بالدف، فإن كان عليه جلاجل، وحرّمْناها، نزعت، ولم تدفع إليه إلا أن ينص عليها.

(المسألة) الثالثة: اسم العود يقع على عود اللهو الذي يضرب به، وعلى واحد الأخشاب التي تستعمل في البناء والتي تصلح للسقي والعصي. والوصية بعود اللهو كهي بطبل اللهو، فينظر، هل يصلح على هيئته لمنفعة مباحة أو بعد التغيير الذي لا يبطل اسم العود، أم لا يصلح؟ وإذا صحت الوصية به لم يدفع الوتر والمضراب، لأنه يسمى عوداً دونهما. وإذا قال: أعطوه عوداً من عيداني، نظر، إن لم يكن له إلا عيدان القسي والبناء، أعطي واحداً منها. وكذا لو كان معها عيدان اللهو الصالحة لمنفعة مباحة، أعطاه الوارث ما شاء من الجميع. ولو كان له عيدان لهو غير صالحة لمباح، وعيدان قسي وبناء، فوجهان. أحدهما: تنزل الوصية على عيدان القسي والبناء، كمثله في الطبل، وكما لو لم يكن له إلا عيدان القسي والبناء، فيعطى واحداً منها. وأصحهما وهو المنصوص: أن الوصية باطلة، تنزيلاً على عيدان اللهو، لأن اسم العود عند الإطلاق لهذا الذي يضرب، واستعماله في غيره مرجوح، والطبل يقع على الجميع وقوعًا واحداً. وللقائل الأول أن يمنع ظهور اسم العود فيما يضرب به، ويقول: هو مشترك بينه وبين الذي يتبخَّر به وفي واحد الأخشاب بحسب الحاجة، ولا ترجيح.

فرع: أوصى بعود، ولا عود له، فمقتضى تنزيل مطلق العود على عود اللهو إبطال الوصية، وأن يشترى له عود لهو يصلح لمباح، وأطلق المتولي أنه يشترى ما لو كان موجوداً في ماله أمكن تنفيذ الوصية بالعود به. ولو أوصى بعود من عيدانه، وليس له إلا عود لهو، وعود بناء، وعود قسي. فإن حملنا لفظ العيدان على هذه الآحاد، فقد حملنا اللفظ المشترك على معانيه معًا، وفيه خلاف لأهل الأصول. فإن منع، فهذه الصورة، كما لو أوصى بعود من عيدانه وليس له إلا عود لهو، أو لا عود له.

Marfat.com

قلت: مذهب الشافعي رحمه الله حمل اللفظ المشترك على معانيه، ووافقه عليه جماعة من أهل الأصول. والله أعلم.

فرع: الوصية بالمزمار كالوصية بعود اللهو. وإذا صحت، لم يلزم تسليم المجمع، وهو الذي يجعل بين شفتيه، لأن الاسم لا يتوقف عليه.

(المسألة) الرابعة: اسم القوس يطلق على العربية، وهي التي يرمى بها النبل، وهي السهام العربية. وعلى الفارسية، وهي التي يرمى بها النشاب. وعلى القسي التي لها مجرى تنفذ فيه السهام الصغار، ويسمى: الحسبان. وعلى الجلاهق، وهو ما يرمى به البندق. وعلى قول: الندف. والسابق إلى الفهم من لفظ القوس أحد الأنواع الثلاثة الأُوَل. فإذا قال: أعطوه قوسًا، حمل على أحدهما، دون الجلاهق وقوس الندف. ولو قال: أعطوه ما يسمى قوسًا، ففي «التتمة» أن للوارث أن يعطيه ما شاء من الأنواع الثلاثة وغيرها. ويشبه أن يكون كما لو قال: أعطوه قوسًا، إلا أن يقول: ما يسمى قوسًا غالبًا أو نادرًا وما أشبهه.

قلت: الذي قاله في «التتمة» هو الصواب. والله أعلم.

ولو قال: أعطوه قوسًا من قسيٍّ، وله قسي من كل نوع، أعطي ما يرمى به النبل أو النشاب أو الحُسبان، دون البندق والجلاهق، وكذا لو كان له شيء من الأنواع الثلاثة. فلو لم يكن له إلا قوس ندف، أو جلاهق، حمل عليه، للتقييد بالإضافة، ولو كان له قوس ندف وجلاهق، أعطي الجلاهق، لأن الاسم إليه أسبق. وهذا كله عند الإطلاق. فلو قال: أعطوه قوسًا يقاتل بها، أو يرمي الطير، أو يندف بها، فقد أبان الغرض.

فرع: لا يدخل الوتر في الوصية بالقوس على الأصح، لخروجه عن اسم القوس. وكما لا يدخل السرج في الوصية بالدابة. ويشبه أن يجري الوجهان في بيع القوس. وأما الريش، والنصل، فيدخلان في السهم لثبوتهما.

(المسألة) الخامسة: اسم الشاة يقع على صغيرة الجثة، وكبيرتها، والسليمة،

Marfat.com

والمعيبة، والصحيحة، والمريضة، والضائنة، والماعز. وهل يدخل الذكر فيها؟ قال الشافعي رضي الله عنه في «الأم»: لا يدخل، وإنما هو للإناث بالعرف. ومن الأصحاب من قال: يدخل، لأنه اسم جنس كالإنسان، وليست التاء فيه للتأنيث، بل للواحد. قال الحناطي: وبهذا قال أكثر الأصحاب، ويؤيده أنه لو أخرج عن خمس من الإبل في الزكاة ذكراً، أجزأه على الأصح. وفي السخلة، والعناق وجهان. أصحهما: لا يقع عليهما اسم الشاة. والثاني: يقع. فإذا عرف هذا، فلو قال: أعطوه شاة من شياهي، أو من غنمي، فإن لم يكن له غنم، فالوصية باطلة وإن كان أعطى واحدة منها سليمة، أو معيبة من الضأن، أو المعز، وإذا كانت كلها ذكوراً، أعطى ذكراً. وإن كانت كلها إناثًا، أعطى أنثى. وإن كانت ذكوراً وإناثًا، جاز أن يعطي أنثى. وفي جواز الذكر الخلاف المذكور في تناول الشاة الذكر. ولو قال: أعطوه شاة من مالي، أعطي واحدة يتناولها الاسم. فإن ملك غنمًا، فللوارث أن يعطي على غير صفة غنمه. فإن لم يكن غنمًا، اشترى له شاة، بخلاف ما إذا قال: من غنمي، ولا غنم له. ولو قال: اشتروا له شاة، حكى البغوي: أنه لا يجوز أن يشترى معيبة، لأن إطلاق الأمر بالشراء يقتضي التسليم كما في التوكيل بالشراء، وأبدى فيما حكاه احتمالاً، ولو قال: كبشًا أو تيسًا، أو شاة لينزيَها عن غنمه، فالوصية بالذكر. ولو قال: نعجة، أو شاة يحلبها، أو ينتفع بدرها ونسلها، فهي بالأنثى.

قلت: لم يفصح الإمام الرافعي بالغرض في هذه المسألة. فإن قال نعجة: فهي للأنثى من الضأن بلا خلاف عند الفقهاء وأهل اللغة. وقد أوضحت هذا في «تهذيب الأسماء واللغات». وإن قال: شاة يحلبها، أو ينتفع بدرِّها ونسلها، فهي للأنثى من الضأن، أو المعز. والله أعلم.

فرع: الظباء قد يقال لها: شياه البرِّ، والثورُ الوحشيُّ قد يسمى شاة في اللغة، لكن مطلق الوصية بالشاة لا يطلق عليها. لكن لو قال: أعطوه شاة من شياهي، وليس له إلا ظباء، ففيه وجهان حكاهما في «المعتمد».

قلت: ينبغي أن يكون الأصح تنزيل الوصية على واحد منها. والله أعلم.

(المسألة) السادسة: البعير، والجمل، والناقة، أسماء تشتمل السليم، والمعيب، والبخاتي، والعراب. ولا يتناول الجمل الناقة، ولا الناقة الجمل. وفي تناول البعير الناقة مثل الخلاف المذكور في تناول الشاة الذكر، والحكاية عن النص المنع، وتنزيل البعير منزلة الجمل. والأصح عند الأصحاب التناول، لأنه اسم جنس عند أهل اللغة. وسمع من العرب: حلب فلان بعيره، وصرعتني بعيري. وربما أفهمك كلام الأصحاب توسطًا بينهما، وهو تنزيل النص على ما إذا عم العرف باستعمال البعير بمعنى الجمل، والعمل بمقتضى اللغة إذا لم يعم.

فرع: اسم الثور للذكر. وفي البقرة وجهان. أصحهما: اختصاصها بالأنثى. والثاني: يتناول الذكر، والهاء للواحد، كقولنا: تمرة، وكذا الخلاف في اسم البغلة.

فرع: قال: أعطوه عشرًا من الإبل، أو الغنم، جاز الذكر والأنثى. ولو قال: عشر أينق، أو بقرات، لم يعط إلا الإناث. ولا فرق بعد التصريح بالأينق والبقرات بين أن يقول: عشرًا وعشرة. وهذا تفريع على الأصح، وهو أن البقرة للأنثى. ولو قال: أعطوه عشرًا من الإبل، أو عشرة، جاز الذكر والأنثى، لتناول الإبل النوعين، وفي وجه حكاه السرخسي: إن قال: عشرة، فللذكور، وعشر، للإناث. ولو قال: أعطوه رأسًا من الإبل، أو البقر، أو الغنم، جاز الذكر والأنثى.

فرع: أوصى بكلب، أو حمار، قال الغزالي وغيره: لا يدخل فيه الأنثى، لأنهم ميّزوا، فقالوا: كلب وكلبة، وحمار وحمارة. ويشبه أن يقال: إنهما للجنس، لأن التمييز ليس مستمرًّا في اللغة، وبتقدير استمراره، فلا شك في استمرار العرف بخلافه. وقد قال بعض الأصحاب لهذا: يتّبع العرف.

قلت: الصواب ما قاله الغزالي وغيره. والله أعلم.

Marfat.com

فرع: قياس تكميل البقر بالجواميس في نُصُب الزكاة، دخول الجواميس في البقر، وكونهما نوعي جنس واحد. وقال في «المعتمد»: لا تدخل في البقر، إلا إذا قال: من بقري وليس له إلا الجواميس، فوجهان كما ذكر في الظباء.

(المسألة) السابعة: الدابة في اللغة: اسم لما يدب على الأرض، ثم اشتهر استعماله فيما يركب من البهائم. والوصية تنزل على هذا الثاني. فإذا قال: أعطوه دابة، تناول الخيل، والبغال، والحمير. هذا نص الشافعي رضي الله عنه. فقال ابن سريج رحمه الله: هذا ذكره الشافعي رحمه الله على عادة أهل مصر في ركوبها جميعًا واستعمال لفظ الدابة فيها. فأما سائر البلاد، فحيث لا يستعمل اللفظ إلا في الفرس، لا يعطى إلا الفرس. وقال أبو إسحاق وابن أبي هريرة وغيرهما: الحكم في جميع البلاد كما نص عليه الشافعي رحمه الله، وهذا أصح عند الأصحاب. فعلى هذا، لو قال: دابة من دوابي، وله جنسان من الثلاثة، تخيَّر الوارث. فإن لم يكن له إلا جنس، تعيّن. وإن لم يكن له شيء منها، فالوصية باطلة. ويدخل في لفظ الدابة، الذكر والأنثى، والصغير والكبير، والسليم والمعيب. هذا كله إذا أطلق. فلو قال: دابة للكرِّ والفرِّ، أو للقتال، حمل على الفرس. ولو قال: لينتفع بدرِّها وظهرها، فكذلك. ولو قال: بظهرها ونسلها، حمل على الفرس، والجمل، والحمارة. ولو قال: للحمل، حمل على البغال والحمير، إلا أن يكون في بلد جرت عادتهم بالحمل على البراذين، فيدخل الجميع. قال المتولي: بل لو كان عرف بلدهم الحمل على الجمال والبقر، جاز أن يعطى جملاً، أو بقرة. وهذا الذي قاله ضعيف، لأنا إذا حملنا الدابة على الأجناس الثلاثة لا يصح الحمل على غيرها لقيد أو صفة.

قلت: قول المتولي قوي. والله أعلم.

(المسألة) الثامنة: اسم الرقيق بالوضع يتناول الصغير والكبير، والسليم والمعيب، والمسلم والكافر، والذكر والأنثى والخنثى.

فرع: إذا قال: أعطوه رأسًا من رقيقي، أو أوصيت له برأس من رقيقي، فإن

Marfat.com

لم يكن له رقيق يوم الوصية، ولا حدث بعد ذلك، فالوصية باطلة. وكذا لو قال: أعطوه عبديَ الحبشي، أو العبد الذي صفته كذا، ولا عبد له بتلك الصفة يوم الوصية، ولا حدث، فهي باطلة. فلو حدث له أرقَّاء بعد الوصية، ففيه الوجهان السابقان في أن الاعتبار بيوم الوصية، أم بيوم الموت؟ وعليهما يخرَّج ما إذا كان له أرقَّاء يوم الوصية وحدث آخرون بعده، وهل للوارث أن يعطيَه رقيقًا من الحادثين، أم يتعين الأولون؟ ولو لم يملك إلا رقيقًا واحدًا وقال: أعطوه رأسًا من رقيقي، فهل تصح الوصية ويدفع إليه ذلك الواحد، أم تبطل؟ وجهان. أصحهما: الأول. وإن كان له أرقاء، أعطاه الوارث منهم من شاء، ويجوز الختى على الأصح، لشمول الاسم. وقيل: لا، لانصراف اللفظ إلى المعهود. ولا يجوز أن يعطى من غير أرقائه ولو تراضيا، لأن حقه غير متعين، والمصالحة عن المجهول باطلة.

فرع: له أرقاء أوصى بأحدهم، فماتوا، أو قتلوا قبل موت الموصي، بطلت الوصية. وإن بقي واحد، تعين. . وكذا لو أعتقهم إلا واحدًا. وليس للوارث أن يمسك الذي بقي ويدفع إليه قيمة مقتول. وإن قُتلوا بعد موته وبعد قبول الموصى له، انتقل حقه إلى القيمة، فيصرف الوارث من شاء منهم إليه. وإن قتلوا بعد موته وقبل القبول، فكذلك إن قلنا: تملك الوصية بالموت، أو موقوفة. وإن قلنا: تملك بالقبول، بطلت الوصية. وإن مات واحد منهم، أو قتل بعد موت الموصي وقبول الموصى له، فللوارث التعيين فيه، حتى يجب التجهيز على الموصى له في صورة الموت، وتكون القيمة له في صورة القتل. وإن كان ذلك بعد موت الموصي وقبل القبول، فكذلك إن قلنا: تملك الوصية بالموت، أو موقوفة. وإن قلنا: تملك بالقبول، فيعطى واحدًا من الباقين، كما لو كان ذلك قبل موت الموصي.

فرع: أوصى برقيق من ماله، ولم يضف إلى أرقائه، فإن لم يكن له رقيق، اشتري من ماله. وإن كان، فالوارث يعطيه واحدًا منهم، أو يشتري له كما

Marfat.com

يشاء. وإن قال: اشتروا له مملوكًا، فكما ذكرنا في قوله: اشتروا له شاة. ولو قال: أعطوه رقيقًا، ولم يقل: من مالي، قال البغوي: لا يكون وصية. وحكى المتولى وجهين. أحدهما: هذا، والثاني ـ قال: وهو المذهب ـ: تصحيح الوصية، وجعلها، كقوله: من مالي، لأنه المراد ظاهرًا.

فرع: قال: أعطوه عبدًا، لم يعط أمة، ولا خنثى مشكلاً. ولو قال: أمة، لم يعط عبدًا، ولا خنثى مشكلاً. وفي «الواضح» الوجهان السابقان. ولو قال: رقيقًا يقاتل، أو يخدمه في السفر، تعيَّن العبد. ولو قال: رقيقًا يستمتع به، أو يحضن ولده، تعينت الأمة. ولو قال: رقيقًا يخدمه، فهو كما لو أطلق.

فرع: (لو) أوصى بإعتاق عبد، أعتق ما يقع عليه الاسم على الأصح. وقيل: يتعين ما يجزىء في الكفارة، لأنه المعروف في الإعتاق، بخلاف: أعطوه عبدًا، فلا عرف فيه.

فرع: قال: اشتروا بثلثي عبدًا وأعتقوه عني، فامتثل الوارث، ثم ظهر عليه دين مستغرق، قال الأصحاب: إن اشتراه في الذمة، وقع عنه ولزمه الثمن، ويكون العتق عن الميت، لأنه أعتق عنه. وإن اشتراه بعين التركة، بطل الشراء والعتق. كذا ذكروه بلا خلاف. وقد سبق في تصرف الورثة في التركة مع قيام الدَّين تفصيل، وذكرنا على تقدير البطلان خلافًا في أنه إذا تصرف ثم ظهر دين، هل يتبين البطلان، أم لا؟ وهذا ينبغي أن يكون على ذلك الخلاف.

فرع: قال: اعتقوا عني رقابًا، أو قال: اشتروا بثلث مالي رقابًا وأعتقوهم، فأقل عدد يقع عليه اسم الرقاب ثلاثة. فإن تيسر شراء ثلاث فصاعدًا بثلثه، فعل. قال الشافعي رحمه الله: الاستكثار مع الاسترخاص أولى من الاستقلال مع الاستغلاء، ومعناه: أن إعتاق خمس رقاب قليلة القيمة أفضل من إعتاق أربعة كثيرة القيمة. ولا يجوز صرف الثلث والحالة هذه إلى رقبتين. فإن صرفه إليهما، قال الشيخ أبو الفرج الزاز: يضمن الوصي للرقبة الثالثة. وهل يضمن ثلث ما نفذت فيه الوصية، أم أقل ما يجد به رقبة؟ فيه الخلاف، كمن دفع

Marfat.com

نصيب أحد أصناف الزكاة إلى اثنين. أما إذا لم يتيسر شراء ثلاث رقاب بالثلث، فينظر، إن لم يوجد به إلا رقبتان، اشتريناهما وأعتقناهما. وإن وجدنا رقبتين، وفضل شيء، فهل يشتري بالفاضل شقصًا؟ وجهان. أحدهما: نعم واختاره الغزالي. وأصحهما عند جماهير الأصحاب وهو ظاهر النص: المنع، لأن الشقص ليس برقبة، فصار كقوله: اشتروا بثلثي رقبةً، فلم يجد رقبة، لا يشتري شقصًا قطعًا. فعلى هذا، يشتري رقبتين نفيستين يستغرق ثمنهما الثلث. فإن فضل عن أَنْفَس رقبتين وجدناهما، بطلت الوصية في الفاضل، ورُدَّ على الورثة. وإذا قلنا: يشتري شقصًا، فذاك إذا وجد شقص يشترى بالفاضل وزاد على ثمن أنفس رقبتين شيء. فأما إذا لم يمكن شراء شقص بالفاضل، إما لقلَّته، وإما لعدم الشقص، فيشترى رقبتان نفيستان. فإن فضل شيء عن أنفس رقبتين وجدناهما، بطلت الوصية في الفاضل على الأصح. وقيل: يوقف إلى أن يوجد شقص، فإن لم يزد على ثمن أنفس رقبتين شيء، بل أمكن شراء رقبتين نفيستين، وأمكن شراء خسيستين وشقص من ثالثة، فأي الأمرين أولى؟ وجهان. أشبههما بالوجه الذي تفرع عليه، الثاني. ولو كان لفظ الموصي: اصرفوا ثلثي إلى العتق، اشترينا الشقص بلا خلاف. ولو قال: اشتروا عبدًا بألف وأعتقوه، فلم يخرج الألف من ثلثه، وأمكن شراء عبد بالقدر الذي يخرج، فيشترى ويعتق.

الطرف الثاني: في اللفظ المستعمل في الموصى له، وفيه مسائل:

(المسألة) الأولى: في الوصية للحمل، وقد سبق شرط صحتها. فالمقصود الآن بيان ما يقتضي اللفظ من حيث العدد والذكورة والأنوثة. فإذا قال: أوصيت لحمل هند بكذا، فأتت بولدين، وزِّع عليهما بالسوية، ولا نفضِّل الذكر على الأنثى، كما لو وهب لرجل وامرأة شيئًا، إلا أن يصرح بالتفضيل. ولو خرج حي وميت فالأصح أن الجميع للحي، لأن الميت كالمعدوم. وقيل: للحي النصف، والباقي لوارث الموصي.

Marfat.com

فرع: قال: إن كـان حملها غلامًـا، فأعطوه كذا، وإن كـان جارية، فكذا، واقتصـر على أحد الطرفين، فإن ولدت ذكرًا أو أنثى، فـعل ما ذكر. وإِن ولدت ذكرًا وأنثى جميـعًا، فلا شيء لواحد منهما، لأنه شـرط صفة الذكورة أو الأنوثة في جملة الحمل، ولم يحصل. وإن ولدت ذكرين، قال الغزالي: لا شيء لهما، لأن التنكير يشـعر بالتوحيد. ويصـدق أن يقال: بأن حملها غـلامين لا غلامًا. لكنه ذكر في الـطلاق في قوله: إن كان حـملك ذكرًا، فأنـت طالق طلقة، وإن كان أنثى، فطلقـتين، فولدت ذكـرين، فيه وجـهان. أحدهمـا: لا تطلق، لهذا المعنى. والثاني: تطلق طلقة. والمعنى: إن كان جنس حملك ذكرًا. ولا فرق بين البابين، فيجيء هنا وجه: أنه يقسم المذكـور للغلام بينهما. وبهذ قطع الشيخ أبو الفرج الزاز. قال: وبمثله لو قـال: إن كان حملها ابنًا، فله كـذا، وإِن كان بنتًا، فكذا، فولدت ابنين، لا شيء لهما، وفرق بأن الذكر والأنثى أسماء جنس، فتقع على الواحد والعدد، بخـلاف الابن والبنت، وهذا ليس بواضح، والقياس أن لا فرق.

قلت: بل الفرق واضح، والمختار ما قاله أبو الفرج، فيقسم بين الذكرين في الصورة الأولى، دون الثانية، لما ذكرناه من الفرق. والله أعلم.

ولو قال: إن كان ما في بطنها غلامًا، أو الذي في بطنها، فهو كما لو قال: إن كان حملها غلامًا. ولو قال: إن كـان في بطنها غلام، فأعطوه كذا، فولدت غلامًا وجارية، استحق الغلام ما ذكر. وإن ولدت غلامين، فوجهان. أحدهما: بطلان الوصية، بناءً على أن التنكير يقتضي التوحيد. وأصحهما: صحتها. فعلى هذا هل يوزَّع بينهما، أم يوقف إلى أن يبلغا فيـصطلحا عليه، أم يصرفه الوارث إلى من شاء منـهما كـما لو وقع الإبهـام في الموصى به؟ فيه أوجـه. أصحـها: الثالث. وتجري الأوجه فيما لو أوصى لأحد شخصين وجوّزنا الإبهام في الموصى له فمات قـبل البيان، ففي وجه: يعـين الوارث. وفي وجه: يوزع. وفي وجه: يوقف حتى يصطـلحا. ولو قال: إن كنتِ حـاملاً بغلام، أو إن ولدتِ غـلامًا،

Marfat.com

فهو كما لو قال: إن كان في بطنها غلام. ولو قال: إن ولدتِ ذكرًا، فله مائتان، وإن ولدتِ أنثى، فمائة، فولدت خنثى، دفع إليه الأقل. وإن ولدت ذكرًا وأنثى، فلكل واحد منهما ما ذكر. وإن ولدت ذكرين وأنثيين، جاء الوجهان. ثم الأوجه الثلاثة في كل واحد من الصنفين.

المسألة (الثانية) : أوصى لجيرانه، صرف إلى أربعين دارًا من كل جانب من جوانب داره الأربعة، هذا هو الصحيح المعروف للأصحاب. وقيل: هو الذي تلاصق دارُه دارَه.

قلت: ويقسم المال على عدد الدور، لا على عدد سكانها. والله أعلم.

(المسألة) الثالثة: أوصى للقرَّاء، لا يصرف إلا إلى الذين يقرؤون جميع القرآن، وهل يدخل فيه من يقرأ من المصحف ولا يحفظ؟ وجهان. ينظر في أحدهما إلى الوضع. والثاني: إلى العرف. والأصح: المنع. ولك أن تقول: اسم القراء والمقرئين في هذه الأعصار يطلق على الحفاظ وعلى الذين يقرءون بالألحان، وبالمعنى الثاني لا يشترط لإطلاق اللفظ الحفظ، ولا قراءة جميع القرآن، فيجوز أن يقال: إن كان هناك قرينة تفهم أحد المعنيين، فذاك، وإلا، فهو كما لو أوصى للموالي.

قلت: الصواب ما رجحه الأصحاب: أنه لا يعطى إلا من يحفظ الجميع. والله أعلم.

(المسألة) الرابعة: أوصى للعلماء، أو لأهل العلم، صرف إلى العلماء بعلوم الشرع، وهي: التفسير، والفقه، والحديث. ولا يدخل فيه الذين يسمعون الحديث ولا علم لهم بطرقه، ولا بأسماء الرواة ولا بالمتون، فإن السماع المجرد ليس بعلم. ولا يدخل أيضًا المقرئون وعابرو الرؤيا، ولا الأدباء، والأطباء، والمنجمون، والحسّاب، والمهندسون، وقال أكثر الأصحاب: ولا يدخل فيه المتكلمون أيضًا، وقال المتولي: الكلام يدخل في العلوم الشرعية، وهذا قريب.

Marfat.com

فرع: أوصى للفقهاء أو المتفقهة أو الصوفية، فهو على ما ذكرناه في الوقف. لكن في لفظ البغوي: أنه لا يقنع بما سبق في تفسير الفقهاء، لأنه قال: لو أوصى للفقهاء، فهو لمن يعلم علم أحكام الشرع في كل نوع شيئًا. وفي «التتمة»: أن الرجوع فيه إلى العادة. ثم ذكر وجهًا أن من حفظ أربعين مسألة، فهو فقيه وهو ضعيف جدًّا.

(المسألة) الخامسة: أوصى لأعقل الناس في بلده، صرف إلى أزهدهم في الدنيا، نص عليه الشافعي رضي الله عنه. ولو أوصى لأجهل الناس، حكى الروياني: أنه يصرف إلى عبدة الأوثان. فإن قال: من المسلمين، قال: من يسب الصحابة رضي الله عنهم. وقال المتولي: يصرف إلى الإمامية المنتظرة للقائم، وإلى المجسمة.

قلت: وقيل: يصرف إلى مرتكبي الكبائر من المسلمين، إذ لا شبهة لهم. والله أعلم.

(المسألة) السادسة: يدخل في الوصية للفقراء المساكين، فيجوز الصرف إلى هؤلاء وإلى هؤلاء، وكذلك يدخل في الوصية للمساكين الفقراءُ، ويجوز الصرف إلى الصنفين، لأن كل واحدٍ من الاسمين يقع على الفريقين عند الانفراد. وفي قول: ما أوصى به للفقراء، لا يصرف إلى المساكين، ويجوز عكسه، رواه عصام بن يوسف عن الشافعي رضي الله عنه، والمشهور الأول. ولو جمع بينهما، فأوصى للفقراء والمساكين، وجب الجمع بينهما، كما في الزكاة. ولو أوصى لسبيل الله، أو قال: ضعوا ثلثي في سبيل الله، فهو للغزاة المساكين المستحقين للزكاة. ولو أوصى للرقاب، أو قال: ضعوا ثلثي في الرقاب، فللمكاتبين. فإن دفع إلى مكاتب، فعاد إلى الرق والمال باقٍ في يده أو في يد سيده، استرد. ولو أوصى للغارمين أو لابن السبيل، فلمن تصرف إليه الزكاة منهم. وبالجملة فالحكم في هذه المسائل كما في الزكاة، أخذًا بعرف الشرع فيها. حتى إذا أوصى للفقراء والمساكين، جعل المال بين الصنفين نصفين. ولا يجعل على عدد رؤوسهم، بخلاف ما إذا أوصى لبني زيد، وبني عمرو. ولا يجب

Marfat.com

أيضًا الاستيعاب، بل يكفي الصرف إلى الثلاثة من كل صنف. ولا تجب التسوية بين الثلاثة. ولو دفع إلى اثنين، غرم، إما الثلث، وإما أقل مـا يتمول كما سبق في «قـسم الصدقـات». ثم ليس له دفع مـا يغرمـه إلى ثالث، بل يسلّمـه إلى القاضي ليدفعه بنفسه، أو يرده إليه ويأتمنه بالدفع.

فرع: الوصية للعلماء وسائر الموصـوفين، كالوصية لأصناف الزكاة في أنه لا يجب الاسـتيعـاب، ويقتـصر على ثلاثة، والأفـضل استـيعاب الموجـودين عند الإمكان. كما في الزكاة.

فرع: لو أوصى لفقراء بلد بعينه، وهم عدد محصـورون، اشترط استيعابهم والتسوية بينـهم، لتعيُّنهم. بل يشترط القـبول في هذه الوصية، بخـلاف الوصية لمطلق الفقـراء. ذكره صـاحب «التهذيب» وغـيره. وفي جواز نـقل ما أوصى به للفقراء أو المساكين من بلد إلى بلد، خلاف سبق في «قسم الصدقات»، والمذهب الجواز. فـإذا قلنا: لا يجوز، وجب أن يكون قوله: أوصـيت للفقراء ـ وفـقراء البلد محصورون ـ كقوله: أوصيت لفقراء هذه البلدة ـ وهم محصورون ـ، ويدل عليه أن الأستـاذ أبا منصور ذكر في الوصية للغـارمين، أنه يعطى لثلاثة منهم إن كانوا غير محصورين، فإن كانوا محصورين، استوعبوا. فإن اقتصر الوصي على ثلاثة، فهـل يجزئه، أم يضمن حـصة البـاقين؟ فيـه جوابان. فإن قلنا بـالثاني، فالحساب على قدر ديونهم، أم على رؤوسهم؟ وجهان.

قلت: الصحيح المعتمد ما قاله الأصحاب؛ وهو ما سبق. والله أعلم.

فرع: لو أوصى لثـلاثة مـعينـين، وجب التسـوية بينهم، بخـلاف الثـلاثة المصروف إليهم من الفـقراء وسائر الأصناف، لأنا عرفنا ذلك من معـهود الشرع في الزكاة، والاستحقاق هنا مصاف إلى أعيانهم.

فرع: لو أوصى لسـبيل البِـرِّ، أو الخيـر، أو الثواب، فـعلى ما ذكـرناه في الوقف.

Marfat.com

فرع: لو قال: ضع ثلثي حيث رأيت، أو فيما أراك الله، ليس له وضعه في نفسه، كما لو قال: بع، لا يبيع لنفسه. والأَولى صرفه إِلى أقارب الموصي الذين لا يرثونه، ثم إلى محارمه من الرضاع، ثم إلى جيرانه.

(المسألة) السابعة: أوصى لأقارب زيد، دخل فيه الذكر والأنثى، والفقير والغني، والوارث وغيره، والمحرم وغيره، والقريب والبعيد، والمسلم والكافر، لشمول الاسم. ولو أوصى لأقارب نفسه، ففي دخول ورثته وجهان. أحدهما: المنع، لأن الوارث لا يوصى له. فعلى هذا، يختص بالباقين، وبهذا قطع المتولي، ورجحه الغزالي، وهو محكي عن الصيدلاني. والثاني: الدخول، لوقوع الاسم، ثم يبطل نصيبهم ويصح الباقي لغير الورثة. ولك أن تقول: يجب اختصاص الوجهين بقولنا: الوصية للوارث باطلة. فأما إن وقفناها على الإجازة، فليقطع بالوجه الثاني.

قلت: الظاهر أنه لا فرق في جريانهما، لأن مأخذهما أن الاسم يقع، لكنه خلاف العادة. والله أعلم.

وهل يدخل في الوصية لأقارب زيد أصوله وفروعه؟ فيه أوجه، أصحها عند الأكثرين: لا يدخل الأبوان والأولاد، ويدخل الأجداد والأحفاد، لأن الوالد والولد لا يعرفان بالقريب في العرف، بل القريب من ينتمي بواسطة. والثاني: لا يدخل أحد من الأصول والفروع. والثالث: يدخل الجميع، وبه قطع المتولي. وقد ادعى الأستاذ أبو منصور الإجماع على أنه لا يدخل الأبوان والأولاد. ويعتبر أقرب جد ينسب إليه الرجل، ويعدُّ أصلاً وقبيلة في نفسه، فيرتقي في بني الأعمام إليه، ولا يعتبر من فوقه. حتى لو أوصى لأقارب حسنيٍّ، أو أوصى حسنيٌّ لأقارب نفسه، لم يدخل الحسينيون، وكذلك وصية المأموني لأقاربه. والوصية لأقارب المأموني لا يدخل فيها أولاد المعتصم وسائر العباسية. والوصية لأقارب الشافعي رضي الله عنه في زمانه، تصرف إلى أولاد شافع، ولا يدخل فيها أولاد علي والعباس رضي الله عنهما وإن كان شافع وعلي والعباس كلهم أولاد السائب بن عبيد.

Marfat.com

والشافعي هو محمد بن إدريس، بن العباس، بن عثمان، بن شافع، بن السائب، بن عبيد، بن عبد يزيد، بن هاشم، بن عبد المطلب، بن عبد مناف. ولو أوصى رجل لأقارب بعض أولاد الشافعي في هذه الأزمنة، دخل فيه أولاد الشافعي دون غيرهم من أولاد شافع. وعلى هذا القياس.

فرع: إذا أوصى لأقاربه، فإن كان أعجميًّا، دخل قرابة الأب والأم. وإن كان عربيًا، فوجهان. أصحهما وبه قطع العراقيون وهو ظاهر نصه في «المختصر»: دخولهم من الجهتين كالعجم. والثاني: لا تدخل قرابة الأم، ورجحه الغزالي، والبغوي، لأن العرب لا تفتخر بها.

فرع: لا فرق في جميع ما ذكرناه بين قوله: أوصيت لأقاربي، أو لقرابتي، أو لذي قرابتي، أو ذوي رحمي، أو ذوي قرابتي، أو ذوي رحمي، لكن قرابة الأم تدخل في لفظ الرحم بلا خلاف في الوصية العرب والعجم جميعًا.

فرع: إذا لم يوجد قريب واحد، صرف المال إليه إن أوصى لذي قرابته، أو ذي رحمه، أو لقرابته، لأنه يوصف به الواحد والجمع. فإن كان اللفظ: لأقاربي، أو أقربائي، أو ذوي قرابتي، أو ذوي رحمي، فثلاثة أوجه. الأصح: أنه يعطى كل المال. والثاني: نصفه. والثالث: ثلثه، وتبطل الوصية في الباقي. وإن كان هناك جماعة محصورة، قسم المال بينهم بالسوية، ويجب استيعابهم على الصحيح. وحكى الحناطي وجهًا: أنه يجوز صرفه إلى ثلاثة منهم. وإن كانوا غير محصورين، فهو كالوصية للعلوية والقبائل العظيمة، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى قريبًا.

(المسألة) الثامنة: أوصى لأقرب أقارب زيد، دخل فيها الأبوان والأولاد. فإن اجتمع أب وابن، فوجهان. وقيل: قولان. أحدهما: يسوى بينهما، لاستوائهما في الرتبة، فعلى هذا يقدم الأب على ابن الابن. وأصحهما وبه قطع طوائف: يقدم الابن لقوته وعصوبته. فعلى هذا، الأولاد مقدمون على من سواهم، ثم يليهم البطن الثاني، ثم الثالث، إلى حيث ينتهون. ويستوي أولاد

البنين والبنات. فإن لم يكن أحد من الأولاد والأحفاد، قدم الأبوان، ثم بعدهما الأجداد والجدات، إن لم يوجد الإخوة والأخوات، يقدم الأقرب فالأقرب منهم. أو الإخوة والأخوات، إن لم يوجد الأجداد والجدات، فإن اجتمع جد وأخ، قدم الأخ على الأظهر. والثاني: يستويان. وقيل: يقدم الأخ قطعًا. ويجري هذا الخلاف في الجد أبي الأب، والجد أبي الأم، مع الأخ للأم والأخ لأب. فإن قلنا بالتسوية، فالجد أولى من ابن الأخ. وإن قدمنا الأخ، فكذا ابنه وإن سفل. والمذهب تقديم ابن الأخ على أبي الجد. وقيل بطرد الخلاف. ثم يقدم بعدهم أولاد الإخوة والأخوات، ثم الأعمام والعمات، ويساويهم الأخوال والخالات، ثم أولاد هؤلاء. والأخ من الجهتين، يقدم على الأخ من إحداهما، لزيادة قرابته. كذا قطع به الجمهور، وهو المذهب، وحكى الحناطي والإمام عن بعضهم في تقديمه قولين كولاية النكاح. والأخُ من الأب، والأخ من الأم، يستويان. وكذا القول في أولاد الإخوة، والأعمام، والأخوال، وأولادهم. وفي تقديم الجدة من جهتين على الجدة من جهة، وجهان كالوجهين، ترجيحها في الميراث. ويحصل مما ذكرناه أنه إذا اجتمع أولاد إخوة مفترقين وأولاد أخوات مفترقات، فالمال لولد الأخ من الأبوين وولد الأخت من الأبوين، فإن لم يوجد أولاد الإخوة والأخوات من الأبوين، فأولادهم من الأب وأولادهم من الأم سواء. هذا إذا استوت الدرجة. فإن اختلفت، قدم الأقرب من أي جهة كان. فيقدم الأخ من الأب على الأخ للأبوين، ويقدم ابن الأخ للأب وابن الأخ للأم على ابن ابن الأخ للأبوين، لأن جهة الإخوة واحدة. فروعي قرب الدرجة. فأما إذا اختلفت الجهة، فالبعيد من الجهة القريبة يقدم على القريب من الجهة البعيدة. فيقدم ابن ابن الابن على الأخ. ويقدم ابن ابن الأخ وإن سفل على العم. ولا يرجح في هذا الباب بالذكورة، ولا ينظر إلى الورثة، بل يستوي في الاستحقاق، الأب، والأم. وكذا الابن والبنت، وكذا الأخ والأخت، كما يستوي المسلم والكافر، ويقدم ابن البنت على ابن ابن الابن. وكل ذلك لأن الاستحقاق منوط بزيادة القرب.

Marfat.com

فرع: أوصى لجماعة من أقرب أقارب زيد، فلا بد من الصرف إلى ثلاثة، فإن كان له في الدرجة القربى ثلاثة، دفع إليهم. وإن كانوا أكثر، وجب تعميمهم على الأصح، لئلا تصير وصية لغير معين، بخلاف الفقراء، لأن المراد بهم الجهة. وقيل: لا، فيختار الوصي ثلاثة منهم. فإن كانوا دون الثلاثة، تممنا الثلاثة ممن يليهم، فإن كان له ابنان، وابن ابن، دفع إليهم. وإن كان ابن، وابن ابن، وابن ابن ابن، دفع إليهم. وإن كان ابن، وابنا ابن، فكذلك. وإن كان ابن، وابن ابن، وبنو ابن ابن، دفع إلى الابن وابن الابن. وهل يدفع معهما إلى واحد من الدرجة الثالثة، أم يعمَّمون؟ فيه الوجهان. وإذا قلنا: يعمَّمون، فالقياس التسوية بين كل المدفوع إليهم. وفي تعليق الشيخ أبي حامد: أن الثلث لمن في الدرجة الأولى، والثلث لمن في الثانية، والثلث لمن في الثالثة. هذا ما نص عليه الشافعي، وقاله الأصحاب في هذا الفرع: وكان الأشبه أن يقال: إنها وصية لغير معين.

قلت: الصواب، ما نص عليه، وقاله الأصحاب. والله أعلم.

فرع: أوصى لأقرب أقارب نفسه، فالترتيب كما ذكرنا، لكن لو كان الأقرب وارثًا، صرفنا إلى من يليه ممن ليس بوارث، إن لم نصحح الوصية للوارث، أو صححناها فلم يجزها سائر الورثة، كذا نقله البغوي وغيره، وهو تفريع على أنه لو أوصى لأقارب نفسه، لم تدخل الورثة بقرينة الشرع. أما إذا قلنا: يدخلون، ويوزَّع عليهم وعلى من ليس بوارث، فهنا تبطل الوصية، إلا أن يتعدد الأقربون ويكون فيهم وارث وغير وارث.

(المسألة) التاسعة: آل رسول الله ﷺ: هل هم بنو هاشم وبنو المطلب فقط، أم جميع أُمَّته؟ فيه وجهان ذكرناهما في «كتاب الصلاة». أصحهما: الأول. ولو أوصى لآلِ غيره ﷺ، فوجهان. أحدهما: بطلان الوصية، لإبهام اللفظ وتردُّده بين القرابة وأهل الدين وغيرهما. وأصحهما: الصحة، لظهور أصل له في الشرع. وعلى هذا قال الأستاذ أبو منصور: يحتمل أن يكون كالوصية للقرابة،

Marfat.com

ويحتـمل أن يفوَّض إلى اجتهـاد الحاكم. فإن كان هناك وصي، فـهل المتبع رأي الحاكم، أم الوصي؟ حكى الإمـام فيه وجهين، ولم يذكـروا أن الحاكم والوصي يتحريان مـراد الموصي أم أظهر معاني اللفظ بالوضع أو الاستعـمال. وينبغي أن يقال: المرعيُّ مراده إِن أمكن العثور عليه بقرينة، وإلا، فأظهر المعاني.

قلت: وهذا الذي اختاره الرافعي هو الراجح المختار. والله أعلم.

فرع: في أهل بيت الرجل وجـهان. أحدهما: الحـمل على ما يحـمل عليه الآل. وأصحـهما: دخـول الزوجة أيضًـا. وفي أهله دون لفظ البيت وجـهان. أحدهما: الحمـل على الزوجة فقط. والثاني: على كل من تلزمه نفقـته. فعلى الأول لو صدرت الوصية من امرأة، بطلت.

قلت: ينبغي أن لا تبطل، بل يتعين الوجه الثاني، أو يرجع فيه إلى العرف. والأرجح من الوجهين الثاني. والله أعلم.

(المسألـة) العاشرة: آباء فـلان: أجداده من الطـرفين. وأمهاته: جـداته من الطرفين. هكذا ذكره أبو منصور وغيره. وحكى الإمام وجهين. أحدهما: هذا. وأصحـهما عنده: لا يدخل الأجـداد من جهـة الأم في الآباء، ولا الجدات من جهة الأب في الأمهات. ولا خـلاف في شمول الأجداد والجدات الطرفين، ولا يدخل في الإخوة والأخوات.

(المسألة) الحادية عشرة: الأَخْتَانُ أزواج البنات، ولا يدخل فيه أزواج العمات والخالات. وفي أزواج الأخوات وجـهان. أصحهمـا عند الإمام: المنع. ويدخل أزواج الحوافـد إِن قلنا بدخول الأحفـاد في الوصيـة للأولاد. وفي وجه: يدخل زوج كل ذات رحم مـحرم. ثم الاعتـبار بكونه زوجـها عند الموت. فلـو كانت خليَّة يوم الوصية، منكوحة يوم الموت، استـحق زوجها. وإن كانت مزوَّجة يوم الوصية، مطلّقة يوم الموت، فإن كان الطلاق رجعيًّا، استحق، وإلا، فلا. وإن أبانها بين الموت والقبـول، استحق إن قلنا: يستحق الوصيـة بالموت أو موقوفة. وإن قلنا: بالقبـول، فوجهان. ويجـري الخلاف فيمن تزوجت بعـد الموت وقبل

Marfat.com

القبول.

فرع: أحماء الرجل أبـوا زوجته. وفي دخول أجدادها وجـداتها تردُّد حكاه الإمام، ولا يدخل أبوا زوجـة الأب، وأبوا زوجة الابن، والأصهار كـالأحماء، كذا نقله الأستـاذ أبو منصور، وإمام الحرمين. وفي «أمـالي» السرخسي: أن كل رجل من المحارم، فأبو زوجته، حمو. وأن الأصهار يشمل الأَختان والأحماء.

قلت: هذا الذي قاله السرخسي هو المعروف عند أهل اللغة. والله أعلم.

فرع: يدخل في المحارم، كل محرم بالنسب، أو بالرضاع، أو بالمصاهرة.

فرع: الأولاد، والذرية، والعـقب، والنسل، والعِتـرة، على ما ذكـرناه في الوقف.

فـرع: قـال: لورثة فـلان، فـلمن ورثه من ذكـر أو أنثى بـنسب أو سـبب بالسوية، لا على مقادير الإرث. فإن لم يكن له وارث خاص، وصرف ماله إلى بيت المال، بطلت الوصيـة. وإن ورثه بنت واحدة، ولم يحكم بالرد، استـحقت جميع الوصية على الأصح، وقـسطها في الآخر. ولو مات الموصي، وبقي الذي أوصى لورثته أو عـقبه حيًّا، فالمنقول عن الأصحـاب: بطلان الوصية، لأنه لا يورث، ولا يعقبه أحـد في حياته. وقال الإمام: الظاهر عندي صحـتها في لفظ العقب إن كان له أولاد، لأنهم يسمون عقبـه في حياته. قال: ومثل هذا محتمل في لفظ الورثة. وعلى هذا، فيوقف إلى أن يموت فيتبين من يرثه.

قلت: هذا الذي اختاره الإمام في العقب، هو الذي قطع به صاحب «العدة» وجعله مذهبنا، وجعل البطلان مذهب أبي حنيفة. وهذا هو الراجح إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

ولو أوصى لعصبة فلان، لم يشترط في الاستحقاق كون فلان ميتًا يوم موت الموصي قطعًـا، بخـلاف مـا ذكـروه في لفظ الورثة والعـقب. ثم أولادهم بالتعصيب، أولادهم بالوصية.

Marfat.com

(المسألة) الثانية عشرة: الوصيـة للموالي على ما ذكرناه في الوقف. فإن كان له موالٍ من أعلى، وموالٍ من أسفل، ففـيه الأوجه السابقة، وفي قول عن رواية البـويطي: يوقف إلى الاصطلاح. أما إذا لم يكن إلا أحـدهمـا، فيصـرف المال إليه. فإن اقتضى الحال الحـمل على الأسفل، أو صرح به، استحق كل من عتق عليه بتبرُّع، أو ملك، أو نذر، أو كفارة. وفي أم الولد والمدبّر وهما يعتقان بموته وجهان.

قلت: الأصح: لا يدخلان، إذ ليسا من الموالي، لا حال الوصية، ولا حال الموت. والله أعلم.

(المسألة) الثالثة عـشرة: يتامى القبيلة، هم الصبـيان الفاقدون لآبائهم. وفي اشتراط الفـقر فيهم، وجهان. أشـبههما ما قيـل في الغنيمة: نعم، وبه قطع أبو منصور. ثم إن انحصروا، وجب تعميمهم، وإلا، جاز الاقتصار على ثلاثة.

فرع: العميان، والزَّمنى، كالأيتام في التفصيل والخلاف.

قلت: قطع صاحـب «العدة» بعدم اشـتراط الفـقر في الزمنى، قـال: ومثله الوصية لأهل السـجون، وللغارمين، وتكفين الموتى، وحفـر القبور، ويدخل في كل ذلك الغني، والفقير. والمختار طرد الخلاف. والله أعلم.

(المسـألة) الرابعـة عـشـرة: اسم الأرامـل، يقع على من مـات زوجـهـا، والمختلعـة، والمبتوتة، دون الرجعـية، والأيامى غير ذوات الأزواج، هذه عـبارة الأستاذ، وبها أخذ الإمـام وقال: الفرق، أن الأرملة: من كان لها زوج، والأيم لا يشترط فـيها تقدم زوج، ويشـتركان في اشتـراط الخلو عن الزوج في الحال. وعبارة صـاحبي «المهذب» و«التـهذيب»: لا يعتبـر تقدم زوج في الأرملة. وفي اشتراط الفقر، الوجهـان المذكوران في الأيتام. وقطع الإمام بالاشتراط هنا. وفي دخول رجل لا زوجة له في الأرامل وجهان.

قلت: الأصح تخصيص الأرملة بمن فارقهـا زوجها، ونقله إمام الحرمين عن

نص الشافعي، وهو المفهوم في العرف. والأصح: أن الرجل لا يدخل في الأرامل. والله أعلم.

فرع: ثيّب القبيلة: النساء دون الرجال على الأصح. وعلى الثاني: يدخل الرجال الذين أصابوا. وفي الأبكار هذا الخلاف.

(المسألة) الخامسة عشرة: المعتبرون من الأقارب، هم الذين يتعرّضون ولا يَسألون، وذوو القنوع: الذين يَسألون.

(المسألة) السادسة عشرة: غلمان القبيلة، وصبيانهم، والأطفال، والذراري: هم الذين لم يبلغوا. واختلفوا في الشيوخ، والشبان، والفتيان، ففي «المهذب» و«التهذيب»: أن الشيوخ: من جاوزوا أربعين سنة. والفتيان والشبان: من جاوز البلوغ إلى الثلاثين. والمفهوم منه، أن الكهول: من الثلاثين إلى الأربعين. ونقل الأستاذ عن الأصحاب أنهم قالوا: إن الرجوع في ذلك إلى اللغة، واعتبار لون الشعر في السواد والبياض والاختلاط، ويختلف ذلك باختلاف أمزجة الناس.

قلت: هذا المنقول عن «المهذب» و«التهذيب» قاله أيضًا آخرون، وهو الأصح المختار. وصرح الروياني وغيره بأن الكهول: من جاوز ثلاثين إلى أربعين. وكذا قال أهل اللغة: إنه من جاوز الثلاثين. لكن قال ابن قتيبة: إنه يبقى حتى يبلغ خمسين. وقد أوضحت هذه الأسماء مع اختلاف العلماء فيها وما يتعلق بها في «تهذيب الأسماء». ومن المسائل المتعلقة بما سبق، لو أوصى للحجيج، قال صاحب «العدة»: يستحب دفعه إلى فقرائهم، فإن صرف إلى فقرائهم وأغنيائهم، جاز، لشمول الاسم. وينبغي أن يطرد فيه الوجهان، كالأيتام، والأرامل. واشتراط الفقر هنا أرجح. والله أعلم.

فصل: إذا أوصى لزيد وجماعة معه. فإما أن يكونوا موصوفين، أو معيَّنين.

الحال الأول: موصوفون، غير محصورين، كالفقراء، والمساكين. وفي زيد أوجه. أصحها: أنه كأحدهم، فيجوز أن يعطى أقل ما يتموَّل، ولكن لا يجوز

Marfat.com

حرمانه وإن كان غنيًّا. والثاني: أنه يعطى سهمًا من سهام القسمة. فإن قسم المال على أربعة من الفقراء، أعطي زيد الخمس. وإِن قسمه على خمسة، فالسدس، وعلى هذا القياس. والثالث: لزيد ربع الوصية، والباقي للفقراء، لأن أقل من يقع عليه اسم الفقراء ثلاثة. والرابع: له النصف، ولهم النصف. والخامس: إن كان فقيراً، فهو كأحدهم، وإلا، فله النصف. والسادس: إن كان غنيًّا، فله الربع، لأنه لا يدخل فيهم، وإلا، فالثلث، لدخوله فيهم. والسابع: أن الوصية في حق زيد باطلة، لجهالة من أضيف إِليه، حكاه السرخسي في «الأمالي»، وهو ضعيف جدًّا. ولا بد على اختلاف الأوجه من الصرف إِلى ثلاثة من الفقراء.

هذا كله إذا أطلق ذكر زيد. أما إذا وصفه بصفة الجماعة، فقال: لزيد الفقير، وللفقراء، فيجري الخلاف فيما لزيد إن كان فقيراً. ومنهم من خص الأوجه بهذه الحالة. وبقي القول بكونه كأحدهم عند الإطلاق. وإن كان غنياً، فلا شيء له، ونصيبه للفقراء إن قلنا: إنه كأحدهم، وإلا، فهو لورثة الموصي. وإن وصف زيداً بغير صفة الجماعة، فقال: لزيد الكاتب، وللفقراء، قال الأستاذ أبو منصور: فله النصف بلا خلاف. ويشبه أن يجيء القول بأن له الربع إن لم تجيء باقي الأوجه. ولو أوصى لزيد بدينار، وللفقراء بثلث ماله، لم يصرف إلى زيد غير الدينار وإن كان فقيراً، لأنه قطع اجتهاد الوصي بالتقدير، ويحتمل الجواز. ولو أوصى لزيد، وللفقراء والمساكين، فإن جعلناه في الصورة السابقة كأحدهم، فكذا هنا. وإِن قلنا: له النصف، فهنا الثلث. وإن قلنا: الربع، فهنا السبع.

الحال الثاني: إذا كانوا معيَّنين، نظر، إن لم يكونوا محصورين كالعلويِّين، فسنذكر الخلاف في صحة الوصية لهم إن شاء الله تعالى. فإن صححنا، فالحكم كما إذا كانوا موصوفين. وإن لم نصحح، قال المسعودي: هو كما لو أوصى لزيد وللملائكة، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى. وإِن كانوا محصورين، فهل

هو كأحدهم، أم له النصف؟ قال أبو منصور: فيه احتمالان، أصحهما: الثاني. ثم حكى خلافًا في أن النصف الذي لهم، يقسم بين جميعهم، أم يجوز صرفه إلى ثلاثة منهم؟ والصحيح وجوب القسمة بين الجميع.

فرع: له ثلاث أمهات أولاد، فأوصى لأمهات أولاده، وللفقراء والمساكين، قال المتولي: الصحيح: أنه يقسم على الأصناف أثلاثًا. وعن أبي علي الثقفي: أنه يقسم على خمسة، لأن أمهات الأولاد محصورات يجب استيعابهن، والفقراء والمساكين غير محصورين، فيجعل كل واحد من الصنفين مصرفًا، وكل واحدة منهن مصرفًا.

فصل: الوصية لجماعة معيَّنين غير محصورين، كالهاشميَّة، والطالبيَّة، والعلويَّة، صحيحة على الأظهر، كالفقراء. فعلى هذا، يجوز الاقتصار على ثلاثة منهم، ولا تجب التسوية بينهم ولا يشترط القبول، كالفقراء. ومتى أوصى لبني فلان. فإن عُدُّوا قبيلة، كبني هاشم، وبني تميم، فهي كالوصية للعلوية. وفي جواز الصرف إلى إناثهم وجهان، أصحهما: الجواز. وإن لم يُعَدُّوا قبيلةً، كبني زيد وعمرو، اشترط القبول والاستيعاب والتسوية. ولا يجوز الصرف إلى الإناث.

قلت: وتصح الوصية هنا قطعًا. والله أعلم.

فصل: أوصى لزيد وجبريل، فوجهان. أصحهما: لزيد النصف، وتبطل الوصية في الباقي. كما لو أوصى لابن زيد، وابن عمرو، ولم يكن لعمرو ابن، أو لزيد وعمرو وابني بكر، فلم يكن له إلا ابن اسمه زيد، يكون النصف للموجود، ويبطل الباقي. والثاني: أن لزيد الكل، ويلغو ذِكْر من لا يملك، بخلاف ما إذا ذكر معه من يملك. ويجري الوجهان في كل صورة أوصى لزيد ولمن لا يوصف بالملك، كالشيطان، والريح، والحائط، والبهيمة، وغيرها. ولو أوصى لزيد، وللملائكة، أو للرياح، أو للحيطان، فإن جعلنا الكل لزيد، فذاك، وإلا، فهل له النصف، أم الربع، أم للموصي أن يعطيَه أقل ما يتمول؟

Marfat.com

فيه الخلاف السابق في الوصية لزيد وللفقراء. ولو أوصى لزيد ولله تعالى، فهل يكون لزيد الجميع وذِكْر الله تعالى للتبرّك؟ أم له النصف والباقي للفقراء؟ أم له النصف والباقي يصرف في وجوه القُرب لأنها مصرف الحقوق المضافة إلى الله تعالى؟ أم يرجع النصف الثاني إلى ورثة الموصي؟ فيه أربعة أوجه، أصحها: الثالث. وقدَّمنا وجهًا فيما إذا أوصى لأجنبي ووارث، وبطلت في حق الوارث: أنها تبطل في حق الأجنبي أيضًا، بناءً على تفريق الصفقة. وذلك الوجه مع ضعفه، يلزم طرده في نصيب زيد في هذه الصور.

قلت: فلو قال: أوصيت بثلث مالي لله عز وجل، صرف في وجوه البر، ذكره صاحب «العدة» وقال: هو قياس قول الشافعي[1] رحمه الله. والله أعلم.

القسم الثاني: من أقسام الباب في الأحكام المعنوية. قد سبق أن الوصية بمنافع العبد والدار صحيحةٌ مؤبدةً ومؤقتةً، وكذا بغلَّة الدار والحانوت، وكذا بثمار البستان التي تحدث على الأصح. ولو أوصى بخدمة عبد سنة، ولم تعين صحت الوصية، والتعيين للوارث. ويجوز أن يجعل له ثمرة بستانه العام، فإن لم يثمر، فثمرة العام القابل، أو خدمة عبده العام، فإن مرض، فخدمة العام الثاني. ويجوز أن يوصيَ بخدمة عبده لرجل مدة حياة زيد. إذا تقرر هذا، فالغرض الآن الكلام في مسائل الوصية بالمنافع، وهو مبني على أصل، وهو أن هذه الوصية تمليك للمنافع بعد الموت، وليست مجرد إباحة، كما أن الوصية بالأعيان تمليك لها بعد الموت. فلو مات الموصى له، ورثت عنه كسائر حقوقه،

---

(١) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ في كتاب الأم (٨/ ٢٦١):
وإذا أوصى بثلث ماله، ولو قال: أعطوه في سبيل الله، أو في سبيل الخير، أو في سبيل البر أو في سبيل الثواب، جُزِّيءَ أجزاءً، فأعطيه ذو قرابته، فقراء كانوا أو أغنياء، والفقراء والمساكين، وفي الرقاب، والغارمين، والغزاة، وابن السبيل، والحاج، ودخل الضيف، وابن السبيل والسائل والمعتر فيهم أو الفقراء والمساكين، لا يجزئ عندي غيره أن يقسم بين هؤلاء لكل صنف منهم سهم، فإذا لم يفعل الوصي، ضمن سهم من منعه إذا كان موجودًا، ومن لم يجد حبس له سهمه حتى يجده بذلك البلد أو ينقل إلى أقرب البلدان به ممن فيه ذلك الصنف فيعطونه. انتهى.

Marfat.com

وله الإجارة والإعارة والوصية بها. ولو تلف العبد في يده، لم يضمنه، كما لا يضمن المستأجر. قال البغوي: وليس عليه مؤنة الردّ. هذا كله إذا أطلق الوصية، أو قيدها بالتأبيد. والمراد بالتأبيد: استيعاب الوصية منفعة العبد مدة حياته. وكذا الحكم فيما لو أوصى بمنفعته مدةً مقدَّرة، كشهر وسنة. وحكي وجه: أنها لا تنتقل إلى وارث الموصى له، لا عند الإطلاق، ولا إذا قدّر مدة ومات الموصى له قبل انقضائها. والصحيح المعروف الأول.

أما إذا قال: أوصيت لك بمنافعه حياتَك، فهو إباحة، وليس بتمليك، فليس له الإجارة. وفي الإعارة وجهان. وأما إذا مات الموصى له، رجع الحق إلى ورثة الموصي. ولو قال: أوصيت لك بأن تسكن هذه الدار، أو بأن يخدمك هذا العبد، فهو إباحة أيضًا، لا تمليك، بخلاف قوله: أوصيت لك بسكناها، وخدمته. هكذا ذكره القفال وغيره. وفي «فتاوى» القفال أنه لو قال: أطعموا زيداً كذا رطلاً من الخبز من مالي، اقتضى تمليكه، كما في إطعام الكفارة. ولو قال: اشتروا خبزًا واصرفوه إلى أهل محلتي، فسبيله الإباحة. هذا هو الأصل.

أما المسائل، فإحداها: فيما يتعلق بجانب الموصى له، فيملك إثبات اليد على العبد الموصى بمنفعته، ويملك منافعه وأكسابه المعتادة، من الاحتطاب، والاحتشاش، والاصطياد، وأجرة الحرفة، لأنها أبدال منافعه. ولا يملك الكسب النادر، كالهبة واللقطة على الأصح، لأنه لا يقصد بالوصية. وحكى الحناطي وأبو الحسن العبادي وجهًا في كل الأكساب، وهو ضعيف، وسيأتي دليله إن شاء الله تعالى. ولو أتت الجارية الموصى بمنفعتها بولد من نكاح أو زنا، فثلاثة أوجه. أصحها وبه قطع العراقيون والبغوي: حكم الولد حكم أمِّه، رقبته للورثة، ومنفعته للموصى له، لأنه جزءٌ منها. والثاني: أنه للموصى له، ككسبها. والثالث: لورثة الموصي، لأنه غير المنفعة. وإذا وطئت بشبهة، أو زوِّجت، ففي المهر وجهان. قطع العراقيون والبغوي بأنه للموصى له، كالكسب. والمنسوب إلى المراوزة: أنه لورثة الموصي، وبه قطع المتولي، وصححه

Marfat.com

الغزالي، وهو الأشبه، لأنه بدل منفعة البضع، ومنفعة البضع لا تجوز الوصية بها، فكان تابعًا للرقبة. ولا يجوز للموصى له وطؤها بلا خلاف فإن وطىء، لم يحدّ على الصحيح، للشبهة. وقيل: يحدُّ، كالمستأجر. ولو أولدها بالوطء، لم تصر أم ولد له، لكن الولد حر على الصحيح، للشبهة. وقيل: رقيق. وإذا قلنا: حر، فإن قلنا: الولد المملوك كالكسب، فلا قيمة عليه، وإلا، فعليه القيمة. ثم هل هي لمالك الرقبة؟ أم يشترى بها عبد تكون رقبته لمالك العبد ومنفعته للموصى له؟ وجهان. هذا ما ذكروه في هذه الصور، ولم يفرِّقوا بين قوله: أوصيت بمنفعة العبد، أو غلته، أو خدمته، أو كسبه، وبمنفعة الدار، أو سكناها، أو غلَّتها. وكان الأحسن أن يقال: الوصية بالمنفعة تفيد استحقاق الخدمة في العبد، والسكنى في الدار. والوصية بالخدمة والسكنى لا تفيد استحقاق سائر المنافع. ألا ترى أنه إذا استأجر عبداً للخدمة، لا يملك تكليفه البناء، والغراس، والكتابة. وإذا استأجر داراً للسكنى، لم يكن له أن يعمل فيها عمل الحدَّادين والقصَّارين، ولا أن يطرح الزبل فيها، ولا يبعد أن يكون هذا مرادهم وإن أطلقوا، بل ينبغي أن يقال: الوصية بالغلة والكسب لا تفيد استحقاق السكنى والركوب والاستخدام، وبواحد منها لا يفيد استحقاق الغلة والكسب. وهذا يوافق الوجه السابق عن الحناطي والعبادي.

فرع: هل ينفرد الموصى له بالمسافرة بالموصى بمنفعته؟ وجهان. أحدهما: لا، كزوج الأمة. وأصحهما: نعم، لاستغراقه المنافع.

المسألة الثانية: فيما يتعلق بجانب وارث الموصي، وفيه أربعة فروع.

الأول: الوارث يملك إعتاق الموصى بمنفعته، لأن رقبته له، وأشار صاحب «الرقم» وغيره إلى خلاف فيه. والمذهب الأول، لكن لا يجري إعتاقه عن الكفارة على الأصح، لعجزه عن الكسب. وإذا أعتق، فالصحيح الذي قطع به الجمهور: أن الوصية تبقى بحالها، وتكون المنافع مستحقة للموصى له كما كانت، كما إذا أعتق المستأجر. ولا يرجع العتيق بقيمة المنفعة قطعًا. وقيل:

تبطل الوصيـة، نقله أبو الفرج الزاز، لأنه يبعـد أن تكون منفعة الحـر مستحـقة أبداً. فعلى هذا في رجوع الموصى له على المعتق بقيمة المنافع وجهان.

قلت: لعل أصحهما الرجوع. والله أعلم.

وليس للوارث كتابة هذا العـبد على الأصح، لأن أكسابه مستـحقة. ووجه الجواز توقع الزكاة ونحوها.

الفرع الثاني: إذا كـانت الوصية بمنفعـة مدّةٍ معلومة، فنفـقته على الوارث، كالمستـأجر. وإن كانت على التأبيد، فـثلاثة أوجه. أصحهـا: كذلك. والثاني: على الموصى له. والثالث: في كسبه. فـإن لم يكن كسب. أو لم يف بها، ففي بيت المال. والفطرة كالنفقـة، ففيها الأوجه، كذا قالـه السرخسي وطائفة، وقطع البغوي بأنهـا على مالك الرقبة. وعلف البهيـمة، كنفقة العبد. أمـا عمارة الدار الموصى بمنافعـها، وسقي البـستان الموصى بثمـاره، فإن تراضيـا عليه، أو تطوع أحدهمـا به، فذاك، وليس للآخر منـعه. وإن تنازعا، لم يجـبر واحد منهـما، بخلاف النفقة، لحرمة الزوج. وأشار بعضهم إلى طرد الخلاف في العمارة وسائر المؤن.

الفرع الثالث: بيع الموصى بمنفعته مدة، كبـيع المستأجر. وأما الموصى بمنفعته على التأبيد، فـفي بيع الوارث رقبته أوجـه. أصحها: يصح بيعـها للموصى له بالمنفـعة دون غيـره. والثاني: يـصح مطلقًا. والثـالث: لا. والرابع: يصح بيع العبـد والأمة، لأنهمـا يتقـرب بإعتاقـهما، ولا يصح بيـع البهائم والجـمادات. والماشيةُ الموصى بنـتاجها يصح بيعـها، لبقاء بعض المنافع والفـوائد، كالصوف، والظهر. وإنما الخلاف فيما استغرقت الوصية منافعه.

الفرع الرابـع: هل للوارث وطء الموصى بمنفعـتها؟ فـيه أوجـه. أصحـها: ثالثها: يجوز إن كانت ممن لا تحبـل، وإلا، فلا. فإن منعنا، فوطىء، فلا حد، للشبـهة، وأمـا المهر، فـيبنى على أنهـا لو وطئت بشبـهة لمن المهر؟ فـإن قلنا: للوارث، فلا مهر عليـه، وإلا، فعليه. فإن أولدها، فالولد حر، وعليه قـيمته.

Marfat.com

وهل تكون القيمة للموصى له؟ أم يشترى بها عبد يخدم الموصى له وتكون رقبته للوارث؟ فيه الوجهان فيما إذا ولدت رقيقًا. وتصير الجارية أم ولد يعتق بموته مسلوبة المنفعة. وقيل: لا تصير، وهو ضعيف.

المسألة الثالثة: في الجناية على العبد الموصى بمنفعته، فإن قُتل، نظر، إن كان قتلاً يوجب القصاص، فلمالك الرقبة الاقتصاص، فإذا اقتص، بطل حق الموصى له، كما لو مات، أو انهدمت الدار، وبطلت منافعها. وإن كان مما يوجب المال، أو رجع إليه، ففي القيمة المأخوذة أوجه. أصحها: يشترى بها عبد يقوم مقامه، فتكون رقبته للوارث، ومنافعه للموصى له. والثاني: أنها للوارث، ولا شيء للموصى له، كما لا حقَّ لزوج الأمة في بدلها. والثالث: أنها للموصى له خاصة. والرابع: توزَّع على الرقبة مسلوبة المنفعة، وعلى المنفعة وحدها، فتقوّم الرقبة بمنافعها، ثم بلا منفعة، فيكون لها قيمة، لما في إعتاقها من الثواب وجلب الولاء. فقدر التفاوت هو قيمة المنفعة، فيكون للموصى له، والباقي للوارث. ويخرج على هذا الخلاف ما إذا قتله الوارث أو الموصى له، فلا شيء على من لو كان القاتل غيره، كانت القيمة مصروفة إليه. وإن جني عليه بقطع طرفه، فطريقان. أحدهما: طرد الأوجه، سوى الثالث. ولا يبعد تخريج الثالث أيضًا على هذه الطريقة، تشبيهًا له بالولد. والطريق الثاني: القطع بأن الأرش للوارث، واتفقوا على ترجيحه وإن ثبت الخلاف، وكان سببه أن العبد بقي منتفعًا به، ومقادير المنفعة لا تنضبط، وتختلف بالمرض والكبر، وكان حق الموصى له باقٍ بحاله.

المسألة الرابعة: في جنايته، فإن اقتص منه، بطل حقهما كموته. وإن وجب مال، تعلق برقبته. فإن لم يفدياه، بيع في الجناية، وبطل حقهما. فإن زاد الثمن على الأرش، قال أبو الفرج السرخسي: يقسم بينهما على نسبة حقهما. وينبغي أن يجيء فيه الخلاف السابق.

قلت: مجيء الخلاف هو الوجه. والله أعلم.

وإن فـدياه، استـمر الحـقان. وإن فـداه مالك الرقـبة، فكذلك. وإن فـداه الموصى له، ففي وجـوب الإجابة على المجنيّ عليه وجهـان. أحدهما: لا، لأنه أجنبي عن الرقبـة. وأصحهما: الوجـوب، لظهور غرضه. وهذا فيـما إذا فدى أحدهما العبد بمنافعه. فلو فدى حصّته، قال الحناطي: يباع نصيب صاحبه. وفيه إشكال، لأنه إن فدى الوارث، فكيف تبـاع المنافع وحدها؟ وإن فدى الموصى له واستمر حقه، فبيع الرقبة يكون على الخلاف السابق.

المسألة الخـامسة: في كيـفية حسـاب المنفعة من الثلث. فإن أوصى بالمنـفعة أبدًا، فوجهـان. ويقال: قولان. أصحهـما عند الجمهور وهو نصـه في اختلاف العراقيين وفي «الإمـلاء» وبه قال ابن الحداد: أنه تعتبـر الرقبة بتمام منافـعها من الثلث، لأنه حال بين الوارث وبينهـا، ولأن المنفعة المؤبدة لا يمكن تقـويمها، لأن مدة عمره غير معلومة وإذا تعذر تقويم المنافع، تعيَّن تقويم الرقبة. والثاني خرجه ابن سريج: أن المعتبـر ما بين قيمتها بمنافـعها، وقيمتهـا مسلوبة المنافع، واختاره الغزالي وطائفـة. فعلى هذا، هل تحسب قـيمة الرقـبة من التركة؟ أم لا كـما لا تحسب على الموصى له؟ وجهان. أصحهما: الأول.

مثـاله: أوصى بعـبد قيـمتـه بمنافعـه، مائة. ودون المنافـع، عشرة. فـعلى المنصوص: تـعتبـر المائة من الثلث. ويشتـرط أن يكون له مائتـان سوى العـبد. وعلى الثاني المعتبـر تسعون. فيشترط أن يبقى للورثة ضعف الـتسعين مع العشرة على وجه، ودونها على وجه. أما إذا أوصى بمنفعته مدة، كسنة، أو شهر، ففيه طرق. أحدها: طرد الخلاف، كالوصية المؤبَّدة. والـثاني: إن اعتبرنا هناك ما بين القيـمتين، فهنا أولى، وإلا، فوجـهان. أحدهمـا: التفاوت. والثاني: الرقـبة. والطريق الثالث: أن المعتبر من الثلث أجرة مثل تلك المدة. والرابع وهو أصحها: يقوَّم العبد بمنافعه، ثم مسلوب منفـعته تلك المدة، فما نقص حسب من الثلث. وقيمة الرقبة في هذه الحالة، محسوبة من التركة بلا خلاف.

ويتفرع على الخلاف صور.

Marfat.com

إحداها: أوصى بمنفعة عبده ثلاث سنين، ولا مال سواه، إن اعتبرنا قيمة الرقبة من الثلث، صحت الوصية في منافع الثلث، وردَّت في الباقي. وإن اعتبرنا ما نقص، وكان النقص نصف القيمة، فهل تردّ الوصية في سدس العبد؟ أم ينقص من آخر المدة سدسها؟ وجهان. أصحهما الأول، لأن قيمة المنافع تختلف بالأوقات.

الصورة الثانية: أوصى لرجل برقبته، ولآخر بمنفعته. إن قلنا: يعتبر من الثلث تمام القيمة، نظر فيما سواه من التركة، وأعطي كل واحد حقه كاملاً أو غير كامل، وإن قلنا: المعتبر التفاوت، فإن حسبنا الرقبة على الوارث، إذا بقيت له، حُسب هنا كمال القيمة عليهما، وإلا، لم تحسب أيضًا على الموصى له بها. وتصح وصيته من غير اعتبار الثلث. كذا ذكره المتولي.

الصورة الثالثة: أوصى بالرقبة لرجل، وأبقى المنفعة للورثة، فإن قلنا: المعتبر من الثلث كمال القيمة، لم تعتبر هذه الوصية من الثلث، لجعلنا الرقبة الخالية عن المنفعة كالتالفة. وإن قلنا: المعتبر التفاوت، فإن حسبنا قيمة الرقبة على الوارث، حسبت هنا قيمة الرقبة على أهل الوصايا، وتدخل في الثلث، وإلا، فهنا يحسب قدر التفاوت على الوارث، ولا تحسب قيمة الرقبة على أهل الوصايا.

الصورة الرابعة: العبد الموصى بمنفعته، لو غصبه غاصب، فلمن تكون أجرة المدة التي كانت في يد الغاصب؟ قال في «التتمة»: إن قلنا: المعتبر من الثلث جميع القيمة، فهي للموصى له، وكأنه فوّت الرقبة على الوارث، وإلاّ، فوجهان. أحدهما: أنها للوارث، كما لو غصب المستأجر. والصحيح: أنها للموصى له، لأنه بدل حقه، بخلاف الإجارة، فإنها تنفسخ في تلك المدة فتعود المنافع إلى مالك الرقبة.

الصورة الخامسة: أوصى بثمرة بستانه، يخرّج على الخلاف. ففي وجه: تعتبر جميع قيمة البستان من الثلث. وفي وجه: ما بين قيمته بمنافعه وفوائده،

Marfat.com

وبين قيمته مسلوب الفوائد. فإن احتمله الثلث، فذاك، وإلاّ، فللموصى له القدر الذي يحتمله، والباقي للوارث. فإن لم يحتمل إلا نصفه، فله من ثمره كل عام النصف. والباقي للوارث.

فرع: لابن الحداد: أوصى لرجل بدينار كل شهر من غلَّة داره، أو كسب عبده، وجعله بعده لوارث الرجل، أو للفقراء والمساكين، والغلَّة والكسب عشرة مثلاً، فاعتبار هذه الوصية من الثلث كاعتبار الوصية بالمنافع مدة معلومة، لبقاء بعض المنافع لمالك الرقبة، فيكون المذهب فيهما: أن المعتبر من الثلث قدر التفاوت بين القيمتين. ثم ينظر، فإن خرجت الوصية من الثلث، قال ابن الحداد: ليس للورثة أن يبيعوا بعض الدار ويدَعُوا ما يحصل منه دينار، لأن الأجرة تختلف، فقد تنقص فتعود إلى دينار أو أقل، فيكون الجميع للموصى له. وهذا إذا أرادوا بيع بعضها على أن تكون الغلة للمشتري. فأما بيع مجرد الرقبة، فعلى ما سبق من الخلاف في بيع الوارث الموصى بمنفعته. وإن لم يخرج من الثلث، فالزائد على الثلث رقبة وغلة للوارث يتصرف فيه كيف شاء. ولو كانت الوصية بعشر الغلة كل سنة، فما سوى العشر للوارث يتصرف فيه كيف شاء.

فرع: أوصى لشخص بدينار كل سنة، حكى الإمام: أن الوصية صحيحة في السنة الأولى بدينار. وفيما بعدها قولان. أحدهما: الصحة، لأن الجهالة لا تمنع صحة الوصية، ولأن الوصية بالمنافع صحيحة لا إلى غاية. وأظهرهما: البطلان، لأنه لا يعرف قدر الموصى به ليخرج من الثلث. فإن صححنا، فإن لم يكن هناك وصية أخرى، فللورثة التصرف في ثلثي التركة قطعًا. وفي ثلثها وجهان. أحدهما: ينفذ التصرف بعد إخراج الدينار الواحد، لأنا لا نعلم استحقاق الموصى له في المستقبل. الثاني: أنه يوقف، لأن الاستحقاق ثبت إلى أن يظهر قاطع. فإن قلنا بالتوقف، وبقي الموصى له إلى أن استوعبت دنانيره الثلث، فذاك. وإن مات، فعن صاحب «التقريب»: أن بقية الثلث تسلَّم لورثة الموصي.

Marfat.com

قال الإمـام: وفيه نظر، لأن هذه الوصـية إذا صححناها، كـالوصية بالثـمار بلا نهاية، فـوجب انتقـال الحق إلى ورثة الموصى له. وإن نفَّـذنا تصرفهم، فـكلما انقضـت سنة، طالب الموصى له الورثة بدينار، وكـان ذلك كوصيـة تظهر بـعد قسمة التركة. وإن كان هناك وصـايا أخر، قال صاحب «التقريب»: يوزَّع الثلث بعـد الدينار الواحـد على أصحـاب الوصـايا، ولا يتوقف. فـإذا انقـضت سنة أخرى، استرد منهم بدينار مـا يقتضيه التقسـيط. قال الإمام: هذا بيّن إذا كانت الوصيـة مفيدة بحـياة الموصى له. فأما إذا لـم نقيِّد، وأقمنا ورثتـه مقامه، فـهو مشكل لا يهتدَى إليه.

فرع: لو انهدمت الدار الموصى بمنافـعها، فأعادها الوارث بآلتـها، هل يعود حق الموصى له؟ وجهان. ولو أراد الموصى له إعادتها بآلتها، فعلى الوجهين.

قلت: أصحهما العَود. والله أعلم.

المسألة السادسة: الوصية بالحج. الحج ضربان، متطوع به، ومفروض.

فالتطوع تصح الوصية به على الأظهر تفريعًـا على صحة النيابة فيه. ثم هو محسوب من الثلث، ويُحَج عنه من بلده إن قيِّد به، ومن الميقات إن قيَّد به. فإن أطلق، فعلى أيهما يحُـمل؟ وجهان أصحهما: من الميقات، وإلـيه ميل أكثرهم. وهل يقـدَّم حج التطوع في الثلث على سـائر الوصـايا؟ قال الـقفـال: هو على القولين في تقديم العتق على غيـره من الوصايا. قال الشيخ أبو علي: لم أر هذا لأحد من الأصحاب، بل جعلوا الوصية به مع غيره على الخلاف فيما إذا اجتمع حق الله تعالى وحقوق الآدميين. وإذا لم يف الثلث، أو حصة الحج منه بالحج، بطلت الوصية، وكذا لو قال: أحجوا عني بمائة من ثلثي ولم يمكن أن يحج بها. ولو قـال: أحجـوا عني بثلثي، صـرف ثلثـه إلى ما يمكـن من حجـتين وثلاث فصاعدًا. فإن فضل ما لا يمكن أن يحج به، فهو للورثة. ولو قال: أحجوا عني بثلثي حجـة، صرف ثلثه إلـى حجة واحـدة. ثم إن كان الثلث أجرة المثل فـما دونها، جاز أن يـكون الأجير أجنبيًّا ووارثًا. وإن كان أكـثر، لم يستـأجر إلا أجنبي، لأن الزيادة محاباة فلا تجوز للوارث.

الضرب الثاني: المفروض، وهو حجة الإسلام وغيرها.

أما حجة الإسلام، فمن مـات وهي في ذمته، قضيت من رأس ماله وإن لم يوص بها، كالزكاة، وسائر الديـون. وإن أوصى بها، نظر، إن أضافها إلى رأس المال، فهي تأكـيد. وإن أضاف إلى الثلث، قـضيت منه، كما لو أوصى بقـضاء دينه من ثلثه. وتتضمن هذه الوصية ترفيه الورثة بتوفير الثلثين. وفي تقديم الحج على سائـر الوصايا وجهـان ـ وقال الشـيخ أبو علي: قولان ـ يجـريان فيـما لو أوصى بقضـاء دينه من الثلث. أحدهمـا: يقدم، كـما لو لم يوص فـإنه يقدم، وأصحهمـا: لا يقدم، بل يزاحمها بالمضـاربة، لأنه وصية. ثم إن لم يفِ الثلث بالحج على الوجه الأول، أو الحـاصل من المضاربة على الثـاني، كمل من رأس المال، كـما لو قـال: اقضـوا ديني من ثلثي فلم يوف الـثلث به، وحينئـذٍ تدور المسألة، وسنوضح مـثالها قريبًا إن شـاء الله تعالى. وإن أطلق، فلم يضف إلى الثلـث، ولا إلى رأس المال، حُج عـنه من رأس المال عـلى المذهب، وبـه قطع الجمهور، سـواء قرن به ما يعتبر من الثلث، أم لا، وقيل: قـولان. ثانيهما: أنه من الثلث. وقيل: إن قرن، فمن الثلـث، وإلا، فمن رأس المال. ثم متى جعلنا الحج من رأس المال، حج عنه من الميقات، لأنه لو كان حيًّا، لم يلزمه إلا هذا. وإذا جعلناه من الثلث، إما لتصريحه، وإما عند الإطـلاق، فوجهان. أصحهما: من الميقـات أيضًا. فـعلى هذا، لو أوصى أن يحج عنه من بلده، فلم يبلغ ثُـلثه حجـة من بلده، حج من حيث أمكن. وإن لم يبلغ الحج من الميـقات، تُمِّم من رأس المال مـا يتم به الحج من الميقـات. والثـاني: من بلده. فعلى هذا قـال أبو إسحاق: إن أوصى بالحج من الثلـث، فجميعه من الثـلث. فإن أطلق، وجعلناه من الثلث، فالذي من الثلـث مؤنة ما بين البلد إلى الميـقات. فأما من الميـقات، فهو من رأس المال. وأما الحجـة المنذورة، ففيها وجهان. أصحهمـا: أنها كحجة الإسلام، إلا أن هـاهنا وجهًـا أنها إذا لم يوص بهـا، قضـيت من الثلث، وهو شاذ. والـثاني: كـالتطوعات، لأنهـا لا تلزم بأصل الشرع. فـعلى هذا، إن لم

يوص بهـا، لم تقض. وإن أوصى بها، كـانت من الثلث. ويجري الخـلاف في الصدقة المنذورة والكفارات.

فرع: أوصى بحـجة الإسـلام من الثلث، ولزيد بمائة، والتـركة ثلاثمـائة، وأجرة الحج مائة. فإن قدمـنا الحج على سائر الوصايا، صرف الثلث إلى الحج. وإن لم نقـدِّم، ووزَّعنا الثلث، دارت المسـألة، لأن حصـة الحج تكمَّل من رأس المال، وإذا أخذنا شـيئًا من رأس المال، نقص الثلث. وإذا نقص، نقصـت حصة الحج، فلا تعرف حـصة الحج ما لم يعرف الثلث ولا يعـرف الثلث ما لم يعرف المأخوذ من رأس المال، ولا يعرف المأخوذ ما لم تعرف حصة الحج.

فالطريق أن نأخذ من التركة شيئًا لإكمـال حصة الحج، يبقى ثلثمائة إلا شيئًا بقـدر ثلثـه، وهو مـائة إلا ثلث شيء، يقـسم بـين الحج والموصى له نصـفين، فنصيب الحج خمـسون إلا سدس شيء، فيضم الشيء المفرز إليـه، تبلغ خمسين وخمسة أسداس شيء تعدل مائة، وذلك تمام الأجرة، فيُسقط خمسين بخمسين، تبقى خمسـة أسداس شيء في مقابلة خمسين. وإذا كان خـمسة أسداس الشيء خمسين، كان الشيء ستين، فعرفنا أن مـا أفرزناه ستون، فنأخذ ثلث الباقي بعد السـتين، وهو ثمـانون، ونقسـمـه بين الوصـيتين، تخـص كلَّ واحدة أربعـون والأربعون مع الستين، تمام أجرة الحج.

فرع: أوصى أن يحج عنه تطوعًا، أو حجـة الإسلام من ثلثه بمائة، وأوصى بما يبقى من الثلث بعـد المائة لزيد، وبثلث ماله لعمرو، ولم تُـجز الورثة ما زاد على الثلث، فيقسم الثلث بين عمرو والوصيتين الأخريين نصفين. فإذا كان ثلث المال ثلثمائة، كان لعـمرو مائة وخمسون، والباقي بين الحج وزيد. وفي قـسمته وجهان: أحدهمـا قاله ابن خيران: تصرف خمـسون إلى الحج، ومائة إلى زيد، لأن الوصيـتين لو نفذتا يخص زيداً ثلثـا الثلث. وأصحـهما: تصـرف مائة إلى الحج، وخمسون لزيد. ولو كان الثلث مائتين، فلعمرو مائة، والمائة الباقية للحج على الأصح، ولا شيء لزيد. وعلى الثـاني: هي بين زيد والحج نصـفان. ولو

كـان الثلث مائة، قـسـمت بين الحج وعمـرو نصـفين، ولا شيء لزيد في هذا الحال. وكذا لو لم توجـد الوصية لعمرو، بخلاف مـا إذا كان الثلث فوق المائة. ولو أوصي أولاً بالثلث لعمـرو، ثم بالحج بمائة من الثلث، ثم لزيد بما يبقى من الثلث بعد المائة، فـعن أبي إسحاق: أن الوصـية لزيد باطلة، لأن وصية عـمرو استغرقت الثلث. وقال الجمهور: لا فـرق بين التقديم والتأخير، والوصية بالحج ولزيد وصيـة بثلث آخر، وهذا شـخص أوصى بالثلثين، كمن أوصـى لشخص بالثلث، ثم أوصى لآخر بالثلث، فإنه يوزَّع الثلث عليهما.

هذا كله تفريع على أن الحج لا يقدَّم في الثلث على سـائر الوصايا. فأما إذا قدمناه، فـإن كان الثلث ثلثمـائة، والمائة المقدرة للحج أجرة مـثل الحج، أخذت المائة من رأس الثلث. وكـيف يقسم البـاقي بين زيد وعـمرو؟ قال ابـن الحداد: نصفين، لأن كل واحد منهمـا لو انفرد مع الحج لأخذ ما زاد على المائة. وغلطه جماهيـر الأصحاب وقالوا: يقـسم الباقي بينهما على قـدر وصيتهمـا. والوصية لزيد بالباقي، وهو مائتان، ولعـمرو بالثلث، وهو ثلثمائة، فيقـسم الباقي بينهما على خمسة، لزيد ثمـانون، ولعمروٍ مائة وعشرون. ولو كـانت الصُّور بحالها، وأجرة مثل الحج خـمسون، أخذ من الثلث خمسـون أولاً، ثم قال ابن الحداد: يجعل الباقي نصفين، نصـفه لعمرو، ونصفه الآخر للحج منه خـمسون، وباقيه لزيد. وقال الجـمهـور: بل يقسم الباقـي بعد أجرة مـثل الحج على أحد عـشر سـهمًـا، لأن وصـيـة عمـرو في هذه الحـالة بثـلاثمائـة، وللحج وزيد بمائتين وخمسين، والنسبـة بينهما ما ذكرنا، فلعمرو ما يخص سـتة، والباقي يقدم الحج منه بخمـسين، وباقيه لزيد. ولو كان الـثلث مائتين، فإن كانت أجـرة مثل الحج مائة، أخذت من رأس الثلث، ثم عـلى قول ابن الحداد: الباقي بينهمـا نصفان، وعند الجمهور: يجعل بينهمـا على ثلاثة أسهم، لأن الوصية لزيد بمائة، ولعمرو بمائتين. وإن كان أجرة مـثله خمسين، أخذت خمسـون أولاً، والباقي على قول ابن الحداد بين عمـرو والوصيتين الأخريين نصفين، ثم يقـدم الحج بخمسين من

Marfat.com

حصـتهما، وعنـد الجمهور: يقـسم المال بعد الخمـسين على سبعـة أسهم، لأنه أوصى لعمـرو بمائتين، وللحج وزيد بمائة وخمـسين. فلعمرو مـا يخص أربعة، والباقي يؤخـذ منه، خمسـون للحج، والباقي لزيد. ولو كان الثلث مـائة، فإن كان أجرة مثل الحج مائة، فلا شيء لزيد وعـمرو وإن كان خمسين، أخذ للحج خمـسون. ثم على قـول ابن الحداد: البـاقي بين الحج وعـمرو نصفـان. وعند الجمهور: للحج ثلث الباقي، ولعمـرو ثلثاه، لأن الوصية في هذه الحالة، للحج بخمسين، ولعـمرو بمائة. وإذا لم تف حصة الحج في هـذه الصورة بالحج. فإن كانت لحـجة تطوُّع، بطلت. وإن كانـت لحجة الإسـلام، كمَّلنا من رأس المال. وقد ذكرنا طريقه.

فصل: جـرت العادة بذكـر مـا يقع عن الميت بفعـل غيـره في هذا الموضع لمناسبته الحج عنه فالحج يؤدّى عنه إن كان فرضًا. ثم إن عين شخصًا وأوصى إليه فيه، فعله عنه، وارثًا كان أو غيره. وإن قال: أحجوا عني، ولم يعين، فللوارث أن يحج عنه بنفسه، وله أن يأمر به أجنبيًّا. وإنْ لم يوصِ به أصلاً، فللوارث أن يحج عنه، وكـذا للأجنبـي إن أذن له الوارث، وكـذا إن لم يأذن على الأصح، كقـضاء الدين. ووجـه المنع: افتـقاره إلى النيـة، فلا بد من استنـابة. وأما حج التطوع، فالنيابة جائزة على الأظهر كما سبق. فإن جوزناها، فقال العراقيون: إن لم يوص به، لا يصـح الحج عنه. وفي «أمـالي» السـرخـسي: أن للوارث أن يسـتنيب، وأنـه إذا أوصى الميت إلى مـعـيَّن، فـعل. ولو اسـتـقـل به أجنبي، فوجهان. أصحهما: المنع. وفي هذا الكلام تجويز الاستنابة للوارث، وتجويز فعله بنفـسه وإن لم يوص الميـت. وأما أداء الزكـاة عنه، فكالحج الواجب، فـيجـوز للأجنبي أن يؤدي عـنه زكـاة المال وزكاة الـفطر على الأصح المنصـوص. وأمـا الكفارة، فإن كانت مـالية، فللوراث أن يؤديَ الواجب من التركة، ويكون الولاء للمـيت إذا أعتق. وإن كـانت مخـيَّرة، فله أن يطعم، ويكسـو. وفي الإعـتاق وجهـان: أحدهمـا: المنع، إذ لا ضرورة إليـه. وأصحهـما: الجواز، لأنـه نائبه

Marfat.com

شرعًا، فإعتاقه كإعتاقه. ولو أدى الوارث من مال نفسه، ولا تركة، فالصحيح الجواز. وقيل بالمنع، لبعد العبادة عن النيابة. وقيل: يمنع الإعتاق فقط، لبعد إثبات الولاء للميت، فإذا جوزنا، فلو تبرع أجنبي بالطعام، أو الكسوة، أجزأ على الأصح، كقضاء الدين. واحتج له الإمام بأنه لو اشترطت الورثة، لا يشترط صدوره من جميعهم، كالإقرار بالنسب، ولا يعتبر ذلك، بل يستبدّ به كل واحد من الورثة. ولو تبرع الأجنبي بالعتق، فقيل: على الوجهين. وقيل بالمنع قطعًا. وأما إذا لم يكن على الميت عتق أصلاً، فأعتق عنه وارث أو غيره، فلا يصح عن الميت، بل يقع العتق والولاء للمعتق. ولو أوصى بالعتق في الكفارة المخيَّرة، وزادت قيمة الرقبة على قيمة الطعام والكسوة، فوجهان: أحدهما: يعتبر من رأس المال، لأنه أداء واجب. وأصحهما: الاعتبار من الثلث، لأنه غير متحتم، وتحصل البراءة بدونه، وعلى هذا وجهان: وقيل: قولان: أحدهما: تعتبر جميع قيمته من الثلث، فإن لم يفِ به، عدل إلى الإطعام. وأقيسهما: أن المعتبر من الثلث ما بين القيمتين، لأن أقل القيمتين لازم لا محالة. ويجري الخلاف فيما إذا أوصى أن يُكسى عنه ـ والكسوة أكثر من الطعام ـ وسنعيد المسألة في «كتاب الأيمان» بزيادة إيضاح إن شاء الله تعالى. ولو أعتق مَن عليه كفارة مخيَّرة في مرض الموت، قال المتولي: لا تعتبر قيمة العبد من الثلث، لأنه مؤدّ فرضًا، وهذا كأنه تفريع على الوجه القائل بأنه إذا أوصى به، أعتق من رأس المال.

فرع: وأما الدعاء للميت، والصدقة عنه، فينفعانه بلا خلاف. وسواء في الدعاء والصدقة، الوارث والأجنبي. قال الشافعي رحمه الله: وفي وسع الله تعالى أن يثيب المتصدِّق أيضًا. قال الأصحاب: فيستحب أن ينويَ المتصدِّق الصدقة عن أبويه، فإن الله تعالى ينيلهما الثواب، ولا ينقص من أجره شيئًا. وذكر صاحب «العدة»: أنه لو أنبط عينًا، أو حفر نهرًا، أو غرس شجرة، أو وقف مصحفًا في حياته، أو فعله غيره عنه بعد موته، يلحق الثوابُ الميتَ.

Marfat.com

واعلم أن هذه الأمور إذا صدرت من الحي، فهي صدقات جارية، يلحقه ثوابها بعد الموت كما صح في الحديث(١)، وإذا فعل غيره عنه بعد موته، فقد تصدّق عنه. والصدقة عن الميت تنفعه، ولا يختص الحكم بوقف المصحف، بل يجري في كل وقف. وهذا القياس يقتضي جواز التضحية عن الميت، لأنها ضرب من الصدقة. وقد أطلق أبو الحسن العبادي جواز التضحية عن الغير، وروى فيه حديثًا(٢). لكن في «التهذيب» أنه لا تجوز التضحية عن الغير بغير إذنه، وكذلك عن الميت. إلا أن يكون أوصى به.

---

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له» [صحيح مسلم ١٦٣١].

ـ قال النووي ـ رحمه الله ـ في شرح صحيح مسلم:

قال العلماء: معنى الحديث: أن عمل الميت ينقطع بموته، وينقطع تجدد الثواب له، إلا في هذه الأشياء الثلاثة، لكونه كان سببها، فإن الولد من كسبه، وكذلك العلم الذي خلفه من تعليم أو تصنيف، وكذلك الصدقة الجارية، وهي الوقف.

ـ وفيه: فضيلة الزواج لرجاء ولد صالح.

ـ وفيه: دليل لصحة أصل الوقف، وعظيم ثوابه، وبيان فضيلة العلم، والحث على الاستكثار منه، والترغيب في توريثه بالتعليم والتصنيف والإيضاح، وأنه ينبغي أن يختار من العلوم الأنفع فالأنفع.

ـ وفيه: أن الدعاء يصل ثوابه إلى الميت وكذلك الصدقة، وهما مجمع عليهما، وكذلك قضاء الدَّيْن.

وأما الحج فيجزي عن الميت عند الشافعي وموافقيه، وهذا داخل في قضاء الدين إن كان حجًّا واجبًا، وإن كان تطوعًا وصى به فهو من باب الوصايا، وأما إذا مات وعليه صيام فالصحيح أن الولي يصوم عنه.

ـ وأما قراءة القرآن وجعل ثوابها للميت والصلاة عنه ونحوهما فمذهب الشافعي والجمهور أنها لا تلحق الميت، وفيها خلاف. انتهى باختصار.

(٢) عن حنش قال: رأيت عليًّا يضحي بكبشين، فقلت له: ما هذا؟ فقال: إن رسول الله ﷺ أوصاني أن أضحي عنه، فأنا أضحي عنه» [ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٧٩٠ والترمذي ١٤٩٥].

ـ قال أبو عيسى الترمذي ـ رحمه الله ـ:

وقد رخص بعض أهل العلم أن يضحي عن الميت، ولم ير بعضهم أن يضحي عنه، وقال عبد الله ابن المبارك: أحب إليَّ أن يتصدق عنه ولا يضحي عنه وإن ضحى فلا يأكل منها شيئًا ويتصدق بها كلها.

Marfat.com

فرع: وما عـدا هذه القُرَب، ينقـسم إلى صوم، وغيـره، فأما الصـوم، فلا يتطوع به عن الميت. وفي قـضاء واجبـه عنه قولان سبـقا في الصيـام. الجديد: المنع. والقـديم: أنَّ لولـيـه أن يصـوم عنه. وعلى هذا، لو أوصـى إلى أجنبي ليصوم، كان كالولي. ولو مرض بحيث لا يرجى برؤه، ففي الصوم عنه وجهان تشبيهًا بالحج. وأما غير الصوم، كالصلاة عنه قضاءً أو غيره، وقراءة القرآن، فلا ينفعـه. واستثنى صاحب «التلخـيص» من الصلاة ركعـتي الطواف، وقال: يأتي بهمـا الأجير عن المحجـوج عنه تبعًا للطواف. فـوافقه بعض الأصحـاب، وقال بعضهم: يقع عن الأجير وتبرأ ذمة المحجوج عنه بما يفعل، والأول أصح.

فرع: الذي يُعتـاد من قراءة القرآن على القبـر، قد ذكرنا في كتـاب الإجارة طريقين لعود فائدتهـا إلى الميت. وعن القاضي أبي الطيب طريق ثالث، وهو أن الميت كالحي الحـاضر، فترجى له الرحـمة ووصول البركـة إذا وصل الثواب إلى القارىء.

فصل: إذا ملك في مـرض موته من يعتق عـليه، فإن ملكـه بالإرث، فهل يعـتق من الثلث، أم من رأس المال؟ وجهـان، رجح البغـوي والمتولي كـونه من الثلث، والأصح: كونه من رأس المال، وبه قطع الأستـاذ أبو منصور. وفي كلام الشيخ أبي علي وغيره: ما يقتـضي الجزم به، لأنه لم يقصد تملُّكه، ولا تضرر به الورثة. وإن ملكه بالهبـة، أو الوصية، فإن قلـنا في الموروث: يعتق من الثلث، فهنا أولى، لأنه مختار، وإلا، فوجهان. أصحهما: من رأس المال، وبه قطع ابن الحداد وأبو منصـور، لأنه لم يبذل مالاً، وزوال الملك حـصل بغير رضـاه. فإن قلنا: من رأس المال، عـتق وإن لم يكن له مال سـواه. وكذا لو كان عـليه دين مستغرق، وكذا المفلس المحجور عليه إذا قبله ولا سبيل للغرماء عليه. وإن قلنا: يعتق من الثلث، فلم يكن مـال سواه، عتق ثلثه فقـط. وإن كان عليه دين، لم يعتق، وبيع في الدين، وكذا في المحجـور عليه بالفلس. ولو اشترى المريض من يعتق عليه، وعليه دين، ففي صحة الشراء وجـهان. ويقال: قولان. أصحهما:

Marfat.com

الصحة، إذ لا خلل في الشراء، فيثبت الملك، ولا يعتق، لحق الغرماء. فإن لم يكن دين، اعتبر عتقه من الثلث. فإن خرج كلُّه، صح الشراء، وعتق كله، وإلا، ففي صحة الشراء فيما زاد على الثلث الخلاف فيما إذا كان عليه دين. فإن قلنا: لا يصح، ففي قدر الثلث الخلاف المذكور في تفريق الصفقة. وإن قلنا: يصح، عتق الثلث فقط. وفي وجه: شراء المريض أباه باطل مطلقًا، لأنه وصية، وهي موقوفة على الخروج من الثلث، والبيع لا يوقف، وهذا ضعيف. هذا كله إذا لم يكن محاباة. أما إذا اشتراه بخمسين، وقيمته مائة، فقدر المحاباة هبة، فيجيء فيه الوجهان في أنه من الثلث، أو رأس المال؟ فإن قلنا: من الثلث، فجميع المائة من الثلث، وإلا، فالمعتبر منه خمسون. ثم متى حكمنا بعتقه من الثلث، لا يرثه، لأنه وصية، ولا سبيل إلى الجمع بينها وبين الإرث. هكذا أطلقوه وعلَّلوه، وكأنه تفريع على بطلان الوصية لوارث. فإن قلنا: يقف على إجازة الوارث، لم يمتنع الجمع بينها وبين الإرث، فيحتمل توقف الأمر على الإجازة، ويحتمل خلافه. وحكى الأستاذ أبو منصور وجهًا: أنه يرث، لأنه لا (يملك) رقبته حتى يقال: أوصى له بها. والصحيح الأول. ومتى عتق من رأس المال، ورث على الصحيح. وقال الإصطخري: لا يرث، وجعل عتقه وصية في حقه. وإن لم تكن وصية في حق الوارث، كما لو نكحت المريضة بدون مهر المثل، تصح المحاباة من رأس المال إن كان الزوج أجنبيًّا. فإن كان وارثًا، جُعل وصية، فتبطل ويجب مهر المثل.

فصل: إذا قال: أعتقوا عبدي بعد موتي، لم يفتقر إلى قبول العبد، لأن لله تعالى حقًّا مؤكدًا في العتق، فكان كالوصية للجهات العامة. ولو قال: أوصيت له برقبته، فهي وصية صحيحة، ومقصودها الإعتاق، ويشترط قبوله على الأصح، لاقتضاء الصيغة ذلك، كقوله لعبده: ملَّكتك نفسك، أو وهبت لك نفسك، فإنه يشترط فيه القبول في المجلس. ولو قال: وهبتك نفسك، ونوى به العتق، عتق بلا قبول.

Marfat.com

فصل: قال: إذا مت، فاعتقوا ثلث عبدي، أو قال: ثلث عبدي حر إذا مت، لم يعتق إذا مات إلا ثلثه، ولا يسري، لأنه ليس بمالك للباقي في حال العتق، ولا موسر بقيمته، بخلاف ما لو أعتق المريض بعض عبده، فإنه يسري إذا وفى به الثلث، لأنه مالك للباقي. ولو ملك ثلاثة أعبد قيمتهم سواء، لا مال سواهم، فأعتق في مرضه ثلث كل واحد منهم، فقال: ثلث كل واحد منهم حر، أو أثلاثهم أحرار، فهل يعتق من كل عبد ثلثه كما ذكر؟ أم يقرع بينهم فيعتق واحد بالقرعة لتجتمع الحرية كما لو قال: أعتقت هؤلاء؟ فيه وجهان. أصحهما: الثاني. ولو قال: أعتقت ثلثكم، أو ثلثكم حر، أقرع قطعًا. وقيل: فيه الوجهان. ولو قال: أثلاث هؤلاء أحرار بعد موتي، أو ثلث كل واحد، عتق من كل عبد ثلثه، ولا قرعة، لما ذكرنا أن العتق بعد الموت لا يسري، لكن لو زاد ما أعتق على الثلث، أقرع لرد الزيادة، لا للسراية. وفي «التهذيب» وغيره وجه: أنه يقرع، كما لو نجز في المرض، فمن خرجت له القرعة، عتق، ورق الآخران. والصحيح الأول، وبه قال ابن الحداد، وفرع عليه فقال: لو قال للثلاثة: النصف من كل عبد منكم حر، فقد أعتق نصف ماله. فإن لم تجز الورثة، أقرع بين العبيد بسهم رق وسهمي حرية، فمن أصابه سهم الرق، رق، ويعتق من كل واحد من الآخرين نصفه، ولا يسري. ولو أعتق الأنصاف في مرضه، فمن عتق منه شيء، سرى إلى باقيه إلى أن يتم الثلث، فيقرع بينهم بسهمي رق، وسهم عتق. فمن خرج له سهم العتق، عتق كله، وهو ثلث المال. ولو لم يملك إلا عبدين قيمتهما سواء، فقال: نصف غانم حر بعد موتي، وثلث سالم حر بعد موتي، فقد أعتق خمسة أسداس، وليس له إلا أربعة أسداس، فيقرع لرد الزيادة، فإن خرج العتق لغانم، عتق نصفه، وعتق سدس سالم ليتم الثلث. فإن خرج العتق لسالم، عتق ثلثه وثلث غانم. وإن أعتق نصف كل واحد منهما في مرضه، أقرع، فمن خرج له سهم العتق، عتق ثلثاه، ورق باقيه مع جميع الآخر.

Marfat.com

هذا كله، إذا أعتق الأبعاض في المرض معًا، بأن قال: أثلاث هؤلاء أحرار، أو نصف كل عبد حـر. فأما إذا قدم وأخر، فـيقدم الأسبق فـالأسبق، حتى لو قال: نصف غانم حر، وثلث سالم حر، عتق ثلثا غانم، ولا قرعة.

فصل: أعتق جاريته بعد الموت وهي حامل، فـفي الحمل وجهان. أحدهما: لا يعتق، لما سبق أن إعتاق الميت لا يسري. وأصحـهما: يعتق، لأنه كعضوها. ولو قال: هي حـرة بعد موتي إلا جنينهـا، أو دون جنينها، لم يصح الاسـتثناء على الأصح. ولو نجز عـتقهـا في الحياة، عـتق الحمل، ولم يصح اسـتثناؤه بلا خلاف. ولو كانت لشخص، وحـملُها لآخر، فأعتقها مـالكها، لم يعتق الحمل قطعًا، لأن اختلاف الملك يمنع الاستتباع.

فصل: أوصى بثلث عبد معين، أو دار، أو غيرهـما، فاستحق ثلثاه، نظر، إن لم يملك شـيئًـا آخـر، فللموصـى له ثلث الثلث البـاقي. وإن ملك غيـره، واحتمل ثلث ماله الـثلث الباقي، فطريقان. أصحهما: عـلى قولين. أظهرهما: يستحق الثلث الباقي. والثاني: ثلث الثلث. والطريق الثاني: ثلث الثلث قطعًا. ثم عن ابن سريج: أن هذا فيـما إذا قال: أوصيت له بثلث هذا العبـد. فأما إذا قال: أعطوه ثُلثه، فيدفع إليه الثلث الـباقي قطعًا. ولو قال: أوصيت له بشاة من هذه الثلاث، أو بأحد أثـلاث هذا العبد، أو بثلث هذه الدار، فاستـحق الثلثان، أو اشترى من زيد ثلثها، ومن عمرو ثلثيها، وأوصى بما اشتراه من زيد، فاستحق ما اشتراه من عمرو، نفذت الـوصية في الثلث الباقي في هذه الصور قطعًا. ولو أوصى بأثلاث الأعبد الثلاثة، فاستحق اثنان منهم، نفذت في الثلث الباقي. ولو أوصى بثلث صبرة، فتلف ثلثاها، فله ثلث الباقي قطعًا.

فصل: ما أوصى به للمـساكين، هل يجوز نقله إلى مساكـين غير بلد المال؟ فيه طريقان. أصحهما وبه قـال الأكثرون: على قولين، كالزكاة. والثاني: الجواز قطعًـا. فـإن منعنا فلم يكن في البلد مـسكين، فـهل ينقل كـالزكـاة، أم تبطل الوصية؟ وجهان.

Marfat.com

قلت: أصحهما النقل. والله أعلم.

ولو عين فقراء بلد، ولم يكن فيه فقير، بطلت الوصية. كما لو أوصى لولد فلان ولا ولد له. وبالله التوفيق.

القسم الثالث من الباب: في المسائل الحسابية.

هذا فَنٌّ طويل، ولذلك جعلوه علمًا برأسه، وأفردوه بالتدريس والتصنيف. وفيه أطراف.

الأول: فيما إذا أوصى بجزءٍ، وفيه مسائل.

إحداها: إذا أوصى بمثل نصيب ابنه، وله ابن واحد لا يرثه غيره، فالوصية بالنصف، فإن لم يجز، ردت إلى الثلث. وكذا لو كان له ابنان، أو بنون فأوصى بمثل نصيبهما، أو نصيبهم، فهو كابن. ولو لم يكن له ابن، أو لم يكن وارثًا لرق وغيره، فالوصية باطلة. ولو قال: أوصيت له بنصيب ابني، فوجهان. أصحهما عند العراقيين والبغوي: بطلان الوصية. وأصحهما عند الإمام والروياني وغيرهما وبه قطع أبو منصور: صحتها. والمعنى: بمثل نصيب ابني. ويجري الوجهان فيما لو قال: بعتكْ عبدي بما باع به فلان فرسه وهما يعلمان قدره. فإن صححنا، فهو وصية بالنصف على الصحيح. وقيل: بالكل، حكاه البغوي. ولو كان له ابنان، فأوصى بمثل نصيب أحدهما، أو بمثل نصيب ابن، فالوصية بالثلث. وإن كانوا ثلاثة، فبالربع، أو أربعة، فبالخمس. وعلى هذا القياس. ويجعل الموصى له كابن آخر معهم. وضابطه: أن تصحح فريضة الميراث، ويزاد عليها مثل نصيب الموصى له بمثل نصيبه، حتى لو كان له بنت، وأوصى بمثل نصيبها، فالوصية بالثلث، لأن المسألة من اثنين لو لم تكن وصية، فتزيد على الاثنين سهمًا، وتعطيه سهمًا من ثلاثة أسهم. ولو كان بنتان، فأوصى بمثل نصيب أحدهما، فالوصية بالربع، لأن المسألة من ثلاثة لولا الوصية، لكل واحدة سهم، فتزيد للموصى له سهمًا، فتبلغ أربعة. ولو أوصى بمثل نصيبهما معًا، فالوصية بخمسي المال، لأنها من ثُلثه، ونصيبهما منها اثنان، فتزيد على

Marfat.com

الثلاثة سهمين. ولو أوصى وله ثلاث بنات وأخ بمثل نصيب واحدة، فالوصية بسهمين من أحد عشر. لأنها من تسعة لولا الوصية. ونصيب كل بنت منهما سهمان، فتزيدهما على التسعة. وكذا لو أوصى وله ثلاثة بنين، وثلاث بنات بمثل نصيب ابن، فالوصية بسهمين من أحد عشر. ولو كان له ثلاثة بنين، وبنت، وأوصى بمثل نصيبها، فالوصية بالثمن. ولو كان ابن، وثلاث بنات، وأبوان، وأوصى بمثل نصيب الابن، فالوصية بثمانية أسهم من ثمانية وثلاثين.

فرع: أوصى وله ابن بمثل نصيب ابن ثان لو كان، أو أوصى وله ابنان بمثل نصيب ابن ثالث لو كان، فالوصية في الأولى، بالثلث. وفي الثانية، بالربع. وقال الأستاذ أبو إسحاق: في الأولى، بالنصف. وفي الثانية. بالثلث والصحيح الأول. وهل يفرق بين قوله: بمثل نصيب ابن ثان، أو ثالث لو كان؟ وبين أن يحذف لفظه «مثل» فيقول: بنصيب ابن ثان؟ القياس أنه على الوجهين فيما إذا أضاف إلى الوارث الموجود. وحكى الأستاذ أبو منصور عن الأصحاب: أنهم فرقوا فقالوا: إذا أوصى بمثل نصيبه، دفع إليه نصيبه لو كان زائداً على أصل الفريضة، وإذا أوصى بنصيبه، دفع إليه لو كان من أصل الفريضة. فعلى هذا، لو أوصى وله ابنان بنصيب ثالث لو كان، فالوصية بالثلث. ولو قال: بمثل نصيب ابن ثالث لو كان، فبالربع كما سبق. ولو أوصى وله ثلاثة بنين، بمثل نصيب بنت لو كانت، فالوصية بالثمن، وعلى قول الأستاذ أبي إسحاق: بالسبع.

فرع: لابن سريج: له ابنان، وأوصى لزيد بمثل نصيب ابن رابع لو كان، ولعمرو بمثل نصيب خامس لو كان، فللحساب طريقان:

أحدهما: أن يقال: المسألة من اثنين لو لم يكن وصية، ومن أربعة لو كانوا أربعة، ومن خمسة لو كانوا خمسة، فهنا اثنان، وأربعة، وخمسة، والاثنان والأربعة متداخلان، فتسقط الاثنين لدخولهما في الأربعة، وتضرب أربعة في خمسة، تبلغ عشرين، وهذا العدد ينقسم على الاثنين بلا وصية، وعلى الأربعة

Marfat.com

لو كانوا، ونصيب كل واحد خمسة، وعلى الخمسة لو كانوا، ونصيب كل واحد أربعة، فتزيد الأربعة والخمسة على العشرين، تبلغ تسعة وعشرين، لزيد منها خمسة، ولعمرو أربعة، والباقي للاثنين.

الطريق الثاني: أن يقال: لو لم يكن إلا وصية زيد، لكان له سهم من خمسة، فتقسم الباقي على خمسة، لوصيته لعمرو بمثل نصيب ابن خامس، فيخرج من القسمة أربعة أخماس، وهو نصيب كل ابن لو كانوا خمسة، فتزيد على الخمسة لعمرو أربعة أخماس، تكون خمسة وأربعة أخماس، لزيد منها واحد، ولعمرو أربعة أخماس، والباقي للاثنين، فإذا بسطناها أخماسًا، كانت تسعة وعشرين.

المسألة الثانية: أوصى لزيد بمثل نصيب أحد ورثته، أعطي مثل أقلهم نصيبًا، وطريقه: أن تصحح المسألة بلا وصية، وتزيد عليها مثل سهم أقلِّهم، ثم تقسم، فإذا كان ابن وبنت، فالوصية بالربع، أو زوج وأم وأختان، فبالتسع، لأن نصيب الأم واحد من ثمانية، فتضمه إليها تصير تسعة، أو بنتان وثلاث زوجات وأخ، فبسهم من خمسة وعشرين، أو بنت وبنت ابن وأخ، فبالسبع. وإن أوصى بمثل نصيب أكثرهم نصيبًا، فطريقه: أن تصححها بلا وصية، وتضم إليها مثل نصيب ذلك. فإن كان ابن وبنت، فله خمسان.

فرع: له ابنان، أوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بمثل نصيب الآخر، فأجازا لهما، قسم المال بين الأربعة أرباعًا، وإن ردّا الوصيتين، ارتدتا إلى الثلث وكان الثلث بينهما بالسوية، وإن أجازا إحداهما وردّا الأخرى، فالصحيح: أن كل واحد منهما يأخذ سدس المال، وللمجاز له مع ذلك نصف سدس. وتصح من أربعة وعشرين، للمجاز له ستة، وللمردود أربعة، والباقي للابنين. وعن ابن سريج: أنه يضم سهم المجاز له إلى سهم الابنين ويقسم بينهما أثلاثًا. وتصح من ثمانية عشر، للمردود ثلاثة، وللباقين خمسة خمسة. وإن أجاز أحدهما لأحدهما، وردّهما الآخر، فعلى الصحيح: المسألة من أربعة

وعشرين، للمردود أربعة، وللمجاز خمسة، وللمجيز سبعة، وللرادّ ثمانية. وعلى المحكيِّ عن ابن سريج: تصح من ثمانية عشر، وللمردود ثلاثة، وللمجاز أربعة، وللمجيز خمسة، وللرادّ ستة.

المسألة الثالثة: الضعف، وهو الشيء ومثله، فإذا أوصى بضعف نصيب ابنه، وله ابن واحد، فهي وصية بالثلثين. ولو قال: بضعف نصيب أحد أولادي أو ورثتي، أعطي مِثْلي نصيب أقلِّهم نصيبًا، فإن كان ثلاثة بنين، فله خمسان. ولو أوصى لزيد بمائة، ولعمرو بضعفها، فالثانية مائتين، وضعفا الشيء ثلاثة أمثاله، فإذا قال: ضعفي نصيب ابني، وله ابن واحد، فالوصية بثلاثة أرباع المال. ولو قال: ضعفي نصيب أحد بنيَّ وهم ثلاثة، فله ثلاثة أسهم من ستة، ولكل ابن سهم. ولو أوصى لزيد بمائة، ولعمرو بضعفيهما فلعمرو ثلثمائة، وثلاثة أضعاف الشيء أربعة أمثاله، وأربعة أضعافه خمسة أمثاله.

(المسألة) الرابعة: أوصى بنصيب من ماله، أو جزءٍ، أو حظ، أو قسط، أو شيء، أو قليل، أو كثير، أو سهم، يرجع في تفسيره إلى الورثة، ويقبل تفسيرهم بأقلِّ ما يتمولَّ، لأن هذه الألفاظ تقع على القليل والكثير. فإن ادّعى الموصى له أن الموصي أراد أكثر من ذلك، قال الأكثرون منهم أبو منصور والحنّاطي والمسعودي: يحلف الوارث أنه لا يعلم إرادة الزيادة. وحكى البغوي: أنه لا يتعرض للإرادة، بل يحلف أنه لا يعلم استحقاق الزيادة، وسلم أنه لو أقر لمبهم ومات وجرى مثل هذا النزاع بين المقر له والوارث، حلف الوارث على نفي إرادة المورث، وفرق بأن الإقرار إخبار، والوصية إنشاء أمر على الجهالة. ورد المتولي افتراق البابين إلى شيء آخر فقال: الوارث هنا يحلف أنه لا يعلم الموصي أراد الزيادة، ولا يحلف أنه أراد هذا القدر، وفي الإقرار، يحلف أنه لا يعلم الزيادة، وأنه أراد هذا القدر.

فرع: أوصى بثلث ماله إلا شيئًا، قُبل التفسير وتنزيلُه على أقل ما يتمول وحملُه الشيء المستثنى على مال كثير. وقال الأستاذ أبو منصور: يعطى زيادة

Marfat.com

على السدس. قال: وكذا لو قال: أعطوه ثلث مالي إلا قليلاً. ولو قال: أعطوه الثلث إلا كثيرًا، جاز أن يعطيَه أقل من السدس. والصحيح المعروف هو الأول.

فرع: قال: أعطوه من واحد إلى عشرة، ففيه الأوجه المذكورة في الإقرار. وقال الأستاذ أبو منصور عن بعض الأصحاب: إن أراد الحساب، فللموصى له خمسة وخمسون، وهو الحاصل من جمع واحد إلى عشرة على توالي العدد. وإن لم يرد الحساب، فله المتيقَّن، وهو ثمانية، ولا شك في إطراد هذا في الإقرار. ولو قال: أعطوه واحدًا في عشرة، أو ستة في خمسة، أطلق الأستاذ ثبوت ما يقتضيه الضرب، وذكرنا فيه تفصيلاً في الإقرار.

فرع: قال: أعطوه أكثر مالي، فالوصية بما فوق النصف. ولو قال: أكثر مالي ومثله، فالوصية بجميع ماله. ولو قال: أعطوه زهاء ألف درهم، أو معظم الألف أو عامته، فالوصية بما فوق النصف.

قلت: هذا في «زهاء» مشكل، لأن زهاء ألف، معناه في اللغة: قدر ألف، ولا يصدق ذلك على خمسمائة ودرهم. والله أعلم.

ولو قال: أعطوه دراهم أو دنانير، فأقل ما يعطى ثلاثة. ولفظ الدراهم والدنانير عند الإطلاق يحمل على نقد البلد الغالب، وليس للوارث التفسير بغيره. فإن لم يكن غالب، رجع إلى الوارث. ولو قال: أعطوه كذا، أو قال: كذا وكذا، أو قال: كذا درهمًا، أو قال: كذا وكذا درهمًا، فعلى ما ذكرناه في الإقرار. ولو قال: مائة ودرهمًا، أو ألفًا ودرهمًا، لم يلزم أن تكون المائة والألف دراهم. ولو قال: مائة وخمسين درهمًا، أو مائة وخمسة وعشرين درهمًا، فعلى الخلاف المذكور في الإقرار. قال البغوي: لو قال: كذا وكذا من دنانيري، يعطى دينارًا. ولو قال: كذا وكذا من دنانيريً، يعطى دينارين. ولو قال: كذا وكذا من دنانيري، يُعطى حبة، ولو قال: كذا وكذا من دنانيريً فحبتان. ولك أن تقول: ينبغي أن يعطى حبة أيضًا إذا قال: كذا وكذا من دنانيريً.

الطرف الثاني: في طريق تصحيح مسائل الوصية بالأجزاء. فإذا أوصى من

Marfat.com

له ورثة بجزءٍ شائع، وأردنا قسمة التركة بين الورثة والموصى له، فإما أن يوصيَ بالثلث فما دونه، وإما بأكثر.

القسم الأول: إذا أوصى بالثلث فما دونه، فله حالان.

أحدهما: أن تكون الوصية بجزءٍ واحد، فتصحح مسألة الميراث عائلة أو غير عائلة، وينظر في مخرج جزء الوصية، ويخرج منه جزء الوصية. ثم إن انقسم الباقي على مسألة الورثة، صحت المسألتان، وذلك كمن أوصى بربع ماله، وترك ثلاثة بنين فمخرج جزء الوصية أربعة، والباقي بعد إخراج الربع ينقسم على البنين، وإن لم ينقسم، فلك طريقان.

أحدهما: أن تنظر في الباقي وفي مسألة الورثة، فإن تباينا، ضربت مسألة الورثة في مخرج الوصية، وإن توافقا، ضربت وفق مسألة الورثة في مخرج الوصية، فما بلغ صحت منه القسمة. ثم من له شيء من مخرج الوصية، بعد إخراج جزء الوصية أخذه مضروبًا فيما ضربته في مخرج الوصية، ومن له شيء من مسألة الورثة، أخذه مضروبًا فيما بقي من مخرج الوصية بعد إخراج جزء الوصية إن كان الباقي مع مسألة الورثة متباينين. وإن كانا متوافقين، ففي وفق الباقي.

الطريق الثاني: أن تنسب جزء الوصية إلى الباقي من مخرجها بعد الجزء، وتزيد مثل تلك النسبة على مسألة الورثة، فما بلغ، فمنه القسمة. فإن كان فيه كسر، ضربته في مخرج الكسر، فما بلغ، صحت منه القسمة.

مثاله: ثلاثة بنين، أوصى بثلث ماله، مسألةُ الورثة من ثلاثة، ومخرج الوصية أيضًا ثلاثة، والباقي بعد جزء الوصية اثنان لا ينقسمان على ثلاثة.

فعلى الطريق الأول: تضرب ثلاثة في مخرج الوصية، تبلغ تسعة منها القسمة، كان للموصى له سهم يأخذه مضروبًا في الثلاثة المضروبة في مخرج الوصية، ولكل ابن سهم من مسألة الورثة مضروب في الباقي من مخرج الوصية بعد إخراج جزء الوصية وهو اثنان.

Marfat.com

وعلى الطريق الثاني تقول: جزء الوصية نصف البـاقي من مخرجها، فتزيد على مسألة الورثة نصفها تكون أربعة ونصفًا، تبسطها أنصافًا تبلغ تسعة.

أبوان وخمس بنات، وأوصى بخمس ماله، مـسألة الورثة من ستة، وتصح من ثلاثين، ومخرج جزء الوصية خمسة، والباقي بعد إخراج جزء الوصية أربعة لا تصح على الثلاثين.

فعلى الطريق الأول، هما مـتوافقان بالنصف، فتضـرب نصف مسألة الورثة وهو خمسـة عشر في مخرج الوصيـة، تبلغ خمسة وسبـعين، كان للموصى له سهم يأخذه مضروبًا في خمسة عشر، ولكل واحد من الأبوين خمسة في نصف الأربعة تكون عشرة، ولكل بنت أربعة في اثنين ثمانية.

وعلى الثاني تقول: الجزء المخرج مثل ربع الباقي، فتزيد على الثلاثين ربعها وتبسطها أنصافًا، تبلغ خمسة وسبعين.

ابنان وبنتان، وأوصى بالـثلث، مسألة الورثة من سـتة، والوصيـة من ثلثه، والباقي بعد جزء الوصية لا ينقسم على ستة.

فعلى الطريق الأول: يتـوافقان بالنصف، فتـضرب نصف الستة فـي مخرج الوصية، تبلغ تسعة، للموصى له سهم في ثلاثة، ولكل ابن سهمان في واحد.

وعلى الثاني تقـول: جزء الوصية نصف البـاقي من مخرجها، فـتزيد على مسألة الورثة نصفها تكون تسعة.

الحال الثـاني: أن تكون الوصية بجـزأين فصاعدًا، فـيؤخذ مخـرج الجزأين بالطريق المذكور في أصـول مسائل الفـرائض، ثم العمل على مـا تبين في الحال الأول.

مثاله: أبوان، وأوصى بثـمن ماله لزيد، وبخمسة لعمـرو، مسألة الورثة من ثلاثة، ومخـرج الجزأين أربعون. لزيد خـمسة، ولعـمرو ثمانيـة، ويبقى سبـعة وعـشـرون تصح على ثلاثة بنـين. وأوصى بربع مـاله لزيد، وبنصف سـدسـه

Marfat.com

لعمرو، مسألة الورثة ثلاثة، ومخرج الوصيتين اثنا عشر، ومجموع الجزأين أربعة، إذا أخرجناها، يبقى ثمانية لا تصح على ثلاثة.

فعلى الطريق الأول: لا موافقة، فتضرب ثلاثة في اثني عشر، فتبلغ ستة وثلاثين منها تصح.

وعلى الثاني: الخارج بالوصيتين، نصف الباقي من مخرجهما، فتزيد على مسألة الورثة نصفها، تبلغ أربعة ونصفًا، تبسطها أنصافًا تكون تسعة، لكن نصيب الموصى لهما من مخرج الوصيتين أربعة، وحصتهما من التسعة ثلاثة لا تنقسم على أربعة، فتضرب أربعة في تسعة، تبلغ ستة وثلاثين.

ولو كانت البنون ستة، والوصيتان بحالهما.

فعلى الطريق الأول، تبقى ثمانية لا تصح على ستة، لكن توافق بالنصف، فتضرب نصف الستة في اثني عشر، تبلغ ستة وثلاثين.

والطريق الثاني: كما سبق.

القسم الثاني: إذا أوصى بأكثر من الثلث، فينظر إن كانت الوصية لشخص أو جماعة يشتركون فيه، إما بجزءٍ، كالنصف، وإما بجزأين كالنصف والربع، فمدار المسألة على إجازة الورثة وردّهم، وقد سبق بيان الحكم والحساب. وإن أوصى لشخص بجزءٍ ولآخر بجزءٍ، فإن أجاز الورثة، أعطي كلُّ واحد ما سمِّي له، وقسم الباقي بين الورثة. وطريق القسمة ما سبق في القسم الأول. وإن ردُّوا الزيادة على الثلث، قسم الثلث بينهم على نسبة أنصبائهم بتقدير الإجازة، وسواء زاد الجزء الواحد، كالنصف والثلث، أو لم يزد واحد منهما، كالربع والثلث.

مثاله: أبوان وابنان، وأوصى لزيد بنصف ماله، ولعمرو بثلثه، وأجازوهما، فمسألة الورثة ستة، وكذا مخرج الوصيتين، والباقي بعد جزأي الوصيتين لا ينقسم على ستة.

فعلى الطريق الأول: تضرب الستة في مخرج الوصيتين، تبلغ ستة وثلاثين.

Marfat.com

وعلى الثاني نقول: جزء الوصيتين خمسة أمثال الباقي من مخرجهما، فيزاد على مسألة الورثة خمسة أمثالها، تبلغ ستة وثلاثين، منها تصح القسمة. وإن ردّوا الوصيتين، قسمنا الثلث بينهما على خمسة، لأن نصيبهما بتقدير الإجازة خمسة من ستة. ولذلك طريقان.

أحدهما: أن ينظر إلى ما زاد من الوصايا على الثلث، وينقص بتلك النسبة من نصيب كل واحد من الموصى لهم، فنسبة ما زاد هنا ثلاثة أخماس، لأن مجموع الوصية بخمسة من ستة، ولا خمس لمخرج الوصيتين، فتضرب مخرج الخمس في ستة، تبلغ ثلاثين، منها خمسة عشر للموصى له بالنصف، وعشرة للموصى له بالثلث، فينقص من كل واحد ثلاثة أخماسه، يبقى للأول ستة، وللثاني أربعة، والباقي عشرون للورثة. وهذه الأنصباء متوافقة بالنصف، فترد للاختصار إلى أنصافها، وتقسم من خمسة عشر.

الطريق الثاني: أنا نطلب مالاً لثُلثه خمس، فنضرب مخرج الثلث في مخرج الخمس، تبلغ خمسة عشر، للموصى له بالنصف ثلاثة، وللآخر اثنان، يبقى عشرة للورثة لا تنقسم على مسألتهم وهي ستة، لكن توافقها بالنصف، فنضرب نصف الستة في الخمسة عشر، تبلغ خمسة وأربعين، منها تصح القسمة.

فرع: هذا الذي ذكرناه، إذا لم تستغرق الوصية المال. فإن استغرقت وأجيزت، قسم المال بين أصحاب الوصايا. وإن ردّوا، قسم الثلث بينهم على نسبة أنصبائهم بتقدير الإجازة. وإن زادت الوصايا على المال، بأن أوصى لزيد بماله كلِّه، ولعمرو بثلثه، فإن أجازوا، فقد عالت إلى أربعة، لزيد ثلاثة، ولعمرو سهم. وإن ردّوا، قسم الثلث بينهم على أربعة، وتكون قسمة الوصية من اثني عشر. ولو أوصى لزيد بنصف ماله، ولعمرو بثلثه، ولبكْر بربعه، قسم المال بينهم على ثلاثة عشر سهمًا إن أجازوا، وإلا، قسم ثلثه على ثلاثة عشر.

فرع: أوصى لزيد بعبد قيمته مائة، ولعمرو بدار قيمتها ألف، ولبكْر

Marfat.com

بخمسمائة، وكان ثلث ماله ثمانمائة، فقد أوصى بثلثي ماله. فإن أجازوا، فذاك، وإلا، فالزائد على الثلث مثل جميع الوصايا، فتردّ كل وصية إلى نصفها، ويخص كل واحد بنصف ما عيّن له. ولو أوصى لزيد بعشرة، ولعمرو بعشرة، ولبكر بخمسة، وثلثه عشرون، ولم يجيزوا، قسمت العشرون على خمسة، لكل واحد من الأوَّلين ثمانية، ولبكر أربعة. ولو كانت بحالها وقال: قدموا بكراً على عمرو، قال ابن الحداد: لزيد ثمانية، ولعمرو سبعة، ولبكر خمسة. ولو قال: قدموا بكراً عليهما، أعطي خمسة، ودخل النقص عليهما بالسوية، فيكون لكل منهما سبعة ونصف.

فرع: أوصى لزيد بعبدٍ، ولعمرو بما بقي من ثلث ماله، اعتبر ماله عند الموت. فإن خرج العبد من ثلثه، دفعناه إلى زيد، وأعطينا عمراً باقي الثلث إن بقي شيء، وإلا، بطلت وصية عمرو. وإن مات العبد قبل موت الموصي، لم يحسب من التركة، وينظر في باقي أمواله، فيحط من ثلثها قيمة العبد، ويدفع باقيه إلى عمرو. فإن لم يبق شيء، بطلت أيضًا وصيته. وإن مات بعد موت الموصي، حسب من التركة، وحسبت قيمته من الثلث. فإن بقي شيء من الثلث، فهو لعمرو. ولو لم يكن له مال سوى العبد، فأوصى لزيد به، ولعمرو بثلثه، أو بثلث ماله، ولم يجر لفظ يقتضي الرجوع عن الوصية الأولى. فإن أجازوا، قسم العبد بينهما، لزيد ثلاثة أرباعه، ولعمرو ربعه. وإن لم يجيزوا، قسم الثلث كذلك. وإن أوصى لزيد بالعبد. وقيمته ألف، ولعمرو بثلث ماله، وله ألفان سوى العبد، فإن أجازوا، جعل العبد بينهما أرباعًا كما ذكرنا، ولعمرو مع ربعه ثلث الألفين. وإذا كان العبد الذي هو ثلث المال أربعة، كان الألفان وهما ثلثاه ثمانية، لكن ليس للثمانية ثلث، فتضرب مخرج الثلث في اثني عشر، تبلغ ستة وثلاثين، العبد منها اثنا عشر، تسعة منها لزيد، وثلاثة منها مع ثمانية من الباقي لعمرو، والباقي للورثة. وإن ردّوا الوصية، قسم الثلث بينهما على عشرين، لأن جملة سهام الوصايا عند الإجازة عشرون. وإذا كان العبد

Marfat.com

وهو ثلث المال عشرين، كان الجميع ستين، لـزيد تسعة من العبد، ولعمرو ثلاثة منه وثمانيـة أسهم من الباقي، كـما كان في حـال الإجازة، يبقى للورثة ثمـانية أسهم من العبـد، واثنان وثلاثون سهمًا من البـاقي، وجميع ما ذكرناه فـيما إذا أجاز جـميع الورثة جمـيع الوصايا، أو ردّ جمـيعهم جـميعـها إلى الثلث. فلو أجازوا بعـضها، أو أجاز بـعضهم بعضـها، وبعضـهم كلها، أو أجاز بعـضهم بعضها، وبعضهم بعضًا آخر، أو أجاز بعضهم جـميعها، ورد بعضهم جميعها، (أو ردّ بعضهم جميعها) وبعـضهم بعضها، فالطريق في هذه الأحوال أن تصحح المسألة على تقدير الإجازة المطلقة وعلى تقدير الردّ المطلق. فإن تماثلت المسألتان، اكتفيت بإحـداهما. وإن تداخلتا، اكتفيت بالأكثـر واستغنيت عن الضرب. وإن تباينتـا، ضربت إحداهمـا في الأخرى وإن توافقـتا، ضربت وفق إحـداهما في الأخـرى، ثم يقسم المال بيـنهمـا على تقـديري الإجازة والرد من ذلك العـدد، وينظر في الحاصل لكل مـجيز على التقـديرين، فيكون قدر التفاوت بـينهما لمن أجاز له.

مثاله: ابنان، وأوصى لزيـد بنصف ماله، ولعمرو بثلثه، المسـألة على تقدير الإجازة من اثني عـشر، وعلى تقـدير الرد من خمسـة عشر، وهمـا متوافـقان بالثلث، فتضرب ثلث إحداهمـا في الأخرى، تبلغ ستين، لزيد منها على تقدير الإجازة المطلقة ثلاثون، ولعمرو عشـرون، ولكل ابن خمسة، ولزيد على تقدير الردّ المطلق اثنا عشر، ولعمرو ثمانيـة، ولكل ابن عشرون، فالتفاوت في نصيب كل ابن خمسة عشر. فإن أجازا وصية زيد، فقد سامحه كل ابن بتسعة، فيتم له ثلاثون، ويبقى لكل ابن أحد عشـر. وإِن أجازا وصية عمرو، فقـد سامحه كل ابن بستة، فيتم له عشرون، ولكل ابن أربعـة عشر. وإِن أجاز أحدهما الوصيتين وردّهما الآخر، فـقد سامح المجيز زيداً بتسـعة، وعَمراً بستـة، فيكون لزيد أحد وعشرون، ولعـمرو أربعة عشر، وللمـجيز خمسة، وللرادّ عـشرون. وإن أجاز أحدهما الوصيتين، وأجاز الآخـر وصية زيد، تمَّ لزيد ثلاثون. وإن أجاز الآخر

Marfat.com

وصيـة عمرو، تمَّ له عـشرون. وإن أجاز أحـدهما وصـية زيد، والآخر وصـية عمـرو، فهذا سـامح زيدًا بتسعـة، وذاك سامح عمـرًا بستة، فـيكون لزيد أحد وعشرون، ولمجيزه أحد عشر، ولعمرو أربعة عشر، ولمجيزه مثلها.

الطرف الثالث: في الدوريات من الوصايا.

فصل: في الوصـية بمثل نصـيب وارث، وبجزء شـائع: الجزء الشـائع، قد يكون مضافًـا إلى ما يبقى من المال بعد النصـيب، وقد يكون مضافًـا إلى جميع المال. فإن كـان مضافًـا إلى جميع المال، نظر، إن لم تزد جـملة المال الموصى به على الثلث، جعل الموصى له بالنصيب كأحد الورثة، فتصحح مسألة الورثة، ثم يؤخذ مخـرج الوصية ويخرج مـنه جزء الوصية، وينظر هل ينقـسم الباقي على مسـألة الورثة؟ إن انقسم، فذاك، وإلا، فطريق التـصحيح مـا سبق. وإن زادت على الثلث وأجاز الورثة، فكذلك الحكم والحساب. وإن لم يجيزوا، قسم الثلث على نسبة القسمة عند الإجازة.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحـدهم، ولعمرو بعشر المال، فمسألة الورثة وزيد من أربعة، ومخرج الجزء عشرة، يبقى منها بعد إخراج الجزء تسعة لا تنقسم على أربعة، ولا توافق، فـتضرب أربعة في عشرة، تبلغ أربعين، لعمـرو أربعة، ولزيد وكل ابن تسـعة، وجملة الوصـيتين ثلاثة عشـر. وإن كان الجزء مضافًا إلى ما تبقى من المال بعد النصيب، مثل أن ترك ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصـيب أحدهـم، ولعمـرو بسدس مـا تبقـى من المال بعد النصـيب، فالمقصود في هذه المسألة ونظائرها، يعرف بطرق.

منها: طريقة الجبـر، ولها وجوه. أسهلها: أن تأخذ مالاً وتسـقط منه نصيبًا لزيد، يبقى مال سوى نصـيب، تسقط سدسه لعمرو، يبقى خـمسة أسداس مال إلا خمـسة أسداس نصيب تـعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثـة، فتجبـر وتقابل، فتكون خمسة أسداس مال معادلة لثلاثة أنصباء وخمسة أسداس نصيب، تضرب ثلاثة وخـمـسة أسـداس مـال في أقل عدد لـه سدس وهو سـتـة، تكون ثلاثة

وعشرين، النصيب من ذلك خمسة، يبقى ثمانية عشر، سدسها لعمرو، يبقى خمسة عشر، لكلٍّ خمسة.

ومنها: أن تجعل المال كله ديناراً وستة دراهم، فالوصية بالسدس، فتجعل الدينار نصيب زيد، ودرهمًا من الستة لعمرو، يبقى خمسة دراهم للبنين، لكل ابن درهم وثلثان، فعلمنا أن قيمة الدينار درهم وثلثان، وكنّا جعلنا المال ديناراً وستة دراهم، فهو إذن سبعة دراهم وثلثان، فتبسطها أثلاثًا، فتبلغ ثلاثة وعشرين، وتسمى هذه: طريقة الدينار والدرهم.

ومنها: أن تقول: مسألة الورثة من ثلاثة، فيكون لزيد سهم مثل أحدهم، فتزيد على كل واحد من سهام البنين مثل خمسه، لأنه أوصى بسدسها، وسدس كل شيء مثل خمس الباقي بعد إخراج السدس، فيكون جميع المال أربعة أسهم وثلاثة أخماس، تبسطها أخماسًا، تبلغ ثلاثة وعشرين، وتسمى هذه: طريقة القياس.

ومنها: أن تقسم سهام الورثة وهي ثلاثة، وتضيف إليها سهمًا لزيد، تكون أربعة، تضربها في مخرج السدس، تبلغ أربعة وعشرين، تسقط منها الحاصل من ضرب الجزء الموصى به بعد النصيب في النصيب وهو واحد، يبقى ثلاثة وعشرون، وهو المال، فإذا أردت النصيب، أخذت سهمًا، فتضربه في مخرج السدس، تكون ستة، تسقط منها ما أسقطته من المال، يبقى خمسة، فهي النصيب، وهذه تسمى: طريقة الحشو، ويسمى هذا الذي يسقط: سهم الحشو. ويقال: كان محمد بن الحسن رحمه الله يعتمدها.

ومنها: أن تأخذ سهام الورثة، وتضربها في مخرج السدس، تكون ثمانية عشر، تصرف سدسها إلى عمرو، يبقى خمسة عشر، لكل ابن خمسة. وإذا بانَ أن النصيب خمسة، فزد خمسة على ثمانية عشر، تكون ثلاثة وعشرين.

ومنها: أن يقال: المال كله ستة ونصيب، النصيب لزيد، وسهم من الستة لعمرو، يبقى خمسة لا تصح على ثلاثة، فتضرب ثلاثة في ستة، تبلغ ثمانية

Marfat.com

عشر مع النصيب المجهول، فسدس الثمانية عشر لعمرو، والباقي بين البنين، لكل ابن خمسة. فعرفنا أن النصيب المجهول خمسة، والمال ثلاثة وعشرون.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بثلث باقي المال بعد النصيب، استخراجها بطريق الخطائن أن يقدر المال أربعة، لعلمنا أن هنا نصيبًا وثُلثًا بعد النصيب، فتجعل النصيب واحداً، وتدفع ثلث الباقي إلى عمرو، يبقى اثنان، ونحن نحتاج إلى ثلاثة ليكون لكل ابن مثل النصيب المفروض، فقد نقص عن الواجب واحد، وهذا هو الخطأ الأول، ثم تجعل المال خمسة، وتجعل النصيب منها اثنين، وتدفع ثلث الباقي إلى عمرو، يبقى اثنان، ونحن نحتاج إلى ستة ليكون لكل ابن مثل النصيب المفروض، فقد نقص عن الواجب أربعة، وهذا هو الخطأ الثاني، والخطآن جميعًا ناقصان، فتسقط أقلهما من أكثرهما، يبقى ثلاثة، فتحفظها، ثم تضرب المال الأول في الخطأ الثاني، فيكون ستة عشر، وتضرب المال الثاني في الخطأ الأول، يكون خمسة، تسقط الأقل من الأكثر، يبقى أحد عشر، تقسمها على الثلاثة المحفوظة، يخرج بالقسمة ثلاثة وثلثان، تبسطها أثلاثًا، تكون أحد عشر، فهو المال، ثم تضرب النصيب الأول في الخطأ الثاني، يكون أربعة، وتضرب النصيب الثاني في الخطأ الأول، يكون اثنين، تسقط الأقل من الأكثر، يبقى اثنان، تقسمها على الثلاثة المحفوظة، يخرج بالقسمة ثلثان، إذا بُسِطا كانا اثنين، فهما النصيب، فتدفع اثنين من أحد عشر إلى زيد، وثلث الباقي ثلاثة إلى عمرو، يبقى ستة، لكل ابن سهمان، وهذا إذا أجاز الورثة، لأن الوصيتين زائدتان على الثلث، وتسمى هذه الطريقة: الجامع الكبير من طرق الخطائن. وبطريقة الباب نقول: سهام البنين ثلاثة، وقد أوصى بثلثها، فيبقى لكل ابن ثلثا سهم، فبان أن النصيب الموصى به لزيد ثلثا سهم، ثم تضم الثلث المخرج إلى أنصبائهم، تبلغ جملة المال ثلاثة أسهم وثلثي سهم، تبسطها أثلاثًا، تكون أحد عشر. وبطريقة المقادير تعطي الموصى له بمثل النصيب نصيبًا من المال، يبقى منه مقدار، تدفع ثلثه إلى عمرو،

Marfat.com

ويبقى ثلثا مقدار، تقسمها بين البنين، يحصل لكل ابن تسعا مقدارٍ، فتعلم أن ما أخذه الموصى له بالنصيب تسعا مقدار، فالمال كله مقدار وتسعا مقدار، تبسطها أتساعًا، يكون أحد عشر، وتخرج المسألة السابقة بهذه الطرق الثلاث خروج هذه المسألة بتلك الطرق الست.

فصل: وقد تكون الوصية بجزءٍ من جزءٍ من المال يبقى بعد النصيب أو بعضه.

مثاله: ثلاثة بنين؛ وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بمثل ما تبقى من ثلث المال بعد النصيب، تقدر ثلث المال عددًا له ثلث، لقوله: بثُلث الباقي من الثُلث. وليكن ثلاثة، تزيد عليه واحدًا للنصيب، فيكون أربعة. وإذا كان الثلث أربعة، فالثلثان ثمانية، والجملة اثنا عشر، تعطي زيدًا سهمًا، وعمرًا سهمًا، وهو ثلث الثلاثة الباقية من ثلث المال الباقي، يبقى سهمان، تضمهما إلى ثلثي المال، تكون عشرة، وكان ينبغي أن يكون ثلاثة، ليكون لكل ابن مثل النصيب المفروض، فقد زاد على ما ينبغي سبعة، وهو الخطأ الأول، ثم تقدر الثلث خمسة، وتجعل النصيب اثنين، وتعطي عمرًا واحدًا، يبقى سهمان، تزيدهما على ثلثي المال وهو عشرة على هذا التقدير، تبلغ اثني عشر، وكان ينبغي أن يكون ستة، ليكون لكل ابن سهمان، فزاد على ما ينبغي ستة، وهو الخطأ الثاني، ثم نقول: لما أخذنا أربعة، زاد على الواجب سبعة، ولمّا زدنا سهمًا نقص عن الخطأ سهم، فعلمنا أن كل سهم يزيد ينقص به من الخطأ سهم، وقد بقي من الخطأ ستة أسهم، فنزيد لها ستة أسهم، يكون أحد عشر، فهو ثلث المال، النصيب منها ثمانية، وجميع المال ثلاثة وثلاثون، ونسمي هذه الطريقة: الجامع الصغير من طرق الخطائن.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث بعد نصف النصيب، خذ ثلث مال، وأسقط منه نصيبًا، يبقى ثلث مال سوى نصيب، أسقط منه ثلث الباقي بعد نصف النصيب، وهو تسع

Marfat.com

مال إلا سدس نصيب، يبقى تسعا مال إلا خمسة أسداس نصيب، زده على ثلثي المال، يكون ثمانية أتساع مال، إلا خمسة أسداس نصيب، تعدل ثلاثة أنصباء، فأجبر وقابل، تعدل ثمانية أتساع مال، ثلاثة أنصباء وخمسة أسداس نصيب، فاضرب ثلاثة وخمسة أسداس في تسعة، تبلغ أربعة وثلاثين ونصفًا، أبسطها أنصافًا، تكون تسعة وستين، فهى المال، لزيد منها ستة عشر، ولعمرو خمسة.

فصل: في الوصية بنصيب أحد الورثة مع الوصية بجزأين أحدهما من جميع المال، والآخر مما تبقى: مثاله: بنت وأخ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بربع المال، ولبكر بنصف الباقي بعد ذلك، فعلى طريق القياس، نعلم أنه إذا أخذ عمرو ربع المال، وزيد نصيبًا، ينبغي أن يكون للباقي نصف، وأقل عدد له نصف اثنان، لبكر منهما سهم، يبقى سهم، لكل واحد من الوارثين نصف سهم، فعلمنا أن النصيب نصف سهم، فيكون الباقي من المال بعد الربع سهمين ونصف سهم، وذلك ثلاثة أرباع المال، نزيد عليه ثلاثة، وهو خمسة أسداس، يبلغ ثلاثة وسدسين، نبسطها أسداسًا، تبلغ عشرين، لزيد ثلاثة ولعمرو خمسة، يبقى اثنا عشر، لبكر نصفها، ولكل واحد من الوارثين ثلاثة كالنصيب. ولو كانت المسألة بحالها، إلا أن وصية عمرو بخمس المال، ووصية بكر بثلث الباقي، فالمال خمسة، والنصيب واحد.

فصل: فيما إذا كان الجزآن مع النصيب أحدهما بعد الآخر: مثاله: أم، وعَمَّان، أوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بربع ما تبقى من المال بعد النصيب، ولبكر بثلث ما تبقى من المال بعد ذلك، ولخالد بنصف ما تبقى بعد ذلك، تأخذ مالاً، وتلقى منه نصيبًا، يبقى مال إلا نصيبًا، تلقي من هذا الباقي ربعه، يبقى ثلاثة أرباع مال إلا ثلاثة أرباع نصيب، تلقي من الباقي ثلثه، يبقى نصف مال إلا نصف نصيب، تلقي من الباقي نصفه، يبقى ربع مال إلا ربع نصيب تعدل ثلاثة أنصباء، تجبر وتقابل، فربع مال يعدل ثلاثة أنصباء وربع نصيب، فتضربها في أربعة، تبلغ ثلاثة عشر، النصيب منه واحد، يبقى اثنا

Marfat.com

عشر، لعمرو ربعها، يبقى تسعة، لبكر ثلثها، يبقى ستة، لخالد نصفها، يبقى ثلاثة، لكل واحد من الورثة واحد كالنصيب.

فصل: في الوصية بنصيبين مع الوصية بجزء بعد كل نصيب: مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث، ولبكر بمثل نصيب أحدهم، ولخالد بنصف ما تبقى من الثلث بعد النصيب، فخذ أحد أثلاث المال، وادفع منه نصيبًا إلى زيد، يبقى منه مقدار، تدفع ثلثه إلى عمرو، يبقى معنا ثلثا مقدار، ونأخذ ثلثًا آخر وتدفع منه نصيبًا إلى بكر، يبقى مقدار، تعطي منه خالدًا نصفه، يبقى نصف مقدار، فتضم الباقي من الثلثين وهو مقدار وسدس مقدار إلى الثلث الثالث وهو نصيب، ومقدار يكون نصيبًا ومقدارين وسدس مقدار، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهو ثلاثة، تسقط نصيبًا بنصيب، يبقى مقداران وسدس مقدار في معادلة نصيبين، فالنصيب الواحد مقدار ونصف سدس مقدار، وكنا فرضنا كل ثلث نصيبًا ومقدارًا، فهو إذًا مقداران ونصف سدس، تبسطها بالضرب في اثني عشر، تكون خمسة وعشرين، وجملة المال خمسة وسبعون، والنصيب ثلاثة عشر، فلزيد ثلاثة عشر، ولعمرو أربعة، ولبكر ثلاثة عشر، ولخالد ستة، ولكل ابن ثلاثة عشر كالنصيب.

فصل: في الوصية بنصيب وبجزء شائع، على شرط أن لا يضام بعض الورثة، أي: لا يدخل النقص عليه: مثاله: ابنان، وأوصى لزيد بربع المال، ولعمرو بنصيب أحد الابنين، على أن لا يضام الثاني بالوصيتين، هي من أربعة لذِكْره الربع، لزيد سهم، وللابن الذي شرط أن لا يضام سهمان، يبقى سهم لعمرو وللابن الآخر لا يصح عليهما، فتضرب اثنين في أربعة.

مسألة: ثلاثة بنين، أحدهم بكر، وأوصى من ثلث ماله لزيد بنصيب أحدهم، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث، وشرط أن لا يضام بكر، فخذ ثلث المال، وادفع إلى زيد منه نصيبًا، يبقى مقدار، تدفع ثلثه إلى عمرو، يبقى ثلثا

Marfat.com

مقدار تضمهما إلى الثلثين وهما نصيبان ومقداران، وذلك كله يعدل ثلث المال ونصيبين. أما ثلث المال، فهو الذي توفيه بكرًا غير منقوص. وأما النصيبان، فهما نصيبا الابنين الآخرين، وذلك ثلاثة أنصباء ومقدار، فتسقط نصيبين بنصيبين، ومقداراً بمقدار، يبقى نصيب في معادلة مقدار وثلثين، فعرفنا أن النصيب مقدار وثلثان، وأن الثلث مقداران وثلثان، فنبسطها أثلاثًا، فيكون ثمانية، فهي ثلث المال، والنصيب منها خمسة، وجملة المال أربعة وعشرون، لزيد خمسة، ولعمرو سهم، ولبكر ثمانية، ولكل واحد من الآخرين خمسة كالنصيب.

فصل: في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء من المال عنه: مثاله: ثلاثة بنين، أوصى بمثل نصيب أحدهم إلاّ ربع جميع المال، تأخذ مالاً، وتسقط منه نصيبًا، يبقى مال ينقص نصيبًا، تزيد عليه ربع المال المستثنى، يبلغ مالاً وربع مال إلاّ نصيبًا، وذلك يعدل ثلاثة أنصباء، وهي أنصباء الورثة، تجبر وتقابل، فإذًا مال وربع يعدل أربعة أنصباء، تبسطها أرباعًا، وتقلب الاسم، فالمال ستة عشر، والنصيب خمسة، تدفع إلى الموصى له خمسة، وتسترجع منه ربع المال وهو أربعة، يبقى معنا خمسة عشر، لكل ابن خمسة كالنصيب.

مسألة: ابن، وأوصى بمثل نصيبه إلاّ نصف المال، تأخذ مالاً، وتسقط منه نصيبًا، ثم تسترجع من النصيب نصف مال، يحصل معنا مال ونصف سوى نصيب، يعدل نصيبًا واحدًا، تجبر وتقابل، فيكون مال ونصف يعدل نصيبين، تبسطهما أنصافًا، وتقلب الاسم، فيكون المال أربعة، والنصيب ثلاثة، تدفع إلى الموصى له ثلاثة، وتسترجع منه اثنين، يبقى معه سهم، وهو مثل نصيب الابن ناقصًا بنصف المال.

مسألة: ابن، وأوصى بنصيب ابن رابع لو كان إلاّ عشر المال، نقول: لو كان البنون أربعة، قسم المال بينهم على أربعة، تأخذ مالاً، وتلقي منه نصيبًا، وتسترجع منه عشر المال، يكون معنا مال وعشر مال سوى نصيب، يعدل أربعة

Marfat.com

أنصباء، تجبر وتقابل، فإذًا مال وعشر مال تقابل خمسة أنصباء، تبسطها أعشارًا، وتقلب الاسم، فالمال خمسون، والنصيب أحد عشر، تدفع إلى الموصى له أحد عشر، وتسترجع منه عشر المال وهو خمسة، يبقى للموصى له ستة، ويأخذ الابن أربعة وأربعين، ولو كانوا أربعة لأخذ كل ابن أحد عشر كالنصيب.

فصل: في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء مما تبقى من المال: فهذا، إما أن يكون مع تقييد الموصي الاستثناء بجزءٍ مما تبقى من المال بعد النصيب، وإما مع التقييد بجزءٍ مما تبقى من المال بعد الوصية، وإما مَطلقًا، فهذه ثلاثة أقسام.

(القسم) الأول: مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلاّ ربع الباقي من المال بعد النصيب، تأخذ مالاً وتسقط منه نصيبًا، يبقى مال ناقص بنصيب، تزيد عليه ربعه وهو الذي يسترده من جملة النصيب، وربعه ربع مال إلاّ ربع نصيب، فيبلغ مالاً وربع مال إلاّ نصيبًا، وربع نصيب يعدل ثلاثة أنصباء، فتجبر وتقابل، فإذًا مال وربع مال يعدل أربعة أنصباء وربع نصيب، تبسطها أرباعًا وتقلب الاسم، فالمال سبعة عشر، والنصيب خمسة، تعطي الموصى له خمسة، يبقى اثنا عشر، تسترجع من الخمسة ربع الباقي وهو ثلاثة، يبقى مع الموصى له سهمان، ومع البنين خمسة عشر، لكل ابن خمسة.

القسم الثاني: أن يقيد الاستثناء بجزءٍ مما تبقى من المال بعد الوصية، فالجزء من باقي المال بعد الوصية، كالجزء الواقع تحته من باقي المال بعد النصيب، فعشر الباقي بعد الوصية كتسع الباقي بعد النصيب، وتسع الباقي بعد الوصية كثمن الباقي بعد النصيب، وعلى هذا القياس، حتى ينتهي إلى ثلث الباقي بعد الوصية، فهو كنصف الباقي بعد النصيب، وخرّجوا صور هذا القسم بطريقين.

أحدهما: البناء على القاعدة المذكورة. فإذا أوصى ـ وله ثلاثة بنين ـ بنصيب أحدهم إلاّ ربع ما تبقى من المال بعد الوصية، فهو كما لو أوصى بنصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقى بعد النصيب، فتأخذ مالاً، وتلقي منه نصيبًا، يبقى مال ناقص بنصيب، تزيد ثلثه للاستثناء وهو ثلث مال إلاّ ثلث نصيب، يبلغ مالاً وثلث مال

Marfat.com

إلاّ نصيبًا، وثلث نصيب يعدل ثلاثة أنصباء، فتجبر وتقابل، فإذًا مال وثلث مال يعدل أربعة أنصباء وثلث نصيب، فتبسطها أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالمال ثلاثة عشر، والنصيب أربعة، تعطي الموصى له أربعة، يبقى تسعة، تسترد من الأربعة ثلث التسعة الباقية، يبقى معه سهم، ويحصل للبنين اثنا عشر، ولكل ابن أربعة، فالذي أخذه الموصى له مثل النصيب إلاّ ثلث الباقي بعد النصيب، ومثل النصيب إلاّ ربع الباقي بعد الوصية، لأن الباقي بعد الوصية اثنا عشر.

الطريق الثاني: إنَّا نعلم أن باقي المال في الصورة المذكورة بعد الوصية أنصباء البنين، وهي ثلاثة، وربعها ثلاثة أرباع نصيب، فهو المستثنى من نصيب أحد البنين، يبقى ربع نصيب وهو الوصية، فتزيده على أنصباء البنين، تبلغ ثلاثة أنصباء وربع نصيب، نبسطها أرباعًا بالضرب في أربعة، تكون ثلاثة عشر، والوصية سهم.

القسم الثالث: أن يطلق فيقول: أوصيت له بمثل نصيب فلان إلاّ ربع ما تبقى من المال، ولم يقل: بعد النصيب، ولا بعد الوصية، ففيه وجهان لأصحابنا.

أحدهما: يحمل على الباقي بعد النصيب، لأن المذكور هو النصيب فانصرف الاستثناء إليه. والثاني وهو قول أكثرهم: يحمل على الباقي بعد الوصية، لأن الباقي بعد الوصية أكثر من الباقي بعد النصيب، فيكون المستثنى أكثر، ويَقِلُّ نصيب الموصى له، وقد تقرر تنزيل الوصايا على الأقل المتيقن، ثم طريق الحساب على الوجهين ما سبق.

فصل: في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء مما تبقى من جزء من المال: هذا يجيء فيه الأقسام المذكورة في الفصل الذي قبله. والقسم الثالث فيه الوجهان. فإن صرح بذكر النصيب، فأوصى ـ وله ثلاثة بنين ـ بمثل نصيب أحدهم إلاّ ثلث ما تبقى من الثلث بعد النصيب، فتأخذ ثلث مال، وتلقي منه نصيبًا، يبقى ثلث مال سوى نصيب، تزيد على ثلثه وهو تسع مال إلا ثلث نصيب للاستثناء، تبلغ

Marfat.com

أربعة أتساع مال سوى نصيب وثلث نصيب تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة، فتجبر وتقابل، فمال وتسع مال يعدل أربعة أنصباء وثلث نصيب، تبسطها أتساعًا، وتقلب الاسم، فالمال تسعة وثلاثون، والنصيب عشرة، تأخذ الثلث ثلاثة عشر، فتسقط منه نصيبًا وهو عشرة، يبقى ثلاثة، تسترجع ثلثها بالاستثناء، يبقى تسعة، تسقطها من المال، يبقى ثلاثون، لكل ابن عشرة.

مسألة: أربعة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلاّ ربع ما تبقى من الثلث بعد ثلث النصيب، تأخذ ثلث مال، وتسقط منه نصيبًا، يبقى ثلث مال سوى نصيب، ثم تسترجع من النصيب ربع الباقي من الثلث بعد ثلث النصيب، وهو نصف سدس مال إلاّ سدس نصيب، وتضمه إلى ما معك، تبلغ خمسة أجزاء من اثني عشر جزءًا من مال إلاّ نصيبًا، وجزءًا من اثني عشر جزءًا من نصيب، تزيده على ثلثي المال، يبلغ مالاً وجزءًا من اثني عشر جزءًا من مال إلاّ نصيبًا، وجزءًا من اثني عشر جزءًا من نصيب يعدل أنصباء الورثة وهي أربعة، تجبر وتقابل، فإذًا مالٌ وجزءٌ من اثني عشر جزءًا من مال، يعدل خمسة أنصباء وجزءًا من اثني عشر جزءًا من نصيب، ثم ابسطها بأجزاء اثني عشر، واقلب الاسم، فالنصيب ثلاثة عشر، والمال أحد وستون، ولكن ليس لأحد وستين ثلث، فتضربها في ثلاثة، تبلغ مائة وثلاثة وثمانين، فهو المال، والنصيب تسعة وثلاثون، تأخذ ثلث المال وهو أحد وستون، تعزل منه تسعة وثلاثين للنصيب، ثم تسترجع منه اثني عشر، لأن الباقي من الثلث بعد ثلث النصيب ثمانية وأربعون، وربعها اثنا عشر، فيبقى للموصى له سبعة وعشرون، تسقطها من المال، يبقى مائة وستة وخمسون، لكل ابن تسعة وثلاثون.

فرع: أوصى بمثل نصيب أحد ورثته إلاّ ثلث ما تبقى، ولم يزد على هذا، فكأنه قال: إلاّ ثلث ما تبقى من المال بعد الوصية، لأنه الأقل المتيقّن. فإذا كان له ابنان والحالة هذه، فلهم سهم من تسعة، لأن لكل واحد من الابنين والموصى له ثلاثة، ثم تسترجع منه بقدر ثلث الباقي وهو سهمان، فيبقى سهم.

فرع: وأما إن صرح بذكر الوصية والباقي من الجزء فقال ـ وله ثلاثة بنين ـ: أوصيت بمثل نصيب أحدهم إلاّ ثلث ما تبقى من الثلث بعد الوصية، فطرق الحساب فيه على قياس ما سبق، لكن يستعمل بدل ثلث الباقي من الثلث بعد الوصية، نصف الباقي من الثلث بعد النصيب كما سبق في الفصل السابق، ويكون المال في الصورة المذكورة سبعة وعشرين، والنصيب سبعة. فإذا أخذنا ثلث المال، وعزلنا منه سبعة، بقي اثنان، نسترجع نصفهما من النصيب وهو واحد، يبقى مع الموصى له ستة، ومع البنين أحد وعشرون، مع كل ابن سبعة كالنصيب.

فصل: في الوصية بجزء من المال وبالنصيب مع استثناء جزء من باقي المال: الباقي من المال، قد يقيَّد بما بعد النصيب، وقد يقيَّد بما بعد الوصية، وقد يطلق كما سبق، فإن جرى ذكر النصيب، بأن أوصى ـ وله ابنان ـ لزيد بربع المال، ولعمرو بمثل نصيب أحدهما إلاّ ثلث ما تبقى من المال بعد النصيب، فخذ مالاً، واجعل ربعه لزيد، يبقى ثلاثة أرباع مال، تعطي عمراً منها نصيبًا، يبقى ثلاثة أرباع مال إلاّ نصيبًا، تسترجع من النصيب مثل ثلث هذا الباقي وهو ربع مال إلاّ ثلث نصيب، تزيده على ما معك، يبلغ مالاً إلاّ نصيبًا وثلث نصيب، وذلك يعدل نصيبين، فتجبر وتقابل، فإذًا مال يعدل ثلاثة أنصباء وثلث نصيب، فتبسطها أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالمال عشرة، والنصيب ثلاثة، تعطي زيداً ربع العشرة، يبقى سبعة ونصف، تعزل منها ثلاثة لعمرو، يبقى أربعة ونصف، تسترجع ثلثها من الثلاثة وهو واحد ونصف، فتضمه إلى ما معك، تبلغ ستة، لكل واحد ثلاثة كالنصيب، فإن أردت إزالة الكسر، بسطت العشرة أيضًا أنصافًا وقلت: المال عشرون، والنصيب ستة. وإن جرى ذكر الوصية، بأن أوصى ـ وله ابنان ـ لزيد بربع المال، ولآخر بمثل نصيب أحدهما إلاّ ثلث ما تبقى من المال بعد الوصية، فهو كقوله: إلاّ نصف ما تبقى من المال بعد النصيب كما سبق، فتأخذ مالاً، وتجعل لزيد ربعه، يبقى ثلاثة أرباع مال، تعطي عمراً منها نصيبًا، يبقى

Marfat.com

ثلاثة أرباع سوى نصيب، تسترجع منه نصف هذا الباقي، وهو ثلاثة أثمان مال سوى نصف نصيب، وتزيده على ما معك، يبلغ مالاً وثمن مال إلاّ نصيبًا ونصف نصيب، وذلك يعدل نصيبين، فإذا جبرت وقابلت، فمال وثمن مال يعدل ثلاثة أنصباء ونصف نصيب تبسطها أثمانًا، فالمال ثمانية وعشرون، والنصيب تسعة، تعطي زيداً ربع المال، يبقى أحد وعشرون، تفرز منها تسعة لعمرو، يبقى اثنتا عشرة، تسترجع نصفها من تسعة عمرو، وتضمه إليها، تبلغ ثمانية عشر، لكل ابن تسعة كالنصيب.

فصل: في الوصية بجزء شائع من المال وبالنصيب مع استثناء جزء مما يبقى من جزء من المال: مثاله: خمسة بنين، وأوصى لزيد بثمن ماله، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث بعد الثمن والنصيب، تأخذ ثلث مال، وتلقي منه ثمن جميع المال، يبقى خمسة من أربعة وعشرين جزءاً من المال، تفرز منه نصيبًا لعمرو، يبقى خمسة من أربعة وعشرين جزءاً سوى نصيب، تسترجع من النصيب ثلث هذا الباقي، وليس للخمسة ثلث صحيح، فتضرب المال في ثلاثة، تكون اثنين وسبعين، ويكون معك خمسة عشر جزءاً من اثنين وسبعين جزءاً من المال سوى نصيب، تزيد ثلث هذا المبلغ عليه، فيصير عشرين جزءاً من اثنين وسبعين جزءاً سوى نصيب وثلث نصيب يعدل أنصباء الورثة وهي خمسة، فإذا جبرت وقابلت، فثمانية وستون تعدل ستة أنصباء وثلث نصيب، فتبسطها بأجزاء اثنين وسبعين، وتقلب الاسم، فإذاً المال أربعمائة وستة وخمسون، والنصيب ثمانية وستون، تأخذ ثلث المال وهو مائة واثنان وخمسون، وتلقي منه ثمن المال، وهو سبعة وخمسون، يبقى خمسة وتسعون، تلقي منها نصيبًا وهو ثمانية وستون، يبقى سبعة وعشرون، تسترجع من النصيب ثلثها، وتزيدها على السبعة والعشرين، تبلغ ستة وثلاثين، تزيدها على ثلثي المال، وهو ثلثمائة وأربعة أسهم، تبلغ ثلثمائة وأربعين، لكل ابن ثمانية وستون كالنصيب. فإن كان المسألة بحالها، إلاّ أنه أوصى لعمرو بثلث ما يبقى من الثلث بعد الثمن وبعد وصيته،

Marfat.com

فالحساب كما مضى، لكن تجعل بدل استثناء ثلث الباقي من الثلث بعد الوصية، نصف الباقي من الثلث بعد النصيب، وإذا عملتها، كان المال ثلاثمائة واثني عشر، والنصيب سبعة وأربعين، تأخذ ثلث المال، وهو مائة وأربعة، وتسقط منه ثمن المال، وهو تسعة وثلاثون، يبقى خمسة وستون، تسقط منه النصيب سبعة وأربعين، يبقى ثمانية عشر، تسترجع من النصيب نصفها تسعة، وتزيدها عليها، تصير سبعة وعشرين، تزيدها على ثلثي المال، وهو مائتان وثمانية، تبلغ مائتين وخمسة وثلاثين لكل ابن سبعة وأربعون.

فصل: في الوصية بمثل نصيب وارث أو عدد من الورثة، إلاّ مثل نصيب وارث آخر أو عدد منهم: هذه الوصية، إما أن تتجرد عن الوصية بجزءٍ شائع من المال والوصية بجزءٍ مما تبقى من المال، أو بجزءٍ من جزءٍ مما تبقى، وإما أن لا تتجرد.

فالحالة الأولى لا حاجة فيها إلى الطرق الجبرية، بل تقام مسألة الورثة، وتؤخذ سهام من أوصى بمثل نصيبه، فينقص منها نصيب من استثنى مثل نصيبه، ويزاد ما بقي على مسألة الورثة، فمنه تصح.

مثاله: زوجة وأخت وعم، وأوصى بمثل نصيب الأخت إلاّ مثل نصيب الزوجة، هي من أربعة، ونصيب الأخت سهمان، ينقص منها نصيب الزوجة وهو سهم، يبقى سهم، تزيده على الأربعة، يكون خمسة، واحد منها للموصى له، والباقي للورثة.

الحالة الثانية: إذا لم تتجرد، وفيها صور.

إحداها: أن يوصيَ مع ذلك بجزءٍ شائع من المال.

مثاله: أبوان، وأوصى لزيد بربع ماله، ولعمرو بمثل نصيب الأب إلاّ مثل نصيب الأم، فالطريق أن تنظر في مسألة الورثة وهي من ثلاثة، ثم تأخذ مالاً، وتلقي ربعه لزيد، يبقى ثلاثة أرباع، تلقي منها نصيبين كنصيب الأب، وتسترجع نصفهما كنصيب الأم، يبقى ثلاثة أرباع مال سوى نصيب يعدل ثلاثة أنصباء هي

سهـام الورثة، فتجـبر وتقابل، فثـلاثة أرباع مال تعدل أربعـة أنصباء، تبـسطها أرباعًا، وتقلب الاسم، فالمال ستة عشر، والنصيب ثلاثة. فإذا أخذنا ستة عشر، وأسقطنا ربعها، بقي اثنا عشر، تسقط منها نصيـبين وهما ستة، وتسترجع نصيبًا وهو ثلاثة، يبقى للموصى له ثلاثة. فإذا أسقطنا الوصيتين من المال، بقي تسعة، للأب ستة، وللأم ثلاثة.

الصورة الثانية: أن يوصيَ مع ذلك بجزءٍ مما تبقى من المال.

مثاله: أبوان، وأوصى لزيد بمثل نصيب الأب إلاّ مـثل نصيب الأم، ولعمرو ربع ما تبـقى من المال، تأخذ مالاً، وتلقي مـنه نصيبين، همـا نصيب الابن من مسألة الورثة، فتسترجع نصيـبًا وهو نصيب الأم، يبقى مال سوى نصيب، تعطي عمرًا أربعة، وهو ربع مـال إلاّ ربع نصيب، تلقي ثلاثة أرباع مال إلاّ ثلاثة أرباع نصيب، تعدل ثلاثة أنصباء، هي سهام المسألة، فـتجبر وتقابل، فثلاثة أرباع مال تعدل ثلاثة أنصبـاء وثلاثة أرباع نصيب، فتبسطهـا أرباعًا، وتقلب الاسم، فالمال خمسة عـشر، والنصيب ثلاثة، تأخذ خمـسة عشر، وتسقط منها نصـيبين وهما ستة، وتسترجع نصـيبًا وهو ثلاثة، يبقى اثنا عشر، ربعها لعـمرو، يبقى تسعة، ستة للأب، وثلاثة للأم.

الصورة الثالثة: أن يوصيَ بعد ذلك بجزءٍ من جزءٍ مما تبقى من المال.

مثاله: أبوان، وأوصى لزيد بمثل نصيب الأب إلاّ مـثل نصيب الأم، ولعمرو بربع ما تبقى من ثلثي المال، تأخذ ثلثي مال وتسـقط منه نصيبين، وتسترجع منه نصيبًا، يبقى ثلثا مال سوى نصيب، تسقط ربعه لعمرو، وهو سدس مال إلاّ ربع نصيب، يبقى نصف مال إلاّ ثلاثة أرباع نصيب، تعـدل ثلاثة أنصباء، هي سهام المسألة، فـتجبر وتقـابل بخمسة أسـداس مال، تعدل ثلاثة أنصـباء وثلاثة أرباع نصيب، تـبسطها بأجـزاء اثني عشـر، وتقلب الاسم، فالمال خـمسـة وأربعون، والنصـيب عشـرة، تأخذ ثلـثي المال وهو ثلاثون، وتسقط مـنها نصـيبين وهمـا عشرون، وتسـترجع نصيبًـا، يبقى معك عشـرون، تسقط ربعها لعـمرو، يبقى

خمسة عشر، تزيدها على ثلث المال، يكون ثلاثين، للأب عشرون، وللأم عشرة.

فصل: في الوصية بالنصيب مع استثناء نصيب وارث آخر منه وجزء شائع أيضًا: الجزء المستثنى مع النصيب، قد يكون من جميع المال، وقد يكون من جزء من الباقي.

مثال الأول: أبوان، وأوصى بمثل نصيب الأب إلاّ مثل نصيب الأم وإلاّ عشر جميع المال، تأخذ مالاً، وتلقي منه نصيبين، وتسترجع نصيبًا وعُشر جميع المال، يبقى مال وعشر مال إلاّ نصيبًا، يعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة، فتجبر وتقابل، فمال وعُشر مال يعدل أربعة أنصباء، تبسطها أعشاراً، وتقلب الاسم، فالمال أربعون، والنصيب أحد عشر، تأخذ أربعين، فتسقط منها نصيبين، وهما اثنان وعشرون، وتسترجع منها نصيبًا وهو أحد عشر، وعُشر جميع المال وهو أربعة، فيحصل للموصى له سبعة، وللأب اثنان وعشرون، وللأم أحد عشر.

مثاله الثاني: المسألة بحالها، إلا أنه يستثنى مثل نصيب الأم وعُشر ما تبقى من المال بعد نصيب الأم، فتأخذ مالاً، وتلقي منه نصيب الأم وهما سهمان من ثلاثة هي سهام المسألة، وتسترجع منه نصيبًا، يبقى مال إلاّ نصيبًا، تزيد عليه مثل عشره وهو عشر مال إلاّ عشر نصيب، تبلغ مالاً وعشر مال إلاّ نصيبًا وعشر نصيب تعدل ثلاثة أنصباء هي سهام المسألة. فتجبر وتقابل، وتبسطها أعشاراً، وتقلب الاسم، فالمال أحد وأربعون، والنصيب أحد عشر، تأخذ أحداً وأربعين، وتسقط منها نصيبين وهما اثنان وعشرون، وتسترجع نصيبًا، فيكون معك ثلاثون، وتسترجع عشر الثلاثين من ذلك النصيب وهو ثلاثة، وتزيده على ما معك، تبلغ ثلاثة وثلاثين، للأب اثنان وعشرون، وللأم أحد عشر.

مثال الثالث: المسألة بحالها، إلاّ أنه استثنى مثل نصيب الأم وثمن ما تبقى من ثلثي المال بعد نصيب الأم، فتأخذ ثلثي مال، وتسقط منه نصيبين، وتسترجع نصيبًا، يبقى ثلثا مال سوى نصيب، تسترجع ثمن هذا المبلغ أيضًا من النصيب

Marfat.com

وهو نصف سدس مال إلاّ ثمن نصيب، وتزيده على المبلغ، يكون ثلاثة أرباع مال إلاّ نصيبًا وثمن نصيب، تزيده على ثلث مال، يبلغ مالاً ونصف سدس مال إلاّ نصيبًا وثمن نصيب، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي سهام المسألة، فتجبر وتقابل، فمال ونصف سدس مال يعدل أربعة أنصباء وثمن نصيب، فتبسطها بأجزاء أربعة وعشرين، وتقلب الاسم، فالمال تسعة وتسعون، والنصيب ستة وعشرون، تأخذ ثلثي المال وهو ستة وستون، وتسقط منها نصيبين وهما اثنان وخمسون، وتسترجع نصيبًا، يبقى معك أربعون، تسترجع ثمنها من النصيب أيضًا وهو خمسة، وتزيده على الأربعين، يكون خمسة وأربعين، تزيده على ثلث المال وهو ثلاثة وثلاثون، تبلغ ثمانية وسبعين، للأب بنصيبين اثنان وخمسون، وللأم بنصيب ستة وعشرون.

فصل: في الوصية بالتكملة: والمراد بها: البقية التي يبلغ بها الشيء حدًّا آخر، وهي إما مجردة عن الوصية بغيرها والاستثناء منها، وإما غير مجردة.

أما القسم الأول: فالوصية إما أن تكون بتكملة واحدة، وإما بتكملتين فصاعدًا.

مثال الأول: أربعة بنين، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، فتأخذ مالاً، وتصرف ثلث إلى الموصى له، وتسترجع منه نصيبًا، فيحصل معك ثلثا مال ونصيب، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي أربعة، فتلقي نصيبًا بنصيب، يبقى ثلثا مال في معادلة ثلاثة أنصباء، فتبسطهما أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالمال تسعة، والنصيب اثنان، والتفاوت بين الثلث والنصيب سهم، فهو التكملة، تدفعه إلى الموصى له، يبقى ثمانية، لكل ابن سهمان. وبطريق الدينار والدرهم، تجعل ثلث المال دينارًا ودرهمًا، وتجعل الدينار نصيبًا، والتكملة درهمًا، تدفعه إلى الموصى له، يبقى من المال ثلاثة دنانير ودرهمان، يأخذ ثلاثة بنين ثلاثة دنانير، يبقى درهمان يأخذهما الابن الرابع، فعلمنا أن قيمة الدينار درهمان، وأن ثلث المال ثلاثة دراهم، والنصيب درهمان.

مثال التكملتين، أربعة بـنين وبنت، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب ابن، ولآخر بتكملة ربع ماله بنصيب البنت، فالوصية الأولى ثلث مالٍ سوى نصيبين، والثانية ربع مال سوى نصيب، فتأخذ مـالاً، وتسقط منه الوصيتين، يبقى خمسة أسهم من اثني عـشر سهـمًا من مال وثلاثة أنصـباء، تعدل أنصـباء الورثة وهي تسعة، تسقط ثلاثة أنصباء بثلاثة أنصباء، يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سهمًا من مال في مـعادلة سـتة أنصبـاء الورثة وهي تسعـة، تسقط ثلاثة أيضًـا بثلاثة أنصباء، يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سـهمًا من مال في معادلة ستة أنصباء. ثم إن شئت بسطتـها بأجزاء اثني عـشر، وقلبت الاسم، فالمال اثنان وسبـعون، والنصيب خمسة. وإن شئت قلت: إذا كانت خـمسة من اثني عشر تعدل ستة، فالمال بتمـامه يعدل أربعة عشر وخُـمسين، تبسطها أخماسًـا تبلغ اثنين وسبعين، تأخذ ثلث المال وهو أربـعة وعشرون، وتـسقط منه نصيـبين وهما عشـرة، يبقى أربعة عـشر، فهي الوصيـة الأولى، وتأخذ ربعه وهو ثمـانية عشـر، تسقط منه نصيـبًا واحـدًا وهو خمسـة، يبقى ثلاثة عـشر، فهي الوصـية الثانيـة، فتـسقط الوصيتين من المال، يبقى خمسة وأربعون، لكل ابن عشرة، وللبنت خمسة.

أما القسم الثـاني: فيتصـور على وجوه. منها الوصية بالتكـملة مع الوصية بجزءٍ شائع من المال.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بربع ماله، ولـعمرو بتكملة النصف بنصيب ابن، فتأخذ مـالاً، وتلقي منه ربعه لزيد، ثم تلقي نصفه لعمـرو، وتسترجع منه نصيبًا، يبقى مـعك ربع مال ونصيب، وذلك يعدل ثلاثة أنصباء، فتـسقط نصيبًا بنصيب، يبـقى ربع مال في معادلة نصـيبين، تبسطهمـا أرباعًا، وتقلب الاسم، فالمال ثمانية، والنصيب واحد، تأخذ ثمانية، فتعزل ربعها لزيد، ثم تأخذ نصف الثـمانيـة لعمـرو، وتستـرجع منه واحدًا، يبـقى معك ثلاثة، لكل ابـن واحد. وبطريق القيـاس تقول: ربع المال ونصفـه يستحقـهما زيد وعمـرو وأحد البنين، فتأخـذ مالاً له ربع ونصف وهو أربعة، فتسقط مـنه الربع والنصف، يبقى واحد

Marfat.com

تقسمه بين الابنين الآخرين، فلكل واحد منهما نصف، فتعلم أن النصيب نصف سهم، فتسقطه من الثلاثة التي أسقطتها من المال، يبقى اثنان ونصف، تسقط منها ربع جميع المال، يبقى واحد ونصف، فهو التكملة، تبسط الجميع أنصافًا ليزول الكسر، فالنصيب واحد، والتكملة ثلاثة، والربع اثنان، والمال ثمانية.

وبطريق الدينار والدرهم، تجعل نصف المال ديناراً ودرهمًا، وتدفع الدرهم بالتكملة إلى عمرو، يبقى ديناران ودرهم، تسقط منها ربع المال وهو نصف دينار ونصف درهم، يبقى دينار ونصف دينار ونصف درهم، وذلك يعدل ثلاثة دنانير، تسقط الجنس بالجنس، يبقى دينار ونصف في معادلة نصف درهم، تبسطها أنصافًا، وتقلب الاسم، فالدينار واحد، والدرهم ثلاثة وهو التكملة.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بجزءٍ مما بقي من المال.

مثاله: أربعة بنين، وأوصى لزيد بتكملة ثلث ماله بنصيب ابن، ولعمرو بربع ما تبقى من المال، تأخذ مالاً، وتدفع ثلثه إلى زيد، وتسترجع منه نصيبًا، وتزيده على باقي المال، فيحصل معك ثلثا مال ونصيب، يخرج ربعه لعمرو وذلك سدس مال وربع نصيب، يبقى نصف مال وثلاثة أرباع نصيب تعدل أنصباء الورثة وهي أربعة، فتسقط ثلاثة أرباع نصيب بثلاثة أرباع نصيب، يبقى نصف مال في معادلة ثلاثة أنصباء وربع نصيب، فتبسطها أرباعًا، وتقلب الاسم، فالمال ثلاثة عشر، والنصيب سهمان، لكن ليس للثلاثة عشر ثلث، فتضربها في ثلاثة، تبلغ تسعة وثلاثين، فهي المال، والنصيب ستة، تأخذ ثلثها وهو ثلاثة عشر، تسقط منه نصيبًا، يبقى سبعة، فهي التكملة، تدفعها إلى زيد، يبقى من المال اثنان وثلاثون، تدفع ربعها إلى عمرو وهو ثمانية، يبقى أربعة وعشرون للبنين، لكل ابن ستة.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بجزءٍ مما تبقى من جزء المال.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، ولعمرو بثلث ما بقي من الثلث، تأخذ ثلث مال، وتلقي منه نصيبًا، يبقى ثلث مال إلاّ

نصيبًا تدفعه إلى زيد فإنه التكملة، يبقى من الثلث نصيب، تدفع ثلثه إلى عمرو، يبقى ثلثا نصيب تضمهما إلى ثلثي المال، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة، تسقط ثلثي نصيب بثلثي نصيب، يبقى ثلثا مال تعدل نصيبين وثلث نصيب. ثم إن شئت بسطتها أثلاثًا، وقلبت الاسم، فالمال سبعة، والنصيب اثنان. وإن شئت قلت: إذا عادل ثلثا مال نصيبين وثلث نصيب، فالمال الكامل يعادل ثلاثة أنصباء ونصف نصيب، تبسطها أنصافًا، يكون سبعة، وليس لها ثلث صحيح، فتضربها في ثلاثة، تبلغ أحداً وعشرين، فهو المال، والنصيب ستة، تأخذ ثلث المال وهو سبعة، وتلقي منه النصيب، يبقى واحد فهو التكملة، وتدفع ثلث الستة إلى عمرو، يبقى أربعة، تضمها إلى ثلثي المال، يكون ثمانية عشر، لكل ابن ستة. قال إمام الحرمين: كذا ذكروه، لكن لو تجردت الوصية الأولى في هذه الصورة، فأوصى وله ثلاثة بنين بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، فالوصية باطلة، لأن نصيب كل ابن يستغرق الثلث، فلا تكملة، وحينئذٍ يمكن أن يقال: الوصية الأولى هنا باطلة، والثانية فرعها فتبطل أيضًا، قال: ووجه ما ذكروه، أن الوصية الثانية تنقص النصيب عن الثلث، فتظهر بها التكملة، قال: ويجب أن تخرّج المسألة وأخواتها على الوجهين، في أن العبرة باللفظ أو المعنى، كما إذا قال: بعتك بلا ثمن ونحوه؟

قلت: الصحيح المختار صحة الوصيتين هنا قطعًا، والفرق بين باب الوصية وغيرها من العقود ظاهر. والله أعلم.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بمثل النصيب.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بتكملة ثلث ماله، تأخذ ثلث مال، تدفع منه نصيبًا إلى زيد، والباقي إلى عمرو، يبقى معك ثلثا مال تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة، تبسطها أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالمال تسعة، والنصيب اثنان، تأخذ ثلث التسعة ثلاثة، تدفع منه اثنين إلى زيد، وسهمًا إلى عمرو وهو التكملة، يبقى ستة للبنين.

Marfat.com

فرع: أوصى ـ وله ابنان ـ بمثل نصيب أحدهما لزيد، ولعمرو بتكملة الثلث، فالوصية الثانية باطلة، لأنه لم يبق شيء من الثلث. وكذا لو أوصى ـ وله ثلاثة بنين ـ بمثل نصيب أحدهم لزيد، ولعمرو بتكملة الربع.

ومنها: الوصية بالتكملة مع استثناء جزءٍ من المال.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى بتكملة نصف ماله بنصيب أحدهم إلاّ ثُمن جميع المال.

طريقه أن يقال: نصف مال نصيب وتكملة، والتكملة شيء وثُمن جميع المال، تدفع الشيء إلى الموصى له، يبقى بعد النصف نصيب وثمن جميع المال، تضمهما إلى النصف الثاني، يحصل معك خمسة أثمان المال ونصيب تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة، تسقط نصيبًا بنصيب، يبقى خمسة أثمان المال تعدل نصيبين، فتبسطهما أثمانًا، وتقلب الاسم، فالمال ستة عشر، والنصيب خمسة، تأخذ نصف المال وهو ثمانية، تسقط منه النصيب خمسة، يبقى ثلاثة، تسقط منها ثُمن جميع المال وهو اثنان، يبقى واحد وهو التكملة، تُسقِطه من جميع المال، يبقى خمسة عشر للبنين.

ومنها: الوصية بالتكملة مع استثناء جزءٍ مما تبقى من المال.

ستة بنين، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم إلاّ ثُمن ما تبقى من المال، تأخذ ثلث المال، وتسترجع منه نصيبًا، يبقى ثلث مال إلاّ نصيبًا، فهو التكملة، يبقى معك ثلثا مال ونصيب، تسترجع من التكملة ثمنه، وينتظم الحساب من أربعة وعشرين لِذِكْر الثلث والثُمن، فالذي معك ستة عشر ونصيب وثُمن ذلك وهو اثنان وثمن نصيب، تزيده عليه، تبلغ ثمانية عشر جزءًا من أربعة وعشرين جزءًا من مال ونصيبًا وثمن نصيب تعدل أنصباء الورثة وهي ستة، تسقط المثل بالمثل، يبقى ثمانية عشر جزءًا من أربعة وعشرين جزءًا من مال تعدل أربعة أنصباء وسبعة أثمان نصيب، تبسطها بأجزاء المال وهي أربعة وعشرون، وتقلب الاسم، فالمال مائة وسبعة عشر، والنصيب ثمانية عشر، تأخذ ثلث المال

Marfat.com

وهو تسعة وثلاثون، وتسقط منه نصيبًا، يبقى أحد وعشرون وهو التكملة، فإذا أسقطناه من جميع المال، بقي ستة وتسعون ثُمنها اثنا عشر، تسقطه من التكملة، يبقى تسعة، فهي التي يأخذها الموصى له، يبقى مائة وثمانية للبنين، لكل ابن ثمانية عشر.

ومنها: الوصية بالتكملة مع استثناء جزءٍ مما تبقى من جزءٍ من المال.

سبعة بنين، وأوصى بتكملة ربع ماله بنصيب أحدهم إلاّ ثلث ما تبقى من الثلث، تأخذ ربع مال، وتلقي منه نصيبًا، يبقى ربع مال سوى النصيب وهو التكملة، تلقيها من الثلث، يبقى نصف سدس مال ونصيب، تلقي ثلث ذلك من التكملة، وينتظم الحساب من ستة وثلاثين، فإنه أقل عدد لنصف سدسه ثلث، فإذا الذي معك من الثلث ثلاثة ونصيب، تسترجع ثلاثة من التكملة وهو واحد وثلث نصيب، يبقى للوصية ثمانية أجزاء من ستة وثلاثين جزءاً من مال إلاّ نصيبًا وثلث نصيب، تسقطها من المال، يبقى ثمانية وعشرون جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من مال ونصيب وثلث نصيب، وذلك يعدل سبعة أنصباء، تسقط المثل بالمثل، يبقى ثمانية وعشرون جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من مال في معادلة خمسة أنصباء وثلثي نصيب، تبسطها بأجزاء ستة وثلاثين، وتقلب الاسم، فالمال مائتان وأربعة، والنصيب ثمانية وعشرون، تأخذ ربع المال وهو أحد وخمسون، وتسقط منه النصيب، يبقى ثلاثة وعشرون هي التكملة، تلقيها من ثلث المال وهو ثمانية وستون، يبقى خمسة وأربعون، تسترجع ثلثها وهو خمسة عشر من التكملة، يبقى ثمانية فهي الوصية، تسقطها من المال، يبقى مائة وستة وتسعون للبنين، لكل ابن ثمانية وعشرون.

ومنها: الوصية بالتكملة مع استثناء تكملة أخرى.

ثلاثة بنين، وأوصى بتكملة نصف ماله بنصيب أحدهم إلاّ تكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، تأخذ نصف مال، وتسقط منه نصيبًا، فالباقي هو تكملة النّصف، وتأخذ ثلث مال وتسقط منه نصيبًا، فالباقي هو تكملة الثلث، تسقط

Marfat.com

تكملة الثلث من تكملة النصف، يبقى سدس مال بلا استثناء، فالوصية إذًا بسدس المال، يبقى خمسة أسداس مال تعدل ثلاثة أنصباء، فتبسطها أسداسًا، وتقلب الاسم، فالمال ثمانية عشر، والنصيب خمسة، تأخذ نصف المال تسعة، وتسقط منه النصيب، يبقى أربعة فهي تكملة النصف، ثم تأخذ ثلثه وهو ستة، وتسقط منها نصيبًا، يبقى واحد فهو تكملة الثلث، تسقط واحدًا من أربعة، يبقى ثلاثة فهي الوصية، تسقطها من جميع المال، يبقى خمسة عشر للبنين، لكل ابن خمسة.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب وبجزء مما تبقى من المال.

خمسة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بتكملة ربع ماله بنصيب أحدهم، ولثالث بثلث ما تبقى بعد ذلك، تأخذ ربع مال، وتنقص منه نصيبًا، فالباقي هو تكملة الربع، تدفعه إلى عمرو، وتدفع النصيب إلى زيد، فانصرف الربع إلى الوصيتين، يبقى ثلاثة أرباع المال، تدفع منه واحدًا إلى الثالث، يبقى ربعان يعدلان أنصباء البنين وهي خمسة، تبسطها أرباعًا، وتقلب الاسم، فالمال عشرون، والنصيب اثنان، تأخذ ربع المال خمسة، تدفع منها اثنين إلى زيد، وثلاثة إلى عمرو، يبقى خمسة عشر، ثلثها خمسة للثالث، والباقي للبنين.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب وبجزءٍ مما تبقى من المال.

خمسة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بتكملة الربع بالنصيب، ولثالث بثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصيتين، يحتاج إلى مال له ربع وثلث، والباقي من الثلث بعد إسقاط الربع ثلث، وأقله ستة وثلاثون، تأخذ ربعه وهو تسعة، فتصرفها إلى الوصية بالتكملة والنصيب، وإذا أسقطت تسعة من الثلث، يبقى ثلاثة، تصرف منها واحدًا إلى الثالث، يبقى اثنان، تزيدهما على ثلثي المال، تبلغ ستة وعشرين تعدل أنصباء الورثة وهي خمسة، تبسطها بأجزاء ستة وثلاثين، وتقلب الاسم، فالمال مائة وثمانون، والنصيب ستة

Marfat.com

وعشـرون، تأخذ ثلث المال وهو ستـون، فتلقي منه ربعـه وهو خمسـة وأربعون بالوصيتين الأوليين ستة وعشرين بالوصـية بالنصيب، والباقي بالوصية الأخرى، يبقى من الثلث خـمسة عشـر، نصرف ثلثها إلى الوصـية الثالثة، يبـقى عشرة، تزيدها على ثلثي المال، تبلغ مائة وثلاثين للبنين، لكل ابن ستة وعشرون.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصـيب مستثنى منه جزءٌ مما تبقى من المال. أربعـة بنين، فأوصى لزيد بتكمـلة الثلث بنصيب أحـدهم، ولعمـرو بمثل نصيب أحـدهم إلاّ خمس ما تبقى من المال، تأخـذ ثلث المال، وتصرفه إليـهما بالنصيب والتكملة، وتستـرجع من النصيب خمس الباقي، واجعل المال خـمسة عشـر ليكون للباقي بعـد الثلث خمس، فـالثلث المخرج بالنصـيب والتكملة إذاً خمسة، تسترجع من النصيب خـمس الباقي وهو اثنان، فالحاصل اثنا عشر جزءاً من خمسة عشر جزءاً من مـال، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي أربعة، تبسطها بأجزاء خمـسة عشر، وتقلب الاسم، فـالمال ستون، والنصيب اثنا عـشر، تأخذ ثلث المال وهو عشرون، تلقي منه النصيب اثني عشر، يبقى ثمانية هي التكملة، تدفعها إلى زيد، وتسترجع من النصيب خـمس الباقي وهو ثمانية، يبقى لعمرو أربعة، فالوصـيتان جميعًـا اثنا عشر، يبقى ثمانيـة وأربعون للبنين، لكل ابن اثنا عشر.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصـيب مستثنى منه جزءٌ مما تبقى من جزءٍ من المال.

خـمسـة بنين، وأوصى لزيد بتكملة الربع بنصـيب أحـدهم، ولعمـرو بمثل نصيب أحـدهم إلاّ ثلث ما تبقى من الـثلث بعد ذلك، يحتـاج إلى مال له ربع وثلث، وللباقـي من الثلث بعد إسقـاط الربع ثلث، وأقله ستـة وثلاثون، تأخذ ربعه وهو تسعة، فـتصرفها في الوصيتين، وتستـرجع من النصيب ثلث ما تبقى من ثلث المال وهو واحـد، وتزيده على البـاقي من الثلث، تبلغ أربعـة، تزيدها على ثلثي المال، تبلغ ثمـانية وعـشرين جـزءاً من ستـة وثلاثين جزءاً مـن مال،

وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي خمسة، تبسطها بأجزاء ستة وثلاثين، وتقلب الاسم، فالمال مائة وثمانون، والنصيب ثمانية وعشرون، يبقى سبعة عشر فهي التكملة، ثم تلقي الربع من ثلث جميع المال وهو ستون، يبقى خمسة عشر، تسقطها ثلثها من النصيب، يبقى لعمرو ثلاثة وعشرون، والوصيتان معًا أربعون، يبقى مائة وأربعون للبنين، لكل ابن ثمانية وعشرون.

فصل: في الوصية بالنصيب مستثنى من التكملة: ثلاثة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلاّ تكملة ثلث ماله بالنصيب، تجعل ثلث المال ديناراً ودرهمًا، وتجعل النصيب ديناراً، تدفعه إلى الموصى له، وتسترجع منه درهمًا، لأن التكملة درهم، يبقى من الثلث درهمان، تزيدهما على الثلثين، تبلغ دينارين وأربعة دراهم تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة دنانير، تسقط المثل بالمثل، يبقى أربعة دراهم في معادلة دينار، فتقلب الاسم وتقول: الدينار أربعة، والدراهم واحد، فالثلث خمسة، والمال خمسة عشر، تأخذ ثلث المال خمسة، تدفع منه إلى الموصى له نصيبًا وهو أربعة، ويسترجع واحد وهو التكملة، يبقى للموصى له ثلاثة، تسقطها من المال، يبقى اثنا عشر، لكل ابن أربعة.

فصل: في الوصايا المتعرضة للجذور والكعاب: الجذر: كل مضروب في نفسه، والحاصل من الضرب يسمى: مالاً ومجذوراً ومربعًا. والكعب: كل ما ضرب في مثله ثم ضرب مبلغه فيه، والحاصل من الضربين يسمى مكعبًا، فالواحد جذره وكعبه الواحد.

والأعداد ضربان.

أحدهما: ما له جذر صحيح ينطق به، كالأربعة، جذرها اثنان، والتسعة، جذرها ثلاثة، والمائة، جذرها عشرة.

والثاني: ما ليس له جذر ينطق به، وإنما يستخرج جذره بالتقريب، كالعشرة والعشرين، ويقال له: الأصم. وكذلك من الأعداد ما له كعب ينطق به كالثمانية، كعبها اثنان، والسبعة والعشرين، كعبها ثلاثة. ومنها ما ليس له كعب

Marfat.com

ينطق به، كالعشرة والمائة، وإنما يستخرج كعبه بالتقريب، وقد يكون العدد منطوقًا بجذره وكعبه كالأربعة والستين، جذرها ثمانية، وكعبها أربعة. وقد يكون أصم في الجذر دون الكعب، كالسبعة والعشرين. أو في كعب دون الجذر، كالأربعة والتسعة، أو فيهما، كالعشرة. إذا عرف ذلك، فتعرض الوصية للجذر والكعب بفرض من وجوه.

منها: الوصية بجذر المال. قال الأستاذ أبو منصور: تفرض المسألة من عدد مجذور إذا أسقط منه جذره انقسم الباقي صحيحًا على سهام الورثة. فإذا أوصى بجذر ماله وله ثلاثة بنين، فإن جعلت المال تسعة، فللموصى له ثلاثة، والباقي للبنين، لكل ابن سهمان. وإن جعلته ستة عشر، فللموصى له أربعة، والباقي للبنين، لكل ابن أربعة. ولو أوصى بكعب ماله ـ والورثة هؤلاء ـ بجعل المال عددًا مكعبًا، فإذا أسقط منه كعبه انقسم الباقي على سهام الورثة بلا كسر. فإن جعلت المال ثمانية، فاثنان للموصى له، والباقي للبنين. وإن جعلته سبعة وعشرين، فثلاثة للموصى له، والباقي للبنين. هذا كَلام الأستاذ، وتعجب الإمام من إرساله الكلام هكذا، لاستحالة أن يكون الأمر في ذلك على التخيير، والفرض كيف شاء الفارض، فإن الأقدار تختلف باختلاف العدد المفروض. فاذا كان المال تسعة، فالجذر ثلاثة. وإذا كان ستة عشر، فالجذر أربعة. وفيه إشكال آخر، وهو أن كل عدد، مجذور، إلاّ أن من الأعداد ما ينطق بجذره، ومنها ما لا ينطق، كما سبق، وليس في اللفظ إلاّ جذر المال، فلم حمل على مجذور صحيح؟ ولم شرط أن ينقسم الباقي صحيحًا على الورثة؟ فإذًا كلام الأستاذ على ما ذكره الإمام، محمول على ما إذا قيد الموصي وصيته بما يقتضي الحمل على عدد معين من الأعداد المجذورة. فإذا قال: نزّلوا مالي على أول مجذور صحيح إذا طرح جذره انقسم الباقي على سهام ورثتي بلا كسر، تعين الحمل على الصورة المذكورة على تسعة، وكانت الوصية بثلث المال. وإن عين مرتبة أخرى، تعينت. قال الإمام: فإن أطلق الوصية بالجذر، ولم يقيد بشيء من ذلك، لكن

Marfat.com

أراد بالجذر مـا يريده الحسَّـاب، فإن كـان ماله مقـدراً بكيلٍ، أو وزن، أو ذرع، كالأرض، أو عدد، كـالجوز، نزِّل عليه. ثم إن كان جـذره مما ينطق به، فذاك، وإلاّ، فـالقدر المتـيقن يسلَّم للمـوصى له، والقـدر المشكوك فيـه، يفصل أمـره بالتراضي. وإن لم يكن المال مـقدراً بشيء من ذلك، كعبـد وجارية، قوِّم ودفع جذر القيمة إلى الموصى له.

ومنهـا: الوصية بـجذر النصـيب. فلو أوصى وله ثلاثة بنين بجذر نصـيب أحدهم، قال الأستـاذ: يجعل نصيب كل ابن عدداً مجذوراً، ثم يـجمع أنصباء البنين، ويزاد عليـها جذر نصـيب أحدهم، فـما بلغ صحت منه الـقسمـة. فإن جعلنا نصيب كل ابن واحـداً، فأنصباؤهم ثلاثة، تزيد عليهـا واحداً، تبلغ أربعة تصح منها القسمة. وإن جعلنا النصيب أربعة، فأنصباؤهم اثنا عشر، تزيد عليها اثنين، تبلغ أربعة عشر تصح منها القـسمة. ولو أوصى بجذرَي نصيب أحدهم، وفرضنا النصيب أربعة، فأنصباؤهم اثنا عـشر، تزيد عليها جذري النصيب، تبلغ ستة عشر منها تصح القسمة. ولو أوصى بكعب نصيب أحدهم، جعلنا النصيب مكعبًا، وجمـعنا الأنصباء، وزدنا عليها كعب نصـيب. قال الإمام: وليكن هذا الجواب فيما إذا تقيدت الوصية كمـا ذكرنا، أو فيما إذا قال السائل: كيف يصور عدد تصح منه الوصية والميراث؟ فيجاب بأنه يمكن فيه وجوه.

منهـا: كيت وكـيت. أمـا إذا أطلق الوصيـة بجـذر النصيـب، فذكـر فيـه احتمالين: أظهرهما: أنه ينظر في حصـة ابن من التركة، فيؤخذ جذره منطوقًا به أو أصم، كما ذكرنا في جذر جميع المال، فيزاد على مسألة الورثة. والثاني: أنه ينظر في نصيب كل واحـد من سهام المسألة، فـيؤخذ جذره، ويزاد على مـسألة الورثة. وعلى هذا، فنصيب كل ابن هنا واحد، فيزاد على السهام الثلاثة واحد، ويصير الحكم كما لو أوصى بنصيب أحدهم.

ومنها: الوصيـة بجذر النصيب وجذر المال مـعًا، فلو أوصى وله ثلاثة بنين بجذر نصيب أحدهم لزيد، وأوصى لعمرو بجذر جميع المال، فالمفهوم من كلام

Marfat.com

الأستاذ أن يقـال: إذا كانت وصية زيد جذر نصـيب ابن، فنصيب كل ابن مال، ثم يجعل المال أموالاً لها جذور صحيحة، فإن شئت جعلتها أربعة أموال، فتكون وصية عمرو جذرين، كما أن جـذر أربعة من العدد اثنان، فتكون الوصيتان ثلاثة أجذار، وتسقطها من المال، يبقى أربعة أموال إلاّ ثلاثة أجذار تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة أموال، فتجبر وتقابل، فأربعة أموال تعدل ثلاثة أموال وثلاثة أجذار، تسقط الجنـس بالجنس، فمال يعـدل ثلاثة أجذار، فـالجذر ثلاثة، والمال تسـعة، وتقدير الكلام: مـال يعدل ثلاثة أجذاره، وحينئـذٍ فالتركة ستـة وثلاثون، لأنها أربعـة أموال، ونصـيب كل ابن تسعـة، يأخـذ زيد جذر النصـيب وهو ثلاثة، وعمـرو جذر المال وهو ستة، يـبقى سبعـة وعشرون للبنين. قـال الإمام: وهذه المسألة وضعية، وطريق تطبيقها على الفقه على ما سبق.

ومنهـا: الوصيـة بالجذر والنصـيب. فإذا أوصى وله ثلاثة بنين بمثل نصـيب أحدهم لزيد، ولعـمرو بجذر المال، يقـدَّر كأن البنين أربعـة وأوصى بجذر المال وحده، وقد بان طريقه.

ومنها: الوصية بالجزاء والنصيب مع استثناء الجذر منها.

مـثاله: أوصى وله ثلاثة بنين بثـلث ماله إلاّ جـذر جمـيع المال، تدفع إلى الموصى له ثلث المال، وتسترجع جذرًا، فيكون معك ثلثا مال وجذر تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة، فـتجعل المال عـددًا له ثلث صحـيح، بشرط أن ينقـسم ثلثاه مزيدًا عليه جذره على ثلاثة، وليكن ذلك ستة وثلاثين، فتدفع ثلثها إلى الموصى له، وتسترجع منه جذر المال وهو ستة، يبـقى عنده ستة، فقد أخذ ثلث المال إلاّ جذر المال، يبقى ثلاثون للبنين. ولو أوصى بمثل نصـيب أحدهم إلاّ جذر جميع المال، فخذ مـالاً، وأسقط منه نصيبًـا، واسترجع من النصيب جـذر المال، يبقى مال وجذر إلاّ نصيبًا تعدل أنصباء البنين، فتجبر وتقابل، فمال وجذر تعدل أربعة أنصباء، فتجعل المال عددًا مجذورًا إذا زيد عليه جذره انقسم على أربعة، وليكن ستـة عشر، إذا زيد عليـه جذره كان عـشرين، إذا قسم على أربعـة، خرج من

القسمة خمسة، فإذا نقصتَ من النصيب جذر المال، بقي واحد تدفعه إلى الموصى له، يبقى خمسة عشر للبنين. ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم إلاّ جذر نصيب أحدهم، فالنصيب عدد مجذور. فإن جعلته أربعة، فالوصية اثنان، والأنصباء اثنا عشر، وجملة المال أربعة عشر، إذا دفعت إلى الموصى له اثنين فقد أخذ مثل نصيب أحدهم إلاّ جذر نصيب أحدهم، وإن جعلته تسعة، فالأنصباء سبعة وعشرون، والوصية ستة.

ومنها: الوصية بالجذور المضافة إلى الجذور.

مثاله: ثلاثة بنين، أوصى لزيد بجذر نصيب أحدهم، ولعمرو بجذر وصية زيد، ولبكر بجذر وصية عمرو، فاجعل وصية بكر ما شئت من الأعداد، فإن جعلته اثنين، فوصية عمرو أربعة، ووصية زيد ستة عشر، ونصيب كل ابن مائتان وستة وخمسون، وجملة المال سبعمائة وتسعون.

ومنها: الوصية الجامعة بين الجذر والتكملة.

مثاله: أوصى بتكملة ثلث ماله بجذر نصيب أحدهم، تجعل ثلث المال مالاً وجذرًا، وتدفع المال إلى الموصى له، يبقى جذره، تزيده على ثلثي المال، يبلغ مالين وثلاثة أجذار وذلك يعدل أنصباء البنين وهي ثلاثة أموال، فتسقط مالين بمالين، يبقى ثلاثة أجذار في معادلة مال، فالجذر ثلاثة، والمال تسعة، فثلث المال اثنا عشر، والوصية تسعة، تسقطها من المال، يبقى سبعة وعشرون للبنين، وقد أخذ الموصى له ثلث المال إلاّ جذر نصيب أحدهم.

فصل: في الوصايا المتعرضة لمقدر من المال من درهم ودينار وغيرهما: منها: الوصية بالنصيب وبدرهم.

مثاله: أربعة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم وبدرهم، وقال الأستاذ: اجعل التركة أيَّ عدد شئت بعد أن تكون بحيث إذا عزلت منها درهمًا وقسمت الباقي بين البنين والموصى له على خمسة كان النصيب الواحد مع الدرهم مثل ثلث التركة أو أقل. فإن جعلت التركة أحد عشر درهمًا، فأسقط منها درهمًا،

Marfat.com

يبقى عشرة، لكل واحد سهمان. وإن جعلتها ثلاثة عشر، فأسقط درهمًا، وأقسم الباقي بينهم، تخرج القسمة اثنان وخمسان، فترد على الخارج الدرهم المسقط، يكون ثلاثة وخمسين للموصى له. فإن أردت زوال الكسر، فأسقط الدرهم من ثلاثة عشر، واضرب الباقي بخمسة، تبلغ ستين، لكل ابن اثنا عشر، وللموصى له مثل ذلك بزيادة درهم. واستدرك الإمام فقال: المدفوع إلى الموصى له يختلف باختلاف الأعداد المفروضة، والفتوى لا تحتمل التخيير بين القليل، فليحمل ما قاله الحسَّاب على مثل ما سبق في الماضي. أما إذا أطلق الوصية، فتنزَّل على ما يوجد في التركة، تعزل منها درهمًا، ثم تقسم الباقي بين البنين والموصى له. ثم إن انحصرت الوصية في الثلث، نفذت، وإلاّ، فتعتبر الإجازة. وهذا الاستدراك لا بد منه في أكثر أنواع الفصل.

ومنها: الوصية بالنصيب مع استثناء درهم. فإذا أوصى وله أربعة بنين بمثل نصيب أحدهم إلاّ درهمًا، فإن جعلت للموصى له درهمين، فاجعل لكل ابن ثلاثة، واجعل التركة أحدًا وعشرين. وإن جعلت له ثلاثة، فاجعل لكل ابن أربعة، واجعل التركة خمسة عشر.

ومنها: الوصية بجزءٍ شائع وبدرهم.

فإذا أوصى وله ثلاثة بنين بسدس ماله وبدرهم، فيخرج سدس التركة ودرهم، ويقسم الباقي بين الورثة. وبطريق الجبر، تأخذ مالاً، وتسقط منه سدسه ودرهمًا، يبقى خمسة أسداس مال إلاّ درهمًا تعدل ثلاثة أنصباء، فتجبر وتقابل، فخمسة أسداس المال تعدل ثلاثة أنصباء ودرهمًا، فتكمل أجزاء المال، بأن تزيد عليها مثل خمسها، وتزيد على العديل خمسة، فمال يعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أخماس نصيب ودرهمًا وخمس درهم، فاضرب الأنصباء الثلاثة وأخماس النصيب في عدد، يبلغ الحاصل منه مزيداً عليه الدرهم والخمس عدداً صحيحًا، وذلك بأن تضربها في ثلاثة، فيحصل عشرة وأربعة أخماس درهم، إذا زدت عليها الدرهم والخمس، بلغ اثني عشر درهمًا منها تصح القسمة، لصاحب السدس والدرهم ثلاثة، ولكل ابن ثلاثة.

Marfat.com

ومنها: الوصية بجزءٍ شائع مع استثناء درهم.

فإذا أوصى ولـه ثلاثة بنين بسدس مـاله إلاّ درهمًا فـخذ مالاً، وأسـقط منه سـدسه، واسـترجع من السـدس درهمًا، يحـصل معك خـمسـة أسداس مـال ودرهم، تعدل ثلاثة أنصباء، فتكمل أجزاء المال، بأن تزيد عليها خمسها، وتزيد الخمس على كل ما في المعادلة، فمـال ودرهم وخمس درهم تعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أخماس نصيب، فتضـرب هذه الأنصباء والأخماس في عدد إذا نقص من الحاصل من الضرب درهم وخـمس كان الباقي عدداً صـحيحًا وهو سبـعة، فإذا ضربت سبعـة في ثلاثة وثلاثة أخماس، حصل خمسة وعـشرون وخُمس، فإذا نقص منها درهم وخُـمس، بقي أربعة وعشرون منها تصح المسـألة، للموصى له سدسها، يسترجع منه درهم، يبقى أحد وعشرون للبنين.

ومنها: الوصية بالنصـيب وبجزءٍ وبدرهم أو دراهم، أو مع استثناء درهم أو دراهم.

مثاله: خمسة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ودرهم، ولعمرو بثلث ما بقي من ثلثه ودرهم، تأخذ ثلث مال، وتسـقط منه نصيبًا ودرهمًا، يبقى ثلث مال إلاّ نصيـبًا ودرهمًا، تسقط لعمـرو من هذا الباقي ثلثه ودرهمًا، يبـقى تُسعا مـال إلاّ ثلثي نصـيب وإلاّ درهمًـا وثلثي درهم، تزيده علـى ثلثي المال، يكون ثمانية أتساع مال إلاّ ثلثي نصيب، وإلاّ درهمًا وثلثي درهم تعدل خمسة أنصباء، فتجبر وتقابل، ثمانية أتساع مال تعدل خمسة أنصباء وثلثي نصيب ودرهمًا وثلثي درهم، تكمل أجزاء المال، بأن تزيد عليها ثـمنها، وتزيد على كل ما في المعادلة ثمنه، فمال يعدل ستة أنصباء وثلاثـة أثمان نصيب ودرهمًا وسبعة أثمان درهم، فتطلب عددًا إذا ضرب في ستة وثلاثة أثمان يكون الحاصل منه مزيدًا عليه درهم وسبعـة أثمان عددًا صحيحًا، وهو ثلاثة إذا ضربتـها بستة وثلاثة أثـمان حصل تسعـة وعشرون، إذا زيد عليـه درهم وسبـعة أثمان كـان أحدًا وعشـرين، فمنه القسـمة، والنصـيب ثلاثة، تضرب الأنصـباء في الثلاثة، تأخـذ ثلث المال وهو

Marfat.com

سبعة، فتدفع منها إلى زيد أربعة بالنصيب والدرهم، يبقى ثلاثة، تدفع ثلثها إلى عمرو، يبقى درهم، تزيده على ثلثي المال، يكون خمسة عشر للبنين الخمسة.

مسألة: ستة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بسدس مال إلا درهمًا، تأخذ مالاً، وتسقط منه نصيبًا لوصية زيد، وسدسه إلاّ درهمًا لوصية عمرو، يبقى خمسة أسداس مال ودرهم إلاّ نصيبًا تعدل ستة أنصباء، فتجبر وتقابل، وتكمل أجزاء المال بزيادة خمسها، وتزيد على ما في المعادلة خمسة، فمال ودرهم وخمس درهم تعدل ثمانية أنصباء وخمسي نصيب، فتضرب الأنصباء والخمسين في عدد إذا نقص مما يحصل من الضرب درهم وخمس كان الباقي عدداً صحيحًا، وهو ثلاثة، إذا ضربتها في ثمانية وخمسين، حصل خمسة وعشرون وخمس درهم، إذا نقص منه درهم وخمس، بقي أربعة وعشرون منها القسمة، والنصيب ثلاثة، فتعطي عمراً السدس إلاّ درهمًا وهو ثلاثة، وزيداً ثلاثة، يبقى ثمانية عشر للبنين الستة.

مسألة: ابنان، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بمثل ما تبقى من النصف وبدرهم، والتركة عشرون درهمًا، تأخذ نصف التركة عشرة، وتسقط منه نصيبًا، تسقط من هذا الباقي نصفه ودرهمًا لعمرو وهو ستة إلاّ نصف نصيب، يبقى من العشرة أربعة إلاّ نصف نصيب، تزيدها على نصف المال، تبلغ أربعة عشر درهمًا إلاّ نصف نصيب تعدل نصيبي الابن، تجبر وتقابل، فأربعة عشر تعدل نصيبين ونصف نصيب، تبسطها أنصافًا، فالمال ثمانية وعشرون، والنصيب خمسة، تقسم المال على النصيب، يخرج من القسمة خمسة دراهم وثلاثة أخماس درهم، فهو النصيب، تأخذ عشرة، وتدفع إلى زيد منها خمسة دراهم وثلاثة أخماس درهم، يبقى أربعة دراهم وخُمسان، تدفعها نصفها ودرهمًا آخر إلى عمرو، يبقى من العشرة درهم وخمس، تزيده على العشرة الأخرى، يكون أحد عشر وخُمسًا للابنين، لكل ابن خمسة دراهم وثلاثة أخماس درهم.

Marfat.com

فصل: في نوادر الفصول المتقدمة: مسألة: ثلاثة بنين وبنت، أوصى لزيد بمثل نصيب البنت وثلث ما أوصى به لعمرو، ولعمرو بمثل نصيب أحد البنين وربع ما أوصى به لزيد، فتجعل وصية زيد عدداً له ربع يكون أربعة دنانير، ووصية عمرو عدداً له ثلث، وليكن ثلاثة دراهم، وتعلم أنك إذا نقصت من وصية زيد ثلث وصية عمرو وهو درهم، بقي أربعة دنانير إلاّ درهماً، وذلك نصيب البنت، لأن جملة وصية زيد مثل نصيب البنت وثلث وصية عمرو، وإذا نقصت من وصية عمرو ربع وصية زيد وهو دينار، بقي ثلاثة دراهم إلا ديناراً وهو نصيب الابن، وإذا بان أن نصيب البنت أربعة دنانير إلا درهماً، ونصيب الابن ثلاثة دراهم إلا ديناراً، قابلت بين الجملتين، وضعّفت نصيب البنت ليعادل نصيب الابن، وضعفه ثمانية دنانير إلا درهمين تعدل ثلاثة دراهم إلا ديناراً، فتجبر كل واحد من الاستثناءين وتقابل، فتسعة دنانير تقابل خمسة دراهم، فالدينار خمسة أسهم، والدرهم تسعة أسهم، وكانت وصية زيد أربعة دنانير، فهي إذاً عشرون، ووصية عمرو ثلاثة دراهم، فهي إذاً سبعة وعشرون، ونصيب كل ابن اثنان وعشرون، لأنه ثلاثة دراهم وهي سبعة وعشرون إلا ديناراً، وهو خمسة، ونصيب البنت أحد عشر، لأنه أربعة دنانير، وهو عشرون إلا درهماً، وهو تسعة، فوصية زيد مثل نصيب البنت وهو أحد عشر، ومثل ثلث وصية عمرو وهو تسعة، ووصية عمرو مثل نصيب ابن وهو اثنان وعشرون، مثل ربع وصية زيد، وهو خمسة.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ما انتقص من أحدهم بالوصية، فتقول: لو لم يكن وصية، لكان لكل ابن ثلث المال وقد انتقص منه بالوصية شيء، فثلث المال نصيب وشيء، والمال كله ثلاثة أنصباء وثلاثة أشياء، يعطى الموصى له نصيباً إلا شيئاً، يبقى نصيبان وأربعة أشياء تعدل ثلاثة أنصباء، تسقط نصيبين بنصيبين، يبقى نصيب يعدل أربعة أشياء، والتركة ثلاثة أنصباء وثلاثة أشياء، فهي إذاً خمسة عشر سهماً، والوصية نصيب إلا شيئاً، وهي ثلاثة

Marfat.com

أسهم، يبقى اثنا عشر سهمًا للبنين، وقد أخذ الموصى له مثل نصيب أحدهم إلاّ ما انتقص بالوصية وهو سهم من خمسة عشر، لأنه لولا الوصية لكان لكل واحد منهم خمسة من خمسة عشر.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم إلا ربع ما تبقى من ماله بعد الوصايا كلِّها، ولعمرو بمثل نصيب أحدهم إلا خمس ما تبقى من ماله بعد الوصايا، ولثالث بمثل نصيب أحدهم إلا سدس ما يبقى بعد الوصايا، فتعلم أن الباقي من المال بعد الوصايا كلِّها ثلاثة أنصباء، فوصية زيد نصيب إلا ربع ثلاثة أنصباء وهو ثلاثة أرباع نصيب، تبقى وصيته بربع نصيب، ووصية عمرو بنصيب إلا خُمس ثلاثة أنصباء وهو ثلاثة أخماس نصيب، تبقى وصيته بخمسي نصيب، ووصية الثالث بنصيب إلا سدس ثلاثة أنصباء وهو نصف نصيب، فجملة الوصايا ربع نصيب وخمسا نصيب ونصف نصيب، فهي نصيب وثلاثة أجزاء من عشرين جزءاً من نصيب، فيبقى مال إلا نصيبًا وثلاثة أجزاء من عشرين جزءاً من نصيب، وذلك يعدل ثلاثة أنصباء، فتجبر وتقابل، فمال يعدل أربعة أنصباء وثلاثة أجزاء من عشرين جزءاً من نصيب، فتبسطها بأجزاء عشرين، وتقلب الاسم، فالمال ثلاثة وثمانون، والنصيب عشرون، تلقي الوصايا كلَّها وهي ثلاثة وعشرون، يبقى ستون للبنين، ولزيد نصيب إلا ربع ما تبقى من المال بعد الوصايا وهو خمسة عشر، فله خمسة، ولعمرو نصيب إلا خُمس ما تبقى بعد الوصايا وهو اثنا عشر، فله ثمانية، وللثالث نصيب إلا سدس ما تبقى بعد الوصايا وهو عشرة، فله عشرة.

مسألة: خمسة بنين، فأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا سدس ما تبقى من ماله بعد الوصية، وإلا ثلث ما تبقى من ثلثه بعد الوصية، فتجعل الوصية شيئًا، والباقي أنصباء الورثة، فالمال شيء وثلاثة أنصباء، فتسقط الوصية، وتأخذ سدس الباقي وهو نصف نصيب، فتحفظه ثم تأخذ ثلث المال وهو نصيب وثلث شيء، فتسقط منه الوصية وهي شيء، يبقى نصف نصيب إلا ثلثي شيء، تأخذ ثلثه

Marfat.com

وهو ثلث نصيب إلا تُسعي شيء وهو المستثنى من النـصيب، فتضمه إلى نصف النصيب المحفوظ، يصير خمسة أسداس نصيب إلا تُسعي شيء وهو المستثنى من النصيب، فتضمه إلى الوصية وهي شيء ليـكمل النصيب، فيبلغ خمسة أسداس نصيب وسبـعة أتساع شيء، وذلك يعدل نصيـبًا، تسقط خمسـة أسداس نصيب بمثلها، يبقى سدس نصيب في معادلة سبعة أتساع شيء، فالنصيب الكامل يعدل أربعة أشياء وثلثي شيء، تبسطها أثلاثًـا، وتقلب الاسم، فالنصيب أربعة عشر، والشيء ثلاثة، والمال كله خـمـسة وأربعـون، لأنه ثلاثة أنصـبـاء وشيء، تلقي الوصية من المال، يبقى اثنـان وأربعون، تأخذ سدسها سبـعة وتحفظها، ثم تلقي الوصية من ثلث المال أيضًا وهو خـمسة عشر، يبقى اثنا عشـر، تأخذ ثلثها وهو أربعة، وتضمها إِلى السبعة المحفوظة، تبلغ أحد عشر، تلقيها من النصيب، يبقى ثلاثة.

مسألة: ثلاثة بنين وبنت، وأوصى لزيد بمثل نصيب البنت إلا ثلث ما أوصى به لعمـرو، ولعمرو بمثل نصيب أحـد البنين إلا ربع ما أوصى به لزيد، فتـجعل وصيـة زيد عددًا له ربع، ولـيكن أربعة دنانيـر، ووصيـة عمرو عـددًا له ثلث، وليكن ثلاثة دراهم. فإذا أخذت ثلث وصـية عمرو، وضممـته إلى وصية زيد، صار أربعة دنانير ودرهمًا، وذلك مثل نصيب البنت، فنصيب كل ابن ضعفه وهو ثمانيـة دنانير ودرهمان. وإذا أسقطت من ذلك ربع وصـية زيد وهو دينار، بقي سبعة دنانير ودرهمان وهي وصية عمرو، وتقابل بها الدراهم التي جعلناها وصية أوَّلاً، فتسقط درهمين بمثلها، يبقى سبـعة دنانير في مقابلة درهم واحد، فالدينار واحد، والدرهم سبعـة، كانت وصية زيد أربعة دنانير، فـهي إذًا أربعة، وكانت وصية عمـرو ثلاثة دراهم، فهي إذًا أحد وعشرون، ونصـيب البنت أربعة دنانير ودرهم، فهو أحـد عشر، ونصيب كل ابـن اثنان وعشرون، فما أخـذه زيد مثل نصيب البنت إلا ثلث وصـية عمرو، ومـا أخذه عمرو مـثل نصيب ابن إلا ربع وصية زيد.

Marfat.com

مسألة: ابن وبنت، وأوصى بـوصية إذا زدت عليها أربعـة دراهم كانت مثل نصيب البنت. وإذا زدت عليهـا تسعة كانت مثل نصيب الابن، فـاجعل نصيب البنت شيئًا وأربعة دراهم، ونصيب الابن شيئًا وتسعة دراهم، ثم تضعّف نصيب البنت يصيـر شيئين وثمـانية دراهم، وذلك يعـدل نصيب الابن، فتـسقط شيـئًا بشيء، وثمانية دراهم بثمانية، يبـقى شيء يعدل درهمًا وهو الوصية. فإذا زدت درهمًا على أربعـة، صارت خمـسة وهي نصيب الـبنت، وإذا زدت درهمًا على تسعة، صارت عشرة وهي نصيب الابن، وجملة التركة ستة عشر.

مسـألة: ابنان وبنت، وأوصى لكل واحد من زيد وعـمرو بوصـية إذا زدت على وصـية زيد أربعة دراهم كـانت مثل نصـيب البنت، وإذا زدت على وصـية عمرو تسعـة دراهم كانت مثل نصيب ابن، والوصيتان معًـا عشرون، كم كانت التركـة؟ وكم كانت الأنصـباء وكل وصيـة؟ فاجعل نصـيب البنت شيـئًا، يكون نصيب الابن شـيئين، وتكون وصيـة زيد شيئًـا إلا أربعة دراهم، ووصية عـمرو شيـئين إلا تسعة، فـالوصيتـان ثلاثة أشياء إلا ثـلاثة عشر درهمًـا، وذلك يعدل عشرين درهمًا، فتجبر وتقـابل، فثلاثة أشياء تعدل ثلاثة وثلاثين، فيكون الشيء أحد عشر، فهو نصيب البنت، ونصيب كل ابن اثنان وعشرون. فإذا نقصت من أحد عشر أربعـة، بقي سبعة، فهي وصية زيد، وإذا نـقصت من اثنين وعشرين تسعة، بقي ثلاثـة عشر، فهي وصيـة عمرو، فالوصيـتان معًا عشـرون، والتركة خمسة وسبعون.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد وعمرو وبكر بوصايا هي مثل نصيب ابن، ووصية زيد وعمـرو معًا أكثر من وصية بكر بثلاثة دراهم، ووصـية عمرو وبكر معًا أكـثر من وصية زيد بسـبعة دراهم، ووصيـة زيد وبكر معًا أكثـر من وصية عمرو باثنـي عشر درهمًا، كم التركـة؟ وكم كل وصية؟ فاجـعل نصيب كل ابن شيئًا، تكون الوصايا كلها شيئًا، تسـقط منه فضل وصية زيد وعمرو على وصية بكر وهو ثلاثة دراهم، يبقى شيء إلا ثلاثة دراهم، تأخذ نصفه وهو نصف شيء

إلا درهمًا ونصفًا، فهو وصية بـكر، ثم تسقط منه فضل وصية عمرو وبكر على وصية زيد وهو سبعة، يبقى شيء إلا سبعة دراهم، تأخذ نصفه وهو نصف شيء إلا ثلاثة دراهم ونصف درهم، فهـو وصية زيد، ثم تسقط منه فـضل وصية زيد وبكر على وصية عمرو وهو اثني عشر، يـبقى شيء إلاّ اثني عشر، تأخذ نصفه وهو نصف شيء إلا ستة، فهي وصية عمرو، وجميعها عند الضّمّ شيء ونصف شيء إلا أحد عشـر درهمًا، وذلك يعدل شيئًـا، فتجبر وتـقابل، فشيء ونصف شيء يعدل شيئًا وأحد عشـر، تسقط الشيء بالشيء، فالنصف يعدل أحد عشر، والشيء الكامل يعدل اثنين وعشرين، فعرفت أن نصيب كل ابن اثنان وعشرون، وكذلك جميع الوصـايا. فإذا أردت معرفة كل وصية، فأسـقط من مبلغ الجميع فضل وصيتي زيد وعـمرو على وصية بكر وهو ثلاثة، تبقى تسعـة عشر، تأخذ نصفها وهو تسعة ونصف، فهي وصيـة بكر، ثم أسقط منه فضل وصيتي عمرو وبكر على وصية زيد وهو سـبعة، يبقى خمسـة عشر، تأخذ نصفهـا وهو سبعة ونصف، فهي وصـية زيد، ثم أسـقط منه فضل وصـيتي زيد وبكر على وصـية عمرو وهو اثنا عـشر، يبقى عشـرة، تأخذ نصفها خـمسة، فهي وصيـة عمرو، وجملتها اثنان وعشرون.

ولما كـانت الوصايا في هذه الصـورة ثلاثًا، وكـانت كل اثنتين منها تفـضل الثالثـة بعدد، كانت كل مـفضولة نصف الباقي من جـملة الوصايا بعد إسـقاط الفـضل. ولو كانـت الوصايا أربعًـا، وكل ثلاث تفـضل الرابعـة بعدد، كـانت المفضولة ثلث الباقي مـن جملة الوصايا بعد إسقاط الفضل. ولو كـانت خمسًا، وكل أربع منهـا تفضل الخـامسـة بعدد، كـانت المفضـولة ربع الباقي من جـملة الوصايا بعد إسقاط الفضل، وعلى هذا القياس.

مسألة: ابنان، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بثلث ما تبقى من النصف وبدرهم، وترك ثلاثين درهمًـا، فتـجعل الوصيـتين شيـئًا، وتلقـيه من التركة، يبـقى ثلاثون درهمًا إلا شيئًـا، لكل ابن خمسة عـشر إلاّ نصف شيء،

فهو النصيب، ثم تأخذ نصف المال وهو خمسة عشر، فتسقط منه نصيبًا وهو خمسة عشر إلاّ نصف شيء، يبقى نصف شيء، تأخذ لعمرو ثلاثة وهو سدس شيء، وتضم إليه درهمًا، فالوصيتان معًا ستة عشر إلاّ ثلث شيء، وذلك يعدل شيئًا، فتجبر وتقابل، فستة عشر درهمًا تعدل شيئًا وثلث شيء، فالشيء يعدل اثني عشر درهمًا، وهي تعدل جملة الوصيتين، يبقى ثمانية عشر للابنين، تأخذ نصف المال وهو خمسة عشر درهمًا، تسقط منه نصيبًا وهو تسعة، تدفعه إلى زيد، يبقى ستة، تأخذ ثلثها ودرهمًا لعمرو، يبقى ثلاثة، تزيدها على النصف الآخر، تصير ثمانية عشر، لكل ابن تسعة.

الطرف الرابع: في المسائل الدورية من سائر التصرفات الشرعية. ولنوردها على ترتيب أبوابها في الفقه.

فمنها: البيع، وقد ذكرنا في «تفريق الصفقة» مسائل منه، منها: باع مريض قفيزًا جيّدًا قيمته عشرون بقفيز قيمته عشرة، وذكرنا أن هذا البيع باطل في قول، فتبطل المحاباة التي في ضمنه. وفي قول: يصح البيع في بعض القفيز ببعض القفيز، واستخرجنا بالجبران ذلك البعض هو الثلثان. ولو باع كُرًّا قيمته خمسون، بكُرَ قيمته ثلاثون وله سواه عشرة دراهم، صح البيع في جميع الكُرّ، لأنه رجع إليه ثلاثون، وعنده عشرة، فيبقى لورثته أربعون، ولم يحاب إلا بعشرين. ولو كانت قيمة كرِّ المريض خمسين، والذي يقابله خمسة عشر، وله عشرة، فتقول: صح البيع في شيء من الكرّ الجيد، وقابله من الثمن ثلاثة أعشار ذلك الشيء، فبقيت المحاباة وسبعة أعشار شيء، ومع الورثة عشرة دراهم وهي عُشرا كُرّ، فيجتمع معهم كُرٌّ وعُشرا كرّ إلا سبعة أعشار شيء، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو شيء وأربعة أعشار شيء، لأن المحاباة سبعة أعشار شيء، فتجبر وتقابل، فكرّ وعُشرا كُرٍّ تعدل شيئين وعشر شيء، تبسطها أعشارًا، فيكون الكر أحدًا وعشرين، والشيء اثني عشر، فيصح البيع في اثني عشر جزءًا من أحد وعشرين جزءًا من الكر، وذلك أربعة أسباعه بأربعة أسباع الكر الرديء،

Marfat.com

وهي بالقيمة ثلاثة أعشار المبيع من الجيد، فتجعل الكر عدداً له سُبع وعُشر، وأقله سبعون، فيصح البيع في أربعة أسباعه وهي أربعون بثلاثة أعشار الأربعين وهي اثنا عشر، فبقيت المحاباة بثمانية وعشرين، ومع الورثة مما بطل البيع فيه ثلاثون وعُشرا كُرٍّ وهما أربعة عشر بأجزاء السبعين، فيجتمع معهم ستة وخمسون ضعف المحاباة، وبطريق النسبة والتقدير نقول: ثلثا الكُرّ والعشرة المتروكة عشرون، والمحاباة بخمسة وثلاثين، والعشرون أربعة أسباع الخمسة والثلاثين، فيصح البيع في أربعة أسباع الكر.

مسألة: باع كُرًّا قيمته مائة بِكُرّ قيمته خمسون، وعليه عشرة دراهم دينًا، فيحط العشرة من ماله، ويقدِّر كأنه لا يملك إلا تسعين، وثلثها ثلاثون، والمحاباة بخمسين، والثلاثون ثلاثة أخماس الخمسين، فيصح البيع في ثلاثة أخماس الجيد بثلاثة أخماس الرديء، فيخرج من ملكه ستون، ويعود إليه ثلاثون، ويبقى مما بطل فيه ثلاثون، وذلك ضعف المحاباة.

فرع: إذا كان على المريض دين وله مال سوى ما باع، فقابل الدَّين بالتركة، فإن تساويا، فكأنه لا دَين ولا تركة، وإن زاد أحدهما، اعتبرنا الزائد على ما ذكرناه.

فرع: هذا المذكور هو في بيع الجنس بجنسه الربوي. فلو باع كُرَّ حنطة قيمته عشرون، بكُرٍّ شعير قيمته عشرة، فإن قلنا: يصح البيع في بعض بقسطه من الثمن، فهو كبيع الحنطة الجيدة بالرديئة، فيصح البيع في ثلثي الحنطة بثلثي الشعير. وإن قلنا: يصح فيما يحتمله الثلث، وفيما يوازي الثمن بجميع الثمن، صح البيع في خمسة أسداس الحنطة بجميع الشعير، لأنه يصح في قدر الثلث، وفيما يوازي الشعير بالقيمة وهو النصف، ولا بأس بالمفاضلة في الكيل.

فصل: في بيع المريض بالمحاباة[1] مع حدوث زيادة أو نقص: أما الزيادة،

---

(١) المحاباة: لغة: مصدر حابي، يقال: حاباه محاباة وحباء: اختصه ومال إليه ونصره.
وفي الاصطلاح: هي النقصان عن قيمة المثل في الوصية بالبيع، والزيادة على قيمته في الشراء.

Marfat.com

فالاعتبار في القدر الذي يصح فيه البيع، بيوم البيع، وزيادة المشتري غير محسوبة عليه. والاعتبار في القدر الذي يبطل فيه البيع ويبقى للورثة، بيوم الموت، ولا فرق بين أن تكون الزيادة بمجرد ارتفاع السوق أو بصفة تزيد في القيمة. فإذا باع عبداً قيمته عشرون بعشرة، ثم بلغت قيمته أربعين، وصححنا البيع في بعضه على ما بيناه في «تفريق الصفقة»، فإن صححناه في بعضه بكل الثمن، فللمشتري بالعشرة نصف العبد وهي قيمته يوم الشراء، يبقى نصف العبد وقيمته يوم الموت عشرون، يضمه إلى الثمن، يبلغ ثلاثين، فله من ذلك شيء بالمحاباة، وشيء يتبع المحاباة بسبب زيادة القيمة غير محسوب عليه، يبقى ثلاثون درهماً إلاّ شيئين تعدل ضعف المحاباة وهو شيئان، فتجبر وتقابل، فثلاثون درهماً تعدل أربعة أشياء، فالشيء ربع الثلاثين وهو سبعة دراهم ونصف، وهذا ما يجوز التبرع فيه وهو ثلاثة أثمان العبد يوم البيع، فيضم إلى النصف الذي ملكه المشتري بالثمَن، فيحصل له بالثمن والتبرع سبعة أثمان العبد، يبقى للورثة ثمنه وهو خمسة يوم الموت، والثَّمن وهو عشرة، وهما ضعف المحاباة. وإن صححنا البيع في بعضه بقسطه من الثمن، فنقول: يصح البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثمن، فتكون المحاباة بنصف شيء، ويبطل البيع في عبد إلاّ شيء، وقيمته عند الموت أربعون درهماً إلاّ شيئين. وإنما استثنى شيئين، لأن الاستثناء يزيد بحسب زيادة المستثنى منه، فيضم إليه الثمن وهو نصف شيء، يبقى أربعون إلاّ شيئاً ونصف شيء، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو شيء، فتجبر وتقابل، أربعون تعدل شيئين ونصف شيء، فالشيء خمسا الأربعين، وهما ستة عشر، وهي أربعة أخماس العبد يوم البيع، فللمشتري أربعة أخماس العبد بأربعة أخماس الثمن وهي ثمانية، فتكون المحاباة بثمانية، وللورثة أربعة أخماس الثمن وهي ثمانية، وخمس العبد وقيمته يوم الموت ثمانية، فالمبلغ ستة عشر ضعف المحاباة، ولا اعتبار بالزيادة الحادثة بعد موت المريض، بل وجودها كعدمها.

وأما النقص، فإما أن يحدث في يد المشتري، وإما في يد البائع المريض.

القسم الأول: إِذا حدث النقص في يد المشتري، فإما أن يحدث قبل موت البائع، وإِما بعده.

فالحالة الأولى: مثالها: أن يبيع عبداً قيمته عشرون بعشرة، ثم تعود قيمته إلى عشرة، ثم يموت البائع، فإن صححنا البيع في بعض العبد بجميع الثمن، قلنا: ملك المشتري نصف العبد بالعشرة، ونضم نصفه الآخر يوم الموت وهو خمسة إلى الثمن، يبلغ خمسة عشر، للمشتري شيء من ذلك المحاباة، وذلك الشيء محسوب عليه بشيئين، لأن النقص بالقسط محسوب على المتبرَّع عليه، فيبقى للورثة خمسة عشر إلاّ شيئًا يعدل ضعف المحسوب عليه من المحاباة وهو أربعة أشياء، فتجبر وتقابل، فخمسة عشر تعدل خمسة أشياء، فالشيء ثلاثة، وهي ثلاثة أعشار العبد يوم الموت. وإذا انضم إليها النصف الذي ملكه بالثمن وهو خمسة يوم الموت، كان المبلغ ثمانية وهي أربعة أخماس العبد يوم الموت، فيصح البيع في أربعة أخماس العبد وهو ستة عشر بجميع الثمن وهو عشرة، يبقى التبرع بستة، وللورثة خُمس العبد وهو درهمان، والثمن وهو عشرة، فالجملة اثنا عشر ضعف المحاباة. وإِن صححنا البيع في بعضه بالقسط، قلنا: يصح البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثمن، ويبطل في عبد ناقص بشيء، وقيمته يوم الموت عشرة إِلاّ نصف شيء، فتضم الحاصل من الثمن وهو نصف شيء إليه، فيكون عشرة دراهم بلا استثناء، وهي تعدل ضعف المحاباة، وهي شيء، فالشيء عشرة دراهم، وهي نصف العبد يوم البيع، فيصح البيع في نصفه وهو عشرة بنصف الثمن وهو خمسة، فالمحاباة بخمسة دراهم، وللورثة نصف العبد يوم الموت وهو خمسة، ونصف الثمن وهو خمسة، وجملتها ضعف المحاباة. وفقه هذه الحالة: أن ما صح فيه البيع، فحصته من النقص محسوبة على المشتري، لأنه مضمون عليه بالقبض. وما بطل فيه البيع، فحصته من النقص غير مضمونة على المشتري، لأنه أمانة في يده، لأنه لم يتعدَّ بإثبات اليد عليه، ولا قَبَضه لمنفعة نفسه. واستدرك إمام الحرمين فقال: إن كان النقص

Marfat.com

بانخفاض السوق، فهذا صحيح، لأن نقص السوق لا يضمن باليد ـ العين. فإن كان النقص في نفس العبد، فيحتمل أن يقال: إنه مضمون المشتري، لأنه مقبوض على حكم البيع. حتى لو برأ المريض، كان البيع في الجميع. فعلى هذا يصير المشتري غارمًا لقدر من النقصان مع الثمن ويختلف القدر الخارج بالحساب.

الحالة الثانية: أن يحدث النقص بعد موت البائع، فظاهر ما ذكره الأستاذ أبو منصور، أنه كما لو حدث قبل الموت، حتى يكون القدر المبيع هنا كالقدر المبيع فيما إذا حدث قبل موته. قال الإمام: وهذا خطأ إن أراد هذا الظاهر، لأن النظر في التركة وحساب الثلث والثلثين إلى حالة الموت، ولا معنى لاعتبار النقص بعده، كما لا تعتبر الزيادة.

القسم الثاني: إذا حدث النقص في يد البائع، بأن باع مريض عبدًا يساوي عشرين بعشرة، ولم يسلمه حتى عادت قيمته إلى عشرة، ذكر الأستاذ: أنه يصح البيع في جميعه، لأن التبرع إنما يتم بالتسليم، وقد بان قبل التسليم أنه لا تبرع. قال: وكذا لو عادت قيمته إلى خمسة عشر، لأن التبرع يكون بخمسة، والثلث وافٍ بها. واعترض الإمام بأن التبرع الواقع في ضمن البيع لا يتوقف نفوذه وانتقال الملك فيه على التسليم، فوجب أن ينظر إلى وقت انتقال الملك، وأن لا يفرق بين النقص قبل القبض وبعده، وهذه الاعتراضات بيِّنة.

فرع: الحادث في يد المشتري، إن كان بانخفاض السوق، لم يدفع خيار المشتري بتبعض الصفقة عليه. وإن كان لمعنى في نفس المبيع، فقد شبَّهوه بالعيب الحادث مع الاطلاع على العيب القديم.

فصل: محاباة المشتري تعتبر من الثلث كمحاباة البائع. فإذا اشترى مريض عبدًا قيمته عشرة بعشرين لا يملك غيرها، فثلث ماله ستة وثلثان، والمحاباة عشرة، والستة والثلثان ثلثا العشرة، فيصح الشراء في ثلثي العبد وهو ستة وثلثان بثلثي الثمن وهو ثلاثة عشر وثلث، يبقى مع الورثة ثلث الثمن وهو ستة وثلثان،

Marfat.com

وثلثا العبد وهو ستة وثلثان، وذلك ضعف المحاباة. هذا إن أجاز البائع البيع، وله أن يفسخ ويسترد العبد لتبعض الصفقة عليه. ولو اشترى عبداً قيمته عشرة بعشرين، فزادت قيمة العبد في يده، أو في يد البائع، فصارت خمسة عشر، فقد زادت خمسة في تركته. فإن قلنا: يصح الشراء في بعض ما حابى فيه بجميع ما يقابله، فتضم الخمسة الزائدة إلى الثمن، فيصير جميع التركة خمسة وعشرين، وثلثها ثمانية وثلث، فيقال للبائع: ثلث ماله ثمانية وثلث، وقد حاباك بعشرة، فإما أن تفسخ البيع وتسترد العبد، وإما أن ترد ما زاد على الثلث وهو درهم وثلثان. فإن ردّ، فمع الورثة العبد، وقيمته يوم الموت خمسة عشر، ومعهم درهم وثلثان، والجملة ضعف المحاباة. وإن قلنا: يصح الشراء في بعضه ببعض ما يقابله، قلنا: يصح الشراء في شيء من العبد بشيئين من الثمن، فتكون المحاباة بشيء، يبقى عشرون درهمًا إلاّ شيئين، تضم إليها المشترى من العبد وكان شيئًا، فصار شيئان ونصف شيء، تبلغ عشرين إلاّ نصف شيء، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو شيئان، فتجبر وتقابل، فالعشرون تعدل شيئين ونصف شيء، فالشيء ثمانية وهي خمسا العشرين وأربعة أخماس العبد، فيصح البيع في أربعة أخماس العبد وهي ثمانية بأربعة أخماس وهي ستة عشر، فتكون محاباة المشتري بثمانية، يبقى للورثة خمس الثمن وهي أربعة، وأربعة أخماس العبد وهي اثنا عشر يوم الموت، فالجملة ستة عشر ضعف المحاباة. ولو اشترى كما ذكرنا، ثم نقص العبد في يد المريض فعادت قيمته إلى خمسة، فإن قلنا بالأول من القولين، فقد كانت تركته عشرين، وصارت بالآخرة خمسة عشر، وثلثها خمسة، فيقال للبائع: إما أن تردَّ على الورثة خمسة ليكون معهم العبد وهو خمسة والدراهم الخمسة فيكون لهم ضعف الخمسة، وإما أن تفسخ البيع وتردّ الثمن بتمامه وتسترد العبد ناقصًا ولا ضمان. وإن قلنا بالتقسيط، فقال الأستاذ أبو منصور: يضمن المشتري قسط ما بطل فيه البيع من النقصان، وينقص ذلك من التركة كدَين يلزم قضاؤه. قال الإمام: هذا رجوع إلى ما قدمناه أن

Marfat.com

المأخوذ على أنه مبيع يكون مضمونًا عليه، ومناقض لما ذكر الأستاذ أن ما لا يصح فيه البيع أمانة في يد المشتري، ثم حسابه أن يقال: صح الشراء في شيء من العبد بشيئين من الثمن، وبطل في عبد ناقص بشيء قيمته بالتراجع خمسة دراهم إلاّ نصف شيء، فينقص القدر الذي نقص من التركة، يبقى خمسة عشر درهمًا إلاّ شيئًا ونصف شيء، تضم إليه الشيء المشترى من العبد وقد رجع إلى نصف، فيكون الحاصل خمسة عشر درهمًا إلاّ شيئًا تعدل ضعف المحاباة وهو شيئان، فتجبر وتقابل، فخمسة عشر تعدل ثلاثة أشياء، فالشيء ثلث الخمسة عشر وهو نصف العبد، فيصح الشراء في نصف العبد بنصف الثمن، فتكون المحاباة بخمسة، يبقى للورثة نصف الثمن وهو عشرة، ونصف العبد وهو اثنان ونصف، تسقط من المبلغ قسط ما بطل العقد فيه من النقصان وهو اثنان ونصف، يبقى في أيديهم عشرة ضعف المحاباة.

فرع: اشترى مريض عبدًا يساوي عشرة بعشرين، وله ثلاثون درهمًا، وقبض العبد وأعتقه، فالمحاباة بعشرة وهي ثلث ماله، قال ابن الحداد: إن كان ذلك قبل توفية الثمن على البائع، نفذ العتق وبطلت المحاباة، والبائع يأخذ قدر قيمة العبد بلا زيادة، لأن المحاباة في الشراء كالهبة، فإذا لم تكن مقبوضة حتى جاء ما هو أقوى منها وهو العتق، أبطلها. وإن كان بعد توفية الثمن، بطل العتق، لأن المحاباة المقبوضة استغرقت الثلث. قال الشيخ أبو علي: قد أكثر ابن الحداد التبجّح بهذه المسألة، وهو غالظ فيها عند الأصحاب كلّهم، وقالوا: لا فرق في المحاباة بين أن تكون مقبوضة أو لا تكون، لأنه متعلقها بالمعاوضة، والمعاوضات تلزم بنفس العقد، ولهذا يتمكن الواهب من إبطال الهبة قبل القبض، ولا يتمكن من إبطال المحاباة، والحكم في الحالتين تصحيح المحاباة المتقدمة وإبطال العتق المتأخر. قال: وأما قوله: يأخذ البائع قيمة العبد بلا زيادة، فهذا لا يجوز أن يلزم ويكلَّف به، لأنه لم يزل ملكه إلاّ بعشرين، لكن يخيَّر بين ما ذكره وبين أن يفسخ البيع ويبطل العتق.

فرع: باع مريض قفيز حنطة قيمته خمسة عشر لأخيه بقفيز قيمته خمسة، فمات أخوه قبله، وخلف بنتًا وأخاه البائع، ثم مات البائع ولا مال لهما سوى القفيزين، صح البيع في شيء من القفيز الجيد، ويرجع بالعوض ثلث شيء، يبقى معه قفيز إلاّ ثلثي شيء، فالمحاباة بثلثي شيء، ويحصل مع المشتري شيء من القفيز الجيد، والباقي من قفيزه وهو قيمة القفيز الجيد ثلث قفيز إلاَّ ثلث شيء، فهما معًا ثلث قفيز وثلثا شيء، يرجع نصفه بالإرث إلى البائع وهو سدس قفيز وثلث شيء، فتزيده على ما كان للبائع، فالمبلغ قفيز وسدس قفيز إلاّ ثلث شيء، وهذا يعدل ضعف المحاباة، وهو شيء وثلث شيء، فتجبر وتقابل، فقفيز وسدس قفيز تعدل شيئًا وثلثا شيء، فتبسطهما أسداسًا، وتقلب الاسم، فالقفيز عشرة، والشيء سبعة، فيصح البيع في سبعة أعشار الجيد، وهي عشرة ونصف، بسبعة أعشار الرديء، وهو ثلاثة ونصف، فتكون المحاباة بسبعة، يبقى مع البائع من قفيزه أربعة ونصف، وقد أخذ بالعوض ثلاثة دراهم ونصفًا، فالمجموع ثمانية، وللمشتري من قفيزه درهم ونصف، ومن القفيز الجيد عشرة ونصف، تكون اثني عشر درهمًا، يرجع نصفه إلى البائع وهو ستة، يبلغ ما عنده أربعة عشر وهو ضعف المحاباة. ولو كان القفيز الرديء نصف قيمة الجيد، والجيد يساوي عشرين، صح البيع في الجميع، لأنه تكون المحاباة بعشرة، فيبقى عنده عشرة، ويرجع إليه بالإرث عشرة.

فرع: باع مريض عبداً يساوي عشرين بعشرة، فاكتسب العبد عشرين في يد البائع أو في يد المشتري، ثم مات المريض، فإن ترك عشرة سوى ثمن العبد، نفذ البيع في جميع العبد، وكان الكسب للمشتري، وإن لم يملك شيئًا آخر، بطل البيع في بعض العبد، لأن المحاباة لم تخرج من الثلث. ثم حكى الإمام عن الأستاذ، أن جميع الكسب للمشتري، لأنه حصل في ملكه ثم عرض الفسخ والرد كاطلاع المشتري على عيب قديم، فإنه يردّ ويبقى له الكسب، قال: وهذا زَلَلٌ عظيم، بل الوجه القطع بأن الكسب يتبعض بتبعيض العبد كما في العتق،

Marfat.com

وليس هذا فسخًا وردًّا للبيع في بعض العبد، بل يتبين صحة البيع وحصول الملك للمشتري في بعض العبد دون بعضه، وهذا حق، لكن الأستاذ لم يقل هذا عن نفسه حتى يشنع عليه، وإنما نقله عن ابن سريج وأكثر الأصحاب، ثم حكى عن بعضهم أن الكسب كالزيادة الحادثة في قيمته. وعلى هذا، فحكمه التبعيض كالزيادة. ولو اشترى المريض عبداً قيمته عشرة بعشرين (فاكتسب)، فالكسب كالزيادة في القيمة، لكن التركة تزداد به، وحكم الزيادة ما سبق.

فرع: اشترى مريض عبداً بعشرة، وترك سواه بعشرين، وأوصى لزيد بعشرة، ثم وجد بالعبد عيبًا ينقصه خمسة، فاختار إمساكه، جاز، وكأنه حاباه بخمسة، والمحاباة مقدمة على الوصية، وللموصى له باقي الثلث وهو خمسة. وإن وجد الورثَة العبد معيبًا وأمسكوه، فلزيد العشرة، وما نقص بالعيب كأنهم أتلفوه، لأنهم لو شاءوا لفسخوا أو استردوا الثمن. ولو اشترى عبداً بثلاثين فأعتقه، وخلف ستين درهمًا، ثم وجد الورثة به عيبًا ينقصه خمسة دراهم، رجعوا على البائع بالأرش. ولو وهبه وأقبضه، لم يرجعوا به، لأنه ربما عاد إليهم فيردونه. هذا جواب الأستاذ، وفيه وجه مشروح في موضعه. ولو لم يخلف غير العبد وكان قد أعتقه، عتق منه خمساه وهو عشرة دراهم، ويرجع الورثة بالأرش وهو خمسة على البائع، ولهم مع ذلك ثلاثة أخماس العبد وهي خمسة عشرة، فيكون عشرين ضعف المحاباة. قال الأستاذ: وللبائع أن يأخذ ثلاثة أخماس العبد، ويردّ ثلاثة أخماس الثمن، ويغرم أرش خمسيه وهو درهمان. ولو كان قد وهبه وأقبضه بدل الإعتاق، فالخمسة الناقصة تحسب من الثلث، لأن المريض هو الذي فوت الرجوع بالأرش بما أنشأ من الهبة، وللموهوب له خُمُسه وهو خمسة، وللورثة أربعة أخماسه وهي عشرون.

فرع: ترك عبداً قيمته ثلاثون، وأوصى ببيعه لزيد بعشرة، فثلث ماله عشرة، وأوصى بالمحاباة بعشرين، فإن لم تجز الورثة، بيع منه على قول ثلثا العبد بجميع العشرة لتحصل له المحاباة بقدر الثلث، وللورثة ضعفه. وعلى قول التقسيط،

Marfat.com

يباع منه نصف العبد بنصف الثمن. ولو أوصى مع ذلك بثلث ماله لعمرو، فالثلث بينهما على ثلاثة، لزيد سهمان، ولعمرو سهم.

فصل: ومن التصرفات الدورية السَّلَم. فإذا أسلم المريض عشرة في قدر من الحنطة مؤجلاً يساوي عشرة، ومات قبل حلول الأجل، فللوارث الخيار. فإن أجاز، فالسَّلَم بحاله. وإن قالوا: لا نرضى بالأجل في محل حقنا وهو الثلثان، فلهم ذلك كما ذكرنا في «بيع الأعيان بثمن مؤجل»، وحينئذ فالمسلَم إليه بالخيار، إن شاء فسخ السَّلَم وردَّ رأس المال بتمامه، وإن شاء ردَّ ثلثي رأس المال وفسخ العقد في الثلثين وبقي الثلث عليه مؤجَّلاً، وإن شاء عجّل ثلثي ما عليه ويبقى الثلث عليه مؤجلاً، وأيهما اختار سقط حق الورثة من الفسخ. ولو أسلم عشرة في قدر يساوي ثلاثين، فللورثة الخيار أيضًا مع الغبطة بسبب الأجل، وللمسلَم إليه الخيار كما ذكرنا، ويكفيه أن يجعل مما عليه ثلثي العشرة وذلك تُسعا ما عليه من الحنطة، ويكون الباقي عليه إلى انقضاء الأجل. ولو أسلم الثلاثين في قدر يساوي عشرة، فللورثة الاعتراض هنا بسبب الأجل وبسبب التبرع. فإذا لم يجيزوا، فالمسلَم إليه بالخيار، إن شاء فسخ السلم وردَّ رأس المال، وإن شاء فسخ في الثلاثين ورد ثلثي رأس المال، ويكون الباقي عليه إلى أجله، فإن شاء عجل ما عليه مع ما زاد من المحاباة على الثلث، ولا يكفيه تعجيل ما عليه هنا، لأنه لا يحصل للورثة ثلثا المال، ولو عجل نصف ما عليه مع نصف رأس المال وفسخ السلم في النصف، كفى. ولو أسلم مريض إلى رجلين ثلاثين درهمًا في قفيز من الحنطة قيمته عشرة إلى أجل، ولم يجز الورثة، واختار المسلَم إليهما إمضاء السلم فيما يجوز فيه السلم، فإن قلنا: يصح العقد في بعض ما حابى فيه بقسطه، صح لهما السلم في نصف المسلَم فيه، وقيمته خمسة دراهم، بنصف رأس المال وهو خمسة عشر، فتكون المحاباة بعشرة، وللورثة نصف المسلم فيه وهو خمسة، ونصف رأس المال وهو خمسة عشر، وذلك ضعف المحاباة. وإن قلنا: يصح العقد في بعض ما حابى به بجميع

Marfat.com

الثمن، فإذا أمضيا العقد، صح السلم في جميع القفيز بثلثي رأس المال، فيؤديان القفيز ويردّان عشرة دراهم.

فصل: ومنها الضمان، والإقرار، والشفعة. وقد ذكرنا مثال الدور فيها في أبوابها.

ومن صوره في الإقرار، قال زيد لعمرو: عليَّ عشرة إلاّ نصف ما على بكر، وقال بكر لعمرو: عليَّ عشرة إلاّ نصف ما على زيد، فعلى كلٍّ واحد من زيد وبكر عشرة إلاّ شيئًا، تأخذ نصف ما على أحدهما وهو خمسة إلا نصف شيء، وذلك يعدل الشيء الناقص من العشرة، فخمسة إلا نصف شيء تعدل شيئًا، فتجبر وتقابل، فخمسة تعدل شيئًا ونصفًا، فالشيء ثلثا الخمسة وهو ثلاثة وثلث، فهي الشيء، تسقطها من العشرة، يبقى ستة وثلثان، فهي الواجب على كل واحد منهما. ولو قال: كل واحد منهما عشرة إلاّ ربع ما على الآخر، قلنا: على كل واحد عشرة إلا شيئًا، تأخذ ربع ما على أحدهما وهو درهمان ونصف إلا ربع شيء، وذلك يعدل الشيء الناقص، فتجبر وتقابل، فيقع درهمان ونصف في معادلة شيء وربع شيء، فالشيء درهمان تسقطهما من العشرة، يبقى ثمانية، فهي الواجب على كل واحد منهما. ولو قال: كل واحد عشرة ونصف ما على الآخر، قلنا: على كل واحد عشرة وشيء، تأخذ نصف ما على أحدهما وهو خمسة ونصف شيء، وذلك يعدل الشيء الزائد على العشرة، فتسقط نصف شيء بنصف شيء، يبقى نصف شيء في معادلة خمسة دراهم، فالشيء عشرة دراهم، فعلى كل واحد عشرون. ولو قال: كل واحد عشرة وثلث ما على الآخر، فيزاد على العشرة نصفها، تبلغ خمسة عشر، فهي الواجب على كل منهما. ولو قال: وربع ما على الآخر، فيزاد على العشرة ثلثها، فعلى كل واحد ثلاثة عشر وثلث، وعلى هذا التنزيل.

فصل: ومنها الهبة، فإذا وهب مريض عبدًا، ثم رجع العبد أو بعضه إلى الواهب بهبة أو غيرها، دارت المسألة، لأن التركة تزيد بقدر الراجع. وإذا

Marfat.com

زادت، زاد الثلث. وإذا زاد الثلث، زاد الراجع فزادت التركة، فإذا وهب مريض لزيد عبدًا، وأقبضه، ثم وهبه زيد لـلأول وهو مريض أيضًا، وماتا ولا مال لهما سوى العبد، فبالجبر نقول: صحت هبة الأول في شيء من العبد، فبقي عبد إلاّ شيـئًا، وصحت هبـة زيد في ثلث ذلك الشيء، فيـرجع إلى الأول ثلث شيء، فيكون مـعه عبد إلاّ ثلـثي شيء، وذلك يعدل ضعف مـا صحت هبته فـيه وهو شيـئان، فبـعد الجبر: عـبد يعدل شـيئين وثلثي شيء، تبسـطها أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالعبـد ثمانية، والشيء ثلاثة، فتصح هبة الأول في ثلاثة أثـمان العبد، وتبطل في الباقي، وتصح هبـة زيد في ثمن من الأثمان الثلاثة، فيـبقى مع ورثة زيد ثمنان وهما ضـعف هبته، ومع ورثة الأول سـتة أثمان العبـد وذلك ضعف هبته.

وبطريق السهـام، تطلب عدداً له ثلث، ولثلثـه ثلث بسبب الهـبتين، وأقله تسعة، فـتصح هبة الأول في ثلاثة، ويرجع من الثلاثة سـهم وهو سهم الدور، تسقطه من التسعة، يبقى ثمانية، تصح الهبة في ثلاثة منها كما سبق. ولو وهب زيد لمريض ثالث وأقبضه، ثم وهـبْ الثالث الأول، صحت هبة الأول في شيء من العبد، وهبة زيد في ثلث ذلك الشيء، وهبة الثالث في ثلث ثلثه وهو تُسع، فيرجع إليه تُسع ذلك الشيء، يبقى معه عبد إلاّ ثمانية أتساع شيء تعدل شيئين، فبعـد الجبر: عبد يعـدل شيئين وثمانية أتسـاع شيء، فتبسطهـا أتساعًا، وتقلب الاسم، فالعبد ستة وعشرون، والشيء تسـعة، فتصح هبة الأول في تسعة أجزاء من ستة وعشرين جزءاً من العبـد، وهبة زيد في ثلاثة منها، يبقى مع ورثته ستة هي ضعف هبته، وهبة الثالث في واحد، يـبقى مع ورثته سهمان، وينضم جزء إلى ما بقي مع ورثة الأول، تكون ثمانية عشر هي ضـعف ما صحت فيه هبته.

وبالسـهام تطلب عـدداً له ثلث، ولثلثه ثـلث، ولثلث ثلثه ثلث، وأقلـه سبـعة وعشرون، يسقط منه سهم الدور، يبقى ستة وعشرون على ما ذكرنا.

مسألة: كـان للواهب تركة سوى العبـد، بأن وهب لزيد عبداً قيمـته مائة،

Marfat.com

وأقبضه، ثم وهبه زيد ـ وهو مريض أيضًا ـ للأول، ثم ماتا وللأول خمسون سوى العبد، فبطريق الدينار والدرهم تقول: العبد دينار ودرهم، تصح هبة الأول في درهم، ويرجع إليه بهبة زيد ثلث درهم، يبقى معه من العبد دينار، ومما سواه نصف دينار ونصف درهم، فإنه مثل نصف العبد، ومما رجع إليه ثلث درهم، فالمبلغ دينار ونصف دينار وخمسة أسداس درهم، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو درهمان، تسقط خمسة أسداس بخمسة أسداس درهم، يبقى دينار ونصف دبنار في معادلة درهم وسدس درهم، تبسطها أسداسًا، وتقلب الاسم، فالدرهم تسعة، والدينار سبعة، وكان العدد درهمًا ودينارًا، فهو إذًا ستة عشر، تصح الهبة في تسعة منها، ويرجع إليه بهبة زيد ثلاثة ومعه تركة مثل نصف العبد، فالمبلغ ثمانية عشر ضعف التسعة. ولو كان على الواهب الأول دين ولا تركة سوى العبد، فإن كان الدَّين مثل العبد أو أكثر، فالهبة باطلة. وإن كان أقل، بأن وهب عبدًا قيمته مائة وعليه عشرون دينًا، صحت هبة الأول في شيء، ويرجع إلية ثلث شيء، فيبقى عبد إلاّ ثلثي شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: أربعة أخماس عبد تعدل شيئين وثلثي شيء، فتبسطهما بأجزاءِ الثلث والخمس بأن تضربهما في خمسة عشر، وتقلب الاسم، فالعبد أربعون، والشيء اثنا عشر، تصح هبة الأول في اثني عشر من أربعين من العبد، ويعود إليه أربعة، يبقى اثنان وثلاثون، يقضى منها الدين وهو ثمانية أجزاء مثل خمس العبد، يبقى أربعة وعشرون ضعف الهبة. ولو كان للمريض الثاني تركة سوى العبد، بأن كان العبد مائة، وللثاني خمسون سواه، ووهب جميع ماله، فتصح هبة الأول في شيء من العبد ويكون مع الثاني نصف عبد وشيء، يرجع ثلثه إلى الأول وهو سدس عبد وثلث شيء، فيجتمع عنده عبد وسدس عبد إلا ثلثي شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبد وسدس عبد يعدل شيئين وثلثي شيء، فتبسطهما أسداسًا، وتقلب الاسم، فالعبد ستة عشر، والشيء سبعة، ومع الثاني نصف عبد وهو ثمانية مع الشيء وهو سبعة، فالمبلغ خمسة عشر، ويرجع إلى

الأول من هبته خمسة، فيصير معه أربعة عشر ضعف الهبة.

مسألة: وهب مريض عبداً قيمته مائة، فمات في يد المتهب، ثم مات الواهب ولا مال له، فعن ابن سريج وجهان. أحدهما: تصح الهبة في جميع العبد، لأنه لم يبق شيء يورث، فتكون هبته كهبة الصحيح. وأصحهما: أنها باطلة، لأنها في معنى الوصية. فإن أبطلناها، ففي وجوب الضمان على المتهب وجهان: أحدهما: نعم، لأنه قبضه لنفسه فأشبه المستعير. وأصحهما: لا، بخلاف المستعير، فإنه قبض ليردّ. فإن أوجبناه الضمان، قال الأستاذ: يضمن ثلثي قيمته لورثة الواهب، وقياس بطلان الهبة أن يضمن جميع القيمة. ولو اكتسب العبد في يد المتهب مائة، ثم مات، فإن صححنا الهبة في الجميع، فالكسب للمتهب. وإن أبطلناها في الجميع إذا لم يكن كسب، فهنا تصح الهبة في شيء من العبد، ويكون للمتهب شيء من الكسب غير محسوب عليه من الوصية، وللورثة باقي الكسب وهو مائة إلاّ شيئًا تعدل شيئين، فبعد الجبر والمقابلة: مائة تعدل ثلاثة أشياء، فالشيء ثلث المائة، فتصح الهبة في ثلث العبد، وتبطل في ثلثه، ولورثة الواهب ثلثا كسبه، وذلك ضعف ما صحت فيه الهبة، ولم يحسب ثلثا العبد على ورثة الواهب، لأنه تلف قبل موت الواهب، وحسبنا على المتهب ما تلف من وصيته، لأنه تلف تحت يده.

مسألة: وهب لأخيه مالاً لا مال له سواه، فمات الأخ قبله وخلف بنتًا وأخاه الواهب، ثم مات الواهب، فتصح الهبة في شيء من العبد، ويرجع بالميراث نصفه، فالباقي عبد إلاّ نصف شيء، وذلك يعدل شيئين، فتجبر وتقابل، فعبد يعدل شيئين ونصف شيء، فالشيء خمسا العبد، فتصح الهبة في خُمسيه، وتبطل في ثلاثة أخماسه، ويرجع بالميراث أحد الخمسين، فيحصل للورثة أربعة أخماسه وهي ضعف ما صحت فيه الهبة.

مسألة: أخ وأخت مريضان، وهب كلٌّ للآخر عبدًا لا يملك سواه وهما متساويا القيمة، ثم مات الأخ وخلف بنتين والأخت الواهبة، أو ماتت الأخت

Marfat.com

وخلَّفت زوجًا والأخ الواهب، فإن ماتت الأخت أولاً، صارت هبتها للأخ وصية للوارث. وأما هبة الأخ، فتصح في شيء، ويرجع إليه بالإرث نصف شيء مع نصف العبد الذي كان لها، فيجتمع لورثته عبد ونصف عبد إلاّ نصف شيء، وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبد ونصف عبد تعدل شيئين ونصف شيء، فتبسطها أنصافًا، وتقلب الاسم، فالعبد خمسة، والشيء ثلاثة، تصح الهبة في ثلاثة أخماس العبد، ويرجع إليه بالإرث نصفها ونصف العبد الذي لها وهو أربعة أخماس، فيضم إلى الخمسين الباقيين له، يكون ستة أجزاء ضعف الهبة. وإن مات الأخ أولاً، صارت هبته للأخت وصية لوارث، وتصح هبة الأخت في شيء من العبد، ويرجع إليها ثلثها مع ثلث العبد الذي كان له، فيجتمع لورثتها عبد وثلث عبد إلاّ ثلثي شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبد وثلث عبد يعدل شيئين وثلثي شيء، فتبسطها أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالعبد ثمانية، والشيء أربعة وهي نصفها، تصح الهبة في نصف العبد، وينضم إليه ماله وهو عبد، فالمبلغ عبد ونصف يعود ثلثه إلى الأخت وهو نصف عبد، فيجتمع لورثتها عبد ضعف الهبة. ولو عمي موتهما ولم يرث أحدهما الآخر، صحت هبة كل واحد في نصف عبده.

مسألة: وهب لزوجته مائة لا يملك غيرها، وأقبضها، فأوصت هي بثلث مالها، ثم ماتت قبل الزوج، صحت هبته في شيء من المائة، وصحت وصيتها في ثلث ذلك الشيء، ويرجع إلى الزوج بالإرث نصف ذلك الباقي وهو ثلث شيء، فيحصل عند الزوج مائة إلا ثلثي شيء وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر: مائة تعدل شيئين وثلثي شيء، فتبسطهما أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالمائة ثمانية، والشيء ثلاثة، فتصح الهبة في ثلاثة أثمان المائة، وتصح الوصية في ثمن، ويرجع بالإرث ثمن إلى الزوج، فيحصل عند ورثته ستة أثمان وهو ضعف الهبة.

مسألة: وهب مريض لمريض عبدًا، وأقبضه، ثم وهبه الثاني للأول وأقبضه،

Marfat.com

ولا مال لهمـا غيره، ثم أعتـقه الأول وماتا، قال ابن سـريج: المسألة تصح من أربعة وعشرين، لورثة الواهب الأول ثلثـاه، ولورثة الثاني ربعه، ويعتق منه باقي الثلث وهو نصف سدسه، قال الأستاذ: هذا خطأٌ عند حذَّاق الأصحاب، والعتق باطل، لأنه قدم الهبة على العتق وهي تستغرق الثلث. وإذا بطل العتق، صحت هبة الأول في ثلاثة أثمـان العبد، ويرجع إليـه بالهبة الثانـية ثمنه، فيجـتمع مع ورثته ستة أثمانه وهي ضعف الهبـة. وصوّب الإمام ابن سريج فقال: إذا اجتمع للأول ستة أثمانه، ثم أعتق، فتنفيذ العتق في تمام الثلث لا ينقص حق ورثته من الثلثين، ولا حق الموهوب له، فيتعين المصير إليه، وحينئذٍ لا بد من تعديل الثلث والثلثين ورعاية الأثمـان، فتضـرب ثلاثة في ثمانية، تبلغ أربعـة وعشرين كـما ذكره. فلو أعـتقه قـبل هبة الثاني، ثم وهبـه الثاني، لغا العـتق، إذ لم يصادف محلاً، إلا أن يحتمل الوقف.

فرع: زيادة الموهوب ونقصه، كـزيادة العبد المعتق ونقصـه، لكن ما يحسب هناك للعبد المعتق أو عليه، يحسب هنا على ورثة الواهب، وسنوضحه في العتق إن شاء الله تعالى.

مسـألة: وهب مريض لأخيـه عبداً، ثم وهبه المتـهب نصفه وهو صـحيح، ومات قبل المريض وخلّف بنتًا وأخاه الواهب، فقولان.

أظهرهما عند الأستاذ: أن هبة الثاني تنحـصر فيما ملكه بهبة الأول، وتصح في جميعه، وحسابه أن هبة المريض تصح في شيء، ويرجع إليه بهبة الثاني ذلك الشيء كله، فمنه عبد يعدل شيئين، فـالشيء نصف عبد، فتصح الهبة في نصف العبد، ثم يرجع إليه، فيكون لورثته عبد تام ضعف الهبة.

والقول الثاني: أنها تشـيع، لمصادفتها ما ملكه وغيـره، فتصح في نصف ما ملك. وحسـابه: أن هبة المريض تصح في شيء من العـبد، ويرجع بهبـة الثاني نصف ذلك الشيء، ثم يـرجع بالإرث نصف مـا بقي وهمـا ثلاثة أرباع شيء، يبقى عبد إلا ربع شيء يعدل شيئين، فبـعد الجبر: عبد يعدل شيئين وربع شيء،

Marfat.com

فتبسطها أرباعًا، وتقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشيء أربعة، فتصح الهبة في أربعة أتساع العبد، ويرجع إليه بالهبة تُسعان، وبالإرث تُسع آخر، فيجتمع لورثته ثمانية أتساع ضعف الهبة.

فرع: فيما إذا وطئت الموهوبة وطأً يوجب المهر: إن وطئها أجنبي بشبهة قبل موت الواهب، فالمهر كالكسب يقسم على ما تصح فيه الهبة، وعلى ما لا تصح، فحصة ما تصح هبته لا تحسب على المتهب، وحصة ما لا تصح تحسب على ورثة الواهب. وإن وطئها الواهب في يد المتهب ومهرها مثل قيمتها، صحت الهبة في شيء، ويستحق المتهب على الواهب مثل ذلك الشيء من المهر، فيقضى مما بقي، يبقى جارية إلاّ شيئين تعدل شيئين، فبعد الجبر: جارية تعدل أربعة أشياء، فالشيء ربع الجارية، تصح الهبة في ربع الجارية، ويثبت على الواهب مثل ربعها يقضى من الجارية، يبقى مع الورثة نصفها وهو ضعف الموهوب. وإن وطئها المتهب ومهرها مثل قيمتها، صحت الهبة في شيء، وتبطل في جارية سوى شيء، وثبت للواهب على المتهب مثل ما بطلت فيه الهبة وهو جارية إلا شيئًا، فيحصل له جاريتان إلا شيئين يعدلان شيئين، فبعد الجبر: جاريتان تعدلان أربعة أشياء، فالشيء نصف جارية، فتصح الهبة في نصفها، ويستحق بالوطء مثل نصفها، فيحصل للورثة جارية تامة وهي ضعف الموهوب. وإن كان مهرها نصف قيمتها، صحت الهبة في شيء، وبطلت في جارية سوى شيء، ويستحق الواهب على المتهب مثل نصف ما بطلت فيه الهبة، وهو نصف جارية إلاّ نصف شيء فيجتمع عند الواهب جارية ونصف إلاّ شيئًا، ونصف شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: جارية ونصف تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء، فتبسطها أنصافًا، وتقلب الاسم، فالجارية سبعة، والشيء ثلاثة، تصح الهبة في ثلاثة أسباع الجارية، وتبطل في أربعة أسباعها، ويغرم المتهب من مهرها مثل سُبعي قيمتها، فيجتمع مع ورثة الواهب ستة أسباعها ضعف الموهوب. وإن وطئها الواهب والمتهب ومهرها مثل قيمتها، صحت الهبة في شيء وثبت للمتهب على الواهب مثل ذلك الشيء، يبقى جارية إلاّ شيئين، وثبت للواهب

Marfat.com

على المتهب مثل ما بطلت فيه الهبة وهو جارية إلا شيئًا، فتضم إلى ما بقي للواهب، تبلغ جاريتين إلا ثلاثة أشياء تعدل شيئين، فبعد الجبر: جاريتان تعدلان خمسة أشياء، فالشيء خمس الجاريتين وهو خمسا جارية، فتصح الهبة في خمسيها، ويثبت للمتهب على الواهب خمسان آخران، فالمبلغ أربعة أخماس، ثم يسترجع الواهب مثل ما بطلت فيه الهبة وهو ثلاثة أخماس، فيجتمع لورثته أربعة أخماس وهو ضعف الموهوب. ولو كان مهرها مثل نصف قيمتها، صحت الهبة في ثلاثة أثمانها، وبطلت في خمسة أثمانها، ويثبت للمتهب على الواهب ثمن ونصف ثمن، فيجتمع له أربعة أثمان ونصف ثمن، ثم يسترجع الواهب نصف ما بطلت فيه الهبة وهو ثمنان ونصف، فيجتمع لورثته ستة أثمان وهو ضعف الموهوب.

فصل: ومنها: الصداق والخلع، وقد سبق أن المريض إذا نكح بمهر المثل، جعل من رأس المال. وإن نكح بأكثر، فالزيادة من الثلث. فإن كانت وارثة، فالتبرع على وارث، وذكرنا أنه إن ماتت الزوجة قبله وورثها الزوج، وقع الدور، فيتخرَّج على هذا مسائل.

إحداها: أصدقها مائة، ومهر مثلها أربعون، فماتت قبله ولا مال لهما سوى الصداق، فلها أربعون من رأس المال، ولها شيء بالمحاباة، يبقى مع الزوج ستون إلاّ شيئًا، ويرجع إليه بالإرث نصف ما للمرأة وهو عشرون ونصف شيء، فالمبلغ ثمانون إلا نصف شيء يعدل شيئين ضعف المحاباة، فبعد الجبر تعدل ثمانون شيئين ونصف شيء، فالشيء خمسا الثمانين وهو اثنان وثلاثون، فلها اثنان وسبعون، أربعون مهر، والباقي محاباة، يبقى مع الزوج ثمانية وعشرون، ويرجع إليه بالإرث ستة وثلاثون، فيجتمع لورثته أربعة وستون ضعف المحاباة. فإن كان لها ولد، فالراجع إليه بالإرث ربع مالها وهو عشرة وربع شيء، فيحصل للزوج سبعة إلا ثلاثة أرباع شيء وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر: تعدل سبعون شيئين وثلاثة أرباع شيء، تبسطهما أرباعًا، فتكون الدراهم مائتين وثمانين، والأشياء أحد عشر، تقسم الدراهم على الأشياء، يخرج من القسمة

Marfat.com

خمسة وعشرون وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، فهذا قدر المحاباة، فلها بالمهر والمحاباة خمسة وستون درهمًا وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، يرجع إلى الزوج ربع ذلك وهو ستة عشر درهمًا وأربعة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، وذلك ضعف المحاباة.

(المسألة) الثانية: أعتق مريض جارية ونكحها على مهر مسمى، نظر، إن لم يملك غيرها، فالنكاح باطل، لأنه لا ينفذ عتق جميعها، والنكاح والملك لا يجتمعان. ثم إن لم يدخل بها، فلا مهر. وإن دخل، فهو وطء شبهة، فلها من المهر بقسط ما عتق منها، ويقع فيه الدور. فإذا كانت قيمتها مائة، والمهر خمسين، عتق منها شيء ولها بالمهر نصف شيء، لأن المهر نصف القيمة، يبقى جارية إلا شيئًا ونصف شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: جارية تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء، فالشيء سُبعا الجارية، فينفذ العتق في سبعيها، ويبطل في خمسة أسباعها، فيصرف سبع منها إلى مهر السبعين، يبقى للورثة أربعة أسباعها ضعف ما عتق، ثم السبع المصروف إلى المهر، إن رضيت به بدلاً عمّا لها من المهر، فذاك، ويعتق عليها حين ملكته لا بالإعتاق الأول وإن أبت بيع سبعها في مهرها. هذا إذا لم يملك غيرها. فإن ملك، وكانت الجارية قدر الثلث، بأن خلف مائتين سواها، فإن لم يدخل بها، فلا مهر، لأنها لو استحقت مهراً للحق التركةَ دين، فلا تخرج كلها من الثلث، ولبطل النكاح وسقط المهر، وإن دخل بها، قال الشيخ أبو علي: لها الخيار، فإن عفت عن مهرها، عتقت وصح النكاح، وإلا، فلها ذلك، ويتبين أن جميعها لم يعتق، وأن النكاح فاسد ولها مهرها ما عتق منها. فيقال: عتق شيء، ولها بالمهر نصف شيء، يبقى للورثة ثلثمائة إلاّ شيئًا ونصف شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: ثلثمائة تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء، فمائة تعدل شيئًا وسدس شيء، تبسطها أسداسًا، وتقلب الاسم، فالشيء ستة، والمائة سبعة، فالشيء ستة أسباع الجارية.

(المسألة) الثالثة: قد علم أن خلع المريض بأقل من مهر المثل، لا يعتبر من الثلث، وأن المريضة لو نكحت بأقل من مهر المثل جاز، ولا اعتراض للورثة إذا

Marfat.com

لم يكن الزوج وارثًا، وأن المريضة لو اختلعت بأكثر من مهر المثل، اعتبرت الزيادة من الثلث. فإذا نكح مريض امرأة بمائة، ومهرها أربعون درهمًا، ثم خالعته في مرضها بمائة، وماتا من مرضهما ولا مال لهما إلاّ المائة، فإما أن يكون الخلع قبل الدخول، وإما بعده.

الحالة الأولى: بعده، فللمرأة أربعون من رأس المال، وله شيء بالمحاباة، ثم يرجع إلى الزوج أربعون بالخلع، وله ثلث شيء بالمحاباة، فيحصل لورثة الزوج مائة إلاّ ثلثي شيء تعدل شيئين، فبعد الجبر: مائة تعدل شيئين وثلثي شيء، فالشيء ثلاثة أثمان المائة وهو سبعة وثلاثون درهمًا ونصف درهم وهي المحاباة، فللمرأة بالمهر والمحاباة سبعة وسبعون درهمًا ونصف درهم، ثم يأخذ الزوج من ذلك أربعين درهمًا بعوض الخلع، وبالمحاباة ثلث الباقي وهو اثنا عشر ونصف، وكان بقي له اثنان وعشرون ونصف، فالمبلغ خمسة وسبعون ضعف المحاباة. هذا إذا جرى الخلع بمائة في ذمتها، فلو جرى بعين المائة التي أصدقها، فقد خالعها على مملوك وغير مملوك. قال الأستاذ تفريعًا على أن المسمى يسقط ويرجع إلى مهر المثل: لها أربعون من رأس المال، وشيء بالمحاباة، وللزوج عليها أربعون بالخلع، ولا شيء له بالمحاباة، لأن المسمى إذا بطل بطل ما في ضمنه من المحاباة، فيكون لورثة الزوج مائة إلاّ شيئًا يعدل شيئين، فبعد الجبر يتبين أن المسمى ثلث المائة، فلها بالمهر والمحاباة ثلاثة وسبعون درهمًا وثلث درهم، يأخذ الزوج من ذلك أربعين، يجتمع لورثته ستة وستون وثلثان ضعف المحاباة.

الحالة الثانية: إذا جرى الخلع قبل الدخول، فيتشطر الصداق، والحاصل للمرأة نصف مهر المثل من رأس المال وهو عشرون درهمًا، وشيء بالمحاباة، للزوج من ذلك أربعون مهر المثل، يبقى شيء إلاّ عشرين درهمًا له ثلاثة بالمحاباة وهو ثلث شيء إلاّ ستة دراهم وثلثي درهم، يبقى لورثتها ثلثا شيء إلاّ ثلاثة عشر درهمًا وثلث درهم، فيجتمع لورثة الزوج مائة وثلاثة عشر درهمًا وثلث درهم إلاّ ثلثي شيء، وذلك يعدل ضعف المحاباة شيئين، فبعد الجبر: مائة وثلاثة عشر وثلث تعدل شيئين وثلثي شيء، فالشيء ثلاثة أثمان هذا المبلغ وهي

Marfat.com

اثنان وأربعون درهمًا ونصف درهم وهي المحاباة، فللمرأة المحاباة ونصف المهر اثنان وستون درهمًا ونصف درهم يبقى للزوج سبعة وثلاثون درهمًا ونصف درهم، ويأخذ مما صار لها بعوض الخلع أربعين، ويأخذ أيضًا ثلث الباقي وهو سبعة دراهم ونصف، فالمبلغ خمسة وثمانون ضعف المحاباة. هذا كلام الأستاذ، واعترض الإمام، بأن مهر المثل مع المحاباة الصداق، فوجب أن يرجع إلى الزوج نصف الجميع، وعلى هذا طريق الحساب أن يقال: لها من رأس المال أربعون، وبالمحاباة شيء، يبقى للزوج ستون إلاّ شيئًا، ويرجع إليه نصف ما ملكته صداقًا وهو عشرون ونصف شيء، فللزوج ثمانون إلاّ نصف شيء، ثم تأخذ مما بقي لها أربعين، يبقى نصف شيء إلاّ عشرين درهمًا، تأخذ بالمحاباة ثلث هذا الباقي وهو سدس شيء إلاّ ستة دراهم وثلثي درهم، فيجتمع لورثته مائة وثلاثة عشر درهمًا وثلث درهم إلاّ ثلث شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر يتبين أن الشيء ثلاثة أسباع مائة وثلاثة عشر درهمًا وثلث درهم، وهو ثمانية وأربعون درهمًا وأربعة أسباع درهم، يبقى للزوج أحد عشر درهمًا وثلاثة أسباع، ويرجع بالشطر أربعة وأربعون درهمًا وسُبعان، ويأخذ من الشطر الآخر قدر مهر المثل و[illegible]بعون وثلث الباقي وهو درهم وثلاثة أسباع، فالمبلغ سبعة وتسعون درهمًا وسبع درهم، وذلك ضعف المحاباة، يبقى لورثة المرأة درهمان وستة أسباع درهم. وعلى قول الأستاذ، يبقى لهم خمسة عشر، ثم لا فرق في المسألة بين موته أوّلاً وعكسه، وموتهما معًا، لانقطاع الإرث بالخلع، والدورُ إنما يقع في جانبه دونها، إذ لا يعود إليها شيء مما يخرج منها.

فصل: ومنها الجنايات، فإذا جنى عبد على حرّ خطأً، وعفا المجني عليه ومات لم يكن العفو وصية لقاتل، لأن فائدته تعود إلى السيد، فإن أجاز الورثة، فذاك، وإلا، نفذ في الثلث، وانفك ثلث العبد عن تعلق أرش الجناية. وأشار الإمام إلى وجه: أنه لا ينفك، كما أنه لا ينفك شيء من المرهون ما بقي شيء من الدّين. والصحيح الأول. ثم السيد بالخيار بين أن يسلم ثلثيه للبيع، وبين أن يفديَه. فإن سلّمه، فلا دور، بل يباع ويؤدى من ثمنه ثلثا الأرش، أو ما تيسر.

Marfat.com

وإن فداه، فيفدي الثلثين بثلثي الأرش، كم كان، أم بالأقل من ثلثي القيمة وثلثي الدِّية؟ فيه قولان. فإن كان الفداء بثلثي القيمة، فلا دور، وإن كان بالدِّية، فيقع الدور، فيقطع بالحساب.

مثاله: قيمة العبد ثلثمائة، وقوَّمنا الإبل فكانت ألفًا ومائتين، فيصح العفو في شيء من العبد، ويبطل في عبد ناقص بشيء يفديه السيد بأربعة أمثاله، لأن الدية أربعة أمثاله، وأربعة أمثاله أربعة أعبد إلاّ أربعة أشياء، فيحصل لورثة العافي أربعة أعبد إلاّ أربعة أشياء، وذلك يعدل شيئين، فتجبر وتقابل، فأربعة أعبد تعدل ستة أشياء، فتقلب الاسم وتقول: العبد ستة، والشيء أربعة وهي ثلثا الستة، فيصح العفو في ثلثي العبد وهو مائتان، ويفدي السيد ثلثه بثلث الدية وهو أربعمائة، فيحصل لورثة العافي ضعف المائتين. هذا إذا لم يترك العافي سوى ما يستحقه من الدية. فإن ترك مالاً، نظر، إن كانت القيمة أقل من الدية، وكان ما تركه ضعف القيمة، صح العفو في جميع العبد. وإن كان ما تركه دون ضعف القيمة، ضمت التركة إلى قيمة العبد، وصح العفو في ثلث الجملة من العبد. وإن كانت القيمة أكثر من الدية، جمع بين التركة والدية، وصح العفو في ثلث الجملة من الدية.

فروع: أحدها: لو لم يترك سوى ما يستحق من الدية وعليه مائتان دينًا، وسلمه للبيع، واختار الفداء، وقلنا: الفداء بأقل الأمرين، سقط الدين من قيمة العبد، يبقى مائة للسيد، ثلثها وهو تسع العبد، فيصح العفو في تُسعه، ويباع ثمانية أتساعه، أو يفديها السيد بثمانية أتساع قيمته، وهو مائتان وستة وستون درهمًا وثلثان، يقضى منها دينه، يبقى ستة وستون وثلثان ضعف ما صح فيه العفو. وإن قلنا بالدية، صح العفو في شيء، وفدى السيد الباقي بأربعة أمثاله وهي أربعة أعبد إلاّ أربعة أشياء، تحط منها قدر الدين وهو ثلثا عبد، يبقى ثلاثة أعبد وثلث عبد إلاّ أربعة أشياء تعدل شيئين، فتجبر وتقابل وتبسطها أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالعبد ثمانية عشر، والشيء عشرة وهو خمسة أتساعها، فيصح العفو في خمسة أتساع العبد وهي مائة وستة وستون درهمًا وثلثان، ويفدي السيد

Marfat.com

باقيه وهو مـائة وثلاثة وثلاثون درهمًا وثلث درهم بأربعة أمثاله وهي خـمسمائة وثلاثة وثلاثون، يقـضى منها الدَّين، يبـقى ثلثمـائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم ضعف ما صح العفو فيه.

(الفرع) الثاني: جنى عبدان خطأً على حر، فعفا عنهما، ومات ولا مال له سوى الدية، فإن اختـار السيدان تسليمهما أو اخـتارا الفداء، وقلنا: الفداء بأقل الأمرين، صح العـفو في ثلث كل عبد، وبيع ثلثـاه، أو فدى سيده ثلثـيه بثلثي القيمة. وإن قلنا: الفداء بالدية، وكانت قيمـة كل عبد ثلثمائة، وقيمة الدية ألفًا ومائتين، صح العـفو في شيء من كل عـبد، وفدى سـيده باقـيه بضعـفه، لأن نصف الدية هو الذي تعلق بكل عبـد، ونصف الدية ضعف كل عبد، فـيحصل لورثة العافي أربعة أعبـد إلاّ أربعة أشياء، وذلك يعدل ضعف ما جاز العـفو فيه وهو أربعة أشيـاء، فبعد الجبر: أربعة أعـبد تعدل ثمانية أشيـاء، فتقلب الاسم، وتجعل العـبد ثمانية، والـشيء أربعة وهو نصفهـا، فيصح العـفو في نصف كل عبد، ويفدي كل سيد نصف عبده بعبـد، فيحصل للورثة عبدان ضعف ما صح العفو فيه.

(الفـرع) الثالث: قتل عـبد حرين خطأً، تعلقت برقبتـه الديتان. فإن سلمه سيده، بيع ووزِّع عليهـما. وإن فداه وقلنا: الفداء بالقيمـة، وزعت القيمة. وإن قلنا بالدّية، فداه بالدّيتين. فـإن عفا أحدهما في مرضـه، قال ابن سريج: يدفع إلى ورثة العافي ثلثـا نصفه، وإلى ورثة الذي لم يعف جمـيع النصف، كأن كل واحد متعلق بنصف منه، فـينفذ عفو العافي في ثلث محل حقـه. قال الأستاذ: هذا لا. يستقـيم على أصل الشافعي رضي الله عنه، بل الديتان متعلقتـان بجميع العبد، فإذا عفا أحدهما، سقط ثـلث الدية، فورثته وورثة الآخر يتضاربون هؤلاء بثلثي دية مورثهم، وهؤلاء بكل دية مورثهم.

فصل: ومنها العتق، فإذا أعتق مريض عبداً، فاكتسب مالاً قبل موت المعتق، وزّع الكسب على ما يعتق ومـا يرق، وحصة العتق لا تحسب عليـه، وحصة ما رقّ تزاد في التركة، وإذا زادت التركة، زاد ما عـتق، فتزيد حصته من الكسب،

Marfat.com

وإن زادت حصة ما عتق، نقصت التركة، فينقص ما عتق، فيزيد المال، فيزيد ما عتق، وهكذا تدور زيادته على نقصه، ونقصه على زيادته، فيقطع الدور بالطرق الحسابية، وفيه مسائل.

مسألة: اكتسب العبد مثل قيـمته، فيعتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيء غير محسـوب عليه، يبقى للورثة عبدان إلاّ شيئين، وذلك يعـدل ضعف ما عتق وهو شيئـان، فبعد الجبـر: عبدان يعدلان أربعة أشـياء، فتقلب الاسم، فـالعبد أربعة، والشيء اثنان، والاثنان ضعف الأربعة، فعلمنا أنه يعتق من العبد نصفه، ويتبـعه نصف الكسب غـير محـسوب عليـه، يبقى للورثة نصف العـبد ونصف الكسب، وذلك ضعف ما عتق. وبطريق السهام: تأخذ للعـتق سهمًا، ولما يتبعه من الكسب سهمًا، وتأخذ للورثة ضعف ما أخـذت للعتق وهو سهمان، يجتمع أربعة أسهم، ثم تأخـذ الرقبة والكسب وهما مثـلان، فتقسمهـما على الأربعة، يخرج من القسمة نصف، فعلمنا أن الذي عـتق نصف الرقبة. ولو اكتسب العبد - وقيمته تسـعون ـ مثل قيمته ومثل نصفهـا، عتق منه شيء، وتبعه من الكسب شيء ونصف غير محسوب عليـه، يبقى للورثة عبدان ونصف إلاّ شيئين ونصف شيء يعدل شيئين، فبعد الجبـر: عبدان ونصف يعدل أربعة أشياء ونصف شيء، فتـبسطها أنصافًـا، وتقلب الاسم، فالعبـد تسعة، والشيء خـمسة، فيـعتق منه خمسـة أتساعه وقيمـتها خمسـون، ويتبعها خـمسة أتساع الكسب وهي خـمسة وسبعون، يبقى للورثة أربعة أتسـاع العبد وهي أربعون وهي أربعة أتساع الكسب وهي ستون، وهما مائة ضعف ما عتق. ولو كانت الصورة الثانية بحالها، وعلى السيد مـثل قيمة العـبد دينًا، عتق منه شيء، وتبـعه من الكسب شيء ونصف، يبقى عند الورثة عـبدان ونصف عبد إلاّ شـيئين ونصف شيء، تسقط منه عـبدًا للدين، يبقى عبـد ونصف إلاّ شيئين ونصف يعدل ضعف ما عـتق وهو شيئان، فبـعد الجبـر: عبد ونصف تعـدل أربعة أشيـاء ونصف شيء، تبسطها أنصـافًا، وتقلب الاسم، فـالعبد تـسعة، والشيء ثـلاثة، يعتق من العـبد ثلاثة أتسـاعه، ويتـبعـه من الكسب ثلاثة أتساعـه، يقضى الـدين من الباقي، يبـقى مع الورثة ضعف ما عتق.

Marfat.com

ولو كانت بحالها، إلاّ أنه لا دَين على السيد، وله سوى العبد وكسبه تسعون، عتق منه شيء، وتبعه من الكسب شيء ونصف، يبقى مع الورثة عبدان ونصف إلاّ شيئين ونصف شيء، ومعهم مثل قيمة العبد، فيجتمع معهم ثلاثة أعبد ونصف عبد إلاّ شيئين ونصف شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: ثلاثة أعبد ونصف عبد تعدل أربعة أشياء ونصف شيء، تبسطها أنصافًا، وتقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشيء سبعة، فيعتق منه سبعة أتساعه وهو سبعون، ويتبعه من الكسب سبعة أتساعه وهو مائة وخمسون، يبقى للورثة تسعاه عشرون، وتسعا الكسب ثلاثون، ومعهم تسعون أيضًا، فالمبلغ مائة وأربعون ضعف ما عتق.

فرع: متى ترك السيد ضعف قيمة العبد، عتق كلُّه، وتبعه كسبه ولا دور. وإذا كان عليه دين، وله سوى العبد وكسبه مال، قوبل بذلك المال. فإن تساويا، فكأن لا دَين ولا مال، وإن زاد الدَين، فكأنَّ القدر هو الدَين. وإن زاد المال، فكأن القدر الزائد هو المتروك.

فرع: الموهوب للعبد وأرش الجناية عليه، كالكسب.

فرع: قيمته تسعون، واكتسب بعد العتق تسعين، فاستقرضها السيد منه وأتلفها، ثم مات السيد، عتق منه شيء واستحق على السيد شيئًا هو دَين عليه، يبقى للورثة عبد إلاّ شيئين تعدل ضعف ما عتق، فبعد الجبر: عبد يعدل أربعة أشياء، فتقلب الاسم، وتقول: عتق منه ربعه، ويتبعه ربعه كربع كسبه، يبقى للورثة نصفه وهو ضعف ما عتق، ثم ربع الكسب الذي هو دَين، إن أدَّاه الورثة من عندهم، جاز واستمر ملكهم على ثلاثة أرباعه، وملك هو ما سلَّموه إليه بربعه الحر، وإن تراضوا هم والعبد على أن تكون رقبته بدلاً عن ربع الكسب، جاز وعتق ربعه على نفسه. قال ابن سريج: ويكون ولاء هذا الربع لبيت المال. وقال غيره: لا ولاء عليه. وإن أراد الورثة بيعه لغيره، وقال العبد: أخذه بدلاً عن الدَّين، فقد ذكر الأستاذ، أنه أحق بنفسه من الأجانب. قال الإمام: هذا محمول على الأولوية دون الاستحقاق.

فرع: مات العبد المعتق قبل موت السيد، فهل يموت حرًّا، أم رقيقًا؟ أم ثلثه

Marfat.com

حرًّا وثلثاه رقيقًا؟ فيه ثلاثة أوجـه، قال الاستاذ: والصحيح هو الأول. فإن كان العبد اكتـسب ضعف قيمته، ولم يخلِّـف إلاّ السيد، مات حرًّا بلا خلاف، لأن السيد يرث هنا بـالولاء كسبه، فيـحصل لورثته ضعف العـبد. وإن كان الكسب مثل قيمته، فإن قلنا: لو لم يخلّف كسبًا لمات حرًّا، فهنا أولى، وإن قلنا: يموت رقيقًا، فهنا لا يـرث جميعه، لأنه خلّف شيئًا، ولا يعتق جـميعه، لأن الكسب ليس ضعفـه. فإن قلنا: مَن بعضه حر يورث، عـتق نصفه، وكان جميع كـسبه لسيده، نصفه بالملك، ونصفه بالإرث بالولاء، فـيحصل لورثته ضعف ما عتق. وإن قلنا: لا يورث، قـال الإمام: يعـتق منه شيء، ويتـبعـه من الكسب شيء، يصرف ذلك الشيء إلى بيت المال، فيبقى عبد ناقص بشيء يعدل ضعف ما عتق وهو شيئـان، فبعد الجبـر: عبد يعدل ثلاثة أشيـاء، فالشيء ثلث العبد، فـيعتق ثلثه، ويتبعه من الكسب ثلثه، يبقى للسيد ثلثا كسبه بالملك وهو ضعف ما عتق. ولو كان الكسب ضعف القـيمة، وخلَّف العتيق مع السيـد بنتًا، فإن قلنا: لو لم يخلف بنتًا لمات حرًّا، فكذا هنا، والكسب بين البنت والسيـد سواء. وإن قلنا: يموت رقيقًا. فإن قلنا: من بعضه حرّ يورث، عتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيئان، ترث البنت أحدهما، والسيّد الثانـي، فيحصل لورثة السيد ضعف العبد إلاّ شيئًا، وذلك يعدل شـيئين، فبعد الجبر: عبـدان يعدلان ثلاثة أشياء، والشيء ثلث العبدين، وهو ثلثـا عبد، فيعـتق من العبد ثلثاه، ويتبـعه ثلثا الكسب، ثم يرجع أحدهما إلى السيد بالإرث، فيـحصل لورثة السيد ثلثا الكسب وهو ضعف ما عتق. وإن قلنا: من بعضـه حر لا يورث، لم ترث البنت، لأنها لو ورثت لما خرج جـميعه من الثلث، وإذا لم يعـتق كله لا يورث، فيؤدي توريثـها إلى منع توريثها، وهذه من الدوريات الحكمية، وإذا لم ترث، كأنه لم يخلّف إلاّ السيد، فيموت حرًّا، وجميع الكسب للسيد كما سبق. ولو لم يمت العتيق، لكن كان له ابن حر، فـمات قبل موت الـسيد، وترك أضعـاف قيمـة أبيه وليس له إلاّ أبوه وسيد أبيه، فلا يرث منه أبوه، لأنه لو ورث لاستغرق ولم يحصل للسيد شيء، وحينئذٍ فلا يعتق جميـعه، فلا يرث. وإذا لم يرث، حكم بحريته، وورث السيد

مال ابنه بالولاء. ولو كانت تركة الابن مثل قيمة العتيق، عتق منه شيء، وثبت للسيد الولاء على الابن بقدر ما عتق، فيرث من تركته شيئًا، ولا يرث أبوه، فيحصل لورثة السيد عبد إلاّ شيئًا والشيء الذي ورثه السيد بالولاء، فيتم لهم عبد، لأن تركته مثل العبد، وذلك يعدل شيئين، فالشيء نصف العبد، فيعتق نصفه، ويكون للورثة نصفه ونصف تركة ابنه وهما ضعف ما عتق منه.

مسألة: من الأصول المقرَّرة، أن المريض إذا أعتق عبيداً لا مال له غيرهم معًا، أقرع بينهم. وإن أعتقهم على الترتيب، بدىء بالأول فالأول. فإن زاد الأول على الثلث، عتق منه قدر الثلث. فلو أعتق عبداً فاكتسب مثل قيمته، ثم أعتق آخر، ولا مال له سواهما وهما متساويا القيمة، عتق من الأول شيء، وتبعه من كسبه شيء غير محسوب عليه، يبقى للورثة ثلاثة أعبد إلاّ شيئين، فبعد الجبر: ثلاثة أعبد تعدل أربعة أشياء، فالشيء ثلاثة أرباع العبد، فيعتق من الأول ثلاثة أرباعه، ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه، يبقى عبد ونصف، وهما ضعف ما عتق. ولو اكتسب الثاني مثل القيمة دون الأول، عتق الأول، وبقي الثاني وكسبه للورثة. وإن اكتسب كلُّ واحد قدر قيمته، عتق، وتبعه كسبه، وبقي الثاني وكسبه للورثة. وإن اكتسب الأول مثل قيمتهما، عتق منه شيء، وتبعه من الكسب شيئان، يبقى للورثة أربعة أعبد إلاّ ثلاثة أشياء تعدل شيئين، فبعد الجبر يكون الشيء خُمس أربعة أعبد وهو أربعة أخماس عبد، يعتق من الأول أربعة أخماسه، ويتبعه أربعة أخماس كسبه، يبقى للورثة خمسه وخمس كسبه والعبد الآخر. وإن اكتسب الثاني مثل قيمتهما، عتق الأول، ومن الثاني شيء، ويتبعه من الكسب شيئان، يبقى للورثة من الثاني وكسبه ثلاثة أعبد إلاّ ثلاثة أشياء تعدل ضعف ما عتق وهو عبدان وشيئان، لأن الذي عتق عبد وشيء، فبعد الجبر: ثلاثة أعبد تعدل عبدين وخمسة أشياء، تسقط عبدين بعبدين، يبقى عبد في معادلة خمسة أشياء، فالشيء خمس عبد، فالذي عتق من الثاني خمسه، وكذا الحكم لو اكتسب كل واحد منهما مثل قيمتهما. أما إذا أعتق العبدين معًا، فيقرع بينهما، فمن خرجت قرعته، فكأن السيد قدَّمه. والحساب في الصور كما

ذكرنا. ولو أعتق المريض ثلاثة أعـبد معًا لا يملك غيرهم، فاكـتسب أحدهم قبل موته كقيمـته، وقِيَمهم متساوية، أقرع بينهم بسهم عـتق وسهمي رق، فإن خرج سهم العتق على المكتسب، عتق، وتبعه كسبه، وبقي الآخران للورثة. وإن خرج لأحد الآخرين، عتق، ثم تعاد القرعة لاستكمال الثلث، فإن خرج للآخر، عتق ثلثه، وبقي ثلثاه مع المكتسب، وكسـبه للورثة، ولا دور. وإن خرج سهم العتق والقرعـة الثانية للمكتـسب، دخل الدور، فتقـول: يعتق منه شيء، ويتبـعه من الكسب شيء، يبـقى للورثة ثلاثة أعبـد إلاّ شيئين، يعـدل ضعف مـا عتق وهو عبدان وشيئان، فبعد الجبر: ثلاثة أعبد تعدل عبدين وأربعة أشياء، تسقط عبدين بعبدين، يبقى عبد في معادلة أربعة أشـياء، فالشيء ربع العبد، فيعتق منه ربعه، ويتبـعه ربع كسبـه، يبقى للورثة ثلاثة أرباعه وثلاثة أرباع كـسبه والعبـد الآخر، وذلك عبدان ونصف وهو ضعف ما عتق.

ولو كانت الصورة بحالها، على السيد دين كقـيمة أحدهم، أقرع بين العبيد بسهم دَين وسهمي تركة، ولسهم الدين حالان.

أحدهما: أن يخرج لأحد اللذين لم يكتسـبا، فيباع في الدين، ثم يقرع بين الآخرين، لإعتاق الثلث بعد قضاء الدين بسهم عتق وسهم رق، فإن خرج سهم العـتق للذي لم يكتـسب، عتق، وبقـي المكتسب وكـسـبه للورثة. وإن خـرج للمكتـسب، دخل الدور، فيـعتق منـه شيء، ويتبـعه من الكسب شيء، يبـقى للورثة ثلاثة أعبد إلاّ شـيئين تعدل شيئين. فـبعد الجبر: ثلاثة أعبـد تعدل أربعة أشياء، فالشيء ربع العبيد وهو ثلاثة أرباع عبد.

الحـال الثاني: أن يخرج سـهم الدين للمكتسب، فيباع منه ومن كـسبه بقدر الدين، والدين مثل نصـفهما، فـيباع في الدين نصف رقـبته ونصف كسـبه، ثم يقرع بين باقـيه وبين الآخرين بسـهم عتق وسهـمي رق. فإن خرج سـهم العتق لأحد الآخرين، عـتق، وبقي الآخر ونصف المكتسب وكسـبه للورثة. وإن خرج للمكتسب، عتق نصفه الباقي، وتبعه الكسب غير محسوب، ثم تعاد القرعة بين الآخرين لاستكمال الثلث، فأيهما خرج عليـه، عتق ثلثه، فيكون جميع ما عتق

Marfat.com

خمسة أسداس عبد، يبقى للورثة عبد وثلثا عبد ضعف ما عتق. ولو كانت الصورة بحالها، إلاّ أن قيمة أحدهم مائة، والثاني مائتين، والثالث ثلثمائة، واكتسب كل عبد كقيمته، أقرع، فإن خرج سهم العتق على الأعلى، عتق، وتبعه كسبه، وبقي الآخران وكسبهما للورثة، وذلك ضعف الأعلى، وإن خرج على الأدنى، عتق، وتبعه كسبه، وتعاد القرعة لاستكمال الثلث. فإن خرج العتق للأوسط، عتق، وتبعه كسبه، وبقي الأعلى وكسبه للورثة، وذلك ضعف العتيقين، وإن خرج للأعلى، عتق منه شيء، وتبعه من كسبه مثله، يبقى للورثة باقيه وباقي كسبه والعبد الأوسط وكسبه، وجملة ذلك ألف إلاّ شيئين تعدل ضعف ما عتق وهو مائتان وشيئان، فبعد الجبر: ألف تعدل مائتين وأربعة أشياء، تسقط مائتين بمائتين، يبقى ثمانمائة تعدل أربعة أشياء، فالشيء مائتان، وذلك ثلثا الأعلى، فيعتق منه ثلثاه، ويتبعه ثلثا كسبه، يبقى للورثة ثلثه وثلث كسبه والأوسط وكسبه، وذلك ستمائة ضعف الأدنى وما عتق من الأعلى. وإن خرج على الأوسط، عتق، وتبعه كسبه، وتعاد القرعة، فإن خرج للأدنى، عتق، وتبعه كسبه، وبقي الأعلى وكسبه للورثة، وإن خرج للأعلى، عتق ثلثه، وتبعه ثلث كسبه، وباقيه مع الأدنى للورثة.

مسألة: إذا زادت قيمة العتيق قبل موت سيده، دارت المسألة، لأن الزيادة كالكسب، فقسط ما عتق لا يحسب على العبد، وقسط ما رق تزيد به التركة، وكذا نقصان القيمة يوزع، فقسط ما عتق يحسب على العبد كأنه قبضه وأتلفه، وقسط ما رقّ كأنه تلف من مال السيد. فإذا نقص المال، نقص ما يعتق واحتيج إلى الحساب.

مثال الزيادة: أعتق عبدًا قيمته مائة لا يملك غيرها، فصارت قيمته قبل موت سيده مائة وخمسين، تقول: عتق منه شيء، وذلك الشيء محسوب بثلثي شيء، يبقى مع الورثة عبد إلاّ شيئًا يعدل ضعف المحسوب على العبد وهو شيء وثلث شيء، فبعد الجبر: عبد يعدل شيئين وثلث شيء، فتبسطها أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالعبد سبعة، والشيء ثلاثة، فيعتق ثلاثة أسباعه، وقيمتها يوم الموت

Marfat.com

أربعة وستون وسبعان، والمحسوب عليه منها قيمة يوم الإعتاق وهو اثنان وأربعون وستة أسباع، يبقى للورثة أربعة أسباع العبد، وقيمتها خمسة وثمانون وخمسة أسباع وهي ضعف المحسوب على العبد.

ومثال النقص، قيمته مائة، صارت خمسين، يعتق منه شيء وهو محسوب عليه بشيئين، فالباقي وهو عبد إلاّ شيئًا يعدل ضعف المحسوب وهو أربعة أشياء، فبعد الجبر: عبد يعدل خمسة أشياء، فالشيء خمس العبد، فيعتق خمسه، وقيمته يوم الموت عشرة، ويحسب عليه بعشرين، لأن قيمته يوم الموت عشرون، يبقى للورثة أربعة أخماسه، وقيمتها أربعون ضعف المحاباة.

فصل: ومنها الكتابة، فإذا كاتب في مرضه عبدًا لا يملك غيره، ولم يؤدّ شيئًا من النجوم في حياة سيده، فثلثه مكاتب. فإذا أدَّى نجوم الثلث، عتق. وهل يزاد في الكتابة لكون التركة زادت بما أدّى؟ فيه خلاف مذكور في «باب الكتابة»، فإن زيدت، فطريق الحساب، أن الكتابة تصح في شيء من العبد، ويؤدي المكاتب عنه شيئًا، والفرض فيما إذا كانت النجوم مثل القيمة، فيحصل للورثة من الرقبة ومال الكتابة مثل عبد، وذلك يعدل ضعف ما صحت فيه الكتابة وهو شيئان، فالشيء نصف العبد، فإذا أدى نجوم النصف، عتق نصفه، واسترد من الورثة كسب سدسه، فيحصل للورثة نصف الرقبة ونصف النجوم، وذلك ضعف ما صحت فيه الكتابة. ولو كاتب في الصحة، ثم أعتقه في المرض، أو أبرأه عن النجوم، نظر، إن عجز نفسه، عتق ثلثه، ورقّ ثلثاه. وإن استدام الكتابة، فإن كانت النجوم مثل القيمة، فوجهان. أصحهما: يعتق ثلثه، وتبقى الكتابة في ثلثيه. والثاني: لا يعتق ثلثه حتى يسلم الثلثان للرثة، إما بالعجز، وإما بأداء نجوم الثلثين. وإن كان بين النجوم والقيمة تفاوت، فقد سبق أن المعتبر من الثلث أقل الأمرين، فإن كانت النجوم أقل، عتق ثلثه، وسقط ثلث النجوم، ويبقى للورثة ثلثا النجوم إن أدّى، وإلاّ، فثلثا الرقبة. وإن كانت الرقبة أقل، بأن كانت مائة، والنجوم مائتين، حصل الدور، فيقال: عتق شيء، وسقط من النجوم شيئان، يبقى للورثة من النجوم مائتا درهم إلاّ شيئين، وذلك يعدل

ضعف ما عتق وهو شيئان، فبعد الجبر: مائتان تعدلان أربعة أشياء، فالشيء ربع المائتين وهو نصف العبد، فعلمنا أن الذي عتق نصف العبد، وأنه يسقط نصف النجوم. قال الأستاذ: فإن عجل ما عليه من النجوم، عتق نصفه، وإن لم يؤدّ شيئًا، لم يحكم بعتق شيء. ثم كلما أدى شيئًا، حكم بعتق نصف ما أدى حتى يؤدي نصف الكتابة ويستوفي وصيته.

فصل: في مسائل يتولد الدور فيها من أصلين:

مسألة: أعتق مريض عبدًا لا يملك غيره، ثم قتله السيد، فهل ينفذ العتق في جميعه إذ لا تركة، أم لا يعتق شيء منه لأنه لا يبقى للورثة ضعف المحكوم بعتقه؟ فيه خلاف سبق في نظائره. قال الأستاذ: قياس مذهب الشافعي رحمه الله هو الثاني، فإن ترك السيد مالاً إذا قضيت الدية منه كان الباقي ضعف قيمته، فهو حرّ، وإن ترك المال دون ذلك، عتق بعضه، ولزم السيد قسط ما عتق من الدّية، ولا يرث السيد من ديته، لأنه قاتل، بل إن كان له وارث أقرب من سيده، فهي له، وإلاّ، فلأقرب عصبات السيد.

مثاله: قيمته مائة، وقيمة إبل الدية ثلثمائة، ولو ترك السيد ثلثمائة، فتقول: عتق شيء، وعلى السيد من الدية ثلاثة أمثاله، وباقي العبد الذي بطل العتق فيه قد أتلفه بالقتل، فلم يترك إلاّ ثلثمائة وهي مثل ثلاثة أعبد، يقضى منها ما وجب من الدية، ويبقى ثلاثة أعبد إلاّ ثلاثة أشياء تعدل ضعف ما عتق وهو شيئان، فتجبر وتقابل، فثلاثة أعبد تعدل خمسة أشياء، فتقلب الاسم، فالعبد خمسة، والشيء ثلاثة، يعتق منه ثلاثة أخماسه وهو ستون، ويجب عليه ثلاثة أخماس الدية وهي مائة وثمانون، يبقى مائة وعشرون ضعف ما عتق.

مسألة: أعتق المريض عبدًا، فجنى العبد على أجنبي بقطع أو قتل، ولا مال للسيد غيره، فإن كان أرش الجناية مثل قيمته فأكثر، لم يعتق منه شيء، لأن الأرش دين، فيقدم على الوصية. وإن كان دونها، بأن كانت قيمته مائة، والأرشُ خمسة وسبعين، عتق شيء، ورق الباقي، والأرش يتوزع عليهما، فحصة ما عتق يتعلق بذمة العبد، وحصة ما رقّ تؤدىّ منه إن أراد السيد التسليم

Marfat.com

والأرش ثلاثة أرباع القيمة، فعلى السيد تسليم ثلاثة أرباع ما رق وهو ثلاثة أرباع عبد إلاّ ثلاثة أرباع شيء، يبقى مع ورثته ربع عبد إلاّ ربع شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: ربع عبد يعدل شيئين وربع شيء، فتبسطها أرباعًا، وتقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشيء واحد، فيعتق منه سبعة، ويرق الباقي، فيسلم في الجناية ثلاثة أرباعه وهي ستة أتساع، يبقى مع الورثة تسعان ضعف ما عتق.

الطرف الخامس: في مسائل العين والدَّين.

مقصوده، أن يخلف الميت عينًا ودينًا على بعض الورثة، أو على أجنبي، فنصيب الوارث بعض ما عليه بالإرث، أو الأجنبي بعض ما عليه بوصية.

وأول ما نقدِّمه أن الميت إذا لم يخلف إلاّ دينًا على بعض الورثة، برىء من عليه من حصته، ولا تتوقف براءته على توفير حصة الباقين، لأن الملك بالإرث لا يتأخر، والإنسان لا يستحق على نفسه شيئًا. ولو خلف عينًا ودينًا على بعض الورثة، نظر، إن كان الدين من غير جنس العين، أو من غير نوعه، قسمت العين بين الورثة، فما أصاب من لا دين عليه، دفع إليه، وما أصاب المدين، دفع إليه إن كان مقرًا مليئًا. وإن كان جاحدًا أو معسرًا، فالآخر مستحق ظفر بغير جنس حقه. وحكمه مذكور في موضعه. وإن كان الدين من نوع العين، بأن خلف عشرة عينًا وعشرة دينًا على أحد أبنيه الحائزَين، قال الأستاذ: يأخذ من لا دين عليه العشرة نصفها إرثًا، ونصفها قصاصًا بما يصيبه من الدين. وفي كيفية القصاص الخلاف المعروف. قال الإمام: هذا بعيد، والخلاف إنما هو في تقاص الدينين، لا في تقاص الدين والعين، بل المذهب أن الإرث يثبت شائعًا في العين والدين، وليس لمن لا دين عليه الاستبداد بالعشرة إن كان المدين مقرًا مليئًا، فإن تراضيا، أنشآ عقدًا، وإن كان جاحدًا أو معسرًا، فله أن يأخذها على قصد التملك، لأنه ظفر بجنس حقه المتعذر تحصيله. ولو خلف دينًا وعينًا، وأوصى بالدين لإنسان وهو ثلث ماله أو أقل، فحقه منحصر فيه، فما نضّ دفع إليه. ولو أوصى بثلث الدين، فوجهان: أحدهما: أن ما نضّ منه يضم إلى العين. فإن كان ما نضّ ثلث الجميع أو أقل، دفع إلى الموصى له. وأصحهما:

Marfat.com

أنه كلما نضّ منه شيء، دفع ثلثه إلى الموصى له وثلثاه إلى الورثة، لأن الوصية شائعة في الدين.

إذا تقرر هذا، فالدين المخلف مع العين من جنسه ونوعه، إما أن يكون على وارث، وإما على أجنبي، وإما عليهما.

أما القسم الأول: على وارث، فنصيبه من جملة التركة، إما أن يكون مثل ما عليه من الدين، وإما أكثر، وإما أقل.

الحالة الأولى: أن يكون مثله، فتصحح المسألة، ويطرح مما صحت منه نصيب المدين، وتقسم العين على سهام الباقين، ولا يدفع إلى المدين شيء، ولا يؤخذ منه شيء.

مثاله: زوج وثلاثة بنين، وترك خمسة دينًا على ابن، وخمسة عشر عينًا، فجملة التركة عشرون، نصيب كل ابن خمسة، وما على المدين مثل نصيبه، فتصحح المسألة من أربعة، ويطرح منها نصيب ابن، يبقى ثلاثة، تقسم العين عليها، نصيب كل واحد خمسة، ونصيب المدين يقع قصاصًا، كذا أطلقوه. قال الإمام: هذا محمول على ما إذا رضي المدين بذلك، أو كان جاحدًا، أو معسراً. وعلى هذا ينزل الجواب المطلق في جميع هذه المسائل.

الحالة الثانية: أن يكون نصيبه أكثر مما عليه، فنقسم التركة بينهم، فما أصاب المدين، طرح منه ما عليه، ويعطى الباقي من العين.

الثالثة: أن يكون نصيبه أقل، فيطرح من المسألة نصيبه، وتقسم العين على الباقي، فما خرج من القسمة، يضرب في نصيب المدين الذي طرح، فما بلغ، فهو الذي حَيِيَ من الدين، والمراد بهذه اللفظة أن ما يقع في مقابلة العين من الدين، كالمستوفى بالمقاصة، فكأنه حَيِيَ من الدين، ولولا المقاصة، فالدين على المفلس ميت فائت، ثم الباقي من الدين بعد الذي حَيِيَ يسقط منه شيء، ويبقى شيء يؤديه المدين إلى سائر الورثة. وطريق معرفة الساقط والباقي، أن تقسم كل التركة بين الورثة، فما أصاب المدين، طرح مما عليه من الدين، فما بقي، فهو

الذي يؤديه المدين، فيقسمه سائر الورثة على ما بقي من سهام الفريضة بعد إسقاط نصيب المدين.

مثاله: الدين في الصورة المذكورة ثمانية، والعين اثنا عشر، فسهام الفريضة أربعة، يطرح منها نصيب المديون، وتقسم العين على الباقي، يخرج من القسمة أربعة، تضربها في نصيب المدين وهو واحد، يكون أربعة، فذلك هو الذي حَيِيَ من الدين، يبقى منه أربعة، تأخذ منه نصيب المدين من التركة وهو خمسة، تطرحها مما عليه، يبقى ثلاثة، فالثلاثة هي التي تبقى من الدين، ويسقط واحد، وتلك الثلاثة مقسومة على سهامهم مما صحت منه المسألة وهي ثلاثة. هذا إذا لم يكن وصية، فإن كانت، بأن خلف ابنين وترك عشرة عينًا وعشرة دينًا على أحدهما، وأوصى بثلث ماله لزيد، فوجهان.

أصحهما وينسب إلى ابن سريج وبه قطع الجمهور: أننا ننظر إلى الفريضة الجامعة للوصية والميراث وهي ثلاثة، للموصى له سهم، ولكل ابن سهم، فيأخذ المدين سهمه مما عليه، ويقتسم الابن الآخر وزيد العين نصفين، وقد حَيِيَ من الدين خمسة، يبقى خمسة، للمدين ثلاثة، يبقى ثلاثة وثلث، إذا أداها اقتسمها الابن الآخر وزيد نصفين.

والوجه الثاني وينسب إلى أبي ثور: يأخذ الموصى له ثلث العين، والابن الذي لا دين عليه، يأخذ ثلثا إرثًا، والثلث قصاصًا، فيبرأ المدين من ثلثي الدين بالإرث والمقاصة، يبقى عليه ثلث الدين، يأخذه الموصى له.

القسم الثاني: أن يكون الدين على أجنبي، فينظر، إن لم يكن وصية، اشتركت الورثة في العين والدين، وإن كانت، فإما أن يكون لغير المدين، وإما له، وإما لهما. فإن كانت لغيره، بأن خلف ابنين، وترك عشرة عينًا وعشرة دينًا على زيد، وأوصى لعمرو بثلث ماله، فالابنان وعمرو يقتسمون العين أثلاثًا، وكلما حصل من الدين شيء اقتسموه كذلك. ولو قيد الوصية بثلث الدين، اقتسم الابنان العين. وأما الدين، فقد ذكرنا فيه وجهين. أحدهما: أن الحاصل منه الدين، يضم إلى العين ويدفع ثلث الدين مما حصل إلى زيد، ويسمى: وجه

الحصـر، لأنه حصر حق الموصى له فـيما يتنجز مـن الدين. وأصحهمـا: أن ما يحصل من الدين يدفع إلى زيد ثلثه، ويسمى: وجه الشيوع. وإن كانت الوصية للمدين، نظر فيما يستحقـه بالوصية، أهو مثل الدين، أم أقل، أم أكثر؟ ويقاس بما ذكرنا فيما إذا كان الدين علـى وارث. وإن كانت الوصية لهما، بأن أوصى ـ والصورة ما سبق ـ لعمرو بثلث العين، ولزيد بما عليه، وردّ الابنان الوصيتين إلى الثلث، فيكون الثلث بينهما على أربعة، لعـمرو سهم، ولزيد ثلاثة، فعلى قول ابن سريج: الفريضة الجـامعة من اثني عشر، للوصيتـين أربعة، وللابنين ثمانية، فيقتسم عمرو والابنان العين على قدر سـهامهم وهي تسعة، لعمرو سهم وتسع، ولكل ابن أربعـة وأربعة أتسـاع، ويبرأ زيد من ثلاثة أرباع الثـلث وهي خمـسة دراهم، يبقى عليه خمـسة، كلما أدى شيئًا كان بين عـمرو والابنين على تسعة، فيـحصل لعـمرو خمـسة أتساع درهـم، فيتم له ربع الثلث وهـو درهم وثلثان، وللابنين الباقي. ثم ليكن المصروف إلى عـمرو عند خروج الدين من نفس العين إن كانت باقية. وعلى الوجه المنسوب إلى أبي ثور: لعمرو ربع الثلث وهو درهم وثلثان يأخـذه من العين، والباقي من العين للابنـين، فيبـرأ الغريم من خمـسة، يبقى عليه خـمسة، إذا أداها اقتـسمها الابنان. ولو خلف ابنين وعـشرين درهمًا عينًا وعشـرة دينًا على رجل، وأوصى للغريم بما عليه، ولزيد بعـشرة من العين، ولم يجز الابنان مـا زاد على الثلث، فيجـعل الثلث بينهمـا نصفين. ثم عن ابن سريج رحمه الـله وجهان. أصحهما: أن الفـريضة الجامعة من ستـة، للوصيتين اثنان، وللابنين أربعة، فلزيد من العشرين أربعة، ولكل ابن ثمانية، ويبرأ الغريم عن نصف الثلث وهو خمـسة، يبقى عليه خـمسة، إذا حصل منهـا شيء جعل بينهم أخماسًـا حتى يتم لزيد خمسة، ولكل ابن عـشرة. والثاني: أنه يدفع إلى زيد من العين نصف وصيتـه وهو خمسة، ويبرأ الغـريم من نصف ما عليه وهو خمسة، وللابنين باقي العين خمسة عشر، ويقتصان باقي الدين وهو خمسة. قال الإمام: هذا الوجه على ضعفه يجري فيما سبق.

القسم الثـالث: أن يكون الدين على وارث وأجنبي، بأن ترك ابنين وعـشرة

Marfat.com

عينًا وعشرة دينًا على أحدهما وعشرة دينًا على أجنبي، وأوصى بثلث ماله، فعلى قياس ابن سريج والجمهور: الفريضة الجامعة من ثلاثة، يجعل سهم المدين ما عليه، ويقتسم الابن الآخر والموصى له العين نصفين، وما حصل مما على الأجنبي اقتسماه نصفين. وعلى الوجه الثاني: يأخذ الموصى له ثلث العين، والباقي للابن الذي لا دين عليه، ويبرأ الابن المدين مما عليه، وإذا حصل ما على الأجنبي، أخذ الموصى له ثلثيه، والابن الذي لا دين عليه ثلثه، وبالله التوفيق.

Marfat.com

الباب الثالث

في الرجوع عن الوصية

يجوز الرجوع عن الوصية وعن بعضها، كمن أوصى بعبد ثم رجع عن نصفه، ويجوز الرجوع في كل تبرع معلق بالموت، كقوله: إذا مت فلفلان كذا، أو فادفعوا إليه، أو فاعتقوا عبدي، أو فهو وقف. وفي الرجوع عن التدبير صريحًا خلاف يذكر في بابه إن شاء الله تعالى، ولا يصح الرجوع عن التبرعات المنجّزة في مرض الموت.

فصل: يحصل الرجوع بطرق، منها أن يقول: نقضت وصيتي، أو أبطلتها، أو رددتها، أو رفعتها، أو فسختها، أو رجعت عنها. ولو سئل عن الوصية فأنكرها، فهو رجوع. ولو قال: لا أدري، فليس برجوع. ولو قال: هو حرام على الموصى له، فرجوع على المذهب. ولو قال: هذا لوارثي بعد موتي، أو هو ميراث عني، فرجوع. ولو قال: هو تركتي، فليس برجوع على الأصح. ومنها إزالة الملك عن الموصى به ببيع أو إعتاق، أو صداق، أو جعله أجرة، أو عوض خلع، فهو رجوع. والهبة مع الإقباض، رجوع، ودونه أيضًا على الأصح. والرهن كالهبة. وقيل: ليس برجوع، لأنه لا يزيل الملك، فأشبه الاستخدام. والكتابة رجوع، والتدبير رجوع على المذهب، وقيل: إن جعلناه وصية، فهو كما لو أوصى به لزيد ثم عمرو، فيكون نصفه مدبراً. ولو أوصى بالبيع أو غيره مما هو رجوع، فالصحيح المنصوص أنه رجوع وقيل: هو كما لو أوصى لزيد ثم عمرو. وذكر صاحب: «المعتمد» الوجهين، فيما لو أوصى بعبد لرجل، ثم أوصى بعتقه، ففي وجه: يعتق وتبطل الوصية الأولى. وفي وجه: يعتق نصفه، ويدفع إلى الموصى له نصفه. ولو أوصى بعتقه، ثم أوصى به لرجل، فالقياس أنه يصرف إلى الموصى له على الأول، وأن ينصَّف على الثاني، لكنه قال: أحدهما: يتعين العتق، وتبطل الوصية الثانية. والثاني: التنصيف، والتوكيل بالتصرفات المذكورة كالوصية بها، والاستيلاد رجوع. ولو أقر بأن العبد الموصى

به مغصوب أو حر الأصل، أو قال: كنت أعتقته، قال الأستاذ أبو منصور: تبطل الوصية، وذكر أنه لو باعه ثم فسخ بخيار المجلس، فإن قلنا: الملك يزول بنفس العقد، حصل الرجوع. وإن قلنا: يحصل بانقطاع الخيار، فلا، ولك أن تقول: هو على كل حال أقوى من الرهن والهبة قبل القبض. فإذا كان الأصح فيهما حصول الرجوع، فهنا أولى، وتعليق العتق رجوع، قاله العبادي في «الرقم»، ويشبه أن يجيء فيه الخلاف فيما لا يزيل الملك.

فرع: أوصى بعين لزيد، ثم أوصى بها لعمرو، فوجهان. أحدهما: أنه رجوع عن الأولى، فتصح وصية عمرو، كما لو وهب لزيد مالاً ثم وهبه قبل القبض لعمرو. والصحيح المنصوص أنه ليس برجوع، لاحتمال إرادة التشريك، فيشرك بينهما، كما لو قال دفعة واحدة: أوصيت لكما، قال الأصحاب: ولو قال: أوصيت به لكما، فرد أحدهما، لم يكن للآخر إلاّ نصفه، لأنه لم يوجب له إلاّ النصف. ولو أوصى به لزيد، ثم أوصى به لعمرو، فرد أحدهما، كان للآخر الجميع. ولو أوصى به لأحدهما، ثم أوصى بنصفه للآخر، فإن قبلاه، فثلثاه للأول، وثلثه للثاني. وإن ردّ الأول، فنصفه للثاني. وإن ردّ الثاني، فكلُّه للأول.

فرع: قال: الذي أوصيت به لزيد، قد أوصيت به لعمرو، أو قال لعمرو: أوصيت لك بالعبد الذي أوصيت به لزيد، فهو رجوع على الصحيح، لإشعاره به. وقيل: ليس برجوع كالصورة السابقة. والفرق على الصحيح، أن هناك يجوز أنه نسي الوصية الأولى، فاستصحبناها بقدر الإمكان، وهنا بخلافه. ولو أوصى ببيعه وصرف ثمنه إلى الفقراء، ثم قال: بيعوه واصرفوا ثمنه إلى الرقاب، جعل الثمن بين الجهتين، لأن الوصيتين متفقتان على البيع، وأن الزحمة في الثمن. ولو أوصى له بدار، أو بخاتم، ثم أوصى بأبنية الدار، أو بفص الخاتم لآخر، فالدار والخاتم للأول، والأبنية والفص بينهما تفريعًا على الصحيح المنصوص. ولو أوصى له بدار، ثم أوصى لآخر بسكناها، أو بعبد، ثم أوصى بخدمته لآخر، نقل الأستاذ أبو منصور أن الرقبة للأول، والمنفعة للثاني، وكان

Marfat.com

يحتمل أن يشتركا في المنفعة كالأبنية والفص.

فرع: هذا كله في الوصية بمعيَّن، فإذا أوصى بثلث ماله، ثم تصرف في جميع ما يملكه ببيع أو إعتاق أو غيرهما، لم يكن رجوعًا. وكذلك لو هلك جميع ماله، لم تبطل الوصية، لأن ثلث المال مطلقًا لا يختص بما عنده من المال حال الوصية، بل المعتبر ما يملكه عند الموت زاد أم نقص أم تبدل.

فرع: التوسل إلى أمر يحصل به الرجوع، كالعرض على البيع والهبة والرهن، رجوع على الأصح. ويجري الوجهان في مجرد الإيجاب في الرهن والبيع.

فرع: أوصى بحنطة فطحنها، أو جعلها سويقًا، أو بَذَرها، أو بدقيق فعجنه، بطلت الوصية، وكان ما أتى به رجوعًا لمعنيين. أحدهما: زوال الاسم. والثاني: إشعاره بإعراضه عن الوصية. ونسب الشيخ أبو حامد المعنى الأول إلى الشافعي رحمه الله، والثاني إلى أبي إسحاق. فلو حصلت هذه الأحوال بغير إذن الموصي، فقياس المعنى الأول بطلان الوصية، وقياس الثاني بقاؤها، ونقل بعضهم وجهين في بعضها، والباقي ملحق به، وألحقوا بهذه الصور ما إذا أوصى بشاةٍ فذبحها، أو بعجين فخبزه، لكن خبز العجين ينبغي أن لا يلحق بعجن الدقيق، فإن العجين يفسد لو ترك، فلعله قصد إصلاحه وحفظه على الموصى له، وألحق العبادي في «الرقم» بها ما إذا أوصى بجلد فدبغه، أو بيض فأحضنه دجاجة، ولك أن تقول: قياس المعنى الأول أن لا يكون الدبغ رجوعًا، لبقاء الاسم، وكذا الإحضان إلى أن يتفرخ. ولو أوصى بخبز فجعله فتيتًا، فرجوع على الأصح كما لو ثرده. ويجري الوجهان فيما لو أوصى بلحم ثم قدده. ولو طبخه أو شواه، فرجوع قطعًا. ولو أوصى برطب فتمّره، فوجهان. الأشبه أنه ليس برجوع، وكذا تقديد اللحم إذا تعرض للفساد. ولو أوصى بقطن فغزله، فرجوع، أو بغزل فنسجه، فرجوع على الصحيح. ولو حشا بالقطن فراشًا أو جبة، فرجوع على الأصح.

فرع: أوصى بدار فهدمها حتى بطل اسم الدار، فهو رجوع في الأخشاب

Marfat.com

والنُّقض، وكذا في العرصة على الأصح. ولو انهدمت بطلت الوصية في النقض على الصحيح، لزوال اسم الدار، وتبقى في العرصة على الصحيح، لأنه لم يوجد منه فعل. وإن كان الانهدام بحيث لا يبطل اسم الدار بقيت الوصية فيما بقي بحاله. وفي المنفصل وجهان. وإذا قلنا في الانهدام: تبطل الوصية في النقض، فكان الانهدام بعد الموت وقبل القبول، فطريقان. أحدهما: تخريجه على أقوال الملك. وأصحهما: القطع بأنه للموصى له، لأن الوصية تستقر بالموت وكان اسم الدار باقيًا يومئذٍ.

فرع: أوصى بثوب فقطعه قميصًا، أو صبغه، فرجوع على الأصح، وغسله ليس برجوع. ولو قصره وقلنا: القصارة أثر، فكالغسل. وإن قلنا: عين، فكالصبغ. ولو أوصى بثوب مقطوع فخاطه، فليس برجوع، واتخاذ الباب من الخشب الموصى به كاتخاذ القميص من الثوب.

فرع: أوصى بشيء، ثم نقله من بلد الموصى له إلى مكان بعيد، فليس برجوع على الأصح، ويشبه أن يكون الخلاف مخصوصًا بما إذا أشعر التبعيد بتغيُّر القصد. فأما إذا أوصى صحيح البدن بدابة، ثم أركبها غلامَه، أو حمل عليها إلى مكان بعيد، فلا إشعار.

فرع: أوصى بصاع حنطة بعينه، ثم خلطه بحنطة، فرجوع. قال أبو زيد: إن خلطه بأجود، فرجوع، وإلا، فلا. والأول هو الصحيح المنصوص. ولو أوصى بصاع من صبرة، ثم خلطها بمثلها، فليس برجوع، لأن الموصى به كان مخلوطًا شائعًا، فلا تضر زيادة الخلط. وإن خلط بأجود، فرجوع، وبالأردأ، ليس برجوع على الأصح. ولو اختلطت بنفسها بالأجود، فعلى الخلاف السابق في نظائره. وإذا أبقينا الوصية، فالزيادة الحاصلة بالجودة غير متميزة، فتدخل في الوصية. ولو أوصى بصاع من حنطة، ولم يعين الصاع، ولا وصف الحنطة، فلا أثر للخلط، ويعطيه الوارث مما شاء من حنطة التركة. ولو وصفها وقال: من حنطتي الفلانية، فالوصف مرعي. فإن بطل بالخلط، بطلت الوصية. وإن قال: من مالي، حصَّله الوارث.

Marfat.com

فرع: أوصى بمنفعة عبد أو دارٍ سنة، ثم أجر الموصى به سنة مثلاً، فإن مات بعد انقضاء مدة الإجارة، فالوصية بحالها. وإن مات قبله، فوجهان. أصحهما: أنه إن انقضت مدة الإجارة قبل سنة من يوم الموت، كانت المنفعة بقية السنة للموصى له، وتبطل الوصية فيما مضى. وإن انقضت بعد سنة من يوم الموت، بطلت الوصية، لأن المستحق للموصى له منفعة السنة الأولى، فإذا انصرفت إلى جهة، بطلت الوصية. والثاني: أنه يستأنف للموصى له سنة من يوم انقضاء الإجارة، فإن كان الموصي قيّد وصيته بالسنة الأولى، وجب أنه لا يجيء الخلاف. ولو لم يسلم الوارث حتى انقضت سنة بلا عذر، فمقتضى الوجه الأول أنه يغرم قيمة المنفعة، ومقتضى الثاني تسليم سنة أخرى.

فرع: تزويج العبد والأمة الموصى بهما، وإجارتهما، وختانهما، وتعليمهما، والإعارة، والإذن في التجارة، والاستخدام، وركوب الدابة، ولبس الثوب، ليس برجوع، ووطء الجارية مع العزل، ليس برجوع، وكذا مع الإنزال على الصحيح وقول الأكثرين. وقال ابن الحداد: رجوع.

فرع: أوصى بعرصة ثم زرعها، فليس برجوع كلبس الثوب. ولو بنى فيها أو غرس، فرجوع على الأصح. فإن لم نجعله رجوعًا، فموضع البناء والغراس هل هو كالبياض المتخلل حتى يأخذه الموصى له إن زال البناء والغراس يومًا؟ أم تبطل الوصية فيه تبعًا للبناء؟ فيه وجهان. ومطلق عمارة الدار، ليس برجوع. فإن بطل الاسم، بأن جعلها خانًا، فرجوع. وإن لم يبطل، ولكن أحدث فيها بناءً وبابًا من عنده، فعلى الوجهين فيما لو بنى في الأرض. فإن لم نجعله رجوعًا، فالبناء الجديد لا يدخل في الوصية على الصحيح.

فصل: أوصى بمائة معينة، ثم بمائة معينة، فله المائتان. وإن أطلق إحداهما، حملت المطلقة على المعيّنة، وكذا لو أطلقها، لم يكن له إلاّ مائة. ولو أوصى بخمسين، ثم بمائة، فله مائة. ولو أوصى بمائة، ثم بخمسين، فوجهان. أصحهما: ليس له إلاّ خمسون. والثاني: له مائة وخمسون.

Marfat.com

الباب الرابع

في الأوصياء

الوصاية مستحبة في رد المظالم، وقضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، وأمور الأطفال.

قلت: هي في رد المظالم وقضاء الديون التي يعجز عنها في الحال واجبة.

فإن لم يوص إلى أحد، نصب القاضي من يقوم بها. وأغرب الأستاذ أبو منصور فحكى وجهًا، أنه إذا كان في الورثة رشيد، قام بهذه الأمور وإن لم ينصبه القاضي. وللوصاية أركان وأحكام. أما أركانها، فأربعة.

(الركن) الأول: الوصي، وله خمسة شروط، وهي: التكليف، والحرية، والإسلام، والعدالة، والكفاية في التصرفات. فالصبي والمجنون ومَن بعضه رقيق، والمكاتب والمدبر وأم الولد، لا تصح الوصية إليهم. وفي مستولدته ومدبره خلاف مبني على أن صفات الوصي تعتبر حالة الوصاية والموت، أم حالة الموت؟ ولا تجوز وصاية مسلم إلى ذمي، ويجوز عكسه، وتجوز وصاية الذمي إلى الذمي على الأصح بشرط العدالة في دينه، ولا تجوز إلى فاسق ولا إلى عاجز عن التصرف لا يهتدي إليه لسفه أو هرم أو غيرهما، هذا هو الصحيح. وربما دل كلام بعض الأصحاب على أن هذا الشرط الأخير غير معتبر. وتجوز الوصاية إلى أعمى على الأصح. وقيل: لا، فتكون الشروط ستة. وزاد الروياني وآخرون شرطًا سابعًا، وهو أن لا يكون الوصي عدوًّا للطفل الذي يفوض أمره إليه، وحصروا الشروط كلها بلفظ مختصر فقالوا: ينبغي أن يكون الوصي بحيث تقبل شهادته على الطفل. وكل ما اعتبر من الشروط، ففي وقت اعتباره ثلاثة أوجه. أصحها: يعتبر حاله عند الموت. والثاني: عند الوصاية والموت جميعًا. والثالث: يعتبر في الحالتين وفيما بينهما.

فرع: لا يشترط في الوصي الذكورة، بل يجوز التفويض إلى المرأة، وإذا

Marfat.com

حصلت الشروط في أم الأطفال، فهي أولى من غيرها. وحكى الحناطي وجهًا، أنه لا تجوز الوصاية إليها، لأنها ولاية، ومقتضاه الطرد في جميع النساء.

فرع: إذا تغير حال الوصي، فإن كان قبل موت الموصي، بني على أن الشروط متى تعتبر؟ وإن تغيّر بعد موته، نظر، إن فسق، إما بتعدٍّ في المال، وإما بسبب آخر، بطلت ولايته. وقيل: لا تبطل حتى يعزله الحاكم، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور، وفي معناه قيِّم القاضي. وفي بطلان ولاية القاضي بالفسق وجهان. أصحهما: البطلان. والثاني: لا، كالإمام الأعظم. والأب، والجد، إذا فسقا، انتزع الحاكم مال الطفل منهما. ولا تبطل ولاية الإمام الأعظم بالفسق، لتعلق المصالح الكلية بولايته، بل تجوز ولاية الفاسق ابتداءً إذا دعت إليها ضرورة، لكن لو أمكن الاستبدال به إذا فسق من غير فتنة، استبدل. وفيه وجه، أنها تبطل أيضًا، وبه قطع الماوردي في «الأحكام السلطانية»، والصحيح الأول. وإذا تاب الفاسق وصلحت حاله، فهل تعود ولايته؟ أما الوصي والقيم، فلا تعود ولايتهما على الصحيح. والأب، والجد، تعود ولايتهما، والقاضي كالوصي. وإذا كان الوصي قد أتلف مالاً، لم يبرأ عن ضمانه حتى يدفعه إلى الحاكم، ثم يرده الحاكم إليه إن ولاّه. فإن كان أبًا، قبض المضمون من نفسه لولده، وليس من التعدي أكل الأب والوصي مال الطفل لضرورة، لكن إذا وجب الضمان، فطريق البراءة ما ذكرنا.

فرع: تصرفات الوصي بعد الانعزال باطلة. قال القفال: لكن ردّ المغصوب والعواري والودائع وقضاء الديون من جنسها في التركة، لا ينقض، لأن أخذ المستحق فيها كافٍ.

فرع: إذا جُنّ الموصي، أو أُغمي عليه، أقام الحاكم غيره مقامه. فإن أفاق، فهل يبقى على ولايته كالأب والجد والإمام الأعظم إذا أفاقوا؟ أم تبطل لأنه يلي بالتفويض كالتوكيل بخلاف الأب وبخلاف الإمام للمصلحة الكلية؟ فيه وجهان. أصحهما: الثاني، ويجريان في القاضي إذا أفاق. وإذا أفاق الإمام الأعظم بعدما ولي غيره، فالولاية للثاني، إلا أن تثور فتنة، فهي للأول، ذكره البغوي.

Marfat.com

فرع: لو اختلت كفـاية الوصي، بأن ضعف عن الكتابة والحـساب، أو ساء تدبيره لكبر أو مرض، ضم القاضي إليه من يعينه ويرشده. ولو عرض ذلك لقيم القاضي، عزله، لأنه الذي ولاه.

الركن الثاني: الموصي، فإن كانت الوصاية في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا، صحت من كل حـر مكلف. وإن كانت في أمور الأطفال، اشـترط مع ذلك أن يكون للمـوصي ولاية على الموصى في حقـه من الصبـيان والمجانين ابـتداءً من الشرع، لا بتفويض، وفيه مسائل.

إحداها: أن الوصي هل يوصي؟ فيه صور.

إحداها: ليس للموصي في الوصاية المطلقة أن يوصيَ.

الثانية: قال: أوصيت إليك إلى أن يبلغ ابني فلان، أو يقدم من سفره، فإذا بلغ أو قدم، فـهو الوصي. أو قال: أوصـيت إليك سنة وبعدها وصـيي فلان، فالمذهب صـحتـه، وبه قطع الجمـهور، وتحتـمل الوصيـة التعليق كـما تحـتمل الجهالات والأخطار. وحكى الحناطي وآخرون فيه خـلافًا كتعليق الوكالة، وبالمنع أجاب الروياني فقـال: لو قال: إذا مت فقد أوصيـت إليك، لا يجوز، بخلاف قوله: أوصيت إليك إذا متُّ. ولو قال: أوصيت إليك، فـإذا حضرك الموت فقد أوصيت إلى من أوصيتَ إليه، أو فوصيُّك وصـيي، فباطلة على الأظهر. وقيل: قطعًا. وقيل: صحيحة قطعًا.

الثالثة: أوصى إلى زيد، وأذن له في الوصاية، نظر، إن لم يعيّن، بل قال: أوص بتـركتي إلى من شـئتَ، فـأوصى بها إلى شـخص، صح على الأظهـر. وقـيل: قطعًا. وإن عين فـقـال: أوص بها إلى فـلان، فكذلك. وقـيل: تصح قطعًا، لأنه قطع اجتهاده، فصار كقوله: أوصيت بعده إلى فلان.

فرع: لو أطلق فـقال: أوص إلى من شئت، أو إلى فـلان، ولم يضف إلى نفسه، فـهل يحمل على الوصاية عنه حتى يجيء فـيه الخلاف؟ أم يقطع بأنه لا يوصي عنه؟ فيه وجهان حكاهما البغوي، وقال: الأصح الثاني.

Marfat.com

المسألة الثانية: لا يجوز نصب وصي على الأولاد البالغين العقلاء، لأنه لا يلي أمرهم. وأما المجانين، فتجوز الوصاية في أمرهم كالصبيان، وله نصب الوصي لقضاء الدين والوصايا. وإذا نصبه لذلك، لم يتمكن من إلزام الورثة تسليم التركة لتباع في الدين، بل لهم إمساكها وقضاء الدين من مالهم. فلو امتنعوا من التسليم والقضاء من عندهم، ألزمهم أحد الأمرين. هذا إذا أطلق الوصاية بقضاء الدين. فإن قال: ادفع هذا العبد إليه عوضًا عن دينه، فينبغي أن لا يكون للورثة إمساكه، لأن في أعيان الأموال أغراضًا. ولو قال: بعه واقض الدين من ثمنه، فيجوز أن لا يكون لهم الإمساك أيضًا، لأنه قد يكون أطيب.

المسألة الثالثة: لا يجوز للأب نصب الوصي في حياة الجد على الصحيح، لأن ولايته ثابتة شرعًا كولاية التزويج. هذا في أمر الأطفال، فأما في قضاء الديون والوصايا، فله ذلك، ويكون الوصي أولى من الجد. ولو لم ينصب وصيًّا، فأبوه أولى بقضاء الدين وأمر الأطفال، والحاكم أولى بتنفيذ الوصايا، كذا نقله البغوي وغيره.

الرابعة: ليس لغير الأب والجد الوصاية في أمر الأطفال، ولا للأم إلاّ على قول الإصطخري في أنها تلي فتوصي.

الركن الثالث: الموصى فيه، وهو التصرفات المالية المباحة، فيدخل فيه الوصاية بقضاء الديون، وتنفذ في الوصايا وأمور الأطفال، ولا تجوز في تزويج الأطفال، ولا في معصية، كبناء كنيسة وكتب التوراة. وذكر طائفة منهم الإمام، أن الوصاية لا تجري في ردّ المغصوب والودائع، ولا في الوصية بعين لمعيّن، لأنها مستحقة بأعيانها فيأخذها أصحابها، وإنما يوصي فيما يحتاج إلى نظر واجتهاد، كالوصية للفقراء، وهذا الذي قالوه موضع توقف نقلاً ومعني. أما النقل، فما سيأتي في بقية الباب وفي «كتاب الوديعة» إن شاء الله تعالى حيث قالوا: إن أوصى إلى فاسق، ضمن. وأما المعنى، فلأنه قد يخاف خيانة الوارث.

الركن الرابع: الصيغة، فلا بد في الوصاية من الإيجاب، بأن يقول: أوصيت إليك، أو فوضت، أو أقمتك مقامي، ونحو ذلك، ويجوز فيها التوقيت

Marfat.com

كما سبق من جواز التعليق، وذلك كقوله: أوصيت إليك سنة، أو إلى أن يبلغ ابني فلان، أو أوصى إلى زوجته إلى أن تتزوج. وأما القبول، فالمذهب اشتراطه، وأشار بعضهم إلى خلاف فيه. وهل يقوم عمل الوصي مقام لفظ قبوله؟ وجهان. وكل هذا مأخوذ من الوكالة، ولا يشترط القبول في حياة الموصي. فلو قيل في حياته، لم يعتدَّ به على الأصح. كما لو أوصى بمال، يشترط القبول بعد الموت. وقيل: يعتدّ به، كما لو وكله بعمل يتأخر، يصح القبول في الحال. والرد في حياة الوصي على هذين الوجهين. فعلى الأول، لو ردّ في حياته، ثم قبل بعد موته، جاز، ولو رد بعد الموت، لغت الوصاية.

فرع: إن فصّل فقال: أوصيت إليك في قضاء ديوني وتنفيذ وصاياتي والتصرف في أموال أطفالي والقيام بمصالحهم، أو ذكر بعض هذه الأعمال، فذاك، وإن اقتصر على قوله: أوصيت إليك، أو أقمتك مقامي في أمر أطفالي، ولم يذكر التصرف، فثلاثة أوجه. أصحها: له التصرف والحفظ اعتماداً على العرف. والثاني: ليس له إلا الحفظ تنزيلاً على الأقل. والثالث: لا تصح الوصاية حتى يبين ما فوضه إليه. ولو اقتصر على قوله: أوصيتُ إليك، فباطلة قطعًا.

فرع: لو اعتقل لسانه، فأوصى بالإشارة المفهمة، أو قرىء عليه كتاب الوصاية، فأشار برأسه أن «نعم»، صحت الوصاية كالأخرس.

فرع: أوصى إليه في تصرف، لا يتعدَّاه.

فرع: يجوز أن يوصيَ إلى اثنين فصاعدًا، وأن يوصيَ إلى واحد وينصب عليه مشرفًا، ولا يتصرف الوصي إلاّ بإذنه. ثم إذا أوصى إلى اثنين، إن كانت في رد الودائع أو الغصوب والعواري وتنفيذ الوصية المعينة وقضاء الدين الذي في التركة من جنسه، فلكل منهما الانفراد به، لأن صاحب الحق مستقل في هذه الصور بالأخذ. هكذا نقل البغوي وغيره، وهذا أحد المواضع التي صرّحوا فيها بجريان الوصاية في ردّ الغُصوب والعواري، خلاف ما قالته تلك الطائفة. ثم وقوع المدفوع موقعه، وعدم الردّ والنقص عند انفراد أحدهما، بيّن، لكن تجويز

Marfat.com

الانفراد ليس ببيّن، فإنَّ تصرفهما في هذه الأموال مستفاد بالوصاية، فليكن بحسبها، ولتجيء فيه الأحوال التي سنذكرها إن شاء الله تعالى في سائر التصرفات، وستجد في كلام الأصحاب ما هو كالصريح فيما ذكرته.

وإن كانت الوصاية في تفرقة الثلث وأمور الأطفال والتصرف في أموالهم، فلها أحوال.

أحدها: أن يثبت الاستقلال لكل واحد فيقول: أوصيت إليكما، أو إلى كلٍّ منكما، أو يقول: كل واحد منكما وصيي في كذا، قال أبو الفرج الزاز: أو يقول: أنتما وصيّاي في كذا، فلكل منهما الانفراد بالتصرف. وإذا مات أحدهما أو جن أو فسق، أو لم يقبل الوصاية، كان للآخر الانفراد. وإن ضعف نظر أحدهما، فللآخر الانفراد، وللحاكم أن يضم إلى ضعيف النظر مَن يعينه.

الثاني: أن يشترط اجتماعهما على التصرف، فليس لواحد منهما الانفراد. فإن انفرد، لم ينفذ البيع والشراء والإعتاق، ويضمن ما أنفق. فإن مات أحدهما، أو جن، أو فسق، أو غاب، أو لم يقبل الوصية، نصب الحاكم بدلاً عنه ليتصرف مع الآخر. وهل له إثبات الاستبداد للآخر؟ وجهان. أصحهما: لا. ولو ماتا جميعًا، فهل للحاكم نصب واحد؟ أم لا بد من اثنين؟ فيه الوجهان. قال إمام الحرمين: وليس المراد من اجتماعهما على التصرف تلفظهما بصيغ العقود معًا، بل المراد صدوره عن رأيهما، ثم لا فرق بين أن يباشر أحدهما أو غيرهما بإذنهما.

الثالث: أن يطلق قوله: أوصيت إليكما، فهو كالتقييد بالاجتماع، لأنه المتيقن.

فصل: قال: أوصيت إلى زيد، ثم قال: أوصيت إلى عمرو، لم يكن عزلاً لزيد، ثم إن قبلا، فهما شريكان، وليس لأحدهما الانفراد بالتصرف على الصحيح، وبه قطع المتولي. وقال البغوي: ينفرد، وهو ضعيف. ولو قبل أحدهما فقط، انفرد بالتصرف. ولو قال لعمرو: ما أوصيتُ به إلى زيد قد أوصيتُ به إليك، فهو رجوع. ولو قال لزيد: ضممت إليك عمرًا، أو قال

Marfat.com

لعمرو: ضممتك إلى زيد، فإن قبل عمرو دون زيد، لم ينفرد بالتصرف، بل يضم القاضي إليه أمينًا، وينبغي أن يجيء في استقلاله الوجهان. وإن قبل زيد دون عمرو، فالذي ذكره الغزالي والمتولي، أنه ينفرد بالتصرف، وفيه نظر، وإن قبلا جميعًا، فقال الغزالي: هما شريكان، ويشبه أن يقال: زيد وصيي، وعمرو مشرف.

فرع: أوصى إلى شخصين، فاختلفا في التصرف، نظر، إن كانا مستقلين، وقال كل واحد: أنا أتصرف، حكى الشيخ أبو حامد أنه يقسم، فيتصرف كل واحد في نصفه، فإن كان مما لا ينقسم، ترك بينهما حتى يتصرفا فيه. وقال غيره: لا حاصل لهذا الاختلاف، ومن سبق نفذ تصرفه. وإن لم يكونا مستقلين، أمرهما الحاكم بما رآه مصلحة. فإن امتنع أحدهما، ضم القاضي إلى الآخر أمينًا. وإن امتنعا، أقام مقامهما أمينين، ولا ينعزلان بالاختلاف، بل الآخران نائبان عنهما. وإن اختلفا في تعيين من يصرف إليه من الفقراء، عين القاضي من يراه. وإن اختلفا في الحفظ، قسم، ولكل واحد التصرف فيما في يده ويد صاحبه. وقيل: إن لم يكونا مستقلين، لم ينفرد أحدهما بحفظ شيء. والصحيح المنصوص الذي عليه الجمهور: أنه لا فرق. ثم إذا قسم، وتنازعا في عين النصف المحفوظ، أقرع على الأصح. وقيل: يعين القاضي. هذا إذا كان المتاع منقسمًا، وإلاّ فيحفظانه معًا بجعله في بيتٍ يقفلانه، أو برضاهما بنائب يحفظه من جهتهما، وإلا، فيتولى القاضي حفظه، وكذا لو كان منقسمًا وقلنا: لا ينقسم عند عدم الاستقلال. ثم ذكر البغوي، أن هذا التفصيل فيما إذا جعل إليهما التصرف واختلفا في الحفظ إلى التصرف. فأما إذا جعل الحفظ إلى اثنين، فلا ينفرد أحدهما بحال.

فصل: في أحكام الوصايا: فمنها الجواز، فللموصي الرجوع متى شاء، وللموصي عزل نفسه متى شاء.

قلت: إلا أن يتعين عليه، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاضٍ وغيره. والله أعلم.

Marfat.com

ومنها: أن الوصي يقضي الديون التي على الصبي من الغرامات والزكوات وكفارة القتل. وفي الكفارة وجه، لأنها ليست على الفور، وينفق عليه وعلى من عليه نفقته، ولينفق بالمعروف، وهو ترك الإسراف والتقتير. فإن أسرف، ضمن الزيادة، ويشتري له الخادم عند الحاجة إذا كان مثله يخدم.

فرع: إذا بلغ الصبي، ونازعه في أصل الإنفاق، صدّق الوصي بيمينه. ولو قال: أسرفت في الإنفاق، فإن كان بعد تعيينهما قدراً، نظر فيه، وصدِّق من يقتضي الحال تصديقه. وإن لم يعينا، فالمصدَّق الوصي على المذهب، وبه قطع الجمهور، وحكى البغوي عن بعضهم فيه وجهين، وهذا على غرابته يجيء في أصل الإنفاق.

فرع: ادعى أن الوصي خان في بيع ماله، فباعه بلا حاجة ولا غبطة، ففيه خلاف قدمناه في «باب الحجر». والمذهب أن القول قول المدعي.

فرع: تنازعا في تاريخ موت أبيه، فقال: من خمس سنين، فقال الوصي: من ست، واتفقا على إنفاقه من يوم الموت، لم يقبل قول الوصي على الأصح.

فرع: ادَّعى دفع المال إليه بعد البلوغ، لا يقبل بغير بينة على الصحيح.

فرع: يقبل قول الوصي في التلف بالغصب والسرقة.

فرع: قيِّم الحاكم، كالوصي فيما ذكرناه، والمجنون بعد إفاقته كالصبي بعد بلوغه في كل ذلك.

فصل: إذا بلغ الصبي مجنونًا أو سفيهًا، استمرت ولاية الصبي كما سبق في «باب الحجر» به ثم إن رأى أن يدفع إلى المبذر نفقة أسبوع أسبوع، فَعَل، فإن لم يثق به، دفعها إليه يومًا يومًا، ويكسوه كسوة مثله، فإن كان يخرقها، هدَّده، فإن لم يمتنع، اقتصر في البيت على إزار. وإذا خرج، كساه وجعل عليه رقيبًا.

فصل: ليس له تزويج الأطفال وإن ذكره الموصي، ولا بيع مال الصبي لنفسه ولا عكسه، ولا بيع مال صبي لصبيٍّ، وتجوز شهادة الوصي على الأطفال، ولا تجوز شهادته لهم بمال وإن كان وصيًّا في تفرقة الثلث فقط، لأنه يثبت لنفسه ولاية، ويجوز لمن هو وصي في مال معين أن يشهد بغيره.

Marfat.com

فصل: في مسائل منثورة: يجوز للوصي أن يوكل فيما لم تجر العادة بمباشرته لمثله، ولا يجوز أن يبيع شيئًا من مـال كبار الورثة بغير إذنهم. وإذا أوصى بثلث مـاله وليس له إلاّ عـبد، ولم يبع الوصـي إلا ثلثه. ولو كـان الوصي والصـبي شريكـين، لم يستقـل بالقسمـة، سواء قلنـا: هي بيع أو إفراز. وفي «فـتاوى» القفـال: ليس له خلط حنطته بحنطة الصـبي، ولا دراهمه بدراهمـه، وقول الله تعالى: ﴿وإن تخالطوهم﴾ [البقرة: ٢٢٠] محمول على ما لا بد منه للإرفاق، وهو خلط الدقيق بالدقيق واللحم باللحم للطبخ ونحوه، ولا يلزم الوصي الإشهاد في بيع مال اليتيم على الأصح. وفي «الجرجانيات» لأبي العباس الروياني وجهان في أن الولي لو فسق قبل انبرام البيع، هل يـبطل البيع؟ ووجهان في أن الوصاية هل تنعقد بلفظ الولاية، كقوله: وليتك كذا بعد موتي؟ ويجوز للوصي أن يدفع مال اليتـيم مضاربة إلـى من يتصرف في البلد، ويجـوز إلى من يسافـر به إذا جوزنا المسافرة به عند أمن الطريق، وهو الأصح كمـا سبق في «الحجر» ولو أوصى إلى الله تعالى، وإلى زيد، فـقياس ما سـبق فيما إذا أوصى لله تعـالى ولزيد مجيء وجهين. أحدهما: أن الوصاية إلى زيد. والثاني: إلى زيد والحاكم. ولو أوصى بشيء لرجل لم يذكره، وقال: قد سميـته لوصيي، فللورثة أن لا يصدِّقوه. وفي شرح «أدب القـاضي» لأبي عاصم العـبادي، أنه لو قـال: سمـيته لوصـيي زيد وعمرو، فعيّنا رجـلاً، استحقه. وإن اختلفا في التعـيين، فهل تبطل الوصية، أم يحلفُ كل منهما مع شاهده؟ قولان. وفي «الزيادات» لأبي عاصم: أنه لو خاف الوصي أن يستوليَ غـاصب على المال، فله أن يؤديَ شيئًا لتـخليصه، والله يعلم المفسد من المصلح.

وفي «فتـاوى» القفال: أنه لو أوصى إلـى رجل فقال: بع أرضي الفـلانية، واشتر من ثمنها رقبة فاعتقهـا عني، وأحج عني، واشتر مائة رطل خبز فأطعمها الفقـراء، فبـاع الأرض بعشرة، وكـان لا توجد رقـبة إلاّ بعـشرة، ولا يحج إلاّ بعشرة، ولا يباع الخبز بأقل من خمسة، فتوزع العشرة عليها على خمسة أسهم، ولا يحصل الإعتاق والحج بحصتهما، فيضم إلى حصة الخبز تمام الخمسة، فينفذ

Marfat.com

فيه الوصية، ويرد الباقي على الورثـة، كما لو أوصى لكل واحد من زيد وعمرو بعشرة، وكان ثلاثة عـشر، فرد أحدهما، دفعت العـشرة إلى الآخر. ولو قال: اشتر من ثلثي رقـبة فأعتقهـا، وأحج عني، واحتاج كل منهما إلى عـشرة، فإن قلنا: يقدم العتق، صرفت العشرة إليـه، وإلا، فينبغي أن يقرع بينهما ولا يوزع، إذ لو وزع، لم يحصل واحد منهما، وبالله التوفيق.

Marfat.com

كتاب الوَديعة(١)

هي المال الموضوع عـند أجنبي ليحفظـه. واستودعـته الوديعة: اسـتحـفظته إياها. ومن أودع وديعة يعجـز عن حفظها، حرم عليه قبـولها؛ وإن كان قادراً، لكن لا يثق بأمانة نفسه، فهل يحرم قـبولها، أم يكره؟ وجهان. وإن قدر، ووثق بأمانة نفسه، اسـتحب القبول. فإن لم يكن هناك غيـره، فقد أطلق مطلقون أنه يتعين عليه القبول، وهو محـمول على ما بينه السرخسي في «الأمالي»، وهو أنه يجب أصل القبول دون أن يتلف منفعة نفسه وحرزه في الحفظ من غير عوض.

فرع: لا يصح إيداع الخمر ونحوها.

فـصل: الإيداع، توكـيل خـاص، وأركـانه، كـأركـانهـا أربعـة: الحـفظ، والعاقدان، والصيغة. فلا بد من صيغة من المودع دالة على الاستحفاظ، كقوله: استـودَعتُكَ هذا المال، أو أودعـتُك، أو استـحفظتك، أو أنبتك فـي حفظه، أو احفظه، أو هو وديعة عندك، أو ما في معناها. وفي اشتراط القبول باللفظ ثلاثة

---

(١) الوديعة: من الوَدْع وهو الترك، لأنها متروكة عند المودَع.

وشرعًا: توكيل المودِع من يحفظ ماله بلا عوض.

ـ وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع.

ـ قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨].

ـ عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «من أودع وديعة، فلا ضمان عليه» [حسن أخرجه ابن ماجه ٢٤٠١] انظر الصحيحة ٢٣١٥.

وقال ابن المنذر في الإجماع:

ـ وأجمعوا على أن المودَع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت، أن القول قوله مع يمينه.

ـ الوديعة أمانة من الأمانات، والأمانة لا يضمنها المؤمَّن عليها إلا بالتعدي عليها أو التفريط فيها.

ـ التعدي هو فعل ما لا يجوز، والتفريط هو ترك ما يجب، فمن تعدى على الأمانة أو فرط فيها فهو ضامن، لأن يده يد معتدية، ومن لم يتعد ولم يفرط فلا ضمان عليه لأنه أمين.

Marfat.com

أوجه: أصحها: لا يشترط، بل يكفي القبض في العقار والمنقول. والثاني: يشترط. والثالث: يشترط إن كان بصيغة عقد، كأودعتك، ولا يشترط إن قال: احفظه، أو هو وديعة عندك. ولو قال: إذا جاء رأس الشهر، فقد أودعتك هذا، فقطع الروياني في «الحلية» بالجواز، والقياس تخريجه على الخلاف في تعليق الوكالة. ولو جاء بماله، ووضعه بين يدي غيره، ولم يتلفظ بشيء، لم يحصل الإيداع. فلو قبضه الموضوع عنده، ضمنه. وكذا لو كان قد قال قبل ذلك: أريد أن أودعك، ثم جاء بالمال، فإن قال: هذا وديعتي عندك، أو احفظه، ووضعه بين يديه، فإن أخذه الموضوع عنده، تمت الوديعة إن لم يشترط القبول لفظًا. وإن لم يأخذه، نظر، إن لم يتلفظ، لم يكن وديعة، حتى لو ذهب وتركه، فلا ضمان عليه، لكن يأثم إن كان ذهابه بعدما غاب المالك. وإن قال: قبلت، أو ضعه، فوضعه، كان إيداعًا، كما لو قبضه بيده، كذا قال البغوي. وقال المتولي: لا يكون وديعة ما لم يقبضه. وفي «فتاوى» الغزالي: أنه إن كان الموضَع في يده، فقال: ضعه، دخل المال في يده، لحصوله في الموضع الذي هو في يده. وإن لم يكن، بأن قال: انظر إلى متاعي في دكاني، فقال: نعم، لم يكن وديعة. وعلى الأول، لو ذهب الموضوع عنده وتركه، فإن كان المالك حاضراً بعدُ، فهو ردٌّ للوديعة. وإن غاب المالك، ضمنه.

فصل: لا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف. فلو أودع صبي أو مجنون مالاً، لم يقبله، فإن قبله، ضمنه، ولا يزول الضمان إلاّ بالرد إلى الناظر في أمره. لكن لو خاف هلاكه في يده، فأخذه على وجه الحسبة صونًا له، لم يضمنه على الأصح. ولا يصح الإيداع إلاّ عند جائز التصرف، فلو أودع مالاً عند صبي، فتلف، لم يضمنه، إذ ليس عليه حفظه، فهو كما لو تركه عند بالغ من غير استحفاظ فتلف. وإن أتلفه الصبي، فقولان: ويقال: وجهان: أحدهما: لا ضمان، لأن المالك سلطه عليه، فصار كما لو باعه أو أقرضه وأقبضه فأتلفه، فلا ضمان قطعًا. وأظهرهما: يضمن، كما لو أتلف مال غيره من غير استحفاظ. ولا تسليط على الإتلاف هنا، بخلاف البيع والقرض. ولو أودع ماله

Marfat.com

عند عبد فتلف عنده، فلا ضمان. وإن أتلفه، فهل يتعلق الضمان برقبته كما لو أتلف ابتداءً، أم بذمته كما لو باعه؟ فيه الخلاف المذكور في الصبي. وإيداع السفيه والإيداع عنده، كإيداع الصبي والإيداع عنده.

فرع: استنبطوه من الخلاف المذكور في الصبي والعبد أصلاً في الباب:

وهو أن الوديعة عقد برأسه، أم إذن مجرد؟ إن قلنا: عقد، لم يضمنه الصبي، ولم يتعلق برقبة العبد. وإن قلنا: إذن، فبالعكس. وخرجوا عليه ولد الجارية المودعة، ونتاج البهيمة. إن قلنا: عقد، فالولد وديعة كالأم، وإلاّ، فليس بوديعة، بل أمانة شرعية في يده يجب ردُّها في الحال، حتى لو لم يؤد مع التمكن، ضمن على الأصح، كذا قاله البغوي. وقال المتولي: إن قلنا: عقد، لم يكن وديعة، بل أمانة، اعتباراً بعقد الرهن والإجارة، وإلاّ، فهل يتعدَّى حكم الأم إلى الولد كالأضحية، أم لا كالعارية؟ وجهان، والموافق لإطلاق الجمهور كون الوديعة عقداً.

فصل: في أحكام الوديعة: هي ثلاثة.

أحدها: الجواز من الجانبين، وتنفسخ بموت أحدهما أو جنونه أو إغمائه. ولو عزم المودع نفسه، ففي انعزاله وجهان، بناءً على أن الوديعة إذن، أم عقد؟ إن قلنا: إذن، فالعزل لغو، كما لو أذن للضيفان في أكل طعامه، فقال بعضهم: عزلت نفسي، يلغو قوله، وله الأكل بالإذن السابق. فعلى هذا، تبقى الوديعة بحالها. وإن قلنا: عقد، انفسخت وبقي المال في يده أمانة شرعية، كالريح تطير الثوب إلى داره، فعليه الرد عند التمكن وإن لم يطلب على الأصح. فإن لم يفعل، ضمن.

(الحكم) الثاني: أنها أمانة، فلا يضمن إلا عند التقصير، وأسباب التقصير تسعة.

أحدها: أن يودعها المودع عند غيره بلا عذر من غير إذن المالك، فيضمن، سواء أودع عند عبده وزوجته وابنه، أو أجنبي. والكلام في تضمين المالك المودع الثاني قد سبق في بابي الرهن والغصب. وإن أودعها عند القاضي، فوجهان -

Marfat.com

سواء كان المالك حاضراً أو غـائبًا ـ أصحهما عند الجمهـور: يضمن. فإن جوزنا الدفع إلى القـاضي، لم يجب عليه القـبول إن كـان المالك حاضراً والدفـع عليه متيسراً، وإن لم يكن كذلك، لزمه القبول على الأصح، لأنه نائب الغائبين. وإذا حمل الغاصب المغصوب إلى القاضي، فـفي وجوب القبول الوجهان، لكن هذا أولى بالمنع ليبقى مضمونًـا للمالك. ومن عليه دين لو حمله إلى القاضي، نظر، إن كان بحيث لا يجب على المالك قبوله، فالقاضي أولى، وإلا، فوجهان وأولى بالمنع وهو الأصح، لأن الدين في الذمـة لا يتعرض للتـلف، وإذا تعين، تعرض له. وجميع ما ذكـرناه هو فيما إذا استحفظ غـيره وأزال يده ونظره عن الوديعة. أما إذا اسـتعان به في حـملها إلى الحـرز، فلا بأس، كمـا لو استعـان في سقي البهيمـة وعلفها. قال القفال: وكـذا لو كانت خزانته وخزانة ابنه واحدة فـدفعها إلى ابنه ليـضعهـا في الخزانة. وذكر الإمـام أن المودع إذا أراد الخروج لحـاجاته، فاستحـفظ من يثق به من متصليه، وكان يلاحظ الخـزن في عوداته، فلا بأس. وإن فوض الحفظ إلى بعضهم، ولم يلاحظ الوديعـة أصلاً، ففيه تردد. وإن كان المخزن خارجًا عن داره التي يأوي إليها، وكان لا يلاحظه، فالظاهر تضمينه.

فرع: هذا الذي ذكرناه، إذا لم يكن عذر. فإن كان، بأن أراد سفراً، فينبغي أن يردها إلى مالكهـا أو وكيله. فإن تعذر وصوله إليـهما، دفعـها إلى القاضي، وعليه قبولها. فـإن لم يجد قاضيًا، دفعها إلى أمين، ولا يكلـف تأخير السفر. فإن ترك هذا التـرتيب فدفعهـا إلى الحاكم أو أمين مع إمكان الدفع إلى المالك أو وكيـله، ضمن، ويجيء في هذا الخـلاف السابق. وإن دفع إلى أمين مع الـقدرة على الحاكم، ضمن على المذهب. ولو دفن الوديعة عنـد سفره، ضمن إن دفنها في غير حـرزه أو في حرز ولم يُعلم بها أمينًا، أو أعلمـه حيث لا يجوز الإيداع عند الأمين، أو حيث يـجوز إلاّ أن الذي أعلمه لا يسكن الموضـع. فإن سكنه، لم يضمن على الأصح. كذا فصَّله الجمـهور، وجعل الإمام في معنى السكنى، أن يراقبها من الجوانب، أو من فوق مراقبة الحارس. وقيل: إن الإعلام كالإيداع سواء سكن الموضع، أم لا. ونقل صاحب «المعتمد» وغيره وجهين، في أن سبيل

Marfat.com

هذا الإعلام سبيل الإشهاد، أم الائتمان؟ أصحهما: الثاني. فعلى الأول، لا بد من إعلام رجلين، أو رجل وامرأتين. وكما يجوز الإيداع بعذر السفر كما تبين، فكذا سائر الأعذار، كما إذا وقع في البقعة حريق أو نهب أو غارة، أو خاف الغرق، وليكن في معناها إذا أشرف الحرز على الخراب ولم يجد حرزاً ينقلها إليه.

السبب الثاني: السفر بها، فإذا أودع حاضراً، لم يجز أن يسافر بها، فإن فعل، ضمن. وقيل: لا يضمن إذا كان الطريق آمنًا، أو سافر في البحر والغالب فيه السلامة، والصحيح الأول. ولو سافر بها لعذر، بأن جلا أهل البلد، أو وقع حريق، أو غارة، فلا ضمان بشرط أن يعجز عن ردها إلى المالك ووكيله والحاكم وعن إيداع أمين، ويلزمه السفر بها في هذه الحالة، وإلاّ، فهو مضيّع. ولو عزم على السفر في وقت السلامة، وعجز عن المالك ووكيله، والحاكم، والأمين، فسافر بها، لم يضمن على الأصح عند الجمهور، لئلا ينقطع عن مصالحه وينفّر الناس عن قبول الودائع. وشرط الجواز، أن يكون الطريق آمنًا، وإلا، فيضمن، وهذا ظاهر في مسألة الوجهين. فأما عند الحريق ونحوه، فكان يجوز أن يقال: إذا كان احتمال الهلاك في الحضر أقرب منه في السفر، فله السفر بها. قال في «الرقم»: وإذا كان الطريق آمنًا، فحدث خوف، أقام. ولو هجم قطّاع الطريق، فألقى المال في مضيعة إخفاءً له فضاع، ضمن.

فرع: إذا أودع مسافرًا، فسافر بالوديعة، أو منتجعًا، فانتجع بها، فلا ضمان، لأن المالك رضي حين أودعه.

السبب الثالث: ترك الإيصاء، فإذا مرض المودع مرضًا مخوفًا، أو حبس للقتل، لزمه أن يوصيَ بها. فإن سكت عنها، ضمن، لأنه عرّضها للفوات، إذ الوارث يعتمد ظاهر اليد ويدعيها لنفسه، والمراد بالوصية: الإعلام والأمر بالرد من غير أن يخرجها من يده، وهو مخير في هذه الحالة بين الإيداع والاقتصار على الإعلام والأمر بالردّ. ثم يشترط في الوصية بها أمور.

أحدها: أن يعجز عن الرد إلى المالك أو وكيله، وحينئذٍ يودع عند الحاكم أو

Marfat.com

يوصي إليه. فإن عـجز. فيودع عند أمين، أو يوصي إليه. كذا رتب الجـمهور، كمـا إذا أراد السفـر. وفي «التهـذيب»: أنه يكفيـه الوصيـة وإن أمكن الردّ إلى المالك، لأنه لا يدري متى يموت.

الثاني: أن يوصيَ إلى أمين. فإذا أوصى إلى فاسق، كان كما لو لم يوص، فيـضمن، ولا بأس بأن يوصيَ إلى بعض ورثتـه، وكذا الإيداع حـيث يجوز أن يودع أمينًا.

الثالث: أن يبيّن الـوديعة ويميزها عن غيرها بإشـارة إليها، أو ببيـان جنسها وصفتها. فلو لم يبين الجنس، بل قال: عندي وديعة، فهو كما لو لم يوص.

فرع: لو ذكر الجنس فـقال: عندي ثوب لفلان، نظر إن لم يوجد في تـركته ثوب، فهل يـضمن؟ وجهـان. أصحـهما عند جـماهيـر الأصحـاب: يضمن، لتقصيره في البيان، فيضارب صـاحب الوديعة بقيمتها مع الغرماء. وإن وجد في تركـته أثواب، ضـمن قطعًا، لأنه إذا لم يميـز، فكأنه خلط الوديعـة. وإن وجد ثوب واحد، ضـمن أيضًا على الأصح، ولا يدفع إليـه الثوب الموجـود. وقيل: يتعين الثوب الموجود، وبه قطع البغوي والمتولي. وفي أصل المسألة وجه: أنه إنما يضمن إذا قال: عندي ثوب لفلان وذكر معه ما يقـتضي الضمان. فأما إذا اقتصر عليه، فلا ضمان.

فرع: قال الإمـام: إذا لم يوص أصلاً، فادعى صـاحب الوديعة أنه قـصر، وقال الورثة: لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى التقصير، فالظاهر براءة الذمة.

فرع: جميع ما ذكرناه إذا تمكن من الإيداع، أو الوصية، فإن لم يتمكن، بأن قتل غيلة، أو مات فجأة، فلا ضمان.

فرع: إذا مات ولم يذكر أن عنده وديعة، فوجد في تركـته كيس مختوم، أو غير مخـتوم مكتوب عليه: وديعة فلان، أو وجد فـي جريدته: لفلان عندي كذا وديعة، لم يلزم الورثة التـسليم بهذا لاحتمـال أنه كتب هو أو غيره تلبـيسًا، أو اشترى الكيس وعلـيه الكتابة فلم يمحها، أو رَدّ الوديعـة بعد كتابتـها في الجريدة ولم يمحها، وإنما يلزم التسليم، بإقراره أو إقرار المورث ووصيّة أو بيِّنة.

Marfat.com

السبب الرابع: نقلها، فإذا أودعه في قرية، فنقل الوديعة إلى قرية أخرى، فإن كان بينهما مسافة القصر، ضمن، وكذا إن كان بينهما ما يسمى سفراً على الصحيح. وإن لم يسم سفراً، ضمن إن كان فيها خوف، أو كانت المنقول عنها أحرز، وإلا، فلا على الأصح. وحيث منعنا النقل، فذاك إذا لم يكن ضرورة. فإن وقعت ضرورة، فكما ذكرنا في المسافرة. وإذا أراد الانتقال بلا ضرورة، فالطريق ما سبق فيما إذا أراد السفر. والنقل من محلة إلى محلة، أو من دار إلى دار، كالنقل من قرية إلى قرية متصلتي العمارة، فإن كانت المنقول عنها أحرز، ضمن، وإلا، فلا. ولو نقل من بيت إلى بيت في دار واحدة، أو خان واحد، فلا ضمان. وإن كان الأول أحرز منهما، كان الثاني حرزاً أيضًا، قاله البغوي. وجميع مسائل الفصل فيما إذا أطلق الإيداع، فأما إذا أمر بالحفظ في موضع معين، فسنذكره إن شاء الله تعالى.

السبب الخامس: التقصير في دفع المُهْلكات، فيجب على المودع دفع المهلكات على المعتاد. فلو أودعه، فله أحوال.

أحدها: أن يأمره بالعلف والسقي، فعليه رعاية المأمور. فإن امتنع حتى مضت مدة يموت مثلها في مثلها، فإن ماتت، ضمنها، وإلا، فقد دخلت في ضمانه. وإن نقصت، ضمن نصفها. وتختلف المدة باختلاف الحيوانات. وإن ماتت قبل مضي هذه المدة، لم يضمن إن لم يكن بها جوع وعطش سابق. وإن كان وهو عالم به، ضمن، وإلاّ، فلا على الأصح. فإن ضمناه، فيضمن الجميع، أم بالقسط؟ وجهان، كما لو استأجر بهيمة فحمّلها أكثر مما شرط.

الثانية: أن ينهاه عن العلف والسقي، فيعصي إن ضيَّعها لحرمة الروح. والصحيح الذي قاله الجمهور، أنه لا ضمان، وضمنه الإصطخري.

الثالثة: أن لا يأمره ولا ينهاه، فيلزم القيام بهما، لأنه التزم حفظها. ثم الكلام في أمرين.

أحدهما: المودع لا يلزمه العلف من ماله، فإن دفع إليه المالك علفها، فذاك. ولو قال: اعلفها من مالك، فهو كقوله: اقض ديني. والأصح الرجوع

Marfat.com

عليه. فإن لم يذكر شيئًا، راجع المالك أو وكيله ليستردها، أو يعطي علفها. فإن لم يظفر بهما، رفع الأمر إلى الحاكم ليقترض عليه، أو يبيع جزءًا منها، أو يؤجرها ويصرف الأجرة في مؤنتها. والقول فيه وفي تفاريعه، كما سبق في هرب الجمال وعلف الضالة، ونفقة اللقيط ونحوها.

الأمر الثاني: إن علفها وسقاها في داره، أو إصطبله، حيث تعلف وتسقى دوابه. فقد وفى بالحفظ. وإن أخرجها من الموضع، فإن كان يفعل كذلك مع دوابه لضيق وغيره، فلا ضمان. وإن كان ليسقيَ دوابه فيه، فقد قال الشافعي رضي الله عنه في «المختصر»: وإن أخرجها إلى غير داره وهو يسقي في داره، ضمن. وقال الإصطخري بظاهره وأطلق وجوب الضمان. وقالت طائفة. هذا إذا كان الموضع أحرز. فإن تساويا، فلا ضمان. وقال أبو إسحاق وآخرون: هذا إذا كان في الإخراج خوف. فإن لم يكن، لم يضمن، لاطراد العادة، وهذا هو الأصح. ثم إن تولى السقي والعلف بنفسه ـ أو أمر به صاحبه وغلامه وهو حاضر لم تزل يده ـ فذاك، وإن بعثها على يد صاحبه ليسقيَها، أو أمره بعلفها وأخرجها من يده، فإن لم يكن صاحبها أمينًا، ضمن، وإلا، فلا على الأصح، للعادة. قال في «الوسيط»: والوجهان فيمن يتولى بنفسه في العادة، فأما غيره، فلا يضمن قطعًا.

فرع: إذا كان النهي عن العلف لعلة تقتضيه، كالقولنج، فعلفها قبل زوال العلة فماتت، ضمن.

فرع: العبد المودع، كالبهيمة في الأحوال المذكورة. ولو أودعه نخيلاً، فوجهان. أحدهما: سقيها كسقي الدابة. والثاني: لا يضمن بترك السقي إذا لم يأمره به.

فرع: ثياب الصوف التي يفسدها الدود، يجب على المودع نشرها وتعريضها للريح. بل يلزمه لبسها إذا لم يندفع إلاّ بأن تلبس وتعبق بها رائحة الآدمي، فإن لم يفعل ففسدت، ضمن، سواء أمره المالك أو سكت. فإن نهاه عنه، فامتنع حتى فسدت، كره ولا يضمن. وأشار في «التتمة» إلى أنه يجيء فيه وجه

الإصطخري. ولو كان الثوب في صندوق مقفل، فـفتح القفل ليخرجه وينشره، قال البغوي: لا يضمن على الأصح. هذا كله إذا علم المودع. فإن لم يعلم، بأن كان في صندوق أو كيس مشدود ولم يُعلمه المالك، فلا ضمان.

السبب السادس: الانتفاع. فالتعدي باسـتعمال الوديعة والانتفاع بها، كلبس الثوب، وركـوب الدابة، خيـانة مضمـنة. فإن كان هناك عـذر، بأن لبس لدفع الدود كما سبق، أو ركب الدابة حيث يجوز إخراجها للسقي وكانت لا تنقاد إلاّ بالركوب، فـلا ضمان. وإن انقادت من غـير ركوب فركب، ضـمن. ولو أخذ الدراهم ليصرفها إلى حاجته، أو الثـوب ليلبسه، أو أخرج الدابة ليركبها، ثم لم يستعمل، ضـمن، لأن الإخراج على هذا القصد خيانة. ولو نـوى الأخذ لنفسه فلم يأخـذ، لم يضمن عـلى الصحـيح وقول الأكـثـرين، وضمنه ابن سـريج. ويجري الخلاف، فيما لو نوى أن لا يرد الوديعة بعد طلب المالك. وقيل: يضمن هنا قطعًا، لأنه يصيـر ممسكًا لنفسه، قاله القاضي أبو حـامد والماوردي. ويجري الوجهان، فـيما إذا كان الثوب في صندوق غـير مقفل فرفع رأسه ليـأخذ الثوب ويلبسـه، ثم بدا له. ولو كان الصندوق مقـفلاً والكيس مخـتومًا، ففـتح القفل وفض الختم ولم يأخـذ ما فيـه، فوجهـان. أحدهمـا: لا يضمن ما فـيه، وإنما يضمن الختم الذي تصـرف فيه. وأصحهـما: يضمن ما فـيه، لأنه هتك الحرز. وعلى هذا، ففي ضـمان الكيس والصندوق وجهـان، لأنه لم يقصد الخـيانة في الظرف. ولو خرق الكيس نظر، إن كـان الخرق تحت موضع الختم، فـهو كفض الختم. وإن كـان فوقه، لم يضمن إلاّ نقـصان الخرق. ولو أودعـه شيئًا مـدفونًا فنبشه، فـهو كفض الختم. ولا يلتحق بالفض وفتح القـفل حلُّ الخيط الذي يشد به رأس الكيس، أو رزمة الثياب، لأن القصد منه المنع من الانتشار، لا أن يكون مكتومًا عنه. وعن «الحاوي» وجهان فيما إذا كانت عنده دراهم فوزنها ـ أُودِعها ـ أو ثياب فذرعها ليعرف طولها، أنه هل يضمن؟ ويشبه أن يجيء هذا الخلاف في حل الشدِّ.

قلت: ليس هو مثله. والله أعلم.

Marfat.com

فرع: إذا صارت الوديعة مضمونة على المودع بانتفاع أو إخراج من الحرز أو غيرهما من وجوه التقصير، ثم ترك الخيانة ورد الوديعة إلى مكانها، لم يبرأ ولم تعد أمانته. فلو ردها إلى المالك ثم أودعه ثانيًا، فلا شك في عود أمانته. فلو لم يردها، بل أحدث له المالك استئمانًا فقال: أذنت لك في حفظها، أو أودعتكها، أو استأمنتك، أو أبرأتك من الضمان، فوجهان. ويجوز أن يقال: قولان. أصحهما: يصير أمينًا ويبرأ. ولو قال في الابتداء: أودعتك، فإن خنتَ ثم تركتَ الخيانة، عدتَ أمينًا لي، فخان ثم ترك الخيانة، قال المتولي: لا يعود أمينًا بلا خلاف، لأنه إسقاط ما لم يجب، وتعليق للوديعة.

فرع: قال: خذ هذه وديعة يومًا، وغير وديعة يومًا، فهو وديعة أبدًا. ولو قال: وديعة يومًا، وعارية يومًا، فهو وديعة في اليوم الأول، وعارية في اليوم الثاني، ثم لا تعود وديعة أبدًا، حكاه الروياني في كتابه «البحر» عن اتفاق الأصحاب.

فصل: إذا خلط الوديعة بمال نفسه، وفقد التمييز، ضمن، وإن خلطها بمال آخر للمالك، ضمن أيضًا على الأصح، لأنه خيانة. ولو أودعه دراهم فأنفق منها درهمًا، ثم رد مثله إلى موضعه، لا يبرأ من ضمانه، ولا يملكه المالك إلاّ بالدفع إليه، ثم إن كان المردود غير متميز عن الباقي، صار الجميع مضمونًا، لخلطه الوديعة بمال نفسه. فإن تميز، فالباقي غير مضمون، وإن لم ينفق الدرهم المأخوذ، وردّه بعينه، لم يبرأ من ضمان ذلك الدرهم، ولا يصير الباقي مضمونًا عليه إن تميز ذلك الدرهم عن غيره، وإلا، فوجهان. ويقال: قولان. أحدهما: يصير الباقي مضمونًا لخلطه المضمون بغيره. وأصحهما: لا، لأن هذا الخلط كان حاصلاً قبل الأخذ. فعلى هذا، لو كانت الجملة عشرة فتلفت، لم يلزمه إلاّ درهم، ولو تلفت خمسة، لزمه نصف درهم. هذا كله إذا لم يكن على الدراهم ختم ولا قفل، أو كان وقلنا: مجرد الفتح والفض لا يقتضي الضمان. أما إذا قلنا: يقتضيه وهو الأصح، فبالفض والفتح يضمن الجميع.

فرع: إذا أتلف بعض الوديعة، ولم يكن له اتصال بالباقي، كأحد الثوبين،

Marfat.com

لم يضمن إلاّ المتلف. وإن كان لـه اتصال، كتحريق الثـوب، وقطع طرف العبد والبهيمة، نظـر إن كان عاملاً، فهو جانٍ على الكل، فيـضمن الجميع. وإن كان مخطئًا، ضمن المتلف، ولا يضمن الباقي على الأصح.

السبب السابع: المخالفة في الحفظ. فإذا أمره بحفظها على وجه مخصوص، فعدل إلى وجه آخر وتلفت، فإن كان التلف بسـبب الجهة المعدول إليها، ضمن، وكانت المخالفة تقصيراً. وإن تلفت بسبب آخر، فلا ضمان.

هذه جملة السبب، ولتفصيلها صور.

إحداها: أودعـه مالاً في صنـدوق وقال: لا ترقد، فـرقد عليـه، نظر، إن خالف بالرقود، بأن انكسر رأس الصندوق بثقله، أو تلف ما فيه، ضمن، وإلاّ، فإن كان في بيت محرز، أو في صحراء فأخذه لص، فلا ضمان على الصحيح، لأنه زاده خيراً. وإن كـان في صحراء وأخذه لص من جـانب الصندوق، ضمن على الأصح. وإنما يظهر هذا، إذا سرق من جانب لو لم يرقد عليه لرقد هناك، وقد تعرض بعضهم لهذا القيد. ولو قال: لا تقفل عليه، فأقفل، أو لا تقفل إلاّ قفلاً، فأقفل قفلين، أو لا تغلق باب البيت، فأغلقه، فلا ضمان على الصحيح. ولو أمره بدفنها في بيـته وقال: لا تبن، فبنى، فهو كمـا لو قال: لا ترقد عليه، فرقـد، ثم هو عند الاسـترداد منقـوص غيـر مغـروم على المالك، كمـا لو نقل الوديعة عند الضرورة لا يرجع بالأجـرة على المالك، لأنه متطوع، نص عليه في «عيون المسائل».

(الصـورة) الثـانيـة: أودعه دراهـم أو غيـرها وقـال: اربطهـا في كـمك، فأمـسكها، نقل المزني: أنه لا ضمـان. ونقل الربيع: أنه يضمن. وللأصـحاب ثلاثة طرق. أحدها: إطلاق قولين. والثاني: أنه إن لم يربطهـا في الكم واقتصر على الإمساك، ضـمن، وإن أمسك باليد بعد الربط، لم يضـمن، والثالث وهو أصحها: إن تلفت بأخذ غاصب، فلا ضـمان، لأن اليد أحرز بالنسبة إليه. وإن سقطت بنوم أو نسـيان، ضمن، لأنهـا لو كانت مربوطة لم تضع بهـذا السبب، فالتلف حصل بالمخالفة. ولفظ النص في «عيون المسـائل» مصرح بهذا التفصيل.

ولو لم يربطها في الكم وجعلها في جيبه، لم يضمن، لأنه أحرز، إلاّ إذا كان واسعًا غير مزرور. وفي وجه ضعيف: يضمن، بالعكس يضمن قطعًا. أما إذا امتثل فربطها في كمه، فلا يكلف معه الإمساك باليد، ثم ينظر إن جعل الخيط الرابط خارج الكم فأخذها الطرار، ضمن، لأن فيه إظهار الوديعة وتنبيه الطرار، لأنه أسهل عليه في قطعه وحله. وإن ضاع بالاسترسال وانحلال العقدة، لم يضمن إذا كان قد احتاط في الربط، لأنها إذا انحلت بقيت الدراهم في الكم. وإن جعل الخيط الرابط داخل الكم، انعكس الحكم. فإن أخذها الطرار، لم يضمن. وإن ضاعت بالاسترسال، ضمن، لأن العقدة إذا انحلت تناثرت الدراهم، هكذا قاله الأصحاب، وهو مشكل، لأن المأمور به مطلق الربط. فإذا أتى به، وجب أن لا ينظر إلى جهات التلف، بخلاف ما إذا عدل عن المأمور به إلى غيره فحصل به التلف.

فرع: لو أودعه دراهم في سوق أو طريق، ولم يقل: اربطها في كمك، ولا امسكها في يدك، فربطها في الكم وأمسكها باليد، فقد بالغ في الحفظ. وكذا لو جعلها في جيبه وهو ضيق، أو واسع مزرور. فإن كان واسعًا غير مزرور، ضمن، لسهولة تناولها باليد. ولو أمسكها بيده ولم يربطها، لم يضمن إن تلفت بأخذ غاصب، ويضمن إن تلفت بغفلة أو نوم. فلو ربطها ولم يمسكها بيده، فقياس ما سبق أن ينظر إلى كيفية الربط وجهة التلف. ولو وضعها في الكم ولم يربطها فسقطت، فإن كانت خفيفة لا يشعر بها، ضمن، لتفريطه في الإحراز، وإن كانت ثقيلة يشعر بها، لم يضمن، ذكره في «المهذب» وقياس هذا، يلزم طرده فيما سبق من صور الاسترسال كلها. ولو وضعها في كَوْر عمامته ولم يشد، ضمن.

فرع: أودعه في سوق وقال: احفظها في بيتك، فينبغي أن يمضيَ إلى بيته ويحفظها فيه. فإن أخر من غير عذر، ضمن. وإن أودعه في البيت وقال: احفظها في البيت فربطها في الكم وخرج بها، صارت مضمونة عليه. وكذا لو لم يخرج بها وربطها في الكم مع إمكان إحرازها في الصندوق ونحوه، وإن كان

ذلك لقفل تعـذر فتحه ونحوه. لم يـضمن. قال في «المعتمـد»: وإن شدها في عضده وخـرج بها، فإن كان الشد مما يلي الأضـلاع، لم يضمن، لأنه أحرز من البيت، وإن كان من الجانب الآخر، ضمن، لأن البيت أحرز منه. وفي تقييدهم الصورة بما إذا قال: احفظها في البـيت، إشعار بأنه لو أودعه في البيت ولم يقل شيئًا، يجوز له أن يخرج بها مربوطة، ويشبه أن يكون الرجوع إلى العادة.

الصورة الثالثـة: إذا عين للوديعة مكانًا فقال: احفـظها في هذا البيت أو في هذه الدار، فأما أن يقتـصر عليه، وإما أن ينهاه مع ذلك عن النقل، فـإن اقتصر عليه فنقـلها إلى ما دونه في الحـرز، ضمن على الصحـيح وإن كان المنقـول إليه حـرزًا لمثلها. وإن نقلهـا إلى بيت مـثل الأول، لم يضمن، إلاّ أن يتلف بسـبب النقل، كـانهدام البـيت المنقول إليـه، فيـضمن، لأن التلف حـصل بالمخالـفة. والسرقة من المنقول إليـه كالانهدام، قاله البغوي والمتـولي. وفي كلام الغزالي ما يقتضي إلحاق السرقة والغصب بالموت، وكـذا صرح به بعضهم. وإن نهاه فقال: احفظ في هذا البـيت ولا تنقلها، فإن نقلهـا من غير ضرورة، ضـمن، لصريح المخـالفة مـن غيـر حـاجة، سـواء كـان المنقـول إليه أحـرز أو لم يكن. قـال الإصطخري: إن كـان أحرز من الأول أو مثله، لم يضمن، والصـحيح الأول. وإن نقل لضرورة غـارة، أو غرق، أو حريق، أو غلبة لصـوص، لم يضمن وإن كان المنقـول إليه حرزًا لمثلها. ولا بأس بكونه دون الأول إذا لم يجـد أحرز منه. ولو ترك النقـل والحـالة هذه، ضـمن على الأصح، لأن الظاهر أنـه أراد بالنهي تحصيل الاحـتياط. ولو قال: لا تنقلها وإن حدثت ضـرورة، فإن لم ينقلها، لم يضمن على الصحيح، كما لو قـال: أتلِفْ مالي، فأتلفه، لا يضمن، وإن نقل، لم يضـمن على الأصح، لأنه قصـد الصيـانة. وحيث قلنا: لا يجـوز النقل إلاّ لضرورة، فاختلفا في وقوعها، فـإن عرف هناك ما يدعيه المودع، صدق بيمينه، وإلا، طولب بالبينة، فـإن لم تكن بينة، صدق المالك بيمـينه. وحكى أبو الفرج الزاز وجهًا، أن ظاهر الحال يغنيه عن اليمين، ثم ذكـر الأئمة أن جميع هذا فيما إذا كـان البيت أو الدار المعـينة للمـودع. أمـا إذا كان للمـالك، فليس للمـودع

Marfat.com

إخراجها من ملكه بحال، إلا أن تقع ضرورة.

الصورة الرابعة: إذا نقلها من ظرف إلى ظرف، كخريطة إلى خريطة، وصندوق إلى صندوق، فالمتلخص من كلام الأصحاب على اضطرابه، أنه إن لم يجر فتح قفل ولا فض ختم ولا خلط، ولم يعين المالك ظرفًا، فلا ضمان لمجرد النقل، سواء كانت الصناديق للمودع أو للمالك. وإذا كانت للمالك، فحصولها في يد المودع قد يكون بجهة كونها وديعة أيضًا. إما فارغة، وإما مشغولة بالوديعة، وقد تكون بجهة العارية. وإن جرى شيء من ذلك، فالفض والفتح والخلط، سبق أنها مضمنة. وإن عين ظرفًا، نظر، إن كانت الظروف للمالك، فوجهان. أحدهما: يضمن. وأصحهما: لا، لأنهما وديعتان، وليس فيه إلاّ حفظ أحدهما في حرز والأخرى في آخر. فعلى هذا إن نقل إلى ما دون الأول، ضمن، وإلا، فلا. وإن كانت الظروف للمودع، فهي كالبيوت بلا خلاف.

الصورة الخامسة: قال: احفظ وديعتي في هذا البيت، ولا تدخل إليها أحدًا، أو لا تستعن على حفظها بالحارسين، فخالف، فإن حصل التلف بسبب المخالفة، بأن سرقها الذين أدخلهم، أو الحارسون، ضمن. وإن سرق غيرهم أو وقع حريق، فلا ضمان.

الصورة السادسة: أودعه خاتمًا وقال: اجعله في خنصرك، فجعله في بنصره، فهو أحرز، لكن لو انكسر لغلظها، أو جعله في الأنملة العليا، ضمن. وإن قال: اجعله في البنصر، فجعله في الخنصر، فإن كان لا ينتهي إلى أصل البنصر، فالذي فعله أحرز، ولا ضمان. وإن كان ينتهي إليه، ضمن. وإن أودعه الخاتم ولم يقل شيئًا، فإن جعله في غير الخنصر، لم يضمن، إلاّ أن غير الخنصر في حق المرأة كالخنصر. وإن جعله في الخنصر، ففيه احتمالان عن القاضي حسين وغيره. أحدهما: يضمن، لأنه استعمال. والثاني: إن قصد الحفظ، لم يضمن. وإن قصد الاستعمال، ضمن وفي «الرقم» للعبادي: أنه إن جعل فصه إلى ظهر الكف، ضمن. وإلاّ، فلا.

قلت: المختار أنه يضمن مطلقًا، إلا إذا قصد الحفظ. والله أعلم.

Marfat.com

الصورة السابعة: أودعه وقال: لا تخبر بها، فخالف، فسرقها من أخبره، أو من أخبره من أخبره، ضمن. ولو تلفت بسبب آخر، لم يضمن. وقال العبادي: لو سأله رجل فقال: هل عندك لفلان وديعة؟ فأخبره، ضمن، لأن كتمها من حفظها.

السبب الثامن: التضييع، لأن المودع مأمور بحفظها في حرز مثلها بالتحرز عن أسباب التلف. فلو أخر إحرازها مع التمكن، أو جعلها في مضيعها، أو في غير حرز مثلها، ضمن. ولو جعلها في أحرز من حرز مثلها، ثم نقلها إلى حرز مثلها، فلا ضمان. ثم هنا صور.

(الصورة) الأولى: إذا أعلم بالوديعة من يصادر المالك ويأخذ أمواله، ضمنها بخلاف ما إذا أعلمه غير المودع، لأنه لم يلتزم الحفظ. ولو أعلم المودع اللصوص بالوديعة، فسرقوها، إن عين الموضع، ضمن، وإلا، فلا. كذا فصله البغوي.

(الصورة) الثانية: ضيع بالنسيان، ضمن على الأصح، ويؤيده نص الشافعي رضي الله عنه في «عيون المسائل»، أنه لو أودعه إناءً من قوارير، فأخذه المودع بيده ليحرزه في منزله، فأصابه شيء من غير فعله فانكسر، لم يضمن، ولو أصابه بفعله مخطئًا أو عامدًا قبل أن يصل إلى البيت أو بعدما وصله، فهو ضامن. والخطأ والنسيان يجريان مجرى واحدًا، ولأنهم قالوا: لو انتفع بوديعة ثم ادعى غلطًا وقال: ظننته ملكي، لا يصدق مع أنه احتمال قريب، فدل على أن الغلط لا يدفع الضمان.

(الصورة) الثالثة: إذا أخذ الظالم الوديعة قهراً، فلا ضمان على المودع، كما لو سرقت منه. وإن أكرهه حتى يسلمها بنفسه، فللمالك مطالبة الظالم بالضمان، ولا رجوع له إذا غرم، وله أيضًا مطالبة المودع على الأصح، ثم يرجع على الظالم، وهما كالوجهين في أن المكره على إتلاف مال الغير، هل يطالب؟ ومهما طالبه الظالم بالوديعة، لزمه دفعه بالإنكار والإخفاء والامتناع ما قدر. فإن ترك الدفع مع القدرة، ضمن. وإن أنكر فحلفه، جاز له أن يحلف لمصلحة حفظ الوديعة، ثم تلزمه الكفارة على المذهب. وإن أكرهه على الحلف بطلاق أو

Marfat.com

عتاق، فحاصله التخيير بين الحلف وبين الاعتراف والتسليم. فإن اعترف وسلم، ضمن على المذهب، لأنه فدى زوجته بالوديعة. وإن حلف بالطلاق، طلقت زوجته على المذهب، لأنه فدى الوديعة بزوجته.

السبب التاسع: الجحود. فإذا قال المودع: لا وديعة لأحدٍ عندي، إما ابتداءً، وإما جوابًا لسؤال غير المالك، فلا ضمان، سواء جرى ذلك بحضرة المالك أو في غيبته، لأن إخفاءها أبلغ في حفظها. وإن طلبها المالك فجحدها، فهو خائن ضامن. وإن لم يطلبها، بل قال: لي عندك وديعة، فسكت، لم يضمن. وإن أنكر، لم يضمن أيضًا على الأصح، لأنه قد يكون في الإخفاء غرض صحيح، بخلاف ما بعد الطلب. فلو جحد ثم قال: كنت غلطت أو نسيت، لم يبرأ إلا أن يصدقه المالك.

فرع: مَن أنكر وديعة ادعيت، صدق بيمينه. فلو أقام المدعي بينة بالإيداع، أو اعترف بها المدعى عليه، طولب بها. فإن ادعى ردها أو تلفها قبل الجحود أو بعده، نظر في صيغة جحوده. فإن أنكر أصل الإيداع، لم تقبل دعواه الرد، لتناقض كلامه وظهور خيانته. وأما في دعوى التلف، فيصدق، لكنه كالغاصب فيضمن. وهل يتمكن من تحليف المالك؟ وهل تسمع بينته على ما يدعيه من الرد أو التلف؟ وجهان. أصحهما: نعم، لاحتمال أنه نسي فصار كمن ادعى وقال: لا بينة لي، ثم جاء ببينة تسمع. فعلى هذا، لو قامت بينة بالرد أو الهلاك قبل الجحود، سقطت المطالبة. وإن قامت بالهلاك بعد الجحود، ضمن، لخيانته. وقد حكينا في ألفاظ المرابحة إذا قال: اشتريت بمائة، ثم قال: بمائة وخمسين، أن الأصحاب فرقوا بين أن لا يذكر وجهًا محتملاً في الغلط، وبين أن يذكره، ولم يتعرضوا لمثله هنا، والتسوية بينهما متجهة. وإن كانت صيغة جحوده: لا يلزمني تسليم شيء إليك، أو مالَك عندي وديعة أو شيء، صدق في دعوى الرد والتلف، لأنها لا تناقض كلامه الأول. فإن اعترف بأنه كان باقيًا يوم الجحود، لم يصدق في دعوى الرد إلاّ ببينة. وإن ادعى الهلاك، فكالغاصب إذا ادعاه. والمذهب أنه يصدق بيمينه ويضمن.

Marfat.com

الحكم الثالث من أحكام الوديعة: ردها عند بقائها، فإذا كانت الوديعة باقية، لزم المودع ردها إذا طلبها المالك، وليس المراد أنه يجب عليه مباشرة الرد وتحمل مؤنته، بل ذلك على المالك، وإنما على المودع رفع اليد والتخلية بين المالك وماله، فإن أخر من غير عذر، دخلت الوديعة في ضمانه. وإن كان هناك عذر يعسر قطعه، بأن طالبه في جنح الليل والوديعة في خزانة لا يتأتَّى فتح بابها في الوقت، أو كان مشغولاً بصلاة أو قضاء الحاجة، أو في حمام أو على طعام فأخر حتى يفرغ، أو كان ملازمًا لغريم يخاف هربه، أو كان المطر واقعًا والوديعة في البيت فأخر حتى ينقطع ويرجع إلى البيت، وما أشبه ذلك، فله التأخير قطعًا. فلو تلفت الوديعة في تلك الحال، فقطع المتولي بأنه لا ضمان، لعدم تقصيره، وهذا مقتضى كلام البغوي أيضًا. ولفظ الغزالي في «الوسيط» يشعر بتفصيل، وهو أنه إن كان التأخير لتعذر الوصول إلى الوديعة، فلا ضمان. وإن كان لعسر يلحقه، أو غرض يفوته، ضمن.

قلت: الراجح أنه لا يضمن مطلقًا، وصرح به كثيرون. والله أعلم.

فرع: قال المودع: لا أرد حتى تُشهد أنك قبضتها، فهل له ذلك؟ فله ثلاثة أوجه سبق ذكرها في «كتاب الوكالة» ووجه رابع، أنه إن كان المالك أشهد بالوديعة عند دفعها، فله ذلك، وإلا، فلا.

فرع: يشترط كون المردود عليه أهلاً للقبض. فلو حجر عليه بسفه، أو كان نائمًا فوضعها في يده، لم يجز.

فرع: أودعه جماعة مالاً، وذكر أنه مشترك بينهم، ثم جاء بعضهم يطلبه، لم يكن للمودع القسمة ولا تسليم الجميع، بل يرفع الأمر إلى الحاكم ليقسمه ويدفع إليه نصيبه.

فرع: قال له: ردها على فلان وكيلي، فطلب الوكيل فلم يردّ، فهو كما لو طلب المالك فلم يردّ، لكن له التأخير ليشهد المدفوع إليه على القبض، لأنه لو أنكر، صدق بيمينه. وإن لم يطلب الوكيل، فإن لم يتمكن من الردّ، لم تصر مضمونة، وإلاّ، فوجهان، لأنه لما أمره بالدفع إلى وكيله، عزله، فيصير ما في

Marfat.com

يده كالأمانة الشرعية، مثل الثوب تطيره الريح إلى داره. وفيها وجهان. أحدهما: تمتد إلى المطالبة. وأصحهما: تنتهي بالتمكن من الردّ. قال ابن كج: ويجري الوجهان فيمن وجد ضالة وهو يعرف مالكها. وذكر إمام الحرمين في الأساليب، أنه لو قال: ردّ الوديعة على من قدرتَ عليه من وكلائي هؤلاء ولا تؤخر، فقدر على الرَدّ على بعضهم، وأخَّر ليرد على غيره، فهو ضامن عاص بالتأخير، وأنه لو لم يقل: ولا تؤخر، يضمن بالتأخير، وفي العصيان وجهان. وإنه لو قال: ردها على من شئتَ منهم، فلم يرد على واحد ليرد على آخر، لا يعصي، وفي الضمان وجهان.

فرع: هل يجب على المودع الإشهاد عند الدفع إلى الوكيل؟ وجهان جاريان فيما لو دفع إليه مالاً ابتداءً وأمره بإيداعه، أصحهما عند البغوي: يجب، كما لو أمره بقضاء دينه يلزمه الإشهاد، وأصحهما عند الغزالي: لا، لأن قول المودع مقبول في الرد والتلف، فلا يغني الإشهاد، لأن الودائع حقها الإخفاء، بخلاف قضاء الدين. فإذا قلنا: يجب، فالحكم كما ذكرناه في «كتاب الوكالة»: أنه إن دفع في غيبة الموكل من غير إشهاد، ضمن. وإن دفع بحضرته، لم يضمن على الأصح.

فصل: طالبه المالك بردها، فادعى التلف بسبب خفي كالسرقة، صدق بيمينه. وإن ادعاه بسبب ظاهر كالحريق والغارة والسيل، فإن لم يعرف ما ادعاه بتلك البقعة، لم يقبل قوله في الهلاك به. وإن عرف بالمشاهدة أو الاستفاضة، نظر، إن عرف عمومه، صدق بلا يمين. وإن لم يعرف عمومه، واحتمل أنه لم يصب الوديعة، صدق باليمين. وإن لم يذكر سبب التلف، صدق بيمينه، ولا يكلف بيان سببه. وإذا نكل المودع عن اليمين، حلف المالك على نفي العلم بالتلف واستحق، وعدَّ المتولي موت الحيوان والغصب من الأسباب الظاهرة. وفي «التهذيب» إلحاق الغصب والسرقة، وهو الأقرب.

فصل: إذا ادعى رد الوديعة على الذي ائتمنه وهو المالك، صدق بيمينه. فإن مات قبل الحلف، ناب عنه وارثه وانقطعت المطالبة بحلفه. وإن ادعى الرد على

Marfat.com

غير من ائتمنه، لم يقبل إلاّ ببينة. وتفصيله بصور.

إحداها: إذا مات المالك، لزم المودع الرد على ورثته. حتى لو تلف في يده بعد التمكن من الرد، ضمن على الأصح. فإن لم يجد الورثة، رَدّ إلى الحاكم. وقيد في «العدة» هذا الجواب بما إذا لم تعلم الورثة بالوديعة، أما إذا علموا، فلا يجب الردّ إلاّ بعد طلبهم. ولو طالبه الوارث فقال: رددته على المالك، أو تلف في يدي في حياته، صدق بيمينه. وإن قال: رددته عليك، فأنكر، فالمصدق الوارث. وإن قال: تلف في يدي قبل تمكني من الرد، فهل المصدق الوارث كدعوى الرد؟ أم المودع لأن الأصل براءته؟ وجهان.

قلت: ينبغي أن يكون الثاني أصح. والله أعلم.

(الصورة) الثانية: مات المودع، فعلى وارثه ردها. فإن تلفت في يده بعد التمكن، ضمن على الأصح. فإن كان المالك غائبًا، سلمها إلى الحاكم. فلو تنازعا، فقال وارث المودع: ردّ عليك مورثي، أو تلفت في يده، قال المتولي: لم يقبل إلاّ ببينة. وقال البغوي: يصدق بيمينه، وهو الوجه، لأن الأصل عدم حصولها في يده. ولو قال: رددتها عليك، فالمصدق المالك. ولو قال: تلفت في يدي قبل التمكن، فعلى الوجهين.

(الصورة) الثالثة: لو قال من طيرت الريح ثوبًا إلى داره: رددت على المالك، وادعاه الملتقط، لم يصدق إلاّ ببينة.

(الصورة) الرابعة: إذا أراد المودع سفرًا، فأودعها أمينًا، فادعى الأمين تلفها، صدق. وإن ادعى الرد على المالك، لم يقبل، لأنه لم يأتمنه. وإن ادعى الرد على المودع، صدق، لأنه أمينه. كذا ذكره الغزالي والمتولي، وهذا ذهاب إلى أن للمودع إذا عاد من السفر أن يستردها، وبه صرح العبادي وغيره. وحكي عن الإمام أن اللائق بمذهب الشافعي رحمه الله، منعه من الاسترداد، بخلاف المودع يسترد من الغاصب على وجه، لأنه من الحفظ المأمور به. ولو كان المالك عيَّن أمينًا فقال: إذا سافرتَ فاجعلها عند فلان، ففعل، فالحكم بالعكس، إن ادعى الرد على المالك، صدق. وإن ادعاه على المودع الأول، لم يصدق.

Marfat.com

(الصورة) الخامسة: قال المودع للمالك: أودعتها عند وكيلك فلان بأمرك، فللمالك أحوال.

أحدها: ينكر الإذن، فيصدق بيمينه. فإذا حلف، نظر إن كان فلان مقرًّا بالقبض والوديعة باقية، ردها على المالك. فإن غاب المدفوع إليه، فللمالك تغريم المودع. فإذا قدم، أخذها وردها على المالك واسترد البدل. وإن كانت تالفة، فللمالك تغريم أيهم شاء، وليس لمن غرم الرجوع على صاحبه لزعمه أن المالك ظالم بما أخذ. وإن كان فلان منكرًا، صدق بيمينه، واختص الغرم بالمودع.

(الحالة) الثانية: يعترف بالإذن وينكر الدفع، فوجهان. أحدهما: يصدق المودع وتجعل دعوى الرد على وكيل المالك كدعواه على المالك. وأصحهما: تصديق المالك، لأنه يدعي الردّ على من لم يأتمنه. ولو وافق فلان المودع وقال: تلفت في يدي، لم يقبل قوله على المالك، بل يحلف المالك ويغرم المودع.

(الحالة) الثالثة: يعترف بالإذن والدفع معًا، لكنه يقول: لم تشهد، والمدفوع إليه منكر، فيبنى على وجوب الإشهاد على الإيداع. فإن لم نوجبه، فليس له تغريمه. وإن أوجبناه، فعلى الخلاف السابق في الوكالة في نظير هذه الصورة. ولو اتفقوا جميعًا على الدفع إلى الأمين، وادعى الأمين ردها على المالك، أو تلفها في يده، صدق بيمينه. هذا إذا عيّن المالك الأمين، أما لو قال: أودعها أمينًا، ولم يعينه، فادعى الأمين التلف، صدق. وإن ادعى الرد على المالك، فالمصدق المالك، لأنه لم يأتمنه، كذا ذكروه. ولو قيل: أمين أمينه أمينه، كما تقول على رأي: وكيل وكيل وكيله، لم يبعد.

قلت: بل هو بعيد، والفرق ظاهر.

فصل: في يده مال، جاء رجلان ادعى كلٌّ أنه مودعه، فجوابه يفرض بصيغ.

إحداها: أن يكذبهما ويقول: المال لي، فيحلف لكل أنه لا يلزمه تسليمه إليه.

Marfat.com

(الصيغة) الثانية: أن يقر لأحدهما بعينه، فيعطاه، وهل يحلف للآخر؟ يبنى على أنه لو أقر لزيد بشيء، ثم أقر به لعمرو، هل يغرم لعمرو؟ إن قلنا: لا، فلا. وإن قلنا: نعم، عرضت اليمين عليه. فإن حلف، سقطت دعوى الآخر. وإن نكل، حلف الآخر. ثم هل يوقف المال بينهما إلى أن يصطلحا، أم يقسم بينهما كما لو أقر لهما، أم يغرم المدعى عليه القيمة له؟ فيه ثلاثة أوجه عن ابن سريج، قال ابن الصباغ: المذهب هو الثالث.

(الصيغة) الثالثة: قال: هو لكما، فهو كمالٍ في يد شخصين يتداعيانه. فإن حلف أحدهما، قضي له، ولا خصومة للآخر مع المودع، لنكوله. وإن نكلا أو حلفا، جعل بينهما، وحكْم كل واحد منهما في النصف الآخر كالحكم في الجميع في حق غير المقر له، وقد بيناه.

(الصيغة) الرابعة: قال: هو لأحدكما وقد نسيت عينه، فإن ضمنا المودع بالنسيان، فهو ضامن، وإلا، نظر، إن صدقاه، فلا خصومة لهما معه، وإنما الخصومة بينهما. فإن اصطلحا في شيء، فذاك، وإلا، فيجعل المال كأنه في أيديهما يتداعيانه، هذا هو الصحيح. وقيل: هو كمالٍ في يد ثالث يتداعيانه، لأنه لم يثبت لأحدهما يد. فعلى الأول، لو أقام كل واحد منهما بينة، أو حلفا أو نكلا، فهو بينهما. وإن أقام أحدهما بينة أو حلف، ونكل صاحبه، قضي له. وعلى الثاني، لو أقام كلٌّ بينة، فعلى الخلاف في تعارض البينتين. وإن نكلا أو حلفا، وقف المال بينهما. وسواء قلنا بالأول أم بالثاني، هل يترك المال في يد المدعى عليه إلى أن تنفصل خصومتهما، أم ينزع منه؟ فيه قولان. أظهرهما: الثاني، وبه قطع البغوي وغيره. قال المتولي: والقولان فيما إذا طلب أحدهما الانتزاع والآخر الترك، أما إذا اتفقا على أحد الأمرين، فيتبع الحاكم رأيهما. أما إذا كذباه في دعوى النسيان وادعيا علمه، فهو المصدق بيمينه، ويكفيه يمين واحدة على نفي العلم، لأن المدعى شيء واحد وهو علمه. وهل للحاكم تحليفه على نفي العلم إذا لم يدعه الخصمان؟ وجهان. ثم إذا حلف، فالحكم كما إذا صدقاه في النسيان. وقيل: ينتزع المال من يده هنا وإن لم ينتزع هناك، لأنه خائن

Marfat.com

عندهما بدعوى النسيان، وإن نكل، ردت اليمين عليهما. فإن نكلا، فالمال مقسوم بينهما أو موقوف حتى يصطلحا على ما سبق. وإن حلف أحدهما فقط، قضي له. وإن حلفا، فقولان. ويقال: وجهان. أحدهما: يوقف حتى يصطلحا. وأظهرهما: يقسم، لأنه في أيديهما. وعلى هذا، يغرم القيمة وتقسم بينهما أيضًا، لأن كل واحد منهما أثبت بيمين الرد كل العين، ولم يأخذ إلاّ نصفها. هذا هو الصحيح الأشهر فيما إذا نكل المودع. وقيل: لا يغرم القيمة مع العين إذا حلفا. وقيل: لا ترد اليمين عليهما بنكوله، بل يوقف بناءً على أنهما لو حلفا وقف المال بينهما، فلا معنى لعرض اليمين. وإذا رددنا اليمين، فهل يقرع بينهما؟ أم يبدأ الحاكم بمن رأى؟ وجهان، أصحهما الثاني، حكاه السرخسي في «الأمالي». وإذا حلفا وقسم بينهما العين والقيمة، فإن لم ينازع أحدهما الآخر، فلا كلام. وإن نازعه وأقام أحدهما البينة أن جميع العين له، سلمناها إليه ورددنا القيمة إلى المودع. وإن لم يكن بينة، ونكل صاحبه عن اليمين فحلف واستحق العين، رد نصف القيمة الذي أخذه، ولا يرد الناكل ما أخذه، لأنه استحقه بيمينه على المودع، ولم يعد إليه المبدل، ونكوله كان مع صاحبه، لا مع المودع. وصرح في «الوسيط» بأن الناكل لا يرد، سواء سلمت العين بالبينة أو باليمين.

فرع: ادعى اثنان غصب مال في يده، كلٌّ يقول: غصبته مني، فقال: غصبتهُ من أحدكما ولا أعرفه، حلف لكل منهما على البت أنه لم يغصبه. فإذا حلف لأحدهما، تعين المغصوب للثاني، فلا يحلف له.

(الحالة) الخامسة: قال: هو وديعة عندي ولا أدري أهو لكما، أم لأحدكما، أم لغيركما؟ وادعيا علمه، فحلف على نفي علمه، ترك في يده حتى تقوم بيِّنة، وليس لأحدهما تحليف الآخر، لأنه لم يثبت لواحد منهما يد ولا استحقاق، بخلاف الصورة السابقة.

فصل: في مسائل منثورة: إحداها: تعدّى في الوديعة، ثم بقيت في يده مدة، لزمه أجرة مثلها.

(المسألة) الثانية: في فتاوى القـفال، أنه لو ترك حماره في صحن خان وقال للخاني: احفظه كيلا يخرج، فكان الخـاني ينظره، فخرج في بعض غفلاته، فلا ضمان، لأنه لم يقصر في الحفظ المعتاد.

(المسألة) الثالثـة: المودع إذا وقع في خزانته حريق، فبادر إلى نقـل الأمتعة، وقدم أمتعتـه على الوديعة، فاحترقت الوديعة، لم يضمن، كمـا لو لم يكن فيها إلا ودائع فأخذ في نقلها فاحترق ما تأخر نقله.

(المسألة) الرابعة: لو ادعى ابن المالك موت أبيه، وعلم المودع بذلك، وطلب الوديعة، فله تحليف المودع على نفي العلم. فإن نكل، حلف المدعي.

(المسـألة) الخامسـة: مات المالـك وطلب الوارث الوديعة، فـامـتنع المودع ليفحص هل في التركة وصية؟ فهو متعدٍّ ضامن.

(المسألة) السـادسة: من وجـد لقطة وعلم مالكَهـا فلم يخبره حـتى تلفت، ضمن، وكـذا قيم الصبي والمسجـد إذا كان في يده مال فـعزل نفسه ولم يخـبر الحـاكم حتى تلـف المال في يده، ضمن، وهـذا كمـا قدمـنا أنه يجب الرد عند التمكن أو هو هو.

(المسألـة) السابعة: مـن صور تعدي الأمناء، أن لا يـبيع قيم الـصبي أوراق فرصاده حتى يمضي وقـتها، فيلزمه الضمان، وليس من التـعدي أن يؤخر لتوقع زيادة فيتفق رخص، وكـذا قيم المسجد في أشجاره، وهذا شبيـه بتعريض الثوب الذي يفسده الدود للريح، وهذه المسائل سوى الأولى في فتاوى القفال.

(المسألة) الثامنة: بعث رسـولاً إلى حانوته، ودفع خاتمه معه عـلامة وقال: رُدَّه عليَّ إذا قبضتَ المأمور بقبضه، فـقبضه ولم يرد الخاتم، ووضعه في حرزه، فلا ضمان، ذكره العبادي في «الزيادات» كأن المعنى أنه ليس عليه الردّ ولا مؤنته وإنما التخلية.

(المسألة) التاسعة: في «فتاوى» القـاضي حسين، أن الثياب في مسلخ الحمام إذا سرقت، والحمامي جـالس في مكانه مستيقظ، فلا ضـمان عليه. وإن نام أو

Marfat.com

قـام من مكانه، ولا نائب له هناك، ضـمن. ويجب علـى الحمـامي الحـفظ إذا استحـفظ. وإن لم يستحفظ، حكى القاضي عن الأصـحاب، أنه لا يجب عليه الحفظ، قال: وعندي يجب، للعادة.

(المسألة) العاشرة: عن بعضهم: لو أودعه قَبَّالة وقال له: لا تدفعها إلى زيد حتى يعطيَك ديناراً، فـدفعهـا إليه قبل أن يعطيَـه، فعليه قيـمة القبـالة مكتوبة، الكاغد وأجرة الورَّاق.

قلت: ومن مـسـائل الباب قـال أصـحـابنا: لو أكـرهه على قبـول وديعـة وحفظها، فـأخذها، لم تكن مضمونة عليه كـما لو قبضها مـختاراً وأولى. ولو تعين عليه قبـول وديعة، فلم يقبلها، وتلفت، فهو عـاصٍ، ولا ضمان، لأنه لم يلتزم الحفظ. والله أعلم.

Marfat.com

كتاب قسم الفيء والغنيمة[١]

المال المأخوذ من الكفـار، منقسم إلى مـا يحصل بغيـر قتال وإيجـاف خيل وركاب، وإلى حاصل بذلك، ويسمى الأول: فيـئًا. والثاني: غنيمة[٢]. ثم ذكر

---

(١) من معاني الفيء في اللغة: الظل، والفيء: ما بعد الزوال من الظل.

ومنها الرجوع، يقال: فاء إلى الأمر: رجع إليه.

ـ وفي الاصطلاح: هو المال الحـاصل للمسلمين من أموال الكـفار بغيـر قتال ولا إيجـاف خيل ولا ركاب.

(٢) الغنيمة: لغة: غنم الشيء فاز به، وغنم الغازي في الحرب: ظفر بمال عدوه.

ـ وفي الاصطلاح: الغنيمة اسم للمأخوذ من أهل الحرب على سبيل القهر والغلبة.

ـ قال الله تعالى: ﴿وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَٰكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَىٰ مَن يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴿٦﴾ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ﴾ [الحشر: ٦، ٧].

ـ وقال الله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١].

ـ وقال ﷺ: «أعطيت خمسًا لم يعطهن أحد من قبلي...» وذكر فيها «وأحلت لي الغنائم» [متفق عليه] من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

ـ وكانت الغنيمـة في أول الإسلام لرسول الله ﷺ خاصة يـصنع فيها مـا يشاء ثم نسخ ذلك بالآية السابق ذكرها ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم﴾ الآية.

فجعل خمسها مقسومًا على هذه الأسهم الخمـسة، وجعل أربعة أخماسها للغانمين فهو قوله (غنمتم) وجعل الخمس لغيرهم، فدل ذلك على أن سائرها لهم.

ـ واختلف العلماء في تخميس الفيء.

ذهب الحنفية والمالكية والشافعي في القديم وأحمد في رواية إلى أن الفيء لا يخمس.

ـ وذهب الشافعي في الجديد ورواية عن أحمد إلى أن الفيء يخمس. =

Marfat.com

المسعودي وطائفة أن اسم كل واحد من المالين يقع على الآخر إذا أفرد بالذكر، فإذا جمع بينهما، افترقا، كاسمي الفقير والمسكين. وقال الشيخ أبو حاتم القزويني وغيره: اسم الفيء يشمل المالين، واسم الغنيمة لا يتناول الأول. وفي لفظ الشافعي رضي الله عنه في «المختصر» ما يشعر به.

وبيان قيمة المالين يقع في بابين.

Marfat.com

= ـ قال ابن المنذر: ولا نحفظ من أحد قبل الشافعي في الفيء الخمس كخمس الغنيمة.

ـ عن عمر رضي الله عنه قال: «كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله ﷺ وكانت للنبي ﷺ خاصة، فكان ينفق على أهله نفقة سنة وما بقي يجعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله» [متفق عليه].

ـ قال الإمام النووي في شرح صحيح مسلم:

قوله: (كانت للنبي خاصة).

هذا يؤيد مذهب الجمهور أنه لا خمس في الفيء.

الباب الأول

في الفيء

فمنه ما جلا عنه الكفار خوفًا من المسلمين إذا سمعوا خبرهم أو لضرٍّ أصابهم، وجزية أهل الذمة وما صولح عليه أهل بلد من الكفار، وعشور تجاراتهم المشروطة عليهم إذا دخلوا دار الإسلام، ومال من مات أو قتل على الردة، ومال من مات من أهل الذمة عندنا، ولا وارث له، وكل ذلك مخمس على ما سنفصله إن شاء الله تعالى. هذا هو المذهب. وحكي عن القديم: أن مال المرتد لا يخمس. فقيل: يختص هذا القول بالمرتد، ويخمس ما سواه قطعًا، لأن المرتد يستصحب به حكم الإسلام، كما يؤمر بقضاء الصلوات وتلزمه الحدود. وقيل: ما تركوه خوفًا من المسلمين يخمس قطعًا، وفيما سواه يطرد القول القديم، وبهذا الطريق قال الأكثرون. ومنهم من طرد في جميع مال الفيء قولين. الجديد: يخمس كالغنيمة. والقديم: المنع، لأنه لم يقاتل عليه، كما لو صولحوا على الضيافة، فإنه لا حق لأهل الخمس في مال الضيافة، بل يختص به الطارقون. قال البغوي: وحيث قلنا: لا يخمس، فحكم جميع المال حكم الأخماس الأربعة على قولنا بالتّخميس، وفي مصرفها خلاف يأتي إن شاء الله تعالى. قال الروياني في «الحلية»: لو صالحونا على مال عند القتال، فهو غنيمة.

فصل: مال الفيء يقسم خمسة أسهم، فأربعة يأتي بيان مصرفها، والخمس الآخر يقسم على خمسة أسهم متساوية.

أحدها: السهم المضاف إلى الله عز وجل وإلى رسول الله ﷺ، وكان لرسول الله ﷺ، ينفق منه على نفسه وأهله ومصالحه، وما فضل جعله في السلاح عدّة في سبيل الله تعالى وفي سائر المصالح. وأما بعده ﷺ، فيصرف هذا السهم في مصالح المسلمين، كسد الثغور، وعمارة الحصون والقناطر والمساجد، وأرزاق القضاة والأئمة، ويقدَّم الأهم فالأهم. ونقل الشافعي رحمه الله عن بعض العلماء، أن هذا السهم يرد على أهل السُّهمان الذين ذكرهم الله

Marfat.com

تعالى، فـذكر أبو الفرج الزاز: أن بعض الأصـحاب جعل هذا قولاً للشـافعي، لأنه استحسنه. وحكى في «الوسيط» وجـهًا: أن هذا السهم يصرف إلى الإمام، لأنه خليفة رسول الله ﷺ، وهذان النقلان شاذان مردودان.

السهم الثـاني: لذوي القربى، وهم بنو هاشم، وبنو المـطلب، يشترك فـيه فقيـرهم وغنيهم وكبيـرهم وصغيرهم وذكـرهم وأنثاهم، بشرط كـون الانتساب بالآباء، فلا يعطى أولاد البنات.

قلت: وحكى ابن المنذر وابن كج وجهًا في اختصـاصه بفقرائهم، وهو شاذ متروك. والله أعلم.

ولا يفضَّـل أحد منهم على أحـد إلاّ بالذكورة، فللذكـر سهمـان، وللأنثى سهم. وقال المزني: يسـوَّى بينهما. وقال القاضي حسين: المدلي بجـهتين يفضَّل على المدلي بجهة.

فرع: يعم بالعطاء الحـاضـر في موضع حـصـول الفيء والغـائب عنه على الصحـيح. وقال أبو إسـحاق: مـا حصل في إقليم، دفع إلى من فـيه، لمشـقة النقل. واحتـجوا للصـحيح بظاهر الآية، وبالقـياس على الإرث. وأما المشـقة، فيأمـر الإمام أمناءَه في كل أقليم بضبط مَن فيه، ولا يلـزمه نقل ما في كل إقليم إلى جميع الأقـاليم، بل الحاصل في كل إقليم يضبط، يفرَّق على سـاكنيه. فإن لم يكن في بعضها شيء، أو لم يف بمن فيه، نقل قدر الحاجة. قال الإمام: ولو كـان الحاصل قـدرًا لو وزِّع لم يسـدّ مـسـدًّا، قـدّم الأحوج، ولا يسـتـوعب للضرورة.

السهم الثالث: لليتامى. واليتـيم: الصغير الذي لا أب له، قيل: ولا جد. ويشترط فيه الفقر على المشهور. وقيل: على الصحيح.

السهم الرابع والخامس: المساكين وابن السبيل، وقد سبق بيانهما في الزكاة.

فرع: في تعميم اليتامى والمساكين وَابـن السبيل، وتخصيص الحاصل في كل إقليم وناحية بأهله، الخلاف في أهل القربى، حكاه الشيخ أبو حامد وغيره.

Marfat.com

فرع: سبق في باب الوصية: أن عند الانفراد يدخل الفقراء في اسم المساكين، وعكسه، ولفظ المساكين هنا مفرد، فيدخل فيه الفقراء، وحينئذٍ مقتضى القول بوجوب تعميم مساكين الإقليم أو العالم تناولُ الفقراء أيضًا، وهذا مقتضى كلام بعضهم. ومنهم من يقول: يجوز الصرف إلى الفقراء، لأنهم أشد حاجة، وهذا لا يقتضي تناولهم.

قلت: الصحيح الأول، وأنهما داخلان في الاسم. وممن صرح به القاضي أبو الطيب في تعليقه. والله أعلم.

فرع: يجوز أن يفاوت بين اليتامى، وكذا في المساكين وأبناء السبيل، لأن هؤلاء يستحقون بالحاجة، فتراعى حاجاتهم، بخلاف ذوي القربى، فإنهم يستحقون بالقرابة.

فرع: لا يشترط أن يكون هؤلاء الأصناف الثلاثة من المرتزقة على الصحيح المعروف. وعن القفال اختصاصه بيتامى المرتزقه، وذكر الماوردي مثله في المساكين وأبناء السبيل.

فرع: إذا فقد بعض الأصناف، وزّع نصيبه على الباقين كالزكاة، إلاّ سهم رسول الله ﷺ، فإنه للمصالح كما ذكرنا.

فرع: لا يجوز الصرف إلى كافر.

فرع: لا يجوز الاقتصار على إعطاء ثلاثة من اليتامى، ولا من المساكين، ولا من أبناء السبيل، كما قلنا في الزكاة إذا فرّقها الإمام.

قلت: لا يجوز دفع شيء من سهم ذوي القربى إلى مواليهم، قال صاحب «التلخيص»: لو ادعى أنه مسكين أو ابن سبيل، قبل بلا بيِّنة، ولا يقبل اليتم والقرابة إلاّ ببينة. والله أعلم.

فصل: وأما أربعة أخماس الفيء، ففي مصرفها ثلاثة أقوال: أظهرها: أنها للمرتزقة المرصدين للجهاد. والثاني: للمصالح. والثالث: أنها تقسم كما يقسم الخمس، فيقسم جميع الفيء على الخمسة الذين ذكرناهم، وهذا غريب. فعلى

Marfat.com

الثاني: نبدأ بالأهم فالأهم. وأهمها تعهد المرتزقة. وكذا حكم خمس الخمس. فالقولان الأولان متفقان على أن المصرّف المرتزقةُ، وإنما يختلفان فيما فضل عنهم.

فرع: وللإمام في القسمة على المرتزقة وظائف.

إحداها: يضع ديوانًا. قال في «الشامل»: وهو الدفتر الذي يثبت فيه الأسماء. فيحصي المرتزقة بأسمائهم، وينصب لكل قبيلة أو عدد يراه عريفًا ليعرض عليه أحوالهم، ويجمعهم عند الحاجة ويثبت فيه قدر أرزاقهم.

قلت: نصب العريف مستحب. والله أعلم.

الثانية: يعطي كل شخص قدر حاجته، فيعرف حاله وعدد من في نفقته وقدر نفقتهم وكسوتهم وسائر مؤنتهم، ويراعي الزمان والمكان، وما يعرض من رخص وغلاء، وحال الشخص في مروءته وضدّها، وعادة البلد في المطاعم، فيكفيه المؤونات ليتفرغ للجهاد، فيعطيه لأولاده الذين هم في نفقته أطفالاً كانوا أو كبارًا، وكلما زادت الحاجة بالكبر، زاد في حصته. وهل يدفع إليه ما يتعهد منه الأولاد؟ أم يتولى الإمام تعهدهم بنفسه؟ أو بنائب له؟ فيه قولان. أظهرهما: الأول. وحكى الحناطي وأبو الفرج الزاز وجهًا أنه لا يعطي الأولاد شيئًا، لأنهم لا يقاتلون، وهذا شاذ ضعيف وإذا كان له عبد يقتنيه للزينة أو للتجارة، لم يعط له. وإن كان يقاتل معه أو يحتاج إليه في الغزو لسياسة الدواب ونحوها، أعطي له، وكذا لو كان له عبد يخدمه وهو ممن يخدَم، بل لو لم يكن له عبد واحتاج إليه، أعطاه الإمام عبدًا، ولا يعطي إلاّ لعبد واحد. وفي الزوجات، يعطي للجماعة. وإذا نكح جديدة، زاد في العطاء، لأن نهايتهن أربع، والعبيد لا حصر لهم، وكأن هذا في عبيد الخدمة. فأما الذين يتعلق بهم مصلحة الجهاد، فينبغي أن يعطيَ لهم وإن كثروا.

قلت: كذا هو منقول، وإنما يقتصر في عبيد الخدمة على واحد إذا حصلت به الكفاية. فأما من لا تحصل كفايته إلاّ بخدمة عبيد، فيعطي لمن يحتاج إليه، ويختلف باختلاف الأشخاص. والله أعلم.

Marfat.com

والوجه الشاذ في الأولاد يجري في الزوجات والعبيد.

فرع: يعطى المرتزق مؤنة فرسه، بل يعطى الفرس إذا كان يقاتل فارسًا ولا فرس له، ولا يعطى للدواب التي يتخذها زينة ونحوها.

فرع: يعطى كل منهم بقدر حاجتهم، ولا يفضَّل أحد منهم بشرف نسب أو سبق في الإسلام أو الهجرة وسائر الخصال المرضية، بل يستوون كالإرث والغنيمة. وفي وجه: يفضَّل إذا اتسع المال.

الثالثة: يستحب أن يقدم في الإعطاء وفي إثبات الاسم في الديوان قريشًا على سائر الناس، وهم ولد النضر بن كنانة، بن خزيمة، بن مدركة، بن إلياس، ابن مضر، بن نزار، بن معدّ، بن عدنان. قال الأستاذ أبو منصور: هذا قول أكثر النسابين، وبه قال الشافعي وأصحابه، وهو أصح ما قيل. وقيل: هم ولد إلياس. وقيل: ولد مضر. وقيل: ولد فهر بن مالك بن النضر بن كنانة. ثم يقدم من قريش الأقرب فالأقرب إلى رسول الله ﷺ، وهو: محمد، بن عبد الله، بن عبد المطلب بن هاشم، بن عبد مناف، بن قصي، بن كلاب، بن مرة، ابن كعب، بن لؤي، بن غالب، بن فهر، بن مالك بن النضر، بن كنانة، فيقدم بني هاشم، وبني المطلب على سائر قريش، ثم بني عبد شمس وبني نوفل أخوي هاشم، ويقدم منهما بني عبد شمس، لأنه أخو هاشم لأبويه، ونوفل أخوه لأبيه، ثم بني عبد العزى وبني عبد الدار ابني قصي يقدم منهما بني عبد العزّى، لأنهم أصهار رسول الله ﷺ، فإن خديجة رضي الله عنها بنت خويلد بن أسد بن عبد العزى، ثم بني زهرة بن كلاب أخي قصي، ثم بني تيم وبني مخزوم أخوي كلاب، ويقدم منهما بني تيم، لمكان أبي بكر الصديق رضي الله عنه وعائشة رضي الله عنها من رسول الله ﷺ، ثم بني جمح وبني سهم، وهما من ولد هصيص بن كعب، وبني عدي بن كعب ـ وهصيصٌ وعديٌ أخوا مرة بن كعب ـ وقدّم عمر رضي الله عنه من هؤلاء القبائل الثلاث بني جمح؛ وسوّى بين بني سهم وبني عدي، كما يسوّى بين بني هاشم وبني المطلب. قال الشافعي رحمه الله: وقدم المهدي أمير المؤمنين في زمانه بني عدي على بني جمح وبني سهم، لمكان عمر رضي الله عنه، والذي فعله

Marfat.com

عمر رضي الله عنه كان تواضعًا منه. ثم يقدم بني عامر بن لؤي، ثم بني الحارث بن فهر. فإذا فرغ من قريش، بدأ بالأنصار، ثم يعطي سائر العرب. هكذا رتب الأصحاب، وهو ظاهر نص الشافعي رحمه الله. وفي «أمالي» السرخسي: أن هذا محمول على الذين هم أبعد من الأنصار، فأما سائر العرب الذين هم أقرب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأنصار، فيقدمون عليهم. ومتى استوى اثنان في القرب، قدِّم أسنُّهما. فإن استويا في السن، فأقدمهما إسلامًا وهجرة.

قلت: قد عكس أقضى القضاة الماوردي هذا، فقال في «الأحكام السلطانية»: يقدم بالسابقة في الإسلام. فإن تقاربا فيه، قدم بالدِّين. فإن تقاربا فيه، قدم بالسن، فإن تقاربا، قدم بالشجاعة. فإن تقاربا فيه، فوليُّ الأمر بالخيار بين أن يرتِّبهم بالقرعة، أو برأيه واجتهاده، وهذا الذي قاله هو المختار. والله أعلم.

ثم بعد العرب، يعطى العجم. وفي «المهذب» و «التهذيب»: أن التقديم فيهم بالسن والفضائل، ولا يقدم بعضهم على بعض بالنسب، وفيه كلامان.

أحدهما: أن العجم قد يعرف نسبهم، فينبغي أن يعتبر فيمن عرف نسبه القرب والبعد أيضًا.

الثاني: أنا قدمنا في صفة الأئمة في الصلاة عن إمام الحرمين: أن الظاهر رعاية كل نسب يعتبر في الكفاءة في النكاح، وسنذكر إن شاء الله تعالى، أن نسب العجم مرعيٌّ في الكفاءة على خلاف فيه، فليكن كذلك هنا.

قلت: قد أشار الماوردي إلى اعتبار نسب العجم فقال: إن كانوا عجمًا لا يجتمعون على نسب، جمعهم بالأجناس، كالترك، والهند، وبالبلدان. ثم إن كانت لهم سابقة في الإسلام، ترتبوا عليها، وإلاّ، فبالأقرب من ولي الأمر. فإن تساوَوا، فبالسبق إلى طاعته. والله أعلم.

قال الأئمة: وجميع الترتيب المذكور في هذه الوظيفة، مستحب لا مستحق.

الرابعة: لا يثبت في الديوان اسم صبي، ولا مجنون، ولا امرأة، ولا عبد،

Marfat.com

ولا ضعيف لا يصلح للغزو، كالأعمى، والزمن، وإنما هم تبع للمقاتل إذا كانوا في عياله، يعطى لهم كما سبق، وإنما يثبت في الديوان الرجال المكلفين المستعدين للغزو، وإذا طرأ على المقاتل مرض أو جنون، فإن رجي زواله، أعطي ولم يسقط اسمه، وإلاّ أسقط اسمه. وفي إعطائه الخلاف الآتي في زوجة المقاتل بعد موته، وأولى بالإعطاء.

قلت: ترك من شروط من يثبته في الديوان الإسلام، وذكر الماوردي في «الأحكام السلطانية» شرطًا آخر، وهو أن يكون فيه إقدام على القتال ومعرفة به. فإن اختل ذلك، لم يجز إثباته، لعجزه عما هو مرصد له. قال: ولا يجوز إثبات الأقطع، ويجوز إثبات الأعرج إن كان فارسًا. وإن كان راجلاً، فلا. ويجوز إثبات الأخرس والأصم. قال: وإذا كتبه في الديوان، فإن كان مشهور الاسم، لم يحسن تحليته. وإن كان مغموراً وصف وحلي، فيذكر سنَّه وقدَّه ولونه وحلي وجهه، بحيث يتميز عن غيره. والله أعلم.

فرع: من مات من المرتزقة، هل ينقطع رزق زوجته وأولاده لزوال المتبوع؟ أم يستمر ترغيبًا للمجاهدين؟ قولان. وقيل: وجهان. أظهرهما: الثاني. فعلى هذا، ترزق الزوجة إلى أن تتزوج، والأولاد إلى أن يبلغوا ويستقلّوا بالكسب، أو يرغبوا في الجهاد فيثبت اسمهم في الديوان. ومن بلغ منهم وهو أعمى أو زمن، رُزق على هذا القول كما كان يُرزق قبل البلوغ، هذا في ذكور الأولاد. وأما الإناث، فمقتضى كلامه في «الوسيط» أنهن يرزقن إلى أن يتزوجن.

الخامسة: يفرِّق الأرزاق في كل عام مرة، ويجعل له وقتًا معلومًا لا يختلف. وإذا رأى مصلحة أن يفرق مشاهرة ونحوها، فعل. وإذا اقتصر في السنة على مرة، فيشبه أن يقال: يجتهد، فما اقتضته الحال وتمكن فيه من الإعطاء في أول السنة أو آخرها، فعله، وعلى هذا ينزَّل قوله في «الوجيز»: يفرق في أول كل سنة، وقول الآخرين: يفرق في آخر كل سنة.

فرع: إذا مات واحد من المرتزقة بعد جمع المال وانقضاء الحول، صرف نصيبه إلى ورثته ولا يسقط هذا الحق بالإعراض عنه على الظاهر، كذا قاله

Marfat.com

الإمام. وإن مـات بعد جمع المال وقبل تمام الحـول، فقولان. ويقال: وجـهان. أظهرهما: يصـرف قسط ما مضى إلى ورثته كـالأجرة. والثاني: لا شيء لهم، كالجعل في الجعـالة، لا يستحق قبل تمام العمل. وإن مات قـبل جمع المال وبعد الحول، فظاهر النص: أنه لا شيء للورثة، وبه قال القاضي أبو الطيب وآخرون، وبه قطع البغوي. وقال الشيخ أبو حامد: يصرف نصيبه مما سيحصل إلى ورثته. وإن مات قبل جـمع المال وقبل انقضاء الحول، فإن قلنا: إذا مـات بعد الحول لا يستحق، فهنا أولى، وإلاّ، ففي قسط ما مـضى الخلاف فيما إذا مات قبل الحول وبعد جـمع المال. هذا كله إذا كـان العطاء مرة في السنة. فـإن رأى الإعطاء في السنة مرتين فصاعداً، فالاعتبار بمضي المدة المضروبة.

فصل: جميع ما ذكرناه في المنقولات من أموال الفيء. فأما الدُّور والأرض، فقد قـال الشافعي رضي الله عنه: هي وقف للمسلمين تستغلُّ وتقـسم غلتها في كل عام كذلك أبداً. هذا نصه. فـأما أربعة أخماس الفيء، فمن الأصـحاب من يقول: الحكم بأنها وقف مفرع على أنهـا للمصالح، فأما إن جعلناها للمرتزقـة، فتقسم بينهم كالمنقولات وكالغنيمـة. والأصح جريان هذا الحكم، سواء قلنا: للمصالح أو للمرتزقـة، لتبقى الرقـبة مؤبَّدة، وينـتفع بغلتهـا المستحق كل عـام، بخلاف المنقولات، فإنها معرَّضة للهلاك، والغنيمة بعيدة عن نظر الإمام واجتهاده، لتأكد حق الغانمين. فإذا قلنا بالوقف، فوجهان. أحـدهما: المراد به التوقف عن قسمة الرقبة، دون الوقف الشـرعي. وأصحهما: أن المراد الوقف الشـرعي للمصلحة. فعلى هذا، وجـهان. أحدهمـا: يصير وقـفًا بنفس الحـصول، كمـا يرق النساء والصبيان بالأسر. وأصحهما: لا، لكن الإمام يقـفها. وإن رأى قسمتها أو بيعها وقسـمة ثمنهـا، فله ذلك. وقول الشافـعي رحمه الـله: هي وقف، أي: تجعل وقفًا. وأما خمسه، فسهم المصالح لا سبيل إلى قسمته، بل يوقف وتصرف غلته في المصالح، أو يباع ويصرف ثمنه إليـها، والوقف أولى ويجيء الوجه السابق، أنه يصيـر وقفًـا بنفس الحصول. وسـهم ذوي القربى، فـيه الخـلاف المذكور في الأخمـاس الأربعة، تفريعًـا على أنها للمرتزقـة. وسهم اليتـامى والمساكين وابن

Marfat.com

السبيل، يرتب على سهم ذوي القربى. إن قلنا: إنه وقف، فهنا أولى، ولأن ذوي القربى متعيّنون، وإلا، فالأصح أنه وقف. وقيل: لا. وإذا تأملتَ هذه الاختلافات في الأخماس الأربعة، ثم في الخمس، علمتَ أن المذهب أن الجميع وقف، وهو الموافق لنص الشافعي رضي الله عنه.

فصل: إذا زادت الأخماس الأربعة على حاجات المرتزقة، فإن قلنا: إنها للمرتزقة، وهو الأظهر، صرف الفاضل إليهم أيضًا على قدر مؤوناتهم. وفي جواز صرف شيء منه إلى إصلاح الحصون وإلى الكراع والسلاح ليكون عدة لهم، وجهان: أصحهما: نعم. فإن قلنا: إنها للمصالح، صرف الفاضل إلى باقي المصالح، كإصلاح الحصون والكراع والسلاح. وإن فضل شيء، ففي جواز صرفه إليهم وجهان. ويجوز صرفه إليهم عن كفاية السنة القابلة بلا خلاف.

فصل: في مسائل منثورة: إحداها: جاء رجل فطلب إثبات اسمه في الديوان، أجابه الإمام إن وجد في المال سعة وفي الطالب أهليّة، وإلاّ، فلا.

(المسألة) الثانية: لا يحبس شيء من مال الفيء خوفًا أن ينزل بالمسلمين نازلة، بل يفرغ الجميع في الوقت المعين. ثم إن نزلت نازلة، فعلى جميع المسلمين القيام بأمرها. فإن غشيهم العدو، فعلى جميعهم أن ينفروا.

(المسألة) الثالثة: قال الشافعي رضي الله عنه: يرزق من مال الفيء الحكام وولاة الأحداث والصلاة، وكل من قام بأمر الفيء من والٍ وكاتب وجندي لا يستغني أهل الفيء عنهم. والمراد بالحكام: الذين يحكمون بين أهل الفيء في مغزاهم. وولاة الأحداث، قيل: هم الذين يعلِّمون أحداث أهل الفيء الفروسية والرمي، وقيل: هم الذين ينصَّبون في الأطراف لتولية القضاة وسعاة الصدقات وعزلهم وتجهيز الجيوش إلى الثغور وحفظ البلاد من أهل الفساد ونحوها من الأحداث. وولاة الصلاة: الذين يقيمون لهم الجمعات والجماعات، وكذلك يرزق عرفاء أهل الفيء. وإذا وجد من يتطوع بهذه الأعمال، لم يرزق عليها غيره.

(المسألة) الرابعة: يجوز أن يكون عامل الفيء من ذوي القربى. قال الماوردي رحمه الله: عامل الفيء، إن ولّي وضع أموال الفيء وتقديرها وتقريرها اشترط

Marfat.com

كونه مسلمًا حرًّا مجتهـدًا عارفًا بالحساب والمساحة. وإن ولي جـباية أمواله بعد تقريرها، سقط الشرط الثـالث. وإن ولي جباية نوع خاص من الفيء، نظر، إن لم يستـغن فيه عن استنابة، اشـترط إسلامـه وحريته واطلاعه بشـرط ماولي من حساب ومسـاحة، لما فيه من معنى الولاية. وإن استـغنى عن الاستنابة، جاز أن يكون عبدًا، لأنه كالرسول المأمور. وأمـا تولية الذمي، فإن كانت جباية من أهل الذمة كـالجزية وعشـر التجار، جـازت. وإن كانت من المسلمين، فـفي جوازها وجهان.

قلت: الأصح المنع. والله أعلم.

وإذا فسـدت ولاية العامل، وقـبض المال مع فسـادها، برىء الدافع، لبـقاء الإذن. فلو نهي عن القبض بعـد فسادها لم يبـرأ الدافع إليه إن علم النهي، وإن جهله، فوجهان، كالوكيل.

قلت: قـال الماوردي: إذا تأخـر العطاء عن المـثبـتين في الديـوان عند استحقـاقهم، وكان المال حاصلاً، فلهم المطالبـة كالديون. وإن أعوز بيت المال، كانت أرزاقـهم دينًا على بيت المال، وليس لهم مطالبة ولي الأمـر به. قال: وإذا أراد ولي الأمر إسقـاط بعضهم لسبب، جاز، وبغيـر سبب، لا يجوز. وإذا أراد بعضهم إخـراج نفسه من الديوان، جاز إن استغنى عنه، ولا يجـوز مع الحاجة، إلا أن يكون معـذوراً. قال: وإذا جرد الجـيش للقتال، فـامتنعوا وهم أكـفاء من حاربـهم، سقطت أرزاقـهم. وإن ضعـفوا عنه، لم تسـقط. وإذا جُرِّد أحـدهم لسفر، أعطي نفقة سـفره إن لم يدخل في تقدير عطائه، ولم يعط إن دخل فيه. وإذا تلف سلاحه في الحرب، أعطي عوضه إن لم يدخل في تقدير عطائه، إلا، فلا. والله أعلم.

Marfat.com

الباب الثاني

في الغنيمة

وقد ذكرنا، أنها المال الذي يأخذه المسلمون من الكفار بإيجاف الخيل والركاب. قال البغوي: سواء ما أخذناه من أيديهم قهراً وما استولينا عليه بعدما هزمناهم في القتال وتركوه.

وحِلّ الغنيمة مختص بهذه الأمة زادها الله شرفًا، وكانت في أول الإسلام لرسول الله ﷺ خاصة، يصنع فيها ما يشاء، وعليه يحمل إعطاؤه ﷺ من لم يشهد بدرًا، ثم نسخ ذلك، فجعل خمسها مقسومًا خمسة أسهم كالفيء، قال الله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١] وجعل أربعة أخماسها للغانمين.

ويعرض في أموال الغنيمة النفل[١] والرضخ[٢] والسلب[٣] والقسمة[٤]، ويحصل بيانها في أربعة أطراف:

الأول: النَّفَل بفتح النون والفاء، وهو زيادة مال على سهم الغنيمة، يشرطه الإمام أو أمير الجيش لمن يقوم بما فيه نكاية زائدة في العدو، أو توقُّع ظفر، أو دفع شر، وذلك كالتقدم على طليعة، أو التهجم على قلعة، أو الدلالة عليها، وكحفظ مكمن، وتجسس حال وشبهها. وإنما ينفَّل إذا مست حاجة لكثرة العدو وقلّة المسلمين، واقتضى الحال بعث السرايا وحفظ المكامن، ولذلك نفَّل رسول الله ﷺ في بعض الغزوات دون بعض. ثم الكلام فيمن شرط له، وفي محل المشروط وقدره.

---

(١) النفل: ما خصه الإمام لبعض الغزاة تحريضًا لهم على القتال سمي نفلاً لكونه زيادة على ما يسهم لهم من الغنيمة.

(٢) الرضخ: مال موكول تقديره للإمام محله الخمس لمن لا يلزمه القتال إلا في حالة الضرورة.

(٣) السلب: ما يأخذه المقاتل المسلم من قتيله الكافر في الحرب مما عليه من ثياب وآلات حرب، ومن مركوبه الذي يقاتل عليه، وما عليه من سرج ولجام.

(٤) القسمة: جمع نصيب شائع في نصيب معين.

Marfat.com

أما الأول، فيجوز كونه شخصًا معينًا وجماعة، ويجوز أن يطلق فيقول: من فعل كذا فله كذا.

وأما محله، فيجوز أن يشرط النَّفَل من مال المصالح المرصدة ببيت المال، وحينئذٍ يشترط كونه معلومًا، ويجوز أن يشرطه مما سيغنم ويؤخذ من الكفار في هذا القتال، وحينئذٍ يذكر جزءاً كثلث أو ربع وغيرهما، ويحتمل الجهالة للحاجة. وإذا نفَّل من الغنيمة، فمم ينفَّل؟ فيه أوجه، ويقال: أقوال. أصحها: من خمس خمسها. والثاني: من أصلها. والثالث: من أربعة أخماسها.

وأما قدره، فليس له حد مضبوط، فيجتهد الإمام ويجعله بقدر العمل وخطره، وقد صح في كتاب الترمذي وغيره، «أن النبي ﷺ كان ينفَّل في البدأة الربع، وفي الرجعة الثلث»[1]، وفي رواية الترمذي[2] «القفول» بدل «الرجعة»، وقيل: البدأة: السرية الأولى، والرجعة: الثانية. وقال الجمهور: البدأة: السرية التي يبعثها الإمام قبل دخوله دار الحرب مقدمة له، والرجعة: التي يأمرها بالرجوع بعد توجّه الجيش إلى دار الإسلام. ونقص البدأة، لأنهم مستريحون لم يطل بهم السفر، ولأن الكفار في غفلة، ولأن الإمام من ورائهم يستظهرون به، والرجعة بخلافهم في كل ذلك. واختلفوا في المراد بالحديث بحسب اختلافهم في محل النفل، فقيل: المراد، ثلث خمس الخمس، أو ربعه. وقيل: ثلث الجميع، أو ربعه. وقيل: ثلث أربعة أخماسها، أو ربعها. وقيل: المراد: أنه يزاد

---

(١) عن حبيب بن مسلمة الفهري قال: «شهدت النبي ﷺ نَفَّل الربع في البدأة والثلث في الرجعة» [صحيح. أخرجه أبو داود ٢٧٥٠، وابن ماجه ٢٨٥٣، وأحمد (٤/ ١٦٠)، وابن حبان (٤٨٣٥) وغيرهم].

(٢) عن عبادة بن الصامت: «أن النبي ﷺ كان ينفل في البدأة الربع وفي القفول الثلث» [صحيح لغيره. أخرجه الترمذي (١٥٦١)، وابن ماجه (٢٨٥٢)، وأحمد (٥/ ٣٢٠) وغيرهم ويشهد له ما قبله].

ـ قال الخطابي في معالم السنن:

البدأة: هي ابتداء سفر الغزو إذا نهضت سرية من جملة العسكر فأوقعت بطائفة العدو، فما غنموا كان لهم منه الربع ويشركهم سائر العسكر في ثلاثة أرباعه، فإن قفلوا من الغزاة ثم رجعوا فأوقعوا بالعدو ثانية كان لهم مما غنموا الثلث، لأن نهوضهم بعد القفل أشق والخطر فيه أعظم.

Marfat.com

نصيب كل شخص من الغنيمة مثل ثلثه أو ربعه، ويجوز الزيادة على الثلث، والنقص عن الربع بالاجتهاد.

فرع: إذا قال الأمير: من أخذ شيئًا فهو له، لم يصح شرطه على الأظهر.

فرع: من ظهر منه في الحرب مبارزة وحسن إقدام وأثر محمود، أعطي سهمه، وزيد من سهم المصالح ما يليق بالحال.

الطرف الثاني: في الرضخ[1].

فالصبي، والعبد، والمرأة، والخنثى، والزمن، والذمي، لا يسهم لهم، لكن يرضخ لهم، وهذا الرضخ مستحق على المشهور. وفي قول: مستحب. ويجتهد الإمام في قدره، ولا يبلغ به سهم راجل إن كان من يرضخ له راجلاً. وإن كان فارسًا، فوجهان بناءً على أنه هل يجوز أن يبلغ تعزير الحرِّ حد العبيد؟ وبالمنع قطع الماوردي. وسواء حضر العبد بإذن سيده، والصبي بإذن وليه، والمرأة بإذن زوجها، أم بغير إذنهم. وإن حضر الذمي بغير إذن الإمام، لم يستحق شيئًا على الصحيح، بل يعزِّره الإمام آن ذلك. وإن حضر بإذنه، فإن كان استأجره، فله الأجرة فقط، وإلاّ، فله الرضخ على الصحيح. وقيل: لا شيء له. وقيل: إن قاتل، استحق، وإلا، فلا. وإذا حضر نساء أهل الذمة بإذن الإمام، فلهن الرضخ على الأصح.

فرع: يفاوت الإمام بين أهل الرضخ بحسب نفعهم، فيرجِّح المقاتل ومَن قتاله أكثر على غيره، والفارس على الراجل، والمرأة التي تداوي الجرحى وتسقي العطاش على التي تحفظ الرجال، بخلاف سهم الغنيمة، فإنه يستوي فيه المقاتل وغيره، لأنه منصوص عليه. والرضخ بالاجتهاد، كدية الحر وقيمة العبد.

فرع: في محل الرضخ للعبيد والصبيان والنساء، ثلاثة أقوال. أظهرها: من أربعة أخماس الغنيمة. والثاني: من أصلها. والثالث: من خمس الخمس، وأهل الذمة كالعبيد على المذهب. وقيل: يرضخ لهم من خمس الخمس قطعًا. وحيث

(١) سبق تعريفه قريبًا.

Marfat.com

رضـخنا من أصل الغنيمـة يبـدأ به كالسلب، ثم يقـسم البـاقي خمـسًا وأربعـة أخماس.

فرع: إذا انفرد العبيد والنساء والصبيان بغزوة وغنموا، خُمّست. وفي الباقي أوجه. أصحها: يقسم بينهم كما يقـسم الرضخ على ما يقتضيه الرأي من تسوية وتفضـيل. والثاني: يقـسم كالغنيـمة، للفـارس ثلاثة أسهم، وللراجـل سهم. والثالـث: يرضخ لهم منه، ويجعل البـاقي لبيت المال. وخـصص البغـوي هذا الخلاف بالصبيان والنساء، وقطع في العـبيد بكونه لسادتهم، وحكى أنه لو سبى مراهقـون أو مجانين صـغاراً، حكم بإسلامـهم تبعًا لهم. أمـا إذا كان مع أهل الرضخ واحد من أهل الكمال، فيرضخ لهم، والباقي لذلك الواحد.

فرع: لا يخمس ما أخذه الذمـيون من أهل الحرب، لأن الخمس حق يجب على المسلمين كالزكاة.

فرع: من قاتل من أهل الكـمال أكثر مـن غيره، رضخ له مع السـهم، كذا ذكره المسـعودي والبغـوي، ومنهم من ينازع كلامـه فيه. وقـيل: يزاد من سهم المصالح ما يليق بالحال.

فرع: لو زال نقص أهل الرضخ، فعتق العبـد، وأسلم الكافر، وبلغ الصبي قبل انقضاء دار الحرب، أسهم لهم. وإن كان بـعد انقضائها، فقد أطلق الماوردي أنه ليس لهم إلاّ الرضخ، وينبغي أن يجيء فيما بين انقضاء الحرب وحيازة المال، الخلاف الآتي فيمن حضر في هذا الحال.

الطرف الثالث: في السَّلَب[1].

هو للقتال، والكلام في سبب استحقاقه ومستحقه ونفسه وكيفية إخراجه من الغنيمة. أما سـبب استحقاقه، فقال في «الوسـيط» في ضبطه: هو ركوب الغرر في قهر كافر مقبل على القتال بما يكفي شرَّه بالكلية، وفيه قيود.

أحـدها: ركوب الـغرر. فلو رمى مـن حصن أو من وراء الصـف كافـراً،

---

(١) سبق تعريفه قريبًا.

وقتله، لم يستحق سلبه، وكذا لو رمى من صف المسلمين إلى صف الكفار، فقتل رجلاً.

(القيد) الثاني: إقبال الكافر على القتال، وليس المراد اشتغاله بالقتال حين قتله، لأنهما لو تقاتلا زمانًا ثم هرب فقتله المسلم في إدباره، قال الأصحاب: استحق سَلَبَه. ولا يشترط أيضًا أن تكون مقاتلته مع قاتله، بل لو قصد كافر مسلمًا، فجاء مسلم آخر من ورائه فقتله، استحق سلبَه، بل المرعيُّ ما ذكره أصحابنا العراقيون، أن يقتله مقبلاً أو مدبراً والحرب قائمة فأما إذا انهزم جيش الكفار فاتَّبعهم فقتل كافرًا، فلا يستحق سلبه، لأن بهزيمتهم اندفع شرهم، وما دامت الحرب قائمة فالشر متوقع، والمولي لا تؤمن كرَّته. ولو قتل كافرًا وهو أسير في يده، أو نائم، أو مشغول بأكل أو نحوه، أو مثخن زائل الامتناع، لم يستحق سلبه.

القيد الثالث: قهره بما يكفي شره بالكلية بقتل، أو إثخان، أو إزالة امتناع، بأن يعميَه، أو يقطع يديه ورجليه. ولا يلحق به قطع يد أو رجل. فلو قطع يديه أو رجليه، أو يدًا ورجلاً، فهو إثخان على الأظهر، وهو رواية المزني، وبه قطع جماعة. ولو اشترك جماعة في قتله أو إثخانه، فالسلَب لهم. وفي وجه: أنه لو وقع بين جماعة لا يرجى نجاته منهم، لم يختص قاتله بسلبه، لأنه زال شره بالوقوع بينهم. قال أبو الفرج الزاز: لو أمسكه واحد وقتله آخر، فالسلب بينهما، لاندفاع شره بهما، وكأن هذا فيما إذا منعه الهرب ولم يضبطه. فأما الإمساك الضابط، فإنه أسر، وقتل الأسير لا يستحق به السلب. ولو أثخنه، فقتله آخر، فالسلب للمثخن[1]. ولو جرحه فلم يثخنه، فقتله آخر، فالسلب للثاني. ولو أسره، ففي استحقاقه سلبه قولان. أحدهما: لا، لأنه لم يدفع كل شره. وأظهرهما: نعم، لأنه أصعب من القتل وأبلغ في القهر، ولأن الإمام يتمكن فيه من القتل وغيره. ثم الإمام يتخير في الأسير الذي ليس من الذرية بين القتل والاسترقاق والمن والفداء كما يأتي إن شاء الله تعالى. فإن أرقه، فهل لمن

---

(١) المثخن: المبالغ في قتال العدو.

Marfat.com

أسره رقبته؟ أو فاداه، هل له مال الفداء؟ اطرد فيه القولان. وقيل: وجهان. ويشبه أن يكون الأظهر هنا المنع، لأن اسم السلب لا يقع عليه.

فرع: لو كان الكافر المقتول امرأة أو صبيًّا، إن كان لا يقاتل، لم يستحق سلبه، لأن قتله حرام. وإن كان يقاتل، استحق سلبه على الأصح، والعبد كالصبي. وقيل: بالاستحقاق قطعًا.

فصل: فأما استحقاق السلب، فكل من يستحق سهم الغنيمة، يستحق السلب. والمذهب أن العبد والمرأة والصبي يستحقونه، ولا يستحقه الذمي على المذهب، وإذا قلنا: لا تستحق المرأة، فكان القاتل خنثى، وقف السلب حتى يتبين. وإذا حضر الذمي بغير إذن الإمام، فلا سلب له قطعًا، ولا سلب للمخذِّل قطعًا. والتاجر إذا قلنا: لا سهم له، كالصبي.

فصل: وأما نفس السلب، فما عليه من ثياب بدنه والخف والرانَيْن[1]، وما عليه من آلات الحرب، كالدرع والمغفر والسلاح، ومركوبه الذي يقاتل عليه، وما عليه من سرج ولجام ومقود وغيرها، وكذا لو كان ممسكًا عنانه وهو يقاتل راجلاً. وفيما عليه من الزينة، كالطوق، والسوار، والمنطقة، والخاتم، والهميان، وما فيه من النفقة، فقولان: ويقال: وجهان: أحدهما: ليست سلبًا، كثيابه وأمتعته المخلَّفة في خيمته. وأظهرهما: أنها سلب، لأنها مسلوبة. والجنيبة[2] التي تقاد بين يديه، فيها هذا الخلاف. وقيل بالمنع. والأصح، أنها سلب، صححه الروياني وغيره. قال أبو الفرج الزاز: فعلى هذا، لا يستحق إلاّ جنيبة واحدة، فعلى هذا يبقى النظر إذا قاد جنائب في أن السلب، أيّتها، يرجع إلى تعيين الإمام، أم يقرع؟

قلت: تخصيص أبي الفرج بجنيبة فيه نظر. وإذا قيل به، فينبغي أن يختار القاتل جنيبة قتيله، فهذا هو المختار بل الصواب، بخلاف ما أبداه الرافعي. والله أعلم.

---

(١) الرانين: كالخفين ولكن لا قدم لهما وهما أطول من الخف.

(٢) الجنيبة: الدابة تقاد.

Marfat.com

والحقيبة المشدودة على فرسه، وما فيها من الدراهم والأمتعة ليست سلبًا على المذهب. وقيل: كالمنطقة.

فصل: وأما كيفية إخراج السلب، ففي تخميسه قولان. المشهور: لا يخمس. والثاني: يخمس، فيدفع خمسه لأهل الخمس، وباقيه للقاتل، ثم يقسم باقي الغنيمة.

فرع: لا فرق في استحقاق السلب، بين أن يقتل كافرًا مبارزة، وبين أن ينغمر في صف العدو فيقتله، ولا بين أن يقول الإمام: من قتل فله السلب وبين أن لا يقول.

الطرف الرابع: في قسمة الغنيمة. من أحكام قسمتها ما يتعلق بهذا الموضع، ومنها ما يتعلق بكتاب السِّيَر.

فمما يتعلق بهذا الباب، أنه إذا أراد الإمام أو أمير الجيش القسمة، بدأ بالسلب فأعطاه للقاتل تفريعًا على المشهور أن السلب لا يخمس، ثم يخرج المؤن اللازمة، كأجرة حمال وحافظ وغيرها، ثم يجعل الباقي خمسة أقسام متساوية، ويأخذ خمس رقاع، فيكتب على واحدة: لله تعالى أو للمصالح، وعلى أربع: للغانمين، ويدرجها في بنادق متساوية ويجفِّفها، ويخرج لكل قسم رقعة، فما خرج عليه: سهم الله تعالى، جعله بين أهل الخمس على خمسة أسهم، ومنه يكون النفل على الأصح، ويقسم الباقي على الغانمين، ويقدم القسمة بين الغانمين على قسمة الخمس، لأنهم حاضرون محصورون، ومنها يكون الرضخ على الأظهر. وسواء في القسمة، المنقول والعقار، لعموم الآية. ولا تكره قسمة الغنائم في دار الحرب.

قلت: هذه العبارة ناقصة، فالصواب أن يقال: يستحب قسمتها في دار الحرب، كما قاله أصحابنا، بل قد ذكر صاحب «المهذب» وغيره: أنه يكره تأخيرها إلى دار الإسلام من غير عذر. والله أعلم.

فصل: فيمن يستحق السهم: من شهد الوقعة بنيَّة الجهاد، استحقه، قاتل أو لم يقاتل، إذا كان ممن يسهم له، ويتعلق بهذا الأصل صور.

إحداها: من حضر قبل انقضاء القتال، استحق. وإن حضر بعد حيازة المال، فلا وإن حضر بعد انقضائه، وقبل حيازة المال، فقولان. وقيل: وجهان. أظهرهما: لا يستحق. والثاني: بلى. وقيل: إن خيف رجعة الكفار، استحق. وإلا، فلا. ولو أقاموا على حصن وأشرفوا على فتحه، فلحق مدد قبل الفتح، شاركوهم. وإن فتحوا ودخلوا آمنين، ثم جاء المدد، لم يشاركوهم.

(الصورة) الثانية: غاب في أثناء القتال منهزمًا ولم يعد حتى انقضى القتال، فلا حقَّ له. وإن عاد قبل انقضائه، استحق من المحوز بعد عوده دون المحوز قبل عوده، كذا ذكره البغوي، وقياسه أن يقال فيمن حضر قبل انقضاء القتال: لا حق له في المحوز قبل حضوره. كذا نقله أبو الفرج الزاز عن بعض الأصحاب، وإن كنا أطلقناه في الصورة السابقة.

قلت: هذا الذي نقله أبو الفرج متعين، وكلام من أطلقه محمول عليه. والله أعلم.

وإن ولىَّ متحرِّفًا لقتال أو متحيزًا إلى فئة، استحق على تفصيل مذكور في «كتاب السّير» ومن هرب ثم ادعى أنه كان متحرِّفًا أو متحيزًا، قال الغزالي: يصدق بيمينه. وقال البغوي: إن لم يعد إلاّ بعد انقضاء القتال، لم يصدق، لأن الظاهر خلافه. وإن عاد قبله، صدق بيمينه. فإن حلف، استحق من الجميع. وإن نكل، لم يستحق إلاّ من المحوز بعد عوده.

قلت: الذي قاله البغوي أرجح. والله أعلم.

(الصورة) الثالثة: مات بعضهم قبل الشروع في القتال، فلا حق له. ولو مات فرسه أو سرق أو عار أو خرج من يده ببيع أو هبة ونحوهما، لم يستحق سهم الفرس. وفيما إذا عار وجه ضعيف. ولو مات رجل بعد انقضاء الحرب وحيازة المال، انتقل حقه إلى ورثته. ولو مات فرسه في هذه الحال، استحق سهم الفرس. ولو مات الرجل بعد انقضاء الحرب وقبل الحيازة، انتقل حقه إلى ورثته على الأصح. ولو مات فرسه في هذا الحال، استحق سهم الفرس على الأصح. ولو مات في أثناء القتال، سقط حقه على المنصوص. ونصّ في موت

Marfat.com

الفرس في هذا الحال أنه يستحق سهم الفرس. وللأصحاب طرق. أصحها: تقرير النصين، لأن الفارس متبوع، والفارس تابع. وقيل: قولان فيهما. وقيل: إن حيز المال بقتال جديد، فلا استحقاق فيهما. وإن أفضى ذلك القتال إلى الحيازة، استحق فيهما.

(الصورة) الرابعة: إذا شهد الوقعة صحيحًا، ثم مرض مرضًا لا يمنع القتال، كالحمى الخفيفة والصداع، أو مرضًا يرجى زواله، لم يبطل حقه. وإن كان غير ذلك، كالزمانة والفالج، ففي بطلان حقه قولان أو وجهان. أظهرهما: لا يبطل. ولو خرج في الحرب، استحق على المذهب. ثم الأكثرون أطلقوا القول في رجاء الزوال وعدمه. وحكي عن بعض أصحاب الإمام أن المعتبر رجاء الزوال قبل انجلاء القتال. وإذا لم يستحق المريض، رضخ له. والمرض بعد انقضاء القتال وقبل حيازة المال، على الخلاف السابق.

(الصورة) الخامسة: المخذِّل للجيش، يمنع الخروج مع الناس وحضور الصف. فإن حضر، لم يعط سهمًا ولا رضخًا. ولا يلحق الفاسق بالمخذّل على الصحيح، وقيل: يلحق، لأنه لا يؤمَن تخذيله.

قلت: كذا قطع الجمهور، أن المخذِّل لا رضخ له. وقال الجرجاني في «التحرير»: إن حضر بإذن الإمام، رضخ له. والله أعلم.

فصل: بعث الإمام أو أمير الجيش سرية إلى دار الحرب وهو مقيم ببلده، فغنمت، لم يشاركها الإمام ومن معه من الجيش.

قلت: سواء كانت دار الحرب قريبة من الإمام، أم لا. حتى لو بعث سرية، وقصد الخروج وراءها، فغنمت السرية قبل خروجه، لم يشاركها وإن قربت دار الحرب، لأن الغنيمة للمجاهدين، وقبل الخروج ليسوا مجاهدين. والله أعلم.

ولو بعث سريتين إلى جهتين، لم تشارك إحداهما الأخرى. فلو أوغلتا في ديار الكفار، والتقتا في موضع، اشتركتا فيما غنمتا بعد الاجتماع. ولو بعثهما إلى جهة واحدة، فإن أمّر عليهما أميرًا واحدًا، أو كانت إحداهما قريبة من

Marfat.com

الاخرى، بحيث تكون كل واحدة عونًا للأخرى، اشتركتا، وإلا، فلا. ولو دخل الإمام أو الأمير دار الحرب، وبعث سرية في ناحية، فغنمت، شاركهم جيش الإمام. ولو غنم الجيش، شاركته السرية، لاستظهار كلٍّ بالآخر. ولو بعث سريتين إلى جهة، اشترك الجميع فيما يغنم كل منهم. ولو بعثهما إلى جهتين، فكذلك على الصحيح. وقيل: لا شركة بين السريتين هنا. ثم ذكر ابن كج والإمام أن شرط الاشتراك أن يكونوا بالقرب مترصدين للنصرة. وحد القرب: أن يبلغهم الغوث والمدد منهم إن احتاجوا، ولم يتعرض أكثر الأصحاب لهذا، واكتفَوا باجتماعهم في دار الحرب.

قلت: هذا المنقول عن الأكثرين، هو الأصح أو الصحيح. والله أعلم.

فعلى الأول، لو كانت إحداهما قريبة، والأخرى بعيدة، اختصت القريبة بالمشاركة.

فرع: بعث الإمام جاسوسًا، فغنم الجيش قبل رجوعه، شاركهم على الأصح، وبه قال الداركي، لأنه فارقهم لمصلحتهم، وخاطر بما هو أعظم من شهود الوقعة.

فصل: إذا شهد الأجير مع المستأجر الوقعة، نظر، إن كانت الإجارة لعمل في الذمة بغير تعيين مدة، كخياطة ثوب وبناء حائط، استحق السهم قطعًا. وإن تعلقت بمدة معينة، بأن استأجره لسياسة الدواب وحفظ الأمتعة شهرًا، فنقل الغزالي والبغوي: أنه إن لم يقاتل، فلا سهم له، وإن قاتل فثلاثة أقوال. وأطلق المسعودي وآخرون الأقوال من غير فرق بين أن يقاتل، أو لا. وكذلك أطلقها الشافعي رضي الله عنه في «المختصر». أظهرها: له السهم، لحضور الوقعة. والثاني: لا. وعلى هذين، يستحق الأجرة بمقتضى الإجارة. والثالث: يخيَّر بين الأجرة والسهم. فإن اختار الأجرة، فلا سهم. وإن اختار السهم، فلا أجرة. قال صاحب «الإفصاح»: هذا الثالث هو فيما إذا استأجر الامام لسقي الغزاة وحفظ دوابهم من سهم الغزاة من الصدقات، فيخيِّره الإمام أما أجير آحاد الناس، فلا يجيء فيه هذا القول، لأن الإجارة لازمة، إلا أن يكون الجاري بينهما صورة

Marfat.com

جعالة. وقال الأكثرون: يجري القول الثالث في كل أجير، كما أطلقه الشافعي رحمه الله، لأن لزوم الإجارة لا يختلف. ثم على الثالث، إذا اختار السهم، ففيما يسقط من الأجرة وجهان: أحدهما: قسطها من وقت دخول دار الحرب. وأصحهما: من وقت شهود الوقعة. وأما وقت تخييره، فنقل في «الشامل» عن الأصحاب أنهم قالوا: يخيَّر، إما قبل القتال، وإما بعده. فيقال قبله: إن أردت القتال، فاطرح الأجرة، وإن أردت الأجرة فاطرح الجهاد. ويقال بعده: إن كنت قصدت الجهاد، فلا أجرة لك، وإن كنت قصدت الأجرة، فخذها ولا سهم لك. والمراد أنه يحصل الغرض بكل واحد منهما، إلا أنه يخيَّر في الحالتين جميعًا.

فرع: إذا أسهمنا للأجير، فله السلب إذا قتل. وإن لم نسهم، فوجهان. وعلى هذا، يرضخ له على الصحيح كالعبد. وقيل: لا، لأنه لم يسهم له، وهو من أهله، بخلاف العبد.

فرع: هذا المذكور في الأجير لغير الجهاد. فأما الأجير للجهاد، ففي صحة استئجار الذمي والمسلم كلام يأتي في «السِّيَر» إن شاء الله تعالى. فإن صحت الإجارة، فله الأجرة، ولا سهم ولا رضخ، وإلا، فلا أجرة. وفي سهم الغنيمة وجهان. أحدهما: يستحقه، لشهوده الوقعة. والثاني: المنع، وبه قطع البغوي، قاتل، أم لا، لأنه أعرض عنه بالإجارة.

فصل: تجار العسكر وأهل الحرف، كالخياطين، والسراجين، والبزَّازين، والبقَّالين، وكل من خرج لغرض تجارة أو معاملة، إذا شهدوا الوقعة، ففي استحقاقهم السهم طرق. المذهب أنهم إن قاتلوا، استحقوا، وإلا، فلا، وهو ظاهر نصه في «المختصر». وقيل: بالاستحقاق مطلقًا، وهو الأصح عند الروياني، وبالمنع مطلقًا. وإذا لم نسهم لهم، فلهم الرضخ على الأصح.

فصل: إذا أفلت أسير من الكفار، وشهد الوقعة مع المسلمين، فإن كان من هذا الجيش، استحق السهم، قاتل، أم لا؟ وإن أسر من جيش آخر، فهل يستحق لشهوده الوقعة، أم لا لعدم قصده الجهاد؟ قولان. ثم قيل بطرد القولين،

Marfat.com

قاتل، أم لا. والمذهب والمنصوص في «المختصر» أنهما إذا لم يقاتل، فإن قاتل، استحق قطعًا. هذا إذا أفلت قبل انقضاء الحرب وحيازة الغنيمة. فإن أفلت بعد الحرب وقبل الحيازة، فعلى ما سبق في لحوق المدد. وإن أفلت بعد الحيازة، قال في «الشامل»: إن قلنا: تملك الغنيمة بالحيازة، فلا سهم له، وإلا، فهو كما لو أفلت قبل الحيازة ولم يقاتل. وإذا لم يسهم له، ففي الرضخ الخلاف السابق.

فصل: أسلم كافر، والتحق بجيش الإسلام، فشهد الوقعة، يسهم له إن قاتل قطعًا، وكذا إن لم يقاتل على الصحيح، لأنه قصد إعلاء كلمة الإسلام، وشهد الوقعة. وفي «الرقم» للعبادي: أنه لا يستحق.

فصل: سبق أن الغنيمة يبدأ منها بالسلَب والمؤن، ثم يقسم الباقي خمسة أقسام، ويجعل أربعة أخماسها للغانمين، فيسوَّى بينهم في ذلك، ولا يفضل بعضهم إلاّ بشيئين: أحدهما: النقصان المقتضي للرضخ، تفريعًا على الأظهر: أنه من أربعة أخماسها. والثاني: أن الفارس يفضل على الراجل، فيعطى الفارس ثلاثة أسهم، سهمين لفرسه، وسهمًا له، ويعطى الراجل سهمًا. ويتعلق بهذا الأصل مسائل.

إحداها: راكب البعير، والفيلِ، والحمارِ، والبغلِ، لا يلحق بالفارس، لكن يعطى الراكب سهمه، ويرضخ لهذه الدواب، ويكون رضخ الفيل أكثر من رضخ البغل، ورضخ البغل أكثر من رضخ الحمار، ولا يبلغ رضخها سهم فرس، ويرضخ للصبي والذمي الفارسين أكثر مما يرضخ لو كانا راجلين.

(المسألة) الثانية: سواء في الخيل العتيق، وهو الذي أبواه عربيان، والبرذون، وهو الذي أبواه أعجميان، والهجين، وهو الذي أبوه عربي وأمه عجمية، والمقرف، وهو الذي أبوه عجمي وأمه عربية، لأن الكر والفرَّ يقع منها كلها، ولا يضر تفاوتها، كالرجال. وفي قول شاذ: لا يسهم للبرذون، بل يرضخ له.

(المسألة) الثالثة: ليتعهد الإمام الخيل إذا أراد دخول دار الحرب، فلا يدخل إلاّ فرسًا شديدًا، ولا يُدخل حُطَمًا، وهو الكسير، ولا قحمًا، وهو الهرم، ولا

Marfat.com

ضرعًا، وهو الصغير الضعيف، ولا أعجف رازحًا. والأعجف: المهزول. والرازح: هو بيِّن الهزال.

قلت: القحم، بفتح القاف وإسكان الحاء المهملة، والضرع، بفتح الضاد المعجمة وفتح الراء أيضًا، والرازح، بالراء وبعد الألف زاي مكسورة ثم حاء مهملة، وضبطتُ هذه الألفاظ، لأنها في كلام الشافعي وكتب الأصحاب رحمهم الله، ورأيت من صحَّفها فأردت السلامة. والله أعلم.

فلو أدخل بعضهم شيئًا منها، نظر إن نهى الإمام عن إدخاله وبلغه النهي، لم يسهم لفرسه، وإن لم ينه، أو لم يبلغه النهي، فقولان. أحدهما: يسهم له كالشيخ الضعيف. وأظهرهما: لا، لأنه لا فائدة فيه، بل هو كَلٌّ، بخلاف الشيخ فإنه ينتفع برأيه ودعائه. وقال الشيخ أبو إسحاق: لا خلاف في المسألة، بل القول الأول محمول على ما إذا أمكن القتال عليه، والثاني إذا لم يمكن.

(المسألة) الرابعة: من حضر بفرسين، لم يسهم إلا لواحد على المذهب، وبه قطع الجمهور. وحكى بعضهم قولاً أنه يسهم لفرسين ولا يزاد.

(المسألة) الخامسة: يسهم للفرس المستعار والمستأجر، فيكون السهم للمستعير والمستأجر. وحكي وجه: أنه للمعير. وأما الفرس المغصوب. فالمذهب أنه يسهم له، ويكون سهمه للغاصب. وقيل: للمغصوب منه. وقيل: لا يسهم له، لأن إحضاره حرام، فهو كالمعدوم.

(المسألة) السادسة: إذا كان القتال في ماءٍ أو حصن وقد أحضر فرسه، أسهم لفرسه، لأنه قد يحتاج إلى الركوب، نص عليه، وحمله ابن كج على ما إذا كانوا بالقرب من الساحل، واحتمل أنه يخرج ويركب. فإن لم يحتمل الحال الخروج، فلا معنى لإعطاء سهم الفرس.

(المسألة) السابعة: حضر اثنان بفرس مشترك بينهما، فهل يعطى كل منهما سهم فرس، لأن معه فرسًا قد يركبه، أم يعطيان سهم فرس واحد مناصفة، أم لا يعطيان للفرس شيئًا لأنه لم يحضر واحد منهما بفرس تام؟ فيه أوجه.

قلت: لعل الأصح المناصفة. والله أعلم.

ولو ركب اثنان فرسًا، وشهدا الوقعة، فهل لهما ستة أسهم لأنهما فارسان؟ أم سهمان لأنهما راجلان لتعذر الكرِّ والفرِّ؟ أم أربعة أسهم، سهمان لهما وسهمان للفرس؟ فيه ثلاثة أوجه، وبالله التوفيق.

قلت: اختار ابن كج في «التجريد» وجهًا رابعًا حسنًا أنه إن كان فيه قوة الكرِّ والفرِّ مع ركوبهما، فأربعة أسهم، وإلاّ، فسهمان.

ومن مسائل الباب: لو دخل دار الحرب راجلاً، ثم حصّل فرسًا ببيع أو إعارة أو غيرهما، وحضر به الحرب، أسهم له. قال صاحب «العدة»: ولو حضر فارسًا، فضاع فرسه، فأخذه رجل وقاتل عليه، فأسهم المقاتل له وللفرس، كان سهما الفرس لمالكه، لأنه شهد الوقعة وفرسه حاضر ولم يوجد منه اختيار إزالة يد، فصار كما لو كان معه ولم يقاتل عليه، ويفارق المغصوب حيث قلنا: سهم الفرس للغاصب على المذهب، لأن المالك لم يشهد الوقعة.

ومنها: الأعمى، والزَّمِن، ومقطوع اليدين والرجلين، المذهب: أنه لا يسهم لهم، لكن يرضخ. وحكى الجرجاني في استحقاقهم السهم قولين.

ولو شرط الإمام للجيش أن لا يخمس عليهم، فشرطه باطل، ويجب تخميس ما غنموا، وسواء شرط ذلك لضرورة، أم لا. وحكى ابن كج وجهًا أنه إن شرطه لضرورة، لم يخمس، وهذا شاذ باطل. ولو غزت طائفة بغير إذن الإمام فغنمت، خمس على المذهب، وبه قطع الجمهور. وحكى ابن كج وجهًا: أنه لا يخمس، وهو باطل. ولو كان معه فرس فلم يركبه ولم يعلم به، قال ابن كج: لم يسهم له بلا خلاف. قال: ولو علم به ولم يركبه بحال، فلا سهم له. قال: وعندي يسهم له إذا كان يمكنه ركوبه ولم يحتج إليه. والله أعلم.

Marfat.com

كتاب النكاح(١)

وفيه أبواب:

الباب الأول

في خصائص رسول الله ﷺ في النكاح وغيره. قال الأئمة: هي أربعة أضرب.

أحدها: ما اختص به رسول الله ﷺ من الواجبات، والحكمة فيه زيادة الزلفى والدرجات، فلن يتقرَّب المتقرِّبون إلى الله تعالى بمثل أداء ما افترض عليهم(٢).

---

(١) النكاح: في اللغة: يطلق على أمرين:
يطلق على العقد، ويطلق على الجماع، فإذا قيل: نكح بنت فلان، فالمراد: عقد عليها، وإذا قيل: نكح زوجته، فالمراد: جامعها. فهو إذًا مشترك بين المعنيين بحسب ما يضاف إليه، فإن أضيف إلى أجنبية فهو العقد، وإن أضيف إلى مباحة فهو الجماع.
ـ أما في الشرع: فهو أن يعقد على امرأة بقصد الاستمتاع بها وحصول الولد وغير ذلك من مصالح النكاح.
ـ والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع:
قال الله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ [النساء:٣].
وقال تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾ [النور:٣٣].
ـ عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال لنا رسول الله ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء» [متفق عليه].
ـ وأجمع المسلمون على مشروعيته.

(٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: إن الله قال: من عادى لي وليًّا فقد آذنته بالحرب، وما تقرب إليَّ عبدي بشيء أحب إليَّ مما افترضته عليه وما يزال عبدي يتقرب إليَّ بالنوافل حتى =

Marfat.com

قلت: قال إمام الحـرمين هنا: قال بعض علمائنا: الفريضـة يزيد ثوابها على ثواب النافلة بسبعين درجة، واستأنسوا فيه بحديث(١). والله أعلم.

فمن ذلك، صلاة الضـحى، ومنه الأضحية، والوتر، والتهـجُّد، والسواك، والمشاورة على الصحيح في الخمسة.

والأرجح: أن الوتر غير التهجد.

قلت: جمـهور الأصـحاب، على أن التـهجد كـان واجبًـا عليه ﷺ. قال القفال: وهو أن يصليَ في الليل وإن قلّ.

وحكى الشيخ أبو حامد: أن الشافـعي رحمه الله نص على أنه نسخ وجوبه في حقه ﷺ، كمـا نسخ في حق غيـره، وهذا هو الأصح أو الصحـيح. وفي «صحيح مسلم» عن عائشة رضي الله عنها ما يدل عليه(٢). والله أعلم.

= أحبه، فإذا أحبـبته كنت سمعه الذي يسمع به وبصـره الذي يبصر به ويده التي يبطش بها ورجله التي يمشي بها وإن سألني لأعطينه، ولئن استعـاذ بي لأعيذنه. وما ترددت عن شيء أنا فاعله ترددي عن نفس المؤمن يكره الموت وأنا أكره مساءته» [صحيح البخاري: ٦٥٠٢].

(١) الحديث هو حـديث سلمان الفـارسي حيث قال: خـطبنا رسول الله ﷺ في آخر يوم من شـعبان، فقال: «أيها الناس قد أظلكم شهر عظيم، شهر مبـارك، شهر فيه ليلة خير من ألف شهر، جعل الله صيامـه فريضة، وقيـام ليله تطوعًا، من تقرب فيـه بخصلة من الخير، كـان كمن أدى فريضة فـيما سواه... الحديث» [إسناده ضعيف. أخرجه ابن خزيمة (١٨٨٧) وغيره من طريق علي بن زيد بن جدعان، وهو ضعيف ولا يحتج به].

(٢) يدل عليه الحـديث الطويل الذي رواه الإمام مسلم كتـاب صلاة المسافرين (باب جـامع صلاة الليل، ومن نام عنه أو مرض) رقم (٧٤٦) عبد الباقي.

وفيه سؤال سعد بن هشـام بن عامر لعائشة رضي الله عنها: «أنبئيني عن قيام رسول الله ﷺ فقالت: ألست تقرأ: يا أيها المزمل؟ قلت: بلى. قـالت: فإن الله عز وجل افترض قـيام الليل في أول هذه السورة فقام نبي الله ﷺ وأصحابه حولاً. وأمـسك الله خاتمتها اثنى عشر شهـرًا في السماء حتى أنزل الله، في آخر هذه السورة، التخفيف فصار قيام الليل تطوعًا بعد فريضة... الحديث).

ـ قال الإمام النووي في شرح صحيح مسلم:

قولها: «فصار قيام الليل تطوعًا بعد فريضة».

هذا ظاهره أنه صار تطوعًا في حق رسول الله ﷺ والأمة، فأما الأمة فهو تطوع في حقهم بالإجماع وأما النبي ﷺ فاختلفوا في نسخه في حقه، والأصح عندنا نسخه.

وكان عليه ﷺ، إذا رأى منكرًا أن يغيِّرَه، لأن الله تعالى وعده بالعصمة.

قلت: قد يقال: هذا ليس من الخصائص، بل كلّ مكلف تمكّن من إزالته، لزمه تغييره، ويجاب عنه بأن المراد أنه لا يسقط عنه للخوف، فإنه معصوم، بخلاف غيره. والله أعلم.

وكان عليه ﷺ، مصابرة العدوّ وإِن كثر عددهم.

وكان عليه ﷺ، قضاء دين من مات من المسلمين معسرًا. وقيل: كان يقضيه تكرُّمًا.

وفي وجوب قضاء دين المعسر على الإمام من مال المصالح، وجهان. وقيل: كان يجب عليه ﷺ إذا رأى شيئًا يعجبه أن يقول: «لبيك إن العيش عيش الآخرة»[1].

وأما في النكاح، فأوجب الله سبحانه وتعالى عليه ﷺ تخيير نسائه بين مفارقته واختياره. وحكى الحناطي وجهًا أن هذا التخيير كان مستحبًّا، والصحيح الأول. ولمّا خيرهن، اخترنه والدارَ الآخرة، فحرَّم الله تعالى عليه ﷺ التزويج عليهن والتبدّل بهن مكافأة لهن على حسن صنيعهن، فقال تعالى: ﴿**لا يحل لك النساء من بعدُ ولا أن تبدَّل بهن من أزواج**﴾ [الأحزاب: ٥٢] ثم نسخ ذلك لتكون المنَّة لرسول الله ﷺ بترك التزويج عليهن، بقوله تعالى: ﴿**إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن**﴾ [الأحزاب: ٥٠] وهل حرِّم عليه ﷺ طلاقهن بعدما اخترنه؟ فيه أوجه: أصحهما: لا، والثاني: نعم. والثالث: يحرم عقيب اختيارهن، ولا يحرم إن انفصل. ولو فرض أن واحدة منهنّ اختارت الدنيا، فهل كان يحصل الفراق بنفس الاختيار؟ وجهان. أصحهما: لا. وهل كان جوابهن مشروطًا بالفور؟ وجهان. أصحهما: لا. فإن قلنا بالفور، فهل كان يمتَدُّ بامتداد المجلس، أم المعتبر ما يعدّ جوابًا في العرف؟ وجهان. وهل كان قولها: اخترت نفسي، صريحًا في الفراق؟ فيه وجهان.

---

(١) حسن. أخرجه ابن خزيمة (٢٨٣١)، والحاكم في المستدرك (١/ ٤٦٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٤٥) عن ابن عباس مرفوعًا. ونحوه الشافعي في مسنده (٧٩٢) مرسلاً عن مجاهد مرفوعًا. [راجع تلخيص الحبير (١٠٠٥)].

Marfat.com

وهل كان يحلُّ له ﷺ التزويج بها بعد الفراق؟ وجهان.

الضرب الثاني: ما اختص به من المحرَّمات، وهي قسمان.

أحدهما: المحرمات في غير النكاح، فمنها الزكاة، وكذا الصدقة على الأظهر. وأما الأكل متكئًا، وأكل الثوم والبصل والكرّاث، فكانت مكروهة له ﷺ على الأصح. وقيل: محرّمة. ومما عُدَّ من المحرمات، الخط والشعر، وإنما يتجه القول بتحريمها ممن يقول: إنه ﷺ كان يحسنهما. وقد اختلف فيه، فقيل: كان يحسنهما لكنه يمتنع منهما، والأصح أنه كان لا يحسنهما.

قلت: ولا يمتنع تحريمهما وإن لم يحسنهما. والمراد تحريم التوصل إليهما. والله أعلم.

وكان يحرم عليه ﷺ، إذا لبس لأمَتَه[1] أن ينزعَها حتى يلقى العدوَّ ويقاتل، وقيل: كان مكروهًا لا محرّمًا. والصحيح الأول. وقيل: بناءً عليه أنه كان لا يبتدىء تطوعًا إلاّ لزمه إتمامه.

وكان يحرم عليه ﷺ مدُّ العين إلى ما متِّع به الناس، ويحرم عليه خائنة الأعين، وهي الإيماء إلى مباح من قتل أو ضرب، على خلاف ما يظهره ويشعر به الحال. وقال صاحب «التلخيص»: ولم يكن له أن يخدع في الحرب، وخالفه الجمهور. وفي «الجرجانيات» ذكر وجهين، في أنه هل كان يجوز له أن يصليَ على من عليه دين؟ وهل كان يجوز أن يصليَ مع وجود الضامن؟

قلت: الصواب الجزم بجوازه مع الضامن، ثم نسخ التحريم، فكان ﷺ بعد ذلك يصلي على من عليه دين ولا ضامن له، ويوفيه من عنده. والأحاديث الصحيحة مصرِّحة بما ذكرته[2]. والله أعلم.

---

(١) اللأمة: أداة الحرب كلها من رمح وبيضة (خوذة) ومغفر وسيف ودرع.

(٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ كان يُؤتى بالرجل الميت، عليه الدَّيْنُ، فيسأل «هل ترك لِدَيْنِه من قضاء؟» فإن حدث أنه ترك وفاءً صلَّى عليه. وإلا قال: «صلوا على صاحبكم» فلما فتح الله عليه الفتوح قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم. فمن توفي وعليه دين فعليَّ قضاؤه. ومن ترك مالاً فهو لورثته» [صحيح البخاري (٦٧٣١)، وصحيح مسلم (١٦١٩)].

Marfat.com

القسم الثاني: المحرمات المتعلقة بالـنكاح. فمنها: إمساك من كرهت نكاحه على الصحيح. وقيل: إنما كان يفارقها تكرُّمًا.

ومنها: نكاح الكتابية على الأصح، وبه قـال ابن سريج والقاضي أبو حامد والإصطخري. وقـال أبو إسحـاق: ليس بحرام، ويجري الوجـهان في التـسرّي بالأمة الكتابيـة ونكاح الأمة المسلمة، لكن الأصح في التسـرِّي بالكتابية، الحِلّ. وفي نكاح المسلمة، التحريم. قالوا: ولو قدر نكاح أمة، كان ولده منها حرًّا على الصـحـيح مع تجويـزنا جريان الرق عـلى العرب. وفي لـزوم قيـمـة هذا الولد وجهان. قـال أبو عاصم: نعم. وقال القاضي حـسين: لا، بخلاف ولد المغرور بحرية أمه، لأنه فوت الرق بظنه، وهنا الرق متعذِّر.

وأما الأمة الكتابية، فكان نكاحهـا محرمًا عليه على المذهب. وطرد الحناطي فيه الوجهين.

الضرب الثالث: التخفيفات والمباحات. وما أبيح له ﷺ دون غيره قسمان. أحدهما: متعلق بغير النكاح، فـمنه الوصال في الصوم، واصطفاء ما يختاره من الغنيمة قبل القـسمة من جارية وغيرها، ويقال لذلك المختـار: الصفيّ والصفيّة، والجمع: الصفايا.

ومنه، خمس خمـس الفيء والغنيمة، وأربعة أخمـاس الفيء، ودخول مكة بغيـر إحرام، نقله صـاحب «التلخيص» وغـيره. ومنه، أنه لا يورَث مـاله. ثم حكى الإمام وجهين: أحدهمـا: أن ما تركه باقٍ على ملكه، ينفق منه على أهله كما كان ينفق في حـياته. قال: وهذا هو الصحيح. والثاني: أن سـبيل ما خلَّفه سبيل الصـدقات، وبهذا قطع أبو العباس الروياني في «الجـرجانيات». ثم حكى وجهين في أنه هل يصيـر وقفًا على ورثته؟ وأنه إذا صـار وقفًا، هل هو للواقف لقوله ﷺ: «ما تركنا صدقة»[1]؟ وجهان.

قلت: كل هذا ضعيف، والصـواب الجزم بأنه زال ملكه ﷺ، وأن ما تركه

---

(١) صحيح البخاري (٦٧٢٧)، وصحيح مسلم (١٧٥٩) من حديث أبي بكر رضي الله عنه.

Marfat.com

فهـو صدقة على المسلمين لا يختص بـه الورثة. وكيف يصح غير مـا ذكرته مع قوله ﷺ: «لا نورث ما تركناه فهو صـدقة»؟ فهذا نص على زوال الملك. والله أعلم.

وهذه الخصلة، عدها الغزالي من هذا الضرب، وعدها الأكثرون من الضرب الرابع. ومنه، أنه ﷺ كان له أن يقضيَ بعلمـه، وفي غيره خلاف. وأن يحكم لنفسه ولولده على المذهب، وأن يشهد لنفسه ولولده، وأن يقبل شهادة من يشهد له، وأن يحميَ الموات لنفسـه، وأن يأخذ الطعام والشراب من مالكهـما المحتاج إليهما إذا احتاج إليهما، وعلى صاحبهما البذل، ويفدي بمهجته مهجة رسول الله ﷺ، قال الله تعالى: ﴿النبيُّ أولى بالمؤمنينَ مِنْ أنفسِهم﴾ [الأحزاب:٦].

قلت: ومثله مـا ذكره الفوراني وإبراهيم المروذي وغـيرهما، أنه لو قـصده ظالم، وجب على من حضره أن يبذل نفسه دونه ﷺ. والله أعلم.

وكان لا ينتقض وضوؤه ﷺ بالنوم مضطجعًا، وحكى أبو العباس فيه وجهًا غريبًا ضعيفًا، وحكى وجهين في انتقاض طهره باللمس.

قلت: المذهب الجزم بانتقاضه باللمس. والله أعلم.

وحكى أيضًا صـاحب «التلخيص»: أنه كـان يحل له ﷺ دخول المسـجد جنبًا، ولم يسلّمه القفال له، بل قال: لا أظنه صحيحًا.

قلت: هذا الذي قاله صاحب «التلخيص»، قـد يحتج له بما رواه الترمذي[1] عن عطية عن أبي سعـيد (الخدري) رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «يا علي لا يحل لأحد يجنب في هذا المسجد غيري وغيـرك» قال الترمذي: حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه. قال الترمـذي: قال ضرار بن صرد، معناه: لا يحل لأحد يستطرقه جنبًا غيري وغيرك، وهـذا التأويل الذي قاله ضرار، غير مقبول. وقـال إمام الحـرمين: هذا الذي قاله صـاحب «التلخـيص» هو لا يدرى من أين قاله، وإلى أي أصلٍ أسنده. قـال: فالوجه: القطع بتخطئـته، وهذا كلام من لم

(١) ضعيف. أخرجه الترمذي (٣٧٢٧).

Marfat.com

يعلم الحديث المذكور، لكن قد يقدح قادح في الحديث بسبب عطية، فإنه ضعيف عند جمهور المحدِّثين، لكن قد حسنه الترمذي، فلعله اعتضد بما اقتضى حسنه كما تقرر لأهل هذا الفن، فظهر ترجيح قول صاحب «التلخيص».

واعلم أن معظم هذه المباحات، لم يفعلها ﷺ وإن كانت مباحة له.

القسم الثاني: المتعلق بالنكاح، فمنه الزيادة على أربع نسوة. والأصح أنه لم يكن منحصراً في تسع، وقطع بعضهم بهذا، وينحصر طلاقه ﷺ في الثلاث، وينعقد نكاحه ـ بلفظ الهبة ـ ﷺ على الأصح فيهما. وإذا انعقد بلفظ الهبة، لم يجب مهر بالعقد ولا بالدخول، ويشترط لفظ النكاح من جهته ﷺ على الأصح. قال الأصحاب: وينعقد نكاحه ﷺ بمعنى الهبة، حتى لا يجب المهر ابتداءً ولا انتهاءً، وفي «المجرد» للحناطي وغيره وجه غريب: أنه يجب المهر. ومنه، أنه ﷺ لو رغب في نكاح امرأة، فإن كانت خليَّة، لزمها الإجابة على الصحيح، ويحرم على غيره خطبتها. وإن كانت مزوجة، وجب على زوجها طلاقها لينكحها على الصحيح.

ومنه انعقاد نكاحه ﷺ بغير ولي ولا شهود، وفي حال الإحرام على الأصح في الجميع. وفي وجوب القسم بين زوجاته، وجهان. قال الإصطخري: لا. والأصح عند الشيخ أبي حامد والعراقيين والبغوي: الوجوب، وأكثر هذه المسائل وأخواتها، تتخرج على أصل اختلف فيه الأصحاب، وهو أن النكاح في حقه ﷺ، هل هو كالتسري في حقنا؟ إن قلنا: نعم، لم ينحصر عدد المنكوحات والطلاق، وانعقد بالهبة ومعناها، وبلا ولي وشهود، وفي الإحرام، ولم يجب القسم، وإلاّ انعكس الحكم.

وكان له ﷺ تزويج المرأة ممن شاء بغير إذنها ولا إذن وليها، وتزوجها لنفسه، وتولِّي الطرفين بغير إذنها ولا إذن وليها. قال الحناطي: ويحتمل أنه إنما كان يحل بإذنها، وكان يحل له نكاح المعتدة على أحد الوجهين.

قلت: هذا الوجه حكاه البغوي، وهو غلط لم يذكره جمهور الأصحاب، وغلَّطوا من ذكره. بل الصواب القطع بامتناع نكاح المعتدة من غيره. والله أعلم.

Marfat.com

وهل كان يلزمه نفقة زوجاته؟ فيه وجهان بناءً على المهر.

قلت: الصحيح الوجوب. والله أعلم.

وكانت المرأة تحل له ﷺ بتزويج الله تعالى، لقوله في قصة زينب امرأة زيد: ﴿فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها﴾ [الأحزاب:٣٧] وقيل: بل نكحها بنفسه. ومعنى الآية: أحللنا لك نكاحها.

وهل كان يحل له الجمع بين امرأة وعمتها أو خالتها؟ وجهان بناءً على أن المخاطب هل يدخل في الخطاب؟ ولم يكن يحل الجمع بينها وبين أختها وأمها وبنتها على المذهب. وحكى الحناطي فيه وجهين، وأعتق ﷺ صفية وتزوجها، وجعل عتقها صداقها[1]. فقيل: معناه: أعتقها وشرط أن ينكحها، فلزمها الوفاء، بخلاف غيره. وقيل: جعل نفس العتق صداقًا، وجاز ذلك، بخلاف غيره.

قلت: وقيل: معناه: أعتقها بلا عوض، وتزوجها بلا مهر لا في الحال ولا في ما بعدُ، وهذا أصح. والله أعلم.

الضرب الرابع: ما اختص به ﷺ من الفضائل والإكرام، فمنه أن زوجاته اللاتي توفي عنهنَّ ـ رضي الله عنهن ـ محرمات على غيره أبدًا، وفيمن فارقها في الحياة أوجه. قال ابن أبي هريرة: يحرم، وهو المنصوص في أحكام القرآن، لقول الله تعالى: ﴿وأزواجه أمهاتهم﴾ [الأحزاب:٦]. والثاني، يحل. والثالث: يحرم الدخول بها فقط. قال الشيخ أبو حامد: هو الصحيح.

قلت: الأول أرجح. والله أعلم.

فإن حرمنا، ففي أمة يفارقها بالموت أو غيره بعد وطئها وجهان. ولو فرض أن بعض المخيَّرات اختارت الفراق، ففي حلها لغيره طريقان. قال العراقيون: فيها الأوجه، وقطع أبو يعقوب الأبيوردي وآخرون بالحل، لتحصل فائدة التخيير، وهو التمكن من زينة الدنيا، وهذا اختيار الإمام، والغزالي. ومنه، أن

---

(١) صحيح البخاري (٥١٦٩)، وصحيح مسلم (١٣٦٥) من حديث أنس رضي الله عنه.

Marfat.com

أزواجه أمهات المؤمنين، سواء من ماتت تحته ﷺ، ومن مات عنها وهي تحته، وذلك في تحريم نكاحهن ووجوب احترامهن وطاعتهن، لا في النظر والخلوة، ولا يقال: بناتهن أخوات المؤمنين، ولا آباؤهن وأمهاتهن أجداد وجدات المؤمنين، ولا إخوتهن وأخواتهن أخوال المؤمنين وخالاتهم. وحكى أبو الفرج الزاز وجهًا أنه يطلق اسم الأخوة على بناتهن، واسم الخؤولة على إخوتهن وأخواتهن، لثبوت حرمة الأمومة لهن، وهذا ظاهر لفظ «المختصر».

قلت: قال البغوي: كن أمهات المؤمنين من الرجال دون النساء، روي ذلك عن عائشة رضي الله عنها(١)، وهذا جارٍ على الصحيح عند أصحابنا وغيرهم من أهل الأصول، أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال. وحكى الماوردي في تفسيره خلافًا في كونهن أمهات المؤمنات، وهو خارج على مذهب من أدخلهن في خطاب الرجال. قال البغوي: وكان النبي ﷺ أبًا للرجال والنساء جميعًا. وقال الواحدي من أصحابنا: قال بعض أصحابنا: لا يجوز أن يقال: هو أبو المؤمنين، لقول الله تعالى: ﴿ما كان محمد أبا أحد من رجالكم﴾ [الأحزاب: ٤٠] قال: نص الشافعي على أنه يجوز أن يقال: هو أبو المؤمنين، أي: في الحرمة. ومعنى الآية: ليس أحد من رجالكم ولد صلبه. والله أعلم.

ومنه، تفضيل زوجاته على سائر النساء، وجعل ثوابهن وعقابهن مضاعفًا، ولا يحل أن يسألهن أحد شيئًا إلاّ من وراء حجاب، ويجوز أن يسأل غيرهن مشافهة.

---

(١) عن عائشة رضي الله عنها: أن امرأة قالت لها: يا أمه فقالت: أنا أم رجالكم لست بأمك.
- {أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٧٠)، والطبقات الكبرى لابن سعد (٨/ ٥١)، وراجع تلخيص الحبير (٣/ ٢٩٣)، والدر المنثور (٥/ ٣٥١)، وصححه ابن كثير في التفسير (٦/ ٣٨١)}.
قال البغوي في التفسير: (٦/ ٣١٩):
واختلفوا في أنهن هل كنَّ أمهات النساء المؤمنات؟ قيل: كن أمهات المؤمنين والمؤمنات جميعًا. وقيل: كن أمهات المؤمنين دون النساء، روى الشعبي عن مسروق أن امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها: يا أمّه! فقالت: لست لك بأم إنما أنا أم رجالكم، فبان بهذا أن معنى هذه الأمومة تحريم نكاحهن.

Marfat.com

قلت: وأفضل زوجاته ﷺ، خديجة، وعائشة رضي الله عنهما قال المتولي: واختلفوا أيتهما أفضل. والله أعلم.

ومنه، في غير النكاح، أنه خاتم النبيين، صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين، وأمته خير الأمم، وشريعته مؤبَّدة وناسخة لجميع الشرائع، وكتابه معجز محفوظ عن التحريف والتبديل، وأقيم بعده حجة على الناس، ومعجزات سائر الأنبياء انقرضت، ونصر بالرعب مسيرة شهر، وجعلت له الأرض مسجداً، وترابها طهوراً، وأحلت له الغنائم، ويشفع في أهل الكبائر.

قلت: هذه العبارة ناقصة أو باطلة، فإن شفاعته ﷺ التي اختص بها ليست الشفاعة في مطلق أهل الكبائر، فإن لرسول الله ﷺ في القيامة شفاعات خمسًا.

أولاهن: الشفاعة العظمى في الفصل بين أهل الموقف حين يفزعون إليه بعد الأنبياء، . كما ثبت في الحديث الصحيح، حديث الشفاعة[1].

والثانية: في جماعة، فيدخلون الجنة بغير حساب.

والثالثة: في ناس استحقوا دخول النار فلا يدخلونها.

والرابعة: في ناس دخلوا النار، فيخرجون.

والخامسة: في رفع درجات ناس في الجنة، وقد أوضحت ذلك (كلَّه) في «كتاب الإيمان» من أول «شرح صحيح مسلم» رحمه الله، والشفاعة المختصة به ﷺ، هي الأولى والثانية، ويجوز أن تكون الثالثة والخامسة أيضًا. والله أعلم.

وبعث ﷺ إلى الناس كافة، وهو سيد ولد آدم، وأول من تنشق عنه الأرض، وأول شافع ومشَفَّع، وأول من يقرع باب الجنة، وهو أكثر الأنبياء أتباعًا، وأمته معصومة لا تجتمع على ضلالة، وصفوفهم كصفوف الملائكة. وكان لا ينام قلبه، ويرى من وراء ظهره كما يرى من قُدَّامه، وتطوُّعه بالصلاة قاعدًا كتطوعه قائمًا وإن لم يكن عذر، وفي حقّ غيره ثواب القاعد النصف.

---

(١) صحيح مسلم (١٩٤) عبد الباقي.

Marfat.com

قلت: هذا قد قاله صاحب «التلخيص»، وتابعه البغوي، وأنكره القفال، وقال: لا يعرف هذا، بل هو كغيره، والمختار الأول، لحديث عبد الله بن عمرو ابن العاص رضي الله عنهما قال: «أتيت رسول الله ﷺ فوجدته يصلي جالسًا، فقلت: حدثت يا رسول الله أنك قلت: «صلاة الرجل قاعداً على نصف الصلاة» وأنت تصلي قاعداً: قال: «أجل ولكني لست كأحدكم»[1] رواه مسلم في «صحيحه». والله أعلم.

ويخاطبه ﷺ المصلي بقوله: السلام عليك أيها النبي ورحمة الله، ولا يخاطب سائر الناس، ولا يجوز لأحد رفع صوته فوق صوته، ولا أن يناديَه من وراء الحجرات، ولا أن يناديَه باسمه فيقول: يا محمد، بل يقول: يا رسول الله، يا نبي الله، ويجب على المصلي إذا دعاه، أن يجيبه، ولا تبطل صلاته. وحكى أبو العباس الروياني وجهًا أنه لا يجب، وتبطل به الصلاة، وكان يتبرك ويستشفى ببوله ودمه، ومن زنا بحضرته أو استهان به، كفر.

قلت: في الزنا، نظر. والله أعلم.

وأولاد بناته ينسبون إليه، وأولاد بنات غيره، لا ينسبون إليه في الكفاءة وغيرها.

قلت: كذا قال صاحب «التلخيص» وأنكره القفال وقال: لا اختصاص في انتساب أولاد البنات. والله أعلم.

وقال ﷺ: «كل سبب ونسب منقطع يوم القيامة، إلا سببي ونسبي»[2] قيل: معناه: أن أمته ينتسبون إليه يوم القيامة، وأمم سائر الأنبياء لا ينسبون إليهم. وقيل: ينتفع يومئذٍ بالنسبة إليه، ولا ينتفع بسائر الأنساب. وقال ﷺ:

---

(١) صحيح مسلم (٧٣٥) عبد الباقي.

(٢) حسن بشواهده. أخرجه البزار (٢٧٤)، والحاكم (٣/ ١٤٢ ـ ١٥٨) والمعجم الكبير للطبراني (٣/ ٤٤، ٤٥) رقم (٢٦٣٣، ٢٦٣٤)، و (١١/ ٢٤٣) رقم (١١٦٢١)، وفي الأوسط (٤١٤٤) ومسند أحمد (٤/ ٣٢٣، ٣٣٢) وغيرهم.

Marfat.com

«تسمّـوا باسمي، ولا تكتنوا بكـنيتي»[1] وقال الشـافعي رضي الله عنه: ليس لأحد أن يكتني بأبي القـاسم، سواء كان اسـمه مـحمداً، أم لا، ومنهم من حـمله على كراهة الجمع بين الاسم والكنية، وجوز الإفراد، ويشبه أن يكون هذا أصح، لأن الناس ما زالوا يكتنون به في جميع الأعصار من غير إنكار.

قلت: هذا الذي تأوَّله الرافعي واسـتبدل به فيـهما، ضعـيف، وهذه المسألة فيها ثلاثة مـذاهب: أحدها: مذهب الشافعي، وهو ما ذكـره. والثاني: مذهب مالك: أنه يجوز التكني بأبي القـاسم لمن اسمه محمد ولغـيره. والثالث: يجوز لمن اسمه محمد دون غيره. ومن جوز مطلقًا، جعل النهي مختصًّا بحياة رسول الله ﷺ، وقد يستدل له بما ثبت في الحـديث من سبب النهي، وأن اليهود تكنَّوا به، وكانوا ينادون: يا أبا القاسم، فإذا التفت النبي ﷺ قالوا: لم نعنك، إظهاراً للإيذاء، وقد زال ذلك المعنى، وهذا المذهب أقرب، وقد أوضـحته مع ما يتعلق به في كتاب «الأذكار» وكتاب «الأسماء».

وما يتعلق بهـذا الضرب، أن شَعره ﷺ طاهر على المذهب وإن نجّسنا شعر غيره، وأن بوله ودمه وسائر فضـلاته، طاهرة على أحد الوجهين كما سبق، وأن الهدية له حـلال، بخلاف غـيره من الحكام وولاة الأمور من رعـاياهم. وأعطي جوامع الكلم. ومن خصائصه ﷺ، ما ذكره صاحب «التلخيص» والقفال قالا: كان النبي ﷺ يؤخذ عن الدنيـا عند تلقي الوحي، ولا تسقـط عنه الصلاة ولا غيرها. وفاته ﷺ ركعتان بعد الظهر، فقضـاهما بعد العصر، ثم واظب عليهما بعد العصر. وفي اختـصاصه بهذه المداومة، وجهان. أصحهـما: الاختصاص. ومنها: أنه لا يجوز الجنون على الأنـبياء، بخلاف الإغماء. واختـلفوا في جواز الاحتلام، والأشهر امتناعه. ومنها، أنه من رآه ﷺ في المنام فقد رآه حقًّا. وأن الشيطان لا يتـمثل في صورته[2]، ولكن لا يعمل بما يسمـعه الرائي منه في المنام

---

(١) متفق عليه من حديث جابر، وأبي هريرة، وأنس، رضي الله عنهم.
صحيح البخاري (٢١٢٠ ـ ٣١١٤ ـ ٣٥٣٩)، وصحيح مسلم (٢١٣١ ـ ٢١٣٣ ـ ٢١٣٤).

(٢) صحيح البخاري (١١٠) وصحيح مسلم (٢٢٦٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

Marfat.com

مما يتعلق بالأحكام، لعدم ضبط الرائي، لا للشك في الرؤية، فإن الخبر لا يقبل إلاّ من ضابط مكلَّف، والنائم بخلافه.

ومنها، أن الأرض لا تأكل لحوم الأنبياء، للحديث الصحيح في ذلك[١].

ومنها قوله ﷺ في الحديث: «إن كذبًا عليّ ليس ككذب على أحد»[٢]. فالكذب عمدًا عليه من الكبائر، ولا يكفر فاعله على الصحيح وقول الجمهور. وقال الشيخ أبو محمد: هو كفر. ولنختم الباب بكلامين.

أحدهما: قال إمام الحرمين: قال المحققون: ذكر الاختلاف في مسائل الخصائص خبط غير مفيد، فإنه لا يتعلق به حكم ناجز تمس إليه حاجة، وإنما يجري الخلاف فيما لا نجد بدًّا من إثبات حكم فيه، فإن الأقيسة لا مجال لها، والأحكام الخاصة تتبع فيها النصوص، وما لا نص فيه، فتقدير اختيار فيه، هجوم على الغيب من غير فائدة.

والكلام الثاني: قال الصيمري: منع أبو علي بن خيران الكلام في الخصائص، لأنه أمر انقضى، فلا معنى للكلام فيه. وقال سائر أصحابنا: لا بأس به، وهو الصحيح، لما فيه من زيادة العلم، فهذا كلام الأصحاب، والصواب الجزم بجواز ذلك، بل باستحبابه. بل لو قيل بوجوبه، لم يكن بعيدًا، لأنه ربما رأى جاهل بعض الخصائص ثابتة في الحديث الصحيح فعمل به أخذًا بأصل التأسّي، فوجب بيانها لتعرف فلا يعمل بها، وأي فائدة أهم من هذه؟ وأما ما يقع في ضمن الخصائص مما لا فائد فيه اليوم، فقليل لا تخلو أبواب الفقه عن مثله للتدرُّب ومعرفة الأدلة وتحقيق الشيء على ما هو عليه. والله أعلم.

❑❑❑

---

(١) صحيح. أخرجه أحمد (٤/٨)، وأبو داود (١٠٤٧)، و (١٥٣١)، والنسائي (٣/ ٩١)، وابن ماجه (١٠٨٥)، (١٦٣٦)، وغيرهم. من رواية أوس بن أوس وشداد بن أوس.

(٢) صحيح البخاري (١٢٩١)، ومسلم (٤) من حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه.

الباب الثاني

في مقدمات النكاح

وفيه فصول.

الفصل الأول: فيمن يستحب له النكاح.

الناس ضربان، تائق إلى النكاح، وغيره.

فالتائق، إن وجد أهبة النكاح، استحب له، سواء كان مقبلاً على العبادة، أم لا. وإن لم يجدها، فالأولى أن لا يتزوج ويكسر شهوته بالصوم، فإن لم تنكسر به، لم يكسرها بالكافور ونحوه، بل يتزوج.

وأما غير التائق، فإن لم يجد أهبة، أو كان به مرض أو عجز، بجبّ أو تعنين أو كبر، كره له النكاح لما فيه من التزام ما لا يقدر على القيام به من غير حاجة. وإن وجد الأهبة، ولم يكن به علة، لم يكره له النكاح، لكن التخلي للعبادة أفضل. فإن لم يكن مشتغلاً بالعبادة، فوجهان حكاهما ابن القطان وغيره، وأصحهما: النكاح أفضل كيلا تفضي به البطالة والفراغ إلى الفواحش. والثاني: تركه أفضل، لما فيه من الخطر بالقيام بواجبه. وحكي وجه: أن النكاح أفضل من التخلي للعبادة. وفي شرح «مختصر» الجويني وجه: أنه إن خاف الزنا، وجب عليه النكاح. وقال القاضي أبو سعد الهروي: ذهب بعض أصحابنا بالعراق، إلى أن النكاح فرض كفاية، حتى لو امتنع منه أهل قطر، أجبروا عليه.

قلت: الوجه المحكيّ عن شرح الجويني، لا يحتم النكاح، بل يخيّر بينه وبين التسرّي، ومعناه ظاهر. والله أعلم.

الفصل الثاني: إذا أراد النكاح، فالبكر أولى من الثيب[1] إذا لم يكن عذر، والولود أولى، والنسيبة أولى، والتي ليست بقرابة قريبة أولى، وذات الدين أولى.

لقول النبي ﷺ لجابر بن عبد الله: «فهلا بكراً تلاعبها وتلاعبك» [متفق عليه].

Marfat.com

قلت: وبعد الدين، ذات الجمال والعقل أولى، وقرابته غير القريبة أولى من الأجنبية، والمستحب أن لا يزيد على امرأة من غير حاجة ظاهرة، ويستحب أن لا يتزوج من معها ولد من غيره لغير مصلحة، قاله المتولي. وإنما قيدت لغير المصلحة، لأن رسول الله ﷺ تزوج أم سلمة رضي الله عنها ومعها ولد أبي سلمة رضي الله عنهم. قال أصحابنا: ويستحب أن يتزوج في شوال، للحديث الصحيح[1] عن عائشة رضي الله عنها (في ذلك).

والمستحب، أن لا يتزوجها إلاّ بعد بلوغها، نص عليه الشافعي رضي الله عنه، وهذا إذا لم يكن حاجة أو مصلحة. والله أعلم.

فرع: إذا رغب في نكاحها، استحب أن ينظر إليها لئلا يندم. وفي وجه: لا يستحب هذا النظر، بل هو مباح. والصحيح الأول، للأحاديث[2]. ويجوز تكرير هذا النظر ليتبيّن هيئتها، وسواء النظر بإذنها وبغير إذنها. فإن لم يتيسر النظر، بعث امرأة تتأملها وتصفها له، والمرأة أيضًا تنظر إلى الرجل إذا إرادت تزوجه، فإنه يعجبها منه ما يعجبه منها، ثم المنظور إليه الوجه والكفان ظهراً وبطنًا، ولا ينظر إلى غير ذلك. وحكى الحناطي وجهين في المفصل الذي بين الكفّ والمعصم. وفي «شرح مختصر الجويني» وجه: أنه ينظر إليها نظر الرجل إلى الرجل. والصحيح الأول.

قال الإمام: ويباح هذا النظر وإن خاف الفتنة لغرض التزوج، ووقت هذا النظر، بعد العزم على نكاحها، وقبل الخطبة، لئلا يتركها بعد الخطبة فيؤذيها، هذا هو الصحيح. وقيل: ينظر حين تأذن في عقد النكاح. وقيل: عند ركون كل

---

(١) عن عائشة رضي الله عنها قالت: تزوجني رسول الله ﷺ في شوال وبنى بي في شوال فأي نساء رسول الله ﷺ كان أحظى عنده مني؟ وكانت عائشة تستحب أن تدخل نساءها في شوال» [صحيح مسلم/ ١٤٢٣].

(٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: كنت عند النبي ﷺ فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار فقال له رسول الله ﷺ: «أنظرت إليها؟» قال: لا. قال: «فاذهب فانظر إليها، فإن في أعين الأنصار شيئًا» [صحيح مسلم/ ١٤٢٤].

Marfat.com

واحد منهما إلى صاحبه، وذلك حين تحرم الخِطبة على الخِطبة.

قلت: وإذا نظر فلم تعجبه، فليسكت، ولا يقل: لا أريدها، لأنه إيذاء. والله أعلم.

الفصل الثالث: في أحكام النظر.

جرت العادة بذكره هنا، وله حالان. أحدهما: أن لا تمس الحاجة إليه. والثاني: أن تمس.

والحال الأول: أربعة أضرب، نظر الرجل إلى المرأة، وعكسه، والرجل إلى الرجل، والمرأة إلى المرأة.

الضرب الأَول: نظر الرجل إلى المرأة، فيحرم نظره إلى عورتها مطلقًا، وإلى وجهها وكفيها إن خاف فتنة. وإن لم يخف، فوجهان، قال أكثر الأصحاب لا سيما المتقدمون: لا يحرم، لقول الله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلاّ ما ظهر منها﴾ [النور: ٣١] وهو مفسر بالوجه والكفين، لكن يكره، قاله الشيخ أبو حامد وغيره. والثاني: يحرم، قاله الإصطخري وأبو علي الطبري، واختاره الشيخ أبو محمد، والإمام، وبه قطع صاحب «المهذب» والروياني، ووجهه الإمام باتفاق المسلمين على منع النساء من الخروج سافرات، وبأن النظر مظنّة الفتنة، وهو محرّك للشهوة، فاللائق بمحاسن الشرع، سد الباب فيه، والإعراض عن تفاصيل الأحوال، كالخلوة بالأجنبية.

ثم المراد بالكف، اليد من رؤوس الأصابع إلى المعصم. وفي وجه: يختص الحكم بالراحة.

وأما أخمصا القدمين، فعلى الخلاف السابق في ستر العورة. وصوتها ليس بعورة على الأصح، لكن يحرم الإصغاء إليه عند خوف الفتنة. وإذا قرع بابها، فينبغي أن لا تجيب بصوت رخيم، بل تغلظ صوتها.

قلت: هذا الذي ذكره من تغليظ صوتها، كذا قاله أصحابنا. قال إبراهيم المروذي: طريقها أن تأخذ ظهر كفها بفيها وتجيب كذلك. والله أعلم.

Marfat.com

هذا كله إذا كان الناظر بـالغًا فحلاً، والمنظـور إليها حرة كـبيرة أجنبـية. ثم الكلام في ست صور.

إحداها: الطفل الذي لم يظهـر على عورات النساء، لا حـجاب منه. وفي المراهق وجهان. أحدهما: له النظر، كما له الدخول بلا استئذان إلا في الأوقات الثلاثة[1]، فعلى هذا، نظره كنظر المحـارم البالغين. وأصحهـما: أن نظره كنظر البـالغ إلى الأجنبـية، لظهـوره على العـورات. ونزَّل الإمـام أمر الصـبي ثلاث درجات. إحداها: أن لا يبلغ أن يحكي ما يرى.

والثانية: يـبلغه ولايكون فيه ثَوَران شـهوة وتشوُّف. والثالثـة: أن يكون فيه ذلك. فالأول حـضوره كـغيـبته، ويجـوز التكشف له من كل وجـه. والثاني: كالمحرم.

والثالث: كالبالغ. واعلم أن الصبي لا تكـليف عليه، وإذا جعلناه كالبالغ، فمـعناه يلزم المنظور إليها الاحتـجاب منه، كمـا يلزمها الاحتـجاب من المجنون قطعًا.

قلت: وإِذا جعلنا الصـبي كالبـالغ، لزم الولي أن يمنعه النظر، كـما يلزم أن يمنعه الزنا وسائر المحرمات. والله أعلم.

الصورة الثـانية: في الممسوح وجهـان. قال الأكثرون: نظره إلى الأجـنبية، كنظر الفحل إِلى المحارم، وعليـه يحمل قول الله تعالى: ﴿أو التابعين غـيرِ أولي الإربة من الرجال﴾ [النور: ٣١]. والثاني: أنه كالفـحل مع الأجنبية، لأنه يحل له نكاحها.

قلت: والمختـار في تفسـير «غيـر أولي الإربة» أنه المغفَّل في عـقله الذي لا يكترث للنساء ولا يشتهيهن، كذا قاله ابن عباس وغيره. والله أعلم.

---

(١) قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلاثَ مَرَّاتٍ مِّن قَبْلِ صَلاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُم مِّنَ الظَّهِيرَةِ وَمِن بَعْدِ صَلاةِ الْعِشَاءِ ثَلاثُ عَوْرَاتٍ لَّكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الآيَاتِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [النور: ٥٨].

Marfat.com

وأما المجبوب الذي بقي أنثياه، والخصي الذي بقي ذكره، والعنين، والمخنث وهو المشبه بالنساء، والشيخ الهِمّ، فكالفحل، كذا أطلق الأكثرون. وقال في «الشامل»: لا يحل للخصي النظر، إلاّ أن يكبر ويهرم وتذهب شهوته، وكذا المخنث. وأطلق أبو مخلد البصري المتأخر في الخصي والمخنث وجهين.

قلت: هذا المذكور عن «الشامل» قاله شيخه القاضي أبو الطيب، وصرح بأن الشيخ الذي ذهبت شهوته، يجوز له ذلك، لقوله تعالى: ﴿أو التابعين غير أولي الإربة﴾ [النور: ٣١]. والله أعلم.

الصورة الثالثة: مملوك المرأة مَحرم لها على الأصح (عند الأكثرين).

قلت: وهو المنصوص، وظاهر الكتاب والسنة وإن كان فيه نظر من حيث المعنى، قال القاضي حسين: فإن كاتبته، فليس بمحرم. والله أعلم.

الصورة الرابعة: إذا كان المنظور إليها أمة، فثلاثة أوجه. أصحها فيما ذكره البغوي والروياني: يحرم النظر إلى ما بين السرة والركبة، ولا يحرم ما سواه، لكن يكره. والثاني: يحرم ما لا يبدو حال المهنة دون غيره. والثالث: أنها كالحرة، وهذا غريب لا يكاد يوجد لغير الغزالي.

قلت: قد صرح صاحب «البيان» وغيره، بأن الأمة كالحرة وهو مقتضى إطلاق كثيرين، وهو أرجح دليلاً. والله أعلم.

الصورة الخامسة: في النظر إلى الصبية، وجهان. أحدهما: المنع. والأصح الجواز، ولا فرق بين عورتها وغيرها، لكن لا ينظر إلى الفرج.

قلت: جزم الرافعي، بأنه لا ينظر إلى فرج الصغيرة. ونقل صاحب «العدة» الاتفاق على هذا، وليس كذلك، بل قطع القاضي حسين في تعليقه بجواز النظر إلى فرج الصغيرة التي لا تشتهى، والصغير، وقطع به في الصغير إبرهيم المروذي. وذكر المتولي فيه وجهين، وقال: الصحيح الجواز، لتسامح الناس بذلك قديمًا وحديثًا، وأن إباحة ذلك تبقى إلى بلوغه سن التمييز، ومصيره بحيث يمكنه ستر عورته عن الناس. والله أعلم.

وأما العجوز، فألحقها الـغزالي بالشابة، لأن الشهوة لا تنضبط، وهي محل الوطء. وقال الروياني: إذا بلغت مـبلغًا يؤمَن الافتـتان بالنظر إليهـا، جاز النظر إلى وجهها وكفيها، لقول الله تعالى: ﴿والقواعد من النساء﴾ [النور: ٦٠].

الصورة السادسة: المحرم لا ينظر إلى ما بين السرة والركبة، وله النظر إلى ما سواه على المـذهب. وفي وجه: أنه يباح مـا يبدو عند المهنة. وهـل الثدي زمن الإرضاع مما يبدو؟ وجهان. وسواء المحرم بالنسب والمصاهرة والرضاع، وقيل: لا ينظر بالمصاهرة والرضاع إلاّ إلى البادي في المهنة. والصحيح الأول.

قلت: ويجوز للمَحرَم الخلوة والمسافرة بها. والله أعلم.

الضرب الثاني: نظر الرجل إلى الرجل، وهو جائز فـي جميع البدن، إلاّ ما بين السرة والركبة، لكن يحرم النظر إلى الأمـرد وغيره بالشهوة، وكذا النظر إلى المحارم وسـائر المذكورات في الضـرب السابق بالشهـوة حرام قطعًـا. ولا يحرم النظر إلى الأمرد بغير شهوة إِن لم يخف فـتنة، وإن خافها، حرم على الصحيح وقول الأكثرين.

قلت: أطلق صـاحب «المهذب» وغـيره: أنه يـحرم النظر إلى الأمـرد لغيـر حاجة، ونقله الداركي عن نص الشافعي رحمه الله. والله أعلم.

الضـرب الثالث: نظـر المرأة إلى المرأة كالرجل إلـى الرجل إلاّ في شيـئين. أحدهما: حكى الإمام وجهًا: أنها كـالمحرم، وهو شاذ ضعيف. الثاني: في نظر الذمية إلى المسلمـة وجهان. أصحهمـا عند الغزالي: كالمسلمة. وأصحـهما عند البغوي: المنع. فعلى هذا، لا تدخل الذميـة الحمام مع المسلمات، وما الذي تراه من المسلمة؟ قال الإمام: هي كـالرجل الأجنبي. وقيل: ترى ما يبدو في المهنة، وهذا أشبه.

قلت: ما صححه البغوي هو الأصح أو الصـحيح، وسائر الكافرات كالذمية في هذا، ذكره صاحب «البيان». والله أعلم.

الضرب الرابع: نظر المرأة إلى الرجل، وفيه أوجـه. أصحها: لها النظر إلى

Marfat.com

جميع بدنه إلاّ ما بين السرة والركبة. والثاني: لها نظر ما يبدو منه في المهنة فقط. والثالث: لا ترى منه إلاّ ما يرى منها.

قلت: هذا الثالث، هو الأصح عند جماعة، وبه قطع صاحب «المهذب» وغيره، لقول الله تعالى: ﴿وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن﴾ [النور:٣١] ولقوله ﷺ: «أفعمياوان أنتما، أليس تبصرانه»[1] الحديث، وهو حديث حسن. والله أعلم.

وأما نظرها إلى محرمها، فلا يحرم إلاّ ما بين السرة والركبة على المذهب، وبه قطع المحققون. وقيل: هو كنظره إليها، ويحرم عليها النظر إلى الرجل عند خوف الفتنة قطعًا. وحديث «أفعمياوان»، يحمل على هذا أو على الاحتياط.

فرع: ما لا يجوز النظر إليه متصلاً كالذكر وساعد الحرة وشعر رأسها وشعر عانة الرجل وما أشبهها، يحرم النظر إليه بعد الانفصال على الأصح.

وقيل: لا، وقال الإمام احتمالاً لنفسه: إن لم يتميز المبان من المرأة بصورته وشكله عمّا للرجل: كالقلامة، والشعر، والجلدة، لم يحرم. وإن تميز، حرم.

قلت: ما ذكره الإمام، ضعيف، إذ لا أثر للتمييز، مع العلم بأنه جزء يحرم نظره. وعلى الأصح: يحرم النظر إلى قلامة رجلها دون قلامة يدها، ويده ورجله. والله أعلم.

وينبغي لمن حلق عانته، أن يواريَ الشعر، لئلا ينظر إليه أحد. وفي «فتاوى» البغوي: أنه لو أبين شعر الأمة أو ظفرها، ثم عتقت، ينبغي أن يجوز النظر إليه وإن قلنا: إن المبان كالمتصل، لأنه حين انفصل لم يكن عورة، والعتق لا يتعدى إلى المنفصل.

فرع: يجوز للزوج النظر إلى جميع بدن زوجته غير الفرج. وفي الفرج، وجهان. أحدهما: يحرم. وأصحهما: لا، لكن يكره. وباطن الفرج أشد كراهة، ويكره للإنسان نظره إلى فرج نفسه بلا حاجة، ونظر السيد إلى أمته التي

---

(١) إسناده ضعيف: أخرجه أحمد (٦/٢٩٦)، وأبو داود (٤١١٢)، والترمذي (٢٧٧٨) وغيرهم.

Marfat.com

يجوز استمتاعه بها كنظر الزوج إلى زوجته، سواء كانت قنة، أو مدبرة، أو مستولدة، أو عرض مانع قريب الزوال كالحيض والرهن، فإن كانت مرتدة، أو مجوسية، أو وثنية، أو مزوجة، أو مكاتبة، أو مشتركة بينه وبين غيره، حرم نظره إلى ما بين السرة والركبة، ولا يحرم ما زاد على الصحيح. وزوجته المعتدة عن وطء أجنبي بشبهة، كالمكاتبة. ونظر الزوجة إلى زوجها كنظره إليها. وقيل: يجوز نظرها إلى فرجه قطعًا.

قلت: ونظرها إلى سيدها كنظره إليها. والله أعلم.

فرع: حيث حرم النظر، حرم المس بطريق الأولى، لأنه أبلغ لذة، فيحرم على الرجل دَلْكُ فخذ رجل بلا حائل. فإن كان ذلك فوق إزار، جاز إذا لم يخف فتنة. وقد يحرم المسّ دون النظر، فيحرم مس وجه الأجنبية وإن جاز النظر، ومس كل ما جاز النظر إليه من المحارم والإماء، بل لا يجوز للرجل مس بطن أمه ولا ظهرها، ولا أن يغمز ساقها ولا رجلها، ولا أن يقبِّل وجهها، حكاه العبادي عن القفال. قال: وكذا لا يجوز للرجل أن يأمر ابنته أو أخته بغمز رجله. وعن القاضي حسين أنه كان يقول: العجائز اللاتي يكحلن الرجال يوم عاشوراء مرتكبات للحرام.

فرع: لا يجوز أن يضاجع الرجل الرجل، ولا المرأة المرأة وإن كان كل واحد في جانبٍ من الفراش، وإذا بلغ الصبي أو الصبية عشر سنين، وجب التفريق بينه وبين أمه وأبيه وأخته وأخيه في المضجع.

فرع: يستحب مصافحة الرجل الرجل، والمرأة المرأة. قال البغوي: وتكره المعانقة والتقبيل، إلاّ تقبيل الولد شفقة. وقال أبو عبد الله الزبيري: لا بأس أن يقبِّل الرجل رأس الرجل وما بين عينيه، عند قدومه من سفره أو تباعد لقائه.

قلت: المختار أن تقبيل يد غيره إن كان لزهده وصلاحه أو علمه أو شرفه وصيانته، ونحو ذلك من الأمور الدينية، فهو مستحب. وإن كان لغناه ودنياه وشوكته ووجاهته عند أهل الدنيا ونحو ذلك، فمكروه. وقال المتولي في «باب صلاة الجمعة»: لا يجوز. وتقبيل الصغار شفقة سُنَّة، سواء ولده وولد غيره إذا

Marfat.com

لم يكن بشهوة. والسُّنَّة معانقة القادم من سفر وتقبيله. ولا بأس بتقبيل وجه الميت الصالح، ويكره حني الظهر في كل حال لكل أحد، ولا بأس بالقيام لأهل الفضل، بل هو مستحب للاحترام، لا للرياء والإعظام، وقد ثبتت أحاديث صحيحة بكل ما ذكرته، وقد أوضحتها مبسوطة في «كتاب السلام» من «كتاب الأذكار»، وهو مما لا يستغني متديِّن عن مثله، وفي «كتاب الترخيص في القيام». والله أعلم.

فرع: الخنثى المشكل فيه وجهان. أصحهما: الأخذ بالأشدِّ، فيجعل مع النساء رجلاً، ومع الرجال امرأة. والثاني: الجواز، قاله القفال، استصحابًا لحكم الصغر.

قلت: قطع الفوراني والمتولي بالثاني، وإبراهيم المروذي، ونقله المروذي عن القاضي. والله أعلم.

الحال الثاني: إذا احتاج إلى النظر، وذلك في صور.

منها: أن يريد نكاحها، فله النظر كما سبق.

ومنها: أن يريد شراء جارية، وقد سبق في البيع.

ومنها: إذا عامل امرأة ببيع أو غيره، أو تحمَّل شهادة عليها، جاز النظر إلى وجهها فقط ليعرفها. وإذا نظر إليها وتحمَّل الشهادة، كلِّفت الكشف عن وجهها عند الأداء. فإن امتنعت، أمرت امرأة بكشفه.

ومنها: يجوز النظر والمس للفصد والحجامة ومعالجة العلة، وليكن ذلك بحضور محرم أو زوج، ويشترط في جواز نظر الرجل إلى المرأة لهذا أن لا يكون هناك امرأة تعالج، وفي جواز نظر المرأة إلى الرجل، أن لا يكون هناك رجل يعالج، كذا قاله أبو عبد الله الزبيري والروياني، وعن ابن القاصّ خلافه.

قلت: الأول أصح، وبه قطع القاضي حسين والمتولي. قالا أيضًا: ولا يكون ذميًّا مع وجود مسلم. والله أعلم.

ثم أصل الحاجة كافٍ في النظر إلى الوجه واليدين، وفي النظر إلى سائر

الأعضاء يعتبر تأكُّد الحاجة، وضبطه الإمام فقال: ما يجوّز الانتقال من الماء إلى التيمم وفاقًا أو خلافًا، كشدة الضنى وما في معناها، يجوز النظر بسببه، وفي النظر إلى السوأتين، يعتبر مزيد تأكُّد، قال الغزالي: وذلك بأن تكون الحاجة بحيث لا يعد التكشف بسببها هتكًا للمروءة ويعذر في العادة.

ومنها: يجوز للرجال النظر إلى فرج الزانيين لتحمُّل شهادة الزنا، وإلى فرج المرأة للشهادة على الولادة، وإلى ثدي المرضعة للشهادة على الرضاع، هذا هو الصحيح. وقال الإصطخري: لا يجوز كل ذلك. وقيل: يجوز في الزنا دون غيره. وقيل: عكسه.

الفصل الرابع: في الخِطبة ـ بكسر الخاء ـ، قال الغزالي: هي مستحبة، ويمكن أن يحتج له بفعلِ النبي ﷺ، وما جرى عليه الناس، ولكن لا ذكر للاستحباب في كتب الأصحاب، وإنما ذكروا الجواز. ثم المرأة إن كانت خلية عن النكاح والعدة، جازت خطبتها تعريضًا وتصريحًا، وإن كان معتدة، حرم التصريح بخطبتها مطلقًا. وأما التعريض، فيحرم في عدة الرجعيَّة، ولا يحرم في عدة الوفاة. وقيل: إن كانت عدة الوفاة بالحمل، لم تخطب، خوفًا من تكلف إلقاء ولدها. والصحيح الأول. والبائن بطلاق أو فسخ، يحل التعريض بخطبتها على الأظهر. والتي لا تحل لمن منه العدة بلعان أو رضاع أو طلاق الثلاث، كالمعتدة عن الوفاة. وقيل: كالفسخ. ثم سواء كانت العدة في هذه الصور بالأقراء أم بالأشهر. وقيل: إن كانت بالأقراء، حرم قطعًا. والصحيح وبه قطع الجمهور: أن لا فرق. وفي المعتدة عن وطء بشبهة، طريقان. المذهب: القطع بالجواز. والثاني: طرد الخلاف. والتصريح، كقوله: أريد نكاحكِ، أو إذا انقضت عدتك نكحتك. والتعريض بما يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها، كقوله: رُبَّ راغب فيك، من يجد مثلك؟ أنت جميلة، إذا حللت فآذنيني، لا تبقين أيِّما، لستِ بمرغوب عنك، إن شاء الله لسائق إليك خيرًا، ونحو ذلك، وحكم جواب المرأة في هذه الصور تصريحًا وتعريضًا حكم الخطبة. وجميع ما

Marfat.com

ذكرناه، فيما إذا خطبها غير صاحب العدة. فأما صاحبها الذي يحل له نكاحها، فله التصريح بخطبتها.

فرع: تحرم الخطبة على خطبة غيـره بعد صريح الإجابة، إلاّ إذا أذن الغير أو ترك. وصـريح الإجابة أن تقـول: أجبـتك إلى ذلك، أو تأذن لوليهـا (في) أن يزوجها إياه، وهي معـتبرة الإذن. فلو لم تصرح بالإجابة، لكن وجـد ما يشعر بها، كقولها: لا رغبة عنكَ، فقولان. القديم، تحريم الخطبة. والجديد، الجواز. ولو ردّته، فللغـير خطبتـها قطعًـا. ولو لم يوجد إجـابة ولا رد، فقـيل: يجوز قطعًا. وقيل بالقولـين. والمعتبر، رد الولي وإجابته إن كانت مـجبرة، وإلاّ فردها وإجابتهـا، وفي الأمة رد السيد وإجابته، وفي المجـنونة رد السلطان وإجابته. ثم المفهوم من إِطلاق الأكثرين، أن سكوت الولي عن الجواب، فيه الخلاف المذكور، وخص بعـضهـم الخلاف بسكوتهـا وقـال: سكوت الولي لا يمنع قطعًـا. وعن الداركي أن الخلاف في سكوت البكر، ولا يمنع سكوت الثيب بحال.

فرع: يجوز الهجوم عـلى الخِطبة لمن لم يدر أخُطبت أم لا، ولم يدر أجيب خاطبها أم رد، لأن الأصل الإباحة.

فرع: سواء فـيما ذكـرناه الخاطب المسلم والذمي إذا كـانت كتابيـة. وقيل: يختص المنع بالخطبة على خطبة المسلم.

قلت: قال الصيـمري: لو خطب خمس نسوة دفعـة، فأذِنّ، لم يحلَّ لأحد خطبة واحدة منهن حتـى يتركها الأول، أو يعقد على أربع فتـحل الخامسة. وإِن خطب كل واحـدة وحدها، فـأذنَّ، حلت الخامـسة دون غـيرها. هذا كـلامه، والمختار تحريم الجميع، إذ قد يرغب في الخامسة. قال أصحابنا: ويكره التعريض بالجماع للمخطوبة، ولا يكره التعريض والتصريح به لزوجته وأمته. والله أعلم.

فرع: يجوز الصدق في ذكر مساوىء الخاطب ليحذر، وكذا من أراد نصيحة غيره ليحترز عن مشاركته ونحوها، وليس هذا من الغيبة المحرمة.

قلت: الغيبة تباح بسـتة أسباب قد أوضحتها بدلائلـها وما يتعلق بها وطرق مخارجها في آخر «كتاب الأذكار».

Marfat.com

أحدها: التظلم، فيجوز للمظلوم أن يتظلَّم إلى السلطان والقاضي وغيرهما ممن له ولاية أو قدرة على إنصافه ممن ظلمه، فيقول: ظلمني فلان وفعل بي كذا.

الثاني: الاستعانة على تغيير المنكر وردِّ العاصي إلى الصواب، فيقول لمن يرجو قدرته على إزالة المنكر: فلان يعمل كذا فازجره عنه، ونحو ذلك.

الثالث: الاستفتاء. بأن يقول للمفتي: ظلمني فلان أو أبي أو أخي بكذا، فهل له ذلك، أم لا؟ وما طريقي في الخلاص (منه) ودفع ظلمه عني؟ ونحو ذلك. وكذا قوله: زوجتي تفعل معي كذا، وزوجي يضربني ويقول لي كذا، فهذا جائز للحاجة. والأحوط أن يقول: ما تقول في رجل أو زوج أو والد من أمره كذا، ومع ذلك فالتعيين جائز، لحديث هند في «الصحيحين»: إن أبا سفيان شحيح... الحديث[1].

الرابع: تحذير المسلمين من الشر، وذلك من وجوه.

منها: جرح المجروحين من الرواة والشهود والمصنِّفين، وذلك جائز بالإجماع، بل واجب، صونًا للشريعة.

ومنها: الإخبار بعيبه عند المشاورة في مواصلته.

ومنها: إذا رأيت من يشتري شيئًا معيبًا، أو عبدًا سارقًا، أو زانيًا، أو شاربًا، تذكره للمشتري ـ إذا لم يعلمه ـ نصيحة، لا بقصد الإيذاء والإفساد.

ومنها: إذا رأيت متفقهًا يتردد إلى فاسق أو مبتدع يأخذ عنه علمًا، وخفت عليه ضرره، فعليك نصيحته ببيان حاله قاصدًا النصيحة.

ومنها: أن يكون له ولاية لا يقوم بها على وجهها لعدم أهليَّته أو فسقه، فتذكره لمن عليه ولاية ليستبدل به، أو يعرف حاله فلا يعتبر به أو يلزمه الاستقامة.

الخامس: أن يكون مجاهرًا بفسقه أو بدعته، كالخمر، ومصادرة الناس،

---

(١) صحيح البخاري (٥٣٦٤)، ومسلم (١٧١٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

Marfat.com

وجبـاية المكوس، وتولّي الأمور الباطلة، فـيجوز ذكره بما يجـاهر به، ولا يجوز بغيره إلاّ بسبب آخر.

السادس: التعـريف، فإذا كان معروفًا بلقب، كـالأعمش والأعرج والأزرق والقصير ونحـوها، جاز تعريفه به، ويحرم ذكره به تنقّـصًا، ولو أمكن التعريف بغيره، كان أولى. هذا مختصر ما تباح به الغيبة. والله أعلم.

الفصل الخامس: في الخُطبة، بضم الخاء. يستحب لمن يخطب امرأة أن يقدِّم بين يدي خِطبتـه خُطبة، فـيحمـد الله تعالى، ويثني عليـه، ويصلِّي على النبي ﷺ، ويوصي بتـقوى الله تعـالى[1]، ثم يقـول: جئتكم راغـبًا في كـريمتكم، ويخطب الولي كذلك، ثم يقول: لست بمرغوب عنك، أو نحو ذلك. وتستحب الخُطبة أيضًـا عند العقد، ويحـصل الاستحبـاب سواء خطب الولي أو الزوج أو أجنبي. وإذا قال الولي: الحـمد لله، والصلاة على رسول الله، زوّجـتك، فقال الزوج: الحـمد لله، والصـلاة على رسـول الله، قـبلتُ نكاحهـا، فـوجهـان. أحدهمـا: لا يصح النكاح، للفصل، والصـحيح صحـته، وبه قطع الجمـهور، وقالوا: للنكاح خُطبتان مسنونتان، إحداهمـا تتقدم العقد، والثانية تتخلله، وهي أن يقـول الولي: بسم الله، والصـلاة على رسـول الله، أوصيكـم بتقـوى الله تعالى، زوَّجـتك فلانة، ثم يقول الزوج مـثل ذلك، ثم يقول: قـبلتُ. ثم قال الأصحاب: موضع الـوجهين إذا لم يطل الذكر بينهما، فإن طال، فـالعقد باطل

---

(١) عن عبـد الله بن مسـعود رضي الله عنه عن النبي ﷺ قـال: «علمنا خطبة الحـاجة: الحـمد لله، نسـتعـينه ونستغفـره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، من يهده الله، فـلا مضل له، ومن يضلل، فلا هادي له، وأشهـد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محـمدًا عبده ورسـوله، ثم يقرأ ثلاث آيات: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢].
﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١].
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَن يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٧٠، ٧١] ثم تذكر حاجتك».
صـحيـح. أخرجـه أحـمد (١/ ٣٩٢، ٣٩٣ ـ ٤٣٢)، وأبو داود (٢١١٨)، والـترمـذي (١١٠٥) وغيرهم.

Marfat.com

قطعًا. ولو تخلل كلام يسير لا يتعلق به العقد ولا يستحب فيه، بطل العقد على الأصح. واستحب الشافعي رحمه الله أن يقول الولي: زوجتكها على ما أمر الله العظيم، من إمساك بمعروف، أو تسريح بإحسان. وهذا إن ذكراه قبل العقد، فذاك. وإن قيّد الولي الإيجاب به، وقَبِل الزوجُ مطلقًا أو ذاكرًا له، فوجهان. أحدهما: يبطل النكاح، واختاره الشيخ أبو محمد، لأنه شرط الطلاق على أحد التقديرين. وأصحهما: الصحة، لأن كل زوج مأخوذ به بمقتضى الشرع، فهو ذكر لمقتضى العقد. وفصل الإمام فقال: إن أجرياه شرطًا ملزمًا، فالوجه البطلان. وإن قصدا الوعظ دون الإلزام، لم يضر. وإن أطلقا، احتمل واحتمل، وقرينة الحال تقتضي الوعظ.

فرع: يستحب الدعاء للزوجين بعد العقد، فيقال: بارك الله لك، وباركَ عليك، وجمع بينكما في خير[1].

قلت: ويكره أن يقال: بالرّفاء والبنين، لحديث ورد بالنهي عنه[2]، ولأنه من ألفاظ الجاهلية.

ومما يتعلق بآداب العقد، أنه يستحب إحضار جمع من أهل الصلاح زيادة على الشاهدين، وأن ينويَ بالنكاح المقاصد الشرعية، كإقامة السنَّة، وصيانة دينه وغيرهما، ويستحب للولي عرض موليته على أهل الفضل والصلاح، لحديث عمر رضي الله عنه في «الصحيحين»[3]. والله أعلم.

❑❑❑

(١) صحيح. أخرجه أبو داود (٢١٣٠)، والترمذي (١٠٩١)، وابن ماجه (١٩٠٥) وغيرهم.
(٢) صحيح. أخرجه النسائي (٦/ ١٢٨)، وابن ماجه (١٩٠٦) ومعنى الرفاء: الاجتماع الحسن.
(٣) الحديث لم يخرجه مسلم. بل أخرجه البخاري في صحيحه (٤٠٠٥ ـ ٥١٢٢ ـ ٥١٢٩ ـ ٥١٤٥)، والنسائي (٦/ ٧٧ و ٨٣)، وأحمد (١/ ١٢)، وابن حبان (٤٠٣٩)، وأبو يعلى (٦ ـ ٧ ـ ٢٠) وغيرهم.

الباب الثالث

في أركان النكاح

وهي أربعة.

الركن الأول: الصيغة إيجابًا وقبولاً، فيقول الوليّ: زوَّجتُكَ، أو أنكحتُكَ، ويقول الزوج: تزوَّجتُ، أو نَكَحْتُ، أو قَبِلْتُ تزويجها أو نكاحها. أو يقول الزوج أولاً: تزوَّجتُها، أو نَكَحْتُها، فيقول الوليُّ: زوَّجتُك أو أنكحتُكَ، ولا ينعقد بغير لفظ التزويج والإنكاح. وفي انعقاده بمعنى اللفظين بالعجميَّة من العاقدَيْن أو أحدهما أوجه. أصحها: الانعقاد. والثالث: إن لم يُحسِن العربية، انعقد، وإلا، فلا. وإذا صححناه، فذاك إذا فهم كلٌّ منهما كلام الآخر. فإن لم يفهم، فأخبره ثقة عن معنى لفظه، ففي الصحة وجهان.

ولا يشترط اتفاق اللفظين منهما. فلو قال: زوَّجتُك، فقال الزوج: نَكَحْتُ، أو قال: أنكَحْتُك، فقال: تزوَّجتُ، صح، ولا ينعقد بالكناية.

فرع: إذا قال: زوَّجتُكها، فليقُل: قبلتُ نكاحها أو تزويجها، أو قبلتُ هذا النكاح، فإن اقتصر على «قبلتُ»، لم ينعقد على الأظهر. وقيل: قطعًا. وقيل: ينعقد قطعًا. وإن قال: قبلتُ النكاح أو قبلتُها، فخلاف مرتب، وأولى بالصحة.

ولو قال: زوِّجني أو أنكحْني، فقال الولي: قد فعلتُ ذلك، أو نعم، أو قال الوليُّ: زوَّجتُكها أو أنكَحْتُكَها، أقَبِلْتَ؟ فقال: نعم، أو قال: نعم، من غير قول الولي: أقَبِلْت، فقيل بالمنع قطعًا. وقيل بطرد الخلاف، وهو أقيس. وفي نظائر هذه الصور من البيع، ينعقد البيع. وكذا لو قال: بعتك كذا، فقال: قبلتُ، ينعقد على الصحيح. وحكى الحناطي فيه وجهًا.

فرع: إذا كتب بالنكاح إلى غائب أو حاضر، لم يصح. وقيل: يصح في الغائب وليس بشيء، لأنه كناية، ولا ينعقد بالكنايات. ولو خاطب غائبًا بلسانه، فقال: زوّجتُك بنتي، ثم كتب، فبلغه الكتاب أو لم يبلغه، وبلغه الخبر،

فقال: قبلتُ نكاحها، لم يصح على الصحيح. وإذا صححنا في المسألتين، فشرطه القبول في مجلس بلوغ الخبر، وأن يقع بحضرة شاهدي الإيجاب.

قلت: لا يكفي القبول في المجلس، بل يشترط الفور. والله أعلم.

فرع: إذا استخلف القاضي فقيهًا في تزويج امرأة، لم يكْفِ الكتاب، بل يشترط اللفظ على المذهب، وحكى الحناطي وجهين، وليس للمكتوب إليه اعتماد الخط على الصحيح.

فرع: إذا قال (للوليّ): زوّجني، قال الولي: زوَّجتُك. فإن قال الزوج بعده: قَبِلْتُ، صح النكاح قطعًا، وإلاّ، فالمذهب والنّص صحتُه أيضًا. وقيل بطرد الخلاف السابق في البيع في مثله. والخُلع، والصُّلح عن الدم، والإعتاق على مال، ينعقد بالاستيجاب والإيجاب على المذهب، وبه قطع الجمهور. فإذا قالت: طلِّقني أو خالِعني على ألف، فأجابها الزوج، طَلَقَتْ ولزمها الألف، ولا حاجة إلى قبول بعده. وكذا لو قال العبد لسيده: أعتقني على كذا، فأجابه إليه، أو قال: مَن عليه القصاص: صالحني على كذا، فقال المستحق: صالحتُك عليه. وقيل بطرد الطريقين في كل هذه العقود كالنكاح.

وأما الكتابة فكالعتق، وقيل: كالنكاح. هذا كله إذا كانت صيغته: زوِّجني أو خالِعني وأعتقني ونحوها. فلو قال الزوج: قُل: زوَّجتُكَها، قال الشيخ أبو محمد: ليس هو باستيجاب، لأنه استدعى اللفظ دون التزويج، فإذا تلفَّظ اقتضى القبول.

ولو قال الولي أولاً: تَزوَّج ابنتي، فقال: تزوَّجْتُ، فهو كما لو قال الزوج: زوِّجني، فقال الولي: زوَّجتُك، هكذا قالوه. وقد حكينا عن بعضهم المنع في البيع، ويمكن أن يقال بمثله هنا. ولو قال: أتزوِّجني ابنتك؟ فقال الولي: زوَّجتُكَ، هكذا قالوه. وقد حكينا عن بعضهم المنع في البيع ويمكن أن يقال بمثله هنا.

ولو قال: أتزوجني ابنتك؟ فقال الولي: زوجتك لم ينعقد إلا أن يقول الخاطب بعده: تزوَّجتُ، وكذا لو قال الولي: أتتزوج بنتي، أو تزوَّجتَها؟ فقال:

تزوَّجتُ، لا ينعقد، إلا أن يقول الولي بعده: زوَّجتك، لأنه استفهام. ولو قال المتوسِّط للولي: زوَّجتَه ابنتَك؟ فقال: زوَّجتُ، ثم أقبل على الزوج فقال: قَبِلتَ نكاحها؟ فقال: قبلتُه، صح على الأصح، لوجود الإيجاب والقبول مترابطَين، ومنعه القفال، لعدم التخاطب.

فرع: تشترط الموالاة بين الإيجاب والقبول على ما سبق في البيع. ونقل القاضي أبو سعد الهروي: أن أصحابنا العراقيين اكتفَوا بوقوع القبول في مجلس الإيجاب.

قلت: الصحيح، اشتراط القبول على الفور، فلا يضر الفصل اليسير، ويضر الطويل، وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول، فهذا هو المعروف في طريقتي العراق وخراسان. وما ادعاه الهروي عن العراقيين جملة لا يُقْبَل، والمشاهدة تدفعه، والدليلُ يبطله، فلا اغترار به. والله أعلم.

فرع: إذا وُجد أحد شِقَّي العقد من أحد العاقدين، فلا بد من إصراره عليه حتى يوجد الشِّق الآخر، فلو رجع عنه، لغا العقد. وكذا لو أوجب ثم جُنّ أو أغمي عليه، لغا إيجابه، وامتنع القبول. وكذا لو أذنت المرأة في تزويجها حيث يعتبر إذنها، ثم أغمي عليها قبل العقد، بطل إذنها.

فصل: النكاح لا يقبل التعليق، كقوله: إذا جاء رأس الشهر، فقد زوَّجتُك. فلو أخبر بمولود، فقال لجليسه: إن كانت بنتًا، فقد زوَّجتكها، أو قال: إن كانت بنتي طلَّقها زوجها، أو مات عنها وانقضت عدتها، فقد زوَّجتُكها، أو لو كان تحته أربع نسوة، فقال له رجل: إن كانت ماتت إحداهن فقد زوَّجتُك بنتي، أو قال: إن مات أبي وورثتُ هذه الجارية، فقد زوَّجتكها، وبان الأمر كما قدّر، لم يصح النكاح على المذهب، وبه قطع الأكثرون. وقيل: وجهان كمن باع مال أبيه ظانًّا حياته فبان ميتًا. قال البغوي: ولو بُشر ببنت، فقال: إن صدق المخبر فقد زوَّجتُكها، صح، ولا يكون ذلك تعليقًا، بل هو تحقيق، كقوله: إن كنتِ زوجتي فأنتِ طالق، وتكون «إنْ» بمعنى «إذ». قال: وكذا لو أخبر من له أربع نسوة بموت إحداهن، فقال لرجل: إن صدق المخبر فقد تزوجْتُ بنتك، فقال

ذلك الرجل: زوَّجتُكها، صح، وهذا الذي قاله البغوي، يجب أن يكون مفروضًا فيما إذا تيقن صدق المخبر، وإلا، فلفظ «إن» للتعليق.

فرع: قال: زوَّجتُك بنتي على أن تزوجني بنتك، على أن يكون بُضع كل واحدة صداقًا للأخرى، فقبل الآخر، أو قال: زوَّجتُك بنتي وتزوّجتُ بنتك أو أختك، على أن يكون بضع كل واحدة صداقًا للأخرى، فقال المخاطَب: تزوَّجتُ وزوجتُ على ما ذكرتَ، فهذا نكاح الشِّغار، وهو باطل، للحديث الصحيح[1]، ولمعنى الاشتراك في البضع. وقال القفال: للتعليق والتوقف.

ولو قال كل واحد: زوَّجتُك بنتي على أن تزوِّجني بنتَك، وقبِل الآخر، ولم يجعلا البُضع صداقًا، فوجهان. أصحهما: الصحة، لأنه ليس فيه إلاّ شرط عقد في عقد، وذلك لا يُفسد النكاح. فعلى هذا، يصح النكاحان، ولكل واحدة مهر المثل. والثاني: لا يصح لمعنى التعليق والتوقف. وخص الإمام الوجهين بما إذا كانت الصيغة هذه، ولم يذكرا مهرًا، وقطع بالصحة فيما لو قال: زوَّجتُك بنتي بألف على أن تزوجني بنتك، وفيما قاله نظر.

فعلى الوجه الأول، لو قال: زوَّجتُك على أن تزوِّجني بنتك، وبضعُ بنتك صداق لبنتي، فقبِل، صح الأول، وبطل الثاني. ولو قال: وبضع بنتي صداق لبنتك، بطل الأول، وصح الثاني، وهذا نظر إلى معنى التشريك. ولو سمَّيا لهما أو لإحداهما مهرًا مع جعل البضع صداقًا، بأن قال: زوَّجتُك بنتي بألف على أن تزوِّجني بنتك بألف، وبضع كل واحدة صداق للأخرى، أو قال: على أن تزوجني بنتك، وبضع كل واحدة صداق للأخرى، أو قال: زوَّجتُك بنتي على أن تزوِّجني بنتك ويكون بضع كل واحدة وألف درهم صداقًا للأخرى، فوجهان. أحدهما: وهو ظاهر نصه في «المختصر»: الصحة. وأصحهما: البطلان، وهو نصه في «الإملاء».

فرع: قال: زوَّجتك بنتي بمتعة جاريتك، صح النكاح، وفسد الصداق. ولو

---

(١) عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق» [صحيح البخاري (٥١١٢)، وصحيح مسلم (١٤١٥)].

Marfat.com

قال: زوَّجتُك جاريتي على أن تزوجني بنتك، وتكون رقبة جاريتي صداقًا لبنتك، قال ابن الصباغ: صح النكاحان، لأنه لا تشريك فيما يرد عليه عقد النكاح، ويفسد الصداق، ويجب لكل واحدة مهر المثل، ويجيء على معنى التعليق والتوقف أن يحكم ببطلان النكاحين.

ولو طلق امرأته على أن يزوّجه صاحبُه بنته، ويكون بضع امرأته صداقًا لها، وزوّجه صاحبه على ذلك، فهل يبطل النكاح، أم يصح ويفسد الصداق؟ وجهان حكاهما ابن كج عن ابن القطان.

قلت: أفقههما: الثاني. والله أعلم.

ولو طلق امرأته على أن يعتق صاحبه عبده، ويكون طلاق امرأته عوضًا عن عتقه، قال الحناطي: يقع الطلاق ولا رجوع بالمهر على أحد. وفي عتق العبد وجهان. إن عتق، فلا رجوع بقيمته وقال ابن كج: عندي يقع الطلاق ويحصل العتق، ويرجع المطلق على المعتق بمهر امرأته، والمعتق على المطلق بقيمة عبده.

فصل: النكاح الموقَّت باطل، سواء قيده بمدة مجهولة أو معلومة، وهو نكاح المتعة. وإذا وطىء في نكاح المتعة جاهلاً بفساده، فلا حدَّ. وإن علم، فلا حدّ أيضًا على المذهب. وحيث لا حدَّ، يجب المهر والعدة، ويثبت النسب.

ولو قال: نكحتها متعة، ولم يزد على هذا، حكى الحناطي في صحة النكاح وجهين.

قلت: الأصح، البطلان. والله أعلم.

الركن الثاني: المنكوحة، ويشترط خلوها من موانع النكاح. والكلام في الموانع مبسوط في مواضعها، لا سيما «باب الموانع»، فيقتصر هنا على عدٍّ تراجمها. فمن الموانع أن تكون منكوحة أو معتدة عن غيره، أو مطلقته بالثلاث ما لم تحلل، أو ملاعنته، أو مرتدة، أو مجوسية، أو وثنية، أو زنديقة، أو كتابية دخلت في دينهم بعد مبعث رسول الله ﷺ أو بعد تبديلهم على الأظهر، أو تكون أمةً والناكح حر واجدٌ طَوْلَ حرة، أو غير خائف عنتًا، أو يكون بعضها أو كلُّها ملكًا للناكح، أو تكون محرمًا له، أو خامسة، أو يكون في نكاحه أختُها

Marfat.com

وغيـرها ممن لا يجمع بينهـا و بينها، أو تكون مـحرِمة بحج أو عـمرة، أو ثيـبًا صغيرة، أو تكون يتيمة لا جَدَّ لها.

فصل: يشترط في كل واحد من الزوجين أن يكون معيَّنًا. فلو قال: زوَّجتك إحدى بنتـيَّ، أو زوجت بنتي أحدكمـا، أو أحد ابنيك، لم يصـح. ولو كان له بنت واحدة فقال: زوَّجتك بنتي، صح وإِن لم يسمِّها.

ولو كانت حاضـرة فقال: زوجتك هذه، أو كانت في الدار فـقال: زوجتك التي في الدار، وليس فيها غيرها، صح.

ولو كان له بنت واحدة، فقال: زوَّجتك بنتي فلانة، وسـماها بغير اسمها، صح النكاح على الأصح، لأن البنتية صـفة لازمة مميزة، فاعتـبرت ولغا الاسم، كما لو أشار إليها وسماها بغيـر اسمها، فإنه يصح قطعًا. وقد يمنع هذه الصورة القائل الآخر، والأصح الصحة فيهما، حتى لو قال: زوجتك هذا الغلام، وأشار إلى بنته، نقل الروياني عن الأصحاب صحة النكاح، تعويلاً على الإشارة.

ولو قـال: بعـتك داري هذه، وحـددها وغلط في حـدودها، صح البـيع، بخلاف مـا لو قال: بعـتك الدار التي في المحلة الفلانيـة، وحددها وغلط، لأن التعويل هنا على الإشارة.

ولو قال: بـعتك داري، ولم يقل: هذه، وحـددها وغلط، ولم يكن له دار سواها، وجب أن يصح تفريعًا على الأصح فـي قوله: زوجتك بنتي فلانة وغلط في اسمها.

وأما إذا كان اسم بنته (الواحدة) فاطمـة، فقال: زوَّجتك فاطمة، ولم يقل: بنتي، فـلا يصح النكاح لكثـرة الفواطم، لكـن (لو) نواها، صح. كذا قـال به العراقيون والبغوي، واعترض ابن الصباغ بأن الشهادة شرط، والشهود لا يطلعون على النية، وهذا قوي، ولهذا الأصل منعنا النكاح بالكنايات.

ولو كان له بنتان فصـاعدًا، اشترط تمييز المنكوحـة باسم أو إشارة أو صفة،

Marfat.com

كقـوله: فاطمة، أو هذه، أو الكبرى. قـال المكتفون بالنيـة: أو بأن ينويا واحدة بعينها وإن لم يَجْرِ لفظ مميز.

ولو قال: بنتي الكبـرى وسماها بأسم الصغـرى، صح النكاح على الكبرى على الوصف. ويجيء على قياس الوجه المذكور في الواحدة أن يبطل النكاح.

وإذا لم يتعـرض للكبر والصغـر، بل قال: زوَّجتك بنتي فـلانة، وذكر اسم الكبيرة وقصد تزويجه الصغـيرة، أو بالعكس، وقصد الزوج التي قصدها الولي، صح النكاح على التي قـصداها، ولـغت التسـميـة. وفي الاعتـماد على النيـة الإشكال السابق[1].

ولو قال الزوج: قصـدنا الكبيرة، فالنكاح في الظاهر منعقـد على الكبيرة. وإن صدَّق الوليّ في أنـه قصد الصـغيرة، لم يصح، لأنه قَـبِل غيـر ما أوجب، هكذا ذكره العراقيون والبغوي المعتبرون للنية، وهذا يخالف مسألة منقولة، وهي أن زيدًا خطب إلى قوم، وعمرًا إلى آخريـن، ثم جاء زيد إلى الآخرين، وعمرو إلى الأولين، وزوج كل فـريق من جاءه، قـال ابن القطان: وقـعت في أيام أبي السائب ببغداد، فأفتى الفقهاء بصحة النكاحين، ومعلوم أن كل ولي أوجب لغير من قَبِل.

قلت: ليست هذه المسألة مثلها، والفرق أظهر من أن يُذكَر.

ومن فروع المسألة، زوَّج رجل رجلاً إحدى بنتيه، فمات الأب، وادَّعت كلٌّ واحدة عليه أنهـا زوجته، أو ادعى هو على إحداهما، وسيـأتي بيانه إن شاء الله تعالى في الباب الثاني عشر. والله أعلم.

الركن الثـالث: الشهـادة، فلا ينعـقد النكاح إلاّ بحـضرة رجلين مـسلمين مكلفين حرين عدلين سميعين بصيرين مـتيقظين عارفين لسان المتعاقدين. وقيل:

---

(١) عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غيـر ذلك فهو باطل، فـإن تشاجروا، فـالسلطان ولي من لا ولي له» [حسن. أخرجه ابن حبان (٤٠٧٥) وغيره، وانظر إرواء الغليل (١٨٥٨)].

Marfat.com

يصح بالأعمـيين، وحكى أبو الحسن العبادي رحـمه الله وجهًا أنه ينعـقد بمن لا يعرف لسان المتعاقدين، لأنه ينقله إلى الحاكم.

وأما المغـفَّل الذي لا يضبط، فلا ينعـقد به، وينعقـد بمن يحفظ وينسى عن قريب.

وفي الأخرس وذي الحرفة الدنيَّة، والصباغ، والصائغ، وجهان.

وفي عـدُوَّي الزوجين أو أحـدهمـا، أوجـه. أصحـهـا عند البـغـوي وهو المنصوص في «الأم»: الانعقاد. والثالث: ينعقـد بعدوي أحدهما دون عدويَّهما، واختاره العراقيون. وفي ابنيهـما وابني أحدهما وابنه وابنها هذه الأوجه. وقيل: يختص الخلاف بهذه الصورة، وينعقد في العدوَّين قطعًا، لأن العداوة قد تزول.

وقيل: ينعقـد بابنيها وعدُوّيه دون ابنيـه وعدويّها، لأنه محـتاج إلى الإثبات دونها، ويجري الخلاف في جده وجدها، وأبيه مع جدها.

وأما أبوها، فولي عاقد، فلا يكون شاهداً.

ولو وكَّل، لم ينعقد بـحضوره، لأن الوكيل نائبه، وكـذا لو وكَّل غير الأب وحضر مع شاهد آخر، لم ينعقد. قالْ البغوي في «الفتاوى»: لو كان لها إخوة، فزوَّج أحدهم، وحضر آخران منهم شـاهدين، ففي صحة النكاح جوابان. وجه المنع: أن الشرع جعل المباشِر نائبًا عن الباقين فيما توجه عليهم.

قلت: الراجح منهـما، الصحـة. قال أصحـابنا: وينعقـد بحضـرة ابنيه مع ابنيها، أو عدوّيه مع عدوّيها بلا خلاف، لإمكان إثبات شِقَّته. والله أعلم.

فرع: ينعقد النكاح بشهادة المـستورين على الصحيح[1]. وقال الإصطخري: لا.

---

(١) اختلف العلمـاء في اشتراط الشـهادة لصحة النكـاح، فذهب إلى اشتراطهـا جمهـور العلماء ومنهم الأئمة الثـلاثة أبو حنيفة والشـافعي وأحمد، وهو قـول عمر وعلي وابن عـباس وسعيـد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخـعي وقتادة والثوري والأوزاعي، وذلك احتـياطًا للنسب وخوف الإنكار والخلاف.

وذهب الإمام مالك ورواية عن الإمـام أحمد اختارها شـيخ الإسلام إلى أنه إذا أعلن النكاح فلا =

Marfat.com

والمستور: من عـرفت عدالته ظاهراً، لا باطنًا. وقال البغـوي: لا ينعقد بمن لا تعرف عدالته ظاهراً، وهذا كأنه مصـور فيمن لا يعرف إسلامه، وإلا، فظاهر من حال المسلم الاحتراز من أسباب الفسق.

قلت: الحق، قول البـغوي، وأن مـراده من لا يعرف ظاهره بالعـدالة، وقد صرح البـغوي بهذا، وقـاله شيـخه القاضي حـسين، ونقله إبراهيم المروذي عن القاضي ولم يذكر غيره. والله أعلم.

ولا ينعقـد بمن لا يظهر إسلامه وحـريته، بأن يكون في موضع يختلـط فيه المسلمون بالكفار والأحرار بالعبيد ولا غالب. وتردد الشيخ أبو محمد في مستور الحرية، والصحيح الأول، بل لا يكتفى بظاهر الإسلام والحرية بالدار حتى يعرف حاله فيـهما باطنًا. هذا مقـتضى كلام البغـوي وغيره، وفرقوا بأن الحـرية يسهل الوقوف عليها، بخلاف العدالة والفسق.

ولو أخبر عدلٌ بفسق المستور، فهل يزول الستر فلا ينعقد بحضوره، وإن زال فيسلك به مسلك الرواية؟ أم يقال: هو شـهادة فلا يقدح إلاّ قول من يجرح عند القاضي؟ تردد فيهما الإمام.

قلت: لو ترافع الزوجان إلى حاكم، وأقرا بنكاح عقد بمسـتورين، واختصما في حق زوجته، كنفقة ونحـوها، حكم بينهما، ولا ينظر في حال الشاهدين إلاّ

= يشترط الشهادة. انتهى باختصار من [توضيح الأحكام من بلوغ المرام (٤/ ٣٧٥)].

ـ أما اشتراط العدالة في الشهود:

فجمهور العلماء على أنها شرط.

وقال الحنفية: العدالة ليست بشرط في الشهود، فيصح شهادة العدول وغير العدول من الفساق.

وقال الشيخ عبد الكريم زيدان:

والراجح اشتـراط العدالة الظاهرة في الشـاهد لورود الحديث الشـريف بعدالة الشاهد، ولـكن تقبل شهادة مـستور الحال وهو من لا يكون ظاهر الفسق باعـتبار عدالته الظاهرة لعـدم ظهور الفسق منه. ولكن تجوز شـهادة الفاسق في الـنكاح إذا تعذر وجود الشـاهد العدل لغلبة الـفسق على الناس، أو لجهل طرفي عقد النكاح بحال الشاهد، أو نحو ذلك من الأعذار المقبولة شرعًا.

[المفصل في أحكام المرأة ٦/ ١١٩، ١٢٠].

Marfat.com

أن يعلم فسقهما فلا يحكم. فإن جحد أحدهما النكاح، فأقام المدعي مستورين، لم يحكم بصحته ولا فساده، بل يتوقف حتى يعلم باطنهما، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره. والله أعلم.

فرع: لو بان الشاهد فاسقًا حال العقد، فالنكاح باطل على المذهب، كما لو بان كافرًا أو عبدًا، وإنما يتبين الفسق ببينة أو بتصادق الزوجين أنهما كانا فاسقين ولم نعلمهما، أو نسينا فسقهما.

فأما لو قالا: علمنا (فسقهما) حينئذٍ، أو علمه أحدنا، فقال الإمام: نتبين البطلان بلا خلاف، لأنهما لم يكونا مستورين عند الزوجين، وعليهما التعويل، ولا اعتبار بقول الشاهدين: كنا فاسقين يومئذٍ، كما لا اعتبار بقولهما: كنا فاسقين بعد الحكم بشهادتهما، وكذا لو تقارّ الزوجان أن النكاح وقع في الإحرام أو العدة أو الردة، نتبين بطلانه، ولا مهر إلاّ إذا كان دخل بها، فيجب مهر المثل. فلو نكحها بعد ذلك، ملك ثلاث طلقات. ولو اعترف الزوج بشيء من ذلك وأنكرت، لم يقبل قوله عليها في المهر، فيجب نصف المسمى إن كان قبل الدخول، وكله إن كان بعده، ويفرق بينهما بقوله. وفي سبيل هذا التفريق خلاف. قال أصحاب القفال: هو طلقة بائنة، فلو نكحها يومًا، عادت بطلقتين. قالوا: وهذا مأخوذ من نصّ الشافعي رضي الله عنه، أنه لو نكح أمة، ثم قال: نكحتها وأنا واجد طَوْلَ حرة، بانت بطلقة. وعن الشيخ أبي حامد والعراقيين: أنها فُرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق، كما لو أقر الزوج بالرضاع. وإلى هذا مال الإمام، والغزالي، وهؤلاء أنكروا نصه في مسألة الأمة، ولإنكاره وجه ظاهر، لأنه نص في «عيون المسائل» أنه إذا نكح أمة، ثم قال: نكحتها وأنا أجد طَوْلاً، فصدَّقه مولاها، فسخ النكاح بلا مهر، فإن كان دخل، فعليه مهر مثلها. وإن كذبه، فسخ النكاح بإقراره، ولم يصدَّق على المهر، دخل أم لم يدخل. هذا لفظه وهو يوافق قول العراقيين.

قلت: الأصح أو الصحيح، قول العراقيين. وحكى العراقيون وجهًا: أنه يقبل قوله في المهر، فلا يلزمه. وعلى هذا قالوا: إن كان اعترافه قبل الدخول،

Marfat.com

فلا شيء عليه. وإن كان بعده، فعليه أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل، ولا خلاف أنها إذا ماتت لا يرثها. وإن مات قبلها، فإن قلنا: القول قوله ولم يكن حلف، فيحلف وارثه: لا يعلمه تزوجها بشهادة عدلين، ولا إرث لها. وإن قلنا: القول قولها، حلفت أنه عقد بعدلين وورثت. ولو قالت: عقدنا بفاسقين، فقال: بل بعدلين. فأيهما يقبل؟ وجهان. الأصح: قوله. فإن مات، لم ترثه، وإن مات أو طلقها قبل الدخول، فلا مهر، لإنكارها، وبعد الدخول لها أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل. والله أعلم.

فرع: استنابة المستورين قبل العقد، احتياطٌ واستظهار، وتوبة المعلن بالفسق حينئذٍ، هل تلحقه بالمستور؟ فيه تردد للشيخ أبي محمد. والأصح: المنع. فإن ألحقنا فعاد إلى فجوره على قرب، قال الإمام: فالظاهر أن تلك التوبة تكون ساقطة، قال: وفيه احتمال.

فرع: الاحتياط، الإشهاد على رضا المرأة حيث يشترط رضاها، لكنه ليس بشرط في صحة النكاح.

قلت: ومن مسائل الفصل، أنه لا يشترط إحضار الشاهدين، بل إذا حضرا بأنفسهما، وسمعا الإيجاب والقبول، صح وإن لم يسمعا الصداق. ولو عقد بشهادة خنثيين، ثم بانا رجلين، قال القاضي أبو الفتوح: احتمل أن يكون في انعقاده وجهان بناءً على ما لو صلَّى رجل خلفه فبان رجلاً. هذا كلامه. والانعقاد هنا هو الأصح، لأن عدم جزم النية يؤثر في الصلاة. والله أعلم.

الركن الرابع: العاقدان، وهما الموجب، والقابل. فالقابل: هو الزوج ومن ينوب عنه. والموجب: هو الولي[1] أو وكيله، ولا تصح عبارة المرأة في النكاح

---

(١) وذلك لعموم الأدلة ومنها:

- عن أبي موسى أن النبي ﷺ قال:

«لا نكاح إلا بولي» [صحيح. أخرجه أبو داود (٢٠٢٥)، والترمذي (١١٠١)، وابن ماجه (١٨٨١)، وغيرهم.

- وعن عائشة رضي الله عنها: أن رسول الله ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليِّها فنكاحها باطل. =

إيجابًا وقبولاً. فلا تزوج نفسها بإذن الولي ولا بغير إذنه، ولا غيرها، لا بولاية ولا وكالة،(ولا يقبل النكاح لا بولاية ولا وكالة). ولو وكل بنته بأن توكل رجلاً بتزويجها، فوكلت، نظر، إن قال: وكلي عن نفسك، لم يصح. وإن قال: وكلي عني، أو أطلق، فوجهان.

فرع: روى يونس بن عبد الأعلى، أن الشافعي رضي الله عنه قال: إذا كان في الرفقة امرأة لا وليَّ لها، فولَّت أمرها رجلاً حتى يزوجها، جاز، وليس هذا قولاً في صحة النكاح بلا ولي، لأن أبا عاصم العبادي حكى هذا النص في طبقات الفقهاء، ثم ذكر أن من أصحابنا من أنكره، ومنهم من قبله، وقال: إنه تحكيم، والمحكَّم قام مقام الحاكم.

قلت: ذكر صاحب «الحاوي» فيما إذا كانت امرأة في موضع ليس فيه ولي ولا حاكم، ثلاثة أوجه. أحدها: لا تزوج. والثاني: تزوج نفسها للضرورة. والثالث: تولِّي أمرها رجلاً يزوجها. وحكى الشاشي أن صاحب «المهذب» كان يقول في هذا: تحكِّم فقيهًا مجتهداً، وهذا الذي ذكره في التحكيم صحيح بناءً على الأظهر في جوازه في النكاح، ولكن شرط الحكم أن يكون صالحًا للقضاء، وهذا يعتبر في مثل هذه الحال. فالذي نختاره، صحة النكاح إذا ولت أمرها

= فنكاحها باطل. فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له» [صحيح. أخرجه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠٢)، وغيرهما. وراجع الإرواء (١٨٤٠)].

- قال الإمام الترمذي - رحمه الله تعالى -:

والعمل في هذا الباب على حديث النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بولي» عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس، وأبو هريرة وغيرهم.

- وهكذا روى عن بعض فقهاء التابعين أنهم قالوا: لا نكاح إلا بولي. منهم سعيد بن المسيب، والحسن البصري وشريح وإبراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز وغيرهم.

- وبهذا يقول سفيان الثوري والأوزاعي وعبد الله بن المبارك ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق. انتهى.

قلت: ذهب أبو حنيفة وأتباعه إلى أن الولي لا يشترط. ولكن رأى الجمهور مقدم على هذا لعموم الأدلة.

Marfat.com

عدلاً وإن لم يكن مجتهـداً، وهو ظاهر نصه الذي نقله يونس، وهو ثقة. والله أعلم.

فرع: إذا وطىء في نكاح بلا ولي، وجب مـهر المثل، ولا حدَّ سـواء صدر ممن يعتقد تحـريمه أو إباحته باجتهاد أو تقليـد أو حسبان مجرد، لشبـهة اختلاف العلمـاء، ولكن معتـقد التـحريم يعـزَّر. وقال الإصطخري وأبو بكـر الفارسي والصيرفي: يحدُّ مـعتقد التحريم، ولا مهـر، وهو ضعيف. ولو رفع النكاح بلا ولي إلى قاضٍ يصحـحه، فحكم بصحته، ثم رفـع إلينا، لم ننقض قضاءه على الصحيح وقال الإصطخري: ننقـضه، ولو طلق فيه، لم يقع، فلو طلق ثلاثًا، لم يفتقر إلى محلل. وقال أبو إسحاق: يقع ويفتقر إلى محلِّل احتياطًا للإبضاع، وهذا كوجهين ذكرهمـا أبو الحسن العبادي عن القفال، أنهـا إذا زوجت نفسها، هل للولي أن يزوجـها قبل تفـريق القاضي بينهـما؟ قـال: وبالمنع أجاب القـفال الشاشي، لأنها في حكم الفراش، وهو تخريج ابن سريج.

فرع: إذا أقرت حرة مكلَّفة بالنكاح، فقـولان. الجديد الأظهر: يقبل إقرارها مع تصديـق الزوج بلا بيّنة، لأن النكاح حقـهما، فـثبت بتـصادقهـما، كـالبيع وغـيـره، ولا فـرق على هذا بين البكر والثـيب، ولا بين الـغريـبين والبلديين. والقديم: أنهـما إن كانا غـريبين، ثبت النكاح، وإلاّ، طولبا بالبـينة، لسهولتـها عليهـما، وللاحتـياط، فعلى الجـديد: هل يكفي إِطلاق الإقرار، أم يشـترط أن يفصّل فيقول: زوَّجني به وليي بحضرة شاهدين عدلين ورضاي؟ إِن كانت معتبرة الرضا، وجهان. أصـحهما: الثاني. ثم إذا أقرت وكذبهـا الولي، فثلاثة أوجه. أصحها: يحكم بقولها، لأنها تقرُّ على نفسها، قاله ابن الحداد والشيخ أبو علي. والثاني: لا، لأنها كالمقرة على الولي، قاله القفـال، والثالث: يفرق بين العفيفة والفاسقة، قاله القاضي حسين.

ولا فرق في هذا الخـلاف بين أن تفصِّل الإقرار وتضـيف التزويج إلى الولي فيكذِّبها، وبين أن تطلق إذا قبلنا الإقـرار المطلق فقال الولي: لا ولي لك غيري، وما زوَّجتك. ويجري الخلاف أيضًا في تكذيب الشاهدين إذا كانت قد عينتهما.

Marfat.com

والأصح: أنه لا يقدح تكذيبهما، لاحتمال النسيان والكذب. فإن قلنا: تكذيب الولي يمنع قبول إقرارها، فكان غائبًا، لم ينتظر حضوره، بل تسلَّم إلى الزوج في الحال للضرورة، فإن عاد وكذبها، فهل يحال بينهما لزوال الضرورة، أم يستدام؟ وجهان، رجح الغزالي الأول، وغيرُه الثاني.

وإذا قلنا بالقديم، فجرى الإقرار في الغربة، ثم رجعا إلى الوطن، ففي الحوالةِ بينهما الوجهان. قال الإمام: ولا شك أنه لو قضى قاضٍ بالإقرار، لم ينقض.

فرع: أقر الولي بإنكاحها، إن كان له إنشاء النكاح المقر به عند الإقرار بغير رضاها، قبل إقراره، لقدرته على الإنشاء. وحكى الحناطي وجهًا أنه لا يقبل حتى توافقه البالغة. والصحيح الأول. وإن لم يكن له الإنشاء بغير رضاها، لكونه غير مجبر، أو الحال غير حال الإجبار، أو الزوج ليس بكُفءٍ، لم يقبل إقراره. ولو قال وهي ثيب: كنت زوجتها في بكارتها، لم يقبل، واعتبر وقت الإقرار، كذا أطلقه الإمام، وهو الظاهر. ويمكن جعله على الخلاف فيما لو أقر مريض لوارثه بهبة في الصحة.

فرع: أقرت لزوج، وأقر وليها المقبول إقراره لآخر، فهل المقبول إقراره، أم إقرارها؟ فيه وجهان حكاهما أبو الحسن العبادي والحليمي عن القفال الشاشي والأودني.

فرع: قال الخاطب لولي المرأة: زوَّجت نفسي بنتك، فقبل، قال المتولي: يبنى انعقاد النكاح على أن كل واحد من الزوجين معقود عليه لأن بقاءهما شرط لبقاء العقد كالعوضين في البيع، أم المعقود عليه المرأة فقط لأن العوض من جهته المهر لا نفسه، ولأنه لا حجر عليه في نكاح غيرها معها؟ فيه خلاف. فعلى الثاني: لا ينعقد. وعلى الأول: وجهان. قال أبو عاصم وأبو سهل الأبيوردي: ينعقد كما لو أضاف إليها، ومنعه القاضي حسين، لأنه غير معهود.

❑❑❑

Marfat.com

الباب الرابع

في بيان الأولياء وأحكامهم

وفيه ثمانية أطراف.

الطرف الأول: في أسباب الولاية، وهي أربعة.

السبب الأول: الأبوة، وفي معناها الجدودة، وهي أقوى الأسباب، لكمال الشفقة، فللأب تزويج البكر الصغيرة والكبيرة بغير إذنها، ويستحب استئذان البالغة. ولو أجبرها، صح النكاح. فلو كان بين الأب وبينها عداوة ظاهرة، قال ابن كج: ليس له إجبارها، وكذا نقله الحناطي عن ابن المرزبان، قال: ويحتمل جوازه. فأما الثيب، فلا يزوجها الأب إلاّ بإذنها في حال البلوغ[1]، والجد كالأب في كل هذا، وحكى الحناطي قولاً: أن الجد لا يجبر البكر البالغة، واختاره ابن القاص وأبو الطيب بن سلمة، والمشهور الأول.

وسواء حصلت الثيوبة بوطءٍ محترم أو زنًا. وحكي عن القديم: أن المصابة بالزنا كالبكر. والمذهب الأول، ولو زالت بكارتها بسقطة، أو أصبع، أو حدّة الطمث، أو طول التعنيس، أو وطئت في دبرها، فبكر على الصحيح.

ولو وطئت مجنونةً، أو مكرهة، أو نائمة، فثيِّب على الصحيح. ولو خطب البكر رجلٌ، فمنعها أبوها، فذهبت وزوجت نفسها به، ثم زوجها الأب غيره بغير إذنها، إن كان الأول لم يطأها، صح تزويج الأب، وإلا، فلا، لأنها ثيب بوطء شبهة.

قلت: إنما يصح تزويج الأب، إذا لم يكن حكم بصحة نكاحها بنفسها حنفي ونحوه. والله أعلم.

---

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تنكح الأيِّم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن» قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها قال: «أن تسكت» [صحيح البخاري (٥١٣٦)، وصحيح مسلم (١٤١٩)].

Marfat.com

فرع: إذا التمست البكر البالغة التزويج وقد خطبها كفءٌ، لزم الأب والجد إجابتها، فإن امتنع، زوّجها السلطان. وفي وجه: لا تلزمه الإجابة، ولا يأثم بالامتناع، لأن الغرض يحصل بتزويج السلطان، وهو ضعيف. ولو التمست صغيرةٌ بلغت إمكان الشهوة، قال بعضهم: لزمه إجابتها.

قلت: هذا ضعيف. والله أعلم.

فرع: عينت كفئًا، وأراد الأب تزويجها بكفءٍ آخر، كان له ذلك على الأصح.

قلت: قال الشافعي رضي الله عنه: استحب للأب أن لا يزوِّج البكر حتى تبلغ ويستأذنها. قال الصيمري: فإن قاربت البلوغ، وأراد تزويجها، استحب أن يرسل إليها ثقات ينظرن ما في نفسها.

قال الصيمري: ولو خلقت المرأة بلا بكارة، فهي بكر. ولو ادعت البكارة أو الثيوبة، فقطع الصيمري وصاحب «الحاوي»: بأن القول قولها، ولا يكشف حالها، لأنها أعلم.

قال صاحب «الحاوي»: ولا تسأل عن الوطء، ولا يشترط أن يكون لها زوج. قال الشاشي: وفي هذا نظر، لأنها ربما أذهبت بكارتها بأصبعها، فله أن يسألها. فإن اتهمها، حلّفها. والله أعلم.

السبب الثاني: عصوبة من على حاشية النسب، كالأخ والعم وبنيهما، فلا تزوج بها الصغيرة بكرًا كانت أو ثيبًا.

وأما البالغة، فإن كانت ثيبًا، فلهم تزويجها بإذنها الصريح. وإن زوجت بغير رضاها، لم ينعقد. وإن كانت بكرًا، فلهم تزويجها إذا استأذنوها. وهل يكفي سكوتها، أم يشترط صريح نطقها؟ وجهان. أصحهما: الأول. وحكي وجه: أنه لا حاجة للاستئذان أصلاً، بل إذا عقد بين يديها ولم تنكر، كان رضًا. والصحيح الاشتراط. وإذا اكتفينا بالسكوت، حصل الرضا، ضحكت، أم بكت، إلا إذا بكت مع الصياح وضرب الخد، فلا يكون رضا.

Marfat.com

وإذا أراد الأب تزويج البكر بغيـر كفءٍ، فاستأذنهـا، فهل يكفي السكوت؟ فيه الوجهان.

قلت: ونقل الرافعي في آخر «كتاب النكاح» عن فتاوى القاضي حسين الجزم بصحة النـكاح إذا استأذنها ولي في تزويجـها بغير كفءٍ فسكـتت. قال صاحب «البيان»: قال أصحابنا المتأخرون: إذا استأذن الوليُّ البكرَ في أن يزوجها بغير نقد البلد، أو بأقل من مهر المثل، لم يكن سكوتها إذنًا في ذلك. والله أعلم.

فرع: قال: أزوجكِ بشخص؟ فسكتت، قال بعض المتأخرين: الأليق بمذهبنا أنه لا يكون رضا، لأن الرضا بالمجهول لا يتصور.

ولك أن تقول: هذا يخرَّج على أنه يشترط تعيين الزوج في الإذن. والأصح أنه ليس بشرط، فلا يضر الجهل إذا اكتفينا بالسكوت.

قلت: هذا الذي أورده الرافعي، هو الصواب. والله أعلم.

فرع: قـال: أيجوز أن أزوجكِ؟ فـقـالت: لم لا يجوز؟ أو قـال: أتأذنين؟ فقالت: لم لا آذن؟ حكـى بعضهم: أنه ليس بإذن، ولك أن تقول: هذا مـشعر برضاها، فهو أولى من سكوتها.

قلت: المختار أنه إذن. والله أعلم.

فرع: قالت: وكلتك بتـزويجي، فالذي لقيناهم من الأئمـة لا يعدُّونه إذنًا، لأن توكيل المرأة في النكاح باطل، لكن المسألة غيـر مسطورة، ويجوز أن يعتدّ به إذنًا، كما إذا فسدت الوكالة، نفذ التصرف بالإذن.

قلت: هذا عجب مـن الإمام الرافعي، والمسـألة منصوصـة للشافـعي. قال صاحب «البيان»: يجوز للمرأة أن تأذن لوليـها غير المجبر بلفظ (الإذن)، ويجوز بلفظ الوكالة، نص عليه الشافعي رحمه الله، لأن المعـنى فيهما واحد، فهذا هو الصواب نقلاً ودليلاً. ولو أذنت له، ثم رجعت، لم يصح تزويجها، كالموكل إذا عزل الوكيل، فإن زوجـها الولي بعد العزل قبل العلم، ففي صحـته وجهان بناءً على بيع الوكيل. والله أعلم.

Marfat.com

فرع: في «فتاوى» البغوي: أن التي يعتبر إذنها في تزويجها إذا قالت لوليها وهي في نكاح أو عدة: أذنتُ لك في تزويجي إذا فارقني زوجي أو انقضت عدتي، فينبغي أن يصح الإذن، كما لو قال الولي للوكيل: زوِّج بنتي إذا فارقها زوجها أو انقضت عدتها. وفي هذا التوكيل وجه ضعيف: أنه لا يصح، وقد سبق في الوكالة. وفيها أنه لو قيل للبكر: رضيتِ بما تفعله أمك؟ وهي تعرف أنهم يعنون النكاح، فقالت: رضيتُ، لم يكن إذنًا، لأن الأم لا تعقد، بخلاف ما لو قالت: رضيت بما يفعل الولي. ولو قالت: رضيت بالتزويج بمن تختاره أمي، جاز.

ولو قالت: رضيتُ إن رضيت أمي، لا يجوز. ولو قالت: رضيت إن رضي وليي. فإن أرادت التعليق، لم يجز. وإن أرادت: إني رضيت بما يفعله الولي، كان إذنًا. وفيها: لو أذنت في التزويج بألف، ثم قيل لها عند العقد: بخمسمائة، فسكتت وهي بكر، كان سكوتها إذنًا في تزويجها بخمسمائة. ولو قيل ذلك لأمها وهي حاضرة، فسكتت، لم يكن إذنًا.

السبب الثالث: الإعتاق، فالمعتق وعصبته يزوجون كالأخ.

السبب الرابع: السلطنة، فيزوج السلطان بالولاية العامة البوالغ بإذنهن، ولا يزوج الصغار. ثم السلطان يزوج في مواضع.

أحدها: عدم الولي الخاص.

الثاني: عند غيبته.

الثالث: عند إرادته تزوجها لنفسه.

الرابع: عَضْلُه، فإذا عضلها وليها بقرابة أو إعتاق، واحداً كان، أو جماعة مستوين، زوجها السلطان. وهل تزويجه في هذا الحال بالولاية، أم النيابة عن الولي؟ وجهان حكاهما الإمام فيه وفي جميع صور تزويج السلطان مع وجود أهلية الولي الخاص. ثم إنما يحصل العضل إذا دعت البالغة العاقلة إلى تزويجها بكفءٍ فامتنع.

Marfat.com

فأما إذا دعت إلى غير كفءٍ، فله الامتناع، ولا يكون عضلاً. وإذا حصلت الكفاءة، فليس له الامتناع لنقصان المهر، لأنه محض حقها. ولا بد من ثبوت العضل عند الحاكم ليزوِّجها. قال البغوي: ولا يتحقق العضل حتى يمتنع بين يدي القاضي، وذلك بأن يحضر الخاطب والمرأة والولي، ويأمره القاضي بالتزويج فيقول: لا أفعل، أو يسكت، فحينئذٍ يزوجها القاضي. وكان هذا فيما إذا تيسر إحضاره عند القاضي. فأما إذا تعذر بتعزُّز أو توارٍ، فيجب أن يجوز الإثبات بالبينة كسائر الحقوق. وفي تعليق الشيخ أبي حامد ما يدل عليه، وعند الحضور لا معنى للبيّنة، فإنه إن زوج، وإلا فعضل.

فرع: سيأتي خلاف في أن السيد يزوج أمته بالملك، أم بالولاية؟ إن قلنا: بالولاية، صارت الأسباب خمسة.

الطرف الثاني: في ترتيب الأولياء، فتقدم جهة القرابة، ثم الولاء، ثم السلطنة. ويقدم من القرابة الأب، ثم أبوه، ثم أبوه، إلى حيث ينتهي، ثم الأخ من الأبوين، أو من الأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم العم من الأبوين، أو من الأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم سائر العصبات. والترتيب في التزويج، كالترتيب في الإرث، إلا في مسائل.

إحداها: الجد يقدم على الأخ هنا.

المسألة الثانية: الأخ للأبوين يقدم على الأخ للأب في الإرث، وهنا قولان. أظهرهما وهو الجديد: يقدم أيضًا. والقديم: يستويان، ويجري القولان في ابني الأخ والعمين وابني العم إذا كان أحدهما من الأبوين والآخر من الأب. ولو كان ابنا عم أحدهما أخوها من الأم، أو ابنا ابن عم أحدهما ابنها، فقال الإمام: هما سواء. وطرد الجمهور القولين وقالوا: الجديد: يقدم الأخ والابن.

ولو كان ابنا عم أحدهما من الأبوين، والآخر من الأب، لكنه أخوها من الأم، فالثاني هو الولي، لأنه يدلي بالجد والأم، والأول بالجد والجدة.

ولو كان ابنا ابن عم أحدهما ابنها، والآخر أخوها من الأم، فالابن هو المقدم، لأنه أقرب. ولو كان ابنا معتق أحدهما ابنها، فهو المقدم، وبه قال ابن

Marfat.com

الحداد، لكنه ذكر في التفريع أنه لو أراد المعتق نكاح عتيقته وله ابن منها وابن من غيرها لأنها تستحق الحرية بسببه، زوجه ابنه منها دون ابنه من غيرها، وهذا غلط عند جمهور الأصحاب، لأن ابن المعتق لا يزوِّج في حياة المعتق، وإنما يزوِّجه السلطان، وإنما يزوج ابن المعتق بعد موته. وهذا كله على الجديد. وأما على القديم، فيسوَّى بينهما في الصور.

قلت: ولو كان ابنا عم أحدهما معتق، فعلى القولين، أو ابنا عم أحدهما خال، فهما سواء بلا خلاف. والله أعلم.

(المسألة) الثالثة: الابن لا يزوِّج بالبنوة، فإن شاركها في نسب كابن هو ابن ابن عمها، فله الولاية بذلك. وكذا إن كان معتقًا أو قاضيًا، أو تولدت قرابة من أنكحة المجوس، أو وطء الشبهة، بأن كان ابنها أخاها، أو ابن أخيها، أو ابن عمها، ولا تمنعه البنوة التزويج بالجهة الأخرى.

فصل: وأما الولاء، فمن لا عصبة لها بنسب، وعليها ولاء، فينظر، إن أعتقها رجل، فولاية تزويجها له. فإن لم يكن بصفة الولاية، فلعصباته، ثم لمعتقه، ثم لعصبات معتقه، وهكذا على ترتيبهم في الإرث. وترتيب عصبات المعتق في التزويج، كترتيب عصبات النسب، إلا في ثلاث مسائل.

إحداها: جدّها أولى من أخيها، وفي جد المعتق وأخيه قولان كإرثهما بالولاء. أظهرهما: تقديم الأخ. والثاني: يستويان. ولو اجتمع جد المعتق وابن أخيه، فإن قدمنا الأخ على الجد، قدمنا ابنه، وإلا فيقدم الجد. وقد حكينا في الإرث تفريعًا على هذا القول وجهًا أنهما يستويان، فيجوز أن يطرد هنا.

(المسألة) الثانية: ابن المرأة لا يزوجها، وابن المعتق يزوج، ويقدم على أبيه، لأن التعصيب له.

(المسألة) الثالثة: إذا اجتمع أخو المعتق لأبويه وأخوه لأبيه، فالمذهب القطع بتقديم الأخ للأبوين. وقيل بطرد القولين كالنسب. وقيل: يستويان قطعًا. أما إذا كان المعتق امرأة، فلا ولاية لها، لعدم أهليتها، فإن كانت حية، فوجهان.

Marfat.com

أحدهما قاله صاحب «التلخيص»: يزوجـها السلطان. والصحيح أنه يزوجها من يزوج معتقهـا، فيزوجها أبو المعتقة ثم جـدها على ترتيب الأولياء، ولا يزوجها ابن المعتقة، ويشترط في تزويجها رضاها، ولا يشترط رضا المعتقة على الأصح، إذ لا ولاية لها. وقـيل: يشتـرط، فإن عضلت، ناب السلطـان عنها في الإذن، ويزوج الولي.

فإن كانت المعـتقة ميـتة، زوجها من له الولاء من عـصبات المعتـقة، ويقدم الابن على الأب. وتعود الصور المذكـورة في مفارقتهم عصبـات النسب فيما إذا كان المعـتق رجلاً. وحكي وجه: أن الأب يقدم عـلى الابن بعد موت المعتـقة، ووجه: أن الابن يقدم على الأب في حياتها، وهما شاذان.

فرع: متى اجتمع عدد من عصبـات المعتق في درجة، كالبنين والأخوة، فهم كالأخـوة في النسب. فـإذا زوجها أحـدهم برضاهـا، صح، ولا يشتـرط رضا الآخرين. ولو أعتق الأمـة اثنان، اشترط رضاهما، فيوكـلان، أو يوكل أحدهما الآخر، أو يباشران العقد معًا.

ولو أراد أحد المعتقين أن يتزوجها، اشترط موافقة السلطان للآخر.

ولو مات أحدهما عن ابنين أو أخوين، كفى موافقة أحدهما للمعتق الآخر. ولو مات كل منهـما عن ابنين، كفى مـوافقة أحـد ابني هذا أحد ابني ذاك. ولو مات أحدهما ووارثه الآخر، استقل بتزويجها.

فرع: كان المعتق خنثى مشكلاً، ينبـغي أن يزوجها أبوه بإذنه، فيكون وليًّا أو وكيلاً إن كان الخنثى ذكرًا.

فصل: فيمن بعـضها حر، خمسـة أوجه. أصحها: يزوجهـا مالك البعض ومعه وليهـا القريب. فإن لم يكن، فمعتق بعضـها، وإلا، فالسلطان. والثاني: يكون مـعه مـعتق البـعض. والثالث: مـعه السلطان. والرابع: يسـتقل مـالك البعض. والخامس: لا يجوز تزويجها أصلاً، لضعف الملك والولاية بالتبعيض.

الطرف الثالث: في موانع الولاية، وهي خمسة.

Marfat.com

(المانع)الأول: الرق، فلا ولاية لرقيق، ويجوز أن يتوكل لغيره في قبول النكاح بإذن سيده قطعًا، وبغير إذنه على الأصح، ولا يصح توكيله في الإيجاب على الأصح عند الجمهور. وقد سبق هذا في الوكالة.

(المانع) الثاني: ما يسلب النظر والبحث عن حال الزوج.

وفيه صور ست.

إِحداها: الصبّا والجنون المطبق يمنعان الولاية وينقلانها إلى الأبعد.

وفي الجنون المنقطع وجهان. أصحهما: أنه كالمطبق، ويزوجها الأبعد يوم جنونه، لبطلان أهليته. والثاني: لا يزيل ولايته كالإغماء، فعلى هذا ينتظر حتى يفيق على الصحيح. وقيل: يزوجها الحاكم كالغيبة، والخلاف، جارٍ في الثيب المنقطع جنونها. فعلى رأي: تزوج في حال جنونها. وعلى رأي: ينتظر إفاقتها لتأذن. ولو وكل هذا الولي في إِفاقته، اشترط عقد وكيله قبل عود الجنون، وكذا إذا أذنت الثيب، يشترط تقدم العقد على عود الجنون. قال الإمام: وإذا قصرت نوبة الإفاقة جدًّا، لم تكن الحال حال تقطع، لأن السكون اليسير لا بدّ منه مع إطباق الجنون.

ولو أفاق، وبقيت آثار خبل يحمل مثلها ممن لا يعتريه الجنون على حدّة في الخُلق، فهل تعود ولايته، أم يستدام حكم الجنون إِلى أن يصفو من الخبل؟ فيه وجهان.

قلت: لعل الثاني أصح. والله أعلم.

الصورة الثانية: اختلال النظر لهرم أو خبل جِبِلِّي أو عارض، يمنع الولاية وينقلها إلى الأبعد، والحجر بالفلس لا يمنعها، وبالسفه يمنعها على المذهب. وقيل: وجهان.

قلت: وحكى الشاشي في المفلس وجهًا. والله أعلم.

الصورة الثالثة: الإغماء الذي لا يدوم غالبًا، فهو كالنوم، ينتظر إفاقته، ولا يزوج غيره. وإن كان مما يدوم يومًا أو يومين فأكثر، فوجهان. أجدهما: نقل

Marfat.com

الولاية إلى الأبعد كالجنون. وأصحهما: المنع. فعلى هذا، قال البغوي وغيره: تنتظر إفاقته كالنائم. وقال الإمام: ينبغي أن تعتبر مدته بالسفر. فإن كانت مدة يعتبر فيها إذن الولي الغائب، وقطع المسافة ذهابًا ورجوعًا، انتظرت إفاقته، وإلاّ، فيزوج الحاكم، ويرجع في معرفة مدته إلى أهل الخبرة.

الصورة الرابعة: السكران الذي سقط تمييزه بالكلية كلامه لغو. فإن بقي له تمييز ونظر، فالمذهب أنه لا يزوج، وتنتظر إفاقته.

الصورة الخامسة: الأسقام والآلام الشاغلة عن النظر ومعرفة المصلحة، تمنع الولاية وتنقلها إلى الأبعد، نص عليه، وأخذ به الأصحاب.

(الصورة) السادسة: للأعمى أن يتزوج قطعًا، وله أن يزوج على الأصح. ويجري الخلاف في ولاية الأخرس الذي له كتابة أو إشارة مفهمة. وقيل: يزوِّج قطعًا. فإن لم تكن مفهمة، فلا ولاية له.

المانع الثالث: الفسق فيه سبع طرق. أشهرها: في ولاية الفاسق قولان، وقيل بالمنع قطعًا. وقيل: يلي قطعًا. وقيل: يلي المجبر فقط. وقيل: عكسه، لأنه لا يستَقِلّ. وقيل: يلي غير الفاسق بشرب الخمر. وقيل: يلي المستتر بفسقه دون المعلن. وأما الراجح، فالظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه: منع ولاية الفاسق، وأفتى أكثر المتأخرين بأنه يلي، لا سيما الخراسانيون، واختاره الروياني.

قلت: الذي رجحه الرافعي في «المحرر»: منع ولايته. واستفتي الغزالي فيه فقال: إن كان بحيث لو سلبناه الولاية لانتقلت إلى حاكم يرتكب ما يفسقه، وُلِّيَ، وإلا، فلا. وهذا الذي قاله حسن، وينبغي أن يكون العمل به. والله أعلم.

فرع: قال القاضي حسين والشيخ أبو علي وغيرهما: ولاية الفاسق لمال ولده على الخلاف في ولاية النكاح بلا فرق. وقطع غيرهم بالمنع، وهو المذهب.

فرع: سبق أن الإمام الأعظم لا ينعزل بالفسق على الصحيح، وحينئذٍ في تزويجه بناته وبنات غيره بالولاية العامة وجهان، تفريعًا على أن الفاسق لا يلي.

Marfat.com

أحدهما: المنع كـغيره، ويزوجهن مَن دونه من الولاة والحكام. وأصحـهما: أنه يزوج، تفخيمًا لشأنه، ولهذا لم يحكم بانعزاله.

فرع: إِذا تاب الفاسق، قـال البغوي في هذا الباب: له التـزويج في الحال، ولا يشترط مضي مـدة الاستبراء. والقياس الظاهر وهو المـذكور في الشهادات: اعتبار الاستبراء، لعود الولاية حيث يعـتبر لقبول الشهادة، وسنفصِّله إن شاء الله تعالى.

فرع: للفاسق أن يتزوج لنفسـه على المذهب، وبه قطع الجمهور. وفي تعليق الشيخ ملكـداذ القزويني، عن القاضي أبي سـعد وجه: أنه لـيس له التزويج إذا قلنا: لا يلي.

فرع: إذا قلنا: الفـاسق لا يلي، فالولاية للأبعـد على الصحـيح، وبه قطع الجمهور. وحكى الحناطي وجهًا: أنـها للسلطان. ثم الفسق إنما يتحقق بارتكاب كبـيرة، أو إصرار على صـغيـرة، وليس العضل من الكبائـر، وإِنما يفسَّق به إذا عضل مرات أقلها ـ فيما حكى بعضهم ـ ثلاث، وحينئذٍ فالولاية للأبعد.

فرع: إذا قلنا: الفاسق لا يلي، ففي أصحاب الحِرَف الدنيَّة وجهان.

قلت: المذهب القطع بثبوت ولايتهم، قاله البغوي وغيره. والله أعلم.

المانع الرابع: اختلاف الدِّين، فـلا يزوِّج المسلمةَ قريبُها الكافـر، بل يزوِّجها الأبعد من أولياء النسب أو الولاء، وإِلاّ، فالسلطان.

ولا يزوِّج الكافرة قريبـها المسلم، بل يزوِّجها الأبعـد الكافر. فإن لم يكن، زوَّجهـا قاضي المسلمين بالولايـة العامة، فـإن لم يكن هناك قاضٍ للمـسلمين، فحكى الإمام عن إشارة صاحب «التقريب»: أنه يـجوز للمسلم قبول نكاحها من قاضيهم. والمذهب المنع.

وهل يزوِّج اليهوديُّ النصرانية؟ يمكن أن يلحق بالإرث، ويمكن أن يمنع.

ثم الكافر إنما يلي تزويج قريبته الكافـرة إذا كان لا يرتكب محرّمًا في دينه، فإن ارتكبه، فتزويجه إياها كـتزويج المسلم الفاسق بنته. وعن الحليمي أن الكافر

Marfat.com

لا يلي التزويج، وأن المسلم إذا أراد تزوج ذمية، زوجـه بها القاضي. والصحيح أنه يلي.

فرع: في «فتاوى» البغوي: أنه يجوز أن يوكل نصرانيًّا أو مجوسيًّا في قبول نكاح نصرانية، ولا يجوز في قبول نكاح مسلمة، ويجوز توكيل النصراني مسلمًا في قبول نكاح نصرانية، ولا يجوز في قبول نكاح مجوسية، لأن المسلم لا يجوز له نكاحها (بحال)، بخلاف توكيل المعسر موسرًا في تزويج أمة، فإنه جائز، لأنه يستبيحها في الجملة.

فرع: المرتد لا ولاية له على مسلمة ولا مرتدة ولا غيرها من الكافرات.

قلت: لا يزوِّج مسلم كافرة إلا السلـطان والسيد على الأصح وإذا زوَّج أمة موليتـه، ولا يزوج كافر مسلمـة إلاَّ أمته (وأم) ولده على وجه، قـاله الفوراني. والله أعلم.

المانع الخامس: الإحرام. فإحرام أحـد العاقدين أو المرأة يمنع انعقاد النكاح. وقيل: إن كان العاقد الإمام أو القاضي، فله التزويج، لقوة ولايتهما. والصحيح المنع.

وفي تأثيـر الإحرام وجهـان. أحدهمـا: سلب الولاية ونقلها إلـى الأبعد، كالجنون. وأصحهما: أنه مجرد الامتناع دون زوال الولاية، لبقاء الرشد والنظر، فعلى هذا، يزوجـها السلطان كمـا لو غاب. وسواء الإحرام بالحج أو العـمرة، والصـحيح والفـاسد، (وقـيل: لا يمنع الفـاسد)، وينعـقد بشـهادة المُحـرِم على الصحيح، وخالف الإصطخري. وتصح الرجعة في الإحرام على الأصح.

ومن فاته الحج، هل يصـح نكاحه قبل التـحلل بعمل عمـرة؟ فيه وجـهان حكاهما الحناطي.

قلت: الصحيح المنع، لأنه محرم. والله أعلم.

فرع: إذا وكل حلال حلالاً في التزويج، ثم أحـرم أحدهما، أو المرأة، ففي انعزال الوكـيل وجهـان. أصحهـما: لا ينعـزل، فيـزوج بعد التحلل بـالوكالة

السابقـة، وليس للوكيل الحلال أن يزوج قـبل تحلل الموكل. هذا هو المعروف في المذهب، ونقل الغـزالي في «الوجـيز» فـيه وجـهًـا، ولم أره لغيـره ولا له في «الوسيط».

ولو وكله في حال إحـرام الوكيل أو الموكل أو المرأة، نظر، إن وكله ليعـقد في الإحـرام، لم يصح. وإن قال: لتـزوج بعد التـحلل، أو أطلق، صح، لأن الإحرام يمنع الانعقاد دون الإذن. ومن ألحق الإحرام بالجنون، لم يصححه.

ولو قال: إذا حـصل التحلل فقد وكلتك، فـهذا تعليق للوكالة، وقـد سبق الخلاف فيه. وإذن المرأة في حال إحرامها على التفصيل المذكور في التوكيل.

ولو وكل حلال مـحرمًـا ليوكل حلالاً بالتـزويج، صح على الأصح، لأنه سفير محض ليس إليه من العقد شيء.

واعلم أن وكيل المصلي يزوج، بخلاف وكيل المحرم، لأن عـبارة المحرم غير صحيـحة، وعبارة المصلي صـحيحة. حـتى لو زوجها في صلاته نـاسيًا، صح النكاح والصلاة.

فصل: إذا لم يكن الولي الأقربْ حـاضرًا، نظر، إن كان مفـقودًا لا يعرف مكانه ولا موته وحياته، زوجـها السلطان، لتعذُّر نكاحها من جـهته. وإن انتهى الأمر إلى غاية يحكم القاضي فيهـا بموته وقَسْم ماله بين ورثته ـ على ما سبق في الفرائض ـ انتـقلت الولاية إلى الأبعد. وإن عرف مكان الغائب، فـإن كان على مسافة القصر، زوَّجها السلطان، ولا يزوجها الأبعد. وقيل: يزوج الأبعد. وعن القاضي أبي حامد: إن كان من الملوك وكبار الناس، اشـترط مراجعته، وإن كان من التجار وأوساط الناس، فلا. والصحيح الأول. وإن كان دون مسافة القصر، فأوجه. أحدها: كالطويلة، وهو ظاهر نصه في «المخـتصر». وأصحها: لا تزوج حتى يراجَع فيحضُر أو يوكّل، نص عليه في «الإملاء».

والثالث: إن كان بحيث يتمكن المبتكر إليه من الرجوع إلى منزله قبل الليل، اشترطت مراجعته، وإلا، فلا.

Marfat.com

فرع: عن الشافعي رضي الله عنه: أن السلطان لا يزوج مَن تدَّعي غَيبة وليها حتى يشهد شاهدان أنه ليس لها ولي حاضر، وأنها خليَّة عن النكاح والعدة. فقيل: هذا واجب. وقيل: مستحب.

قلت: الأصح أنه مستحب، وبه قطع إبراهيم المروذي، ذكره في آخر «كتاب الطلاق». والله أعلم.

فعلى هذا، لو ألحت في المطالبة، ورأى السلطان التأخير، فهل له ذلك؟ وجهان، ولا يقبل في هذا إلاّ شهادة مطَّلع على باطن أحوالها. وإن كان الولي الغائب ممَّن لا يزوِّج إلاّ بإذن، فقالت: ما أذنتُ له، فللقاضي تحليفها على نفي الإذن.

قلت: قال الغزالي: وللقاضي تحليفها أن وليها لم يزوجها في الغيبة إن رأى ذلك. ومثل هذه اليمين التي لا تتعلق بدعوى، هل هي مستحبة، أم واجبة؟ وجهان. والله أعلم.

فرع: إذا غاب الوليُّ الأقربُ الغيبة المعتبرة، فالأولى للقاضي أن يأذن للأبعد أن يزوِّج، أو يستأذنَ ليزوج القاضي.

فرع: في «فتاوى» البغوي: أن القاضي إذا زوَّج من غاب وليُّها، ثم قَدِمَ وليُّها بعد العقد، بحيث يعلم أنه كان قريبًا من البلد عند العقد، لم يصح النكاح.

الطرف الرابع: في تولِّي طرَفي العقد، فيه مسائل.

إحداها: هل يتولى الجد طرفي تزويج بنت ابنه الصغيرة أو الكبيرة بابن ابن آخر مولى عليه؟ فيه وجهان. اختار ابن الحداد والقفال وابن الصباغ الجواز، وصاحب «التلخيص» وجماعة من المتأخرين المنع.

قلت: قال الرافعي في «المحرر»: رجح المعتَبَرون الجواز. والله أعلم.

فإن جوزنا، اشترط الإتيان بشِقَّي الإيجاب والقبول على الأصح. وقيل: يكفي أحدهما. وإن منعنا، فإن كانت بالغة، زوَّجها السلطان بإذنها، ويقبل الجد

Marfat.com

للابن. وإن كانت صغيرة، وجب الصبر إلى أن تبلغ فتأذن، أو يبلغ الصغير فيقبل، كذا حكاه الشيخ أبو علي وغيره. وذكر الإمام تفريعًا على المنع: أنه يرفع إلى السلطان ليتولى أحد الطرفين. قال: ثم يحتمل أن يتخيَّر منهما، ويحتمل أن يقال: يأتي بما يستدعيه الولي، وهذا مفروض فيما إذا كانت الولاية بسبب الجنون، وإلاّ، فغير الأب والجد لا يزوج الصغير ولا الصغيرة.

المسألة الثانية: للعم تزويج بنت أخيه بابنه البالغ، ولابن العم تزويجها بابنه على المذهب فيهما. هذا إذا أطلقت الإذن وجوَّزناه. فإن عيَّنته في الإذن، جاز قطعًا، لانتفاء التهمة.

وإن زوَّجها بابنه الطفل، لم يصح على المذهب، لأنه نكاح لم يحضره أربعة، وليس له قوة الجدودة.

المسألة الثالثة: إذا كان الولي ممن يجوز له نكاحها، كابن العم، والمعتق، والقاضي، وأراد نكاحها، لم تجز تولية الطرفين، ولكن يزوج ابن العم مَن في درجته، فإن لم يكن، فالقاضي. وإن كان الراغب القاضي، زوَّجه والٍ فوقه، أو خرج إلى قاضي بلد آخر، أو يستخلف مَن يزوجه إن كان له الاستخلاف.

وإن كان الراغب الإمام الأعظم، زوَّجه بعضُ قضاته. هذا هو الصحيح.

وفي الإمام وجه مشهور: أنه يتولى الطرفين. وفي القاضي وابن العم وجه أبعد، ويجيء مثله في المعتق. وحكي الوجه في القاضي عن أبي يحيى البلخي.

ولو أراد أحد هؤلاء تزويجها بابنه الصغير، فكنفسه. وحيث جوزنا لنفسه، فذلك إذا سمَّته في إذنها. فإن أطلقت، وجوَّزنا الإطلاق، فوجهان حكاهما الحناطي.

وفي «فتاوى» البغوي: أنه لو أراد نكاح بنت عمه وهو وليها، وهو غائب عنها، زوَّجها به قاضي بلد المرأة، لا قاضي بلد الرجل.

المسألة الرابعة: من منعناه تولي الطرفين، فوكَّل في أحدهما، أو وكَّل شخصين فيهما، لم يصح على الأصح، لأن فعل الوكيل فعل الموكل. وقيل:

Marfat.com

يصح، لوجود العدد. وقيل: يجوز للجـد، لتمام ولايته من الطرفين. ولو وكَّل الوليُّ رجلاً، ووكَّله الخـاطب، أو وكَّله في تزويجه لنفسه، فـتولى الطرفين، لم يصح على الصحيح.

المسألة الخامسة: زوَّج أمته بعبده الصـغير، وجوَّزنا له إجباره، فـهو كتولي الجد طرفيه.

المسـألة السـادسة: ابنـا عم، أحدُهمـا لأب، والآخـر لأبوين، أراد الأول نكاحها، يزوجه الثاني، وإن أراد الـثاني وقلنا: هما سواء، زوَّجه الأول، وإلاّ، فالقاضي.

المسألة السابعة: قالت لابن عمها أو معتقها: زوجني، أو زوجني مَن شئت، ليس للقـاضي تزويجه بهـا بهذا الإذن، لأن المفـهوم منه التـزويج بأجنبي. وإن قالت: زوجني نفسك، حكى البغوي عـن بعض الأصحاب: أنه يجوز للقاضي تزويجه إياها. قال: وعندي لا يجوز، لأنها إنما أذنت له، لا للقاضي.

قلت: الصـواب الجـواز، لأن معـناه: فوض إلـى من يزوجك إِياي. والله أعلم.

الطرف الخـامس: في التوكـيل، التوكـيل بالتزويج جـائز. فإن كـان الولي مجـبِرًا، فله التوكـيل بغير إذنهـا على الصحـيح. وقيل: يشتـرط إذنها، حكاه الحناطي والقاضي أبو حامد. فعلى هذا، إن كانت صغيرة، امتنع التوكيل. فعلى الصحيح: إذا وكَّل لا يشترط تعيين الزوج على الأظهر.

ولو أذنت الثيب في النكاح أو البكر لغير الأب والجد، فـفي اشتراط التعيين القـولان. وقيل: لا يشـترط قطعًـا، لأن الولي يعتني بدفع العـار عن النسب، بخلاف الوكيل. قـال الإمام: وظاهر كلام الأصحاب يقـتضي طرد الخلاف وإن رضيت بترك الكفاءة، لكن القياس تخصيصه بمن لم ترض.

فأمّـا من أسقطت الكفاءة، فـلا معنى لاشـتراط التعـيين فيهـا. وإذا جوزنا التوكيل المطلق، فعلى الوكيل رعاية النظر.

Marfat.com

فلو زوج لغير كفءٍ، لم يصح على الصحيح. وحكى ابن كج وجهًا: أنه يصح، ولها الخيار. فإن كانت صغيرة، خيِّرت عند البلوغ.

ولو خطب كفآن، وأحدهما أشرف، فزوَّج الآخرَ، لم يصح. وإذا جوزنا الإذن المطلق، فقالت: زوجني ممن شئتَ، فهل له تزويجها غير كفءٍ؟ وجهان، أصحهما عند الإمام والسرخسي وغيرهما: نعم، كما لو قالت: زوجني ممن شئت كفأً كان أو غيره. هذا كله إذا كان الولي مجبراً. فإن كان غير مجبر، لكونه غير الأب والجد، أو كانت ثيبًا، ففيه صور.

إحداها: قالت: زوجني ووكل، فله كل واحد منهما.

الثانية: نهت عن التوكيل، لا يوكل.

الثالثة: قالت: وكل بتزويجي واقتصرتْ عليه، فله التوكيل. وهل له أن يزوج بنفسه؟ وجهان. أصحهما: نعم.

الرابعة: قالت: أذنتُ لك في تزويجي، فله التوكيل على الأصح، لأنه متصرف بالولاية.

ولو وكَّل من غير مراجعتها واستئذانها بالكلية، لم يصح على الصحيح، لأنه لا يملك التزويج بنفسه حينئذٍ. والثاني: يصح. فعلى هذا، يستأذن الوليَّ أو الوكيلُ للولي، ثم يزوج. ولا يجوز أن يستأذن لنفسه. ثم إذا وكَّل غير المجبر بعد إذن المرأة، فهل يشترط تعيين الزوج إن أطلقت الإذن؟ وجهان كما في توكيل المجبر.

قال الإمام: وإذا عينت زوجًا، سواء شرطنا تعيينها، أم لا، فليذكره الولي للوكيل. فإن لم يفعل وزوَّج الوكيلُ غيره، لم يصح. وكذا لو زوَّجه، لم يصح على الظاهر، لأن التفويض المطلق ـ مع أن المطلوب معيَّن ـ فاسد. وهذا كما لو قال الولي للوكيل: بع مال الطفل بالعين، فباع بالغبطة، لم يصح.

فرع: قالت: أذنتُ لك في تزويجي، ولا تزوِّجني بنفسك، قال الإمام: قال الأصحاب: لا يصح هذا الإذن، لأنها منعت الولي، وجعلت التفويض

Marfat.com

للأجنبي، فأشبه الإذن للأجنبي ابتداءً.

فرع: في «فتاوى» البغوي: أنه إذا لم يكن ولي سوى الحاكم، فأمر قبل أن يستأذنها رجلاً بتزويجها، فزوَّجها الرجل بإذنها، هل يصح النكاح؟ يبنى على أن استنابة القاضي في شغل معين ـ كتحليف وسماع شهادة ـ يجري مجرى الاستخلاف، أم لا؟ إن قلنا: نعم، جاز قبل استئذانها، وصح النكاح، وإلا، فلا يصح على الأصح، كتوكيل الولي قبل الإذن.

فصل: في بيان لفظ الوكيل في عقد النكاح: فيقول وكيل الولي للزوج: زوَّجتُك بنت فلان. فإن كان الوكيل للزوج، قال الولي: زوَّجت بنتي فلانًا، فيقول وكيله: قبلت نكاحها له. فلو لم يقل: «له»، فعلى الخلاف السابق إذا قال الزوج: «قبلت» ولم يقل: «نكاحها». ولو قال الولي لوكيل الزوج: زوّجت بنتي لك، فقال: قبلت نكاحها لفلان، لم ينعقد.

وإن قال: قبلت نكاحها، وقع العقد للوكيل، ولم ينصرف إلى الموكل بالنية.

ولو جرى النكاح بين وكيلين، فقال وكيل الولي: زوَّجت فلانة فلانًا، فقال وكيل الزوج: قبلتُ نكاحها لفلان، صح.

وفي البيع يجوز أن يقول البائع لوكيل المشتري: بعتك، ويقول الوكيل: اشتريتُ وينوي موكلَه، فيقع العقد للموكل وإن لم يسمه. وفرَّقوا بينهما بوجهين. أحدهما: أن الزوجين كالثمن والمثمن، ولا بد من تسميتهما. الثاني: أن البيع يرد على المال، وهو قابل للنقل من شخص إلى شخص، والنكاح يرد على البضع، وهو لا يقبل النقل، ولهذا لو قبل النكاح لزيد بوكالة، فأنكرها زيد، لم يصح العقد.

ولو اشترى لزيد، فأنكرها، صح الشراء للوكيل.

ولو قال وكيل الزوج أولاً: قبلت نكاح فلانة منك لفلان، فقال وكيل الولي: زوَّجتُها فلانًا، جاز. ولو اقتصر على قوله: زوجتها، ولم يقل: فلانًا،

Marfat.com

فعلى الخلاف السابق.

فرع: إذا قبل الأب النكاح لابنه بالولاية، فليقل الولي: زوَّجتُ فلانة بابنك، فيقول الأب: قبلتُ نكاحها لابني.

فرع: كانت بنتُه مزوجة أو معتدة، فقال: إذا طلقتْ أو انقضت عدتها، فقد وكَّلتُك بتزويجها، فقولان، كما لو قال: إذا مضت سنة، فقد وكلتك بتزويجها. وهذا تفريع على أنه لو قال: وكِلتك بتزويجها إذا طلقها، يصح، كقوله: زوِّجها إذا مضت سنة. وفي وجه: لا يصح هذا التوكيل، وقد سبق بيانهما في الوكالة.

فرع: لا يشترط في التوكيل بالتزويج ذِكر المهر، لكن لو سمَّى قدرًا، لم يصح التزويج بدونه، كما لو قال: زوِّجها في يوم كذا، أو مكان، فخالف الوكيل، لا يصح. ولو أطلق التوكيل، فزوَّج الوكيل بدون مهر المثل، أو لم يتعرض للمهر، أو نفاه، ففيه خلاف نذكره في آخر الباب الثاني من «كتاب الصداق» إن شاء الله تعالى. ولو وكله بقبول نكاح امرأة، وسمى مهرًا، لم يصح القبول بما زاد عليه. وإن لم يسمِّ، فليقبل نكاح امرأة تكافئه، مهر المثل أو أقل. فإن تزوَّج له من لا تكافئه، لم يصح. وقيل: إن قبل بأكثر من مهر المثل، أو بغير نقد البلد، أو بعين من أعيان مال الموكل، أو من مال نفسه، فوجهان. أحدهما: يصح النكاح، وعلى الموكل مهر المثل من نقد البلد. والثاني: لا يصح، كالبيع. هكذا فصَّل المسألة البغوي.

ولك أن تتوقف في موضعين.

أحدهما: تصحيح إطلاق التوكيل في قبول نكاح امرأة، لأنه لو وكله في شراء عبد، اشترط بيان نوعه وتفصيله، فالاشتراط هنا أولى.

الثاني: حكمه ببطلان قبول من لا تكافئه، لأنا سنذكر أن للولي أن يزوج الصغير من لا تكافئه. وإذا جاز للولي، فكذا للوكيل عند إطلاق التوكيل.

قلت: هذا الاعتراض الثاني فاسد، كما لو اشترى الوكيل معيبًا، بخلاف

Marfat.com

قوة ولايـة الأب. وفي الاعتراض الأول أيـضًا نظر، والراجح المخـتار مـا ذكره البغوي. والله أعلم.

فرع: قال: اقبل لي نكاح فلانة على عبدك هذا، ففعل، صح النكاح. وفي العبـد وجهـان. أحدهما: لا تمـلكه المرأة، بل على العبـد مهر المثـل. والثاني: تملكه. وهل هو قرض، أم هبة؟ وجهان.

الطرف السادس: فـيما يلزم الولي. فـإن كان مجبـرًا، فقد ذكـرنا أن عليه الإجـابة إلى التزويج إذا طلـبت. ويلزمه تزويج المجنـونة والمجنون عند الحاجـة بظهور أمـارات التَّوَقان، أو بتوقُّع الشـفاء عند إشارة الأطبـاء، ولا يلزمه تزويج ولديه الصغيـر والصغيرة لعدم الحـاجة. فلو ظهرت الغبطة في تزويجهـما، ففي الوجوب احتمال للإمام، كـما إذا طلب ماله بزيادة، يجب البيع. والوجوب في الصغير أبعد، للزوم المؤن. أما غيـر المجبر، فإن تعين، كأخ واحد، لزمه الإجابة إذا طلبت كالمجـبر، ويجيء فـيه الخلاف المذكـور هناك. وإن لم يتعين كـإخوة، فطلبت من بعضـهم، وجبت على الأصح. ولو عضل الواحـد أو الجمع، زوج السلطان كما سبق.

فصل: إذا قبل الأب للصغير أو المجنون نـكاحًا بصداق من مال الابن، فإن كان عَينًا، فذاك، ولا تعلق له بالأب. وإِن كان دَينًا، فقولان. القديم: أن الأب يكون ضامنًا للمهـر بالعقد. والجديد: لا يكون ضامنًا، إلا أن يضـمن صريحًا، كما لو اشتـرى لطفله شيئًا. فإن كان الثـمن عليه، لا على الأب، قال ابن كج: القولان فيما إذا أطلق. فإن شرطه على الابن، فعلى الابن قطعًا.

ثم قال العـراقيون وعامـة الأصحاب: القولان إذا لم يكن للابن مـال. فإن كان، فـالأب غير ضامن قطعًـا. وقيل بطرد القولين. فـإن قلنا بالجديد، فتـبرع بالأداء، لم يرجع، وكذا الأجنبي. وإِن ضـمن صريحًا، وغرم، فقـصد الرجوع هنا بمنزلة إذن المضمون عنه. فـإن ضمن بقصد الرجوع، وغرم بقـصد الرجوع، رجع، وإلا، فعلى الخـلاف المذكور في الضمـان بغير الإذن. وإن ضـمن بشرط

Marfat.com

براءة الأصيل، قال القاضي حسين: إن لم نصحح الضمان بشرط براءة الأصيل، فهذا ضمان فاسد شُرِط في الصداق. وقد سبق ذكر قولين في أن شرط الضمان الفاسد أو الرهن الفاسد في عقد هل يُفسد العقد؟ وإن صححنا الضمان بشرط براءة الأصيل، فالشرط هنا فاسد، لأنه لا دين في ذمة المعقود له. وإذا فسد الشرط، ففي فساد الضمان وجهان سبقا في «الضمان». فإن قلنا بالقديم، فغرم، قال القاضي حسين والشيخ أبو علي: لا يرجع على الابن، لأنه غرم بالشرع، كما لا ترجع العاقلة على الجاني. واعترض الإمام فقال: المطالبة متوجهة على الابن، بخلاف الجاني. فعلى هذا، يرجع إن قصد الرجوع عند الأداء، وبهذا قطع البغوي.

ولو شرط الأب أن لا يكوّن ضامنًا، فعن القاضي: أنه يبطل العقد على القديم. قال الإمام: وهذا وهم من الناقلين عنه، فإن النكاح لا يفسد بمثل ذلك، ولعله قال: يبطل الشرط ويلزم الضمان.

فصل: يجب على الولي حفظ مال الصبي وصونه عن أسباب التلف، وعليه استنماؤه قدر ما لا تأكل النفقة والمؤن المال إن أمكن ذلك، ولا تلزمه المبالغة في الاستنماء وطلب النهاية. وإذا طلب متاعه بأكثر من ثمنه، لزمه بيعه. ولو كان شيء يباع بأقل من ثمنه، وللطفل مال، لزمه شراؤه إذا لم يرغب فيه لنفسه، هكذا أطلقه الإمام والغزالي في الطرفين، ويجب أن يتقيد ذلك بشرط الغبطة، بل بالأموال المعدَّة للتجارة.

أما ما يحتاج إلى عينه، فلا سبيل إلى بيعه وإن ظهر طالب بالزيادة. وكذا العقار الذي يحصل منه كفايته. وكذا في طرف الشراء قد يؤخذ الشيء رخيصًا، لكنه عرضة للتلف، ولا يتيسر بيعه لقلة الراغبين فيه، فيصير كَلاًّ على مالكه.

قلت: هذا الذي قاله الرافعي، هو الصواب، ولا يغترَّ بما خالفه. والله أعلم.

Marfat.com

فرع: إذا تضجر الأب بحفظ مال الطفل والتصرف فيه، رفع الأمر إلى القاضي لينصب قيِّمًا بأجرة، وله أن ينصب بنفسه، ذكره الإمام. ولو طلب من القاضي أن يثبت له أجرة على عمله، فالذي يوافق كلام الجمهور: أنه لا يجيبه إليه غنيًّا كان أو فقيراً، إلا أنه إذا كان فقيراً ينقطع عن كسبه، فله أن يأكل منه بالمعروف كما سبق في «الحجر»، وذكر الإمام أن هذا هو الظاهر. قال: ويجوز أن يقال: يثبت له أجرة، لأن له أن يستأجر، فجاز له طلبها لنفسه، وبهذا الاحتمال قطع الغزالي. وعلى هذا، لا بد من تقدير القاضي، وليس له الاستقلال به، وهذا إذا لم يكن هناك متبرع بالحفظ والعمل. فإن وجد متبرع، وطلب الأب الأجرة، فقد أشار الإمام إلى وجهين أيضًا. الصحيح: أنه لا يثبتها له، للاستغناء عنه. والثاني: يثبتها، لزيادة شفقته، كما تُقدَّم الأم في الرضاع على قول على المتبرعة.

الطرف السابع: في خصال الكفاءة.

إحداها: التنقي من العيوب المثبتة للخيار، واستثنى البغوي منها التعنين وقال: لا يتحقق، فلا ينظر إليه.

وفي تعليق الشيخ أبي حامد وغيره: التسوية بين التعنين وغيره، وإطلاق الجمهور يوافقه. فمن به عيب، ليس كفأً لسليمةٍ منه، وكذا إن كان بها ذلك العيب، لكن ما به أفحش، أو أكثر، فليس بكفءٍ. فإن تساويا، أو كان ما بها أكثر، فوجهان بناءً على ثبوت الخيار في هذه الحالة، ويجريان لو كان مجبوبًا وهي رتقاء، وزاد الروياني على العيوب المثبتة للخيار العيوب المنفرة، كالعمى، والقطع، وتشوّه الصورة. وقال: هي تمنع الكفاءة عندي، وبه قال بعض الأصحاب، واختاره الصيمري.

الثانية: الحرية، فلا يكون رقيق كفأً لحرة أصليَّة ولا عتيقة، ولا عتيقٌ لأصليَّة، ولا من مس الرق أحد آبائه لمن لم يمس أحداً من آبائها، ولا من مس

Marfat.com

أبًا أقرب في نسبه لمن مس أبًا أبعد من نسبها. ويشبه أن يكون الرق في الأمهات مؤثرًا، ولذلك تعلق به الولاء.

قلت: المفهوم من كلام الأصحاب، أن الرق في الأمهات لا يؤثر كما سيأتي في «النسب» إن شاء الله تعالى. وقد صرح بهذا صاحب «البيان» فقال: من ولدته رقيقة كفءٌ لمن ولدته عربيّة، لأنه يتبع الأب في النسب. والله أعلم.

الثالثة: النسب، فالعجمي ليس كفأً للعربية، ولا غير القرشي للقرشية، ولا غير الهاشمي والمطلبي للهاشمية أو المطلبية.

وبنو هاشم وبنو المطلب أكفاءٌ. وحكي وجه: أن قريشًا بعضهم أكفاءُ بعض، ويعتبر النسب في العجم كالعرب. وقال القفال والشيخ أبو عاصم: لا يعتبر، لأنهم لا يعتنون بحفظها وتدوينها. والأول أصح. ومقتضاه الاعتبار فيمن سوى قريش من العرب أيضًا، لكن ذكر ذاكرون أنهم أكفاء.

قلت: مقتضى كلام الأكثرين، أن غير قريش من العرب بعضهم أكفاء بعض، كما صرح به هؤلاء الجماعة. وذكر الشيخ إبراهيم المروذي، أن غير كنانة ليسوا أكفاءً لكنانة. ومما يتعلق بهذا ما حكاه في «البيان» عن الصيمري، أنه قال: موالي قريش أكفاءٌ لقريش، وكذا موالي كل قبيلة أكفاءٌ لها، قال: وجمهور الأصحاب على أنهم ليسوا بأكفاءٍ، وهو الصحيح. والله أعلم.

فرع: الاعتبار في النسب بالأب، فمن أبوه عجمي وأمه عربية، ليس بكفءٍ لمن أبوها عربي وأمها عجمية.

الرابعة: الدين والصلاح، فمن أسلم بنفسه، ليس كفأً لمن لها أبوان أو ثلاثة في الإسلام، وقيل: كفءٌ، وقيل: لا ينظر إلا إلى الأب الأول والثاني، فمن له أبوان في الإسلام، كفءٌ لمن لها عشرة آباء في الإسلام، والأول أصح. والفاسق ليس بكفءٍ للعفيفة، ولا تعتبر الشهرة، بل من لا يشهر بالصلاح كفءٌ للمشهورة به. وإذا لم يكن الفاسق كفأً للعفيفة، فالمبتدع أولى أن لا يكون كفأً للنسيبة، وقد نص عليه الروياني رحمه الله.

Marfat.com

الخامسة: الحرفـة. فأصحاب الحِرَف الدنيَّة ليسوا أكفـاءً لغيرهم. فالكنَّاس، والحجَّام، وقيِّم الحمام، والحارس، والراعي ونحوهم، لا يكافؤون بنت الخياط، والخياط لا يكافىء بنت تاجر أو بزّاز، ولا المحترف بنت القاضي والعالم.

وذكـر في «الحليـة» أنه تراعى العـادة في الحِرَف والـصنائع، لأن في بعض البلاد التجارةُ أولى من الزراعة، وفي بعضها بالعكس.

فرع: الحرفة الدنيَّة في الآباء، والاشـتهار بالفسق، مما يعيَّر به الولد، فـيشبه أن يكون حال من كان أبوه صاحب حرفة دنيَّة، أو مشهوراً بفسق، مع من أبوها عدل، كما ذكرنا فيمن أسلم بنفسه مع من أبوها مسلم.

والحق أن يجعل النظر في حق الآباء دِينًا وسِيرة وحِرفة من حيِّز النسب، فإن مفـاخر الآباء ومثـالبهم، هي التي يدور عليـها أمر النـسب، وهذا يؤكد اعتـبار النسب في العجم. ويقتضي أن لا تطلق الكفاءة بين غير قريش من العرب.

السادسـة: اليسـار على وجه. والأصح: أنه غـير معـتبر. فـإن اعتـبرناه، فوجهان. أحدهما: أن المعتبر يسـار بقدر المهر والنفقة، فإذا أيسر به، فهو كفءٌ لصاحبة الألوف. وأصحهـما: لا يكفي ذلك، بل الناس أصناف، غني، وفقير، ومـتوسط، وكل صنـف أكفـاء وإن اخـتلفت المراتب. وفي «فـتاوى» القـاضي حسين: أنه لو زوَّج بنتـه البكر بمهر مثلها رجـلاً معسراً بغيـر رضاها، لم يصح النكاح على المذهب، لأنه بخس حقها، كتزويجها بغير كفءٍ.

فرع: ليس من الخـصال المعـتبرة فـي الكفاءة الجـمالُ ونقـيضه، لكـن ذكر الروياني، أن الشيخ لا يكون كفأً للشابة علـى الأصح، وأن الجاهل ليس كفأً للعالمة، وهذا فتح باب واسع.

قلت: الصحيح خلاف ما قاله الروياني. قال أصحابنا: وليس البخل والكرم والطول والقِصَر معتـبراً. قال الصيمري: واعتبر قـوم البلد، فقالوا: ساكن مكة والمدينة والبصـرة والكوفة، ليس كـفأً لساكن الجبـال، قال: وهذا ليس بشيءٍ. والله أعلم.

Marfat.com

فرع: مقتضى كلام الجمهور، أن خصال الكفاءة لا تقابل بعضها ببعض[1]، وقد صرح به البغوي وأبو الفرج السرخسي، حتى لا تزوَّج سليمة من العيوب دنيَّة بمعيب نسيب، ولا حرة فاسقة بعبد عفيف، ولا عربية فاسقة بعجمي عفيف، ولا رقيقة عفيفة بحرٍّ فاسق، وتكفي صفة النقص في المنع. وفصّل الإمام فقال: السلامة من العيوب لا تقابل بسائر فضائل الزوج، وكذا الحرية، وكذا النسب.

وفي انحياز دناءة نسبه بعفته الظاهرة، وجهان. أصحهما: المنع، قال: والتنقي من الحرف الدنيَّة، يقابله الصلاح وفاقًا. والصلاح إن اعتبرناه، يقابل بكل خصلة، والأمَةُ العربية بالحرِّ العجمي على هذا الخلاف.

فرع: قال الإمام والغزالي: لا اعتبار بالانتساب إلى عظماء الدنيا والظَّلَمَة المستولين على الرقاب وإن كان الناس قد يتفاخرون بهم، وهذا الذي قالاه، لا يساعده كلام النَّقَلة. وقد قال المتولي: للعجم عرف في الكفاءة، فيعتبر عرفهم.

واعلم أن صاحب «الشامل» نقل قولاً عن كتاب البويطي: أن الكفاءة في الدّين وحده، والمشهور ما سبق.

فصل: الكفاءة حق المرأة والولي واحدًا كان أو جماعة مستوين في درجة. فإن زوَّجها بغير كفءٍ وليُّها المنفرد برضاها، أو أحد الأولياء برضاها ورضى الباقين، صح النكاح، فالكفاءة ليست شرطًا للصحة. وإذا زوَّجها الولي الأقرب بغير كفءٍ برضاها، لم يكن للأبعد الاعتراض.

فلو كان الذي يلي أمرها السلطان، فهل له تزويجها بغير كفءٍ إذا طلبته؟ قولان أو وجهان. أصحهما: المنع، لأنه كالنائب، فلا يترك الحظ.

ولو زوجها أحد الأولياء بغير كفءٍ برضاها دون رضا الباقين، لم يصح على المذهب. وفي قول: يصح، ولهم الخيار في فسخه. وقيل: يصح قطعًا. وقيل:

---

(١) أي لا تجبر نقيصة بفضيلة كما وضح بعد ذلك في الأمثلة.

Marfat.com

لا يصح قطعًا. وإن زوجها أحدهم أو كلهم بغير رضاها، وكانت قد أذنت في التزويج مطلقًا، وقلنا: لا يشترط تعيين الزوج، أو زوَّج الأب أو الجد البكر الصغيرة أو البالغة بغير كفءٍ بغير إذنها، لم يصح على المذهب. وقيل: يصح. وقيل: إن علم الولي عدم الكفاءة، فالنكاح باطل، وإلا، فصحيح. وإذا صححنا، فللمرأة الخيار إن كانت بالغة، وإن كانت صغيرة، فإذا بلغت، تخيَّرت. وحكى الإمام وجهًا: أنها لا تتخيَّر، وعليها الرضا بعقد الأب. وهل للولي الخيار في صغرها؟ وجهان. ورواهما القاضي أبو الطيب قولين.

أحدهما: نعم، كما لو اشترى للصغير معيبًا. والثاني: لا، لأنه خيار شهوة.

وهذا الخلاف فيما ذكره الحناطي والبغوي ورآه الإمام مخصوص بما إذا جهل الولي حال الزوج، فإن علم، فلا خيار له. وطرده ابن كج وآخرون في حالتَي العلم والجهل، وقالوا: ليس هو عاقدًا لنفسه حتى يؤاخذ بعلمه.

فرع: في «فتاوى» البغوي: أنها لو أقرت بنكاح لغير كفءٍ، فلا اعتراض للولي، لأنه ليس بإنشاء عقد، ولا يُقبل قوله: «ما رضيَتْ»، كما لو أقرت بالنكاح وأنكر الولي، لا يقبل إنكاره، قال: ولو زوِّجتْ بوكالة، ثم أنكر الولي التوكيل والمرأة ساكتة، فالقول قول الولي. فلو أقرت بالنكاح، قبل قولها.

فرع: إذا زوج الأب ابنه الصغير بمن لا تكافئه، نظر، فإن كانت معيبة بعيب يثبت الخيار، ففي صحة النكاح الخلاف السابق في تزويج الصغيرة بغير كفءٍ. والمذهب: أنه يصح. وقيل: لا يصح إنكاحه الرتقاء والقرناء قطعًا، لأنه بذل مال في بضع لا ينفع، بخلاف تزويج الصغيرة بمجبوب. وإن زوَّجه أمة، لم يصح، لأنه لا يخاف العنت. وإن زوجه بمن لا تكافئه بجهة أخرى، صح على الأصح، إذ لا عار على الرجل في استفراش من دونه. فإن صححنا، فالتفريع كما سبق في الصغيرة. وإن زوجه عمياء، أو عجوزًا، أو مفقودة بعض الأطراف، فوجهان. ويجب أن يكون في تزويج الصغيرة بالأعمى والأقطع

Marfat.com

والشيخ الهِمّ الوجهان. وإن زوّج المجنون أمة، جاز إن كـان معسراً وخشي عليه العنت. وفي وجـه: لا يجوز، لأنه لا يخشى علـيه وطءٌ يوجب حـدًّا أو إثمًا، وهو ضعيف. وإن كان النقص بسبب آخر، فعلى ما ذكرنا في الصغيرة.

فرع: زوج بنته بخنثى قد بان رجلاً، أو ابنه بخنثى قـد بان امرأة، فإن أثبتنا الخيار بهذا السبب، فالخنثى كالمجنون والمجنونة، وإلاّ، فكالأعمى.

قلت: الخصي كـالخنثى في هذا، قـال البغوي: وكـذا لو أذنت البالـغة في التزويج مطلقًا فزوَّجها بخصي أو خنثى. والله أعلم.

فرع: للسيـد أن يزوِّج أمته برقـيق ودنيء النسب، ولا يزوجهـا من به عيب يثبت الخيار، ولا من لا يكافئها بسبب آخر. فإن خالف، فهل يبطل النكاح، أم يصح ولها الخيار؟ فيه مثل الخلاف السابق. وفي وجه ضعيف: يصح بلا خيار. ولو زوجهـا بمعيب برضاها، لم يكن لهـا الامتناع من تمكينه، وله بيعـها ممن به بعض تلك العيوب. وهل لها الامتناع من تمكينه؟ وجهان.

قلت: قال المتولي: أصحهما: يلزمها التمكين.

ومما يتعلق بالفصل، لو زوَّجها بعض الأولياء بكفءٍ بدون مهر المثل برضاها دون رضا بـقيـة الأولياء، صح قطعًـا، إذ لا حق لهم في المهر، ولا عـار. ولو طلبت التـزويج برجل، وادعت كـفـاءته، وقال الـولي: ليس بكفءٍ، رفع إلى القاضي، فإن ثبتت كفاءته، ألزمه تزويجها، فإن امتنع، زوجها القاضي به، وإن لم تثبت، لم يلزمه تزويجها به.

قال البغوي: ولو زوجها واحد برضاها ورضى الباقين بغير كفءٍ، فاختلعت منه، ثم زوجها أحدهم به برضاها دون إذن البـاقين، فقيل: يصح قطعًا، لأنهم رَضُوا به أولاً. وقيل: على الخلاف، لأنه عقـد جديد. ولو امتنعوا، فلهم ذلك بلا خلاف.

قال: ولو استأذن الأب البكر البالغة في الـتزويج بغير كفءٍ، فسكتت، فهل

Marfat.com

يصح قطعًا، أم يكون على الخلاف؟ فيه طريقان. والمذهب: الصحة. وقد سبقت المسألة في أول الباب.

قال الشافعي رحمه الله في «الإملاء»: لو زوَّج أخته، فمات الزوج، فادعى وارثه أن الأخ زوَّجها بغير رضاها، وأنها لا ترث، فقالت: زوَّجني برضاي، فالقول قولها وترث، قال في «الإملاء»: وإن قال رجل: هذه زوجتي، فسكتت فمات، ورثته، وإن ماتت، لم يرثها، لأن إقراره يقبل عليه دونها.

ولو أقرت بزوجية رجل، فسكت فماتت، ورثها، وإن مات، لم ترثه. والله أعلم.

الطرف الثامن: في اجتماع الأولياء.

فإذا اجتمعوا في درجة، كالإخوة والأعمام وبنيهم، استحب أن يزوجها أفضلهم بالفقه أو الورع، وأسنهم، برضا الباقين، لأن هذا أجمع للمصلحة.

ولو تعارضت هذه الخصال، قدِّم الأفقه، ثم الأورع، ثم الأسن.

ولو زوَّج غير الأسن والأفضل برضاها بكفءٍ، صح، ولا اعتراض للباقين.

ولو تنازعوا، وقال كلٌّ: أنا أزوج، نظر، إن تعدد الخاطب، فالتزويج ممن ترضاه المرأة، فإن رضيتهما جميعًا، نظر القاضي في الأصلح وأمر بتزويجه، كذا ذكره البغوي وغيره. وإن اتحد الخاطب، وتزاحموا على العقد، أقرع بينهم، فمن خرجت قرعته، زوَّجها، فإن بادر غيره فزوَّجها، صح على الأصح. وقيل: لا يصح. فعلى هذا، هل يختص هذا الوجه بما إذا اقترعوا من غير ارتفاع إلى مجلس القاضي، أم يختص بقرعة ينشئها القاضي؟ فيه تردد للإمام. هذا كله إذا أذنت لكل واحد على الانفراد، أو قالت: أذنتُ في فلان، فمن شاء من أوليائي فليزوجني به.

ولو قالت: زوجوني، اشترط اجتماعهم على الأصح.

ولو قالت: رضيت أن أزوَّج، أو رضيتُ بفلان زوجًا، فوجهان. أحدهما:

Marfat.com

ليس لأحد تزويجها، لأنها لم تأذن لجميعهم إذنًا عامًّا، ولا خاطبت واحدًا، فصار كقولها: رضيت أن يباع مالي. وأصحهما: يصح، ولكل واحد تزويجها، لأنهم متعينون شرعًا، والشرط رضاها وقد وجد. فعلى هذا، لو عيَّنت بعد ذلك واحدًا، ففي انعزال الباقين وجهان. وقطع في «الرقم» بالانعزال، وقطع البغوي بخلافه.

قلت: الأصح عدم الانعزال، وغلَّط الشاشي من قال بالانعزال. والله أعلم.

فصل: إذا أذنت لأحد الوليين أن يزوجها بزيد، وللآخر أن يزوجها بعمرو، وأطلقت الإذن، وصححناه، فزوَّج واحدٌ زيدًا، وآخر عمرًا، أو وكل الولي المجبر رجلاً، فزوجها الولي زيدًا، والوكيل عمرًا، أو وكل رجلين، فزوّج أحدهما زيدًا، والآخر عمرًا، فللمسألة خمس صور.

إحداها: أن يسبق أحد النكاحين ونعلمه، فهو الصحيح. والثاني باطل، سواء دخل الثاني، أم لا، وإنما يعلم السبق بالبينة أو التصادق.

الثانية: أن يقعا معًا، فباطلان. ولو اتحد الخاطب، وأوجب كل واحد من الوليين النكاح له معًا، صح على الصحيح، ويتقوَّى كل واحد من الإيجابين بالآخر، وحكى العبادي عن القاضي وغيره: أنه لا يصح، لأنه ليس أحدهما أولى بالاعتبار، فتدافعا.

الثالثة: إذا لم يعلم السبق والمعيَّة، وأمكنا، فباطلان، لأن الأصل عدم الصحة، كذا أطلقه الجمهور، ونقل الإمام وغيره وجهًا: أنه لا بد من إنشاء فسخ، لاحتمال السبق.

الرابعة: أن يسبق واحد معين، ثم يخفى، فيتوقف حتى يبين، ولا يجوز لواحد منهما الاستمتاع بها ولا لثالث نكاحها، إلا أن يطلقاها، أو يموتا، أو يطلق أحدهما، أو يموت الآخر.

Marfat.com

قلت: لا بدّ من انقضاء عدتها بعد موت آخرهما. والله أعلم.

وطرد بعضهم في هذه الصورة القولين المذكـورين في الصورة الخامسة، وهو ضعيف.

الخامسة: إذا علم سبق أحدهمـا، ولم يعلم عينه، فباطلان على المنصوص، وهو المذهب، كمـا لو احتـمل السبق والمعيّـة لتعـذر الإمضاء. وقـيل: قولان، أحدهما هذا، والثاني مخرَّج من الجمـعين في مثل هذه الصورة: أنه يتوقف كما في الصـورة الرابعة. فـعلى المذهب، هل يبطلان بلا فسخ؟ أم لا بد مـن إنشاء فسخ؟ فيه الخلاف السابق في الصورة الثالثـة، فإن شرطنا الإنشاء، ففيمن يفسخ أوجه. أصحـها: الحاكم أو المحكَّم إن جوزنا التحكيم. والثـاني: للمرأة الفسخ بغير مراجعة الحـاكم. والثالث: للزوجين الفسخ أيضًا. وحيث أبطلنا النكاحين، فلا مهر، إلاّ أن يوجد دخول، فيجـب مهر المثل. وإذا أبطلنا عند احتمال السبق والمعيّة، وفـيما إذا سبق أحدهمـا ولم يعلم، فهل يبطل ظاهراً وباطنًا، أم ظاهراً فقط؟ وجـهان. فـعلى الأول، لو ظهر وتـعين السابق بعـدُ، فلا زوجـية. ولو نكحت ثالثًا، فهي زوجة الثالث. وإن قلنا بالثاني، فالحكم بخلافه.

قلت: ينبغي أن يقال: الأصح: أنه إن جرى فـسخ من الحاكم، انفسخ أيضًا باطنًا، وإلا، فلا. والله أعلم.

فرع: إذا قلنا بالتوقف، فمات أحدهما، وقـفنا من تركته ميراث زوجه. ولو ماتت، وقـفنا ميـراث زوج بينهمـا حتى يصطـلحا أو يبين الحـال، وفي وجوب نفقتهـا في مدة التوقف ومدة الحبس قبل الفسخ إذا قلنا به، وجـهان. أحدهما: لا، لعدم التمكين، والأصل البراءة. والثاني: نعم، لصـورة العقد وعدم النشوز مع حـبسـها. والأول أصح عند الإمـام. وبالثـاني قطع ابن كج. فإن أوجـبنا، وزِّعت عليهمـا. فإن تعين السابق، رجع الآخر عليـه بما أنفق. قال أبو عاصم: ويحتمل أن يقال: إنما يرجع إذا أنفق بغير إذن الحاكم، وبهذا قطع ابن كج، وأما المهر، فلا يطالب به واحد منهما.

Marfat.com

فرع: جميع ما سبق، هو فيما إِذا تصادقوا في كيفية جريان العقد. أما إذا تنازعوا، وادعى كل زوج سبقه، وأنها زوجته، فينظر، إن لم يدّعيا عليها، لم يعتبر قولهما، ولا تسمع دعوى أحدهما على الآخر، ولا يحلَّف أحدهما الآخر. هكذا قاله الجمهور. وقال الصيدلاني والعبادي في «الرقم»: يحلفان فلعله يظهر الحق. قال الإمام: هذا لا مجال له إن زعما علم المرأة بالحال، بل تراجع هي. فإن اعترفا بأنها لم تعلم، فهو محتمل وينقدح في البداءة تخيير القاضي أو الإقراع. فإن حلفا أو نكلا، فهو كما لو اعترفا بالإشكال. وإن حلف أحدهما فقط، قضي له. وإن ادعيا على المرأة، فذاك ضربان.

أحدهما: أن يدعيا علمها بالسبق. فإن كانت الصيغة: إنها تعلم سبق أحد النكاحين، لم تسمع الدعوى، للجهل. وإن قال كل واحد: هي تعلم أن نكاحي سابق، فقال صاحب «التقريب» والشيخ أبو محمد وغيرهما: يبنى على القولين في إِقرار المرأة بالنكاح، هل يقبل؟ فإن لم يقبل، لم تسمع الدعوى، إذ لا فائدة. وإن قلنا: تقبل وهو الأظهر، سمعت. وحينئذٍ، إِما أن تُنْكِر، وإما أن تُقِر.

الحالة الأولى: أن تُنْكِر العِلْم بالسبق، فتحلف عليه. وهل يكفي لهما يمين واحدة، أم يجب يمينان؟ قال البغوي: يمينان. وقال القفال: إن حضرا وادعيا، حلفت يمينًا، وهو مقتضى كلام ابن كج. وقال الإمام: إن حضرا ورضيا بيمين، كفت. وإِن حلفها أحدهما، ثم حضر الآخر، فهل له تحليفها؟ وجهان، لأن القضية واحدة، ونفي العلم بالسبق يشملهما. فإذا حلفت كما ينبغي، فقيل: لا تحالف بين الزوجين، وقد أفضى الأمر إلى الإشكال، وضعفه الإمام وقال: إنما حلفت على نفي العلم بالسبق، ولم تنكر جريان أحد العقدين على الصحة، فيبقى التداعي والتحالف بينهما. والذي أنكرناه ابتداء التحالف من غير ربط الدعوى بها، وبهذا قطع الغزالي. وإن نكلت هي، رددنا اليمين عليهما. فإن حلفا أو نكلا، جاء الإشكال، وإلا فيقضى للحالف، وإذا حلفا ونكلا، فلا

Marfat.com

شيء لهما عليـها. وفي كتاب الحناطي وجه: أنهمـا إذا حلفا واندفع النكاحان، فلكل واحد عليها مهر المثل، وهو ضعيف.

ويمينها ـ حلفت أو نكلت ـ تكون على البَتّ دون نفي العلم، ولا حاجة إلى التعرُّض لعلمها.

الحالة الثانية: أن تقر لأحدهما بالسبق، فيثبت النكاح له. وفي سماع دعوى الثاني عليها وتحليفها قـولان بناءً على أنها لو أقرت للثاني بعد إقرارها للأول هل تغرم للثاني؟ وفيه القولان السابقان في الإقرار لعمرو بدار أقرَّ بها لزيد أولاً. فإن قلنا: تغرم، سـمعت الدعوى وحلـفها، وإلاّ، فقـولان بناءً على أن يمين المدعي بعد نكول المدعى عليه كإقرار المدعى عليه، أو كبينة يقيمها المدعي؟ وفيه قولان. أظهرهما: كالإقرار. فعلى هذا، لا تسـمع دعواها، لأن غايتها أن تقر أو يحلف هو بعـد نكولها، وهو كـإقرارها، ولا فـائدة فـيه على هذا القـول. وإن قلنا: كالبيـنة، فله أن يدعي ويحلفها. فإن حلفت، سـقطت دعواه. وإن نكل، ردت اليـمين عليـه. فـإن نكل، فكذلك. وإن حلـف، بني على أن اليـمين المردودة كالإقرار، أم كالبـينة؟ إن قلنا: كالإقرار، فوجهان. أحـدهما: يندفع النكاحان، لتـسـاويهمـا في أن مع كل واحـد إقـراراً. وحكي هذا عن نصـه في القـديم. وأصحهما: اسـتدامة النكاح للأول، ولا يرتفع بنكولها المحتمل للتـورع، فيصير كمـا لو أقـرت للأول، ثم للثاني. وإن قلنا: كـالبيـنة. فقـيل: يحكم بالنكاح للثاني، لأن البينة تقدم على الإقرار. وبهذا قطع في «المهذب». وقال الصيدلاني وآخرون: الصحيح استدامـة النكاح للأول، لأن اليمين المردودة إنما تجعل كالبينة في حق الحالف والناكل، لا في حق غيرهما.

وإذا اختصرت قلت: هل يندفع النكاحـان، أم تسلَّم للأول، أم للثاني؟ فيه أوجه. إن سلمت للأول، غرمت للثـاني، وحيث تغرم، نغرِّمها مـا يغرم شهود الطلاق إذا رجعوا؟ وفيه خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى.

Marfat.com

فرع: لو كانت خرساء، أو خرست بعد التزويج، فأقرت بالإشارة بسبق أحدهما، لزمها الإقرار، وإلا، فلا يمين عليها، والحال حال الإشكال، حكي هذا عن نصه.

فرع: حلفت لأحدهما: لا تعلم سبقه، لا تكون مقرة للآخر، ولو قالت لأحدهما: لم يسبق، كانت مقرة للآخر، كذا قاله الإمام والبغوي. والمراد إذا جرى ذلك بعد إقرارها بسبق أحدهما، وإلا، فيجوز أن يقعا معًا، فلا تكون مقرة بسبق الآخر.

الضرب الثاني: أن يدّعيا عليها زوجيَّة مطلقة، ولا يتعرضا لسبق، ولا لعلمها به، فهذا يبنى على أن دعوى النكاح هل يشترط فيها التفصيل وذكر الشروط؟ وبيانه في «كتاب الدعوى والبينات». فإن سمعنا دعوى النكاح مطلقة، أو فصّلا القدر المحتاج إليه، ولم يتعرضا للسبق، لزمها الجواب الجازم، ولا يكفيها نفي العلم بالسابق، لكنها إذا لم تعلم، فلها الجواب الجازم والحلف أنها ليست زوجته، وهذا كما إذا ادعى على رجل أن أباه أتلف كذا، وطلب غرمه من التركة، حلف الوارث أنه لا يعلم أنّ أباه أتلف.

ولو ادعى أنّ عليه تسليم كذا من التركة، حلف أنه لا يلزمه التسليم. وعدم العلم يجوز له الحلف الجازم.

فرع: هذا كله إذا كانت الدعوى على المرأة. فإن ادَّعيا على الولي، فإن لم يكن مجبرًا، لم تسمع الدعوى، لأن إقراره لا يقبل. وإن كان مجبرًا، فوجهان. أحدهما: كذلك، لأنه كالوكيل. وأصحهما: تسمع، لأن إقراره مقبول، ومن قُبِل إقراره، توجهت عليه الدعوى واليمين، فعلى هذا إن كانت صغيرة، حلف الأب. وإن كانت كبيرة، فوجهان. أحدهما: لا يحلف، للقدرة على تحليفها. وأصحهما: يحلف. ثم إن حلف الأب، فللمدعي أن يحلِّف البنت أيضًا. فإن نكلت، حلف اليمين المردودة، وثبت نكاحه. وفي «التهذيب»: أن المرأة إذا كانت بالغة، بكرًا أو ثيبًا، فالدعوى عليها.

Marfat.com

الباب الخامس

في المولى عليه

الأسبـاب المقـتضـية لنصب الولي خـمسـة: الصغـر، والأنوثة، والجنون، والسفه، والرق، وقد سبق حكم الأوَّلَين.

السبب الثـالث: الجنون. فإن كـان المجنون كبيـراً، لم يزوَّج لغير حـاجة، ويزوج للحاجة، وذلك بأن تظهر رغبتـه فيهن بدورانه حولهن وتعلقه بهن ونحو ذلك. أو بأن يحتاج إلى من يخدمه ويتعـهده، ولا يجد في محارمه من يحصل هذا، وتكون مؤنة النكاح أخـف من ثمن جارية، أو بأن يتوقع شـفاؤه بالنكاح. وإذا جاز تزويجـه، تولاه الأب، ثم الجد، ثم السلطان، دون سـائر العصـبات، كولاية المال. وإن كان المجنون صغيـراً، لم يصح تزويجه على الصحيح. وقيل: يزوجـه الأب أو الجد، وطرد الشـيخ أبو محـمد الوجـهين في الصغـير العـاقل الممسوح.

ومتى جاز تزويج المجنون، لم يزوج إلاّ امرأة واحدة، والمخبل كالمجنون في النكاح، وهو الذي في عـقله خلل، وفي أعضائه اسـترخاء، ولا حـاجة به إلى النكاح غالـبًا. ويجوز أن يزوَّج الصـغيـر العاقل أربعًا علـى الأصح. وقيل: لا يجوز أن يزيد على واحدة.

قلت: وفي «الإبانة» وجه: أنه لا يجوز تـزويجه أصلاً، وزعم أنه الأصح، وهو غلط.

ثم إنما يزوج الـصـغـيـرَ الـعـاقلَ الأبُ والجـدُّ، ولا يصح تـزويج الوصي والقاضي، لعدم الحاجـة وانتفاء كمال الشفقـة، هذا هو الصواب الذي عليه في البـويطي، وصرح به الجـمهـور. وقال فـي «البيـان»: يجوز للوصي والحـاكم كالأب، وليس بشيءٍ. والله أعلم.

Marfat.com

فرع: في المجنونة أوجه. الصحيح: أن الأب ـ والجد عند عدمه ـ يزوِّجانها، سواء كانت صغيرة أو كبيرة، بكراً أم ثيبًا. والثاني: لا يستقلان بتزويج الكبيرة الثيب، بل يشترط إذن السلطان بدلاً عن إذنها. والثالث: لا يزوَّج الثيبُ الصغيرة كما لو كانت عاقلة، والفرق على الصحيح أن البلوغ غاية تنتظر.

ثم لا يشترط في تزويجها ظهور الحاجة، بل يكفي ظهور المصلحة، بخلاف المجنون، لأن نكاحها يفيد المهر والنفقة، ويغرَّم المجنون.

وسواء التي بلغت مجنونة، ومن بلغت عاقلة ثم جُنَّت، بناءً على أن من بلغ عاقلاً ثم جُنَّ، فولاية ماله لأبيه، وهو الأصح. وإن قلنا: إنها للسلطان، فكذا التزويج.

وأما المجنونة التي لا أب لها ولا جد، فإن كانت صغيرة، لم تزوج، إذ لا إجبار لغير الأب والجد، ولا حاجة لها في الحال. وإن كانت بالغة، ففيمن يزوجها وجهان. أحدهما: القريب كالأخ والعم، لكن لا ينفرد به، بل يشترط إذن السلطان مقام إذنها. فإن امتنع القريب، زوجها السلطان كما لو عضلها. وأصحهما: يزوجها السلطان كما يلي مالها، لكن يراجع أقاربها، لأنهم أعرف بمصلحتها وتطييبًا لقلوبهم، وهذه المراجعة واجبة، أم مستحبة؟ وجهان. صحح البغوي الوجوب، وضعفه الإمام. فإن أوجبنا المشاورة، فلم يشيروا بشيءٍ، استقلَّ السلطان. ويجري الوجهان في وجوب المشاورة في تزويج المجنون. ثم من ولي نكاحها من السلطان أو القريب، يزوج عند ظهور الحاجة بأن تظهر علامات غلبة شهوتها، أو يقول أهل الطب: يرجى بتزويجها الشفاء.

أما إذا لم تظهر، وأراد التزويج لكفاية النفقة، أو لمصلحة أخرى، فهل يجوز كما يجوز للأب بمجرد المصلحة؟ أم لا لأن تزويجها يقع إجباراً وليس هو لغير الأب والجد؟ فيه وجهان. أصحهما: الثاني. قال الإمام: واتفق الأصحاب على الاكتفاء بالمصلحة في تزويج الأب والجد.

Marfat.com

فرع: البالغ المنقطع جنونه، لا يصح تزويجه حتى يفيق فيأذن، ويشترط وقوع العقد في حال إفاقته. فلو عاد الجنون قبل العقد، بطل الإذن، كما تبطل الوكالة بالجنون، وهكذا الثيب المنقطع جنونها. وأما المغلوب على عقله بمرض، فتنتظر إفاقته، فإن لم تتوقع إِفاقته، فكالمجنون.

السبب الرابع: السفه. فالمحجور عليه لسفه، لا يستقل بالتزوج، بل يراجع الولي ليأذن أو يزوجه. فإن أذن له الولي فتزوج، جاز على الصحيح، وعن أبي الطيب بن سلمة وغيره: أنه لا يجوز كالصبي.

فعلى الصحيح، إن عين له امرأة، لم يصح نكاح غيرها، ولينكحها بمهر المثل أو أقل. فحكى ابن القطان قولاً مخرجًا: أن النكاح باطل. والمشهور صحته، لأن خلل الصداق لا يفسد النكاح. فعلى هذا، تبطل الزيادة، ويجب مهر المثل. وقال ابن الصباغ: القياس بطلان المسمى ووجوب مهر المثل.

والفرق أن على التقدير الأول تستحق الزوجة مهر المثل من المعيَّن، وعلى قوله يجب مهر المثل في الذمة.

وإن قال له الولي: انكح امرأة من بني فلان، فلينكح واحدة منهن بمهر المثل. ولو قدَّر المهر، ولم يعيّن المرأة، فقال: انكح بألف، فلينكح امرأة بألف. فإن كان مهر مثلها ألفًا فأكثر، فالنكاح صحيح بالمسمى. وإن كان أقل، صح النكاح بمهر المثل، وسقطت الزيادة. وإن نكح بألفين، فإن كان مهر مثلها أكثر من ألف، لم يصح النكاح، لأن الولي لم يأذن في أكثر من ألف. وفي الرد إلى ألف إضرار بها. وإن كان مهر مثلها ألفًا أو أقل، صح النكاح بمهر المثل، وسقطت الزيادة.

وعن تخريج ابن خيران وابن القطان، أنه متى زاد على ما أذن به الولي، بطل النكاح بكل حال.

ولو جمع الولي في الإذن بين تعيين المرأة وتقدير المهر، فقال: انكحْ فلانة بألف، فإن كان مهر مثلها دون الألف، فالإذن باطل. وإن كان ألفًا، فنكحها

بألف أو أقل، صح النكاح بالمسمى. وإِن زاد، سقطت الزيادة. وإن كان مهر مثلها أكثر من ألف، فإن نكح بألف، صح النكاح بالمسمى، وإن زاد، لم يصح النكاح، هكذا ذكره البغوي.

أما إذا أطلق الولي الإذن، فقال: تزوَّجْ، فوجهان. أحدهما: وهو محكي عن أبوي علي: ابن خيران، والطبري. وعن الداركي، أنه يلغو الإذن، ولا بد من تعيين امرأة، أو قبيلة، أو مهر. وأصحهما: يكفي الإطلاق كالعبد. فعلى هذا، لو تزوج بأكثر من مهر المثل، صح النكاح، وسقطت الزيادة. وإِن تزوج بمهر المثل أو أقل، صح النكاح بالمسمى. لكن لو نكح شريفة يستغرق مهر مثلها ماله، فوجهان حكاهما ابن كج. اختيار الإمام وبه قطع الغزالي: أنه لا يصح النكاح، بل يتقيد بموافقة المصلحة. ذكر ابن كج تفريعًا على اعتبار الإذن المطلق وجهين فيما لو عين الولي امرأة فعدل السفيه إِلى غيرها فنكحها بمثل مهر المعينة، لأنه لا غرض للولي في أعيان الزوجات.

فرع: قال: انكحْ من شِئتَ بما شِئتَ، ذكر بعضهم أنه يبطل الإذن، لأنه رفع الحجر بالكلية.

فرع: قال ابن كج: الإذن للسفيه في النكاح، لا يفيده جواز التوكيل، لأنه لم يرفع الحجر.

فرع: أما إذا قبل الولي النكاح للسفيه، ففي اشتراط إذن السفيه وجهان. أحدهما: لا، لأنه فوض إليه رعاية مصلحته. فإذا عرف حاجته، زوَّجه كما يكسوه ويطعمه. وبهذا قال الشيخ أبو حامد والعراقيون. وأصحهما: نعم، لأنه حر مكلف.

وقد نص الشافعي رحمه الله في «المختصر»: أن السفيه يزوجه وليه، فربما استأنس به الأوَّلون، وحمله الآخِرون على أصل التزويج، ثم يراعى شرطه، ونقل الربيع: أنه لا يزوجه وليه، واتفقوا على أنه ليس اختلاف قول، بل حمل قوم رواية الربيع على القيِّم الذي لم يأذن له الحاكم في التزويج، وبعضهم على

ما إِذا لم يحتج السفيه إلى النكاح. ثم إذا قبل له الولي النكاح، فليقبل بمهر المثل أو أقل، فإن زاد، كان كـما لو قبل الأب لابنه بأكثر من مهـر المثل. ففي قول: يبطل النكاح. والأظهر: أنه يصح بمهر المثل.

فرع: لو نكح السفـيه بغير إِذن الولي، فنـكاحه باطل، ويفرَّق بينهمـا. فإن كان دخل بها، فلا حدّ، للشبهة.

وفي المهر أوجـه. أصحهـا: لا يجب، كما لو اشـترى شيئًـا فأتلفه. وفـيه إشكال من جـهـة أن المهـر حق المرأة، وقـد تُزوَّج ولا علم لهـا بحـال الزوج. والثاني: يجب مهر المثل. والثالث: يجب أقل ما يتمول.

قلت: وإذا لم نوجب شـيئًا، فـفك الحجـر، فلا شيء عليـه على المذهب، كالصبي إذا وطىء ثم بلغ. وحكى الشاشي فيه وجهين. والله أعلم.

فرع: قال الأكثرون: يشترط في نكاح السفـيه حاجته إليه، وإلاّ، فهو إتلاف ماله بلا فائدة، وبنَوا على هذا أنه لا يزوِّجه إلاّ واحدة كالمجنون. قالوا: والحاجة بأن تغلب شهـوته، أو احتاج إلى من يخدمـه ولم تقم محرم بخدمـته، وكانت مؤن الزوجة أخف من ثمن جارية ومؤنها، ولم يكتفـوا في الحاجة بقول السفيه، لأنه قد يقصد إتلاف المال، بل اعتبـروا ظهور الأمارات الدالة على غلبة الشهوة. وحكى الإمام وجـهًا أنه يجـوز تزويجه بالمصلحـة كالصبي، ولم يـعتبـر الإمام والغزالي ظهور أمارات الشهوة، واكتفيا فيها بقول السفيه.

فرع: إذا طلب السفيه النكاح مع ظهور أمارة الحاجة إن اعتبرناه، أو دونه إن لم نعتبره، وجب على الولي إجابته. فإن امتنع فـتزوج السفيه بنفسه، فقد أطلق الأصحـاب في صحة النكاح وجـهين. أصحهـما عند المتـولي: لا يصح. وقال الإمام والغزالي: إذا امتنع الولي، فليراجع السفـيه السلطان كالمرأة المعضولة. فإن خفت الحاجة، وتعذَّرت مراجعة السلطان، ففي استقلال السفيه حينئذٍ الوجهان.

فرع: يصح طلاق المحجور عليه، فإن كان مِطلاقًا، سُرِّي بجارية.

Marfat.com

فرع: الكلام فيمن يلي أمر السفيه، سبق في «الحجر». وذكر أبو الفرج الزاز: أنه إن بلغ رشيدًا، ثم طرأ السفه، فنكاحه متعلق بالسلطان. وإن بلغ سفيهًا، فهل يفوض إلى السلطان، أم إلى الأب والجد؟ وجهان. وأطلق ابن كج أنه يزوجه القاضي، وأنه إن جعله في حجر إنسان، زوَّجه الذي هو في حجره. وقال الإمام: إن فوض إلى القيم التزويج، زوَّج، وإلا، فلا.

قلت: الأصح أنه إن كان له أب أو جد، فالتزويج إليه، وإلا، فلا يجوز أن يزوِّجه إلاّ القاضي ومن فوض إليه القاضي تزويجه. وممن صرح بهذا التفصيل وجزم به، الشيخ أبو محمد في شرح «المختصر». والله أعلم.

فرع: قال البغوي: إقرار السفيه بالنكاح لا يصح، لأنه ليس ممن يباشره، وهذا قد يشكل بإقرار المرأة.

فرع: للمحجور عليه بفلس النكاحُ، وتكون مؤنُه في كسبه، لا فيما في يده.

السبب الخامس: الرق. فنكاح العبد بغير إذن سيده باطل[1]، وبإذنه صحيح، سواء كان سيده رجلاً أو امرأة. ويجوز إذن سيده في امرأة معينة، أو واحدة من القبيلة، أو البلدة، ويجوز مطلقًا. وإذا قيد، فعدل العبد عن المأذون فيه، لم يصح نكاحه. وحكى الحناطي وجهًا أنه إن كان قدّر مهراً، فنكح غير المعينة به، أو بأقل، صح، والصحيح الأول. وإذا أطلق الإذن، فله نكاح حرة أو أمة، وفي تلك البلدة أو غيرها، وللسيد منعه من الخروج إلى البلدة الأخرى. ولو قدر مهراً، فزاد، فالزيادة في ذمته، يطلب بها إذا عتق.

---

(١) عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال: «أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر».
[حسن. أخرجه أبو داود (٢٠٧٨)، والترمذي واللفظ له (١١١١) وغيرهما].
ـ قال الترمذي ـ رحمه الله ـ:
والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم، أن نكاح العبد بغير إذن سيده لا يجوز.
وهو قول أحمد وإسحاق وغيرهما بلا اختلاف.

Marfat.com

ولو نكح بالمقدر امرأة مهرها أقل، فقد ذكر الحناطي فيه ثلاثة احتمالات. أصحها: صحة النكاح، ووجوب المسمى في الحال. والثاني: أن الزيادة على مهر مثلها، يطلب بها إذا عتق. والثالث: بطلان النكاح.

ولو رجع عن الإذن ولم يعلم به العبد حتى نكح، فهو على الخلاف في الوكيل، كذا ذكره ابن كج. ولو طلق العبد بعدما نكح بإذن سيده، لم ينكح أخرى إلا بإذن جديد.

ولو نكحها نكاحًا فاسدًا، فهل له نكاح أخرى؟ فيه خلاف لبني على أن الإذن يتناول الفاسد، أم يختص بالصحيح، ولهذا أصل سيأتي إن شاء الله تعالى.

فصل: هل للسيد إجبار العبد البالغ على النكاح؟ قولان. القديم: نعم. والجديد: لا. فإن كان صغيرًا، فالأصح أنه كالكبير. وقيل: يجبر قطعًا، واختاره ابن كج. والكبير المجنون كالصغير، فإن جوزنا الإجبار، فللسيد أن يقبل النكاح للبالغ، وله أن يكرهه على القبول، ويصح، لأنه إكراه بحق، كذا قاله البغوي. وقال المتولي: لا يصح قبوله كرهًا، ويقبل إقرار السيد على العبد بالنكاح كإقرار الأب على بنته.

ويجوز أن يزوج أمته بعبده الصغير والكبير، ولا يجب مهر.

وفي استحباب ذكره قولان. الجديد: استحبابه. وإذا طلب العبد النكاح، فليجبه السيد، ولا تجب الإجابة على الأظهر. فإن أوجبنا، فامتنع سيده، زوجه السلطان كالمعضولة. ولو نكح بنفسه، قال الإمام: هو كما لو طلب السفيه وامتنع الولي فنكح بنفسه. والمدبَّر والمعلق عتقه كالقن. ومن بعضه حر لا يجبر ولا يستقل، وفي وجوب إجابته الخلاف. والمكاتب لا يستقل، ولا يجبره السيد. ولو نكح بإذن السيد، صح على المذهب. وقيل: قولان كتبرعه. فإن صححنا، ففي وجوب إجابته الخلاف كالقن، وأولى بالوجوب. والعبد المشترك، هل لسيديه إجباره وعليهما إجابته؟ فيه الخلاف المذكور في الطرفين. ولو دعاه

Marfat.com

أحدهما إلى النكاح، وامتنع الآخر أو العبد، فلا إجبار. ولو طلب أحدهما مع العبد، وامتنع الآخر، فعن الشيخ أبي حامد: أنه كالمكاتب. وقال ابن الصباغ: لا تؤثر موافقة الآخر.

فرع: له إجبار أمته على النكاح، سواء الصغيرة والكبيرة، والبكر والثيب، والعاقلة والمجنونة. وإن طلبته، لم يلزمه إجابتها إن كانت ممن يحل له وطؤها، وكذا إن لم يحل على الأصح، كالأخت. ولو ملك أختين، فوطىء إحداهما، لم يجبر على تزويج الأخرى قطعًا، لأن تحريمها عليه لعارض.

والمدبرة والمعلق عتقها كالقنة، وكذا أم الولد على الصحيح. ومن بعضها حر، لا تُجبَر ولا يجبر سيدها أيضًا على الأصح. والمكاتبة لا تجبر، ولا تنكح دون إذنه. وفي وجوب إجابتها وجهان.

قلت: الأصح لا تجب. والله أعلم.

وفي وجه: لا تزوج أصلاً، لاختلال ملك المولى، وعدم استقلالها.

فرع: لا يزوج السيد أمة مكاتبه ولا عبدُه، ولا يزوجها المكاتب بغير إذن سيده، وبإذنه قولان كتبرعه.

فرع: إذا كان لعبده المأذون له في التجارة أمة، فإن لم يكن على العبد دين، جاز للسيد تزويجها بغير إذن العبد على الأصح. وقيل: لا، إلاّ أن يعد الحجر عليه، لاحتمال أن يحدث دين ولا يفي ما في يده به. وإن كان عليه دين، وزوَّجها بإذن العبد والغرماء، صح. وإن زوَّج بإذنه دونهم، أو بإذنهم دونه، لم يصح على الأصح. وبيع السيد ووطؤه وهبته هذه الجارية، كتزويجها في حالتي قيام الدَّين وعدمه. وإذا وطىء بغير إذن الغرماء، فهل عليه المهر؟ وجهان.

قلت: لعل أصحهما الوجوب، لأن مهرها مما يتعلق به حق الغرماء، بخلاف وطئه المرهونة. والله أعلم.

فإن أحبلها، فالولد حر، والجارية أم ولدٍ إن كان موسرًا. وإن كان معسرًا،

Marfat.com

لم تصر أم ولد، بل تباع في الدين. فإن ملكها بعدُ، فالحكم كما سبق في المرهونة، وكذا الحكم في استيلاد الجارية الجانية وفي استيلاد الوارث جارية التركة إذا كان على المورث دين. وإذا لم نحكم باستيلاد في الحال، وجب قيمة ولد جارية العبد المأذون، وجارية التركة، ولا يجب في ولد الجانية والمرهونة، لأن حق المجني عليه والمرتهن لا يتعلق بالولد.

ولو أعتق عبد المأذون، وعلى المأذون دين، أو أعتق الوارث عبد التركة، وعلى المورث دين، قال البغوي: قيل في نفوذ العتق قولان، كإعتاق المرهون. والمذهب: أنه إن كان معسراً، لم ينفذ. وإن كان موسراً، نفذ كالاستيلاد، وعليه أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد، كإعتاق العبد الجاني.

فرع: تزويج من تعلق برقبتها مال، لا يجوز بغير إذن المجني عليه إن كان السيد معسراً. وإن كان موسراً، جاز على أحد الوجهين، وكان اختياراً للفداء.

قلت: الجواز أصح. والله أعلم.

فرع: تزويج السيد أمته، هل هو بالملك، أم بالولاية؟ وجهان. أصحهما: بالملك. ويتفرع عليهما صور.

منها: إذا سلبنا الفاسق الولاية، زوّجها إن قلنا بالملك، وإلاّ فلا.

ومنها: إذا كان لمسلم أمة كتابية، فله تزويجها على المذهب، وهو المنصوص، وإنما يتصور تزويجه إياها بعبد أو حرٍّ كتابي إذا حلَّلناها لهما.

ومنها: إذا كان للكافر أمة مسلمة، أو أم ولد، قال ابن الحداد: يزوِّجها بالملك، والأصح المنع.

ولو كان لمسلم أمة مجوسية أو ذمية، فهل له تزويجها؟ وجهان. صحح الشيخ أبو علي الجواز، وقطع البغوي بالمنع. وما ذكرناه من الخلاف في أن تزويج الأمة بالملك، أم بالولاية، لا يجري في تزويج العبد إلا إذا قلنا: للسيد إجباره. فلو كان للكافر عبد مسلم، ورأينا الإجبار، ففي إجباره إياه الخلاف في

Marfat.com

كونه يزوج أمته المسلمة. وإن لم نر الإجبار، لم يستقل العبد، ولكن يأذن له السيد ليسقط حقه فيستقل العبد حينئذٍ، كما تأذن المرأة لعبدها فيتزوج وإن كانت ليست أهلاً للتزويج.

ومنها: قال المتولي: للمكاتب تزويج أمته إن قلنا بالملك، وإلا، فلا.

فصل: عبد الصبي والمجنون والسفيه، لا يزوِّجه وليهم على الصحيح. وقيل: يجوز، فقد تقتضيه مصلحة.

ولو طلب عبدهم التزويج، فإن لم نجبر السيد الرشيد، لم يجز لوليهم الإجابة. وإن أجبرناه، فعلى وليهم الإجابة.

وأما أمة الصبي والمجنون والسفيه، فيجوز لوليهم تزويجها على الأصح إذا ظهرت الغبطة. وقيل: لا. وقيل: تزوج أمة الصبية دون الصبي، فقد يحتاج إليها إذا بلغ. فإن جوزنا، قال الإمام: يجوز تزويج أمة الثيب الصغيرة وإن لم يجز تزويجها، ولا يجوز للأب تزويج أمة البكر البالغة وإن كان يقهرها. وفيمن يزوج أمة الصغير والمجنون وجهان. أحدهما: ولي ماله نسيبًا كان أو وصيًّا أو قيمًا كسائر التصرفات. وأصحهما: أنه ولي النكاح الذي يلي المال. وعلى هذا، غير الأب والجد لا يزوج أمة الصغير والصغيرة، والأب لا يزوج أمة الثيب الصغيرة، فإن كانت مجنونة، زوَّج. وإن كانت لسفيه، فلا بدَّ من إذنه.

فرع: أمة المرأة، إن كانت مالكتها محجوراً عليها، فقد سبق بيانها، وإلا، فيزوجها ولي المرأة تبعًا لولايته عليها، وسواء الولي بالنسب وغيره، والأمة العاقلة والمجنونة، الصغيرة والكبيرة، ولا حاجة إلى إذن الأمة، ويشترط إذن مالكتها نطقًا وإن كانت بكراً، إذ لا تستحي.

فصل: أعتق في مرضه أمة، قال ابن الحداد: لا يجوز لوليها الحر كالأب والأخ تزويجها حتى يبرأ أو يموت، وتخرج من ثُلثه، لأنها إنما تعتق كلها على هذين التقديرين، ووافقه على هذا جماعة، منهم ابن كج وقال ابن سريج وأبو

Marfat.com

زيد والأكثرون: يجوز لوليها تزويجها، لأنها حرة في الظاهر، فعلى هذا النكاحُ صحيح ظاهراً. فإن تحققنا بعد ذلك نفوذ العتق، تحقَّقنا مضي النكاح على الصحة، وإلا، فإن ردَّ الورثة أو أجازوا، وقلنا: الإجازة عطية منهم، بان فساد النكاح، وإلا، بان صحته.

ثم إن لم يكن للمعتق مال سواها، فالمسألة على ما ذكرنا. وإن كان له مال يفي ثلثه بقيمتها، فمقتضى كلام ابن الحداد وجماهير الناقلين، أنه كذلك. قال الإمام: ويجوز أن يقال: على مقتضى قول ابن الحداد النكاح هاهنا محمول على الصحة، ويجوز خلافه، لضعف ملك المريض. قال الشيخ أبو علي: ومفهوم كلام ابن الحداد أنه إذا لم يكن لها ولي غير السيد، فزوَّجها، صح، لأنها إن لم تخرج من الثلث، فهو ولي ما عتق بالولاء، ومالك ما لم يعتق. فإن زوَّجها السيد، ولها ولي مناسب، إن كان بإذنه، صح قطعًا، وإلا، فلا قطعًا.

□□□

Marfat.com

الباب السادس

في موانع نكاحها

قد سبق في الركن الثاني من الباب الـثالث، الإشارة إلى بيان الموانع. ومنها ما نتكلم في إيضاحه في غير الباب، ككونها ملاعنة، ومعظمها نبسط الكلام فيه هنا إن شاء الله تعالى، ويجمعها أربعة أجناس.

(الجنس) الأول: المحرمـية، وهي الوصلة المحـرِّمة للنكاح أبدًا، ولـها ثلاثة أسباب: القرابة، والرضاع، والمصاهرة.

السبب الأول: القرابة، ويحرم منهـا سبع: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعـمّات، والخـالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت، ولا تحـرم بنات الأعمـام والعمـات والأخوال والخالات، قُربْن أم بـعدن، والمراد بالأم: كل أنثى ولدتك، أو ولدت من ولدك، ذكـرًا كان أو أنثى، بواسطة أم بغـيرها. وإن شـئت قلت: كل أنثى ينتهي إليها نسبك بالولادة بواسطة أم بغيرها. وبنتك: كل أنثى ولدتها، أو ولدت من ولدها، ذكرًا كـان أو أنثى، بواسطة أم بغيـرها. وإن شئت قلت: كل أنثى ينتهي إليك نسبها بالولادة، بواسطة أم بغيرها. وأختك: كل أنثى ولدها أبواك أو أحدهما. وبنت أخيك وبنت أختك منهما، كبنتك منك. وعمتك: كل أنثى هي أخت ذكر ولدَك، بواسطة أو بغيرها، وقد تكون من جهة الأم، كأخت أب الأم. وخـالتك: كل أنثى هي أخت أنثى ولدتك بواسطة أو بغـيرها، وقـد تكون من جهة الأب، كأخت أم الأب، وعبر الأصحاب عنهن بعبارتين.

إحداهما: قال الأستاذ أبو إسحاق: يحـرم عليه أصُوله، وفصوله، وفصُول أول أصوله، وأول فصل من كل أصل بعده، أي بعد أول الأصول.

فالأصول: الأمهات. والفصـول: البنات. وفصول أول الأصول: الأخوات

Marfat.com

وبنات الأخ والأخت. وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول: العمات والخالات.

الثانية: قال الأستاذ أبو منصور البغدادي: تحرم نساء القرابة، إلاّ من دخلت في اسم ولد العمومة أو ولد الخؤولة. وهذه العبارة أرجح، لإيجازها، ولأن الأولى لا تنص على الإناث، لأن لفظ الأصول والفصول يتناول الذكور والإناث، ولأن اللائق بالضابط أن يكون أقصر من المضبوط، والأولى بخلافه.

فرع: زنا بامرأة، فولدت بنتًا، يجوز للزاني نكاح البنت، لكن يكره. وقيل: إن تيقن أنها من مائه، إن تصور تيقنه، حرمت عليه. وقيل: تحرم مطلقًا. والصحيح: الحِلُّ مطلقًا. والبنت التي نفاها باللعان، تحرم عليه إن كان دخل بأمها، وكذا إن لم يدخل (بها) على الأصح. قال المتولي: وعلى هذا، ففي وجوب القصاص بقتلها، والحد بقذفها، والقطع بسرقة مالها، وقبول شهادته لها الوجهان.

قلت: وسواء طاوعته على الزنا أو أكرهها. والله أعلم.

السبب الثاني: الرضاع، فيحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، فكل من أرضعتك، أو أرضعت من أرضعتك، أو أرضعت من ولدك بواسطة أو غيرها، فهي أمك. وكذلك كل امرأة ولدت المرضعة أو الفحل، وكل امرأة ارتضعت بلبنك أو بلبن من ولدته، أو أرضعتْها امرأة ولدتها أنت، فهي بنتك. وكذلك بناتها من النسب والرضاع. وكل امرأة أرضعتها أمك، أو ارتضعت بلبن أبيك، فهي أختك. وكذلك كل امرأة ولدتها المرضعة أو الفحل وأخوات الفحل والمرضعة وأخوات من ولدهما من النسب والرضاع، عماتك وخالاتك. وكذلك كل امرأة أرضعتها واحدة من جداتك، أو ارتضعت بلبن جدٍّ لك من النسب والرضاع، وبنات أولاد المرضعة والفحل من النسب والرضاع، بنات أخيك وأختك. وكذلك كل أنثى أرضعتها أختك، أو ارتضعت بلبن أخيك، وبناتها وبنات أولادها من النسب والرضاع، بنات أخيك وأختك. وبنات كل ذكر

Marfat.com

أرضعته أمك، أو ارتضع لبن أبيك، وبنات أولاده من النسب والرضاع، بنات أخيك. وبنات كل امرأة أرضعتها أمك، أو ارتضعت لبن أبيك، وبنات أولادها من النسب والرضاع، بنات أختك.

فرع: أربع نسوة يحرمن في النسب، وفي الرضاع قد يحرمن، وقد لا يحرمن.

إحداهن: أم الأخ والأخت في النسب حرام، لأنها أم، أو زوجة أب، وفي الرضاع إن كانت كذلك حرمت، وإلا، فلا، بأن أرضعت أجنبية أخاك أو أختك.

الثانية: أم نافلتك في النسب، حرام لأنها بنتك، أو زوجة ابنك، وفي الرضاع قد لا تكون بنتًا ولا زوجة ابن، بأن أرضعت أجنبية نافلتك.

الثالثة: جدة ولدك في النسب، حرام، لأنها أمك، أو أم زوجتك، وفي الرضاع قد لا تكون كذلك، بأن أرضعت أجنبية ولدك، فإن أمها جدته، وليست بأمك، ولا بأم زوجتك.

الرابعة: أخت ولدك حرام، لأنها بنتك أو ربيبتك. وإذا أرضعت أجنبية ولدك، فبنتها أخته، وليست بنتك ولا ربيبتك، ولا تحرم أخت الأخ في النسب، ولا في الرضاع. وصورته في النسب: أن يكون لك أخت لأم، وأخ لأب، فيجوز له نكاحها. وفي الرضاع: امرأة أرضعتك وأرضعت صغيرة أجنبية منك، يجوز لأخيك نكاحها. وهذه الصور الأربع مستثناة من قولنا: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

قلت: كذا قال جماعة من أصحابنا: تستثنى الصور الأربع. وقال المحققون: لا حاجة إلى استثنائها، لأنها ليست داخلة في الضابط، ولهذا لم يستثنها الشافعي وجمهور الأصحاب رضي الله عنهم، ولا استثنيت في الحديث الصحيح «يحرم من

Marfat.com

الرضاع ما يحرم من النسب»[1] لأن أم الأخ لم تحرم لكونها أم أخ، وإنما حرمت لكونها أمًّا أو حليلة أب، ولم يوجد ذلك في الصورة الأولى، وكذا القول في باقيهن. والله أعلم.

السبب الثالث: المصاهرة، فيحرم بها على التأبيد أربع.

إحداهن: أم زوجتك، وأم زوجتك منها كأمك منك، وسواء أمهات النسب والرضاع.

الثانية: زوجة ابنك وابن ابنك وإن سفل بالنسب والرضاع، وقول الله تعالى: ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾ [النساء:٢٣] المراد به أنه لا تحرم زوجة من تبنّاه.

الثالثة: زوجة الأب والأجداد وإن علَوا من قبل الأب والأم جميعًا، وتحرم زوجة الأب من الرضاع.

الرابعة: بنت الزوجة، وبنت زوجتك منها كبنتك منك، سواء بنت النسب والرضاع، وتحرم الثلاث الأوليات بمجرد العقد، بشرط أن يكون صحيحًا. فأما النكاح الفاسد، فلا يتعلق به حرمة المصاهرة، لأنه لا يفيد حِلّ المنكوحة، وحرمة غيرها فرع لحلها.

وأما الرابعة، وهي بنت الزوجة، فلا تحرم إلا بالدخول بالزوجة. وحكى الشيخ أبو عاصم العبادي وابنه أبو الحسن عن أبي الحسن أحمد بن محمد الصابوني من أصحابنا: أن أم الزوجة لا تحرم إلا بالدخول بالزوجة كالربيبة، وهو شاذ ضعيف.

فرع: لا تحرم بنت زوج الأم، ولا أمه، ولا بنت زوج البنت، ولا أمه، ولا

---

(١) صحيح البخاري (٢٦٤٥)، وصحيح مسلم (١٤٤٥) (٩) وغيرهما من حديث عائشة رضي الله عنها. راجع إرواء الغليل (١٨٧٦).

أم زوجة الأب، ولا بنتها، ولا أم زوجة الابن،ولا بنتها، ولا زوجة الربيب ولا زوجة الرابّ.

فصل: مجرد ملك اليمين، لا يثبت شيئًا من هذه المحرمات، لكن الوطء فيه يثبتها، حتى تحرم الموطوءة على ابن الواطىء وأبيه، وتحرم عليه أم الموطوءة وبنتها. والوطء بشبهة النكاح الفاسد، والشراء الفاسد، ووطء الجارية المشتركة، وجارية الابن، يثبت حرمة المصاهرة، كما يثبت النسب، ويوجب العدة. وحكي قول: إن وطء الشبهة لا يثبت حرمة المصاهرة، كالزنا. والمشهور الذي قطع به الجمهور الأول، وذلك فيما إذا شملت الشبهة الواطىء أو الموطوءة. فإن اختصت الشبهة بأحدهما، والآخر زانٍ، بأن وطئها يظنها زوجته وهي عالمة، أو يعلم وهي جاهلة أو نائمة أو مكرهة، أو مكَّنت البالغة العاقلة مجنونًا أو مراهقًا عالمة، فوجهان. أصحهما: الاعتبار بالرجل، فتثبت المصاهرة إذا اشتبه عليه، كما يثبت النسب والعدة، ولا يثبت إذا لم يشتبه عليه، كما لا يثبت النسب والعدة. والثاني: تثبت المصاهرة في أيهما كانت الشبهة، وعلى هذا وجهان. أحدهما: يختص بمن اختصت الشبهة به. فإن كان الاشتباه عليه، حرم عليه أمها وبنتها، ولا تحرم على أبيه وابنه. وإن كان الاشتباه عليها، حرمت على ابنه وأبيه، ولا تحرم عليه أمها وبنتها. والثاني: أنها تعم الطرفين كالنسب.

فرع: الوطء في النكاح وملك اليمين، كما يوجب الحرمة، يوجب المحرميَّة، فيجوز للواطىء الخلوة والمسافرة بأم الموطوءة وبنتها، والنظر إليها، ولابنه الخلوة والمسافرة بالموطوءة والنظر. وفي وطء الشبهة وجهان. ويقال: قولان. أصحهما عند الإمام كذلك، لأن الشبهة تثبت النسب والعدة، فكذا المحرمية. وأصحهما عند الجمهور: المنع، وحكَوه عن نصه في «الإملاء».

فرع: الزنا لا يثبت المصاهرة، فللزاني نكاح أم المزني بها وبنتها، ولأبيه وابنه نكاحها. ولو لاط بغلام، لم يحرم على الفاعل أم الغلام وبنته. ولو ملك جارية

محرمة عليه برضاع أو مصاهرة، فوطئها، فإن لم نوجب به الحد، ثبتت المصاهرة. وإن أوجبناه، فلا.

فرع: المفاخذة، والقبلة، والمس، هل هي كالوطء فتثبت المصاهرة وتحرِّم الرَّبيبة في النكاح؟ فيه قولان. أظهرهما عند البغوي والروياني: نعم. وأظهرهما عند ابن أبي هريرة وابن القطان والإمام وغيرهم: لا. والقولان فيما إذا جرى ذلك بشهوة. فأما المس بغير شهوة، فلا أثر له على المذهب، وبه قطع الجمهور. قال الإمام: ومنهم من أطلق القولين في الملامسة. وأما النظر بشهوة، فلا يثبت المصاهرة على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقيل: قولان. وقيل: إن نظر إلى الفرج، فقولان، وإلا، فلا.

فرع: إذا استدخلت ماء زوجها أو أجنبي بشبهة، ثبتت المصاهرة والنسب والعدة، دون الإحصان والتحليل. وفي تقدير المهر ووجوبه للمفوضة وثبوت الرجعة والغسل والمهر في صورة الشبهة وجهان. أصحهما: المنع. ولو أنزل أجنبي بزنا، لم يثبت باستدخاله المصاهرة ولا النسب. وإن أنزل الزوج بالزنا، حكى البغوي أنه لا يثبت النسب ولا المصاهرة ولا العدة. وقال من عند نفسه: وجب أن تثبت هذه الأحكام كما لو وطىء زوجته يظن أنه يزني.

فرع: ما أثبت التحريم المؤبد إذا طرأ على النكاح، قطعه. فلو نكح امرأة، فوطئها أبوه أو ابنه بشبهة، أو وطىء هو أمها أو بنتها بشبهة، انفسخ نكاحها.

وفي المولَّدات لابن الحداد فرعان يتعلقان بهذا الأصل.

أحدهما: نكح امرأة ونكح ابنه ابنتها، ووطىء كل واحد منهما زوجة الآخر غالطًا، انفسخ النكاحان. وهذا تفريع على المشهور أن وطء الشبهة كالوطء في ملك، ويجب على كل واحد منهما مهر المثل للتي وطئها بالشبهة. ثم إن سبق وطء الأب، فعليه لزوجته نصف المسمى، لأنه الذي رفع نكاحها، فهو كما لو طلقها قبل الدخول. وهل يجب على الابن لزوجته نصف المسمى؟ فيه أوجه.

قال ابن الحداد: لا، إذ لا صنع له. وقال آخرون: نعم، إذ لا صنع لها. وقال الشيخ أبو علي: إن كانت زوجة الابن نائمة، أو صغيرة لا تعقل، أو مكرهة، وجب. وإن كانت عاقلة طاوعت الأب تظنه زوجها، فلا شيء لها. فإن أوجبنا، رجع الابن على أبيه، لأنه فوّت نكاحه. وهل يرجع بمهر المثل، أم بنصفه، أم بما غرم؟ فيه ثلاثة أقوال نوضحها في «كتاب الرضاع» إن شاء الله تعالى.

وأما إن سبق وطء الابن، فعليه لزوجته نصف المسمى.

وهل يلزم الأب لزوجته نصف المسمى؟ فيه الأوجه. فإن ألزمناه، رجع على الابن كما ذكرنا. ولو وقع الوطآن معًا، فعلى كل واحد نصف ما سمى لزوجته. وهل يرجع على الآخر؟ وجهان.

قال القفال: يرجع كل واحد على صاحبه بنصف ما كان يرجع به لو انفرد، ويهدر نصفه كالاصطدام، فإنها حرمت بفعلهما، وقال الشيخ أبو علي: لا يرجع بشيء.

(الفرع) الثاني: نكح امرأتين في عقد، فبانت إحداهما أم الأخرى، بطل النكاحان. ولا شيء لواحدة منهما، إلاّ أن يطأ، فيجب مهر المثل. ولو نكحهما في عقدين، ووطىء إحداهما، ثم بان الحال، نظر، إن سبق نكاح الأم، فإن كانت هي الموطوءة، فنكاحها بحاله، والأخرى محرَّمة. وإن كانت البنت هي الموطوءة، فالنكاحان باطلان، لأن البنت نكحها وعنده أمها، والأم أم موطوءة بشبهة، وله أن يتزوج البنت متى شاء، لأنها ربيبة لم يدخل بأمها، ويجب للبنت مهر المثل، وللأم نصف المسمى. وإن سبق نكاح البنت، فإن كانت هي الموطوءة، فنكاحها بحاله، والأم حرام أبدًا. وإن كانت الموطوءة الأم، بطل النكاحان، وحرمتا أبدًا، وللأم مهر المثل، وللبنت نصف المسمى. وإن أشبهت الموطوءة، وعرفت التي سبق نكاحها، ثبت نكاح السابقة، لأن الأصل استمرار صحته، وليس له نكاح الثانية، لأن الأولى إن كانت بنتًا، فالثانية أم امرأته

Marfat.com

محرمة أبدًا. وإن كانت أمًّا، فليس له نكاح البنت وأمّها تحته. وإن ارتفع نكاح الأم بطلاق أو غيره، لم يحل له واحدة منهما، لأن إِحداهما محرمة أبدًا، فصار كاشتباه أخته بأجنبية. وإن اشتبه السابق من النكاحين، وعرفت الموطوءة، فغير الموطوءة محرمة أبدًا، والموطوءة يوقف نكاحها، وتمنع من نكاح غيره. وإِن طلبت الفسخ للاشتباه، فسخ كما في اشتباه الأوليين. وإن اشتبه السابق من النكاحين والموطوءة، وقف عنهما، لاحتمال سبق البنت والدخول بالأم، وليس له نكاح واحدة منهما، لأن إحداهما محرمة أبدًا.

ولو كانت المسألة بحالها، لكن وطئهما جميعًا، بطل النكاحان، وحرمتا أبدًا. ثم إن وطىء أولاً التي نكحها أولاً، فللأولى مهرها المسمى، وللثانية مهر المثل. وإن وطىء أولاً التي نكحها آخرًا، فلها مهر المثل، لأنه لم ينعقد نكاحها، وللمنكوحة أولاً جميع مهر المثل ونصف المسمى.

أمّا نصف المسمى، فلارتفاع نكاحها بسبب من الزوج. وأما جميع مهر المثل، فلأنه وطئها بشبهة بعد ارتفاع النكاح.

فصل: إذا اختلطت محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة بأجنبيات.

قال الأصحاب: إن كان الاختلاط بعدد لا ينحصر، كنسوة بلدة أو قرية كبيرة، فله نكاح واحدة منهن. قال الإمام: هذا ظاهر إن عمّ الالتباس. فأما إذا أمكنه نكاح من لا يشك فيها، فيحتمل أن يقال: لا ينكح من المشكوك فيهن. والمذهب أنه لا حجر. فإن كان الاختلاط بعدد محصور، فليجتنبهن. فلو خالف ونكح واحدة منهن، لم يصح على الأصح. قال الإمام: المحصور: ما عسر عدُّه على آحاد الناس. وقال الغزالي: كل عدد لو اجتمعوا في صعيد لعسر على الناظر عددهم بمجرد النظر كالألف، فهو غير محصور، وإن سهل كالعشرة، والعشرين، فمحصورٌ، وبين الطرفين أوساط يلحق بأحدهما بالظن، وما وقع فيه الشك، استفتي فيه القلب.

الجنس الثاني: ما يقتضي حرمة غير مؤبدة، ويتعلق بعدد، وهو ثلاثة أنواع.

الأول: الجمع بين الأختين من النسب أو الرضاع، سواء الأختان من الأبوين أو من أحدهما. فلو نكحهما، بطل نكاحهما. وإن نكحها مرتبًا، بطلت الثانية. فإن وطئها جاهلاً بالحكم، فعليها العدة ولها مهر المثل، وله وطء الأولى وإن كانت الثانية في العدة، لكن المستحب أن لا يفعل.

ولو طلق امرأته طلاقًا بائنًا، فله نكاح أختها في عدتها، وإن كان رجعيًّا، لم تحل أختها حتى تنقضي عدتها. فلو ادعى أنها أخبرته بانقضاء العدة، والوقت محتمل، وقالت: لم تنقض، فوجهان. أصحهما وهو نصه في «الإملاء»: أن له نكاح أختها. ولو طلق الأولى، لم يقع. ولو وطئها، لزمه الحد، لزعمه انقضاء عدتها. وقال الحليمي والقفال: ليس له نكاح أختها، لأن القول قولها في العدة. وعلى هذا، لو طلقها وقع. ولو وطئها، فلا حد، وتجب النفقة على الوجهين، لأنه لا يقبل قوله في إسقاط حقها. ولو طلق زوجته الأمة طلاقًا رجعيًّا، ثم اشتراها، فله نكاح أختها في الحال، وكذا لو اشتراها قبل الطلاق، لأن ذلك الفراش انقطع.

فرع: يحرم الجمع بين المرأة وبنْت أخيها وبنات أولاد أخيها، وكذا بين المرأة وبنت أختها وبنات أولاد أختها، سواء كانت العمومة والخؤولة من النسب أو الرضاع.

وضبط تحريم الجمع بعبارات.

إحداهن: يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاع ولو كانت إحداهما ذكرًا لحرمت المناكحة بينهما.

الثانية: يحرم بين كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاع يقتضي المحرمية.

الثالثة: يحرم بين كل امرأتين بينهما وصلة قرابة أو رضاع لو كانت تلك الوصلة بينك وبين امرأة لحرمت عليك. وقصدوا بقيد القرابة والرضاع الاحتراز عن الجمع بين المرأة وأم زوجها وبنت زوجها، فإن هذا الجمع غير محرم وإن كان يحرم النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكرًا، لكنه ليس بقرابة ولا رضاع، بل

مصاهرة، وليس فيها رحم يحذر قطعها، بخلاف الرضاع والقرابة.

فرع: يحرم الجمع بين المرأة وبنتها، لدخولهما في الضابط. فلو نكحهما معًا، بطل نكاحهما.

ولو نكحهما في عقدين، فالثانية باطلة. فإن كانت الثانية البنت، جاز أن ينكحها إن فارق الأم قبل الدخول.

فرع: يجوز الجمع بين بنت الرجل وربيبته، وبين المرأة وربيبة زوجها من امرأة أخرى، وبين أخت الرجل من أمه وأخته من أبيه، لأنه لا تحرم المناكحة بتقدير ذكورة أحدهما.

فصل: كل امرأتين يحرم الجمع بينهما في النكاح، يحرم الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين، لكن يجوز الجمع بينهما في نفس الملك. فإذا اشترى أختين أو امرأة وعمتها أو خالتها معًا، أو متعاقبتين، صح الشراء، وله وطء أيتهما شاء. فإذا وطىء واحدة، حرم عليه وطء الأخرى، لكن لا يجب به الحد، لأن له طريقًا إلى استباحتها، بخلاف ما لو وطىء أخته من الرضاع وهي ملكه، فإنه يحد على قول، لأنه لا يستبيحها بحال، ثم الثانية تبقى حرامًا كما كانت، والأولى حلالاً كما كانت، فلا يحرِّم الحرام الحلال، لكن يستحب أن لا يطأ الأولى حتى يستبرىء الثانية.

وعن أبي منصور بن مهران أستاذ الأودني، أنه إذا أحبل الثانية، حلت، وحرمت الأولى، وهو غريب، ثم لا تزال غير الموطوءة محرمة عليه، حتى يحرم الموطوءة على نفسه، إما بإزالة ملك، كبيع كلها أو بعضها، أو هبة مع الإقباض، أو بالإعتاق، وإما بإزالة الحِلّ بالتزويج أو الكتابة، ولا يكفي الحيض والإحرام والعدة عن وطء شبهة، لأنها أسباب عارضة لم تزل الملك ولا الاستحقاق، فكذا الردة لا تبيح الأخرى، وكذا الرهن على الأصح.

ولو باع بشرط الخيار، فحيث يجوز للبائع الوطء، لا تحل به الثانية، وحيث لا يجوز وجهان. قال الإمام: الوجه عندي القطع بالحل، ولا يكفي استبراء

Marfat.com

الأولى، لأنه لا يزيل الفراش. وعن القاضي حسين، أن القياس الاكتفاء، لأنه يدل على البراءة. وعن القاضي أبي حامد قال: غلط بعض أصحابنا فقال: إذا قال: حرَّمتها على نفسي، حرمت عليه، وحلت الأخرى.

ثم إذا حرمها بالأسباب المؤثرة، فعاد الحل، بأن باعها، فردَّت عليه بعيب أو إقالة، أو زوَّجها فطلقت، أو كاتبها فعجزت، لم يجز له وطؤها حتى يستبرئها، لحدوث الملك. فإذا استبرأها، فإن لم يكن وطىء الثانية بعد تحريم الأولى، فله الآن وطء أيتهما شاء. وإن كان وطئها، لم يجز وطء العائدة حتى تحرم الأخرى.

فرع: الوطء في الدّبر كالقبل، فتحرم الأخرى به. وفي اللمس والقبلة والنظر بشهوة مثل الخلاف السابق في حرمة المصاهرة.

فرع: ملك أختين إحداهما مجوسية، أو أخته برضاع، فوطئها بشبهة، جاز وطء الأخرى، لأن الأولى محرمة. ولو ملك أمًّا وبنتها، ووطء إحداهما، حرمت الأخرى أبدًا، فلو وطىء الأخرى بعد ذلك جاهلاً بالتحريم، حرمت الأولى أيضًا أبدًا. وإن كان عالمًا، ففي وجوب الحد قولان. إن قلنا: لا، حرمت الأولى أيضًا أبدًا، وإلا، فلا.

فصل: ملكها ولم يطأ، أو وطىء ثم نكح أختها أو عمتها، صح النكاح، وحلت المنكوحة، وحرمت المملوكة. ولو نكح امرأة، ثم ملك أختها، فالمملوكة حرام، ويبقى حِلّ المنكوحة.

فصل: ارتدت الزوجة بعد الدخول، يحرم نكاح أختها وأربع سواها قبل انقضاء العدة، كالرجعية.

قال ابن الحداد: فلو قال لها: أنت طالق ثلاثًا، فله في الحال نكاح أختها، لحصول البينونة، وكذا الحكم لو ارتدت فخالعها في الردة.

ولو كان تحته صغيرة، وكبيرة مدخول بها، فارتدت الكبيرة، وأرضعت أمها

في عدتها الصغيرة، وقف نكاح الصغيرة. فإن أصرت الكبيرة حتى انقضت العدة، ففي نكاح الصغيرة، بحاله. وإن أسلمت في العدة، بطل نكاح الصغيرة.

وفي بطلان نكاح الكبيرة قولان نذكرهما إن شاء الله تعالى في نظير المسألة في الرضاع. قال الشيخ أبو علي: أظهرهما: لا يبطل كما لو نكح أختًا على أخت لا تبطل الأولى. وكذا الحكم لو كانت المرضعة أخت الكبيرة.

ثم على الزوج للصغيرة نصف المسمى، وللكبيرة تمامه، ويرجع الزوج على المرضعة بنصف مهر مثل الصغيرة على الأظهر، وبكلِّه في قول، وبجميع مهر مثل الكبيرة على الأظهر إن أبطلنا نكاحها.

النوع الثاني: في قدر العدد المباح، ولا يجوز للحر أن ينكح أكثر من أربع نسوة. فلو نكح خمسًا في عقد، بطل نكاحهن، وإن نكحهن مرتبًا، بطل الزيادة على الأربع الأوليات. ولو نكح خمسًا في عقد فيهن أختان، بطل فيهما، وفي البواقي قولاً تفريق الصفقة، والأظهر الصحة.

ولو نكح سبعًا فيهن أختان، بطل الجميع.

ولو كان تحته أربع فأبانهن، فله نكاح أربع بدلهن وإن كن في العدة. ولو أبان واحدة، فله نكاح أخرى في عدة المبانة.

ولو وطىء امرأة بشبهة، فله نكاح أربع في عدتها. ولو كانت المفارقة رجعية، لم تجز. وأما العبد، فلا يجوز أن يزيد على امرأتين.

فرع: لابن الحداد: نكح ست نسوة، ثلاثًا في عقد، وثنتين في عقد، وواحدة في عقد، ولم يعلم المتقدم، فنكاح الواحدة صحيح على كل تقدير، لأنها لا تقع إلاّ أولة، أو ثالثة، أو رابعة، فإنها لو تأخرت عن العقدين، كان ثانيهما باطلاً، فتقع هي صحيحة. وأما البواقي، فقال ابن الحداد: لا يثبت نكاحهن، لأن كل واحد من عقديهما يحتمل كونه متأخراً باطلاً، والأصل عدم الصحة.

Marfat.com

قال الشيخ أبو علي: ما ذكره ابن الحداد غلط عند عامة الأصحاب، بل يصح مع نكاح الواحدة، إما الثنتان، وإما الثلاث، وهو الذي سبق منهما، ولا نعرف عينه فيوقف، ويسأل الزوج، فإن ادعى سبق الثنتين وصدقتاه، ثبت نكاحهما. وإن ادعى سبق الثلاث، وصدقنه، فكذلك. وإِن قال: لا أدري، أو لم يبين، فلهن طلب الفسخ. وإن رضين بالضرر، لم ينفسخ، وعلى الزوج نفقة الجميع مدة التوقف، فإن مات قبل البيان، اعتدت من لم يدخل بها عدة وفاة، ومن دخل بها بأقصى الأجلين من وفاةٍ وأقراءٍ، ويدفع إلى الفردة ربع ميراث النسوة، لاحتمال صحة نكاح ثلاث معها، ثم يحتمل أن يكون الصحيح معها نكاح الثلاث، فلا يستحق غير الربع المأخوذ، ويحتمل صحة نكاح الثنتين، فيستحق الثلث، فيوقف ما بين الثلث والربع، وهو نصف سدس بين الواحدة والثلاث، لا حق للثنتين فيه، ويوقف الثلثان بين نصيب النسوة، بين الثنتين والثلاث، لا حق للواحدة فيه. فإن أردن الصلح قبل البيان، فالصلح في نصف السدس بين الواحدة والثلاث، وفي الثلثين بين الثلاث والثنتين.

وأما المهر، فللمفردة المسمى. وأما البواقي، فإن دخل بهن، قابلنا المسمى لإحدى الفرقتين ومهر المثل بالمسمى للفرقة الأخرى ومهر مثل الأولى، وأخذنا أكثر القدرين من التركة، ودفعنا إلى كل واحدة منهن الأقل من مسماها ومهر مثلها، ووقفنا الباقي.

مثاله: سمى لكل واحدة مائة، ومهر مثل كل واحدة خمسون، فمسمى الثلاث ومهر مثل الثنتين أربعمائة، وهي أكثر من مسمى الثنتين ومهر مثل الثلاث، فنأخذ من التركة أربعمائة، وندفع إلى كل واحدة خمسين، ونقف الباقي وهو مائة وخمسون (منها) مائة بين النسوة الخمس، وخمسون بين الثلاث والورثة، فإن بان صحة نكاح الثنتين، فالمائة لهما، والخمسون للورثة. وإن بان صحة الثلاث، فالمائة والخمسون لهن. وإن لم يدخل بواحدة، أخذنا من التركة أكثر المسميين، ولا نعطي في الحال واحدة شيئًا. والأكثر في المثال المذكور

ثلاثمائة، فنقف مائتين بين الثلاث والثنتين، ومائة بين الثلاث والورثة. وإن دخل بإحدى الفرقتين، أخـذنا الأكثر من مسمَّى المدخول بهن فـقط، ومن مهر مثلهن مع مسمى الفـرقة الأخرى، وأعطي الموطوءات الأقل من المسمى ومـهر مثلهن. ففي المثال المذكور، إن دخل بالثنتين، فمهر مـثلهما مع مسمى الثلاث أربعمائة، وذلك أكثـر من مسمى الثنتين، فنأخـذ أربعمائة، ونعطـي كل واحدة من الثنتين خمسين، ونقف مائة بينهمـا وبين الثلاث، ومائتين بين الثلاث والورثة. فإن بان صحـة نكاح الثنتين، دفعنا المائة إليهـما، والباقي للورثة. وإن بان صـحة نكاح الثلاث، دفعناها مع المائتين إليـهن، وإن دخل بالثلاث، فمهر مـثلهن مع مسمى الثنتين ثلاثمـائة وخمـسون، وذلك أكـثر من مـسمى الثـلاث، فنأخذ ثلاثمـائة وخـمسين، ونـعطي كل واحدة من الـثلث خمـسين منهـا، ونقف البـاقي وهو مائتان، منها مائة وخمسون بين الثنتين والثلاث، والباقي بين الثنتين والورثة. فإن بان صـحة نكاح الثـلاث، أعطيناهن مائة وخـمسين، والبـاقي للورثة. وإن بان صحة نكاح الثنتين، أعطيناهما المائتين.

قال الشـيخ أبو علي: فإن كانت المسألة بحـالها، ونكح أربعًا أخر فـي عقد رابع، ولم يعرف الترتيب، لم يحكم بصحة نكاح الواحدة، لاحتمال وقوعه بعد الأربع. فإن مات قبل البيان، وقفنا ميراث زوجات، ولا نعطي واحدة منه شيئًا. وأما المهر، فإن دخل بهن، أخـذنا لكل واحدة الأكثر من مسماها ومـهر مثلها، وأعطيناها أقلهما، ووقفنا الباقي بينها وبين الورثة. فإن لم يدخل بواحدة منهن، فيحتمل أن يكون الصحيح نكاح الأربع، ويحتمل أن تكون الواحدة مع الثلاث، أو مع الثنتين، فـينظر مهـر الأربع وحـده، ومهـر الواحدة مع الثـلاث، ثم مع الثنتين، ويؤخـذ أكـثر المقـادير الثـلاثة، ويوقف. وإن دخل ببـعـضهن، أخـذ للمدخول بها أكثر مهريها، وتعطى منه أقلهما، ويوقف الباقي بينها وبين الورثة، وأخذ لغير المدخول بها مسماها، فيوقف بينها وبين الورثة.

Marfat.com

النوع الثالث: استيفاء عدد الطلاق. فإذا طلق الحر زوجته ثلاثًا في نكاح أو أنكحة دفعة أو أكثر قبل الدخـول أو بعده، لم يحل له نكاحها حتى تنكح زوجًا غيره ويطأها ويفارقها وتنقضي عدتها منه، وإذا طلق العبد طلقتين، فكطلاق الحر ثلاثًا. ولو عتق بعد ذلك، لم يؤثر، ويشترط أن يكون الوطء في نكاح صحيح. وفي قول: يكفي الوطء في نكاح فـاسد. ومنهم من أنكره، ومنهم من طرده في وطء الشبهـة، والمذهب الأول. ويشترط تغيـيب جميع الحشـفة في الفرج، وبه تتعلق أحكام الوطء كلها. وقال البغوي: إن كانت بكراً، فأقله الافتضاض بآلته. ومن قطعت حشـفته، إن بقي من ذكره دون قـدرها، لم يحل. وإن بقي قدرها فقط، أحل. وإن بقي أكـثر من قدرها، كفى تغـييب قدر حشفـة هذا الشخص على الأصح. وقيل: يشترط تغييب جمـيع الباقي، سواء كان قوي الانتشار، أو ضعيفه فاستعان بأصبعه أو أصبعها، فإن لم يكن انتشار أصلاً، لتعنين أو شلل أو غيرهمـا، لم يحصل التحليل على الصـحيح، وبه قطع جمهـور الأصحاب في كتبهم، لعدم ذوق العُسيلة، وحصلـه الشيخ أبو محمد والغزالي، لحصول الوطء وأحكامه. واستدخال ذكر النائم وغيره يحلل، واستدخال الماء لا يحلل.

قلت: ولو لف على ذكره خرقة وأولج، حلل على الصحيح. والله أعلم.

فرع: يحصل التحـليل بكل زوج، حر مسلم، وعبـد، ومجنون، وخصي، وذمي إذا كانت المطلقـة ذمية، سواء كان المطلـق مسلمًا أو ذميًّا، ويشترط وطء الذمي في وقت لو ترافعوا إلينا لقررناهم على ذلك النكاح.

قلت: لا يشترط في تحليل الذميـة للمسلم وطء ذمي، بل المجوسي والوثني يحللانها أيضًا للمسلم، كما يحصنانها، صرح به إبراهيم المروذي. والله أعلم.

والصبي الـذي يتأتى منه الجـماع، كالبـالغ على المشهـور. والطفل الذي لا يتأتَّى منه، لا يحلل على الصحيح، وعن القفال، أنه يحلل.

قلت: هذا الوجه كالغلط المنابذ لقواعد الباب. ونقل الإمام اتفاق الأصحاب أنه لا يحلل. والله أعلم.

فرع: إذا كانت المطلقة ثلاثًا صغيرة، ووطئها زوج، حلت قطعًا. وقيل في التي لا تشتهى الوجهان كتحليل الصبي.

فرع: لو وطئها في إِحرامه أو إحرامها، أو الحيض، أو صوم رمضان، أو قبل التكفير عن ظهارها، أو ظانًّا أنها أجنبية، حلت، لأنه وطء زوج في نكاح صحيح. ولو وطئها وهي في عدة وطء شبهة وقع بعد نكاحه، حلت على الأصح. ولو وطئها في حال ردته أو ردتها، وعاد إلى الإسلام، لم تحل، نص عليه، لاضطراب النكاح، بخلاف سائر أسباب التحريم. واعترض المزني بأنه إن دخل بها قبل الردة، فقد حلت، وإلا، فتبين بنفس الردة. قال الأصحاب: تتصور العدة بلا دخول، بأن يطأها في الدبر أو فيما دون الفرج فسبق الماء، أم تستدخل ماءه، فتجب العدة، ولا تحل بهذه الأسباب، وكذا بالخلوة على القديم.

قلت: هذا الذي ذكره عن النص أنها لا تحل بالوطء في الردة، هو الصواب، وبه قطع جماهير الأصحاب. وقال صاحب «التلخيص»: إن اجتمعا في الإسلام قبل انقضاء العدة، حلت للأول، وتابعه عليه القفال، وليس بشيء. ولو طلقها رجعيًّا، باستدخال الماء قبل الدخول، ثم وطئها في العدة لم تحل للأول وإِن راجعها في العدة، نص عليه الشافعي والأصحاب، وقال إبراهيم المروذي: إذا قلنا: تحل بوطء الشبهة، فهنا أولى، وإلا، فلا تحل. والله أعلم.

فرع: نكحها على أنه إِذا وطئها بانت منه، أو نكحها إلى أن يطأها، أو على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما، فنكاح باطل، فإن شرط أنه إذا وطئها طلقها، فباطل أيضًا على الأظهر. وفي قول: يصح العقد، ويبطل الشرط، ويجب مهر المثل. ولو تزوج بلا شرط، وفي عزمه أن يطلقها إذا وطئها، كره، وصح العقد، وحلت بوطئه. ولو نكحها على أن لا يطأها إلاّ مرة، أو على أن لا يطأها نهارًا، فللشافعي رحمه الله في بطلان النكاح أو صحته دون الشرط نصان. وقيل: قولان. والمذهب أنهما على حالين. فالبطلان إذا شرطت الزوجة أن لا

Marfat.com

يطأها، والصحة إذا شرط الزوج أن لا يطأ، لأنه حقه، فله تركه والتمكين عليها.

ولو نكحها بشرط أن لا تحل له، فقال الإمام: يجب أن تلحق بشرط ترك الوطء. وقال الغزالي: ينبغي أن يفسد، للتناقض.

قلت: قول الغزالي أصح. والله أعلم.

وفي «فتاوى» القفال: أنه لو تزوج أمة على أن لا يملك الاستمتاع ببضعها، فكشرط أن لا يطأ. وإن تزوجها بشرط أن لا يملك بضعها، فإن أراد الاستمتاع، فكذلك. وإن أراد ملك العين، لم يضر. وجميع ما ذكرناه إذا شرطه في نفس العقد، ولو تواطآ في شيء من ذلك قبل العقد، وعقدا على ذلك القصد بلا شرط، فليس كالمشروط على الصحيح.

فرع: قال الأئمة: أسلمُ طريق في الباب، وأدفعُه للعار، أن تزوج بعبد صغير، وتستدخل حشفته، ثم تتملكه ببيع أو هبة ونحوهما، فينفسخ النكاح، ويحصل التحليل إن صححنا تحليل الصبي وجوزنا إجبار العبد الصغير على النكاح، وإلا، فلا.

فرع: إذا قالت المطلقة ثلاثًا: نكحت زوجًا آخر، فوطئني وفارقني، وانقضت عدتي منه، قبل قولها عند الاحتمال. وإن أنكر الزوج الثاني، وصدق في أنه لا يلزمه إلا نصف المهر، فكذلك، لأنها مؤتمنة في انقضاء العدة، والوطء يعسر إقامة البينة عليه. ثم إن ظن صدقها، فله نكاحها بلا كراهة. وإن لم يظنه، استحب أن لا يتزوجها. وإن قال: هي كاذبة، لم يكن له نكاحها. فإن قال بعده: تبينت صدقها، فله نكاحها.

قلت: قد حزم الفوراني بأنه إذا غلب على ظنه كذبها، لم تحل له. وتابعه الغزالي على هذا، وهو غلط عند الأصحاب، وقد نقل الإمام اتفاق الأصحاب على أنها تحل وإن غلب على ظنه كذبها إذا كان الصدق ممكنًا. قال: وهذا الذي قاله الفوراني غلط، وهو من عثرات الكتاب، ولعل الرافعي لم يحك هذا

Marfat.com

الوجه، لشدة ضعفه، ولقول الإمام: إنه غلط. قال إبراهيم المروذي: ولو كذبها الزوج والولي والشهود، لم تحل على الأصح. والله أعلم.

فرع: طلق زوجته الأمة، ثم اشتراها قبل وطء زوج، لا يحل له وطؤها بملك اليمين على الصحيح، لظاهر القرآن.

قلت: قال العلماء: الحكمة في اشتراط التحليل، التنفير من الطلاق الثلاث. والله أعلم.

الجنس الثالث من الموانع: رق المرأة، وهو ضربان. رقيقة يملكها، ورقيقة لا يملكها.

الضرب الأول: مملوكته، فليس له نكاح من يملكها أو بعضها. ولو ملك بعض زوجته، انفسخ نكاحه، وليس لها نكاح من تملك بعضه. ولو ملكت زوجها، انفسخ نكاحها.

الضرب الثاني: أمة غيره، فلا تحل للحر إلا بشروط.

أحدها: أن لا يكون تحته حرة يتيسر الاستمتاع بها مسلمة أو كتابية. وفي وجه: لا يمنع كون الكتابية تحته. فإن لم يتيسر الاستمتاع، بأن كانت تحته صغيرة، أو هرمة، أو غائبة، أو مجنونة، أو مجذومة، أو برصاء، أو رتقاء، أو مضناة لا تحتمل الجماع، فوجهان. أحدهما: يصح نكاح الأمة، وهذا أصح عند صاحب «المهذب» والقاضي حسين، وقطع به ابن الصباغ وجماعة من العراقيين. والثاني: المنع، وبه قطع الإمام والغزالي والبغوي. فعلى هذا، لا يصح نكاح الأمة حتى تبين منه الحرة.

(الشرط) الثاني: أن لا يقدر على نكاح حرة لعدم الحرة، أو عدم صداقها. فلو قدر على نكاح حرة رتقاء، أو قرناء، أو مجنونة، أو مجذومة، أو رضيعة، أو معتدة عن غيره، فله نكاح الأمة على الأصح.

ولو قدر على حـرة كتابيـة، لم تحل الأمة على الأصح، وقـول الله تعالى: ﴿ومن لم يَستَطِع مِنكُم طَوْلاً أن يَنكح المُحصنات المؤمنات﴾

قيد بالمؤمنات، لأنه الغالب، لا للاشتراط.

ولو قدر على حـرة غائبة، قال الأصـحاب: إن كان يخـاف العنت في مدة قطع المسافة، أو يلحقه مشقة ظاهرة بالخروج إليها، فله نكاح الأمة، وإلا، فلا. قال الإمام: المشقة المعتبرة، أن ينسب متحملها في طلب زوجه إلى الإسراف.

ولو لم يجد إلاّ حرة لا ترضى إلا بأكثر من مـهر مثلها، وهو واجده، فنقل البغوي: أنه لا ينكح أمة. ونقل المتولي جوازه. وقال الإمام والغزالي: إن كانت زيادة يعـدُّ بذلها إِسـرافًا، حلّت الأمـة، وإلا، فـلا. وفرقـوا بينه وبين الماء في التيمم، بأن الحاجة إلى الماء تتكرر، وبأن هذا الناكح لا يعد مغبونًا.

قلت: قطع آخرون بموافقة المتولي، وهو الأصح. والله أعلم.

ولو لم يقدر على مهر، ووجد حـرة ترضى بمهر مؤجل، وهو يتوقع القدرة عليه عند المحل، أو وجد من يبيعه نسيئة ما يفي بصداقها، أو وجد من يستأجره بأجرة معجلة، أو رضيت حرة بأن ينكـحها بلا مهر، حلت الأمة على الأصح. ولو أقرض مهـرها، لم يجب القبول على المذهب، لاحتمـال المطالبة في الحال. وقيل بالوجهين.

ولو رضيت حرة بدون مهر مثلها، وهو يجده، لم تحل الأمة على المذهب، لأن المنَّة فيه قليلة، إذ العادة المسامحة في المهور.

ولو وهب له مـال أو جـارية، لم يلزمـه القبـول، وحلّت الأمـة. ومن له مسكن وخادم، هل لـه نكاح الأمة، أم عليه بيعهـما وصرفهـما إلى طَول حرة؟ وجهان حكاهما ابن كج.

قلت: أصحهما الأول. والله أعلم.

والمال الغائب لا يمنع نكاح الأمـة، كما لا يمنع ابن السبـيل الزكاة. ومن هو

Marfat.com

معسـر، وله ابن موسر، يجوز له نكاح الأمة إن لم نوجب على الابن إِعـفافه. وإِن أوجبناه، فوجهان، لأنه مستغن بمال الابن.

قلت: أصحهما: المنع، وبه قطع جماعة. والله أعلم.

الشرط الثـالث: خوف العنت، والمراد به هنا الزنا، قـال الإمام: ليس المراد بالخـوف أن يغلب على ظنه الوقـوع في الزنا، بل أن يتـوقـعـه لا على الندور. وليس المراد بغيـر الخائف أن يعلم اجتنابـه، بل غلبة الظن بالتقـوى، والاجتناب ينافي الخـوف، فمن غلبت عليـه شهـوته، وضعف تقـواه، فهو خـائف. ومن ضعفت شـهوته، وهو يستبدع الزنا لدين أو مـروءة أو حياءٍ، فهو غـير خائف. وإن غلبت شهـوته، وقوي تقواه، ففـيه احتمـالان للإمام. أصحهمـا: لا يجوز نكاح الأمة، وبه قطع الغزالي، لأنه لا يخاف الوقوع في الزنا. والثاني: إن كان ترك الوقاع يجر ضرراً أو مرضًا، فله نكاح الأمة.

وأما المجـبوب، فـلا يتصور منه الـزنا. قال الإمام والمتـولي: ليس له نكاح الأمة. قال المتولي: فلو نكـح حرّ أمة، فوجدته مجبـوبًا، وأرادت الفسخ، فقال الزوج: جبَّ ذَكري بعـد النكاح. فإن كان قوله غـير محتـمل، بأن كان الموضع مندملاً، وقد عقد النكاح أمس، فالنكاح باطل. وإن كان محتملاً، فإن صدقته، فذاك، وإن كذبته، فدعواها باطلة لأن مـقتضى قولها، بطلان النكاح من أصله. وقال الروياني في «البحر»: للخصي والمجبوب نكاح الأمة عند خوف الوقوع في الفعل المأثوم به، لأن العنت المشقة.

فرع: القادر على شراء أمة يتسراها، لا يحل له نكاح أمة على المذهب.

ولو كان في ملكـه أمة، لم ينكح أمة قطعًـا، وطرد الحناطي الخلاف فـيه، فعلى المذهب لو كانت الأمة التي يملكها غير مباحة، فإن وفت قيمتها بمهر حرة، أو ثمن أمة يتسراها، لم ينكح الأمة، وإلا، فينكحها.

الشرط الرابع: كـون الأمة المنكوحة مسلـمة، ولا يشترط كـونها لمسلم على الأصح، ويجـوز للحـر الكتـابي نكاح الأمـة الكتـابيـة على الأصح، ويقـال:

Marfat.com

الأظهر، ولا يجوز نكاحها للعبد المسلم على المشهور.

وأما نكاح العبد المسلم الأمة المسلمة، فسيأتي إن شاء الله تعالى في «باب نكاح المشرك».

والعبد الكتابي، ينكح الأمة الكتابية إن نكحها الحر الكتابي، وإلا، فوجهان. أصحهما: الجواز.

قلت: ونكاح الحر المجوسي والوثني الأمة المجوسية والوثنية، كالكتابي الأمة الكتابية. والله أعلم.

فرع: للحر المسلم وطء أمته الكتابية دون المجوسية والوثنية، كالنكاح في حرائرهم.

فصل: من استجمع شروط نكاح الأمة، ليس له نكاح أمة صغيرة لا توطأ على الأصح، لأنه لا يأمن بها العنت. ومن بعضها رقيق كالرقيقة، لا ينكحها حر إلا بالشروط. ولو قدر على نكاحها، فهل يباح له نكاح الرقيقة المحضة؟ فيه تردد للإمام، لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله.

وحكي عن بعض الأصحاب أن من بعضه رقيق كالرقيق، فينكح الأمة مع القدرة على الحرة، لأنه كالرقيق في الولاية والنظر.

فصل: ولد الأمة المنكوحة رقيق لمالكها، سواء كان زوجها الحر عربيًّا أو غيره، وفي القديم قول أن العرب لا يجري عليهم الرق، فيكون ولد العربي حرًّا، وهل على الزوج قيمته كالمغرور؟ أم لا شيء عليه لأن السيد رضي حين زوّجها عربيًّا؟ فيه قولان.

فرع: في «فتاوى» القاضي حسين: أنه لو زوّج أمته بواجد طَول حرة، فأولدها، فالأولاد أرقاء، لأن شبهة النكاح كالنكاح الصحيح.

فصل: نكح الحر أمة بشروطه، ثم أيسر أو نكح حرة، لا ينفسخ نكاح الأمة. وقال المزني: ينفسخ.

Marfat.com

فصل: جمع حر حرّة وأمة في عـقد، فإن كان ممن لا يحل له نكاح الأمة، فنكاح الأمـة باطل، ونكاح الحرة صـحـيح على الأظهر. وإن كـان ممن يحل له نكاح الأمة، بأن وجد حرة تسمح بمهر مؤجل، أو بلا مهر، أو بدون مهر المثل، أو حـرة كتـابية، وقلـنا: إن هذه المعاني لا تمنع نـكاح الأمة، بطل نكاح الأمـة قطعًا، لاستغنائه عنه. وفي الحرة طريقـان. أظهرهما عند الإمام وبه قال صاحب «التلخيص»: أنه على القولين. وقال ابن الحداد وأبو زيد وآخرون: يبطل قطعًا، لأنه جمع بين امرأتين يجوز إفراد كل منهما، ولا يجوز الجمع، فأشبه الأختين، ومن قال بالأول، فرق بأن الأختين ليس فيهما أقوى والحرة أقوى.

ولو جـمع بين مسلمـة ووثنيـة، أو أجنبيـة ومحـرم، أو خلية ومـعتـدة أو مزوجة، فـهو كالجمع بين الحرة والأمة لمن لا تحل له الأمـة. وإذا صححنا نكاح من تحل له، فقد سبق في «تفريق الصفقة» قول: إنها تستحق جميع المسمى، وأن المذهب أنها لا تستحق جـميعه، بل تستحق مهر المثل في قـول، وما يخص مهر مثلها من المسمى إذا وزع على مهر مثلهـا ومهر مثل الأخرى في قول. فإن قلنا: تستحق جمـيع المسمى، فللزوج الخيار في فسخ الصداق والـرجوع إلى مهر المثل كمـا ذكرنا في باب «التفـريق». وإِن قلنا: تستـحق مهر المثل، فـلا فسخ، إذ لا فائدة فـيه، فـإنه لو فسخ لرجع إليه. وإن قـلنا: تستحق حـصة مـهر المثل من المسمى، قال الشيخ أبو عـلي: إن كان المسمى مما يمكن قسمته، كـالحبوب، فلا خيار. وإن كان مما لا يمكن، كالعبد، فله الخيار، لتضرره بالتشقيص. فإن فسخ، فعليه مهر المثل.

واعلم أن الجـمـيع بين من يحل ومـن لا يحل، يتـصـور بأن يكون المزوِّج وليهما، بأن زوَّج أمته وبنته، أو كـان وكيلاً لوليين، أو ولي إِحداهما ووكيلاً في الأخرى.

وموضع الخلاف إذا قـال: زوَّجتك هذه وهذه بكذا، فقال: قبلت نكاحـهما بكذا. فأمّا إِذا قال: زوَّجتك بنتي هذه، وزوجتك أمتي هذه، فقال: قبلت نكاح

بنتك، وقبلت نكاح أمتك، أو اقتصر على قبول نكاح البنت، فنكاح البنت صحيح بلا خلاف، ولو فصّل المزوّج، وقال الزوج: قبلت نكاحهما، أو جمع المزوِّج، وفصل الزوج، فهل هو كما لو فصّلا جميعًا، أو كما جمعا جميعًا؟ وجهان. أصحهما: الأول.

ولو جمع بين أختين وأمة وهو ممن يحل له نكاح الأمة، فنكاح الأختين باطل، وفي الأمة الخلاف.

ولو قال: زوَّجتك بنتي، وبعتك هذا الزق من الخمر بكذا، فقبلهما، أو زوَّجتك بنتي وابني أو فرسي، أو وهذا الزق، صح نكاح البنت على المذهب، لأن المضموم لا يقبل النكاح، فلغا. وقيل بطرد القولين. فإن صححنا، فلها مهر المثل إن قلنا فيمن جمع بين محللة ومحرمة: للمحلّلة مهر المثل. وإن قلنا هناك: لها حصة مهر المثل من المسمى، فقال البغوي: يجب لها هنا جميع المسمى، لتعذر التوزيع.

قلت: ولو تزوج أمتين في عقد، بطل نكاحهما قطعًا كالأختين. وجميع ما ذكرناه في نكاح أمة غيره، أردنا به غير أمة ولده، وأما أمة ولده، ففيها خلاف وتفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في «الباب العاشر». والله أعلم.

الجنس الرابع من الموانع: الكفرة.

الكفار ثلاثة أصناف.

أحدها: الكتابيون، فيجوز للمسلم مناكحتهم[1]، سواء كانت الكتابية ذمية أو حربية، لكن تكره الحربية، وكذا الذمية على الصحيح، لكن أخف من كراهة الحربية. والمراد بالكتابيين: اليهود والنصارى. فأما المتمسكون بكتب سائر الأنبياء الأولين، كصحف شيث وإدريس وإبراهيم وزبور داود صلوات الله وسلامه عليهم، فلا تحل مناكحتهم على الصحيح.

---

(١) لقد أحل الله نكاح الكتابيات. لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥].

Marfat.com

الصنف الثاني: من لا كتـاب له ولا شبهة كتاب، كعـبدة الأوثان والشمس والنجوم والمعطلة والزنادقة والباطنية والمعتـقدين مذهب الإباحة وكل مذهب كفر معتقده، فلا تحل مناكحتهم.

الصنف الثالث: من لا كـتاب لهم، مكن لهم شـبهة كتـاب وهم المجوس. وهل كـان لهم كتـاب؟ فيـه قولان. أشـبهـهـما: نعم، وعلى القـولين لا تحل مناكحـتهم، لأنه لا كـتاب بأيديهم، ولا نتـيقَّنه من قـبل، فنحتـاط. وقال أبو إسحاق وأبو عبيد بن حربويه: يحل إن قلنا: كان لهم كتاب، وهذا ضعيف عند الأصحاب.

فرع: الكتابيـة كالمسلمة في النفـقة والقسم والطلاق وعـامة أحكام النكاح، لكن لا توارث بينهـا وبين المسلم[1]، ولا تغـسله إذا اعتـبـرنا نية الغـاسل ولم نصحح نيتـها. وإذا طهرت عن حيض أو نفـاس، ألزمها الزوج الاغتـسال. فإن امتنعت، أجـبرناها عليه واستـباحها وإن لم تنو، للضـرورة، كما تجبَـر المسلمة المجنونة. وعن الحليمي تخريجًا على الإجبار على الغـسل، أن للسيد إجبار أمته المجوسيـة والوثنية على الإسلام، لأن حل الاستـمتاع يتوقف عليـه. والصحيح خلافه، لأن الرق أفادها الأمـان من القتل فلا تجبر كالمستـأمنة، وليس كالغسل، فإنه لا يعظم الأمر فيـه. واختلف نص الشافعي رضي الله عنه في إجبار زوجتـه الكتابية على غسل الجنابة. وقال الجمهور: في إجبارها قولان. وقيل: الإجبار إذا طالت المدة وكانت النفس تعافها، وعدمه في غير هذا الحال.

---

(١) عن أسامـة بن زيد، أن النبي ﷺ قال: «لا يـرث المسلمُ الكافر ولا يرث الكافـرُ المسلم» [صحيح البخاري (٦٧٦٤)، وصحيح مسلم (١٦١٤)].
ـ قال الإمام النووي ـ في شرح صحيح مسلم ـ:
أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم، وأما المسلم فلا يرث الكافر أيضًا عند جماهير العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم وذهبت طائفة إلى توريث المسلم من الكافر، وهو مذهب معاذ بن جبل ومعاوية وسعيد بن المسيب ومسروق وغيرهم، ولعل هذه الطائفة لم يبلغها هذا الحديث. انتهى باختصار.

Marfat.com

وأما المسلمة، فهي مجبرة على الغسل من الجنابة، كذا أطلقه البغوي.

قلت: ليس هو على إطلاقه، بل هو فيما إذا طال بحيث حضر وقت صلاة، فأما إذا لم تحضر صلاة، ففي إجبارها القولان، وهما مشهوران حتى في «التنبيه». والأظهر من القولين الإجبار. والله أعلم.

وتُجبَر المسلمة أو الكتابية على التنظف، بالاستحداد، وقلم الأظفار، وإزالة شعر الإبط والأوساخ إذا تفاحش شيء من ذلك بحيث نفّر التوّاق، فإن كان لا يمنع أصل الاستمتاع، لكن يمنع كماله، فقولان كغسل الجنابة، ويجريان في منع الكتابية أكل الخنزير للاستقذار، وفي كل ما يمنع كمال الاستمتاع. والأظهر أن للزوج المنع منه. وله المنع من أكل ما يتأذى من رائحته كالثوم والكراث على الأظهر. وقيل: قطعًا، وله المنع من شرب ما تسكر به. وفي القدر الذي لا يسكر القولان، ويجريان في منع المسلمة من هذا القدر من النبيذ إذا كانت تعتقد إباحته. وقيل يمنعهما قطعًا، لأن ذلك القدر لا ينضبط ويختلف باختلاف الأشخاص. ومتى تنجس فمها أو عضو آخر، فله إجبارها على غسله بلا خلاف ليمكنه الاستمتاع به، وله منعها من لبس جلد الميتة قبل دباغه ولبس ما له رائحة كريهة.

ويمنع الكتابية من البِيَع والكنائس، كما يمنع المسلمة من الجماعات والمساجد.

فصل: في صفة الكتابية التي ينكحها المسلم: وهي ضربان، إسرائيلية، وغيرها.

الضرب الأول: التي ليست من بني إسرائيل، ولها أحوال.

أحدها: أن تكون من قوم يعلم دخولهم في ذلك الدين قبل تحريفه ونسخه، فيحل نكاحها على الأظهر. وقيل: قطعًا، وهؤلاء يقرون بالجزية قطعًا. وفي حل ذبائحهم الخلاف كالمناكحة.

الحال الثاني: أن يكون ممن يعلم دخولهم بعد التحريف وقبل النسخ. فإن

Marfat.com

تمسكوا بالحق منه، وتجنبوا المحرف منه، فكالحال الأول. وإِن دخلوا في المحرف، لم تحل مناكحتهم على المذهب، ويقرون بالجزية على الأصح كالمجوس وأولى للشبهة.

(الحال) الثالث: أن تكون ممن يعلم دخولهم بعد التحريف والنسخ، فلا تحل مناكحتهم قطعًا. فالذين تهودوا أو تنصروا بعد بعثة نبينا ﷺ، لا يناكحون. وفي المتهوِّدين بين نبينا وبين عيسى عليهما السلام وجهان. أصحهما: المنع، ومن جوز كأنه يزعم أنا لا نعلم كيفية نسخ شريعة عيسى لشريعة موسى صلى الله عليهما وسلم، وهل نسخت كلها أو بعضها، وهؤلاء لا يقرون بالجزية.

الرابع: أن تكون من قوم لا يعلم متى دخلوا، فلا تحل مناكحتهم، ويقرون بالجزية، وبذلك حكمت الصحابة رضي الله عنهم في نصارى العرب. هكذا أطلقه عامة الأصحاب من المتقدمين والمتأخرين، وفيه شيء لا بد من معرفته وسنذكره في الفصل الذي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

الضرب الثاني: الكتابية الإسرائيلية. والذي ذكره الأصحاب في طرقهم، جواز نكاحها على الإطلاق من غير نظر إلى آبائها أدَخَلُوا في ذلك الدين قبل التحريف، أم بعده، وليس كذلك لأن ليس كل إسرائيلية يلزم دخول آبائها قبل التحريف وإن أشعر به كلام جماعة من الأئمة، وذلك أن إسرائيل هو يعقوب ﷺ، وبينه وبين نزول التوراة زمان طويل، ولسنا نعلم أدَخَل كل بني إسرائيل على كثرتهم في زمان موسى ﷺ أم بعده قبل التحريف، بل في القصص ما يدل على استمرار بعضهم على عبادة الأوثان والأديان الفاسدة، وبتقدير استمرار هذا في اليهود، فلا يستمر في النصارى، لأن بني إسرائيل بعد بعثة عيسى ﷺ منهم من آمن به، ومنهم من صَدَّ عنه فأصر على دين موسى. ثم من المصرّين من تنصر على تعاقب الزمان قبل التحريف وبعده، ولكن كأن الأصحاب اكتفَوا بشرف النسب وجعلوه حابراً لنقص دخول الآباء في الدين بعد التحريف، حتى فارق حكمهن حكم غير الإسرائيليات إذا دخل آباؤهن بعد التحريف.

Marfat.com

وأما الدخول فيه بعد بعثة نبينا ﷺ، فلا تفارق فيه الإسرائيلية غيرها كما سنوضحه إن شاء الله تعالى. وكلام الغزالي يقتضي النظر إلى حال الآباء في الإسرائيليات أيضًا، حتى يكون نكاح الإسرائيلية التي دخل أول آبائها في ذلك الدين بعد التحريف على قولين، كغير الإسرائيلية التي دخل آباؤها فيه قبل التحريف، لكن كلام الأصحاب يخالفه، فاعرفه وانظر كيف يمكنك تنزيل كلامه على منقول الأصحاب.

فرع: الصابئون[1] طائفة تعد من النصارى، والسامرة[2] طائفة تعد من اليهود. فإن كانوا يخالفون اليهود والنصارى في أصل دينهم ولا يتأوّلون نَصَّ كتابهم، لم يناكحوا كالمجوس. وإِن خالفوهم في الفروع دون الأصول وتأوَّلوا نصوص كتابهم، جازت مناكحتهم. هذا هو المذهب، وهو نصه في «المختصر»، وقطع به الجمهور. قال الشيخ أبو علي: وأطلق بعض الأصحاب قولين في مناكحتهم. قال الإمام: لا مجال للخلاف فيمن تكفرهم اليهود والنصارى، ويخرجونهم عنهم، لكن يمكن الخلاف فيمن جعلوه كالمبتدع فينا.

---

(١) الصابئون: هم أصحاب كنعان ونمرود الذين بعث الله لهم الخليل، وكانوا يعبدون الكواكب، ويبنون لها الهياكل، وكانوا على الشرك، وإن كان الصابىء قد لا يكون مشركًا لقوله تعالى: ﴿إن الذين آمنوا والذين هادوا والصابئين﴾ [الحج:١٧] ولكن كثيراً منهم مشركون وكفار، وقد اختلف في هذه النسبة فقيل إنها لصابيء بن متوشلح بن إدريس عليه السلام، وكان على الحنيفية الأولى، وقيل إلى صابيء بن ماري وكان في عصره الخليل إبراهيم، والصابئ عند العرب من خرج عن دين قومه ولذلك كانت تسمى الرسول ﷺ صابئًا لخروجه عن دين قومه.
[معجم ألفاظ العقيدة (عامر عبد الله)].

(٢) السامرة: هؤلاء قوم يسكنون بيت المقدس (وقرايا) من أعمال مصر، يتقشفون في الطهارة أكثر من تقشف سائر اليهود، أثبتوا نبوة موسى وهارون، ويوشع بن نون عليهم السلام، وأنكروا نبوة من بعدهم رأسًا إلا نبيًّا واحدًا، وقالوا التوراة ما بشرت إلا بنبي واحد يأتي من بعد موسى، يصدق ما بين يديه من التوراة يحكم بحكمها ولا يخالفها البتة، وظهر في السامرة رجل يقال له الألفان ادعى النبوة، وزعم أنه هو الذي بشر به موسى، وأنه هو الكوكب الذي ورد في التوراة أنه يضيء ضوء القمر، وكان ظهوره قبل المسيح عليه السلام، بقريب من مائة سنة.
[الملل والنحل للشهرستاني]،

Marfat.com

وإذا شككنا في جماعة أيخالفونهم في الأصول أم الفروع؟ لم نناكحهم. والصابئون ـ فيما نقل ـ فرقتان، فرقة توافق النصارى في أصول الدين، وفرقة تخالفهم، وهم الذين أفتى الإصطخري بقتلهم.

فصل: في الانتقال من دين إلى دين: هو ثلاثة أقسام.

القسم الأول: من دين باطل إلى دين باطل، وهو ثلاثة أضرب.

أحدها: الانتقال من دين يقر أهله عليه إلى ما يقر أهله عليه، كتهود نصراني وعكسه، فهل يقر على ما انتقل إليه بالجزية، أم لا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذي انتقل منه؟ فيه ثلاثة أقوال. أظهرها: الأول، ثم الثاني.

قلت: الأصح، لا يقبل منه إلا الإسلام. والله أعلم.

فعلى الأول، تحل ذبيحته. وإن كانت امرأة، حل للمسلم نكاحها. وإن كانت منكوحة مسلم، استمر نكاحه.

وإن قلنا: لا يقر، لم تحل ذبيحته ولا نكاحها. وإذا انتقلت منكوحة مسلم، فكردَّة المسلمة، فتتنجز الفرقة قبل الدخول وتقف على انقضاء العدة بعده. وإذا قلنا بالقول الثاني والثالث، وامتنع من الإسلام أو منه ومن الدين الذي انتقل منه، فقولان. أحدهما: يقتل كالمرتد، وأشبههما: يلحق بمأمنه كمن نبذ العهْد. ثم هو حرب لنا، إن ظفرنا به قتلناه.

ولو تمجس يهودي أو نصراني، ففي تقريره وعدمه وما يقبل منه الأقوال. وقيل: يمنع التقرير قطعًا، لكونه دون دينه الأول. فإن لم نقره، وأبى الرجوع، ففي القتل والإلحاق بالمأمن القولان. وعلى كل حال، لا تحل ذبيحته ولا نكاحها. وإن كانت منكوحة مسلم، تنجزت الفرقة إن كان قبل الدخول، وإلا، فإن أسلم قبل انقضاء العدة، أو عادت إلى دينها وقنعنا به، دام النكاح، وإلا، بان حصول الفرقة من وقت الانتقال. ولو تمجست كتابية تحت كتابي، فإن كانوا لا يجوِّزون نكاح المجوس، فكتمجسها تحت مسلم، وإلا، فنقرهما إذا أسلما.

Marfat.com

ولو تهود أو تنصر مجوسي، ففي التقرير الأقوال، فإن منعناه، فالتفريع كما سبق، ولا تحل ذبيحته ونكاحها بحال، لأن الانتقال من باطل إلى باطل لا يفيد فضيلة.

الضرب الثاني: انتقال مما يقر عليه إلى ما لا يقر، كتوثن يهودي أو نصراني، فلا يقر قطعًا. وهل يقنع بعوده إلى ما انتقل منه أو دين يقر أهله عليه، أم لا يقبل إلاّ الإسلام أو ما انتقل منه، أم لا يقبل إلاّ الإسلام؟ فيه ثلاثة أقوال. وإن كان هذا الانتقال من كتابية تحت مسلم، انفسخ نكاحها إن لم يدخل. وإن دخل فعادت إلى ما يقبل قبل انقضاء العدة، استمر نكاحها، وإلا، تبين الفراق من وقت الانتقال. ولو توثن مجوسي، لم يقر، وفيما يقنع به الأقوال.

الضرب الثالث: عكس الثاني، كتهود وثني وتنصره وتمجسه، فلا يقر، ولا يقبل منه إلا الإسلام قطعًا كالمرتد، لأنه كان لا يقر فلا يستفيده بباطل. وإذا تأملت حكم هذه الأضرب، علمت أن الانتقال من دين باطل إلى باطل، يبطل الفضيلة التي كانت في الأول، ولا يفيد فضيلة لم تكن في الأول، ولكن تبقى الفضيلة التي يشترك فيها الدينان إن قلنا بالتقرير. وعلمت أن كلامهم المطلق في الفصل السابق: أن من دخل في التهود والتنصر بعد النسخ والتبديل لا يناكح ولا يقر بالجزية، غير مستمر على إطلاقه، لأن من تهود أو تنصر اليوم فقد دخل في ذلك الدين بعد النسخ والتبديل، وقد بينا الخلاف في مناكحته وتقريره بالجزية إذا كان الدخول من دين يقر أهله عليه، فإذًا إطلاقهم هناك وجزمهم بالمنع محمول على ما إذا كان الدخول فيه من دين لا يقر أهله كالوثنية، وهذا هو البيان الذي سبق الوعد به.

فرع: إذا قبلنا رجوعه إلى غير الإسلام، في هذه الصورة لا نقول له: أسلم أو عد إلى ما كنت عليه، بل نأمره بالإسلام، لكن نتركه إذا عاد إلى غيره.

القسم الثاني: الانتقال من دين حق إلى باطل، وهو ردة المسلم والعياذ بالله، فلا يقبل منه إلا الإسلام، فإن أبى قتل كما سيأتي في بابه إن شاء الله

تعالى، ولا يحل نكاح المرتد لأحد. وإذا ارتد الزوجان أو أحدهما قبل الدخول، تنجزت الفرقة، وبعده نقف على العدة. فإن جمعهما الإسلام قبل انقضائها، استمر النكاح، وإلا، بان حصول الفرقة من وقت الردة. وفي مدة التوقف، لا يحل الوطء، فلو وطىء، فلا حد، وتجب العدة، وهما عدتان من شخص، فهو كوطء مطلقته في عدته، واجتماعهما في الإسلام هنا كرجعته هناك، فيستمر النكاح إذا جمعهما الإسلام في الحالات التي يحكم فيها بثبوت الرجعة هناك.

ولو طلقها في مدة التوقف، أو ظاهر منها، أو آلى، توقَّفنا. فإن جمعهما الإسلام قبل انقضاء العدة، تبينا صحتها، وإلا، فلا. وليس للزوج إذا ارتدت أن ينكح أختها في مدة التوقف، ولا أربعًا سواها، ولا أن ينكح أمة. فإن طلقها ثلاثًا في مدة التوقف، أو خالعها، جاز له ذلك، لأنها إن لم تعد إلى الإسلام، فقد بانت بنفس الردة، وإلا، فبالطلاق أو الخلع.

القسم الثالث: الانتقال من دين باطل إلى حق، وهو «باب نكاح المشرك» الآتي إن شاء الله تعالى.

فرع: مَن أحد أبويه كتابي والآخر وثني، يقر بالجزية على المذهب.

وأما مناكحته ومناكحة من أحد أبويه مجوسي والآخر يهودي أو نصراني أو ذبيحته، فإن كانت الأم هي الكتابية، لم يحل قطعًا، وكذا إن كان هو الأب على الأظهر، هذا في صغر المتولد منهما. فأما إذا بلغ وتديَّن بدين الكتابي منهما، فقال الشافعي رضي الله عنه: تحل مناكحته وذبيحته. فمن الأصحاب من أثبت هذا قولاً، ومنهم من قال: لا أثر لبلوغه، وحمل النص على ما إذا كان أحد أبويه يهوديًّا والآخر نصرانيًّا، فبلغ واختار دين أحدهما.

ولو تولد بين يهودي ومجوسية، فبلغ واختار التمجس، فعن القفال أنه يمكَّن منه، ويجري عليه حكم المجوس. وقال الإمام: لا يمتنع أن يقال: إذا أثبتنا له حكم اليهود في الذبيحة والمناكحة أن نمنعه من التمجس إذا منعنا انتقال الكافر من دين إلى دين.

Marfat.com

الباب السابع

في نكاح المشرك

فيه أربعة أطراف.

الطرف الأول: فيما يقر عليه الكافر من الأنكحة الجارية في الكفر إذا أسلم. فإذا أسلم وتحته أربع كتابيات، أو أقل، استمر نكاحهن، لأنه يجوز ابتداؤه في الإسلام، وسواء في ذلك اليهودي والمجوسي والوثني والحربي والذمي.

وإِن أسلم وتحته مجوسية أو وثنية أو غيرهما ممن لا يجوز نكاحها من الكافرات، وتخلفت هي، فإن كان قبل المسيس، تنجزت الفرقة. وإن كان بعده وأسلمت قبل انقضاء العدة، استمر النكاح، وإلاّ، تبينا حصول الفرقة من وقت إسلام الزوج. وإن أسلمت المرأة، وأصر الزوج على كفره، أي كفر كان، فالحكم كما لو أسلم وأصرت على التوثن. وإن أسلما معًا، بقيا على النكاح. سواء فيه جميع أنواع الكفر وقبل المسيس وبعده، والاعتبار في الترتيب والمعيّة، بآخر كلمة الإسلام، لا بأولها.

ولو نكح كافر لابنه الصغيرة، فإسلام الأبوين أو أحدهما قبل بلوغهما كإسلام الزوجين أو أحدهما.

ولو نكح لطفله بالغة، وأسلم أبو الطفل والمرأة معًا، قال البغوي: يبطل النكاح، لأن إسلام الولد يحصل عقب إسلام الأب، فيقدَّم إسلامهما على إسلام الزوج، لكن ترتب إسلام الولد على إِسلام الأب، لا يقتضي تقدّمًا وتأخرًا بالزمان، فلا يظهر تقدم إسلامها على إسلام الزوج: قال: وإِن أسلمت عقب إسلام الأب، بطل النكاح أيضًا، لأن إسلام الولد يحصل حكمًا، وإسلامها يحصل بالقول، والحكمي يكون سابقًا للقولي، فلا يتحقق إسلامهما معًا.

Marfat.com

فرع: حيث توقفنا في النكاح وانتظرنا الحال إلى انقضاء العدة، فطلق قبل انقضائها، فطلاقه موقوف. فإن اجتمعا على الإسلام في العدة، تبينا وقوعه. ويعتد من وقت الطلاق، وإلاّ، فلا طلاق. وقيل: في الطلاق قولا وقف العقود. ففي قول: لا يقع وإن اجتمعا في الإسلام قبل انقضاء العدة. وطردا فيما إذا أعتق عبد أبيه على ظن حياته، فبان ميتًا، كما لو باعه على ظن حياته فبان ميتًا. والمذهب الأول، لأن الطلاق والعتق يقبلان صريح التعليق، فقبولهما تقدير التعليق أولى، وكذا يتوقف في الظهار والإيلاء. ولو قذفها ولم يجتمعا على إسلام في العدة، لم يلاعن، ويعزَّر إن كانت هي المتخلِّفة، ويُحَدُّ إن كان هو المتخلف.

وإن اجتمعا على الإسلام، فله أن يلاعن لدفع الحدّ أو التعزير. ولو سبق الزوج إلى الإسلام، والزوجة وثنية، فنكح في زمن التوقف أختها المسلمة أو أربعًا سواها، لم يصح. وكذا لو طلقها رجعية في الشرك ثم أسلم ونكح في العدة أختها المسلمة أو أربعًا سواها، لأن زوال نكاحها غير متيقن، فلا ينكح من لا يجوز الجمع بينها وبينها. وقال المزني: يتوقف فيمن نكحها. فإن أسلمت المتخلفة قبل انقضاء العدة، بان بطلان نكاح الثانية، وإلاّ، بان صحته.

وذكر بعض الأصحاب، أنه على قولي وقف العقود. فعلى قول: هو كما قال المزني. والمذهب هو الأول، وهو المنصوص، وبه قطع الجماهير.

ولو أسلمت المرأة أولاً، ونكح في تخلُّفه أختها الكافرة، ثم أسلم مع الثانية، فإن كان بعد انقضاء عدة السابقة، أقرت الثانية تحته. وإن أسلم قبل انقضاء عدتها، فله أن يختار من شاء منهما، كما لو أسلم وتحته أختان أسلمتا معه، وليس كالصورة السابقة، فإنه هناك مسلم عند نكاح الثانية، فلا ينكح الأخت على الأخت، وهنا وقع النكاحان في الشرك.

فصل: ما ذكرناه أولاً، كلام جملي في مواضع استمرار النكاح بعد الإسلام وعدم استمراره. والمقصود الآن، بيان شرط الاستمرار.

Marfat.com

فإن لم يقترن شيء من مفسدات النكاح بالعقد الجاري في الشرك، ولا بحالة عروض الإسلام، فهو مقرر عليه. فإن كانوا يعتقدون فساد شيء من ذلك، لم نبال باعتقادهم، وأدمنا ما هو صحيح عندنا. وإن اقترن به مفسد، نظر، إن كان زائلاً عند الإسلام، وكانت بحيث يجوز نكاحها حينئذٍ ابتداءً، استمر عليه، إلا إذا اعتقدوا فساده وانقطاعه. وإن كان المفسد باقيًا وقت الإسلام، بحيث لا يجوز ابتداء نكاحها، فلا تقرير، بل يندفع النكاح، ويتخرج على هذا الضابط مسائل.

إحداها: عقدا بغير ولي وشهود، أو أجبر البكرَ غيرُ الأب والجد، أو أجبرت الثيب، أو راجع في القرء الرابع وهم يعتقدون امتداد الرجعة إليه، فيقر عليه، إذ لا مفسد عند الإسلام، ونكاحها الآن جائز.

ولو نكح أمّه أو بنته، أو زوجة أبيه أو ابنه، أو مطلقته ثلاثًا قبل التحليل، اندفع النكاح عند الإسلام، لأنه لا يجوز ابتداؤه.

(المسألة) الثانية: نكح معتدة غيره، فإن كانت العدة باقية عند الإسلام، اندفع النكاح، وإلا استمر. وخصّ صاحب «الرقم» هذا التفصيل بعدة النكاح، قال: وفي عدة الشبهة يقرّان وإن كانت المدة باقية، لأن الإسلام لا يمنع دوام النكاح مع عدة الشبهة، ولم يتعرض الجمهور لهذا الفرق، وأطلقوا اعتبار التقرير بالابتداء. ولو كان نكحها بشرط الخيار لهما أو لأحدهما مدة مقدرة، فإن كانت المدة باقية عند الإسلام، اندفع النكاح، وإلا، استمر كالعدة، وسواء قارن بقية العدة أم مدة الخيار إسلامهما أو إسلام أحدهما، حتى لو أسلم أحدهما والعدة أو المدة باقية، ثم أسلم الآخر وقد انقضت، فلا تقرير، كذا قاله الصيدلاني، والإمام، والغزالي، والبغوي، لأن المفسد لاقى إسلام أحدهما فغلب الفسادُ. وعن القاضي حسين: أن المؤثر اقترانه بإسلامهما، فإن اقترن بإسلام أحدهما فقط، لم يندفع النكاح، لأن وقت الإمساك والاختيار هو حال اجتماعهما مسلمين، والأول أصح.

المسألة الثالثة: النكاح المؤقت، إن اعتقـدوه مؤبداً، أقروا عليه. وإن اعتقدوه مؤقتًا، لم يقروا، سواء أسلمـا بعد تمام المدة أو قبلها، لأن بعد المدة لا نكاح في اعتقادهم، وقبلها يعتقدونه مؤقتًا، ومثله لا يجوز ابتداؤه.

المسألة الرابعة: غصب حربي أو مستأمن امرأة واتخذها زوجة وهم يعتقدون غصبها نكاحًا، قال القفال: لا يقـر، إذ لا عقد. والصحيح التقرير، إذ ليس فيه إلا إقامة الفعل مقـام القول، فأشبه سائر وجوه الفسـاد. ولو غصب ذمي ذمية، لم يقر، لأن على الإمام دفع قهر بعضهم بعضًا، بخلاف الحربي والمستأمن.

فرع: إذا أسلمـا، لم يبحث عن شـرط نكاحهـما في الابتـداء، لأنه أسلم خلائق فلم يسـألهم النبي ﷺ عن شروط أنكحـتهم، وأقرهم عليهـا. وأما في حال الإسلام، فالوجه: الاحتياط.

فصل: قد سبق بيان ما إذا لم يقتـرن بالعقد الجاري في الشرك ولا بالإسلام مفسد، وما إذا اقترن بالعقـد مفسد، وهذا الفصل لقسم ثالث، وهو أن لا يقترن بالعقد، لكن يطرأ مـفسد ويقترن بالإسـلام، وفيه مسائل بناها جـماعة على أن الاختيار والإمساك كـابتداء العقد، أم كاستدامته؟ قالوا: وفـيه قولان مستنبطان. أظهرهما عند الأصحاب الأول.

إحدى المسائل: إذا أسلم، ووطئت زوجته بشبهة ثم أسلمت، أو أسلمت ثم وطئت بشـبهة، ثم أسلم قـبل انقضـاء العدة، اسـتمـر نكاحهمـا على المذهب والمنصوص وإن كان لا يجوز ابتداء نكاح المعتدة، لأن عدة الشبهة لا تقطع نكاح المسلم، فذا أولى.

المسـألة الثانيـة: أسلم وأحـرم، ثم أسلمت في العـدة، فعن النص جـواز إمساكهـا في الإحرام، وكذا لو أسلم وتحته أكـثر من أربع نسوة ثم أسلمن وهو محرم، له اختيار أربع منهن، وللأصحاب طريقان. أحدهما: القطع بالمنع، كما لو أسلم وتحته أمة وهو موسر، لا يجوز إمساكها، وهؤلاء حملوا النص على ما إذا أسلما معًا ثم أحرم الزوج، فله الاختيار، لأنه ثبت قبل الإحرام.

Marfat.com

وممن روي عنه هذا التأويل، الأنماطي، وابن سلمة. وعن القفال إنكار هذا النص، وقال: تفحصت كتب الشافعي، فلم أجده. والطريق الثاني وهو الصحيح: أن المسألة على قولين. أحدهما: المنع. وأظهرهما ومختار أكثر الأصحاب: الأخذ بظاهر النص، لأن عروض الإحرام لا يؤثر كما في نكاح المسلم، ولأن الإمساك استدامة، فأشبه الرجعة.

المسألة الثالثة: نكح في الكفر حرة وأمة، ثم أسلم وأسلمتا معه، فالمذهب أن الحرة تتعين للنكاح، ويندفع نكاح الأمة. وسواء نكحهما معًا أو مرتبًا، وتندفع الأمة أيضًا باليسار المقارن للإسلام. وقيل: في اندفاعها في الصورتين قولان، بناءً على الأصل المذكور. والحاصل للفتوى، أنه متى أسلم وتحته أمة وأسلمت معه، أو جمعهما الإسلام في العدة، فإن كان يحل له نكاح الأمة أمسكها، وإن لم يحل ليسار أو أمن العنت، اندفع نكاحها.

المسألة الرابعة: أسلمت بعد الدخول وارتدت، فإن لم يسلم الزوج حتى انقضت العدة، بانت باختلاف الدين أولاً، وتكون العدة من يومئذٍ. وإن أسلم قبل انقضائها، سقط حكم تلك العدة من يومئذٍ، ونتوقف. فإن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة من وقت ردتها، استمر النكاح، وإلا، انقطع من يوم الرِّدة، وكذا لو أسلم الزوج بعد الدخول وارتد، إن لم تسلم المرأة إلى انقضاء العدة من وقت إسلامه، بانت، وإن أسلمت، توقفنا، فإن عاد الزوج إلى الإسلام قبل انقضاء العدة من وقت ردته، استمر النكاح، وإلا، حصلت الفرقة من يومئذٍ. قال الإمام: وحكى القفال عن النص أنه يندفع النكاح في إسلام أحد الزوجين وارتداده، ولا يتوقف، والمشهور التوقف. وعلى هذا قال البغوي وغيره: الردة يفترق فيها حكم الابتداء والاستدامة، لأن ابتداء نكاح المرتد باطل غير منعقد على التوقف، وفي الدوام توقفنا، فالتحقت الردة بالعدة للشبهة والإحرام. وإنما قيل بالتوقف في الردة، ولم نجوز الاختيار فيها بخلاف الإحرام والعدة، لأن منافاة الردة للنكاح أشد، فإنها تقطعه، بخلافهما، ولهذا لا تجوز

الرجعة في الردة، وتجوز في الإحرام على الأصح. ولو أسلم وتحته أكثر من أربع، وارتد، ثم أسلمت النسوة في العدة، أو أسلم وأسلمن معه، ثم ارتد قبل الاختيار، لم يجز أن يختار أربعًا منهن في الردة. فإن عاد إلى الإسلام في العدة، فله الاختيار حينئذٍ.

فرع: قد بان بما ذكرنا، أن القاطع للنكاح عند الإسلام، منه ما يكون موجودًا عند العقد واستمر كالعدة، ومنه ما يطرأ كما لو نكح حرة على أمة ثم أسلم، أو نكح أمة ثم أيسر وأسلم موسرًا. ثم هل يشترط في الانقطاع أن يقارن المفسد إسلامهما، أو يكفي اقترانه بإسلام أحدهما؟ فيه خلاف سبق.

أما القسم الأول: فالأصح الاكتفاء.

وأما الثاني: فقد ذكرنا أن المذهب أنه إذا أسلم ومعه حرة وأمة، اندفعت الأمة، وكذا لو أسلمت الحرة المدخول بها معه أو بعده قبل انقضاء العدة ثم أسلمت الأمة. ولو أصرت الأمة حتى انقضت العدة، اندفعت باختلاف الدين. ولو ماتت الحرة بعد إسلامها، أو ارتدت، ثم أسلمت الأمة، اندفعت الأمة أيضًا، وكفى اقتران إسلام الحرة بإسلامه. ولو أسلم وتحته أمة وهو موسر، ثم تلف ماله وأسلمت وهو معسر، فله إمساكها، وإنما يؤثِّر اليسارُ في الدفع إذا قارن إسلامَهما جميعًا. وقيل: يكفي اقتران اليسار بإسلامه، حكي هذا عن أبي يحيى البلخي، قال: وعكسه لو أسلم معسرًا ثم أسلمت وهو موسر، فله إمساكها نظرًا إلى وقت إسلامه. وعن ابن خيران: في اليسار الزائل قولان. وعن القاضي أبي حامد: أن في صورة الحرة والأمة له إمساك الأمة، فحصل خلاف في الصورتين. والمذهب في صورة الحرة والأمة اندفاع الأمة وإن ماتت الحرة. وفي صورة زوال اليسار عدم اندفاعها، واعتبار اقترانه بإسلامهما، لأن وقت الاجتماع هو وقت جواز نكاح الأمة.

فصل: في الأنكحة الجارية في الشرك ثلاثة أوجه، كذا نقلها الأكثرون، وسماها الغزالي أقوالاً، والصحيح أنها محكوم بصحتها، قال الله تعالى:

Marfat.com

﴿وامرأته حمالة الحطب﴾ [المسد:٤] ﴿وقالت امرأة فرعون﴾ [القصص:٩] ولأنهم لو ترافعوا إلينا لم نبطله قطعًا، ولم نفرق بينهم، وإذا أسلموا أقررناهم، والفاسد لا ينقلب صحيحًا ولا يقرر عليه. والثاني: أنها فاسدة، لعدم مراعاتهم الشروط، لكن لا نفرق لو ترافعوا، رعاية للعهد والذمة، ونقرهم بعد الإسلام تخفيفًا.

والثالث: لا نحكم بصحة ولا فساد، بل نتوقف إلى الإسلام، فما قرر عليه، بانت صحته، وما لا، ففساده. ومن الأصحاب من قطع بالصحة. وإذا ثبت الخلاف، فهل هو مخصوص بالعقود التي يحكم بفساد مثلها في الإسلام؟ أم يجري في كل عقودهم؟ مقتضى كلام المتولي وغيره: التخصيص. وقال الإمام: من يحكم بفساد أنكحتهم، يلزمه أن لا يفرق بين ما عقدوه بشروطنا وغيره. والمصير إلى بطلان نكاح يعقد على وفق الشرائع كلها، مذهب لا يعتقده ذو حاصل.

قلت: الصواب التخصيص، بل لم يصرح أحد بطرده في الجميع، وليس في كلام الإمام إثبات نقل طرده، وانما ألزمه إلزامًا لهم الانفصال عنه بأن الظاهر إخلالهم بالشروط، فإن تصور علمنا باجتماعها، حكمنا بالصحة قطعًا. والله أعلم.

ويبنى على الأصل المذكور مسألتان.

إحداهما: طلق كافر زوجته ثلاثًا ثم أسلما. فإن قلنا بالصحيح وهو صحة أنكحتهم، لا تحل إلا بمحلل، وهذا هو نصه في «المختصر». وإن قلنا بالفساد، فالطلاق في الفاسد لا يحوج إلى محلل، فإذا قلنا بالصحيح، فنكحت هذه المطلقة زوجًا في الشرك، ووطئها ثم طلقها، ثم أسلمت فتزوجها الأول بعد إسلامه، حلت، وكذا يحصل التحليل للمسلم بنكاح ذمي أو حربي كتابية طلقها المسلم ثلاثًا.

المسألة الثانية: التي يقرر نكاحها بعد الإسلام، لها المهر المسمى إن كان صحيحًا. فإن كان خمراً ونحوها، فسيأتي حكم مهورهم الفاسدة إن شاء الله

Marfat.com

تعالى. ومن اندفع نكاحها بإسلام الزوج، إن لم تكن مدخولاً بها، وصححنا أنكحتهم، فلها نصف المسمى إن كان صحيحًا. وإن كان فاسداً، فنصف مهر المثل. وإن لم يسم شيئًا، وجب المتعة. ومن اندفعت بإسلامها، فلا شيء لها على المشهور. وقيل: قولان. ثانيهما: وجوب نصف المهر، لأنها محسنة بالإسلام، فهي في معنى من ينسب الفراق إلى تخلفه. وإن أفسدنا أنكحتهم، فلا مهر مطلقًا، لأن المهر لا يجب في الفاسد بلا دخول. وإن كانت مدخولاً بها، وصححنا أنكحتهم، وجب المسمى إن كان صحيحًا. وإن أفسدناها، فمهر المثل. ثم عن القفال، أن من صور الاندفاع من نكح محرمًا له ثم أسلم، وجعل وجوب نصف المهر على الخلاف. ورأى الإمام القطع بأنه لا شيء للمحرم من المهر. قال: ولا نقول: انعقد العقد عليها ثم انفسخ بالإسلام، وإنما ذلك في الأخت المفارقة من الأختين وفي الزائدات على أربع. والموافق لا طلاق غير الإمام موافقة القفال.

فرع: نكح مشرك أختين، فطلقهما ثلاثًا ثلاثًا، ثم أسلم وأسلمتا، قال الأصحاب: إن صححنا أنكحتهم، نفذ الطلاق فيهما، ولم ينكح واحدة منهما إلا بمحلل. وإن أفسدناها، فلا نكاح ولا طلاق، ولا حاجة إلى محلل فيهما. وإن توقفنا، فلو لم يكن طلاق، لاختار إحداهما وبان بذلك صحة نكاحها وفساد نكاح الأخرى، فإذا طلقهما، أمر بالاختيار لينفذ الطلاق في المنكوحة، ويحتاج إلى محلل لها دون الأخرى. ولو أسلم مع أختين، ثم طلق كل واحدة ثلاثًا، فهنا يتخير قطعًا، لأنهم لما أسلموا اندفع نكاح واحدة، وإنما ينفذ الطلاق في المنكوحة. ولو أسلم قبلهما، أو أسلمتا قبله، تخير قطعًا، لأنه والحالة هذه لا يمسك إلا إحداهما، وينفسخ نكاح الأخرى من وقت إسلام من تقدَّم إسلامه منهم. ولو كان تحته أكثر من أربع، فطلقهن ثلاثًا ثلاثًا، ثم أسلموا، فعلى الصحيح ينفذ الطلاق فيهن كلهن، وعلى التوقف، يختار أربعًا فينفذ فيهن دون الباقيات.

Marfat.com

قال الشيخ أبو علي: ولو كان عنده حرة وأمة، فطلقهما ثلاثًا ثلاثًا، ثم أسلموا، لم يجز له نكاح واحدة إلا بمحلل. ولو أسلموا، ثم طلقهما ثلاثًا ثلاثًا، وقع الثلاث على الحرة، لأنها متعينة، وتندفع الأمة، ولا يحتاج فيها إلى محلل. وكذا لو أسلمتا ثم طلقهما ثلاثًا ثلاثًا ثم أسلم أو أسلم فطلقهما ثلاثًا ثلاثًا ثم أسلمتا، لأن الإسلام لما جمع الجميع، بان اندفاع الأمة من وقت إسلام من تقدم إسلامه منهم.

فصل: أصدق فاسدًا كخمر أو خنزير، ثم أسلما بعد قبضه، فلا شيء. وإن أسلما قبل قبضه، وجب مهر المثل. وفي قول: لها مهر المثل وإن قبضته. وفي قول: لا شيء وإن لم تقبض، والمشهور الأول، وهو الفرق. وسواء كان المسمى خمرًا معينة أو في الذمة.

ولو أصدقها حرًّا مسلمًا استرقوه، ثم أسلما قبل قبضه أو بعده، لم نقره في يدها، بل نبطل ما جرى، ويجب مهر المثل. هكذا ذكروه، وقياس ما سبق، أن يخرج من يدها، ولا ترجع بشيء، كما تراق الخمرة المقبوضة. ولو قبضت بعض الفاسد، ثم أسلما، وجب من مهر المثل بقسط ما لم يقبض، ولا يجوز تسليم الباقي من الفاسد.

وطريق التقسيط، أن ينظر، فإن سميا جنسًا واحدًا وليس فيه تعدد، كزق خمر قبضت نصفه ثم أسلما، وجب نصف مهر المثل. وإن تعدد المسمى كزقي خمر، قبضت أحدهما. فإن تساويا في القدر، فكذلك، وإلا، فهل يعتبر الكيل أو الوزن أو العدد؟ أوجه. أصحها: الأول. وإن أصدقها خنزيرين، فهل يعتبر العدد أم قيمتهما بتقدير ماليتهما؟ وجهان. أصحها: الثاني. وإن سميا جنسين فأكثر، كزقي خمر وكلبين وثلاثة خنازير، وقبضت إحدى الأجناس، فهل ينظر إلى الأجناس، فكل جنس بثلث، أم إلى الأعداد، فكل فرد سبع، أم إلى القيمة بتقدير المالية؟ أوجه. أصحها: الثالث. وحيث اعتبرنا تقويمها، فهل طريقه أن تقدر الخمر خلاًّ، والكلب شاة، والخنزير بقرة، أم الكلب فهدًا، لاشتراكهما في

Marfat.com

الاصطياد، والخنزير حيوانًا يقاربه في الصورة والفائدة، أم تعتبر قيمتها عند من يجعل لها قيمة كتقدير الحر عبدًا في الحكومة؟ فيه أوجه. أصحها: الثالث. ولو ترابى كافران، فباعه أو أقرضه درهمًا بدرهمين، ثم أسلما أو ترافعا إلينا قبله، فإن جرى تقابض، لم نتعرض لما جرى ولم يلزم الرد، وإن لم يجر، أبطلناه. وإن كان بعد قبض الدرهمين، سألنا المؤدي، أقصد أداءه عن الربح، أم عن رأس المال؟ وقد ذكرنا تفصيله في أواخر «كتاب الرهن». وجميع ما ذكرناه هو إذا تقابضا بتراض، فإن أجبرهم قاضيهم على القبض في الربا والصداق وثمن خمر تبايعوها ثم أسلموا، لم نوجب الرد على المذهب، فالإسلام يجُبُّ ما قبله. وإن ترافعوا إلينا في كفرهم، فكذلك على الأظهر، ويقال: الأصح.

فرع: نكحها مفوضة، ويعتقدون أن لا مهر للمفوضة بحال، ثم أسلم، فلا مهر وإن كان إسلامهما قبل الدخول، لأنه استحق وطأً بلا مهر.

فصل: إذا ترافع إلينا ذميان في نكاح أو غيره، إن كانا متفقي الملة، وجب الحكم بينهما على الأظهر عند الأكثرين، لقول الله تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ [المائدة:٤٩] ولأنه يجب الذبُّ عنهم كالمسلمين. والثاني: لا يجب، لكن لا نتركهم على النزاع، بل نحكم أو نردهم إلى حاكم ملتهم[1]، ورجحه الشيخ أبو حامد وابن الصباغ. وقيل: يجب الحكم بينهم في حقوق الله تعالى، والقولان في غيرها لئلا تضيع، وقيل: عكسه، والأصح طردهما في الجميع. وإن كانا مختلفي الملة، كيهودي ونصراني، وجب الحكم على المذهب، لأن كُلاً لا يرضى بملة صاحبه. وقيل بالقولين.

ولو ترافع معاهدان، لم يجب الحكم قطعًا، وإن اختلف ملتهما، لأنهم لم يلتزموا حكمنا، ولم نلتزم دفع بعضهم عن بعض. وقيل: هما كالذميين. وقيل: إن اختلف ملتهما، وجب، والمذهب الأول.

---

(١) لقوله تعالى: ﴿فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة:٤٢].

Marfat.com

ولو ترافع ذمي ومعاهد، فكالذميين. وقيل: يجب قطعًا. وإن ترافع مسلم وذمي أو معاهد، وجب قطعًا.

فرع: قال الأصحاب على اختلاف طبقاتهم: إن قلنا: وجب الحكم بين الكافرين، فاستعدى خصم على خصم، وجب إعداؤه وإحضار خصمه ليحكم بينهما، ولزم المستعدى عليه الحضور. وإن قلنا: لا يجب الحكم، لم يجب الإعداء، ولا يلزمه الحضور، ولا يحضر قهراً. قال البغوي وغيره: ولو أقر ذمي بالزنا، أو سرقة مال مسلم أو ذمي، حد قهراً إن أوجبنا الحكم بينهم، وإلا، فلا يحد إلا برضاه، فاعتبر الأصحاب الرضا على قول عدم الوجوب، ولم يعتبروه على قول الوجوب. وأما قول الغزالي: لا يجب الحكم إلا إذا رضيا جميعًا، فمردود مخالف لما عليه الأصحاب.

فرع: سواء أوجبنا الحكم بينهم، أم لا، إنما نحكم بحكم الإسلام. وإذا تحاكموا في أنكحتهم، فنقر ما نقره لو أسلموا، ونبطل ما لا نقره لو أسلموا. فإذا نكح بلا ولي وشهود، أو ثيبًا بلا إذنها أو معتدة منقضية العدة عند الترافع وترافعا، حكمنا بالتقرير والنفقة. فلو كانت بعد في العدة، أبطلناه ولم نوجب نفقة. ولو نكح مجوسي محرمًا، وترافعا في النفقة، أبطلناه ولا نفقة. ولو طلبت مجوسية النفقة من الزوج المجوسي أو اليهودي، فوجهان، وكذا في تقريرهما على النكاح. أصحهما: التقرير والحكم بالنفقة، كما لو أسلما والتزما الأحكام. ووجه المنع، أنه لا يجوز نكاحها في الإسلام.

ولو جاء كافر تحته أختان، وطلبوا فرض النفقة، قال الإمام: فيه تردد، لأنا نحكم بصحة نكاحهما، وإنما تندفع إحداهما بالإسلام. قال: والذي أدى القطع به المنعُ، لقيام المانع، وحيث لا نقرر في هذه الصور، فهل يعرض القاضي المرفوع إليه عنهما، أم يفرق بين الزوجين؟ فيه وجهان. أصحهما عند الإمام: الإعراض، وإنما يفرق إذا رضوا بحكمنا. ووجه التفريق، أنهم بالترافع أظهروا ما يخالف الإسلام، كما لو أظهروا الخمر.

Marfat.com

فرع: إذا التمسوا من حاكم المسلمين ابتداء نكاح، أجاب إن كانت المرأة كتابية ولم يكن لها ولي كافر، ولا يزوج إلا بشهود مسلمين.

فرع: قال المتولي: لو لم يترافع إلينا المجوس، لكن علمنا فيهم من نكح محرمًا، فالمشهور أنه لا يتعرض لهم. وحكى الزبيري قولاً، أن الإمام إذا عرف ذلك، فرق بينهما كما لو عرف أن المجوسي نكح مسلمة أو مرتدة.

الطرف الثاني: فيما إذا أسلم وتحته عدد من النسوة، لا يجمع بينهن في الإسلام[1]، وفيه صور.

الصورة الأولى: أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة، وأسلمن معه أو تخلفن وهن كتابيات، اختار أربعًا منهن، واندفع في نكاح الباقيات. وإن كن مجوسيات أو وثنيات وهن مدخول بهن، فتخلفن ثم أسلمن قبل انقضاء العدة من وقت إسلام الزوج، فكذلك الحكم، وسواء في هذا كله نكحهن معًا أو مرتبًا. وإذا نكحهن مرتبًا، فله إمساك الأخريات ومفارقة الأوليات. وإذا أسلم على أكثر من أربع وهن غير مدخول بهن، وأسلمن معه أربع، تقرر نكاحهن، وارتفع نكاح الباقيات. ولو كان دخل بهن، فاجتمع إسلامه وإسلام أربع فقط في العدة، تعين للنكاح، حتى لو أسلم أربع من ثمان وانقضت عدتهن، أو متن في الإسلام ثم أسلم الزوج وأسلمت الباقيات في عدتهن، تعينت الأخريات.

ولو أسلم أربع، ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن، وتخلفت الباقيات حتى انقضت عدتهن من وقت إسلام الزوج، أو متن على الشرك، تعينت الأوليات.

ولو أسلم أربع، ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن، ثم أسلم الباقيات قبل انقضاء عدتهن من وقت إسلام الزوج، اختار أربعًا من الأوليات والأخريات

---

(١) عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية، فأسلمن معه. فأمره النبي ﷺ أن يتخير أربعًا منهن. [صحيح. أخرجه الترمذي (١١٢٨)، وابن ماجه (١٩٥٣) وغيرهما.

Marfat.com

كيف شاء. فإن ماتت الأوليات أو بعضهن، جاز له اختيار الميتات، ويرث منهم.

فرع: قبل كافر لابنه الصغير نكاح أكثر من أربع نسوة، ثم أسلم وأسلمن، اندفع نكاح الزيادة على أربع، لكن لا يختار الصبي ولا الولي، لأنه خيار شهوة، فيوقف حتى يبلغ، ونفقتهن في مال الصبي لحبسهن عليه، وكذا لو أسلم رجل وجن قبل الاختيار.

الصورة الثانية: أسلم وتحته أم وبنتها، نكحهما معًا أو مرتبًا وأسلمتا، أو لم تسلما وهما كتابيتان، فإن كان دخل بهما، حرمتا أبدًا. ولكل واحدة مسماها إن جرت تسمية صحيحة، وإلا، فمهر المثل. وإن لم يدخل بواحدة منهما، فهل تتعين البنت للنكاح ويندفع نكاح الأم، أم يتخير إحداهما؟ قولان. أظهرهما عند الأكثرين: الأول، وهما مبنيان عند الجمهور على صحة أنكحتهم. إن صححناها، تعينت البنت، وحرمت الأم أبدًا، وإلا، تخير. فإن اختار البنت، حرمت الأم أبدًا. وإن اختار الأم، اندفعت البنت، لكن لا تحرم مؤبدًا إلا بالدخول بأمها. وأما المهر، فقال ابن الحداد: إن خيرناه، فللمفارقة نصف المهر، لأنه دفع نكاحها بإمساك الأخرى. وإن قلنا: تتعين البنت، فلا مهر للأم، لاندفاع نكاحها بغير اختياره. وقال القفال وغيره: الحكم بالعكس، إن خيرناه، فلا مهر للمفارقة، لأن التخيير يبنى على فساد نكاحهم، فالمفارقة كأنه لم ينكحها، حتى جوز الأصحاب لابنه وأبيه نكاحها تفريعًا على هذا القول. وإذا لم يكن نكاح، فلا مهر. وإن عينا البنت، فللأم نصف المهر، لصحة نكاحها واندفاعه بالإسلام. ومال الإمام إلى أنه لا مهر على هذا القول أيضًا، لأنه صح نكاح البنت، فتصير الأم محرمًا، وإيجاب المهر للمحرم بعيد، وقد سبق نظير هذا. وإن دخل بالبنت فقط، ثبت نكاحها، وحرمت الأم أبدًا، ولا مهر لها عند ابن الحداد، ولها نصفه عند القفال إن صححنا أنكحتهم. وإن دخل بالأم فقط، حرمت البنت أبدًا. وهل له إمساك الأم؟ يبنى على القولين إذا لم يدخل بواحدة. إن خيرناه، أمسكها، وإلا، فلا، ولها مهر المثل بالدخول.

Marfat.com

(الصورة) الثالثة: سبق أنه لو أسلم وتحته أمـة، وأسلمت معه، فله إمساكها إن كـان يحل له نكاح الأمـة، وإلا، فـلا. فلو تـخلفت، نظر، إن كـان قـبل الدخـول، تنجزت الفـرقة كـتابيـة كانت أو غـيرها، لأن المسلم لا ينكـح الأمة الكتابية. وإن كان بعد الدخول، وجمعت العـدة إسلامهما، فهو كما لو أسلمت معه. وإن كـانت كتابية، وعـتقت في العدة، فله إمساكـها. وإن لم تسلم، ولا عتـقت، أو كانت وثنية، ولم تسلم إلى انقـضاء العدة، تبـينا اندفاع النكاح من وقت إسلامه. وإن كان تحـته إماء، فأسلم وأسلمن معه، اخـتار واحدة منهن إن كان ممن تحل له الأمة عند اجـتماع إسلامه وإسلامـهن، وإلا، فيندفع نكاحهن، سواء سبق إسلامه أو سبقنه. ولو أسلـم وتحته ثلاث، فأسلمت معه واحدة وهو معسـر خائف من العنت، ثم أسلمت الثانية في عدتهـا وهو موسر، ثم أسلمت الثالثة وهو مـعسر خائف من العنت، فإن قلنا بـالأصح: إن اليسار إنما يؤثر في اندفاع النكاح إذا اقترن بإسلامهما، اندفع نكاح الثانية، لفقد الشرط عند اجتماع إسلامه وإسلامها، ويخير بين الأولى والثالثة. وإن قلنا: يؤثر عند إسلامه فقط، لم تندفع الثانية، بل تدخل في التخيير.

فرع: أسلم وتحتـه إماء، وأسلمت معـه إحداهن، فله أن يخـتارها، وله أن ينتظر البـاقيـات. فإن أصـررن على الشرك، تبـينا أنهن بِنَّ وقت إسـلامه، وأن عدتهن انقضت. وإن أسلمن في العدة، نظر، إن كان اختار المسلمة أولاً، كانت بينونتهن باختياره إياها. وإنه لم يكن اختارها، اختار إحداهن، واندفع الباقيات. وإن طلق المسلمة أولاً، كان الطلاق متضمنًا اختيارها. ثم إن أصر الباقيات حتى انقضت عدتهن، بان أنهن بِنَّ باخـتلاف الدِّين. وإن أسلمن في العدة، بان أنهن بِنَّ من وقت الطلاق فإنه وقت الاختيار. وإن فسخ نكاح المسلمة أولاً، لم ينفذ، لأنه إنما يفسخ الزائد، وليس فـي الحال زيادة، ثم إن أصررن، اندفعن باخـتلاف الدين، ولزم نكاح الأولى. وإن أسلمن في العـدة، اختار من شاء من الجـميع. وقيل: لا يجوز اختيار الأولى، بل نتبين نفوذ فسخه فيها، والصحيح الأول.

الصورة الرابعة: أسلم وفي نكاحه حرة وأربع إماء مثلاً، وأسلمن، نظر، إن أسلمت الحرة معه، أو كانت مدخولاً بهـا وأسلمت قبل انقضاء عدتها، تعينت، واندفع الإماء، سواء أسلمن قبله وقبل الحرة أو بعدهما في العدة أو بينهما. وإذا تأخـر إسلامـهن، فإن أسـلمن في العدة، بِنَّ مـن وقت اجتـماع إسـلام الزوج والحـرة، وعـدتهن من ذلـك الوقت. وإِن لم يسلمن حـتـى انقـضت العـدة، فبينونتهـن باختلاف الدين. وإن لم يجتمع إسلام الحـرة وإسلامه في العدة، بأن أسلم الزوج، وأصـرت هي إلى انقضاء الـعدة، أو ماتت في العـدة، أو أسلمن أولاً وتخلف الزوج حتى انقضت عدتها أو مـاتت، فالحكم كما لو لم يكن تحته حرة، فـيختار واحـدة من الإماء على التفـصيل السابق، وفي مـدة تخلف الحرة المدخول بهـا، لا يختار واحدة من الإمـاء، سواء أسلمن معه أو بعـده في العدة حتى يئس منها بالموت أو انقضاء العدة. فـإن اختار واحدة قبل اليأس، ثم ماتت الحرة، أو انقـضت عدتها وهي مـصرة، فالمذهـب أنه يجب اختيـار جديد، ولا يتـبين صحـة ذلك الاختـيار. هذا كلـه إذا لم يطرأ عتق الإمـاء، فإن طرأ قـبل اجتماع إِسلامه وإسلامـهن بأن عتقن ثم أسلم وأسلمن، أو أسلمن ثم عتقن ثم أسلم، أو أسلم وعتقن ثم أسلمن، التحقن بالحرائر الأصليات، حتى لو أسلمت الحرة ثم أسلمت الإماء المتخلـفات بعد عتقهن، فهـو كما لو أسلم على حرائر، فيختار من الجميع أربعًا كيف شاء. وحكى ابن القطان وجهًا فيما إذا أسلم وتحته حرائر وإماء، فعتق الإماء ثم أسلمن، أنه لا يجوز إلا اختيار الحرائر الأصليات، وهذا ضعيف.

ولو تخلفت الحـرة، واجتـمع إسلامـه وإسلامـهن وهن عتـيقـات، فله أن يختارهن. ثم إن أسلمت الحرة المتخلفة في العدة، بانت باختياره الأربع. وإن لم تسلم، بانت باختلاف الدين.

وإِن أخر الاختـيار انتظارًا لإسلام الحرة الأصليـة المتخلفة، فقـال الشيخ أبو حامد: هو جـائز. قال ابن الصباغ: عندي أنه لا معنى لتـأخير اختيـار الجميع،

Marfat.com

لأنه يلزمه نكاح ثلاث منهن لا محالة، فيختار ثلاثًا. ثم إن أسلمت المتخلفة في العدة، اختارها أو الرابعة من العتيقات. وإن لم تسلم، لزمه نكاح الرابعة من العتيقات.

ولو أسلم وليس في نكاحه إلا إماء، وتخلفن وعتقن ثم أسلمن في العدة، اختار منهن أربعًا كالحرائر الأصليات.

ولو أسلمن معه إلا واحدة، ثم أسلمت المتخلفة في العدة بعدما عتقت، تعينت للنكاح كالحرة الأصلية. ولو كان تحته أربع إِماء، فأسلم معه ثنتان، وتخلف ثنتان، فعتقت واحدة من المتقدمتين وأسلمت المتخلفتان على الرق، اندفعتا، لأن تحت زوجهما عتيقة، ولا تندفع الرقيقة المتقدمة، لأن عتق صاحبتها كان بعد اجتماع إسلامها وإسلام الزوت، فلا يؤثر في حقها، فيختار واحدة من المتقدمتين. ولو كان تحته إماء، فأسلم الزوج مع واحدة، ثم عتقت، ثم عتق الباقيات، ثم أسلمن، اختار أربعًا منهن، لالتحاقهن بالأصليات، وليس له اختيار الأولى، لأنها كانت رقيقة عند اجتماع الإسلامين.

ولو كان تحته أربع إماء، فأسلم معه اثنتان، ثم عتقتا وعتقت المتخلفتان، ثم أسلمتا، تعين إمساك الأخريين، واندفعت المتقدمتان. ولو أسلم الزوج وتخلفن، ثم عتقت اثنتان، ثم أسلمتا وأسلمت الأخريان، ثم عتقتا، تعين إمساك الأوليين، واندفعت المتأخرتان. والنظر في جميع ذلك إلى حالة اجتماع الإسلامين، لأنه حالة إمكان الاختيار.

فصل: عتق الأمة تحت عبد، يثبت لها الخيار في فسخ النكاح كما سيأتي في الباب الآتي إن شاء الله تعالى. والغرض هنا بيان عتق المشركة مع إسلامها، فإذا نكح عبدُ كافر أمة، ثم أسلمتا وعتقت، نظر، إِن عتقت بعد اجتماع الإسلامين، فهي كسائرالإماء يعتقن تحت العبيد، وليس هذا من صور الفصل، وإن عتقت قبل اجتماع الإسلامين وهي مدخول بها، فلها حالان.

Marfat.com

أحدهمـا: أن تسلم هي أولاً وتعتق، ويتخلف الزوج، فليس لهـا الإجازة، سواء عـتقت ثم أسلمت، أو أسلمت ثم عـتقت، لأنها مـعرضة لـلبينونة، ولا يبطل بهذه الإجازة حقها من الفـسخ. وإِن اختارت الفسخ في الحال، جاز، فإذا فسخت، فـإن أسلم الزوج قبل انقضاء مـدة عدتها، فعدتهـا من وقت الفسخ، وتعتـد عدة حرة، فـإن لم تسلم حتى انقـضت مدة عدتهـا، فعـدتها من وقت إسلامـها. ويلغو الفـسخ بحصول الفـرقة قبله، وتعتـد عدة حرة إِن عـتقت ثم أسلمت. وإِن أسلمت ثم عتـقت، فهي أمة عتـقت في أثناء عدتها، فهل تـعتد عدة حرة، أم عدة أمـة؟ فيه طريقان، أقربهمـا إلى نص الشافعي رضي الله عنه وبه قطع في «الشامل» وغيره: أنها كالرجعية تعتق في أثناء العدة، والمذهب فيها الاقتصار على عدة أمة، وموضع بيانهما «كـتاب العدد». ولو أرادت تأخير الفسخ إلى أن تبين حال الزوج، جاز، ولا يبطل خيارها، كالرجعية إذا عتقت في العدة والزوج رقيق. ثم إن لم يسلم الزوج حتى انقضت مدة العدة، سقط الخيار، وعدتها من وقت إسلامـها وهي عدة حـرة إن عتقت ثم أسلمت، وإِن أسلمت ثم عـتقت، فهل هي عدة حرة، أم أمة؟ فيه الطريقان. وإن أسلم الزوج، فلها الفسخ، وتعتد من وقت الفسخ عدة حرة.

الحال الثاني: أسلم وتخلفت، فلـها الخيار على الصحيح، لتـضررها برقه. وقيل: لا خيار لها، لأن خيار العتق من أحكام الإسلام، وهي كافرة، فلا يثبت لها. فإذا قلنا بالصحيح، فلها تأخير الفسخ والإجازة، ثم إن أسلمت قبل مضي العدة وفسخت، اعتدت من وقت الفسخ عدة حرة. وإن لم تسلم حتى انقضت، تبينا حصـول الفرقة من وقت إسلام الزوج. وهل تعـتد عدة حرة، أم أمـة؟ فيه الطريقان. وهنا أولى بإلحاقها بالأمة، لأنها بائن ليس بيد الزوج من أمرها شيء.

ولو أجازت قبل أن تسلم، لم تصح إجازتها على الصـحيح، لأنها معرضة للبينونة.

ولو فسخت، نفـذ الفسخ على الصحيح وقول الأكثـرين، كالحالة الأولى.

Marfat.com

وقيل: لا ينفذ، وبه قال ابن سلمة. وهو ظاهر نقل المزني، لكنه مؤوَّل عند الجمهور.

فرع: أسلم الزوج الرقيق، هل لزوجته الكافرة خيار؟ وجهان. أصحهما على ما قال الإمام والمتولي: لا، لأنها رضيت برقه ولم يحدث فيها عتق، والثاني: نعم، وهو ظاهر نصه، لأن الرق نقص في الإسلام، وليس كبير نقص في الكفر. قال الداركي: الخلاف في أهل الحرب، أما الذمية مع الذمي، فلا خيار لها قطعًا، لأنها رضيت بأحكامنا.

واعلم أن الوجهين جاريان سواء كانت الزوجة حرة أو أمة، وسواء أسلمت أو لم تسلم إذا كانت كتابية، كذلك قال البغوي وغيره، وفي «الوسيط» ذكر الوجهين فيما إذا أسلمت الحرة، وليس هو بقيد، فاعلم ذلك.

فصل: العبد الكافر، إذا أسلم وتحته أكثر من امرأتين، فأسلمن معه أو بعده في العدة، إن دخل بهن، اختار ثنتين منهن، سواء كن حرائر أو إماءً. فإن شاء، اختار حرتين، أو حرة وأمة. وإن سبقن بالإسلام، ثم أسلم في العدة، فكذلك. ولو طرأ عتقه، نظر، إن عتق بعد اجتماع الإسلامين، لم يؤثر عتقه في زيادة العدد، فلا يزيد على ثنتين. وإن عتق قبل الإسلامين، بأن عتق قبل إسلامه وإسلامهن، أو بينهما، تقدم إسلامه أو تأخر، فله حكم الأحرار، وللزوجات ثلاثة أحوال.

أحدها: أن يتمحضن حرائر، فيختار أربعًا منهن.

ولو أسلم منهن ثنتان معه، ثم عتق ثم أسلم الباقيات، فليس له إلا اختيار ثنتين، إما الأوليين، وإما ثنتين من الباقيات، وإما واحدة منهما وواحدة منهن. ولو أسلمت معه واحدة، ثم عتق، ثم أسلمت الباقيات، فله اختيار أربع، لأنه لم يكمل بإسلام الواحدة عدد العبيد. وحكى ابن القطان وجهًا أنه لا يختار إلا ثنتين، وهو غريب ضعيف.

Marfat.com

الحال الثاني: أن يتمحضن إِماءً. فإن كـن قد عتقن عند اجتماع الإسلامين، اختار منهن أربعًـا، وإلا، فلا يختار إلا واحدة بشرط الإعـسار وخوف العنت. ولو كان تحته أربع إماءٍ، فأسلمت معـه اثنتان، ثم عتق، ثم أسلمت المتخلفتان، لم يختـر إلا اثنتين، لأنه وجد كـمال عدد العـبيـد قبل العتق، ويـجوز اختـيار الأوليين، لأنه كان رقـيقًا عند اجـتماع إسلامـه وإسلامهـما، ولا يجوز اختـيار الأخريين على الصحـيح، وجوزه القاضي حسين، ولا يجوز اختـيار واحدة من الأوليين وواحدة من الأخريين على الأصح. ولو أن المتخلفتين عتقتا بعد عتقه ثم أسلمتا، فله اختـيارهما، وله اختيار واحدة منهمـا، وواحدة من الأوليين لأنهما حرتان عند اجتـماع الإسلام، فصار كمـا لو كان تحته أربع حرائر، فـأسلم معه ثنتان ثم عتق، ثم أسلمت الآخرتان، فإنه يختار ثنتين كيف شاء.

ولو أسلمت معـه واحدة من الإماء الأربع، ثم عـتق، ثم أسلمت البواقي، قال المتولي: لا يختار إلا واحدة على الصحيح، وبهذا قطع البغوي، لكن قياس الأصل السابق جواز اختـيار ثنتين، لأنه لم يستوف عدد العبيـد قبل العتق. فإذا قلنا: لا يخـتار إلا واحـدة، تعينـت الأولى، كذا قـاله المتولي والبـغوي. قـال المتولي: وعلى طريقة الـقاضي يختار واحدة من الجـملة، وعكس الإمام فحكى عن القـاضي أن الأولى تتـعين. وعن سائـر الأصحـاب أنه يخـتار واحـدة من الجملة، قال: وقول القاضي هفوة منه.

ولو عتـقت البواقي بعد إسلام الواحـدة معه، ثم أسلمن، قال البـغوي: له إمساك الجمـيع، لأنه لم يستوف عدد الرق قبل العـتق، فله إمساك الأولى، لأنه كان رقيقًا عند اجتماع إسلامه وإسلامها، والبواقي كن حرائر عند اجتماع إِسلامه وإِسلامهن، فله إمساكهن، لأن إدخال الحرائر على الإماء جائز.

الحال الثالث: إذا كن حرائر وإماءً، اندفعت الإماء، ويختار أربعًا من الحرائر إن زدن على الأربع، وإلا، فيمسكهن.

Marfat.com

ولو كان تحته حرتان وأمتان، فأسلم معه حرة وأمة، ثم عتق ثم أسلمت المتخلفتان، لم يختر إلا اثنتين، لاستيفاء العدد قبل العتق، وله اختيار الحرتين، واختيار الأمة الأولى مع حرة، وليس له اختيار الثانية مع حرة.

الطرف الثالث: في ألفاظ الاختيار وأحكامه.

أما ألفاظه، فكقوله: اخترت نكاحك، أو تقرير نكاحك، أو حبسك، أو عقدك، أو اخترتك، أو أمسكتك أو أمسكت نكاحك، أو ثبتُّ نكاحك أو ثبتك، أو حبستك على النكاح. وكلام الأئمة يقتضي أن جميع هذا صريح، لكن الأقرب أن يجعل قوله: اخترتك وأمسكتك من غير تعرض للنكاح كناية.

ولو كان تحته ثمان مثلاً، وأسلمن معه، فاختار أربعًا منهن للفسخ وهو يريد حله بلا طلاق، لزم نكاح الباقيات وإن لم يتلفظ فيهن بشيء.

ولو قال لأربع: أريدكن، ولأربع: لا أريدكن، قال المتولي: يحصل التعيين بذلك. وقياس ما سبق حصول التعيين بمجرد قوله: أريدكن.

فروع: الفرع الأول: طلق واحدة منهن، أو أربعًا، كان تعيينًا للنكاح، لأن المنكوحة هي التي تخاطب بالطلاق، فتندفع الأربع المطلقات بالطلاق، والباقيات بالفسخ بالشرع.

ولو طلق أربعًا غير معينات، أمر بالتعيين. فإذا عين، فالحكم ما ذكرنا، هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور. وفي «التتمة» وجه: أن الطلاق ليس تعيينًا للنكاح.

ولو آلى أو ظاهر من واحدة أو عدد، فوجهان. أحدهما: أنه تعيين لنكاحهن، وأصحهما: لا، لأن الأجنبية تخاطب به، بل هو بها أليق. فعلى هذا، إن اختار مَن ظاهر منها، أو آلى للنكاح، صح الظهار والإيلاء، ويكون ابتداء مدة الإيلاء من وقت الاختيار، ويصير عائدًا إن لم يفارقها في الحال.

Marfat.com

ولو قذف إحداهن، لزمه الحد إن كانت محصنة، ولا يسقط إلا بالبينة إن اختار غير المقذوفة، وإن اختارها، سقط بالبينة وباللعان.

(الفرع) الثاني: قال: فسخت نكاح هذه، أو هؤلاء الأربع، أو قال: اخترت هذه للفسخ، أو هذه للفسخ من غير لفظ «اخترت» فإن أراد الطلاق، فهو اختيار للنكاح، وإن أراد الفراق، أو أطلق، فهو اختيار للفسخ.

ولو قال لواحدة: فارقتك فالأصح أنه فسخ، وبه قال الشيخ أبو حامد، ورجحه ابن الصباغ والمتولي وغيرهما. وعن القاضي أبي الطيب أنه كقوله: طلقتك، لأنه من صرائح الطلاق.

الفرع الثالث: لو اختار الجميع للنكاح أو الفسخ، فهو لغو، ولو طلق الجميع، وقع على المنكوحات ويعيِّنهن.

الفرع الرابع: قال: إن دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح أو للفسخ، لم يصح، لأن تعليق الاختيار باطل، فإنه إما كالابتداء، كالنكاح، وإما كالرجعة. وقيل: يصح تعليق الفسخ كالطلاق، وهو ضعيف.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، فالصحيح جوازه، تغليبًا لحكم الطلاق، ويحصل اختيارها ضمنًا، فإنه يحتمل في الضمني ما لا يحتمل استقلالاً.

ولو قال: إن دخلت الدار فنكاحك مفسوخ، إن أراد الطلاق نفذ، وإلا لغا.

ولو قال: كلما أسلمت واحدة فقد اخترتها للنكاح، لم يصح. ولو قال: فقد طلقتها، صح على الأصح. ولو قال: فقد فسخت نكاحها، إن أراد حله بلا طلاق، لم يجز، لأن تعليق الفسخ لا يجوز، وإن أراد الطلاق، جاز. وإذا أسلمت واحدة، طلقت وحصل اختيارها ضمنًا، وهكذا إلى تمام الأربع، وتندفع الباقيات، وفي وجه: لا يصح تفسير الفسخ بالطلاق، وهو ضعيف.

(الفرع) الخامس: لا يكون الوطء اختياراً للموطوءة على المذهب، لأن

Marfat.com

الاختيار هنا كالابتداء، ولا يصح ابتداء النكاح بل استدامته إلا بالقول، فإن الرجعة لا تحصل بالوطء. فلو وطىء الجميع وجعلناه اختياراً، كان مختاراً للأوليات، وعليه المهر للباقيات، وإن لم نجعله اختياراً، اختار أربعًا منهن وغرم المهر للباقيات.

الفرع السادس: قال: حصرت المختارات في هؤلاء الست أو الخمس، انحصرن ويندفع نكاح الباقيات.

فرع: أسلم على ثمان وثنيات، فأسلم معه أربع، وتخلف أربع، فعين الأوليات للنكاح، صح التعيين. فإن أصرت المتخلفات، اندفعن من وقت إسلامه، وإن أسلمن في العدة، قال البغوي: تقع الفرقة باختيار الأوليات، وقال الإمام: نتبين اندفاعهن باختلاف الدين، لكن نتبين تعيينهن من وقت تعيينه للأوليات. وهذا هو الموافق لأصول الباب.

وإن طلق الأوليات، صح وتضمن اختيارهن، وينقطع نكاحهن بالطلاق، ونكاح الأخريات بالفسخ بالشرع.

وإن قال: فسخت نكاحهن، فإن أراد به الطلاق، فكذلك، وإنْ أراد حله بلا طلاق، فهو لغو، لأن الحل هكذا إنما يكون فيما زاد على أربع. فإن لم تسلم المتخلفات، تعين الأوليات، وإن أسلمن، اختار من الجميع أربعًا، وللمسلمات أن يدَّعين: أنك إنما أردت طلاقنا، ويحلفنه، وللمتخلفات أيضًا أن يدعين إرادة الطلاق وبينونتهن بالفسخ الشرعي ويحلفنه. وفي وجه: لا يلغو الفسخ، بل هو موقوف، إن أصررن حتى انقضت العدة، لغا، وإن أسلمن فيها، تبينا نفوذه في الأوليات، وتعين الأخريات للنكاح، والصحيح الأول. ولو عين المتخلفات للفسخ، صح، وتعينت الأوليات للزوجية. وإن عين المتخلفات للنكاح، لم يصح، لأنهن وثنيات وقد لا يسلمن. وعلى وجه الوقف: ينعقد الاختيار موقوفًا، فإن أسلمن، بانت صحته.

Marfat.com

ولو أسلم على ثمان وثنيات، فتخلفن، ثم أسلمن متعاقبات في عُددهن، وهو يقول لكل من أسلمت: فسخت نكاحك، فإن أراد الطلاق، صار مختاراً للأوليات، وإن أراد حله بلا طلاق، فهو على الصحيح لغو في الأربع الأوليات، نافذ في الأخريات، لأن فسخ نكاحهن وقع وراء العدد الكامل فنفذ. وعلى وجه الوقف: إذا أسلمت الأخريات، تبينا نفوذ الفسخ في الأوليات. ولو أسلم معه من الثمان خمس، فقال: فسخت نكاحهن، فإن أراد الطلاق، صار مختاراً لأربع منهن وبنّ بالطلاق، وعليه التعيين، وإن أراد حله بلا طلاق، انفسخ نكاح واحدة لا بعينها، فإذا أسلمت المتخلفات في العدة، اختار من الجميع أربعًا.

ولو قال: فسخت نكاح واحدة منكن، إن أراد الطلاق، صار مختاراً لواحدة لا بعينها، فيعينها ويختار للنكاح من الباقيات ثلاثًا. وإِن أراد حله بلا طلاق، انفسخ نكاح واحدة فيعينها، ويختار من الباقيات أربعًا. وإِن انفسخ نكاح اثنتين منهن غير معينتين، وأراد حله بلا طلاق، انفسخ نكاح واحدة فيعينها، ويختار من الباقيات أربعًا. فلو عين ثنتين، انفسخت واحدة منهما فيعينها، وله اختيار الأخرى مع ثلاث أُخر.

ولو اختار الخمس كلهن، تعينت المنكوحات فيهن، فيختار منهن أربعًا.

فصل: أما حكم الاختيار، فإذا أسلم على أكثر من أربع، وأسلمن معه أو بعده في العدة، أو كن كتابيات، وقعت الفرقة بينه وبين الزيادة على أربع بالإسلام، ويجب عليه الاختيار والتعيين، وإن امتنع، حبس. فإن أصر ولم ينفع الحبس، عزِّر بما يراه القاضي من الضرب وغيره. وعن ابن أبي هريرة: أنه لا يضرب مع الحبس، بل يشدد عليه الحبس، فإن أصر، عزِّر ثانيًا وثالثًا إلى أن يختار. فإن جن أو أغمي عليه في الحبس، خُلِّي حتى يفيق، ولا يختار الحاكم عن الممتنع، لأنه خيار شهوة. قال الإمام: وإذا حبس، لا يعزر على الفور، فلعله يؤخر ليفكر، وأقرب معتبر فيه مدة الاستتابة. واعتبر الروياني في الإمهال

الاستنظار فقال: ولو استمهل، أمهله الحاكم ثلاثة أيام ولا يزيد، ويلزمه نفقة جميعهن إلى أن يختار، لأنهن في حبسه.

فرع: مات قبل التعيين، فإن لم يكن دخل بهن، فعلى كل واحدة أن تعتد بأربعة أشهر وعشر، وإن دخل بهن، فعدة الحامل بالحمل.

وأما غير الحامل، فمن كانت من ذوات الأشهر، اعتدت بأربعة أشهر وعشر، وإن كانت من ذوات الأقراء، لزمها الأكثر من ثلاثة أقراء وأربعة أشهر وعشر. ثم الأشهر تعتبر من موته. وفي الأقراء وجهان، ويقال: قولان، أحدهما: كذلك، لأنا لا نتيقن شروعها في العدة قبل ذلك، وأصحهما: الاعتبار من وقت إسلامهما إن أسلما معًا، وإلا، فمن إِسلام سابق؛ لأن الأقراء إنما تجب، لاحتمال أنها مفارقة بالانفساخ، وهو يحصل من يومئذٍ.

فرع: مات قبل التعيين، وقف لهن ربع ماله أو ثمنه، عائلاً أو غير عائل بحسب الحال إلى أن يصطلحن، فيقسم بينهن بحسب اصطلاحهن بالتساوي أو التفاضل. وعن ابن سريج: أنه يوزع بينهن، لأن البيان غير متوقع وهن معترفات بالإشكال، وبأنه لا ترجيح، ومال الإمام إلى هذا الوجه. والصحيح الذي عليه الجمهور هو الأول، فإن كن ثمانيًا وفيهن صغيرة، أو مجنونة، صالح عنها وليها، وليس له المصالحة على أقل من ثمن الموقوف، وله المصالحة على الثمن على الأصح. وقيل: لا يصالح على أقل من الربع. ثم المصالحة إذا اصطلحن كلهن، فلو طلب بعضهن شيئًا بلا صلح، لم ندفع إلى المطالبة شيئًا إلا باليقين. ففي ثمان نسوة، لو طلب أربع منهن، لم نعطهن، فإن طلب خمس، أعطيناهن ربع الموقوف، وإن طلب ست، فنصفه، وسَبع، ثلاثة أرباعه، ولهن قسم ما أخذن والتصرف. وهل يشترط في الدفع أن يبرئن عن الباقي؟ وجهان. أحدهما: نعم، ونسبه ابن كج إلى النص لتنقطع الخصومة، وأصحهما: لا. فعلى الأول، يعطى الباقي للثلاث، ويرتفع الوقف، وكأنهن اصطلحن على القسمة هكذا.

Marfat.com

هذا كله إذا علمنا استحقاق الزوجات الإرث.

أما إذا أسلم على ثمان كتابيات، فأسلم معه أربع، أو كان تحته أربع كتابيات وأربع وثنيات، فأسلم معه الوثنيات، ومات قبل الاختيار، فوجهان، أصحهما وهو المنصوص: لا يوقف شيء للزوجات، بل يقسم كل التركة بين باقي الورثة، لأن استحقاق الزوجات غير معلوم، لاحتمال أنهن الكتابيات. والثاني: يوقف، لأن استحقاق سائر الورثة قدر نصيب الزوجات غير معلوم، واختاره ابن الصباغ، وهو قريب من القياس.

قلت: المختار المقيس هو الأول، لأن سبب الإرث في سائر الورثة موجود وشككنا في المزاحم، والأصل عدمه، وإِرث الزوجات لم نتحققه، والأصل عدمه. والله أعلم.

ويجري الوجهان فيما لو كان تحته مسلمة وكتابية، فقال: إحداكما طالق، ومات قبل البيان.

فرع: مات ذمي عن أكثر من أربع نسوةٍ، قال صاحب «التلخيص»: الربع أو الثمن لهن كلهن، وقال آخرون: لا يرث منهن إلا أربع، فيوقف بينهن حتى يصطلحن، ويجعل الترافع إِلينا بمثابة إِسلامهم. وبنى القفال الخلاف على صحة أنكحتهم. فإن صححناها، ورث الجميع، وإلا، لم يرث إلا أربع. ولو نكح مجوسي أمَّه أو بنته ومات، قال البغوي: منهم من بنى التوريث على هذا الخلاف، والمذهب القطع بالمنع، لأنه ليس بنكاح في شيء من الأديان، ولا يتصور التقرير عليه في الإسلام.

فرع: المتعينات للفرقة للزيادة على أربع، هل تحسب عدتهن من وقت الاختيار، أم من وقت إِسلام الزوجين إِن أسلما معًا، وإسلام السابق إن تعاقبا؟ فيه وجهان، أصحهما: عند الجمهور الثاني، خلافًا للبغوي.

الطرف الرابع: في النفقة والمهر.

Marfat.com

أما النفقة، فإن أسلم الزوجان معًا، استمرت النفقة كما يستمر النكاح، وإن أسلما متعاقبين بعد الدخول ـ والصورة إذا كانت الزوجة مجوسية أو وثنية ـ فإن أسلم قبلها، فإن أصرت حتى انقضت عدتها، فلا نفقة، لأنها ناشزة بالتخلف، وإن أسلمت في العدة، استحقتها من وقت الإسلام، ولا تستحقها لمدة التخلف على الجديد الأظهر. فعلى هذا، لو اختلفا، فقال: أسلمت اليوم، فقالت: بل من عشرة أيام، فالقول قوله، للأصل، وكذا إذا قلنا بالقديم، فقال: أسلمت بعد العدة فلا نفقة، وقالت: بل فيها، فالقول قوله.

أما إذا أسلمت قبله، فإن أسلم قبل انقضاء العدة، فلها النفقة لمدة التخلف على المشهور، وقيل: الصحيح، لأنها أدت فرضًا مضيقًا، فهو كصوم رمضان. وإن أصر حتى انقضت العدة، استحقت نفقة مدة العدة على الأصح عند الجمهور، وهو المنصوص في «المختصر». ولو قال: أسلمت أولاً، فلا نفقة لك، فادعت العكس، فمَن المصدَّق بيمينه؟ وجهان. أصحهما: هي، لأن النفقة كانت واجبة وهو يدعي مسقطًا.

فرع: ارتدت بعد الدخول، فلا نفقة لزمن الردّة لنشوزها، سواء عادت إلى الإسلام في العدة، أم لا، ولا يجيء القول القديم.

قلت: ذكر صاحب «المهذب» وآخرون طريقين، أحدهما: طرد القولين القديم والجديد. والله أعلم.

وإن ارتد، فعليه نفقة مدة العدة، وإن ارتدا معًا، قال البغوي: لا نفقة، ويشبه أن يجيء فيه خلاف، كتشطر المهر.

فصل: أما المهر، إذا أسلم أحدهما قبل الدخول أو بعده، فسبق بيانه عند ذكر الخلاف في صحة أنكحتهم.

فلوْ قالت: سبقتني بالإسلام قبل الدخول، فعليك نصف المهر، فادعى العكس، صدِّقت بيمينها، لأن الأصل بقاء نصف الصداق.

Marfat.com

ولو ادعى سبقـها، فقالت: لا أدري أينا سبق، لم يتـمكن من طلب المهر. فإن عـادت وقالت: علمت أنه سـبق، صدقت بيـمينها وأخـذت النصف. ولو اعترفا بالجهل بالسابق، فلا نكاح، لاتفاقهما على تعاقب الإسلام قبل الدخول. ثم إن كان ذلك قبل قبض المهر، لم تتمكن من طلبه، لاحتمال سبقها، وإن كان بعده، لم يتمكن هو من استرداد النصف، لاحتمال سبقه فيقر النصف في يدها، حتى يتبين الحال.

ولو اختلفا في بقاء النكاح، فقـال: أسلمنا معًا، فالنكاح باقٍ، وقالت: بل متعاقبين ولا نكاح، فقولان. أظهرهمـا: القول قوله، والثاني: قولها، لتعارض الأصل والظاهر. فإن قلنا: القول قولها، نظر، إن قالت: أسلمتَ قبلي، حلفت على البت أنهـا ما أسلمت وقت إسلامـه، وإن قالت: أسلمتُ قـبلك، حلفت على نفي العلم بإسلامه يوم إسلامها.

ولو اختلفا علـى العكس، فقالت: أسلمنا معًـا، فقال: بل متعـاقبين، فلا نكاح، لاعتـرافه، وهي تدعي نصف المهـر. وفي المصدق منهمـا القولان. ولو قال: لا ندري أسلمنا معًا أو متعاقبين، استمر النكاح.

فرع: أسلمت بعـد الدخول، ثم أسلم هو وادعى أن إسلامـه سبق انقـضاء العدة، وادعت العكس، فهذا يتصور على أوجه.

أحدها: أن يتفقا على وقت انقضاء العدة، كغرة رمضان، فادعى إسلامه في شعبان، وقالت: بل في خامس رمضان، فالقول قولها، لأن الأصل بقاء كفره.

والثاني: أن يتفقا على وقت إسلامه، كـغرة رمضان، وقال: انقضت عدتك في خامس رمضان، وقالت: بل في شعبان، فالقول قوله بيمينه.

الثالث: أن لا يتفقا على شيء، واقتـصر على أن إسلامي سبق، واقتصرت على أن عدتي سبـقت، فالنص أن القول قوله، ونص فـيما إذا ارتد، ثم أسلم، وادعى أنه أسلم في العـدة، وادعت انقضـاءها قبل إسـلامه، وفـيمـا إذا قال:

Marfat.com

راجعتك في العـدة، فقالت: بل بعدها، أن القول قولهـا. ولـلأصحاب طرق. أحدها: طرد قولين في المسائل الثلاث، هل القـول قوله، أم قولها؟ والثاني: أن النصين على حالين. فإن اتفقا على وقت إسلامه أو رجـعته، واختلفا في انقضاء العدة، فالقول قوله. وإن اتفقا على وقت انقضاء العدة، واختلفا في أنه أسلم أو راجع قبله، فالقول قولهـا. والطريق الثالث وهو الأصح وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق، ورجـحه الشيخ أبو حامد والبـغوي وغيرهمـا: أن من سبق بالدعوى، فالقول قوله، وعليه ينزل النص في المسائل الثلاث، لأن المدعي أولاً مقبول، فلا يرد بمجرد قول آخر. وزاد البـغوي فيما إذا سبق دعـواه فقال: إن ادعت بعد أن مضى بعد دعواه زمن، فهو المصدَّق. فإن اتصل كلامها بكلامه، فهي المصدَّقة.

فرع: نص الشافعي رضي الله عنه، أن الزوج لو أقام شـاهدين على أنهمـا جميـعًا أسلما حين طلعت الشمس يوم كـذا، أو حين غربت، قبلت شهادتهمـا واستمر النكاح. وإن شهـدا أنهما أسلمـا مع طلوع الشمس، أو مع غـروبها، لم يحكم بهذه الشهـادة، لأن حين طلوعها وغروبها يتنـاول حالة تمام الطلوع أو الغروب، وهي حالة واحدة. وقوله: مع الطلوع يصدق من حين يأخذ في الطلوع، فيجوز أن يكون إسلام أحدهما مقارنًا لطلـوع أول القرص، وإسلام الآخر مقارنًا بطلوع آخره.

فرع: نكحت في الكفـر زوجين، ثم أسلموا، فـإن ترتب النكاحان، فـهي زوجة الأول، فإن مات الأول ثم أسلمت مع الثاني وهم يعـتقدون جواز التزويج بزوجين، ففي جواز التقرير وجهان.

قلت: ينبغي أن يكون أصحهما التقرير. والله أعلم.

وإن وقع النكاحان معًا، لم تقر مع واحد منهـما، سواء اعتقدوا جوازه، أم لا. وفيما إذا اعتقدوه وجه: أن المرأة تختار أحدهما، كما لو أسلم على أختين، وبالله التوفيق.

الباب الثامن

في مثبتات الخيار في النكاح

أسبابه المتفق عليها أربعة: العيب، والغرور، والعتق، والتعنين.

وقولنا: «المتفق عليها» احتراز مما إذا زوج الأب أو الجد بكرًا بغير كفءٍ وصححنا النكاح، فلها الخيار.

ولو زوج الصغير من لا تكافئه، وصححناه، فله الخيار إذا بلغ. ولو ظنها مسلمة، فكانت كتابية، فله الخيار على رأي.

والتعنين أحد العيوب، إلا أنه يختص بأحكام، كضرب المدة وغيره، فبيَّن الأصحاب في «فصل العيوب» أنه أحدها، وأفردوه بالذكر لاختصاصه بأحكام.

السبب الأول: العيب، العيوب المثبتة للخيار ثلاثة أقسام.

أحدها: يشترك فيه الرجال والنساء، وهو ثلاثة: البرص، ولا يلتحق به البهق.

والثاني: الجذام، وهو علة صعبة يحمرُّ منها العضو ثم يسودُّ ثم ينقطع ويتناثر، نسأل الله الكريم العافية، ويتصور ذلك في كل عضو، لكنه في الوجه أغلب. ثم حكى الإمام عن شيخه، أن أوائل البرص والجذام لا يثبت الخيار، وإنما يثبت إذا استحكما. وإن استحكام الجذام إنما يحصل بالتقطع. وتردد الإمام في هذا وقال: يجوز أن يكتفى باسوداد العضو، وحكم أهل المعرفة باستحكام العلة.

الثالث: الجنون منقطعًا كان أو مطبقًا، ولا يلحق به الإغماء بالمرض إلا أن يزول المرض ويبقى زوال العقل. قال الإمام: ولم يتعرضوا في الجنون لاستحكامه، ولم يراجعوا أهل المعرفة أهو مرجوُّ الزوال، أم لا؟ ولو قيل به لكان قريبًا. ومتى وجد أحد الزوجين بالآخر هذه العيوب، فله فسخ النكاح قلَّ

Marfat.com

ذلك العيب أم كثر. ولو تنازعا في قرحة، هل هي جذام؟ أو في بياض هل هو برص؟ فالقول قول المنكر، وعلى المدعي البينة، ويشترط كون الشاهدين عالمين بالطب.

القسم الثاني: مختص به وهو الجب والتعنين.

الثالث: مختص بها وهو الرتق والقرن، فالرتق: انسداد محل الجماع باللحم، والقرن: عظم في الفرج يمنع الجماع، وقيل: لحم ينبت فيه، ويقول الفقهاء «القرن» بفتح الراء وهو في كتب اللغة بإسكانها.

قلت: يجوز الفتح والإسكان، فالفتح على المصدر وهو هنا أحسن لأنه أنسب لكون قرائنه مصادر وهي الرتق والبرص ونحوهما، وقد أوضحت هذه اللفظة أكمل إيضاح في «تهذيب الأسماء واللغات» ونقلت أقوال أهل اللغة فيها وحاصله، جواز الأمرين وترجيح الفتح. والله أعلم.

وليس للزوج إجبار الرتقاء على شق الموضع، فلو فعلت وأمكن الوطء، فلا خيار كذا أطلقوه، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا علم عيب المبيع بعد زواله.

فجملة هذه العيوب سبعة، يمكن في حق كل واحدٍ من الزوجين خمسة، وما سواها من العيوب لا خيار فيه على الصحيح الذي قطع به الجمهور. وقال زاهر السرخسي: الصنان والبخر إذا لم يقبلا العلاج يثبتان الخيار، وقال: كذا العِذْيَوطُ والعذيوطة، يثبت به الخيار. والعِذيوط، من يخرج عنه الغائط عند الجماع. وزاد القاضي حسين وغيره فأثبتوا الخيار بالاستحاضة، وبالعيوب التي تجتمع فتنفر تنفير البرص، وتكسر سورة التائق، كالقروح السيالة وما في معناه ويقال: إن الشيخ أبا عاصم حكاه قولاً للشافعي رحمة الله عليه.

أما إِذا وجد أحدهما الآخر خنثى قد زال إشكاله، ففي ثبوت الخيار قولان. أظهرهما: المنع لأنه لا يفوت مقصود النكاح، وموضع القولين إذا اختار الذكورة

Marfat.com

أو الأنوثة بغيـر علامـة، لأنه قد يخرج بخـلافه. فأمـا إِذا اتضح بعلامـة، فلا خيار، هذا هو الأصح. وقيل: القولان أيضًا فيما إذا اتضح بعلامة مظنونة، فإن كان بقطيعة وهي الولادة، فلا خيار. وقـيل: القولان مطلقًا، وإن كانت العلامة قطعية لمعنى النفرة.

ولا خيار بكونه أو كونها عقيمًا، ولا بكونها مفضاة، والإفضاء: رفع ما بين مخرج البول، ومدخل الذكر.

فصل: إِذا ظهر بكل واحد منهما عيب مـثبت للخيار، فإن كانا من جنسين، فلكل واحد منهما الخيار إلا إِذا كان مجبوبًا وهي رتقاء، فهو كالجنس الواحد كذا ذكره الحناطي والشيخ أبو حامد والإمام، وحكى البغوي طريقًا آخر، أنه لا فسخ به قطعًا، لأنه لا طريق له إلى تحـصيل الوطء. وإن كانا من جنس، ثبت الخـيار لكل واحد على الأصح. هذا في غـير الجنون، أما إذا كانا مـجنونين، فلا يمكن إثبات الخيـار لواحد منهمـا في الحال، ثم الوجهان فـيما إِذا تساوى العـيبان في القدر والفحش. فإن كان أحدهما أكثر وأفحش، فللآخر الخيار قطعًا.

فرع: نكح أحدهما الآخر عالمًا بعيبه، فلا خيار.

فلو ادّعى المعـيب علم الآخـر، صدِّق المنكر بيـمـينه. وقيل: إن كـان هذا الاختلاف بعد الدخول، صدق مدعي العلم.

فرع: جبت المرأة ذكر زوجها، فهل لها الخـيار؟ وجهان. أحدهما: لا، كما لو عيبَ المشتري المبيع قبل القبض، وأصحهما: نعم كما لو خرّب المستأجر الدار المستأجـرة فإن له الخيار، فإن المرأة بالجب لا تصيـر قابضة لحقها، والمسـتأجر لا يصير قابضًا لحقه كالتخريب، والمشتري بالتعيب قابض حقه.

فصل: العيب المثبت للخيار إن كان مقـارنًا للعقد، فلكل واحد الفسخ بعيب صاحبـه وإن حدث بعد العقـد، فإن كان بها، فله الفسخ عـلى الجديد الأظهر، وإِن كان به، نظـر إن كان قبل الدخـول، فلها الفـسخ، وإن كان بعـده والعيب

Marfat.com

جنون أو جذام أو برص، فلهـا الخيار، كذا قـاله الأصحاب في جـميع الطرق. وحكى الغزالي فـيه وجهًـا لم أره لغيره. وإن حدث التـعنين، فلا خيـار، لأنها عرفـت قدرته وأخـذت حظها، وإن حـدث الجب، فلها الفـسخ على الأصح، ويقال: الأظهر.

فرع: أولياء المرأة ليس لهم خيار الفسخ بعـيب حدث به، وأما المقارن، فإن كان جبًّا أو تعنينًا، فلا خيار لهم على الصـحيح، وإن كان جنونًا، فلهم الخيار. وإن رضيت هي، وكذا إن كان جـذامًا أو برصًا على الأصح. ونقل الحناطي في العيب الحادث وجهًا، أن للأولياء إجـبارها على الفسخ وهو شاذ ضعيف. وعلى هذا التفـصيل يخرج حكم ابتداء التـزويج، فإن دعت إلى تزويجها بمـجبوب أو عنين، فعليهم الإجـابة على الصحيح، فإن امتنعـوا، كانوا عاضلين، وإن دعت إلى مجنون، فلهم الامتناع، وكذا المجذوم والأبرص على الأصح.

فصل: في أحكام هذا الخيار: فيه مسائل.

إِحداها: هذا الخـيار على الفور كـخيار العيـب في البيع، هذا هو المذهب. وبه قطع الجمهور. وقيل: قولان آخران كخيار العتق. أحدهما: يمتد ثلاثة أيام. والثاني: يبقى إلى أن يوجد صريح الرضى بالمقـام معه أو ما يدل عليه، حكاهما الشيخ أبو علي وهما ضـعيفان. وهل ينفرد كـل واحد من الزوجين بالفسخ، أم لابد من الرفع إِلى الحاكم؟ أما التعنين، فلا بد من الرفع، وفـيما سواه وجهان. أصحهما: لا بد من الرفع لأنه مجتهد فيه. قال البغوي: وعلى الوجهين لو أخر إلى أن يأتي إلى الحاكم ويفسخ بحضرته، جاز.

ولو وطئهـا وظهر بها عيب، فـقالت: وطئت عالمًا، فأنكر، أو كـان العيب به، فقـال: كنت عالمة فـأنكرت، فالقول قـول المنكر على الصحـيح. وقال ابن القطان: قول الآخر، لأن الأصل دوام النكاح.

الثانية: الفسخ بعيب مقارن للعقد، إن كان قبل الدخول، سقط كل المهر ولا متعة، سـواء كان العيب فيه أو فيها، لأن شـأن الفسخ تراد العوضين. وإن كان

Marfat.com

بعد الدخول، فثلاثة أوجه، الصحيح المنصوص، أنه يسقط المسمى ويجب مهر المثل، والثاني: يجب المسمى، والثالث: إن فسخ بعيبها، فمهر المثل، وإن فسخت بعيبه، فالمسمى.

وأما الفسخ بعيب حادث بعد العقد، فإن كان قبل الدخول فلا مهر، وإن كان بعده، فإن أوجبنا في المقارن المسمى، فهنا أولى، وإلا، فأوجه. أحدها: المسمى، والثاني: مهر المثل، وأصحها: إن حدث قبل الدخول، ثم دخل بها غير عالم بالحال، فمهر المثل كالمقارن، وإن حدث بعد الدخول، فالمسمى، لأنه تقرر بالوطء قبل الخلل.

فرع: إذا اطَّلع أحد الزوجين على عيب الآخر، ومات الآخر قبل الفسخ، فهل يفسخ بعد الموت؟ وجهان حكاهما الحناطي، أصحهما: لا يفسخ ويتقرر المسمى بالموت. ولو طلقها قبل الدخول ثم علم عيبها، لم يسقط حقها من النصف، لأن الفرقة حصلت بالطلاق.

الثالثة: إذا فسخ بعيبها بعد الدخول وغرم المهر، فهل يرجع به على من غره؟ قولان. الجديد: الأظهر، لا. وموضع القولين إذا كان العيب مقارنًا للعقد، وأما إذا فسخ بعيب حادث، فلا رجوع بالمهر مطلقًا، إذ لا غرور. وقال المتولي: القولان إذا كان المغروم هو مهر المثل، أما إذا كان المسمى، فلا رجوع، والأصح ما ذكره البغوي وهو أنه لا فرق بين المسمى ومهر المثل، ثم إذا قلنا بالرجوع، فإن كان التغرير والتدليس منها دون الولي، فالرجوع عليها دونه.

وصوَّر المتولي التغرير منها، بأن خطب الزوج إليها، فلم يتعرض لعيبها، وطلبت من الولي تزويجها به وأظهرت له أن الزوج عرف حالها.

وصوره الشيخ أبو الفرج الزاز، فيما إذا عقدت بنفسها، وحكم بصحته حاكم. ثم لفظ الرجوع الذي استعمله الأصحاب يشعر بالدفع إليها، ثم الاسترداد منها. لكن ذكر الشيخ أبو حامد والإمام، أنه لا معنى للدفع إليها والاسترداد، ويعود معنى الرجوع إلى أنه لا يغرم لها. وهل يجب لها أقل ما

يجوز صداقًا لئلا يخلو النكاح عن مهر؟ وجهان. ويقال: قولان.

قلت: الأصح عند من قال بالرجوع، أنه لا يبقى لها شيئًا، ويكفي في حرمة النكاح أنه وجب لها ثم استرد بالتغرير. والله أعلم.

وإن كان التغرير من الولي، بأن خطب إليه فزوج وهو مجبر أو غيره بإذنها ولم يذكر للخاطب عيبها، فإن كان عالمًا بالعيب، رجع عليه بجميع ما غرم. وإن كان جاهلاً، فوجهان لأنه غير مقتصر، لكن ضمان المال لا يسقط بالجهل. فإن قلنا: لا رجوع إذا جهل، فذلك إذا لم يكن محرمًا كابن عم ومعتق وقاض، وحينئذٍ يكون الرجوع على المرأة.

فأما المحرم، فلا يخفى عليه الحال غالبًا، وإن خفي فلتقصيره، فيرجع عليه مع الجهل على الصحيح. فإذا قلنا: لا رجوع على الجاهل، فعلى الزوج إثبات العلم ببينة على إقرار الولي بالعلم. وإن غره أولياء الزوجة، فالرجوع عليهم، فإن جهل بعضهم وقلنا: لا رجوع على الجاهل، رجع على من علم.

ولو وجد التغرير منها ومن الولي، فهل يكون الرجوع عليها فقط لقوة جانبها، أم عليهما نصفين؟ فيه وجهان، وإن غرت الولي وغر الولي الزوج، رجع الزوج على الولي والولي عليها، ولم يتعرضوا لما إذا كانت جاهلة بعيبها، ولا يبعد مجيء الخلاف فيه.

قلت: لا مجيء له لتقصيرها الظاهر، لا سيما وقد قطع الجمهور بأن الولي المحرم لا يعذر بجهله لتقصيره. والله أعلم.

الرابعة: المفسوخ نكاحها بعد الدخول، لا نفقة لها في العدة ولا سكنى إذا كانت حائلاً بلا خلاف، وإن كانت حاملاً، فإن قلنا: نفقة المطلقة الحامل للحمل وجبت هنا، وإن قلنا بالأظهر. إنها للحامل، لم تجب. وأما السكنى، لا تجب على المذهب وبه قطع الجمهور. وقيل بطرد القولين. وقال ابن سلمة: إن كان الفسخ بعيب حادث، وجبت، وإلا، فلا. وإذا لم نوجب السكنى فأراد أن يسكنها حفظًا لمائه، فله ذلك وعليها الموافقة، قاله أبو الفرج السرخسي.

Marfat.com

فروع: تتعلق بهذا السبب: رضي أحد الزوجين بعيب صاحبه، فحدث بمن به العيب عيب آخر، ثبت الخيار بالعيب الحادث على الصحيح. وإِن ازداد الأول، فلا خيار على الصحيح، لأن رضاه بالأول رضًا بما يتولد منه.

ولو فسخ بعيب، فبان أن لا عيب، فهل يحكم ببطلان الفسخ وباستمرار النكاح؟ وجهان حكاهما الحناطي.

قلت: الصحيح، بطلان الفسخ لأنه بغير حق. والله أعلم.

ولو قال: علمت عيب صاحبي، ولم أعلم أن العيب يثبت الخيار، فقولان كنظيره في عتقها تحت عبد. وقيل: لا خيار هنا قطعًا، لأن الخيار بالعيب مشهور في جنس العقود.

السبب الثاني: الغرور بالاشتراط. فإذا شرط في العقد إسلام المنكوحة، فبانت ذمية، أو شرط نسب أو حرية في أحد الزوجين فبان خلافه، فهل يصح النكاح أم يبطل؟ قولان. أظهرهما: الصحة. والقولان فيما إذا اشترطت حريته فبان عبداً، هما إذا نكح بإذن السيد، وإلا، فلا يصح قطعًا. وفيما إذا شرط حريتها فبانت أمة، هما إذا نكحت بإذن السيد وكان الزوج ممن يحل له الإماء، وإلا، فلا يصح قطعًا.

ويجري القولان في كل وصف شرط، فبان خلافه، سواء كان المشروط صفة كمال كالجمال، والنسب، والشباب، واليسار، والبكارة، أو صفة نقص كأضدادها، أو كان مما لا يتعلق به نقص ولا كمال، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور.

وفي «شرح مختصر الجويني» أنهما إنما يجريان في النسب والحرية وما يتعلق بالكفاءة، فإذا قلنا ببطلان النكاح، فرق بينهما ولا شيء على الزوج إِن لم يدخل بها، وإن دخل، فلا حد للشبهة وعليه مهر المثل، ولا سكنى لها في العدة، وكذا لا نفقة إن كانت حائلاً. فإن كانت حاملاً، فعلى القولين في أن النفقة للحمل أو للحامل؟ إن قلنا: للحمل، وجبت، وإلا، فلا، وإذا قلنا بصحة

Marfat.com

النكاح، فإن بان الموصوف خيراً مما شـرط، فلا خيار، وإن بان دونه، فقد أطلق الغزالي في ثبـوت الخيار قـولين. وأما سائر الأصـحاب، فقـالوا: إن شرط في الزوج نسب شريف فبان خلافه، نظر إن كان نسبه دون نسبها، فلها الخيار. وإن رضيت هي، فـلأوليائها الخـيار، وإن كان نـسبه كنسـبها أو فـوقه، إلا أنه دون المشروط، فلا خيار لها على الأظهر، وقـيل: لا خيار قطعًا، ولا خيار للأولياء، لأن الكفاءة حاصلة والشرط لا يؤثر في حقهم، وإن شرط في الزوجة نسب فبان خلافـه، فطريقان، أصحـهما: أنه كهـي فيثبت له الخـيار إن كانت دون نسـبه، وإلا، ففيه القولان. والطريق الثاني: لا خيار له قطعًا لقدرته على الطلاق وعدم العار عليـه. وإن شرطت حريتـه فخرج عـبدًا، فإن كـانت حرة، فلها ولوليـها الخيار، وإن كانت أمة، ففي ثبوت الخيار وجهان.

وقيل: يثبت قطعًا. قال الإمام والمتولي: وإذا أثبتناه، فهو للسيد دون الأمة، فإن له أن يجبرها على نكاح عبدٍ، بخلاف ما إذا خـرج الزوج معيبًا، فإن الخيار لها، لأنه ليس للسيـد إجبارها على نكاح معيب بأحد هـذه العيوب. وإن شرط الزوج حرية الزوجة فخرجت أمة، فإن كان الزوج حرًّا، فله الخيار على المذهب، وإن كان عـبدًا، فلا خـيار على المذهب، وإن كان المشـروط صفة أخـرى، فإن شرطت في الزوج فبان دون المشروط، فلها الخيار، وإن شرطت فيها، ففي ثبوت الخيار له قولان لتمكنه من الطلاق.

قلت: الأظهر ثبوته. والله أعلم.

فرع: في فتاوى البـغوي: تزوجها بشـرط البكارة، فوجدت ثيبًـا، فقالت: كنت بكرًا فزالت البكارة عندك، وقال: بل كنت ثيبًا، فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ، ولو قـالت: كنت بكرًا فافـتضني فأنكر، فـالقول قولهـا بيمـينها لدفع الفسخ، وقوله بيمينه لدفع كمال المهر.

فصل: إذا ظنت زيدًا كفأً لها، وأذنت في تزويجها إياه، فـبان غير كفء، فلا خيار لها، كذا أطلق الغزالي، وينبغي أن يفصل فيقال: إن كان فوات الكفاءة

Marfat.com

لدناءة نسبه أو حرفته، أو فسقه، فلا خيار، وإن كان لعيبه، فيثبت الخيار، وإن كان لرقه، فليكن الحكم كما سنذكره إن شاء الله تعالى متصلاً بهذا فيمن نكحها ظانًّا حريتها فبانت أمة، بل جانب المرأة أولى بإثبات الخيار.

قلت: هذا الذي ذكره الغزالي ضعيف، وفي فتاوى صاحب «الشامل» لو تزوجت حرة برجل نكاحًا مطلقًا، فبان عبدًا، فلها الخيار. وذكر غيره نحو هذا، والمختار ثبوت الخيار بالجميع، وقد أنكروا على الغزالي هذه المسألة. وقد ذكر الرافعي بعد هذا قبيل ذكر كتاب الصداق عن «فتاوى» القاضي حسين، أنها لو أذنت في تزويجها برجل ولم تعلم فسقه، فبان فاسقًا، صح النكاح لوجود الإشارة إلى عينه. قال البغوي: لكن لها حق الفسخ كما لو أذنت في تزويجها رجلاً ثم وجدته معيبًا، وعجب من الإمام الرافعي كيف قال هنا ما قال مع نقله هذا عن البغوي. والله أعلم.

فرع: نكح امرأة يظنها مسلمة فخرجت كتابية، فالنص أن له الخيار، ولو ظنها حرة فخرجت أمة وهو ممن يحل له نكاح الأمة، فالنص أنه لا خيار، وللأصحاب طريقان. أحدهما: العمل بظاهر النصين ولتقصير ولي الكافرة بترك العلامة، ولأن الكفر منفّر. وأصحهما: جعل الصورتين على قولين. أظهرهما: لا خيار فيهما كما لو اشترى عبدًا يظنه كاتبًا فأخلف ظنه.

فصل: الخلف في الشرط، إذا قلنا: لا يفسد العقد وأنه يثبت الخيار، فمن له الخيار؟ إن أجاز العقد، كان للزوجة المهر المسمى، وإن فسخ، فإن كان قبل الدخول، لم يجب نصف المهر ولا المتعة، وإن كان بعد الدخول، فهل يجب مهر المثل أم المسمى أم أقلهما؟ فيه أوجه، الصحيح المنصوص، الأول. وهل يرجع الزوج بما غرمه من المهر على من غره؟ فيه التفصيل والخلاف السابقان في خيار العيب، وحكم النفقة والسكنى على ما تقدم.

فرع: قال الأصحاب: التغرير المؤثر هو الذي يكون مقرونًا بالعقد على سبيل

Marfat.com

الشرط فلو سبق العقـد، فالصحيح أنه لا يؤثر في صحة العـقد ولا في الخيار. وقيل: يؤثر فيهما.

وأما الرجوع بالمهر، إذا قـضينا بالرجوع على الغار، فقال الـغزالي: التغرير السابق كـالمقارن، وحقـقه الإمام فقـال: لا يشترط في حـصول التغـرير دخول الشرط بين الإيجاب والقبول، ولا صدوره من العاقد لكن يشترط اتصاله بالعقد. فلو قال: فلانة حـرة في معرض الترغيب في النكاح، ثم زوجـها على الاتصال بوكالة أو ولاية، فهو تغرير، ولو لم يقصد بقوله تحريض سامع، واتفق بعد أيام أنه زوجهـا لمن سمع كلامـه، فليس ما جـرى تغريراً، وإن ذكره لا في مـعرض التحريض، وجرى الـعقد على الاتصال أو ذكره في معـرض التحريض، وجرى العقـد بعد زمان فـاصل، ففي كونه تـغريراً تردد، ويشبـه أن لا يعتبـر الاتصال بالعقد على ما أطلقه الغزالي، لأن تعلق الضمان أوسع باباً.

فصل: إذا غر بحرية أمة وصححنا النكاح، فأولاده الحاصلون منها قبل العلم برقها أحـرار لظنه الحرية، سواء أجاز العقـد أو فسخه، إذا خيـرناه، وسواء كان المغرور حرًّا أو عبداً، لاستـوائهما في الظن، ثم على المغرور قيـمة الأولاد لسيد الأمة على المشـهور، لأنه فوت رقهم بظـنه. وفي قول حكاه الحناطي: لا شيء عليه، لأنه معذور. فعلى المشهور إن كان المغرور حرًّا، فالقيمة مستقرة في ذمته، وإن كان عبداً، فهل تتعلق بذمته أم برقـبته أم بكسبه؟ فيه أقوال، أظهرها الأول، وتعتبر قيمة الأولاد يوم الولادة.

وأما الأولاد الحاصلون بعد علمه برقها، فهم أرقاء، سواء كان المغرور عربيًّا أو غيـره. وللشافـعي قول: أن العرب لا يجـري عليهم الرق، والمشـهور أن لا فرق. ثم في الفصل مسائل.

إحداها: في الرجوع بالمهـر المغروم على الغار قولان كمـا سبق في العيب، وأما قيمة الأولاد، فيرجع بها على الغار على المذهب. وقيل: فيه القولان. وإذا قلنا بالرجوع، فإنما يرجع إذا غرم كالضامن. فـقد سبق في الضامن وجه ضعيف

Marfat.com

أنه يرجع قبل غـرمه، فـيجيء مثله هنا. والصـحيح، المنع. فـعلى هذا لو كان المغرور عبداً وعلقنا القـيمة بذمته، فإنما يرجع على الغار بعد عـتقه، لأنه حينئذٍ يغرم. أما إذا علقناها بكسـبه أو برقبته، وغـرم سيده من كسبه، أو من رقـبته، فيـرجع في الحـال، وللمغـرور مطالبة الغـار بتحـصيله، كـما ذكـرنا في «باب الضمان».

المسألة الـثانية: إذا كـان المغرور عـبداً وقد دخل بـالمنكوحة، فحـيث يجب المسمى يتعلق كسـبه، وحيث يجب مهر المثل، فهل يتعلق بذمـته، أم برقبته، أم بكسبه؟ فيه ثلاثة أقوال. أظهرها: الأول.

المسألة الثـالثة: لا يتصـور الغرور بحرية الأمـة من السيد، لأنه مـتى قال: زوجتك هذه الحرة، أو على أنها حرة، عتـقت. وإنما يتصور من وكيل السيد في تزويجها، أو منها، أو منهما، ولا اعتبـار بقول من ليس بعاقد ولا معقود عليه، فإن كـان الغرور من الوكيل، رجع المغـرور عليه بالقيـمة إذا غرمهـا، وبالمهر إن أثبتنا الرجوع به. وإن كان الغرور من الأمة المـنكوحة، كان الرجوع عليها، لكن لا يرجع في الحال، بل يتـعلق الغرم بذمتـها، تطالب به إذا عتـقت، ولا يتعلق بكسبـها قطعًا ولا برقـبتهـا على الصحيح، وسـواء كان الرجوع عليـها أو على الوكيل، يرجع بكل المهر، لأن المهر للسيد وقد أخذه. وإن كان الغرور منها ومن الوكيل، فالرجوع عليهما.

وفي كيـفيته وجـهان. أصحـهما: يرجع بالنصف على الوكـيل في الحال، وبالنصف عليـها إذا عـتقت. والثـاني: أنه له أن يرجع بالجـميع على من شـاء منهما، على الوكيل في الحال وعليهـا بعد العتق، فإن رجع ـ هكذا قال البغوي ـ: يرجع المأخـوذ منه بالنصف على الآخر. وقـال الحناطي وغيـره: لا يرجع واحد منهما على الآخـر، لأن التغرير كامل من كل واحد منهمـا. ولو ذكرت للوكيل حريتها، ثم ذكرها الوكيل للزوج، رجع المغـرور على الوكيل والوكيل عليها بعد العتق. وإن ذكـرت للوكيل ثم ذكرت للزوج، فـالرجوع عليها وإن ذكـر الوكيل

للزوج أيضًا، لأنها لمّا شافهت الزوج خرج الوكيل من الوسط، هكذا ذكره البغوي. وعلى هذا، فصورة تغريرهما أن يذكرا معًا.

المسألة الرابعة: لو خرجت التي غر بحريتها مدبرة أو مكاتبة، أو أم ولد أو معلقة بصفة، فالكلام في صحة النكاح، ثم في إثبات الخيار كما سبق، إذا كانت قنة، لكن إذا خرجت مكاتبة وفسخ النكاح، فلا مهر لها إذا كان الغرور منها، لأن المهر للمكاتبة فلا معنى للغرم لها والاسترداد منها.

وهل يجب أقل ما يجوز أن يكون مهراً؟ فيه الخلاف السابق في العيب. والأولاد الحاصلون قبل علمه بالحال أحرار، وعلى المغرور قيمتهم. ولمن تكون القيمة؟ يبنى على أن ولد المكاتبة قنّ للسيد أم مكاتب كالأم؟ وفيه قولان. وإذا قلنا: إنه مكاتب فقتله قاتل، فهل قيمته للسيد أم للمكاتبة تستعين به في الأداء؟ فيه قولان فإذا قلنا: الولد للسيد، أو قلنا: هو مكاتب، وإذا قتل، فالقيمة للسيد، غرم المغرور قيمة الأولاد للسيد، ويرجع بها على الوكيل، وعليها إن غرت، ويأخذ من كسبها. فإن لم يكن كسب، ففي ذمتها إلى أن تعتق. وإن قلنا: إن القيمة لها، فإن كان الغرور منها، لم يغرم القيمة لها كالمهر، وإن كان من الوكيل، غرم لها ورجع على الوكيل.

فرع: إذا حكمنا ببطلان النكاح بخلف الشرط، فالرجوع بمهر المثل إذا غرمه الزوج بالوطء والرجوع بقيمة الأولاد إذا غرمها على ما ذكرناه تفريعًا على صحة النكاح.

فرع: ما ذكرناه من وجوب قيمة الولد، هو فيما إذا انفصل الجنين حيًّا. فلو انفصل ميتًا، نظر إن انفصل بغير جناية، فلا شيء عليه، ويجيء فيه وجه سبق نظيره في وطء الغاصب جاهلاً بالتحريم. وإن انفصل بجناية، بأن ضرب بطنها فأجهضت، فله أحوال.

أحدها: أن يكون الجاني أجنبيًّا، فيجب على عاقلته الغرة ويغرمه المغرور، لأنه يغرم له فيغرمه. وقيل: لا يغرمه إذ لا قيمة للميت، والصحيح الأول،

Marfat.com

وضمانه عشر قيمة الأم، لأن الجنين الرقيق يغرم بهذا القدر.

فإن كانت قيمة الغـرة مثل عشر قيمة الأم، أو أكثر، فالمسـتحق للسيد عشر القيمة، وإن كـان العشر أكثر، فوجهان. أصـحهما: يستحق العشـر وهو اختيار القاضي حـسين والإمام وغيـرهما، ونسبـه البغـوي إلى العراقيين، لأنه قـدر ما فوته. والثاني: ليس له إِلا قدر الغرة، ويعبر عن هذا بأن الواجب أقل الأمرين. فعلى الأول لا يتوقف تغريمه على حصول الغرة له. وعلى الثاني، يتوقف وينظر إلى ما يحصل له من الغـرة، فإن كان يجوز ميراث الجنين، فـذاك، وإلا، فيغرم أقل الأمرين من حصته من الغرة والـعشر، ولا يتصور أن يرث مع الأب المغرور إلا الجدة أم الأم، ولا تسقط بالأم لأنها رقيقة.

الثاني: أن يكون الجاني هو المغرور، فعلى عاقلته الغرة، ويلزم المغرور عشر قـيمـة الأم إِن قلنا في الحـال الأول بالأصح: أنه يستـحق العـشر وتسلم الغـرة للورثة، وإِن قلنا بأقل الأمرين، تعلق حق السـيد بالغرة فيؤدي منهـا، وما فضل يكون للورثة. وعلى التـقـديرين، لا يرث المغـرور منها شـيـئًا، لأنه قـاتل ولا يحجب من بعده من العصبات.

فإن كان المغرور عبدًا، تعلقت الغرة برقـبته. ثم إن اعتبرنا الغرة ولم نوجب زيادة عليها، فـإذا حصلت الغرة، صرف إِلى السيـد منها عشر قيـمة الأم، فإن فضل شيء، فـهو للورثة، وإن اعتـبرنا التفويت، سلمـت الغرة للورثة، وتعلق حق السيد بذمة المغرور.

الثالث: أن يكون الجاني عبد المغرور، فإن اعتبرنا التفويت، فحق سيد الأمة على المغرور، ولا تتعلق الغرة برقبتـه إِن كان المغرور حائز ميراث الجنين، لأنه لا يستحق على عـبده شيئًا، وإن كان معـه جدة الجنين، تعلق نصيبهـا برقبته، وإن اعتبرنا أقل الأمرين، تعلقت الغرة برقبتـه ليؤدي منها حق السيد. فإن فضل منها شيء، فعلى ما ذكرنا.

الرابع: أن يكون الجـاني سيد الأمـة، فعلى عـاقلته الغـرة. ثم إن اعتـبرنا

Marfat.com

التفويت، سلمت الغرة للورثة وغرم المغرور للسيد عشر قيمة الأم. قال الإمام: ويجوز أن يقال: انفصاله بجناية السيد، كانفصاله بلا جناية، فلا يغرم المغرور شيئًا، وإن اعتبرنا أقل الأمرين، فإذا حصلت الغرة، صرف منها العشر إلى السيد. فإن فضل شيء فهو للورثة. قال الإمام: إذا كانت الغرة قدر العشر أو أقل، وصرفناها إلى السيد، كان الحاصل إيجاب المال على عاقلة الجاني للجاني وهو مستبعد.

فرع: خيار الخلف هل هو على الفور؟ فيه طريقان حكاهما ابن كج وغيرهُ، المذهب: نعم كخيار العيب، والثاني: على أقوال خيار العتق. قال البغوي: وإذا أثبتنا الفسخ، انفرد به من له الخيار، ولا يفتقر إلى الحاكم كخيار عيب المبيع، ولكن هذا مختلف فيه، فليكن كخيار عيب النكاح.

السبب الثالث: العتق، فإذا عتقت أمة تحت حر، فلا خيار لها، وإن عتقت تحت عبد، فلها الخيار إِن عتقت كلها، فإن أعتق بعضها، فلا خيار. وقال المزني: لها الخيار.

ولو دبرت أو كوتبت أو علق عتقها بصفة، فلا خيار. ولو عتقت تحت مكاتب أو مدبر أو من بعضه رقيق، فلها الخيار. ولو عتق الزوج وتحته أمة، فلا خيار له على الصحيح أو المشهور. ولو عتقا معًا، فلا خيار، ويثبت خيار العتق للصبية والمجنونة عند البلوغ والإفاقة، ولا يقوم الولي مقامهما في الفسخ والإجازة. ولو عتق الزوج قبل أن تفسخ العتيقة، بطل خيارها على الأظهر المنصوص في «المختصر».

فروع: الفرع الأول: طلقها رجعيًّا فعتقت في العدة، فلها الفسخ ليقطع سلطنة الرجعة. وقيل: الفسخ موقوف، إن راجعها، نفذ، وإلا، فلا. والصحيح الأول. وإذا فسخت هل تستأنف عدة، أم تكفي بقية العدة؟ قولان كما لو طلق الرجعية. وإذا قلنا بالبناء، فتكمل عدة حر أو أمة؟ فيه خلاف موضعه «كتاب العدد». ولو أخرت الفسخ، فلها ذلك، ولا يبطل خيارها. ولو أجازت، لم

Marfat.com

تنفذ الإجازة، لأنها محرمة جارية إلى بينونة، فالإجازة لا تلائم حالها. قال الإمام: ولم يخرجوه على وقف العقود، لأن شرط الوقف أن يكون مورد العقد (قابلاً لمقصود العقد) وحكي عن الشيخ أبي محمد حكاية وجه في نفوذ إجازتها. ونقل الغزالي عن بعضهم تخريجًا على وقف العقود، فإن راجعها، نفذت، وإلا، فلا.

ولو ثبت لها خيار العتق، فطلقها قبل أن تفسخ، فإن كان طلاقًا رجعيًّا، بقي حقها في الفسخ والحكم كما لو أعتقت في العدة. وإن كان بائنًا، فقولان. أحدهما: أن الطلاق موقوف، وإن فسخت، بان أنه لم يقع، وإلا بان وقوعه وهذا نصه في «الأم». وأظهرهما يقع وهو نصه في «الإملاء» لمصادفته النكاح، ويبطل الخيار، ومنهم من أنكر القول الأول.

ولو طلق الزوج المعيب قبل فسخها، ففي وقوع الطلاق ووقفه هذا الخلاف.

الفرع الثاني: إذا فسخت العتيقة قبل الدخول، فلا مهر، وليس للسيد منعها من الفسخ. وإن فسخت بعد الدخول، نظر، إن تقدم الدخول على العتق، وجب المسمى، وإن تأخر عنه وكانت جاهلة بالحال، وجب مهر المثل على المذهب. وقيل: المسمى، وقيل: خلاف فيهما. وأيهما أوجبناه، فهو للسيد، وكذا لو اختارت المقام معه، وجرى في العقد تسمية صحيحة أو فاسدة، فالمهر للسيد، لأنه وجب بالعقد. وإن زوجها مفوضة، فإن دخل بها الزوج أو فرض لها قبل العتق فهو للسيد أيضًا. وإن عتقت ثم دخل بها، أو فرض لها، فهل المهر للسيد أم لها؟ قولان بناءً على أن مهر المفوضة يجب بالعقد أم بالفرض أو الدخول.

الفرع الثالث: خيار العتق على الفور على الأظهر، وفي قول: يمتد ثلاثة أيام، وفي قول: إلى أن يصرح بإسقاطه، أو تمكن من الوطء طائعة. وفي وجه: تتقدر بالمجلس. فإن قلنا بالفور، فهو كما ذكرنا في الرد بالعيب في البيع وفي الشفعة. قال الإمام تفريعًا على القول الثاني: ابتداء الأيام الثلاثة من وقت

Marfat.com

تخييرها، وذلك إذا علمت بالعتق وثبوت الخيار، ولا يحسب من وقت العتق. وذكر تفريعًا على القول الثالث، أنها لو مكنت ولم يصبها الزوج، لم يبطل حقها، لأن التمكين من الوطء لا يتحقق إلا عند حصول الوطء، وأنه لو أصابها الزوج قهرًا، ففي سقوط الخيار تردد لتمكنها من الفسخ عند الوطء، فإن كان قبض على فمها، بقي حقها قطعًا. وعلى هذا القول لو قال: أصبتها فأنكرت، فأيهما يصدق؟ وجهان حكاهما ابن كج، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الإصابة. وإذا اعتبرنا الفور، فتمكنت ولم تفسخ، أو مضت الأيام الثلاثة، أو مكنت من الوطء، إذا اعتبرنا ذلك، ثم ادعت الجهل بالعتق، صدقت بيمينها إن لم يكذبها ظاهر الحال. فإن كذبها، بأن كانت معه في بيته ويبعد خفاء العتق عليها، فالمصدق الزوج، هذا هو المذهب. وقيل: في المصدق قولان مطلقًا. فإن ادعت الجهل بأن العتق يثبت الخيار، صدقت على الأظهر. ولو ادعت الجهل بأن الخيار على الفور، قال الغزالي: لا تعذر، ولم أر المسألة لغيره من الأصحاب، ولكن ذكرها العبادي في «الرقم». وقال: إن كانت قديمة العهد بالإسلام وخالطت أهله، لم تعذر، وإن كانت حديثة العهد به أو لم تخالط أهله، فقولان.

فرع: هذا الفسخ لا يحتاج إلى مراجعة الحاكم، ولا إلى المرافعة إليه، لأنه ثابت بالنص والإجماع، كالرد بالعيب والشفعة.

قلت: وللزوج وطء العتيقة ما لم تفسخ، وكذا لزوج الصغيرة والمجنونة، العتيقين وطؤهما ما لم تفسخا بعد البلوغ والإفاقة. والله أعلم.

السبب الرابع: التعنين، فالتعنين مثبت للخيار، وكذا الجب إن لم يبق ما يمكن الجماع به، كأن لا يبقى قدر الحشفة، فإن بقي دون قدر الحشفة، أو بقي قدرها فأكثر، فلا خيار بسبب الجب على المذهب. وعن ابن سلمة، أنه خرجه على قولين كالخصي. فعلى المذهب: لو عجز عن الجماع به، فهو كالسليم العاجز، فتضرب له المدة. وعن الشيخ أبي حامد، ثبوت الخيار في الحال، لأن

Marfat.com

العيب متحقق، والظاهر دوام العجز، وفي معناه المرض المزمن الذي لا يتوقع زواله، ولا يمكن الجماع معه، كذا ذكره الشيخ أبو محمد وغيره.

ولو وجدت زوجها خصيًّا موجوء الخصيتين أو مسلولهما، فلا خيار على الأظهر الجديد. وقيل: لا خيار قطعًا.

فرع: العنة الطارئة لا تؤثر، لأن القدرة تحققت بالوطء، فالعجز بعارض. ولو كان له امرأتان، فعنّ عن إحداهما دون الأخرى، ثبت الخيار للتي عنّ عنها، لفوات الاستمتاع. قال الأصحاب: وقد يتفق ذلك لانحباس الشهوة عن امرأة معينة بسبب نفرة أو حياءٍ، ويقدر على غيرها لميل أو أنس. فأما العجز المحقق لضعف في الدماغ أو القلب أو الكبد، أو لخلل في نفس الآلة، فإنه لا يختلف بالنسوة، وكذلك قد يفرض العجز عن القبل والقدرة على الدبر، فيثبت الخيار على الصحيح. وحكى الحناطي فيه وجهًا بعيدًا، ولو عجز عن افتراع بكر وقدر على ثيب، فللبكر الخيار.

فصل: إذا اعترفت بقدرته على الوطء وقالت: إنه يمتنع منه، فلا خيار لها، وهل لها مطالبته بوطأة واحدة؟ وهل يجبر هو عليها؟ وجهان. أصحهما: لا، لأنه حقه، فلا يجبر عليه كسائر الوطآت. والثاني: نعم لمعنيين. أحدهما: استقرار المهر. والثاني: حصول الاستمتاع للتعفف. فإن قلنا: تجب الوطأة فكانت أمة، فالطلب للسيد على المعنى الأول، ولها على الثاني.

ولو أبرأت الحرة عن مهرها، فلا مطالبة على المعنى الأول، وتطالب على الثاني، ولا يرهق إلى الوطء بل يمهل ليستعد له على العادة.

ولو كان به مرض أو عذر، أُمهل إلى زواله. وإِن أصر على الامتناع بلا عذر، حبس. قال الإمام: ولا يبعد أن يخرَّج من الإيلاء أن يطلق القاضي عليه، لكن لم يخرجوه.

فرع: تسقط مطالبة العنين بالفسخ، وغير العنين إذا أوجبنا وطأه بتغييب الحشفة، فإن أحكام الوطء كلها منوطة به كالتحليل، والتحصين، والحدود،

Marfat.com

والكفارة، والغسل، وفساد العبادة، وثبوت المصاهرة وغيرها. قال الإمام: وسببه بعد الاتباع، أن الحشفة هي التي تحس تلك اللذة، قال: ويعني بتغيبها أن يشتمل الشفران وملتقاهما عليها.

أما لو انقلب الشفران إلى الباطن وكانت الحشفة تلاقي ما انعكس من البشرة الظاهرة، ففيه تـردد، لأنها حصلت في حيز الباطن. وذكـر البغوي، أن أقل ما يزول به حكم التعنين إن كانت بكراً أن يفتضها بآلة الافتضاض. وإن كانت ثيبًا، فإن تغيب الحشفة، وهذا يدل على الافتضاض لا يحصل بتغييب الحشفة.

ولوجب بعض ذكره فغيب من الباقي قدر الحشفـة، فهو كتغيب الحشفة من السليم. وقيل: يعتبر تغيب جميـع الباقي وهو ظاهر نصه في «المختصر» ورجحه بعضهم، والأول أصح وظاهر النص مؤوَّل.

فصل: وجدته عنينًا فرفعته إلى القـاضي وادعت عنته، فإن أقر بها أو أقامت بينة على إقراره بها، ثبتت. وإن أنكر، حلف، فإن حلف، لم يطالب بتحقيق ما قاله بالوطء، وامـتنع الفسخ، ويعود ما سـبق أنه هل يطالب بوطأة واحدة؟ وإن نكل، فثلاثة أوجه. أصحها: ترد اليـمين عليها، ولها أن تحلف إذا بان لها عنته بقرائن الأحوال وطول الممـارسة. والثاني: يقضى عليـه بالنكول، وتضرب المدة بغير يمين. والثالث: لا ترد عليها ولا يقضى بنكوله. وحكى أبو الفرج وجهًا أن تحليف الزوج لا يشرع أصـلاً بناء على أن اليمين لا ترد عليها وهو ضـعيف، ثم ثبوت العنة لا يفيد الخيـار في الحال، لكن القاضي يضرب للزوج مدة سنة يمهله فيها، وابتداؤها من وقت ضرب القـاضي لا من وقت إِقراره، لأنه مختلف فيه، وإنما تضرب المدة إذا طلبت المرأة، لكن لو سكتت وحـمل القاضي سكوتها على دهشة أو جهل، فلا بأس بتنبيهها ثم قولها: أنا طالبة حقي على موجب الشرع، كاف في ضرب المدة وإن جـهلت تفصيل الحكم، وسواء في المدة الحـر والعبد، فإذا تمت السنة ولم يصبها، لم ينفسخ النكاح، وليس لهـا فسخه، بل ترفعه ثانيًا إلى القاضي. وعـن الإصطخري، أن لها الفـسخ بعد المدة، والصـحيح الأول.

Marfat.com

وإذا رفعته إليه، فإن ادعى الإصابة في المدة، حلف، فإن نكل، ردت اليمين على المرأة، وفيه الخلاف السابق. وإذا حلفت، أو أقر أنه لم يصبها في المدة، فقد جاء وقت الفسخ، فإن استمهل ثلاثًا، فهل يمهل؟ فيه الخلاف المذكور في الإيلاء.

وفي استقلالها بالفسخ وجهان. أصحهما: الاستقلال كما يستقل بالفسخ من وجد بالمبيع تغيرًا وأنكر البائع كونه عيبًا، وأقام المشتري بينة عند القاضي. والثاني: أن الفسخ إلى القاضي، لأنه محل نظر واجتهاد، أو يأمرها بالفسخ، وهذان الوجهان في الاستقلال بعد المرافعة، والوجهان السابقان في فصل العيوب مفروضان في الاستقلال دون المرافعة. وإذا قلنا: لها الفسخ بنفسها، فهل يكفي لنفوذ الفسخ إقرار الزوج، أم لا بد من قول القاضي: ثبتت العنة أو ثبت حق الفسخ فاختاري؟ فيه وجهان. أصحهما: الثاني.

ولو قالت: اخترت الفسخ، ولم يقل القاضي: نفذته، ثم رجعت، هل يصح الرجوع ويبطل الفسخ؟ وجهان في «مجموع ابن القطان». أصحهما: المنع. ويشبه أن يكون هذا الخلاف مفرعًا على استقلالها بالفسخ، أما إذا فسخت بإذن، فإن الإذن السابق كالتنفيذ.

فرع: إنما تحسب المدة إذا لم تعتزل عنه. فإن اعتزلت أو مرضت، لم تحسب.

ولو سافرت حبست على الأصح لئلا يدافع المطالبة بذلك. وإذا عرض ما يمنع الاحتساب في أثناء السنة وزال، فالقياس أن يستأنف السنة أو ينتظر مضي مثل ذلك الفصل في السنة الأخرى.

فرع: الفسخ بالعنة بعد ثبوتها، كالفسخ بسائر العيوب، والمذهب أنه على الفور، ويجيء فيه الخلاف السابق هناك. وإذا رضيت بالمقام معه بعد مضي المدة، يسقط حقها من الفسخ، ولا رجوع لها إليه. فإن فسخت في أثناء المدة، لم تنفذ. وإن أجازت ورضيت بالمقام معه في المدة، أو قبل ضرب المدة، فالأظهر

Marfat.com

أنه لغو، ويثبت لها الخيار بعد المدة.

وإن رضيت بعد المدة ثم طلقها رجعيًّا ثم راجعها، لم يعد حق الفسخ، لأنها رضيت بعنّته في هذا النكاح، ويتصور الطلاق الرجعي بغير وطء يزيل العنة، بأن يستدخل ماءه، أو يطأها في الدبر، فتجب العدة وحكم العنة باق. ولو بانت بانقضاء العدة، أو كان الطلاق بائنًا، أو فسخت النكاح، ثم تزوجها ثانيًا، ففي تجدد حق الفسخ قولان. أظهرهما: التجدد، لأنه نكاح جديد، وتضرب المدة ثانيًا. ولو نكح امرأة ابتداءً، وأعلمها أنه عنين، فقال صاحب «الشامل» وغيره: هو على القولين. وذكر البغوي، فيما إذا نكح امرأة ابتداءً وهي تعلم أنه حكم بعنته في حق امرأة أُخرى، طريقين. أحدهما: على القولين. والثاني: القطع بالثبوت، لأنه قد يعجز عن امرأة دون أخرى.

ولو نكح امرأة أو أصابها ثم أبانها ثم نكحها وعنّ عنها، فلها الخيار قطعًا لأنها نكحته غير عالمة بعنّته.

فرع: إذا ادعت امرأة الصبي والمجنون العنة، لم تسمع دعواها ولم تضرب مدة، لأن المدة والفسخ يعتمدان إقرار الزوج أو يمينها بعد نكوله، وقولهما ساقط. ونقل المزني أنه إن لم يجامعها الصبي، أجِّل، ولم يثبته عامة الأصحاب قولاً وقالوا: غلط المزني. وإنما قال الشافعي في «الأم» والقديم: إن لم يجامعها الخصي، أجل، وهذا المذكور في الخصي تفريع على أنه لا خيار بالإخصاء أو رضيت به ووجدته مع الأخصاء عنينًا، وإلا، فالخيار في الخصي لا تأجيل فيه كالجب. وحكى الحناطي وجهًا أن المراهق الذي يتأتى منه الجماع، تسمع دعوى التعنين عليه وتضرب له المدة، وبه قال المزني وهو ضعيف.

فرع: جن الزوج في أثناء السنة، ومضت السنة وهو مجنون، فطلبت الفرقة، لم تجب إليها، لأنه لا يصح إقراره.

فرع: مضت السنة فأمهلته شهراً أو سنة أُخرى، فوجهان. أحدهما وبه قال ابن القطان وغيره: لها ذلك، ولها أن تعود إلى الفسخ متى شاءت، كما إذا

Marfat.com

أمهل بعد حلول الأجل لا يلزم الإمـهال، والصحيح بطلان حقهـا بهذا الإمهال لأنه على الفور.

فرع: إذا فسخت بالعنة، فـلا مهر على المشهور، لأنه فـسخ قبل الدخول. وفي قول: يجب نصف المهـر، وفي قول كله، حكاهما صاحب «التـقريب» عن حكاية الإصطخري.

فصل: قال الأصحـاب: إذا اختلف الزوجان في الوطء، فالقول قـول نافيه عملاً بأصل العدم إلا في ثلاثة مواضع.

إِحداها: إذا ادعت عنته فقال: أصبتها، فالقول قوله بيمينه، سواء كان ذلك قبل المدة أم بعـدها، وسواء كان خصيًّا أو مقطوع بعض الذكـر، إذا كان الباقي بحيث يمكن الجمـاع به، أو ادعت عجزه. وقيل: في الخـصي والمقطوع، فالقول قولها بيمـينها، لأن ذلك يقوي جانبها، والصحـيح الأول. ولو اختلفا في القدر البـاقي، هل يمكن الجمـاع به؟ قال الأكـثرون: فـالقول قـولها. وقال صـاحب «الشامل»: ينبغي أن يرى أهل الخبرة ليعرفـوا قدره، ويخبروا عن الحال، كما لو ادعت أنه مجبوب فأنكر، قـال المتولي: وهذا هو الأصح. ولو ادعت عجزه بعد مضي السنة، وادعى أنهـا امتنعت، فـإن كان لأحدهما بـينة، حكم بها، وإلا، فالقـول قوله، لأن الأصل دوام النكاح. فـإذا حلف، ضرب القاضـي المدة ثانيًا وأسكنهما في جوار قومٍ ثقاتٍ يتفقدون حالهما. فإذا مضت المدة، اعتمد القاضي قول الثقات وجرى عليه، كذا ذكره المتولي.

الثاني: إذا طالبـته في الإيلاء بالفيأة والطلاق فقـال: وطئتها، فـالقول قوله استـدامة للنكاح. ولو قالت في هذين الموضـعين: أنا بكر، فوجهان. أحـدهما وهو ظاهر النص: إِن شهـد أربع نسوة ببكارتها، وحكم بعدم الإصـابة من غير تحليفها، فلو قال بعد شهادتهن: أصبتها ولم أبالغ، فعادت البكارة وطلب يمينها، سمعت دعواه وحلفت. وإن لم يدَّع شيئًا، لم تحلف.

والثـاني وبه قال أبـو علي في «الإفصـاح» وابن القطان وابن كج، والإمـام والغزالي وغيـرهم: تحلف الزوجة مع البينة على قـيام البكارة، لأن البكارة وإن

كانت موجودة، فاحتمال الزوال والعود قائم، وإن لم يدَّع الزوج، فلا بد من الاحتياط. ثم إذا حلفت بعد دعواه أو دونها حلفت على أنه لم يصبها، أو على أن بكارتها هي البكارة الأصلية، ولها حق الفسخ بعد يمينها. وإن نكلت، حلف الزوج وبطل الخيار. وإن نكل الزوج أيضًا، فوجهان. أصحهما: لها الفسخ ويكون نكوله كحلفها، لأن الظاهر أن بكارتها هي الأصلية. والثاني: المنع، لأن ما قاله محتمل، والأصل دوام النكاح.

الموضع الثالث: قالت، طلقني بعد الدخول فلي كل المهر، فقال: بل قبله فلك النصف، فالقول قوله للأصل، وعليها العدة مؤاخذة بقولها، ولا نفقة ولا سكنى، وللزوج نكاح بنتها وأختها وأربعًا سواها في الحال. فلو أتت بولدٍ لزمن محتمل، ثبت النسب وتقوى به جانبها، فيرجع إلى تصديقها، وتطالب الزوج بالنصف الثاني، ولا بد من يمينها على ما ذكره الإمام والعبادي، لأن ثبوت النسب لا يورث يقين الوطء، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا ظهرت البكارة، وهذه الصورة هي محل الاستثناء من تصديق النافي. فإن لاعن الزوج ونفى الولد، فقد زال المرجح فتعود إلى تصديقه، ويستمر الأمر على ما سبق.

وحيث قلنا: القول قول نافي الإصابة، فذلك إذا لم يوافق على جريان خلوه، فإن وافق، فقولان. أظهرهما: أن الحكم كذلك، والثاني: تصديق المثبت. فعلى هذا: تضم هذه الصورة إلى مواضع الاستثناء من تصديق النافي وتصير أربعة، وبالله التوفيق.

قلت: عجب قول الإمام الرافعي رحمه الله: فيما إذا أتت بولد لزمن محتمل أنها المصدقة ويمكن أن يجيء فيه الخلاف، والمسألة مشهورة، ففي «المهذب» و «التنبيه» وغيرهما من الكتب المشهورة، في المسألة قولان، في أن القول قولها، أم قوله، لأن النسب يثبت بالإمكان، ولأنه قد يولج بعض الحشفة أو يباشر فيما قارب الفرج فيدخل المني فيلحق النسب ولا وطء. والله أعلم.

Marfat.com

الباب التاسع

فيما يملك الزوج من الاستمتاع

وفيه مسائل.

إِحداها: له جميع أنواع الاستمتاع، إلا النظر إلى الفرج، ففيه خلاف سبق في حكم النظر، وإلا الإتيان في الدبر، فإنه حرام، ويجوز التلذذ بما بين الإليتين، والإيلاج في القبل من جهة الدبر.

فرع: الإتيان في الدبر كالإتيان في القبل في أكثر الأحكام، كإفساد العبادة ووجوب الغسل من الجانبين ووجوب الكفارة في الصوم والحج وغيرها، لكن لا يحصل به الإحصان ولا التحليل، ولا الفيأة في الإيلاء، ولا يزول حكم التعنين، وفي هذين الأخيرين وجه ضعيف.

ويثبت به النسب على الأصح، وإنما يظهر الوجهان فيما إذا أتى السيد أمته في دبرها، أو كان ذلك في نكاح فاسد. فأما في النكاح الصحيح، فإمكان الوطء كاف في ثبوت النسب، ويجب به مهر المثل في النكاح الفاسد قطعًا، ويستقر به المسمى في النكاح الصحيح على المذهب. فإن قلنا: لا يستقر، فقال الحناطي: لها مهر المثل، فإن وطئها بعده، فلها المسمى وترد مهر المثل على الأصح. وفي وجه: لها المسمى ومهر المثل. وإن لم يطأها وطلقها، فقد وجب لها مهر المثل، وللزوج عندها المسمى. فإن كانا من جنس، جرت أقوال التقاص، وهذا كلام مظلم لا يهتدى إليه.

قلت: الذي يقتضيه كلام الأصحاب، إنا إذا قلنا: لا يستقر المسمى، لا يجب أيضًا مهر المثل، وهذا الذي ذكره الحناطي مظلم كما قال الرافعي، وعجبٌ قوله: وإذا طلقها قبل الدخول، له عليها المسمى، وقد علم أن الطلاق قبل الدخول يشطر المسمى. والله أعلم.

Marfat.com

وتثبت به المصاهرة على الأصح، والعدة على الصحيح، ولا يشترط نطق المصابة في دبرها إذا استؤذنت في النكاح على الأصح. وإذا وطىء أمته أو زوجته في دبرها، فلا حد على الصحيح.

قلت: قال أصحابنا: حكم الوطء في الدبر كالقبل إلا في سبعة أحكام: التحليل، والتحصين، والخروج من الفيأة، والتعنين، وتغير إذن البكر. والسادس، أن الدبر لا يحل بحال، والقبل يحل في الزوجة والمملوكة. والسابع: إذا جومعت الكبيرة في دبرها، فاغتسلت ثم خرج مني الرجل من دبرها، لم يجب غسل ثان، بخلاف القبل، فقد يجيء في بعض المسائل وجه ضعيف، ولكن المعتمد ما ذكرناه. والله أعلم.

المسألة الثانية: العزل: هو أن يجامع، فإذا قارب الإنزال، نزع فأنزل خارج الفرج، والأولى تركه على الإطلاق. وأطلق صاحب «المهذب»، كراهته، ولا يحرم في السرية بلا خلاف، صيانة للملك، ولا يحرم في الزوجة على المذهب، سواء الحرة والأمة بالإذن وغيره. وقيل: يحرم، وقيل: يحرم بغير إِذن وقيل: يحرم في الحرة.

وأما المستولدة، ففيها خلاف مرتب على المنكوحة الحرة، وأولى بالجواز لأنها غير راسخة في الفراش ولهذا لا يقسم لها. قال الإمام: وحيث حرمنا، فذلك إذا نزع بقصد أن يقع الإنزال خارجًا تحرزًا عن الولد، فأما إذا عن له أن ينزع لا على هذا القصد، فيجب القطع بأن لا يحرم.

الثالثة: الاستمناء باليد حرام، ونقل ابن كج أنه توقف فيه في القديم. والمذهب الجزم بتحريمه، ويجوز أن يستمني بيد زوجته وجاريته، كما يستمتع بسائر بدنها، ذكره المتولي، ونقله الروياني.

الرابعة: القول في تحريم الوطء في الحيض والنفاس وتحريم سائر الاستمتاعات، كما سبق في «باب الحيض». ونقل ابن كج عن أبي عبيد بن حربويه، أنه يجتنب الحائض في جميع بدنها.

Marfat.com

قلت: هذا الوجه غلط فاحش، يخالف الأحاديث الصحيحة المشهورة كقوله ﷺ: «اصنعوا كل شيء سوى النكاح»[١] وأنه ﷺ: «كان يباشر الحائض فوق الإزار»[٢].

فقد خالف قائله إجماع المسلمين. والله أعلم.

الخامسة: لا بأس أن يطوف على إمائه بغسل واحد، لكن يستحب أن يخلل بين كل وطئين وضوءاً أو غسل الفرج، كما ذكرنا في «كتاب الطهارة»، ولا يتصور ذلك في الزوجات إلا بإذنهن. وأما حديث «الصحيحين»[٣] أن النبي ﷺ طاف على نسائه بغسل واحد، فمحمول على إِذنهن إن قلنا: كان القسم واجبًا عليه ﷺ، وإلا فهن كالإماء.

السادسة: يكره أن يطأ وهناك أمته أو زوجته الأخرى، وأن يتحدث بما جرى بينه وبين زوجته أو أمته.

قلت: ويُسن ملاعبته الزوجة إيناسًا وتلطفًا ما لم يترتب عليه مفسدة، للحديث الصحيح «هلاّ تزوجت بكرًا تلاعبها وتلاعبك»[٤]. ويستحب أن لا يُعطلها، وأن لا يطيل عهدها بالجماع من غير عذر، وأن لا يترك ذلك عند قدومه من سفره، لقوله ﷺ في الحديث الصحيح «فإذا قدمت فالكيس الكيس»[٥]، أي: ابتغ الولد. والسنة أن يقول عند الجماع: «باسم الله، اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا»، للحديث الصحيح فيه[٦]، ولا يكره

---

(١) صحيح مسلم (٣٠٢).

(٢) صحيح البخاري (٣٠٠ ـ ٣٠٢).

(٣) الحديث لم يخرجه الإمام مسلم في صحيحه بل هو في صحيح البخاري (٢٦٨ ـ ٢٨٤ ـ ٥٠٦٨ ـ ٥٢١٥).

(٤) صحيح البخاري (٥٢٤٧)، وصحيح مسلم (١٤٦٦) (٥٦).

(٥) صحيح مسلم (١٤٦٦) (٥٧).

(٦) صحيح البخاري (١٤١ ـ ٣٢٧١ ـ ٣٢٨٣ ـ ٥١٦٥ ـ ٦٣٨٨ ـ ٧٣٩٦)، وصحيح مسلم (١٤٣٤).

Marfat.com

الجماع مستقبل القبلة ولا مستدبرها، لا في البنيان ولا في الصحراء، ويحرم على الزوجة والأمة تحريمًا غليظًا أن تمتنع إذا طلبها للاستمتاع الجائز، ولا يحرم وطء المرضع والحامل، ويكره أن تصف المرأة امرأة أُخرى لزوجها من غير حاجة للحديث الصحيح، في النهي عن ذلك.

□□□

الباب العاشر

في وطء الأب جارية ابنه ونكاحه إياها ووجوب إعفافه

فيه ثلاثة أطراف.

الطرف الأول: في وطئها، فيحرم على الأب وطء جارية ابنه مع علمه بالحال، فإن وطئها، نُظر، أهي موطوءة الابن أم لا؟

الحالة الأولى: أن لا تكون، وفيه مسائل.

المسألة الأولى: لا حدّ على الأب لشبهة الإعفاف. وعن الإصطخري تخريج قول في وجوب الحدّ، والمذهب الأول. وعلى هذا، فيعزَّر على الأصح، لحق الله تعالى. وقيل: لا يعزَّر. فعلى تخريج الإصطخري: هو كالزِّنا بأمة أجنبي. فإن أكرهها، وجب مهر المثل، وإن طاوعته، فوجهان. وعلى المذهب: هو كوطء الشبهة، فعليه المهر للابن. فإن كان موسرًا، أخذ منه. وإن كان معسراً ففي ذمته إلى أن يوسر. وقيل: إن كان معسرًا، لم يثبت في ذمته. والصحيح الأول.

المسألة الثانية: كما يسقط الحد ويجب المهر، تثبت المصاهرة فتحرم الجارية على الابن أبدًا، ويستمر ملكه عليها إذا لم يوجد على الأب إحبال، ولا شيء على الابن بتحريمها، لأن مجرد الحِل في ملك اليمين غير متقوم، وإنما المقصود الأعظم فيه المالية وهي باقية، وله تزويجها وتحصيل مهرها، بخلاف ما لو وطىء زوجة ابنه أو أبيه بالشبهة، فإنه يغرم المهر له، لأنه فوت الملك والحِلَّ جميعًا، ولأن الحِلَّ هناك هو المقصود.

(المسألة) الثالثة: إذا أحبلها بوطئه، فالولد نسيب حر، كما لو وطىء جارية أجنبي بشبهة. وهل تصير الجارية أم ولد للأب؟ فيه أقوال. أظهرها: نعم. والثالث: إن كان الأب موسرًا، فنعم، وإلا، فلا. وضعف الأصحاب هذا. فإن

Marfat.com

قلنا به، قال الإمام: يجب أن تخرج الأقوال الثلاثة في تعجيل الاستيلاد، وتأخيره إلى أداء القيمة أو التوقف، كما في سراية العتق في نصيب الشريك. وإِذا قلنا: لا يثبت الاستيلاد، فعلى الأب قيمة الولد باعتبار يوم الانفصال إن انفصل حيًّا، لأن الرق اندفع بسببه. وإن انفصل ميتًا، فلا شيء عليه، ولا يجوز للابن بيع الأمة ما لم تضع، لأنها حامل بحرٍّ، وهل على الأب قيمتها في الحال للحيلولة ثم تسترد عند الوضع؟ وجهان. أصحهما: المنع، لأن يده مستمرة عليها ومنتفع بالاستخدام وغيره، بخلاف الآبق من يد الغاصب. وهكذا الحكم في الجارية المغرور بحريتها، والموطوءة بشبهة إِذا أحبلتا، وإذا ملك الأب هذه الجارية يومًا، هل تصير أُم ولد؟ فيه قولان معروفان.

أمّا إذا قلنا بالأظهر: إنها تصير أُم ولد، فيجب على الأب قيمتها مع المهر. فإن اختلفا في القيمة، فالقول قول الأب على المذهب، لأنه غارم، وقيل: قولان. ومتى ينتقل الملك في الجارية إِلى الأب؟ فيه أربعة أوجه. أحدها: قبيل العلوق ليسقط ماؤه في ملكه صيانة له، وبهذا قطع البغوي. والثاني: مع العلوق، واختاره الإمام. والثالث: عند الولادة. والرابع: عند أداء القيمة بعد الولادة.

وفي وجوب قيمة الولد على الأب وجهان. أصحهما: المنع. قال الإمام: لو فُرض الإنزال مع تغييب الحشفة، فقد اقترن موجب المهر بالعلوق، فينبغي أن يُنزل المهرُ منزلة قيمة الولد. والذي أطلقه الأصحاب من لزوم المهر، محمول على ما إِذا تأخر الإنزال عن موجب المهر على ما هو الغالب. قال البغوي: لا ولاء على الولد إن أثبتنا الاستيلاد، وكذا إن لم يثبت على الأصح.

المسألة الرابعة: استولد الأب جارية مشتركة بين ابنه وأجنبي، فثبوت الاستيلاد في نصيب الابن على الأقوال السابقة، فإن أثبتناه وكان موسرًا، سرى إلى نصيب الشريك، فالولد حر، وعلى الأب كمال المهر، وكمال القيمة للابن والأجنبي. وإِن كان معسرًا، لم يثبت الاستيلاد في نصيب الشريك، ويكون

Marfat.com

نصف الولد حرًّا ونصفه رقيقًا على الأظهر. وحكى أبو سعد الهروي وجهًا أن الاستيلاد لا يثبت في نصيب الشريك بحال، ولا يجعل حق الملك وشبهته كحقيقة الملك، ولو كان نصف الجارية للابن ونصفها حرًّا، اقتصر الاستيلاد على نصيب الابن لا محالة.

(المسألة) الخامسة: لو كان الأب المستولِد رقيقًا، فلا حد عليه، ولا تصير أُم ولد، لأنه لا يملك، والولد نسيب. وفي حريته وجهان. أفتى القفال بالحرية كولد المغرور، وقيمته في ذمته إلى أن يعتق، والمهر يتعلق برقبته إن كانت مكرهة، وإن طاوعته، فهل يتعلق برقبته أم بذمته؟ قولان كما لو وطىء العبدُ أجنبية بشبهة. ولو كان الأب المحبل مكاتبًا، ففي ثبوت الاستيلاد وجهان، بناءً على القولين في ثبوته إذا أولد جارية نفسه.

ولو كان نصفه حرًّا ونصفه رقيقًا، لم يثبت الاستيلاد، ويكون نصف الولد حرًّا، وفي نصفه الآخر وجهان. قال البغوي: إن قلنا: إنه حر أيضًا، فعليه كمال قيمة الولد، نصفها في كسبه، ونصفها في ذمته. وإن قلنا: نصفه الآخر رقيق، فعليه قيمة نصفه في كسبه.

فرع: لا فرق في الأحكام المذكورة، بين الأب المسلم والذمي، وتجري الأقوال في ثبوت استيلاد الذمي وإن كان الكافر لا يشتري المسلم، لأنه ملك قهري كالإرث.

فرع: وطءُ الأب جارية البنت والحفدة كجارية الابن بلا فرق.

(الحالة) الثانية: أن تكون الجارية موطوءة الابن، ووطئها الأب عالمًا بالحال، فلا حدّ عليه على الأصح أو الأظهر.

والخلاف مبني على القولين في وجوب الحد على من وطىء جاريته المحرمة عليه برضاع أو نسب أو مصاهرة. الجديد الأظهر: لا حدَّ. قال الروياني في «التجربة»: الخلاف فيما إذا لم يكن الابن استولدها، فإن كان، وجب الحد قطعًا، كذا قاله الأصحاب، لأنه لا يتصور أن يملكها بحال، بخلاف ما إذا كانت

Marfat.com

موطوءة غير مستولدة، فإن أوجبنا الحد على الأب، لم تحرم الجارية على الإبن، ويجب المهر إن كـانت مكرهة. وإن كانت طائعـة، لم يجب على الأصح. وإن أولدها، لم تصر أُم ولد له، ويكون الولد رقيقًا غـير نسيب. وعلى هذا القياس إذا وطىء الرجل جاريته المحرمة عليه برضاع وغيره وأولدها، لا تصير أم ولد إن أوجبنا الحد. وقـيل: يثبت النسب والاستيلاد هـنا وفي جارية الابن وإن أوجبنا الحد فيهما، والصحيح الأول.

ولو أولد أحدُ الشريكين الجارية المشتـركة، ثبت النسب والاستيلاد، وإن قلنا بالقديم: إنه يجب الحد، لأنه وطء صادف ملكه حقيقة، وإنما أوجبنا الحد صيانة لملك الشريك.

وأما إذا قلـنا: لا حدّ على الأب، فـهو كمـا لو كان جـاهلاً يلزمه المـهر، وتصير الجارية مـحرمة عليهما أبدًا. فإن أولدها، فإن كـانت مستولدة الابن، لم تصر مستولدة له، لأن أُم الولد لا تقبل النقل، وإلا ففي مصيرها مستولدة للأب الأقوال الثلاثة السابقة في الحالة الأولى.

فرع: لو وطىء مكاتبة ابنه وأولدها فـفي مصيرها مستـولدة للأب وجهان. أحدهمـا: لا، لأن المكاتبة لا تقبل النقل. والـثاني: نعم، لأنها تقـبل الفسخ، بخـلاف الاستـيلاد وهذا أصح عند البـغوي، وبالأول قطع القـاضي أبو سـعد الهروي. قال: وليس كـما لو أولد مكاتبته، فإنه ينفذ الاسـتيلاد، لأنه لا نقل، ولا يحتاج إلى فسخ الكتابة، بل يجتمع الاستيلاد والكتابة، ولا منافاة.

فـرع: كـانت جـارية الابن منكوحـة رجل، فـأولدها الأب، فـفي ثبـوت الاستيلاد الأقوال الثلاثة، ويستمر النكاح وإن أثـبتنا الاستيلاد، كما لو استولدها سيدها، ولا يجوز للزوج وطؤها في مدة الحمل.

فصل: لو وطىء الابن جارية الأب، فهو كوطء الأجنبي. فـإن كان بشبهة، نظر، إن ظنها أمتـه أو زوجته الحرة، فالولـد حر وعليه قيمـته للأب. وإن ظنها زوجتـه الرقيـقة، انعقـد الولد رقيـقًا ثم عتق على الجـدّ، ولا يجب على الابن

Marfat.com

قيمته. وإن وطئها عالمًا بالتحريم، فهو زنا يتعلق به الحد، لأن الابن لا يستحق الإعفاف على الأب، فلا شبهة له، بخلاف العكس، ويلزم الابن المهر إن كانت مكرهة، وإلا، فلا على الأصح. ولو أتت بولد، فهو رقيق للأب، ولا يعتق عليه، إذ لا نسب.

الطرف الثاني: في نكاحه جارية الابن، للشافعي رضي الله عنه في جوازه نصان. قيل: هما قولان بناءً على وجوب الإعفاف، إن لم نوجبه، جاز، وإلا، فلا. وقطع الجمهور بأنه لا يجوز قطعًا. قالوا: ونقل الجواز غلط، إنما قال الشافعي: يجوز أن يتزوج جارية أبيه، فصحف المزني، ومنهم من تأوله، على ما إذا كان الابن معسرًا لا يجد مؤونة الإعفاف وكانت له جارية يحتاج إلى خدمتها، فيجوز أن يتزوجها الأب، أو كان الأب مع إعساره صحيح البدن، فإنا لا نوجب نفقته وإعفافه على قول، فيجوز أن يتزوجها. والصحيح في هاتين الصورتين، أنه يبنى جواز نكاحه جارية الابن، على أنه لو أولد جارية ابنه، هل تصير مستولدة له؟ إن قلنا: لا، جاز، وإلا، فلا. وكذا الحكم إذا قلنا: لا يجب الإعفاف، هذا كله إذا كان الأب حرًّا. فلو كان رقيقًا، فله نكاح جارية ابنه، لأنه لا تجب نفقته، ولا إعفافه. وإذا استولد الرقيق جارية ابنه، لم تصر أم ولد له كما سبق.

ولو نكح الأب جارية أجنبي، فملكها الابن، وكان الأب بحيث لا يجوز له نكاح الأمة، لم ينفسخ نكاحه على الأصح. ويجري الوجهان فيما لو نكح جارية ابنه ثم عتق، هل ينفسخ؟ إن قلنا: لا ينفسخ، أو جوزنا نكاح جارية ابنه ابتداءً فأولدها، فقال الشيخ أبو حامد والعراقيون، والشيخ أبو علي والبغوي وغيرهم: لا تصير أُم ولد له، لأنه رضي برق ولده حين نكحها، ولأن النكاح حاصل محقق، فيكون واطئًا بالنكاح لا بشبهة الملك، بخلاف ما إذا لم يكن نكاح.

وقال الشيخ أبو محمد، ومال إليه الإمام: يثبت الاستيلاد وينفسخ النكاح.

فرع: لا يجوز للسيد نكاح جارية مكاتبه لشبهته فيها. ولو أولد أمة مكاتبه،

Marfat.com

صارت أُم ولد للسيد. ولو نكح أمة فملكها مكاتبة، انفسخ نكاحه على الأصح، لأن تعلق السيد بملك المكاتب أشد من تعلق الأب.

قلت: ويجوز نكاح جارية ابنه من الرضاع، ونكاح جارية أبيه وأُمه قطعًا، لعدم وجوب الإعفاف. والله أعلم.

الطرف الثالث: في إعفاف الأب. المشهور أنه يلزم الولدَ إعفافُ الأب. وخرج ابن خيران قولاً أنه لا يجب، كما لا يجب إعفاف الابن، ولا الإعفاف في بيت المال، ولا على المسلمين. التفريع على المشهور. فسبيل الإعفاف سبيل النفقة، فيجب للمعسر الزَّمن، وفي المعسر الصحيح قولان كالنفقة. وقيل: حيث تجب النفقة، فالإعفاف أولى، وإلا فقولان، لأن النفقة إذا لم تجب على الولد، وجبت في بيت المال. وقيل: حيث لا نفقة، فلا إعفاف، وإلا، فقولان لأن النفقة أهم، ولهذا يجوز للمضطر أكل طعام غيره، بخلاف الجماع.

فرع: حيث وجب الإعفاف، يستوي في لزومه الابن والبنت، ويثبت للأب والأجداد من جهتي الأب والأم وإن علوا، ويثبت للكافر على الأصح. ولو اجتمع أصلان محتاجان، فإن وفى مال الولد بإعفافهما، وجب. فإن لم يف إلاّ بأحدهما، نظر، إن اختلفا في الدرجة، قدم الأقرب إن استويا في العصوبة أو عدمها. فإن كان للأبعد عصوبة دون الأقرب، كأبي أبي أب، مع أبي أُم، فالأول أولى على الأصح. وقيل: هما سواء. وإن لم يكن لواحد عصوبة، كأبي أُم الأب، وأبي أبي الأم، فسواء. وحيث استويا، يقرع بينهما على الصحيح. وقيل: يقدم القاضي باجتهاده.

قلت: قال الإمام: إن رأينا القرعة، لم يرفع الأمر إلى القاضي، وإن قلنا: يجتهد القاضي، فأدى اجتهاده إلى شيء، فعل. فإن استويا في نظره، تعينت القرعة. والله أعلم.

ولو اجتمع عدد ممن يجب عليهم الإعفاف، كالأولاد والأحفاد، فليكن حكمه كما سيأتي في النفقات إن شاء الله تعالى.

Marfat.com

فرع: لا يجب إعفـاف قادر على إِعفـاف نفسه بماله، وكـذا الكسوب الذي يستغني بكسبه عن غيره، كذا قاله الشيخ أبو علي، وينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور في النفقة. ولو وجد قدر النفـقة، ولم يجد مؤونة الإعفاف، فهل يجب الإعفاف لحاجته إليه، أم لا لعدم وجوب النفقة؟ وجهان. أصحهما: الأول.

ولو سقط وجوب النفـقة أيامًا لعارض، قال الإمـام: لا ينبغي أن يكون هنا خلاف في وجـوب الإعفـاف. ولو قدر على سرِّيَّة ولم يقـدر على مهـر حرّة، فالمتجه أن لا يجب إعفافه، لأنه لا يتعين في إعـفافه تزويجه حرة كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: شرط الإعـفاف، الحاجة إلى النكاح، فـإذا ظهرت الحاجة إلى قـضاء الشهوة والرغـبة في النكاح، صدق بغير يمين، لأن تحليـفه في هذا المقام لا يليق بحرمتـه، لكن لا يحل له طلب الإعفاف إلا إذا صدقت شهـوته، بحيث يخاف العنت أو يضرُّ به التعزُّب، أو يشق عليه الصبر.

فصل: المراد بالإعفاف، أن يهيىء له مستمتَعًا، بأن يعطيه مهر حرة ينكحها، أو يقول: تزوَّج وأنا أعطي المهـر، أو يباشر النـكاح بإذن الأب ويعطي المهر، أو يملكه جارية تحل للأب، أو ثمن جارية. وسواء كـانت الحرة المنكوحة مسلمة أو كتابية، وأومأ الروياني إلى وجـه أن الكتابية لا تكفي وهو شاذ، وليس للأب أن يعين النكاح، ولا يرضى بالتسري، ولا إذا اتفقا على النكاح أن يعين رفيعة المهر لجمال أو شرف.

ولو اتفقـا على مهر مقـدَّر، فتعـيين المرأة إلى الأب، ولا يجوز أن يملكه أو يزوجـه شوهاء، أو عـجوزًا، ثم على الولد أن ينفق علـى زوجة الأب أو أمـته ويقوم بمؤوناتهـا. ولو أيسر الأب بعدما ملّكه الولد جـارية أو ثمنها، لم يكن له الرجوع، كـما لو أعطاه نفقة فلم يـأكلها حتى أيسر. ولو كـان تحته صغـيرة أو عجوز، أو رتقاء ولم تندفع حاجته، فـالقياس وجوب الإعفاف، وأنه لا يجتمع عليه نفقتان. ولو ماتت الأمة التي ملكه إياها، أو الحرة التي تزوجها، أو فسخت

Marfat.com

النكاح بعيبه، أو فسخ بعيبها، أو انفسخ بردة أو رضاع، بأن أرضعت التي نكحها صغيرة كانت زوجة له، وجب على الولد تجديد الإعفاف كما لو دفع إليه نفقة فسرقت منه. وقيل: لا يجب، والصحيح الأول.

قلت: قال الإمام: ولو فرض الإعفاف مراراً، أو بموت الزوجات، تجدد الأمر بوجوب الإعفاف ما دامت الحاجة، ولا ينتهي ذلك، وإن كثر تكرار الإعفاف. والله أعلم.

فلو طلقها أو خالعها، أو أعتق الأمة، فإن كان لعذر من شقاق أو نشوز أو غيرهما، وجب التجديد على الأصح، وإلا فلا. وفي «التتمة» وجه، أنه إذا طلّقَ، لزمه أن يزوجه مرة أخرى، أو يسريه. فإن طلق ثانيًا، لم يزوجه بعد ذلك بل يسريه، ويسأل الحاكم الحجر عليه لئلا ينفذ إعتاقه. وإذا وجب التجديد، فإن كانت بائنة، لزم التجديد في الحال، وإن كانت رجعية، لم يجب إلا بعد انقضاء العدة.

فرع: إذا قلنا: لا يجب الإعفاف، فللأب المحتاج أن ينكح أمة. وإن أوجبناه، فوجهان. أحدهما: يجوز لأنه غير مستطيع حرة وخائف العنت. وأصحهما: المنع، لأنه مستغن بمال ولده. فإن قلنا بالأول، حصل الإعفاف بأن يزوجه أمة.

Marfat.com

الباب الحادي عشر

في أحكام نكاح الأمة والعبد

فيه طرفان.

الطرف الأول : في نكاح الأمة وفيه مسائل.

إِحداهـا: إذا زوج أمتـه، لم يلزمه تسليـمهـا إلى الزوج ليلاً ونهـارًا، لكن يستخدمها نهارًا ويسلمها إِلى الزوج ليلاً.

ولو أراد السيد أن يسلمها نهارًا بدلاً عن الليل، لم يكن له.

ولو قال السيد: لا أخرجهـا من داري، ولكن أخلي لك بيتًا لتدخله وتخلو بها، فـقولان. أظهـرهما: ليس له ذلك، فإن الحـياء والمروءة تمنعـانه دخول دار غيـره. وعلى هذا، فلا نفـقة على الزوج كمـا لو قالت الحـرة: ادخل بيتي ولا أخرج إِلى بيتك. والثاني، للسـيد ذلك لتدوم يده على ملكه مع تمكن الزوج من حقه. فعلى هذا يلزمـه النفقة. فإن قلنا بالأول، وكانت محتـرفة، فقال الزوج: دعوها تحترف للسيد في يدي وبيتي، فليس له ذلك على الأصح.

المسألة الثانية: للسـيد أن يسافر بها، لأنه مالك رقـبتها، ولا يمنع الزوج من المسافرة معهـا، ولا يكلف أن يسافر بها وينفق عليها. وإِذا لم يسافـر معها، لم يكن عليه نفقتها.

وأما المهر، فـإن دخل بها، فقد استـقر وعليه تسليمه، وإلا فـلا. فإن كان سلمه، فله أن يسترده.

قلت: وليس للزوج المسافرة بها منفردًا إلا بإذن السيد. والله أعلم.

(المسألة) الثالثة: ولـو سامح السيد فسلمها ليـلاً ونهارًا، فعلى الزوج تسليم المهر وتمام النفقة، وإن لم يسلمها إلا ليلاً، فهل تجب جميع النفقة أم نصفها، أم لا يجب شيء؟ فيه أوجه. أصحها عند جـمهور العراقيين والبغوي: أنه لا يجب

شيء، ويجري الوجهان الأخيران فيما إذا سلمت الحرة نفسها ليلاً واشتغلت عن الزوج نهاراً.

قلت: الصحيح الجزم في الحرة بأنه لا يجب شيء في هذه الحال. والله أعلم.

وأما المهر، فقال الشيخ أبو حامد: لا يجب تسليمه كالنفقة. وقال القاضي أبو الطيب: يجب. قال ابن الصباغ: لأن التسليم الذي يتمكن معه من الوطء قد حصل، وليس كالنفقة، فإنها لا تجب بتسليم واحد.

قلت: الأصح الوجوب. والله أعلم.

المسألة الرابعة: هلاك المنكوحة بعد الدخول، لا يسقط شيئًا من المهر حرة كانت، أو أمة، سواء هلكت بموت أو قتل. فأما إذا هلكت قبل الدخول، فإن قتل السيد أمته المزوَّجة، فالنص في «المختصر» أن لا مهر. ونص في «الأم» في الحرة إذا قتلت نفسها لا يسقط شيء من المهر. وللأصحاب طريقان. أحدهما: تقرير النصين. وأشهرهما: طرد قولين فيهما، ثم الحرة إذا ماتت أو قتلها الزوج، أو أجنبي، لم يسقط مهرها قطعًا، وكذا لو قتلت نفسها على المذهب. وأما الأمة، فإن قتلها سيدها، أو قتلت نفسها، سقط على المذهب وهو نصه. وإِن ماتت أو قتلها الزوج أو أجنبي، لم يسقط على الصحيح.

قال البغوي: إذا قلنا: قتل السيد أمته يسقط المهر، فلو تزوج رجل أمة أبيه ثم وطئها الأب قبل أن يدخل بها الابن، وجب أن يسقط المهر لأن قطع النكاح حصل من مستحق المهر قبل الدخول.

المسألة الخامسة: لو باع الأمة المزوجة، لم ينفسخ النكاح ويكون المهر للبائع إن سمي في العقد مهر صحيح أو فاسد، سواء دخل بها قبل البيع أو بعده، لأنه وجب بالعقد وكان العقد في ملكه. ولو طلقها الزوج بعد البيع قبل الدخول، كان نصف المهر للبائع، وإن كان زوَّجها مفوضة ثم جرى فرض أو دخول قبل البيع، فالمفروض أو مهر المثل للبائع أيضًا. وإن جرى الفرض أو الدخول بعد

البيع، فهل المفروض أو مـهر المثل للبائع أم للمشتري؟ فيه طريقـان. أصحهما: على وجهين بناءً، على أن الوجـوب بالفرض والدخول، أم نتبين بهـما الوجوب بالعقد؟ وفيه قولان. أظهرهما الأول.

وإن قلنا بالأول، فهو لـلمشتري، أو بالثاني، فللبـائع. والطريق الثاني: أنه للبائع قطعًا، لأن العقد هو السبب وجرى في ملكه.

ولو مات أحـد الزوجين بعد البيع وقـبل الفرض والدخول، وأوجـبنا المهر، ففيمن يستحقه هذا الخلاف.

ولو طلقها بعـد البيع وقبل الفرض والدخـول، فالمتعة للمشـتري لأنها تجب بالطلاق وهو في ملكه.

ولو أعتق أمتـه المزوجة، فالمهر على هذا التـفصيل، فحيث جـعلناه للبائع، فهـو هنا للمعتق، وحـيث جعلناه للمشـتري، فهو للمـعتقـة، وحيث قلنا: هو للبـائع، أو المعتق، ولم يجـر دخول، فليس له حـبسـها لدفع الصـداق، لأنها خرجت عن ملكه وتصرفه، وليس لـلمشتري ولا للعتيقة الحـبس أيضًا لأنهما لا يملكان المهر. وحيث قلنا: المهر للمشتري، أو المعتقة فلهما الحبس لاستيفائه.

ولو أعتقـها وأوصى لها بصداقها، فليس لهـا حبس نفسها لاستـيفائه، لأن استـحقاقهـا بالوصية لا بالنكاح. ولو تزوج أمـة ولده، ثم مات وعتـقت وصار الصداق للوارث، فليس له حبسها، إذ لا ملك له فيها.

فرع: هذا الذي ذكـرناه كله في النكاح الصحـيح، أما إذا زوَّجـها تزويـجًا فاسـدًا، ثم باعها ووطئهـا الزوج بعد البيع، فـمهر المثل للمشـتري، لأنه وجب بالوطء في ملكه، وإن وطىء قبل البيع فللبائع.

السادسة: قد سـبق أنه يجوز أن يزوج أمته بعبده، ولا مـهر، لأن السيد لا يثبت له دين على عبده، ولهذا لو أتلف ماله لم يقتض ضمانًا في الحال ولا بعد العتق. قال الشيخ أبو علي: وهل نقول: وجب المهر لحرمة النكاح ثم سقط، أم لم يجب أصلاً؟ فيه وجهان.

Marfat.com

ولو أعتقها أو أحـدهما، فلا مهر لا للسيد ولا للمعـتقة وإِن جرى الدخول بعد العـتق، وكذا لو باعها ودخل الزوج بهـا في ملك المشتري، فلا مـهر، لأنه ملك بضعها أولاً بلا مـهر، وفيه احتمـال للشيخ أبي علي على قولنا: لا يجب بالعقد أصلاً.

قال: ولا يجيء الاحتمال على قولنا: يجب ثم يسقط، لأنه كالمقبوض.

فصل: إذا قال لأمتـه: أعتقتك على أن تـنكحيني، أو على أن أنكحك، لم تعتق إِلا بالقـبول على الاتصال. وسـواء قال مع ذلك: وعتـقك صداقك أو لم يقل.

ولو قالت ابـتداءً أعتـقني على أن أنكحك، فأجـابها إليـه، فكذلك، ثم لا يلزمهـا الوفاء، لأن النكاح لا يـصح التزامه في الذمـة. وفي «شرح مـختـصر الجويني» وجه، عن أبي إسـحاق، أنه يلزمها الوفاء، وهو شاذ لا التـفات إِليه، والصواب الأول، ويلزمـها قيمـتها للسيـد، لأنه أعتقهـا على عوض لم يسلَّم، فصار كإعـتاقها على خمر، وسواء في لزوم القـيمة وفت بالنكاح المشروط أو لم تف.

ولو رغبت في النكاح، فللسيد أن يمتنع ولا تسقط القيمة بذلك.

ولو تراضيا على النكاح وأصـدقها غير القيـمة، فلها ما أصدقهـا وله عليها القيمـة، وقد يقع التقاص. وإن أصدقهـا القيمة، فإن علمـاها عند العقد، صح الإصداق، وبرئت ذمتها. وإن جهلاها جميعًـا أو أحدهما، فوجهان. أصحهما: فسـاد الصداق كسائـر المجهولات. فعلى هذا، لـها مهر المثل وعلـيها القيـمة. والثاني وبه قـال ابن خيـران: يصح، لأن القيمـة لم تثبت مـقصودة، وكـما لو أصدقها عبدًا جهلاً قيمته.

ولو أتلفت امرأة على رجل عبدًا، فـتزوجها بقيمته المجـهولة، فسد الصداق قطعًا، ورجعت إلى مهر المثل. قال الإمـام: ولو طُرِّد الوجهان هنا لكان قياسًا، ولو نكحها المعتق على أن يكون عتقها صداقها، فسد الصداق لأن العتق قد تقرر

Marfat.com

فلا يكون صداقًا لنكاح متأخر. وفي «الرقم» للعبادي وجه، أنه يصح، وكأنه بالشرط جعل رقبتها صداقًا، والصحيح الأول. والمستولدة، والمدبرة، والمكاتبة، والمعتق بعضها، حكمهن في الإعتاق على أن ينكحنه حكم القنة. وحكى ابن القطان وجهًا، أنه لا قيمة على المستولدة لأنها لا تباع. ولو قال لغيره: أعتق عبدك عني على أن أنكحك بنتي، فأجاب، أو قالت امرأة: أعتقه على أن أنكحك، ففعل، عتق العبد، ولم يلزم الوفاء بالنكاح. وفي وجوب قيمة العبد، وجهان بناءً على القولين فيما لو قال: أعتق عبدك عنك على ألف علي، هل يلزمه الألف أم لا؟ أصحهما عند الشيخ أبي حامد والبغوي وغيرهما: أنه لا يلزمه، إذ لا يعود إِليه نفع بعتقه.

ولو قال لأمته: أعتقتك على أن تنكحي زيداً، فقبلت، ففي وجوب القيمة وجهان حكاهما الحناطي.

فرع: قالت لعبدها: أعتقك على أن تنكحني، ففي افتقار عتقه إلى قبوله وجهان. أحدهما: نعم. فإذا قبل، عتق ولزمه قيمته، ولا يلزمه الوفاء. وأصحهما: لا، بل يعتق بلا قبول ولا شيء عليه.

فرع: إِذا لم يأمن السيد وفاءها بالنكاح ولم يرد العتق إن لم تنكحه، فهل لذلك طريق يثق به؟ وجهان.

أحدهما: نعم. قال ابن خيران: وطريقه أن يقول: إِن كان في علم الله تعالى أن أنكحك أو تنكحيني بعد عتقك، فأنت حرة. فإن رغبتْ وجرى النكاح بينهما، عتقت وحصل غرض السيد، وإلا استمر الرقّ. ونسب الإمام هذا الوجه إلى صاحب «التقريب»، وعبارته في هذا التعليق: إِن يسر الله تعالى بيننا نكاحًا فأنت حرة قبله بيوم، فإذا مضى يوم ونكحته، انعقد النكاح وتبين حصول العتق قبله بيوم، وذكر اليوم جرى تمثيلاً، ويكفي أن يقول: فأنت حرة قبل.

والوجه الثاني وبه قال أكثر الأصحاب: لا يصح النكاح في هذه الصورة، ولا يحصل العتق لأنه حال العتق شاكّ، هل هي حرة أو أمة، كما إذا قال

Marfat.com

لأمتـه: إن دخلت الدار فأنت حرة قبلـه بشهر، وأراد أن ينكحهـا في الحال، لا يصح.

الطرف الثاني: في نكاح العبد وفيه مسائل.

إِحداها: المهر والنفقة لازمان في نكاح العبد لزومهما في نكاح الحر.

وبم يتعلقان؟ نظر هـل العبد محجـور عليه أم مأذون له في التجارة؟ فـهما حالان.

الأول: المحجـور عليه، فينظر، أمكتسـب هو أم لا؟ إن كان مكتسبًـا تعلقًا بكسبـه، ويتعلقـان بالكسب العام كـالاصطياد والاحـتطاب وما يحصله بـصنعة وحرفة، وبالأكـساب النادرة كالحاصلة بالوصـية والهبة. وفي وجـه: لا يتعلقان بالنادر. والصـحيح الأول، وإنما يتعلقـان بما كسب بعـد النكاح. فإن كـان المهر مؤجلاً، لم يتعلقا إلا بما كسبه بعد حلول الأجل.

وهل للعبد أن يؤجر نفسه للمهر والنفقة؟ وجهان بناءً على بيع المستأجِر. إن جوزناه، جاز، وإلا، فلا لئلا يمنع البيع على السـيد. قال المتولي: والوجهان في إجارة العين. فأما إذا التزم عمـلاً في الذمة، فالمذهب جوازه، لأنه دين في ذمته لا يمنع البيع.

وطريق الصرف إلى المهـر والنفقة، أن ينظر في الحاصل كل يوم فـيؤدي منه النفقة إن وفى بـها، فإن فضل شيء صرف إلى المهـر، وهكذا كل يوم حتى يتم المهر، فإذا تم، صرف الفاضل عن النفقة إلى السيد، ولا يدخر للنفقة.

وإن لم يكن مكتسبًا، فهو في ذمة العبـد، أم في رقبته، أم على السيد؟ فيه ثلاثة أقوال. أظهرها الأول. وطرد القاضي أبو حامد القول الثاني في المكتسب.

الحال الثاني: أن يكون مأذونًا له في التجارة، فالمـهر والنفقة يتعلقان بربح ما في يده، لأنه كسبه، ويتعلقان برأس المال على الأصح.

Marfat.com

وفي الربح الذي يتعلقـان به وجهان. أحدهما: الحـاصل بعد النكاح فقط، كما في كسب غير المأذون له. وأصحهما: يتعلق به وبالحاصل قبل النكاح أيضًا، هذا كله في المهر الذي تناوله الإذن. أما لو قدّر السيد مهرًا، فزاد العبد، فالزيادة لا تتعلق إلا بالذمة.

المسألة الثـانية: يجب على السـيد تخليـة العبد بالليل لـلاستمـتاع، وله أن يستـخدمه نهـارًا إذا تكفل بالمهر والنفـقة، وإلا فعليـه أن يخليه ليكتـسب. فإن استخدمه ولم يلتزم شيئًا، لزمه الغرم لما استخدمه.

وفيمـا يغرمه وجهان. أصحـهما: أقل الأمرين من أجرة المثل وكـمال المهر والنفقة. والثاني: كمال المهر والنفـقة. وعلى الوجهين في المراد بالنفقة وجهان. الصحيح: نفقة مدة الاستخـدام. والثاني: نفقة مدة النكاح ما امتدت، لأنه ربما كان يكسب ما يفي بجميع ذلك. ولو استخدمه أجنبي، لم يلزمه إلا أجرة المثل، لأنه لم يوجـد منه إلا الإتلاف، ولم يسبق منه مـا سبق من السـيد، وهو الإذن المقتضي لالتزام مؤن النكاح.

(المسألة) الثالثة: للسيد أن يسافر بالعبد وإن تضمن منعه من الاستمتاع، لأنه مالك الرقبة، كما يسافر بالأمة المزوَّجة، ثم للعبد أن يسافر بزوجته معه.

قال البغوي: ويكون الكراء في كسبه. فإن لم تخرج الزوجة معه، أو كانت رقيقة فمنعـها سيدها، سقطت نفقتها. وإن لم يطالبهـا الزوج بالخروج، فالنفقة بحالها، والسيد يتكفـل بها، فإن لم يفعل، ففيما يغرمـه في مدة السفر الخلاف السابق. هذا هو المنقول في الطرق، ونص عليه في «المختصر». ونقل الإمام عن العراقيين، أنه ليس للسيـد استخدامه، ولا أن يسافر به مـا بقيت عليه مؤونة من مؤن النكـاح، وجعل المسألة ذات خـلاف للأصحـاب، ولا يكاد يتحـقق فيـها خلاف.

فرع: أكثر ما ذكرناه في هذه المسائل مـتفرع على القول الجديد، وهو أنه إذا أجرى النكاح بإذن السيد، لا يصير ضامنًا بـالإذن للمهر والنفقة، لأنه لم يلتزمه

Marfat.com

تصريحًا ولا تعريضًا. وقال في القديم: يصير ضامنًا بالإذن ملتزمًا المهر والنفقة. واتفق الأصحاب على أن الجديد هو الأظهر. فعلى الجديد: لو أذن بشرط الضمان لم يصر ضامنًا أيضًا، لأنه لا وجوب عند الإذن. وإذا قلنا بالقديم، فهل يجب على السيد ابتداءً، أم يلاقي العبد ثم يحمل عنه السيد؟ وجهان حكاهما أبو الفرج الزاز. فعلى الأول: لا تتوجه المطالبة إلا على السيد. ولو أبرأت العبد، فهو لغو. وعلى الثاني: تتوجه المطالبة عليهما، ويصح إبراء العبد، ويبرأ به السيد. وصحح أبو الفرج الوجه الثاني، وقطع البغوي بالأول، وكلام الإمام يقرب منه.

فرع: في فتاوى القاضي حسين، أنه لو زوَّج أمته عبده، فنفقة الأمة على السيد كنفقة العبد. فلو أعتقها السيد وأولادَها، سقطت نفقتهم عنه، وتعلقت نفقتها بكسب العبد، وعليها نفقة الأولاد إن كانت موسرة، وإلا ففي بيت المال.

ولو أعتق العبد دونها، سقطت نفقتهما عنه، وكانت نفقة الأمة على العتيق كحر تزوج أمة غيره.

المسألة الرابعة: هذا الذي سبق حكم المهر في النكاح الصحيح.

وأما المهر في النكاح الفاسد، فله صورتان.

إحداهما: إذا فسد نكاح العبد لجريانه بغير إذن سيده، فرق بينه وبين المرأة، فإن دخل بها قبل التفريق، فلا حدَّ للشبهة، ويجب مهر المثل. وهل يتعلق بذمته لكونه وجب برضى مستحقِّه، أم برقبته لأنه إتلاف؟ فيه قولان. أظهرهما: الأول، ومنهم من قطع به. وإن جرى النكاح بغير إذن مستحق المهر، بأن نكح أمة بغير إذن سيدها ووطئها، فطريقان. أحدهما: القطع بتعلقه بالرقبة، وبه قال ابن الحداد، كما لو أكره أمة أو حرة على الزنا. والثاني: طرد القولين، لأن المهر وإن كان لغيرها فيمكنها إسقاطه في الجملة بإرضاع أو رِدَّة.

الثانية: أذن سيده في النكاح، فنكح نكاحًا فاسدًا ودخل بها قبل التفريق فهل يتعلق المهر بذمته، أم برقبته، أم بكسبه؟ أقوال. أظهرها الأول.

Marfat.com

ولو نكح بالإذن صحيحًا، لكن فسد المهر، قال الصيدلاني: تعلق مهر المثل بالكسب قطعًا. ولو صرح بالإذن في نكاح فاسد ووجب مهر المثل، فقياس هذه الصور تعلقه بالكسب.

فرع: في فتاوى القاضي حسين أنه لو اختلف السيد والعبد في الإذن في النكاح، فقال السيد: ما أذنتُ، فالوجه أن تدَّعي المرأة على السيد أن كسب هذا العبد مستحق لي لمهري ونفقتي ليسمع القاضي البينة.

فصل: سبق في «باب موانع النكاح» أنه متى ملك أحد الزوجين جزءاً من الآخر، انفسخ النكاح.

فلو كان لرجل عبدٌ في نكاحه أمة، فأعطاه مالاً وقال: اشترها لي، ففعل، صح واستمر النكاح، كما يجوز أن يزوج عبده بأمته. ولو ملَّكه المال فقال: اشترها لنفسك، ففعل، فإن قلنا: يملك العبدُ بتمليك السيد، انفسخ النكاح، وإلا، فالملك للسيد، والنكاح مستمر.

ولو اشترى مَنْ بعضُه حر زوجته، نظر، إن اشتراها بالكسب المشترك بينهما وبإذن سيده، ملك جزءاً منها وانفسخ النكاح. وإن لم يأذن السيد، لم يصح في نصيبه، وفي نصيب العبد قولاً تفريق الصفقة. إن صح فيه، انفسخ النكاح. وإن اشتراها بخالص ماله، انفسخ النكاح وإن اشتراها بخالص مال سيده من كسبه بإذنه، لم ينفسخ، وهكذا الحكم لو اشترت من بعضها حر زوجها.

فرع: متى ملكت زوجها بشراء أو هبة وغيرهما، نظر، إن كان قبل الدخول، فهل يسقط كل المهر، أم نصفه؟ وجهان. وقيل: قولان. أصحهما: كله، ومنهم من قطع به. وإن كان بعد الدخول، لم يسقط شيء من المهر بالانفساخ. فإن كانت قبضته، لم ترد شيئًا منه، وإلا فقد ملكت عبداً لها في ذمته دين، وفيه وجهان سبقا في «كتاب الرهن» وغيره.

أحدهما: يسقط كما لا يثبت له على عبده دين ابتداءً. وأصحهما: يبقى، لأن الدوام أقوى من الابتداء. فان قلنا: يسقط، برئت ذمة العبد من المهر،

Marfat.com

وللبائع الثمن عليها، وإن قلنا: يبقى، فلهـا مطالبة العبد إذا عتق، وللبائع الثمن عليها في الحال. فـإن كان السيد البائع وضمن المهر، فلها عليـه المهر بالضمان، وله عليها الثمن وقد يقع التقاص. أما إذا ملك زوجته بالشراء، فينظر، إن ملكها بعد المسيس، فعليه المهر للبائع مع الثمن. وإن ملكها قبله، فالمذهب وهو نصه: أنه يجب نصف المهر. وقيل: لا يجب شيء.

ولو نكح جارية مورِّثه كأبيه، ثم ملك بالإرث كلها أو بعضها، فإن كان بعد الدخول، لم يسقط المهر بالانفساخ لاستقـراره وهو تركه للميت. فإن احتيج إليه لقضاء دين وتـنفيذ وصية، فـعل؛ وإلا سقط إِن كان الناكح حائزاً، وإلا فـلغيره من الورثة استيـفاء نصيبه. وإِن كان قـبل الدخول، فوجهان. أحـدهما قاله ابن الحداد: يسقط جميع المهـر: فيستردّه، من التركة إِن كان قـبض. وأصحهما: لا يسـقط إلا النصف. فـعلـى هذا: إن كـان حـائزاً، سـقط النصف الآخـر لأنه مستحقه، وإلا سقط نصيبه وللآخر نصيبه.

ولو زوج رجل بنته بعـبد بإذنها، ثم مـات فورثت بعض زوجها، فـإن كان بعد الدخـول، فقـسط ما ورثته من المهـر دين لها على مملوكـها، ولهـا المطالبة بالباقي من كسب مـا ترث منه. وإن كان قبل الدخول، فـعلى قول ابن الحداد: يسقط جميع المهـر. وعلى الأصح: لا يسقط إلا النصف، وحكم النصف الباقي حكم الجميع بعد الدخـول، وجميع ما ذكرناه إِذا اشترت زوجهـا بغير الصداق. فلو اشترته بعين الصداق، فيقدم عليه مـقدمتين. إحداهما: إذا نكح العبد نكاحًا صحيحًا وقلنا: لا يصير السيـد ضامنًا للمهر بالعقد. فلو ضمن عنه، جاز، لأنه ضمان دين لازم. ثم إن كان العبد كسوبًا، فللزوجة مطالبة العبد والسيد جميعًا، وإلا، فلا يطالب السيد، وكذا الحكم لو طلقها بعد الدخول والمهر غير مقبوض. وإن طلقها قبل الدخول، سقط نصف المهر عنها، ومطالبتها بالنصف الآخر على التفصيل المذكور. فإن كانت قبضت المهر، ردت نصفه على السيد إِن بقي الزوج على الرق عند الطلاق. فإن كان أعتقه، فعلى الزوج.

الثانية: صورة البيع بعين الصداق، أن يلتزم السيد الصداق، إما بأصل العقد على القديم، وإما بالضمان اللاحق على الجديد، ويصرح المتبايعان بالإضافة إليه، بأن يقول سيد العبد لزوجته الحرة: بعتك زوجك بصداقك الذي يلزمني وهو كذا، فتشتري. أما إذا صرحا بالمغايرة أو طلقا، فهو بيع بغير الصداق.

مثاله: كان الصداق ألفًا، فقال: بعتك بألف غير الصداق، أو بألفين، أو أطلق فقال: بعتك بألف.

ولو اختلف جنس الصداق، فلا شك في المغايرة. ولو دفع عينًا إلى عبده ليجعلها صداق من ينكحها، ففعل، ثم باعها العبد بتلك العين، فهو بيع بالعين.

إذا عرفت المقدمتين، فالبيع بعين الصداق، إما أن يجري قبل الدخول، وإما بعده.

الحالة الأولى: أن يجري قبله. فإن قلنا بالأصح: إنه يسقط كل المهر، لم يصح البيع، بل يستمر النكاح، لأنه لو صح البيع لملكت زوجها وانفسخ النكاح وسقط المهر، وعري البيع عن العوض وبطل، فتصحيحه يؤدي إلى بطلانه، هذا ما نص عليه الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى. وقال الشيخ أبو علي: يجب عندي أن يصح البيع ويبطل النكاح، لأن البيع وارتفاع النكاح لا يقعان معًا، بل يكون الفسخ بعد البيع وحصول الملك حتى لا يحكم بانفساخ النكاح ما داما في المجلس، إن قلنا: إن الخيار يمنع حصول الملك للمشتري. وإذا كان الانفساخ عقيب البيع والملك، كان في زوال ملكها عن الصداق مع حصول ملكها في الرقبة، فلا يبطل الثمن بالانفساخ، بل أثر الانفساخ الرجوع إلى بدل الصداق، وهذا الذي قاله أبو علي، نقله المتولي وجهًا. وإن قلنا: إن تملكها الزوج قبل الدخول، يقتضي تنصيف المهر، بني على خلاف سنذكره في الحالة الثانية إن شاء الله تعالى، وهي إذا جرى بعد الدخول. فإن لم نصحح البيع هناك، فكذا هنا، وإلا بطل البيع هنا في نصف العبد، ويخرج في الباقي على

Marfat.com

تفريق الصفقة. فإن فرقنا، انفسخ النكاح. هذا قول الجمهور، وعلى قول الشيخ أبي علي: يصح البيع في جميعه لا محالة.

الحالة الثانية: أن يجري البيع بعين الصداق بعد الدخول، فيبنى على الخلاف في أن من ملك عبدًا له عليه دين، هل يسقط ذلك الدين؟ إن قلنا بالأصح: إنه لا يسقط، صح البيع، وتصير مستوفية للمهر المستقر بالدخول، ولا شيء لواحد من المتبايعين على الآخر. وإن قلنا: يسقط وتبرأ ذمة العبد، فهل يصح البيع أم لا؟ وجهان. أصحهما: الصحة، وبه قطع الشيخ أبو حامد، ونقله القفال عن شيوخ الأصحاب، إذ ليس هو كما قبل الدخول، فإن سقوط المهر هناك بانفساخ النكاح، بدليل أنه لو كان مقبوضًا، وجب رده فلا يمكن جعله ثمنًا، وهنا السقوط بحدوث الملك. وإذا جعل ثمنًا، فكأنها استوفت الصداق قبل لزوم البيع، فليس لها بعدما ملكت الزوج صداق في رقبته حتى يسقط، وجميع ما ذكرناه فيما إذا اشترت زوجها وهي حرة. فأما إذا كانت أمة فاشترته بإذن سيدها، أو كانت مأذونًا لها في التجارة فاشترته للتجارة، فيصح البيع ويستمر النكاح، سواء كان قبل الدخول أو بعدل، وسواء اشترت بعين الصداق أم بغيره، لأن الملك للسيد، لكن إذا اشترته بعين الصداق، برىء السيد والعبد، لأن الكفيل إذا أدّى برىء الأصيل، ولا رجوع للسيد على العبد كما لو ضمن عنه دينًا آخر أدّاه في رقه وإن اشترته بغير الصداق، ففي سقوط الصداق على العبد لكون سيدها ملكه وله عليه دين الوجهان المتكرران، فإن سقط، برىء سيده البائع عن الضمان لبراءة الأصيل، ويبقى الثمن بحكم الشراء، وإلا، فلسيد الأمة على بائع العبد الصداق، وللبائع عليه الثمن، وقد يقع التقاص، فإذا تقاصا، برئت ذمة العبد عن حق المشتري لأنه بالتقاص استوفى حقه من البائع.

فصل: في مسائل من الدور الحكمي: عادة الأصحاب ذكر هذه المسائل هنا. والمسائل التي يقع فيها الدور نوعان.

أحدهما: ينشأ الدور فيه من محض حكم الشرع، كما ذكرنا فيما إذا اشترت

Marfat.com

زوجها قبل الدخول بالصداق الذي ضمنه السيد، فإنه لو صح البيع ثبت الملك. وإذا ثبت الملك، انفسخ النكاح، وإذا انفسخ، سقط المهر المجعول ثمنًا، وإذا سقط، فسد البيع، فهذه الأحكام المرتبة ولدت الدور.

والثاني: ينشأ الدور فيه من لفظة يذكرها الشخص، كما في مسألة دور الطلاق، وعندها نذكر إن شاء الله تعالى أكثر مسائل الدور اللفظي. والذي نذكره هنا، خمس مسائل من الدور الحكمي.

إِحداها: أعتق أمته في مرض موته ونكحها على مهر سماه، نظر، إن لم يخرج من الثلث، فحكمه ما ذكرناه في المسائل الدورية في «كتاب الوصايا» وإِن خرجت، نظر إن كانت قدر الثلث بلا مزيد، بأن كانت قيمتها مائة وله مائتان سواها، فالنكاح صحيح. ثم إن لم يجر دخول، فلا مهر لها لأنه لو ثبت المهر لكان دينًا على الميت، وحينئذٍ لا تخرج من الثلث، ويرقه بعضها، وحينئذٍ يبطل النكاح والمهر، فإثباته يؤدي إلى إسقاط، فيسقط. وإن جرى دخول، فقد ذكرنا حكمه في «كتاب الوصايا» وسواء دخل أم لا، فلا ترث بالزوجية، لأن عتقها وصية، والوصية والإرث لا يجتمعان. فلو أثبتنا الإرث، لزم إبطال الوصية وهي العتق، وإذا بطل بطلت الزوجية وبطل الإرث. وإن كانت الأمة دون الثلث، فقد تمكنها المطالبة بالمهر لخروجها من الثلث بعد الدين، وهذا كله تفريع على أنه يجوز للمعتق في مرض الموت نكاحها، وهو الصحيح. وحكى الحناطي والشيخ أبو علي وجهًا أنه لا يجوز وهو كما حكيناه من قبل عن ابن الحداد، أن المعتَقة في مرض الموت نكاحها لا يجوز لقرينها لاحتمال أن لا يخرج من الثلث عند الموت.

المسألة الثانية: زوج أمته عبد غيره، وقبض الصداق وأتلفه بإنفاق وغيره، ثم أعتقها في مرض موته، أو أوصى بعتقها، فأعتقت وهي ثلث ماله، وكان ذلك قبل الدخول، فليس لها خيار العتق، لأنها لو فسخت النكاح لوجب رد المهر من تركة السيد، وحينئذٍ لا يخرج كلها من الثلث. وإِذا بقي الرق في البعض، لم

Marfat.com

يثبت الخيار، فإثبات الخـيار يؤدي إلى إسقاطه، وكذا الحكم لو لم يتلف الصداق وكانت الأمة ثلث ماله مع الصداق.

ولو خـرجت من الثلث دون الصـداق، أو اتفق ذلك بعـد الدخول، فلهـا الخيار.

ولو كانت المسألة بحـالها، إلا أن الإعتاق وجد من وارثه بعد مـوت السيد، نظر، إن كان الوارث معـسراً، فلا خيار لها، لأنها لو فـسخت لزم رد المهر من تركـة الميت. وإذا كـان على الميت دين، لم ننفـذ إعـتاق الوارث المعـسـر على الصحيح. وإذا لم ينفذ الإعتاق، لم يثبت الخـيار. وإن كان الوارث موسراً، فقد ذكرنا في «كتاب الرهن» خلافًا في أن الوارث الموسـر إذا أعتق عبد التركة وعلى الميت دين، هل ينفذ العتق في الحال، أم يتوقف نفوذه على وصول دين الغرماء؟ فإن قلنا: ينفـذ في الحال وهو الأصح، عتقت ولهـا الخيار. فإن فـسخت، غرم الوارث لسيد العـبد أقل الأمرين من الصداق وقـيمة الأمة، كمـا لو مات وعليه دين وله عبد فأعتقه وارثه الموسر، يلزمه أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد.

ولو كان على الميت دين، فالقـيمة التي يغرمهـا الوارث يتضارب فيهـا سيد العبد والغرماء.

(المسـألة) الثالثـة: مات عن أخ وعـبـدين، والأخ هو الوارث في الظاهر، فـأعتق الأخ العـبدين، ثم ادعت امـرأة أنهـا زوجة الميت، وادعى ابنهـا أنه ابن الميت، فشهد المعتقان لهما، ثبتت الزوجية والنسب، ولا يرث الابن، إذ لو ورث لحجب الأخ وبطل إعتاقـه وبطلت شهادتهما، وحينئـذٍ تبطل الزوجية والنسب. وفيه وجه: أنه لا يثبت أيضًا، والصحيح الأول.

ولو شهـدا بنسب بنت، نظر، إن كان الأخ مـعسراً يوم الإعـتاق، لم ترث البنت، إذ لو ورثت لرق نصيبـها وبطلت الشهادة. وإن كان موسـراً، فإن عجلنا السراية بنفس الإعـتاق، ورثت لكمال الـعتق يوم الشهـادة. وإن قلنا: لا تحصل السراية إلا بأداء القيمة، لم ترث لأن توريثها يمنع كمال العتق يوم الشهادة.

Marfat.com

وحكم الزوجة في الإرث حكم البنت، فـينظر إلى إعسار الأخ ويسـاره كما ذكرنا.

(المسألة) الرابعـة: أوصى لرجل بابنه، ومات الموصى له بعـد موت الموصي وقبل القبول، ووارثـه أخوه، وقبل الوصية، وقد سبق بيـان هذه المسألة في آخر الباب الأول من «كتاب الوصايا».

(المسألة) الخـامسة: اشتـرى في مرض الموت من يعتق عليه كـابنه، عتق من الثلث ولا يرث، إذ لو ورث لكان العتق أو النسب إِليه بـالشراء وصية للوارث، فيـبطل. وإذا امتنع العتق، امتنـع الإرث. وحكى الأستاذ أبو منصور وجـهًا أنه يرث، ووجهًا أنه لا يصح الشراء، والصحيح الأول. ولو ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض، كهبـة وارث، فهل يرث؟ وجهان بناءً على أنه يعتق من الثلث أو من رأس المال، وقـد ذكرنا ذلك فـي «كتـاب الوصايـا» وبالتوريث قـال ابن سريج، واختاره الشيخ أبو حامد.

فرع: ذكر الأستاذ أبو إِسحاق الإسفراييني رحمـه الله في مختصر جمعه في المسائل الدورية، أنه لو شهد اثنان بعتق عبد، وحكم الحاكم بشهادتهما، ثم جاء العبد مع آخر فشهدا بجـرح الشاهدين، لم يقبل. وأنه لو أعتق عبدين في مرض موته هما ثلث ماله، فشهدا على الميت بوصية أو بإعتاق وعليه دين أو زكاة، لم يقبل ولو شهدا أنه نكح امرأة على مـهر، كذا حكى عن بعض الأصحاب أنه لا تقبل شـهادتهـما، قال: ويحـتمل أن يقـبل في النكاح ولا مهـر، وأنه لو أعتق عبدين له فشهدا أنه كان محجـوراً عليه لسفه، لم تقبل شهادتهما. وأنه لو ادعى أنه ابن فلان وقد مات، ووارثه في الظاهر أخوه، فأنكر ونكل، فحلف المدعي، ثبت النسب ولا يرث، وهذا تفريع على أن اليـمين المردودة مع النكول كالإقرار. أما إذا قلنا: إنهـا كالبـينة، فيرث. وإنه لو ورث عـبدين يعـتقان عليـه ثم مات وورثاه، أقر بدين على الميت الأول يستغرق تركته، لم يثبت الدين بإقرارهما.

وأنه لو أعتق أمة في مرض موته وهي ثلث ماله، فادعت أنه وطئها بشبهة،

أو أنه استأجرها وعليه أجرتها، لم تسمع دعواها.

وأنه لو ورث من زوجته عبدين وأعتقهما، ثم شهدا بالفرقة قبل الموت بردّة أو طلاق، لم تقبل شهادتهما.

وأنه لو كان في يد عبده مال، فأخذه واشترى به عبدين وأعتقهما، فشهدا عليه بأنه أعتقه قبل ذلك، لم يقبل.

وأنه لو مات ووارثه في الظاهر أخوه، فأعتقِ عبداً من التركة، وولي العتيق القضاء، فجاء مجهول وادعى أنه ابن الميت، وأقام شاهدين، لم يقبل هذا الحاكم شهادتهما، ولم يحكم بقولهما، هكذا ذكروه، وكان يجوز أن يقال: يحكم بشهادتهما ويثبت النسب دون الإرث. كما لو أعتق الأخ في هذه الصورة عبدين وشهدا ببنوة المدعي، وحينئذٍ فلا يؤثر نسبه في العتق والقضاء.

وأنه لو ورث عبداً من مورثه المقتول وأعتقه وولي العتيق القضاء، فجاء إليه الوارث وادعى على قاتله القصاص فقال قتلته وهو مرتد وأقام عليه شاهدين، لم يحكم هذا الحاكم بشهادتهما. ومن هذا القبيل، لو أعتق عبدين، فجاء رجل وادعى أنه كان غصب العبدين وشهدا له، لم تقبل شهادتهما. وفي «التهذيب»: أنه لو ملك رجل أخاه ثم أقر في مرض موته أنه أعتقه في صحته، كان العتق نافذاً وهل يرثه؟ إن صححنا الإقرار للوارث، ورث، وإلا، فلا.

فرع: قال الغزالي في «مجموعه» «غاية الغور في دراية الدور»: المسائل الدائرة لا بد فيها من قطع الدور. وفي قطعه ثلاثة مسالك: تارة يقطع من أوله، وتارة من وسطه، وتارة من آخره، وذلك بحسب قوة بعض الأحكام وبعده عن الدفع، وضعف بعضها وقربه للدفع.

مثال القطع من أوله: بيع العبد لزوجته الحرة قبل الدخول بصداقها الثابت في ذمة السيد، فإنا حكمنا بفساد البيع، وقطعنا الدور من أصله، لم نقل: يصح البيع، ولا ينفسخ النكاح، أو ينفسخ ولا يسقط الصداق، وسببه أن البيع اختياري، وحصول الانفساخ بالملك قهري، وكذا سقوط الصداق بالانفساخ، وما

يختاره الإنسان من التصرفات، يصح تارة ويفسد أُخرى، وما يثبت قهراً يبعد دفعه بعد حصول سببه، فكان البيع أولى بالدفع من غيره.

ومثال القطع من الوسط: المسألة الثانية من المسائل السابقة، فإنا لم نقطع الدور من أوله بأن نقول: لا يحصل العتق ولا من آخره، بأن نقول: لا يزيد المهر حتى لا تضيق التركة، ولكن قطعناه من وسطه فقلنا: لا يثبت الخيار، وسببه أن سقوط المهر عند الفسخ قهري يبعد دفعه، والخيار أولى بالدفع من العتق، لأن العتق أقوى. ألا ترى أنه لا يسقط بعد ثبوته، والخيار يسقط بعد ثبوته بالإسقاط وبالتقصير.

ومثال القطع من الآخر: المسألة الأولى من الخمس، فإنا لم نقطع الدور من الأول بأن نقول: لا يحصل العتق، ولا من الوسط بأن نقول: لا يصح النكاح، لكن قطعناه من الآخر فقلنا: ليس لها المهر. ويمكن أن يقال: سببه أن العتق له قوة السرعة والسراية، فلا يدفع، والنكاح أقوى من المهر المسمى فيه، فإن ثبوت النكاح يستغني عن المهر بدليل المفوضة، والمسمى مهراً لا يثبت من غير ثبوت النكاح. وعدّ من هذا القسم الثالث، أما إذا قال لزوجته: إن انفسخ النكاح بيني وبينك فأنت طالق قبله ثلاثًا، ثم اشتراها، أو جرى رضاع أو ردّة، فلا يقطع الدور من أوله بأن نقول: (لا ينفسخ النكاح، لكن يقطع من آخره، بأن نقول ينفسخ ولا يقع الطلاق، وربما نعود إلى هذه المسألة في مسائل الطلاق والدور فيها لفظي.

فصل: لا يجوز للعبد التسري، لأنه لا يملك، فإن ملكه سيده جارية وقلنا بالجديد: إنه لا يملك، لم يحل له وطؤها ولو أذن السيد، فلو استولدها، كان الولد ملكًا للسيد. وإِن قلنا بالقديم: إِنه يملك، فقد ذكرنا في «كتاب البيع» أن المذهب أنه يتسرى بإذن السيد، ولا يتسرى بغير إذنه. لكن لو وطىء، لم يحدّ لشبهة الملك. ولو استولدها، فالولد ملك له، لكن لا يعتق عليه لضعف ملكه، وتعلق حق السيد به. فإن عتق، عتق الولد أيضًا، وحكم المدبر والمعلق عتقه

Marfat.com

بصفــة حكم القن في هذا. ومن بعضه حــر إذا اشترى جاريــة بما كسبه بحــريته ملكها، لــكن لا يطؤها بغير إذن الســيد، لأن بعــضه مملوك والوطء يقع بجــميع بدنه، ولا يخــتص بالبعض الحــرّ. ومال ابن الصــباغ إلى أنه لا حــاجة إلى إذن السيد، كما أنه يأكل كسبه ويتــصرف فيه. فإن أذن السيد وقلنا: لا بد من إذنه، فــعلى القديم: يــجوز. وعلى الجــديد: لا يجــوز، لأن ما فــيــه من الملك يمنع التسري، والمكاتب لا يتسرى بغير إِذن السيد، وبإذنه قولان كتبرُّعاته.

الباب الثاني عشر

في اختلاف الزوجين في النكاح

وفيه مسائل.

المسألة الأولى: إذا ادعى زوجية امرأة، سمعت دعواه عليها وإن كان العاقد هو الولي لأن إقرارها مقبول، وفيه خلاف سبق في «باب أحكام الأولياء».

وأما المرأة، فإن ادعت المهر في النكاح، أو ادعت النكاح، وطلبت حقًّا من حقوقه، سمعت دعواها. وإن ادّعت مجرد الزوجية، فوجهان، إن سمعت، أقامت البينة، فإن أنكر، فهل إنكاره طلاق؟ فيه وجهان. إن قلنا: طلاق اندفع ما يدّعيه، ولا معنى لإقامة البينة، وستأتي هذه المسألة مبسوطة في «كتاب الدعاوى» إن شاء الله تعالى.

المسألة الثانية: زوج إحدى بنتيه بعينها، ثم تنازعا، فلتنازعهما حالان.

أحدهما: تقول كل واحدة: أنا المزوجة، فمن صدقها الزوج، ثبت نكاحها، والأخرى تدَّعي أنها زوجته وهو منكر، فالمذهب أنه يحلف لها. وقيل: في تحليفه قولان. وينبغي أن يفصل، فإن ادّعت زوجيته وطلبت المهر، فالوجه التحليف. وإن ادعت مجرد الزوجية، ففيه الخلاف في المسألة الأولى. فإن قلنا: يحلف، فحلف، سقطت دعواها. وإن نكل، فحلفت، فهل اليمين المردودة مع النكول كالبينة؟ أم كالإقرار؟ قولان مشهوران. إن قلنا: كالبينة، فوجهان. أحدهما: يثبت نكاح الثانية دون الأولى، كما لو أقامت بينة. قال الإمام: وهذا القائل يقول: ينتفي نكاح الأولى، ويحكم بانقطاع نكاح الثانية لإنكار الزوج. وأصحهما: استمرار نكاح الأولى، لأن اليمين المردودة إنما تجعل كالبينة في حق المدعي والمدعى عليه، لا في حق غيرهما. وقد ثبت نكاح الأولى بتقارهما. وإن قلنا: كالإقرار، فوجهان. أحدهما: يبطل النكاحان والصحيح استمرار نكاح

Marfat.com

الأولى، كما لو أقر للأولى ثم أقر للثانية. وعلى هذا، فهل تستحق الثانية نصف المهر، أم لا تستحق شيئًا؟ قولان. أظهرهما: الأول.

الحال الثاني: تقول كل واحدة: لَسْتُ بالمزوجة، بل صاحبتي، فيقال للزوج: عين، فإذا عين، فقد أقر بأن الأخرى ليست زوجة له، فلا خصومة له معها، والقول قول الأخرى مع يمينها. فإن لم تحلف، حَلف الزوج وثبت النكاح. وقيل: القول قول الزوج بيمينه لأن إحداهما زوجة، وهو أعلم بمحل حقه. والصحيح الأول.

واعلم أن المسألة من فروع ابن الحداد، وأنه قيدها فقال: إذا مات الأب، وكذا قيدها الغزالي. قال الشيخ أبو علي: هذا القيد لا فائدة فيه في الحالة الأولى، لأنه لو كان حيًّا وعين إحداهما، لم يقبل قوله على الزوج، لكنه مفيد في الحالة الثانية، لأنه إذا كان الأب حيًّا وهي مجبرة، راجعناه. فإن أقر بالنكاح على إحداهما، قبل قوله، ولا يضر الزوج إنكارها. قال الإمام: ويظهر في القياس أن لا يقبل إقرارها ومعها مجبرٌ حذرًا من اختلاف الإقرارين، وإذا قبلنا إقرارها فاختلف إقرارها وإقرار الولي، فيجوز أن يقال: الحكم للسابق، ويجوز أن يقال: يبطلان جميعًا، وقد ذكرنا وجهين في هذه المسألة في آخر الباب الثالث عن القفال الشاشي والأودني، أن المقبول إقراره أم إقرارها؟ فحصل أربعة احتمالات. ولو زوج بنته من أحد ابني رجل، وادعت هي على أحدهما أنه الزوج، فإن جردت دعوى النكاح، فعلى ما سبق، وإن ادعت المهر، حلَّفته. فإن نكل، حلفت وأخذت نصف المهر، وإن ادعى كل واحد منهما أنها امرأته، فأقرت لأحدهما، ثبت نكاحه، وهل للآخر تحليفها؟ قولان على ما ذكرنا فيمن زوجها وليان بشخصين.

المسألة الثالثة: شهدوا على رجل بنكاح امرأة بمهر معلوم وهو منكر، فحكم بشهادتهم ثم رجعوا، هل يغرمون له؟ وجهان. أصحهما: نعم، وإنما يغرمون ما فوتوا على الزوج وهو نصف المسمى. وإن قلنا: لا يغرمون، فذلك في قدر مهر

المثل، فإن زاد المسمى على مهر المثل، فحكم الزيادة في الرجوع حكم شهود المال إذا رجعوا. ولو شهدوا على رجل بطلاق، ثم رجعوا، فهل يغرمون مهر المثل أم نصفه، أم غير ذلك؟ فيه خلاف موضعه «باب الرجوع عن الشهادة».

وإذا ادعت أنها في نكاح رجل بمهر معلوم، وشهد له شاهدان، ثم ادعت الإصابة واستقرار المهر، فشهد على الإصابة أو على إقرار الزوج بها آخران، ثم ادعت أنه طلقها وشهد بذلك آخران، وحكم بمقتضى الشهادات وأخذ منه المهر، ثم رجع الشهود جميعًا، فثلاثة أوجه.

أحدها: لا غرم على أحد منهم، لأن شهود النكاح والإصابة لم يوجد منهم إلا إثبات ملك واستمتاع بملك، وشهود الطلاق لم يفوتوا عليه شيئًا في زعمه، فإنه ينكر النكاح، ولأنه إن كان نكاح فقد فوته بزعمه بإنكاره قبل شهادتهم.

والثاني: لا غرم على شهود النكاح والإصابة، ويغرم شهود الطلاق لأنهم فوتوا ما ثبت بالأولين. فعلى هذا، في قدر غرمهم الخلاف الذي أحلناه على «باب الرجوع عن الشهادة» وبهذا الوجه قال ابن الحداد، ووافقه طائفة.

والثالث: وهو أصحها: لا شيء على شهود الطلاق، لأنه ينكر أصل النكاح، فكيف يطالبهم بضمان تفويته؟ بل النكاح لا يثبت مع إِنكاره، فلا ينبغي أن تسمع بينة الطلاق.

وأما شهود النكاح والإصابة، فإن أرَّخوا شهادتهم، فشهد هؤلاء أنه نكحها في «المحرم» وأولئك أنه أصابها في «صفر» غرم الصنفان ما غرم الزوج بالسوية. وإن أطلق شهود الإصابة شهادتهم، فنصف الغرم على شهود النكاح، ولا شيء على شهود الإصابة، لجواز وقوعها في غير النكاح وكونها زنا، ولو شهدوا بالإصابة في النكاح، فقد ألحق ذلك بما إذا أرخت الشهادتان.

وفي «النهاية» أنهم لو شهدوا بالنكاح ثم على الإصابة بعده، اشترك الصنفان في غرم نصف المهر، والنصف الآخر مختص بغرم شهود الإصابة، والصورتان متقاربتان، ولا يبعد التسوية بينهما في الحكم، ولم يقل أحد

Marfat.com

بتخصيص الغرم بشهود الإصابة.

المسألة الرابعة: إذا زوجت برجل، ثم ادعت أن بينها وبينه محرمية، بأن قالت: هو أخي من الرضاع، أو كنت زوجة أبيه، أو ابنه، أو وطئني أحدهما بشبهة، نظر، أوقع التزويج برضاها أم لا؟

الحالة الأولى: زوجت برضاها به بأن كانت ثيبًا، أو زوجها أخ أو عم، أو زوجها المجبر برضاها، فلا يقبل دعواها والنكاح ماض على الصحة، لأن إذنها فيه يتضمن حلها له، فلا يقبل نقيضه. لكن إن ذكرت عذرًا كغلط أو نسيان، سمعت دعواها على المذهب فتحلفه.

الحالة الثانية: زوجت بغير رضاها لكونها مجبرة، فوجهان.

أصحهما وبه قال ابن الحداد ونقله الإمام عن معظم الأصحاب: أنه يقبل قولها بيمينها، ويحكم باندفاع النكاح من أصله، لأن قولها محتمل ولم تعترف بنقيضه، فصار كقولها في الابتداء: هو أخي لا يجوز تزويجها به.

والثاني قاله الشيخ أبو زيد واختاره الغزالي، وحكي عن اختيار ابن سريج: لا يقبل قولها استدامة للنكاح الجاري على الصحة ظاهرًا ولئلا تتخذه الفاسقات ذريعة إلى الفراق.

واحتج الشيخ أبو علي للأول وهو الأصح عنده أيضًا، فإن الشافعي رحمه الله نص على أنه لو باع الحاكم عبدًا أو عقارًا على مالكه الغائب بسبب اقتضاه، ثم جاء المالك وقال: كنت أعتقت العبد أو وقفت العقار أو بعته، صدق بيمينه، ونقض بيع القاضي، ورد اليمين على المشتري، بخلاف ما لو باعه بنفسه أو توكيله، ثم ادعى ذلك، فإنه لا يقبل لأنه سبق منه نقيضه، ومقتضى حكايته أنه لا خلاف في صورة بيع الحاكم، لكن الإمام حكى فيها قولين.

ولو زوج بنته أو أمته ثم ادعى الأب أو السيد محرمية بينها وبين الزوج، لم يلتفت إلى قوله، لأن النكاح حق الزوجين. قال الشيخ أبو علي: ولو قال بعد

Marfat.com

تزويجه أمته: كنت أعـتقتها، حكم بعتقهـا، ولا يقبل قوله في النكاح، وكذا لو أجر العبد ثم قال: كنت أعتقته، ويغرم للعبد أُجرة مثله، لأنه أقر بإتلاف منافعه ظلمًا، كمن باع عبدًا ثم قال: كنت غصبتـه لا يقبل قوله في البيع، ويغرم قيمته للمقر له. والخلاف في الحالة الثانية، في أنهـا هل تصدق بيمينها؟ وأما دعواها، فتـسمع بلا خلاف. ولو قـامت بينة، حكم بها بلا خـلاف. والكلام في الحالة الأولى، في رد الدعـوى من أصلهـا، وأن الإذن والرضى بالتـزويج إنما يؤثر إذا أذنت في تزويجـهـا بشخص مـعين. أمـا إذا أذنت في النكاح مطلقًـا وقلنا: لا حاجة إلى تعيين الزوج، فزوجها الولي برجل، ثم ادعت مـحرمية، فالحكم كما إِذا زوجت مجبرة، لأنه ليس فيه اعتراف بجهالة.

ولو زوج الأخ البكر وهي ساكـتة، اكتـفي بصماتـها على الأصح ثم ادعت محرمية، قال الإمام: الذي ارتضاه العراقـيون، أن دعواها مسموعة. قال: لكن لا تصدق بيمينها.

المسألة الخامسة: إِذا زوج أمتـه ثم قال: كنت مجنونًا أو محجورًا عليَّ وقت تزويجها، وأنكر الزوج وقال: تزوجـتها تزوجًا صحيحًا، فإن لم يعـهد السيد ما ادعاه ولا بينة، فالقـول قول الزوج بيمينه، لأن الظاهر صـحة النكاح. وكذا لو قال: زوجتها وأنا محرم، أو قال: لم تكن ملكي يومئذٍ ثم ملكتها، وكذا الحكم لو باع عبـدًا ثم قال بعـد البيع: بعتـه وأنا محجـور عليَّ، أو لم يكن ملكي ثم ملكته. وعن نصه في «الإملاء» أنه لو زوج أخـته ومات الزوج، فادعى ورثته أن أخاها زوجـها بغيـر إذنها وقالت: بل زوجنـي بإذني، فالقول قـولها. ولك أن تقول: قد سـبق ذكر وجهين فيـما لو ادعى أحد المتـعاقدين صحة الـبيع والآخر فساده، فليجيء ذلك الخلاف في هذه الصورة.

قلت: لم يذكره الأصحـاب في هذه الصورة، ولا يصح مجيـئه لأن الظاهر الغالب في الأنكحة الاحتياط لها، وعقدها بشروطها وبحضرة الشهود وغيرهم، بخلاف البيع فإن وقوعه فاسد كثير. والله أعلم.

Marfat.com

ولو ادعت المنكوحة أنها زوجت بغـير إذنها وهي معتبـرة الإذن، ففي فتاوى البغوي أنه لا يقـبل قولها بعدما دخلـت عليه وأقامت معه، كـأنه جعل الدخول بمنزلة الرضى.

أما إذا عهـد للسيد المزوج جنون، أو حـجر، أو قال: زوجتهـا وأنا صبي، فأيهما يصدق بيمينه؟ قولان خـرجهما الشيخ أبو زيد. أظهرهما عند الشيخ أبي علي وغيره: أن المصدق الزوج، لأن الغالب جريان العـقد صحيحًا، ولأنه صح ظاهرًا والأصل دوامه.

ولو زوج أخته برضـاها، نم ادعت أنها كانت صغـيرة يومئذٍ، فـفي فتاوى القفـال والقاضي حـسين والبغوي، أن القـول قولهـا بيمينهـا وإن أقرت يومـئذٍ ببلوغها، كما لو أقر بمال ثم قال: كنت صغيراً يوم الإقرار، وهذا يمكن أن يكون تفـريعًا على أحـد القـولين ويمكن أن يفرق بأن الغـالب من العـقد الجـاري بين مسلمين، صحته وهذه لم تعقد.

ولو وكل الولي بتزويجـها، ثم أحرم، وجرى العقـد، فادعى الولي جريانه في الإحـرام، وأنكر الزوج، فنص الشافـعي رحمـه الله، أن القول قـول الزوج عمـلاً بظاهر الصحة. ولم يحك الشـيخ أبو علي خلافًا في هذه الصـورة. قال الإمام: وسببه أن الإحرام طرأ والأصل استناد العقد إلى الحل، لكن الشيخ ألحق بمسألة الإحرام المنقولة عن النص، ما إذا وكـل بقبول نكاح ثم أحرم الموكل وقبل الوكيل، ثم اخـتلف الزوجان، فقال الزوج: عـقد قبل إحرامي أو بعـده أو بعد تحللي، وقالـت: بل في حال إحرامك، فـالقول قول الزوج، فـلم يفرق بين أن يدعي سبق الإحـرام النكاح وعكسه. ومقـتضى ما سبق في المسـألة الرابعة، أن الولي إذا زوج ثم ادعى المحرمية بين الزوجين، لا يلتفت إلى دعواه أن لا يفرض النزاع في مسألة النص بين الولي والزوج، بل يفرض بين الزوجين.

ولو زوج أمته، ثم ادعى أن الزوج كان واجداً للطول، وأنكر الزوج، صدق الزوج. ولو زوج بنته ومات، فادعت أن أباها كان مجنونًا يوم العقد، نظر، هل

Marfat.com

كان التزويج برضاها أم بغيره؟ وحكمه ما سبق في المسألة الرابعة.

فرع: ادعى نكاح امرأة وأقام بينة به، ثم ادعت أنها زوجة غيره وأقامت بينة به، قال ابن الحداد: يعمل ببينة الرجل، لأن حقه في النكاح أقوى منها، فإن المتصرف إن شاء أمسكها، وإن شاء طلق، فقدمت بينته كصاحب اليد مع غيره، هذا قول ابن الحداد، وبه قال الجمهور. وقال الشيخ أبو علي: يحتمل أن ينظر في جواب من ادعت أنها زوجته، فإن أنكر فلا نكاح له، فيعمل ببينة الرجل. وإن سكت، فهما بينتان تعارضتا، ولم يتعرضوا في تصوير المسألة لدعواها المهر، أو حقًّا من حقوق النكاح، وقد سبق في سماع دعوى الزوجية المجردة خلاف. فإن سمعت وأنكر الزوج، ففي إقامة البينة أيضًا خلاف. فإذا ادعت الزوجية المجردة، فإنما تقيم هي البينة تفريعًا على سماع هذه الدعوى والبينة مع إنكاره.

فرع: في فتاوى البغوي أنه إذا كان تحته مسلمة وذمية لم يدخل بهما، فقال للمسلمة: ارتددت، وقال للذمية: أسلمت، فأنكرتا، ارتفع نكاحهما لزعمه. وذكر الإمام الرافعي هنا مسائل منثورة من فتاوى القفال والقاضي حسين والبغوي، تتعلق بأبواب النكاح قدَّمتها أنا فوضعتها في مواضعها اللائقة بها، وبالله التوفيق.

□□□

عربی، اردو، اسلامی کتب لاہور ریٹ پر
مکتبہ کاظمیہ سعیدیہ
عقب الفلاح بینک شاہ حسین روڈ گجرات
CELL: 0302-6293760

كتاب الصَّداق[1]

هو اسم المال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء، وله أسماء: الصداق، والصدقة، والمهر، والأجر، والعقر، والعليقة. ويقال: أصدقها، ومهرها. ويقال في لغة قليلة: أمهرها.

قال الأصحاب: ليس المهر ركنًا في النكاح، بخلاف المبيع والثمن في البيع، لأن المقصود الأعظم منه الاستمتاع وتوابعه، وهو قائم بالزوجين، فهما الركن، فيجوز إخلاء النكاح عن تسمية المهر، لكن المستحب تسميته، لأنه أقطع للنزاع،

---

(١) الصداق: لغة: يقال: أصدقت المرأة ومهرتها، مأخوذ من الصدق، لإشعاره بصدق رغبة الزوج في الزوجة.

وهو ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج.

واصطلاحًا: هو العوض الذي في النكاح أو بعده للمرأة بمقابل استباحة الزوج بضعها.

ـ وعرفه بعض الحنفية: بأنه ما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء.

ـ وعرفه المالكية: بأنه ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها.

ـ وعرفه الشافعية: بأنه ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بُضْع قهراً.

ـ وعرفه الحنابلة: بأنه العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراخي الطرفين.

ـ وله عدة أسماء: مهر ـ صداق ـ صدقة ـ نحلة ـ أجر ـ فريضة ـ صباء ـ عُقْر ـ علائق ـ طَوْل ـ نكاح، لقوله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لا يَجِدُونَ نِكَاحًا﴾ [النور:٣٣].

ـ والصداق ثابت بالكتاب والسنة والإجماع.

ـ قال الله تعالى: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾ [النساء:٤].

وقال سبحانه: ﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة﴾ [النساء:٢٤].

ـ عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: «سألت عائشة رضي الله عنها: كم كان صداق رسول الله ﷺ؟ قالت: كان صداقه لأزواجه ثنتي عشرة أوقية ونشًّا. قالت: أتدري ما النش؟ قال: قلت: لا. قالت: نصف أوقية، فتلك خمسمائة درهم، فهذا صداق رسول الله ﷺ لأزواجه» [صحيح مسلم].

ـ وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح لكثرة النصوص فيه.

Marfat.com

ثم ليس للصداق حد مقدَّر، بل كل ما جاز أن يكون ثمنًا أو مثمنًا أو أُجرة، جاز جعله صداقًا. فإن انتهى في القلة إلى حد لا يتمول، فسدت التسمية. ويستحب أن لا ينقص عن عشرة دراهم، للخروج من خلاف أبي حنيفة رضي الله عنه، وأن لا يغالي في الصداق، والمستحب أن لا يزاد على صداق أزواج رسول الله ﷺ وهو خمسمائة درهم[1].

فصل: يشتمل كتاب الصداق على ستة أبواب: الباب الأول: في أحكام الصداق الصحيح وهي ثلاثة.

(الحكم) الأول: في أن الصداق في يد الزوج، كيف يضمن؟ فإذا أصدقها عينا، فهي مضمونة عليه إلى أن يسلمها. وفي كيفية ضمانه قولان.

أظهرهما وهو الجديد: ضمان العقد كالمبيع في يد البائع.

والقديم: ضمان اليد كالمستعار والمستام، ويتفرع على القولين مسائل.

(المسألة) الأولى: إذا باعت الصداق قبل قبضه، إن قلنا: ضمان يد، جاز وإلا، فلا. ولو كان الصداق دينًا فاعتاضت عنه، جاز إن قلنا: ضمان يد، وإلا فقولان كالثمن. أظهرهما: الجواز، كذا ذكره الإمام وغيره. وفي «التتمة»: لو أصدقها تعليم القرآن أو صنعة، لم يجز الاعتياض على قول ضمان العقد كالمسلم فيه.

(المسألة) الثانية: تلف الصداق المعين في يده، فعلى ضمان العقد ينفسخ عقد الصداق، ويقدر عود الملك إليه قبيل التلف، حتى لو كان عبدًا كان عليه مؤنة تجهيزه كالعبد المبيع يتلف قبل القبض ولها عليه مهر المثل. وإن قلنا: ضمان اليد، تلف على ملكها حتى لو كان عبدًا، فعليها تجهيزه. ولا ينفسخ الصداق على هذا القول، بل بدل ما وجب على الزوج تسليمه يقوم مقامه، فيجب لها

---

(١) سبق ذكر الحديث وفيه أن الصداق: اثنتا عشرة أوقية ونصف الأوقية، والأوقية: أربعون درهمًا، فيكون خمسمائة درهم.
وهو ما يساوي بالجرامات: ١٨٣٧,٥ جم فضة حيث إن الدرهم = ١٤٧ جم فضة.

Marfat.com

عليه مثل الصداق إن كان مثليًّا، وقيمته إِن كان متقومًا. ورجح الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجوب البدل، والجمهور رجحوا القول الأول وهو وجوب مهر المثل. فإذا أوجبنا القيمة، فهل يجب أقصى القيمة من يوم الصداق إلى يوم التلف لأن التسليم كان مستحقًّا في كل وقت، أم يوم التلف فقط لأنه لم يكن متعديًا؟ أم يوم الصداق؟ أم الأقل من يوم الصداق إلى يوم التلف؟ فيه أربعة أوجه. أصحهما: الأول. ولو طالبته بالتسليم فامتنع، تعين الوجه الأول على المذهب. وقيل: يجب أقصى القيم من وقت المطالبة إِلى التلف، لأنه يصير متعديًا. ولو طالبها الزوج بالقبض فامتنعت، ففي بقاء الصداق مضمونًا عليه وجهان، نقلهما أبو الفرج السرخسي، الصحيح الضمان، كما أن البائع لا يخرج عن عهدة المبيع بهذا القدر. هذا كله إِذا تلف الصداق بنفسه. أما لو أُتلف، فينظر، إن أتلفته الزوجة، صارت قابضة وبرىء الزوج، وقد ذكرنا في البيع وجهًا أن المشتري إذا أتلف المبيع في يد البائع، لم يصر قابضًا بل يغرم القيمة للبائع، ويسترد الثمن. فعلى قياسه، تغرم له الصداق وتأخذ مهر المثل.

وإن أتلفه أجنبي، فإن قلنا: إتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض كآفة سماوية، فالحكم ما سبق، وإن قلنا: يوجب الخيار للمشتري وهو المذهب، فللمرأة الخيار، إن شاءت فسخت الصداق، وحينئذٍ تأخذ من الزوج مهر المثل إِن قلنا بضمان العقد، ومثل الصداق أو قيمته إن قلنا بضمان اليد، ويأخذ الزوج الغرم من المتلف. وإن أجازت تأخذ من المتلف المثل أو القيمة، ولها أن تطالب الزوج بالغرم، فيرجع هو على المتلف إِن قلنا بضمان اليد. وإن قلنا بضمان العقد، فليس لها مطالبة الزوج، هكذا رتب الإمام والبغوي وغيرهما، فأثبتوا لها الخيار على قولي ضمان العقد واليد، ثم فرعوا عليهما. وكان يجوز أن يقال: إنما يثبت لها الخيار على قول ضمان العقد. فأما على ضمان اليد، فلا خيار، وليس لها إلا طلب المثل أو القيمة، كما إذا أتلف أجنبي المستعار في يد المستعير.

وإن أتلفه الزوج، فعلى الخلاف في أن إتلاف البائع المبيع قبل القبض كالآفة

السماوية، أو كإتلاف الأجنبي؟ والمذهب الأول. وقد بينا حكم الصداق على التقديرين.

المسألة الثالثة: حدث في الصداق نقص في يد الزوج، فهو نقص جزءٍ أو صفة، فنقص الجزء مثل أن أصدقها عبدين، فتلف أحدهما في يده، فينفسخ عقد الصداق فيه، ولا ينفسخ في الباقي على المذهب، لكن لها الخيار. فإن فسخت، رجعت إلى مهر المثل على قول ضمان العقد، وعلى ضمان اليد تأخذ قيمة العبدين. وإن أجازت في الباقي، رجعت للتالف إلى حصة قيمته من مهر المثل على قول ضمان العقد، وإلى قيمة التالف على ضمان اليد. وإن تلف أحد العبدين بإتلاف، نظر، إن أتلفته المرأة، جعلت قابضة لقسطه من الصداق. وإِن أتلفه أجنبي، فلها الخيار. فإن فسخت أخذت الباقي، وقسط قيمة التالف من مهر المثل إن قلنا بضمان العقد، وقيمته إن قلنا بضمان اليد. وإن أجازت، أخذت من الأجنبي الضمان. وإِن أتلفه الزوج، فهو كالتلف بآفة على المذهب. وأما نقص الصفة، فهو العيب، كعمى العبد أو نسيانه الحرفة ونحوهما، وللمرأة الخيار. وفي «الوسيط» أن أبا حفصٍ بن الوكيل قال: لا خيار على قول ضمان العقد، والمذهب الأول. فإن فسخت الصداق، أخذت من الزوج مهر المثل على الأظهر، وبذل الصداق في القول الآخر. وإن أجازت، فعلى الأظهر: لا شيء لها كما لو رضي المشتري بعيب المبيع، وعلى ضمان اليد لها عليه أرش النقص. وإن اطلعت على عيب قديم، فلها الخيار، فإن فسخت رجعت إلى مهر المثل أو إلى قيمة العين سالمة. وإن أجازت وقلنا بضمان اليد، فلها الأرش على المذهب، وفيه تردد للقاضي حسين، لأنها رضيت بالعين. وإن حصل التعييب بجناية، نظر، إن حصل بفعل الزوجة، جعلت قابضة لقدر النقص، وتأخذ الباقي ولا خيار. وإن هلك بعد التعييب في يد الزوج، فلها من مهر المثل حصة قيمة الباقي على الأظهر، وقيمة الباقي على القول الثاني. وإن حصل التعييب بفعل أجنبي، فلها الخيار، فإن فسخت، أخذت مهر المثل على الأظهر وقيمته سليمًا في

Marfat.com

الثاني، ويأخذ الزوج الغرم من الجاني. وإن أجازت، غرمت للجاني. وليس لها مطالبة الزوج إن قلنا بضمان العقد. وإِن قلنا بضمان اليد، فلها مطالبته، فينظر إن لم يكن للجناية أرش مقدر، أو كان أرش النقص أكثر، رجعت على من شاءت منهما، والقرار على الجاني. وإن كان المقدر أقل، طالبت بالمقدر من شاءت منهما، والقرار على الجاني، وأخذت قيمة الأرش من الزوج. وإن حصل التعييب بجناية الزوج، فعلى الخلاف في أن جناية البائع كآفة أو كجناية أجنبي؟ إن قلنا بالأول، وقلنا بضمان اليد، فعليه ضمان ما نقص. فإن كان للجناية أرش مقدر، كقطع اليد، فعليه أكثر الأمرين من نصف القيمة وأرش النقص.

فرعان: الأول: أصدقها داراً فانهدمت في يده ولم يتلف من النقص شيء، فالحاصل نقصان صفة. وإن تلف بعضه أو كله باحتراق أو غيره، فالحاصل هل هو نقصان نصفه كطرف العبد أم نقصان جزءٍ كأحد العبدين؟ وجهان. أصحهما: الثاني. وقد سبقا في البيع.

الثاني: أصدقها نخلاً ثم جعل ثمره في قارورة، وصب عليه صقراً من ذلك النخل وهو بعد في يده، والصقر: هو السائل من الرطب من غير أن يعرض على النار. فإما أن تكون الثمرة صداقًا مع النخل، بأن أصدقها نخلة مطلعة. وإما أن لا تكون.

الحالة الأولى: إذا كانت صداقًا، ينظر إن لم يدخل الثمرة والصقر نقص لا بتقدير النزع من القارورة، ولا بتقدير الترك فيها، فتأخذهما المرأة ولا خيار لها، بل الزوج كفاها مؤنة الجداد. وإن حدث فيهما أو في أحدهما نقص، فهو إما نقص عين، وإما نقص صفة. أما نقص العين، فمثل أن صب عليها مكيلتين من الصقر فشرب الرطب مكيلة، فلا يجبر نقص عين الصقر بزيادة قيمة الرطب، ثم إن جعلنا الصداق مضمونًا ضمان عقد، انفسخ الصداق في قدر ما ذهب من الصقر إن قلنا: جناية كالآفة وهو المذهب، ولا ينفسخ في الباقي، ولها الخيار. إن فسخت، رجعت إلى مهر المثل، وإن أجازت في الباقي أخذت بقدر ما ذهب

Marfat.com

من الصقر من مـهر المثل. وإن قلنا: جناية كجناية الأجنبي، لم ينـفسخ الصداق في شيء، ولها الخيار، إِن فسخت، فلها مهر المثل، وإن أجازت، أخذت النخل والرطب، ومثل ما ذهب من الصقر. وإن قلنا بضمـان اليد، تخيرت أيضًا. فإن فسخت، فلها قيمة النخل مثل الصقر وقيمة الرطب أو مثله على الخلاف المذكور في «كتـاب الغصب» أنه مـثلي أو متقـوّم. وإن أرادت أخذ النخل ورد الثـمرة، فعلى الخلاف في تفـريق الصفقة. وإن أجازت، فلهـا ما بقي ومثل الذاهب من الصقر. وأما نقصان الصفة، فإذا نقصت قيمة الصقر والمكيلتان بحالهما، أو قيمة الرطب، فإن كان النقصان حاصلاً، سواء ترك الرطب في القارورة أو نزع، فلها الخيار. فإن فسـخت، فعلى قول ضمان العقد لها مهـر المثل، وعلى ضمان اليد لها بدل النخل والرطب والصقـر. وإن أجازت، فإن قلنا بضمان العـقد وجعلنا جنايته كالآفة، أخذتها بـلا أرش. وإن جعلناها كجناية الأجنبي، أو قلنا بضمان اليد، فعليه أرش النقصـان وإن كان الرطب يتعيب لو نزع من القارورة. ولو ترك لا يتعيب، فلا يجبر الزوج على التبرع بالقارورة، لكن إن تبرع بها أُجبرت المرأة على القـبول إمضـاءً للعقـد، ويسقط خيـارها. وقيل: لا تجـبر على القـبول، والصحـيح الأول. وهل يملك القارورة حتى لا يتـمكن الزوج من الرجوع؟ وإذا نزعت ما فـيهـا لم يجب رد القارورة، أم لا تملك وإنما الغـرض قطع الخصـومة فيتمكن من الرجوع وإذا رجع يعود خيارها فيجب رد القارورة إذا نزعت ما فيها؟ فيـه وجهان كمـا ذكرنا في البيع في مـسألة النعل والأحجار المدفـونة. وإن كان الرطب لا يتعيب بالنزع، ويتـعيب بالترك، فلها مطالبتـه بالنزع، ولا خيار. ولو تبرع هو بالقارورة، لم تجبر هي على القبول، لأنه لا ضرورة إليه.

الحالة الثـانية: أن لا تكون الثـمار صداقًـا بأن حدثت بعـد الإصداق في يد الزوج. فإن لـم يحدث نقص أو زادت القـيمة، فـالكل لها. وإن حـدث نقص فيهـما أو في أحدهما، فلا خـيار لها، لأن ما حدث فـيه النقص ليس بصداق، ولها الأرش. وحكى ابـن كج وجهًا أن لهـا الخيار وهو غلـط. وإِن كان النقص

Marfat.com

بحيث لا يقف ويزداد إلى الفساد، فهل تأخـذ الحاصل وأرش النقص، أم تتخير بينه وبين أن تطالبه بغـرم الجميع؟ فيـه خلاف سبق في «الغصب»، فـيما إذا بل الحنطة فـعفنت. وفي «العـدة» أنهـا على القول الأول، تأخـذ أرش النقص في الحال، وكلما ازداد النقص، طالبت بالأرش. ولو كـان الرطب يتعيب بالنزع من القارورة، ولا يتعيب بالترك فتبـرع الزوج بالقارورة لم تجبر على القبول، لأنه لا حاجة إليه في إمضاء العقد هنا، هذا كلّه إذا كان الصقر من ثمرة النخلة، أما إذا كان الصقر للزوج والثمرة من الصـداق، فالنظر هناك إلى نقصان الرطب وحده، إن نقص، فلها الخـيار. وإن لم ينقص بالنزع، فلا خـيار، فتـأخذ المرأة الرطب والزوج الصقر، ولا شيء لما تشربه الرطب. وإن كان ينقص بالنزع، فلها الخيار. فإن تبـرع الزوج بالصقر والقـارورة، سقط الخيـار ولزم القبول على الصـحيح، ويجيء فيه ما سبق في التبرع بالقارورة.

فرع: إذا زاد الصداق في يد الزوج، إن كان زيادة متصلة، كالسمن والكبر، وتعلم الصنعة، فهي تابعة للأصل. وإن كانت منفـصلة، كالثمرة والولد وكسب الرقـيق، قال المـتولي: إن قلنا بضـمـان اليـد، فهي للمـرأة، وإلا، فـوجهـان كالوجهين في زوائد المبيع قبل القبض. والصحيح أنها للمشتري في البيع وللمرأة هنا. فإن قـلنا: للمرأة فـهلكت في يده، أو زالت المتصلة بعـد حصـولها، ولا ضمان على الزوج إلا إذا قلنا بضمان اليـد وقلنا: يضمن ضمان المغصوب، وإلا إذا طالبته بالتسليم فامتنع. وفي «التهذيب» وغـيره ما يشعر بتخصيص الوجهين، في أن الزوائد لمن هي بما إذا هلك الأصل في يد الزوج وبقـيت الزوائد أو ردت الأصل بعيب، أما إذا استمر العقد وقبضت الأصل، فالزوائد لها قطعًا.

المسألة الرابعة: المنافع الفائتة في يد الزوج غيـر مضمونة عليه إن قلنا بضمان العقد، وإن طالبته بالتسليم فامتنع. أما إذا قلنا بضمان اليد، فعليه أجرة المثل من وقت الامتناع. وأما المنافع التي استوفاها بركوب أو لبس، أو استخدام ونحوها،

Marfat.com

فلا يضمنهـا على قول ضمان العقد، إن قلنا: جناية البـائع كآفة. وإن قلنا: هي كجناية أجنبي، أو قلنا بضمان اليد، ضمنها بأجرة المثل.

فرع: قال الأصـحاب: القـولان في ضمـان العقـد واليد، مبنيـان على أن الصداق نحلة وعطيـة، أم عوض كالعوض في البـيع؟ وربما ردوا القولين إِلى أن الغالب عليه شبه النحلة أم العوض؟ ودليل النحلة قول الله تعالى: ﴿وآتوا النساء صـدقـاتهن نحلة﴾، ولأن النكاح لا يفـسـد بفسـاده، ولا ينفـسخ برده. ودليل العوض، أن قوله: زوجتك بكذا، كقـوله: بعتك بكذا، أو لأنها تتمكن من الرد بالعيب، ولأنها تحبس نفسها لاستيفائه (و) لأنه تثبت الشفعة فيه، وهذا أصح.

وأجابوا عن الآية بجوابين.

أحدهما: أنه يجوز أن يكون المراد بالنحلة: الدين، يقال: فلان ينتحل كذا، فالمعنى: آتوهن صدقاتهن تدينًا.

والثـاني: يجـوز أن يكون المعنى: عطيـة من عند الله تعـالى لهن. وإنما لا يفـسد النكاح بفـساده، لأنه ليس ركنًـا في النكاح، مع أنه حكي قول قـديم أنه يفسد النكاح بفساد الصداق.

فصل: إذا فسد الصداق بـأن أصدقها حرًّا، فقولان. أظهرهمـا: يجب مهر المثل. والثاني: قيمته بتقديرِ الرق، وينسب هذا إِلى القديم. قال الشيخ أبو حامد والصيدلاني والقاضي حـسين والبغوي وغيرهم: قولان فيمـا إذا قال: أصدقتك هذا العـبد وهو عـالم بحريتـه، أو جاهل. أمـا لو قال: أصـدقتك هذا الحـر، فالعبارة فاسدة، فيجب مهر المثل قطعًا. وحكى المتولي طريقة أُخرى، أنه لا فرق بين اللفظين في جريان القولين. ولو قال: أصدقتك هذا واقتصر عليه، فلا خلل في العبارة، ففيه القولان.

ولو ذكر خمرًا أو خنزيرًا أو ميتة، فقيل: يجب مهر المثل قطعًا. وقيل: على القولـين. فعلى هذا يعـود النظر في عبـارته، إن قال: أصـدقتك هذا الخـمر أو

Marfat.com

الخنزير، فالعبارة فاسدة. وإِن قال: هذا العصير أو النعجة، فهو موضع القولين، وعلى هذا على قول الرجوع إلى بدل الصداق، يقدر الخمر عصيراً ويجب مثله، وقد حكينا في نكاح المشـرك، فيما إِذا جرى قبـضهم في خمر وجهًـا أنها تقدر خلاًّ، ولم يذكروا هناك تقدير العصير، والوجه التسوية بينهما. وحكينا وجهًا أنه تعتبر قيمة الخمر عند من يرى لها قيمة، فلا يبعد مجيئه هنا، بل ينبغي أن يرجح كما سبق في نكاح المشـرك تفريق الصفقة، والخنزير يقدر بقـرة، كذا قاله الإمام والبغوي. وقـد سبق مثله في «كتـاب نكاح المشرك» وقال الغزالـي: يقدر شاة، والميـتة تقـدر مذكـاة، ثم الواجب فيـها وفي الخنزير القـيمـة. هذا الاضطراب للأصحاب يزيد القول الأظهر القوة، وهو وجوب مهر المثل.

الحكم الثـاني: تسليم الصداق. فلو أخـر تسليمـه بعذر أو بغـيره، وطلب تسليم نفسها، فلها الامتناع حتى يسلم جميع الصداق إِن كان عينًا أو دينًا حالاً، وإن كان مؤجـلاً، فليس لها الامتناع، فـإن حل الأجل قبل تسليمهـا فليس لها الامتناع أيضًـا على الأصح، وبه قطع الشـيخ أبو حامد وأصـحابه، والبـغوي، والمتولي، وأكثـر الأصحاب. وقيل: لها، وبه قال القـاضي أبو الطيب، واختاره الحناطي والروياني، لأنها تستحق الآن المطالبة.

ولو كانت المرأة صـغيرة أو مجنونة، فلـوليها حبـسها حتى تقـبض الصداق الحال. فلو رأى المصلحـة في التسليم، فله ذلك. ولو اختلف الزوجـان، فقال: لا أسلم الصداق حتى تسلمي نفـسك، وقالت: لا أسلمها حتى تسلمـه، فثلاثة أقوال. أظهرها: يجبران، بأن يؤمـر بوضع الصداق عند عدل، وتؤمر بالتمكين. فإذا مكنت، سلم العدل الصـداق إليها. والثاني: لا يجبر واحـد منهما، بل إن بادر أحدهـما فسلـم، أُجبر الآخـر. والثالث: يجـبر الزوج أولاً، فـإذا سلم، سلمت. وذهبت طائفـة كبـيرة إلى إنكار هذا القـول الثالث. ومـن أثبتـه قال: موضعه ما إذا كـانت متهيئة للاستمتاع. أمـا إِذا كانت ممنوعة بحبس أو مرض، فلا يلـزم تسليم الصداق. وإن كـانت صغيـرة لا تصلح للجـماع، فهل يـلزمه

التسليم؟ قولان. ولو سلمت مثل هذه الصغيرة إلى زوجها، هل عليه تسليم المهر؟ قولان كالنفقة. أظهرهما: المنع. وقيل بالمنع قطعًا، لأن النفقة للحبس عليه وهو موجود، والمهر للاستمتاع وهو متعذر. وقيل بالإيجاب قطعًا، لأن المهر في مقابلة بضع وهو مملوك في الحال، والنفقة للتمكين وهو مفقود. ويجري الخلاف في مطالبة الولي لو كان الزوج صغيراً، وإن كان الزوج صغيراً وهي كبيرة، فالأظهر أن لها طلب المهر كالنفقة. وإذا قلنا: يبدأ بالزوج أو يجبران، فقالت: سلم المهر لأسلم نفسي، لزمه النفقة من حينئذٍ. وإن قلنا: لا يجبر واحد منهما، فلا نفقة لها حتى تمكن.

فرع: إذا بادرت فمكنت، فلها طلب الصداق على الأقوال كلها، ثم إن لم يجر وطء، فلها العود إلى الامتناع، ويكون الحكم كما قبل التمكين. وإن وطىء، فليس لها بعده الامتناع على الصحيح، كما لو تبرع البائع فسلم المبيع قبل قبض الثمن، فليس له أخذه وحبسه.

ولو وطئها مكرهة، فلها الامتناع بعده على الأصح. ويجري الوجهان، فيما لو سلم الولي صغيرة أو مجنونة قبل قبض صداقها إذا بلغت أو أفاقت بعد الدخول، فلو بلغت أو أفاقت قبله، فلها الامتناع قطعًا. ولو بادر الزوج فسلم الصداق، لزمها التمكين إذا طلبها. وكذا لو كان الصداق مؤجلاً، فإن امتنعت بلا عذر، فله الاسترداد وإن قلنا: يجبر أولاً، لأن الإجبار بشرط التمكين. وإن قلنا: لا يجبر، فليس له الاسترداد على الأصح، لأنه تبرع بالمبادرة كمعجل الدين المؤجل. وقيل: له ذلك لعدم حصول الغرض. وقال القاضي حسين: إن كانت معذورة حين سلم، فزال العذر وامتنعت، استرد، لأنه سلم راجيًا التمكين، فيشبه هذا الخلاف وجهين ذكرا فيما لو سلم مهر صغيرة لا تصلح للجماع عالمًا بحالها أو جاهلاً وقلنا بالأظهر: إنه لا يجب تسليم مهرها، هل له الاسترداد؟

Marfat.com

فرع: إذا استمهلت بعد تسليم الصداق، أمهلت لتتهيأ بالتنظيف والاستحداد، وإزالة الأوساخ على ما يراه القاضي من يوم و يومين، وغاية المهلة ثلاثة. وظاهر كلام الغزالي في «الوسيط»، إثبات خلاف في أن المهلة بقدر ما تتهيأ، أم تقدر بثلاثة أيام؟ والمذهب خلافه. ثم المفهوم من كلام الأكثرين، أنه يجب الإمهال إذا استمهلت في العدة، أنه ليس بواجب. وعن نصه في «الإملاء» قول: إنه لا إمهال أصلاً. والمذهب الأول، ولا تمهل لتهيئة الجهاز، ولا لانتظار السمن ونحوهما، ولا بسبب الحيض والنفاس، بل تسلم لسائر الاستمتاعات كالرتقاء والقرناء. وإن كانت صغيرة لا تحتمل الجماع، أو كان بها مرض أو هزال تتضرر بالوطء معه، أمهلت إلى زوال المانع. ويكره للولي تسليم هذه الصغيرة، ولا يجوز للزوج وطؤها إلى أن تصير محتملة. ولو قال الزوج: سلموا إلي الصغيرة أو المريضة ولا أقربها إلى أن يزول ما بها، قال البغوي: يجاب في المريضة دون الصغيرة، لأن الأقارب أحق بالحضانة وفي «الوسيط» أنه لا يجاب في الصورتين، لأنه ربما وطىء فتتضرران، بخلاف الحائض، فإنها لا تتضرر لو وطىء.

وله أن يمتنع من تسلم الصغيرة، لأنه نكح للاستمتاع لا للحضانة. وفي المريضة وجهان. قال في «الشامل»: الأقيس أنه ليس له الامتناع، كما ليس له أن يخرجها من داره إذا مرضت.

وإذا تسلم المريضة، فعليه النفقة لا كالصغيرة، لأن المرض عارض متوقع الزوال. ولو كانت المرأة نحيفة بالجبلّة، فليس لها الامتناع بهذا العذر، لأنه غير متوقع الزوال كالرتقاء. ثم إن خافت الإفضاء لو وطئت لعبالة الزوج، فليس عليها التمكين من الوطء. قال الأئمة: وليس له الفسخ، بخلاف الرتق، لأنه يمنع الوطء مطلقًا، والنحافة لا تمنع وطء نحيف مثلها، وليس ذلك بعيب أيضًا. ولو وطىء زوجته فأفضاها، فليس له العود إلى وطئها حتى تبرأ البرءُ الذي لو عاد لم يخدشها، هذا نص الشافعي رضي الله عنه. فإن اختلفا في حصول البرء،

Marfat.com

فأنكرته، قال الشافعي رحمه الله: القول قولها. قال المتولي: المراد بالنص إذا ادعت بقاء ألم بعد الاندمال، لأنه لا يعرف إلا منها. أما إذا ادعت بقاء الجرح، وأنكرت أصل الاندمال، فتعرض على أربع نسوة ثقات، ويعمل بقولهن. ومنهم من حمل النص على ما إذا لم يمض من الزمان ما يغلب فيه البرء، فإن مضى راجعنا النسوة. ومنهم من أطلق القول بمراجعتهن عند الاختلاف. وعلى هذا، فالنص على ما إذا لم يكن نسوة ثقات.

فرع: مسائل عن مجرد الحناطي اختلف الزوج وأبو الزوجة فقال أحدهما: هي صغيرة لا تحتمل الجماع، وقال الآخر: تحتمله. فهل القول قول منكر الاحتمال، أم تعرض على أربع نسوة، أو رجلين من المحارم؟ وجهان.

قلت: أصحهما: الثاني. والله أعلم.

ولو قال الزوج: زوجتي حية فسلمها وقال: لا بل ماتت، فالقول قول الزوج. ولو تزوج رجل ببغداد امرأة بالكوفة، وجرى العقد ببغداد، فالاعتبار بموضع العقد، فتسلم نفسها ببغداد، ولا نفقة لها قبل أن يحصل ببغداد. ولو خرج الزوج إلى الموصل وبعث إليها من يحملها من الكوفة إلى الموصل، فنفقتها من بغداد إلى الموصل على الزوج.

الحكم الثالث: التقرير، فالمهر الواجب بالنكاح أو بالفرض، يستقر بطريقين.

أحدهما: الوطء وإن كان حرامًا لوقوعه في الحيض أو الإحرام، لأن وطء الشبهة يوجب المهر ابتداءً، فذا أولى بالتقرير، ويستقر بوطأة واحدة.

الطريق الثاني: موت أحد الزوجين، والموت وإن أطلقوا أنه مقرر، فيستثنى منه إذا قتل السيد أمته المزوجة، فإنه يسقط مهرها على المذهب. ومنهم من ألحق بهذه الصورة غيرها كما ذكرناه في أول الباب الحادي عشر.

فصل: الخلوة لا تقرر المهر، ولا تؤثر فيه على الجديد وهو الأظهر. وعلى هذا، لو اتفقا على الخلوة وادعت الإصابة، لم يترجح جانبها، بل القول قوله

Marfat.com

بيمينه. وفي الـقديم، الخلوة مؤثرة، وفي أثرها قولان. أحدهمـا: أثرها تصديق المرأة إذا ادعت الإصابة، ولا يتـقرر المهر بمجـردها، سواء طال زمنها أم قـصر. وأظهـرهما: أنهـا كالوطء في تقـرير المهر ووجـوب العدة. وعلى هذا، تثبت الرجعة على الأصح. وهل يشترط على القديم في تقرر المهر بالخلوة أن لا يكون مانع شـرعي كحيض وإحـرام وصوم؟ فيه وجـهان. ويشتـرط أن لا يكون مانع حسي، كرتق أو قرن فيها، أو جب أو عنة فيه قطعًا. وإذا قلنا: مجرد الخلوة لا تقرر، ففي الوطء فيما دون الفرج وجهان، كثبوت المصاهرة.

❑❑❑

Marfat.com

الباب الثاني

في الصداق الفاسد

لفساده ستة أسباب.

السبب الأول: أن لا يكون المذكور مالاً، بأن سميا خمرًا، وقد اندرج هذا في الحكم الأول من الباب الأول. ولو أصدقها شيئًا فخرج مغصوبًا، فهل يجب مهر المثل، أم قيمة المغصوب؟ قولان. أظهرهما الأول. ولو أصدقها عبدين، فخرج أحدهما حرًّا أو مغصوبًا، بطل الصداق فيه. وفي آخر، قولا تفريق الصفقة. فإن أبطلنا فيه أيضًا، فهل لها مهر المثل أم قيمتهما؟ فيه القولان وإن صححنا، فلها الخيار. فإن فسخت، فعلى القولين، وإن أجازت، فقولان. أحدهما: تأخذ الباقي ولا شيء لها غيره، وأظهرهما: تأخذ معه حصة المغصوب من مهر المثل إذا وزَّعناه على القيمتين على الأظهر، وعلى الثاني: تأخذ قيمته.

فرع: أصدقها عبدًا أو ثوبًا غير موصوف، فالتسمية فاسدة، ويجب مهر المثل قطعًا. وإن وصف العبد والثوب، وجب المسمى، وحيث جرت تسمية فاسدة، وجب مهر المثل بالغًا ما بلغ.

السبب الثاني: الشرط في النكاح، إن لم يتعلق به غرض، فهو لغو كما سبق في البيع، وإن تعلق به لكن لا يخالف مقتضى النكاح بأن شرط أن ينفق عليها أو يقسم لها، أو يتسرى، أو يتزوج عليها إن شاء، أو يسافر بها، أو لا تخرج إلا بإذنه، فهذا لا يؤثر في النكاح ولا في الصداق.

وإن شرط ما يخالف مقتضاه، فهو ضربان.

أحدهما: ما لا يخل بالمقصود الأصلي من النكاح، فيفسد الشرط، سواء كان لها، بأن شرط أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى، أو لا يطلقها، أو لا يسافر بها، أو أن تخرج متى شاءت، أو يطلق ضرتها.

Marfat.com

أو كان عليهـا، بأن شرط أن لا يقسم لها، أو يجمع بين ضـراتها وبينها في مسكن، أو لا ينفق عليها. ثم فساد الـشرط لا يفسد النكاح على المشهور. وفي وجه أو قول حكاه الحناطي: يبطل النكاح. وأما الصداق، فـيفسد، ويجب مهر المثل سـواء زاد علـى المسـمى أم نقص أم سـاواه، هذا هـو المذهب. وعن ابن خيران: إِن زاد والشرط لها، فالواجب المسـمى، وكذا إن نقص والشرط عليها، ومنهم من جـعل هذا قـولاً مخـرجًا. وحكى الحـناطي وجهًـا: أن الواجب في الشروط الفاسدة أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل. ووجهًا: أن الشرط لا يؤثر في الصداق، كما لا يؤثر في النكاح.

الضرب الثاني: مـا يخل بمقصود النكاح كشرطـه أن يطلقها، أو لا يطأها، وقد سـبق الكلام في الصورتين فـي فصل التحليـل. فإن صحـحنا النكاح، أثر الشرط في الصداق كسائر الشروط الفاسدة.

فرع: نكحها على ألف إن لم يخرجهـا من البلد، وعلى ألفين إن أخرجها، وجب مهر المثل، وذكر الحناطي أنه لو نكحها على أن لا يرثها أو لا ترثه، أو لا يتـوارثا، أو على أن النفقـة على غيـر الزوج، بطل النكاح. وفي قـول: يصح ويبطل الشـرط، وأنه لو زوج أمته عـبد غيـره بشرط أن لا أولاد بين السـيدين، صح النكاح وبطل الشرط، نص عليه في «الإملاء». وفي قول: يبطل النكاح.

فصل: شرط الخيار في النكاح يبطل النكاح. ولو شـرط الخيار في الصداق، فـهل يبطل النكاح، أم يصح ويجب المسـمى، أم يصح النكاح ويفـسد المسـمى ويجب مهـر المثل؟ فيه ثلاثة أقوال. أظـهرها: الثالث. وإذا صحـحنا الصداق، ثبت الخيار على الأصح كـما حكي عن نصه، أنه لو أصدقها عـينًا غائبة، صح ولها خيار الرؤية. فعلى هذا، إِن أجازت فـذاك، وإن فسخت، رجعت إِلى مهر المثل. وإذا أثبتـنا خيار الشـرط، ففي خيـار المجلس وجهـان نقلهمـا الشيخ أبو الفرج.

فصل: نقل المزني في «المخـتصر» أنه لو نكحـها بألف على أن لابنهـا ألفًا،

فسد الصداق، وأنه لو نكحها بألف على أن يعطي أباها ألفًا، كان الصداق جائزًا. وللأصحاب طرق. المذهب منها فساد الصداق في الصورتين، ووجوب مهر المثل فيهما. وعلى هذا، منهم من غلَّط المزني في نقله في الصورة الثانية، ومنهم من تأوله.

والطريق الثاني: فساد الصداق في الأولى دون الثانية عملاً بالنصين.

والثالث: طرد قولين فيهما. ونسب العراقيون الصحة إلى القديم. وقيل: إن شرط الزوج، فسد، وإن شرطت، فلا، حكاه البغوي، وإذا صححنا، فالمهر في الصورتين ألفان.

السبب الثالث: تفريق الصفقة. فإذا أصدقها عبدًا على أن ترد إليه مائة أو ألفان، وصورته أن يقول للولي: زوجني بنتك وملّكني كذا من مالها بولاية أو وكالة بهذا العبد، فيجيبه إليه أو يقول الولي: زوجتك بنتي وملكتك كذا من مالها بهذا العبد، فيقبل الزوج، فهذا جمع بين عقدين مختلفي الحكم في صفقة، فإن بعض العبد صداق وبعضه مبيع. وفي صحة البيع والصداق قولان. أظهرهما: الصحة. ويصح النكاح قطعًا إلا على القول الشاذ السابق أن النكاح يفسد بفساد الصداق. فإذا أبطلنا البيع والصداق، فلها مهر المثل. وإذا صححناهما، وزعنا العبد على مهر مثلها وعلى الثمن. فإذا كان مهر مثلها ألفًا والثمن ألفًا، والعبد يساوي ألفين، فنصفه مبيع ونصفه صداق. فإن طلقها قبل الدخول، رجع إليه نصف الصداق وهو ربع العبد. وإن فسخ النكاح بعيب ونحوه، رجع إليه جميع الصداق وهو نصف العبد. ولو تلف العبد قبل القبض، استردت الألف، ولها بدل الصداق وهو مهر المثل على الأظهر، ونصف قيمة العبد على الثاني.

ولو وجد الزوج بالثمن الذي أخذه عيبًا ورده، استرد المبيع وهو نصف العبد، ويبقى لها النصف الآخر. ولو وجدت العبد معيبًا فردته، استردت الثمن، وترجع في الصداق إلى مهر المثل على الأظهر، ونصف القيمة على

Marfat.com

الثاني. ولو أرادت أن ترد أحد النصفين وحده، جاز على الأصح لتعدد العقد. والثاني: المنع لتضرر التبعيض. ولو قال: زوجتك بنتي أو جاريتي، وبعتك عبدها أو عبدي بكذا، ففي صحة البيع والصداق قولان ذكرناهما في تفريق الصفقة. فإن صححناهما، وزع العوض المذكور على مهر المثل وقيمة العبد، فما خص مهر المثل فهو صداق. وإذا وجد الزوج بالعبد عيبًا، استرد الثمن وليس للمرأة رد الباقي والرجوع إلى مهر المثل، لأن المسمى صحيح. وإن رد العبد بعيب، أو فسخ النكاح قبل الدخول بعيب، رجع إليه جميع العوض المذكور.

وإن خرج العوض المعين مستحقًّا، رد العبد ورجعت للصداق إلى مهر المثل على الأظهر. وعلى الثاني: إلى حصة الصداق منه.

فرع: لبنته مائة درهم، فقال لرجل: زوجتك بنتي وملكتك هذه الدراهم بهاتين المائتين لك، فالبيع والصداق باطلان، نص عليه في «الأم» لأنه ربا، فإنه مسألة مد عجوة. فلو كان من أحد الطرفين دنانير، كان جمعًا بين صداق وصرف، وفيه القولان.

فصل: جمع نسوة في عقد بصداق واحد، وهذا يتصور عند اتحاد الولي، بأن يكون له بنات بنين، أو إِخوة، أو أعمام، أو معتقات. ويتصوّر مع تعدد الولي، بأن وكل أولياء نسوة رجلاً، فالنكاح صحيح. وفي الصداق طريقان. أحدهما: القطع بفساده. وأصحهما: على قولين. أظهرهما: فساده. ويجري الطريقان فيما لو خالع نسوة على عوض واحد، هل يفسد العوض؟ وأما البينونة، فتحصل قطعًا.

ونص الشافعي رضي الله عنه، أنه لو اشترى عبيدًا لملاك صفقة من المالكين، أو وكيلهم، بطل البيع. ولو كانت عبيدًا بعوض واحد، صحت الكتابة. واختلفوا في البَيع والكتابة، الذين قالوا في النكاح والخلع قولان، على أربع طرق. أحدها: طرد القولين فيهما. والثاني: يفسد البيع. وفي الكتابة قولان. والثالث: تصح الكتابة. وفي البيع قولان. والرابع: تصح الكتابة ويفسد البيع وإن أفردت.

Marfat.com

قلت: في البيع طريقان. أصحهمـا: طرد القولين، والثاني: القطع بالفساد، وبه قال الإصطخري. وفي الكتابة، طريقان. أصحهما: قولان. والثاني: القطع بالصحة. وإذا قلنا بصحة الصداق المسمى، وزع المسـمى على نسبة مهور أمثالهن على المذهب. وفي وجه أو قول ضعيف: يوزع المسمى على عدد رؤوسهن. وإذا قلنا بفساد الصداق، فـفيم يجب لهن قولان كما لو أصدقها خـمراً. أظهرهما: يجب لكل واحدة منهن مهر مثلها. والثـاني: يوزع المسمى على مهور أمثالهن، ولكل واحدة ما يقـتضيه التوزيع، ويكون الحاصل لهن على هذا القـول كالمسمى إذا قلنا بصحـته. ولو زوج أمتيـه بعبد على صداق واحـد، صح الصداق، لأن المستـحق واحد كبيع عـبدين بثمن. ولو كـان له أربع بنات، ولآخر أربع بنين، فزوجهن بهم صـفقة بمهر واحد بأن قال: زوجت بنتي فـلانة ابنك فلانًا، وفلانة فلانًا بألف، ففيه طريقان حكاهما المتولي. أحدهما: في صحة الصداق القولان. والثاني: القطع ببطلانه لتعدد المعقود له من الجانبين.

السبب الرابع: أن يتضمن إثبات الصداق رفعه.

نقدِّمُ عليه أن الأب إذا زوج ابنه الصغير أو المجنون، فإما أن يصدق من مال الابن، وإما من مال نفسه. فإن أصدق من مال الابن، فالكلام في أنه هل يصير ضـامنًا للصـداق إذا كـان دينًا؟ وهل يرجع إذا غـرم على مـا سـبق في الطرف السـادس من باب بيان الأولـياء؟ فـإن تطوع وأدّاه من مال نـفسـه ثم بلغ الابن وطلقها قبل الدخول، فـهل يرجع النصف إلى الأب أم إلى الابن؟ فيه طريقان. أحدهما وبه قال الداركي: إنه على الوجهين فيما لو تبرع أجنبي على الزوج بأداء الصداق ثم طلق قبل الدخول، هل يعود النصف إلى الزوج لأن الطلاق منه، أم إلى الأجنبي المتبرع؟ والطريق الثاني وهو المذهب وبه قطع الجمهور: أنه يعود إلى الابن، وفـرقـوا بينه وبين الأجنبي، بأن الأب يـتمكـن من تمليك الابن فـيكون موجبًا قابلاً قابضًا مقبـضًا، فإذا حصل الملك، ثم صار للمرأة عاد إليه بالطلاق، والأجنبي بخلافه. فإن كان الابن بالغًا، وأدى الأب عنه، فكالأجنبي.

Marfat.com

والأصح في صورة الأجنبي، عـود النصف إلى الأجنبي، قاله الإمـام: فإذا قلنا: يعود إلى الابن الذي طلق، فإن كان مـا أخذه بالطلاق بدل ما أخذته، فلا رجـوع للأب، وإِن كان عين المـأخوذ، فـقـيل: لا رجوع قطعًـا. وقـيل: على الوجهين فيمن وهب لابنه عينًا فزال ملكه عنها ثم عاد، والمذهب المنع. فإن كان الابن بالغًا، فقيل: كالصغير. وقيل بالمنع قطعًا، لأنه ليس للأب تمليكه، فالأداء عنه محض إسقاط. أما إذا أصدقها الأب من مال نفسه، فيجوز ويكون تبرعًا منه على الابن. قال البغوي: سواء كان عـينًا أو دينًا. ثم لو بلغ الصبي وطلقها قبل الدخول، عاد الخلاف فيمن يرجع إِليه النصف. فإن قلنا بالمذهب وهو العود إلى الابن، فإن كـان أصدقـها عينًا وبقـيت بحالهـا فرجع النصف إليـه،فهل للأب الرجوع؟ فيه الخلاف المذكـور فيما إذا زال ملك الابن عن الموهوب ثم عاد. وإن أصدقها دينًا، قال البغوي: فلا رجوع فيـما حصل، كما لو اشترى لابنه الصغير شيئًا في الذمة ثم أدّاه من ماله ثم وجد الابن بالمبـيع عيبًا فرده، يسترد الثمن ولا يرجع الأب فيه، بخلاف ما لو خرج المبيع مـستحقًا يعود الثمن إلى الأب، لأنه بان أنه لم يصح الأداء. ولو ارتدت المرأة قبل الدخـول، فالقول فيـمن يعود إِليه كل الصداق وفي رجـوع الأب فيـه إذا عاد إلى الابن، كالقـول في النصف عند الطلاق.

إذا عرفت هذه المقـدمة، فمن مـفسدات الصـداق أن يلزم من إِثباته رفـعه، وذلك إِما أن يكون بتوسط تأثيره في رفع النكاح، وإما بغـير هذا التوسط. مثال القسم الأول، أذن لعبده أن ينكح حرة ويجعل رقبـته صداقًا لها ففعل، لا يصح الصـداق، لأنه لو صح لملكت زوجـها وانفـسخ النكاح، وارتفع الصـداق، ولا يصح أيضًا النكاح لأنه قارنه ما يضاده، وفي صحته احتمال لبعض الأئمة.

قلت: هذا الاحتمـال، ذكره الإمام والغزالي قالا: ولـكن لا صائر إليه من الأصحاب، وقد جزم به صاحب «الشـامل» ذكره في آخر «باب الشغار»، ولكن الذي عليه الجمهور، الجزم ببطلان النكاح. والله أعلم.

Marfat.com

ولو أذن له في نكاح أمة، ويجعل رقبته صداقها، ففعل، صح النكاح والصداق، لأن المهر للسيد لا لها. فلو طلقها قبل الدخول، بني على ما إذا باع السيد عبده بعدما نكح بإذنه ثم طلق العبد المنكوحة بعد أداء المهر وقبل الدخول، إلى من يعود النصف؟ وفيه أوجه. أصحها: إلى المشتري، سواء أدّاه البائع من مال نفسه أو من كسب العبد، قبل البيع أو بعده، لأن الملك في النصف إنما حصل بالطلاق، والطلاق في ملك المشتري، فأشبه سائر الأكساب. والثاني: يعود إلى البائع بكل حال. والثالث: إِن أداه البائع من عنده أو أدى من كسب العبد قبل البيع، عاد إلى البائع، وإِن أدى من كسبه بعد البيع، عاد إلى المشتري، ولو فسخ أحدهما النكاح بعيب، أو ارتدت، أو عتقت وفسخت، جرت الأوجه في أن كل الصداق إلى من يعود؟ ولو أعتق العبد ثم طلق قبل الدخول، أو حدث شيء من الأسباب المذكورة، فحيث نقول بالعود إلى البائع، يعود هنا إلى المعتق، وحيث جعلناه للمشتري، يكون هنا للعتيق. فإن قلنا بالأصح وهو العود إلى المشتري، ففي المسألة التي كنا فيها تبقى رقبة العبد كلها لمالك الأمة. وإن قلنا بالعود إلى البائع، فكذا هنا يعود النصف إلى السيد المصدق في صورة الطلاق، ولو ارتدت أو فسخت بعيب، عاد الكل إليه.

ولو أعتق مالك الأمة العبد ثم طلقها قبل الدخول، أو فسخت أو ارتدت، فعلى المعتق نصف قيمة العبد في صورة الطلاق، وجميعها في الفسخ (و) الردة، ويكون ذلك للزوج العتيق على الأصح، ولسيده الأول على الوجه الآخر. ولو قبل نكاح أمة لعبده الرضيع على قولنا: يجوز إجبار العبد الصغير على النكاح وجعله صداقها، فأرضعت الأمة زوجها وانفسخ النكاح، فالعبد يبقى لمالك الأمة على الأصح. وعلى الوجه الآخر: يعود إلى سيده الأول. ولو ارتضع الصغير بنفسه، فهو كالطلاق قبل الدخول.

ولو باع مالك الأمة العبد ثم طلق العبد قبل الدخول، أو حصلت ردة، أو فسخت، فعلى الوجه المقابل للأصح: يجب عليه لسيد العبد الأول نصف قيمة

العبد في صورة الطلاق، وجميع قيمته في سائر الصور. وأما على الوجه الأصح، فقد أطلق في «التهذيب» أنه لا شيء عليه. وقال الشيخ أبو علي: يرجع مشتري العبد عليه بنصف القيمة أو بجميعها، لأن الصداق على هذا الوجه يكون أبداً لمن له العبد يوم الطلاق أو الفسخ، وهذا هو الصواب، وليتأول ما في «التهذيب» على أنه لا شيء عليه للسيد الأول. ولو باع الأمة ثم طلق، أو فسخت، فعلى الأصح يبقى العبد له ولا شيء عليه، وعلى الآخر يعود نصفه أو كله إلى السيد الأول.

مثال القسم الثاني: كانت أم ابنه الصغير في ملكه، بأن استولد أمة غيره بنكاح، ثم ملكها هي وولدها، فيعتق عليه الولد دونها. فلو قبل لابنه نكاح امرأة وأصدقها أمة، لم يصح الصداق، لأن ما يجعله صداقًا يدخل في ملك الابن أولاً، ثم ينتقل إِلى المرأة، ولو دخلت في ملكه، لعتقت عليه وامتنع انتقالها إلى الزوجة، فيصح النكاح ويفسد الصداق، ويجيء الخلاف في أن الواجب مهر المثل أم قيمتها؟ هذا ما ذكره الأصحاب. وقد ذكرنا خلافًا فيما إذا أصدق الأب من ماله عن الصغير، ثم بلغ وطلق قبل الدخول، لأن النصف يرجع إِلى الأب أو إلى الابن. فمن قال: إلى الأب، فقد ينازع في قولهم: لا يدخل في ملكها حتى يدخل في ملك الابن.

السبب الخامس: تفريط الولي في قدر المهر. فإذا قبل لابنه الصغير أو المجنون نكاحًا بمهر المثل أو دونه، أو بعَين من أمواله بقدر مهر المثل أو دونه، صح. وإن قبله بأكثر من مهر المثل، فالصداق فاسد. وكذا لو زوج بنته المجنونة أو البكر، أو الصغيرة أو الكبيرة بغير إذنها بأقل من مهر المثل، فسد الصداق. وفي النكاح في المسألتين قولان: أظهرهما: صحته كسائر الأسباب المفسدة، ويجب مهر المثل. وفيما إذا أصدقها عينًا وجه أنه تصح التسمية في قدر مهر المثل. والقول الثاني: لا يصح النكاح، لأنه ترك مصلحة المولى عليه، فصار كترك الكفاءة. ولو أصدق عن ابنه أكثر من مهر المثل من مال نفسه، ففيه

Marfat.com

احتمالان للإمام. أحدهما: يفسد المسمى، لأنه يتضمن دخوله في ملك الابن، ثم يكون متبرعًا بالزيادة. والثاني: يصح وتستحق المرأة المسمى، لأنه لا ضرر على الابن، بل إذا لم نصححه أضررنا به، فإنه يلزم مهر المثل في ماله، وبهذا الثاني قطع الغزالي والبغوي، ورجح المتولي والسرخسي في «الأمالي» الاحتمال الأول، ويتأيد بأنه لو لزم الصبي كفارة قتل فأعتق الولي عنه عبدًا لنفسه، لم يجز لأنه يتضمن دخوله في ملكه وإعتاقه عنه، وإعتاق عبد الطفل لا يجوز.

فصل: إذا اتفقوا على مهر في السر وأعلنوا بأكثر من ذلك، فعن الشافعي رضي الله عنه أنه قال في موضع: المهر مهرُ السرّ، وفي موضع: العلانية. وللأصحاب طريقان. أحدهما: إثبات قولين: وفي موضعهما وجهان: أحدهما: موضعهما إذا اتفقوا على ألف، واصطلحوا على أن يعبروا عن الألف في العلانية بألفين. أظهر القولين وجوب ألفين بجريان اللفظ الصريح بهما. والثاني: الواجب ألف عملاً باصطلاحهما. والوجه الثاني: إثبات قولين مهما اتفقوا على ألف وجرى العقد بألفين وإن لم يتعرضوا للتعبير عن ألف بألفين اكتفاءً بقصدهم. قال الإمام: وعلى هذه القاعدة تجري الأحكام المتلقاة من الألفاظ. فلو قال الزوج لزوجته: إذا قلتُ: أنت طالق ثلاثًا، لم أرد به الطلاق، وإنما غرضي أن تقومي وتقعدي، وأُريد بالثلاث واحدة، فالمذهب أنه لا عبرة بذلك. وفي وجه: الاعتبار بما تواضعا عليه.

ثم ما المعنى بما أطلقناه في الوجهين من الاتفاق في السر، أهو مجرد التراضي والتواعد؟ أم المراد ما إذا جرى العقد بألف في السر ثم عقدوا بألفين في العلانية؟ منهم من يشعر كلامه بالأول، ومقتضى كلام البغوي وغيره إثبات القولين وإن جرى العقدان. قال البغوي: وخرَّج بعضهم من هذا، أن المصطلح عليه قبل العقد كالمشروط في العقد، وقد سبق بيان هذا التخريج. والطريق الثاني وهو المذهب: تنزيل النصين على حالين، فحيث قال: المهر مهر السر، أراد إذا عقد في السر بألف، ثم أتوا بلفظ العقد في العلانية بألفين تحملاً وهم

متفقون على بقاء العقد الأول. وحيث قال: المهر مهر العلانية، أراد إذا تواعدوا أن يكون المهر ألفًا، ولم يعقد في السر ثم عقدوا في العلانية، فالمهر مهر العلانية لأنه العقد.

ونقل الحناطي وغيره في المسألة نصًّا ثالثًا، وهو أنه يجب مهر المثل ويفسد المسمى، وحملوه على ما إذا جرى العقد بألفين على أن يكتفى بألف، أو على أن لا يلزمه إلا أداء ألف. والمعتبر في المسألة توافق الولي والزوج، وقد يحتاج إلى مساعدة المرأة.

السبب السادس: مخالفة الآمر لا يشترط في إذن المرأة حيث يعتبر إذنها تقدير المهر، ولا ذكره. لكن لو قدرت فقالت: زوجني بألف مثلاً، فزوجها الولي أو وكيله بخمسمائة، لم يصح النكاح، وألحق البغوي بهذه الصورة ما إذا زوجها الولي بلا مهر أو مطلقًا. وقيل: في صحة النكاح في صورة الولي قولان. ولو قالت لوكيل الولي: زوجني ولم تتعرض للمهر، فزوجها بدون مهر المثل، فسد النكاح على المذهب. وقيل: قولان. أحدهما: يفسد. والثاني: يصح بمهر المثل. وذكر البغوي هذين الطريقين فيما لو وكل الولي بالتزويج مطلقًا، فزوج الوكيل ونقص عن مهر المثل. وإذا قلنا: لا يصح نكاح الوكيل إذا نقص عن مهر المثل فلو أطلق التزويج ولم يتعرض للمهر، ففيه احتمالان للإمام. أحدهما: لا يصح النكاح أيضًا، لأن الإطلاق يقتضي ذكر المهر عرفًا. وأصحهما: يصح مهر المثل لأن فعله مطابق للإذن. ولو أذنت للولي في التزويج مطلقًا، فزوج بدون مهر المثل أو بلا مهر، فهل يبطل النكاح أم يصح بمهر المثل؟ فيه القولان السابقان في السبب الخامس. أظهرهما: الصحة. وقيل: يفسد قطعًا كالوكيل. ولو قالت للولي أو للوكيل: زوجني بما شاء الخاطب، فقال المأذون له للخاطب: زوجتكها بما شئت، فإن لم يعرف ما شاء الخاطب، فقد زوجها بمجهول، فيصح النكاح بمهر المثل. وإن عرف، فوجهان. أصحهما: صحة

Marfat.com

المسمى لـعلمها به. والثـاني: يصح النكاح بمهـر المثل، وبه قال القـاضي حسين لإبهام اللفظ.

قلت: هذا المذكور في هذا السبـب، هو طريقة الخراسانيين. وأما العـراقيون فقطعوا بصحة النكاح في كل هذه المسـائل. قال صاحب «البيان»: إذا أذنت في التزويج، فزوجها وليها بلا مـهر، أو بدون مهر المثل، أو بدون ما أذنت فيه، أو بغير جنـسه، أو زوج الأب البكر الصغيـرة أو الكبيرة بلا مهر أو بـأقل من مهر مثلها، أو وكل بعـلاً فزوجها بلا مهر، أو بأقـل من مهر مثلها، فقـال أصحابنا البغداديون: يصح الـنكاح في كل الصور بمهر المثل. وحكى الخراسـانيون قولين في صحة النكاح في جميع ذلك. والله أعلم.

فرع: قال الولي للوكيل: زوجـها من شاءت بكم شاءت، فزوجـها برضاها بغير كفءٍ بدون مـهر المثل، صح. ولو قال: زوجهـا بألف فزوجها بخمـسمائة برضاها، قال المتولي: الصحيح صحـة النكاح، لأن المهر حقها. وقيل: لا يصح لأنه باشر غير ما وكل فيه.

فرع: جاء رجل وقال: أنا وكـيلُ فلان في قبول نكاح فلانة بكذا، فـصدقه الولي والمرأة، وجـرى النكاح، وضـمـن الوكـيل الصـداق، ثم إِن فـلانًا أنكره وصدقناه باليـمين، فهل يطالب الوكيل بشيء مـن الصداق؟ وجهان. أحـدهما: لا، لأن مطالبة الأصل سقطت والضامن فرعه. وأصحهما وهو محكي عن نصه في «الإملاء»: أنه يطالب بنصف الصداق، لأن المال ثابت عليهما بزعمه، فصار كما لو قال: لزيد على عمرو ألف وأنا ضامنة، فأنكر عمرو، يجوز لزيد مطالبة الضامن.

فرع: في «فتاوى البغوي» أنه إذا قال الولي للوكيل: لا تزوجها إلا بشرط أن ترهن بالصـداق فلانًا، أو يـتكفله فلان، صح وعلـى الوكيل الاشـتراط. فـإن أهمله، لم يصح النكاح. ولو قـال: زوجها بكذا وخذ به كـفيلاً، فزوجـها بلا شرط، صح النكاح لأنه أمره بأمرين امتثل أحدهما. وإن قال: لا تزوجها إذا لم

يتكفل فلان، ينبغي أن لا يصح التوكيل، لأن الكفالة تتأخر عن النكاح، وقد منع العقد إلا بها، وأنه إذا قال للوكيل: زوجها بألف وجارية ولم يصف الجارية، فزوجها الوكيل بألف، لم يصح. ولو قال: زوجها بخمر أو خنزير أو مجهول، فزوجها بألف درهم، فإن كان ذلك نقد البلد وقدر مهر المثل، أو أكثر، صح النكاح والمسمى، وإلا، فلا.

Marfat.com

الباب الثالث

في التفويض وحكم المفوضة

التفويض: أن تجعل الأمر إلى غيره. ويقال: إنه الإهمال. ومنه قوله:

لا يصلح الناس فوضى[1]... وسميت المرأة مفوِّضة لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الولي بلا مهر، أو لأنها أمهلت المهر. ومفوَّضة، بفتح الواو، لأن الولي فوض أمرها إلى الزوج. وفي الباب طرفان.

أحدهما: في صورة التفويض.

والثاني: في حكمه.

أما الأول: فالتفويض ضربان. تفويض مهر، وتفويض بضع.

فتفويض المهر أن تقول لوليها: زوجني على أن المهر ما شئتَ أو ما شئتُ أنا، أو ما شاء الخاطب، أو فلان، فإن زوجها على ما ذكرت من الإبهام، فحكمه ما سبق في آخر الباب السابق. وإن زوجها بما عين المذكور مشيئته، صح المسمى وإن كان دون مهر المثل. وإن زوجها بلا مهر، فهل يبطل النكاح، أم يصح بمهر المثل؟ فيه الخلاف السابق في آخر الباب السابق فيما إذا أطلقت الإذن وزوج الولي بدون مهر المثل، وليس النكاح في هذه الصور خاليًا عن المهر، وليس هذا التفويض بالتفويض الذي عقدنا له الباب.

وأما تفويض البضع، فالمراد به: إخلاء النكاح عن المهر، وإنما يعتبر إذا صدر من مستحق المهر بأن تقول البالغة الرشيدة، ثيبًا كانت أو بكرًا: زوجني بلا مهر أو على أن لا مهر، فيزوجها الولي وينفي المهر، أو يسكت عنه. ولو قالت:

---

(١) وهو جزء من بيت شعر ونصه:

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم
ولا سراة إذا جهالهم سادوا

Marfat.com

زوجني وسكتت عن المهر، فالذي ذكره الإمام وغيره، أن هذا ليس بتفويض، لأن النكاح يعقد غالبًا بمهر، فيحمل الإذن على العادة، فكأنها قالت: زوجني بمهر، ويوافق هذا ما سبق. وفي بعض كتب العراقيين ما يقتضي كونه تفويضًا. ومن التفويض الصحيح أن يقول سيد الأمة: زوجتها بلا مهر، أو زوجها ساكتًا عن المهر.

ولو أذنت الحرة لوليها في التزويج، على أن لا مهر لها في الحال ولا عند الدخول ولا غيره، وزوجها الولي كذلك، فوجهان. أحدهما: بطلان النكاح. وأصحهما: صحته. وعلى هذا، هل هو تفويض فاسد فيجب مهر المثل، أم يلغى النفي في المستقبل ويكون تفويضًا صحيحًا؟ وجهان، وبالأول قال أبو إسحاق، لأنه شرط فاسد، والشرط الفاسد في النكاح يوجب مهر المثل. ولو زوجها الولي ونفى المهر من غير أن ترضى هي بمهر المثل، فهو كما لو نقص عن مهر المثل. فإن كان مجبراً، فهل يبطل النكاح، أم يصح بمهر المثل؟ قولان. وإن كان غير مجبر، فهل يبطل قطعًا أم على القولين؟ فيه طريقان، وقد سبق جميع هذا.

فرع: لا يصح تفويض المحجور عليها لسفه، ولا الصبية المميزة. وإذا قالت السفيهة: زوجني بلا مهر، استفاد به الولي الإذن في النكاح ولغا التفويض.

فرع: نكحها على أن لا مهر لها ولا نفقة، أو على أن لا مهر لها وتعطي زوجها ألفًا، فهذا أبلغ في التفويض. ولو قالت للولي: زوجني بلا مهر، فزوجها بمهر المثل من نقد البلد، صح المسمى. وإن زوجها بدون مهر المثل أو بغير نقد البلد، لم يلزم المسمى، وكان كما لو نكحها تفويضًا.

الطرف الثاني: في حكم التفويض، وفيه مسائل.

إحداها: هل تستحق المفوضة مهر المثل بنفس العقد، أم لا يجب بنفس العقد؟ فيه قولان. أظهرهما: الثاني. فعلى هذا، إذا وطئها، وجب مهر المثل على الصحيح. وعن القاضي حسين تخريج وجه: أنه لا يجب، خرجه من وطء

Marfat.com

المرتهن المرهونة بإذن الراهن، ظانًّا الإباحة، والجامع حصول الإذن من مالك البضع، وموضع هذا الوجه على ما ذكره أكثر من نقله ما إذا جددت إذنًا في الوطء وصرحت بنفي المهر. قال الإمام: والقياس أن لا يشترط تجديد الإذن، قال: وقد رأيت في بعض المجموعات ما يدل عليه، وإذا قلنا بالصحيح وأوجبنا مهر المثل، فهل تعتبر حالة الوطء، أم يجب أكثر مهر من يوم العقد إلى الوطء؟ فيه وجهان، أو قولان. أظهرهما: الثاني.

الثانية: مات أحد الزوجين قبل الفرض والمسيس، فهل يجب مهر المثل أم لا يجب شيء؟ فيه خلاف مبني على حديث بروَْع بنت واشق، أنها نكحت بلا مهر، فمات زوجها قبل أن يفرض لها، فقضى لها رسول الله ﷺ بمهر نسائها والميراث[1]، فقيل: إن ثبت الحديث، وجب المهر، وإلا فقولان. وقيل: إن لم يثبت، فلا مهر، وإلا فقولان. وقيل: إن ثبت، وجب، وإلا، فلا، وهو ظاهر لفظ «المختصر». وقيل: قولان وهو الأصح، وبه قال العراقيون والحليمي، واختلفوا في الأظهر منهما، فرجع صاحب «التقريب» والمتولي، الوجوب. ورجح العراقيون والإمام والبغوي والرّوياني، أنه لا يجب.

قلت: الراجح ترجيح الوجوب، والحديث صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم. قال الترمذي: حديث حسن صحيح، ولا اعتبار بما قيل في إسناده، وقياسًا على الدخول، فإن الموت مقرر كالدخول، ولا وجه للقول الآخر مع صحة الحديث. والله أعلم.

فإن أوجبنا، فيجب مهر المثل باعتبار يوم العقد، أم يوم الموت، أم أكثرهما؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها الحناطي.

الثالثة: طلقها قبل الدخول، إن كان فرض لها، تشطر المفروض كالمسمى في العقد، وإن لم يكن فرض لها، فلا يشطر على المذهب، وبه قطع الأصحاب.

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود (٢١١٤) والترمذي (١١٤٥)، والنسائي (٦/ ١٢١)، وابن ماجه (١٨٩١) وغيرهم.

Marfat.com

وعن الشيخ أبي محمد والمتولي، خلاف مبني على أن المهر يجب بالعقد أم لا؟ قال الإمام: لايعتدّ بهذا، ولا يلتحق بالوجوه الضعيفة.

الرابعة: إذا قلنا: لا يجب المهر للمفوضة بالعقد، فلها مطالبة الزوج بفرض مهر قبل المسيس. وإن أوجبناه بالعقد، فمن قال: يشطر بالطلاق قبل المسيس، قال: ليس لها طلب الفرض، لكن لها طلب المهر نفسه، كما لو وطئها ووجب مهر المثل، تطالب به لا بالفرض. ومن قال: لا يتشطر. قال: لها طلب الفرض ليتقرر الشطر فلا يسقط بالطلاق، وهذا هو المذهب. ولها حبس نفسها للفرض، وهل لها حبس نفسها لتسليم المفروض؟ قال البغوي والروياني: نعم كالمسمى: وحكى الإمام عن الأصحاب المنع، وبه قطع الغزالي لأنها سامحت بالمهر، فكيف تضايق في تقديمه.

فرع: الفرض يوجد من الزوج، أو القاضي، أو أجنبي.

الضرب الأول: إذا فرض الزوج، نظر، إن لم ترض به المرأة، فكأنه لم يفرض وفيما علق عن الإمام، أنه لا يشترط القبول منها، بل يكفي طلبها وإسعافه، وليكن هذا فيما إذا طلبت عينًا أو مقدرًا فأجابها، أما إذا أطلقت الطلب، فلا يلزم أن تكون راضية بما يعينه أو يقدره. أما إذا تراضيا على مهر، فينظر، إن جهلا قدر مهر المثل، أو جهله أحدهما، ففي صحة الفرض قولان. أظهرهما عند الجمهور: صحته وهو نصه في «الإملاء» والقديم. وإن كانا عالمين به، صح ما فرضاه. ويجوز إثبات الأجل في المفروض على الأصح، ويجوز أن يكون زائدًا على مهر المثل إن كان من غير جنسه، وكذا إن كان منه على المذهب.

الضرب الثاني: فرض القاضي، وذلك إذا امتنع الزوج من الفرض، أو تنازعا في قدر المفروض، فيفرضه، ولا يفرض إلا من نقد البلد حالا. ولو رضيت بالأجل، لم يؤجل، بل تؤخر هي إن شاءت، ولا يزيد على مهر المثل ولا ينقص، كما في قيم المتلفات. ولكن الزيادة والنقص اليسير الذي يقع في

Marfat.com

محل الاجتهاد، لا اعتبار به، ويشترط علمه بقدر مهر المثل. قال الشيخ أبو الفرج: وإذا فرض، لم يتوقف لزومه على رضاهما، لأنه حكم منه، وحكم القاضي لا يفتقر لزومه الى رضى الخصمين.

الضرب الثالث: فرض الأجنبي. فإذا فرض أجنبي للمفوضة مهراً يعطيه من مال نفسه برضاها، لم يصح على الأصح. فإن صححنا، طالبت الأجنبي بالمفروض، وسقطت المطالبة عن الزوج. وعلى هذا، لو طلقت قبل الدخول، فنصف المفروض يعود إلى الزوج أم الى الأجنبي؟ فيه الوجهان السابقان فيما إذا تبرع أجنبي بأداء المسمى ثم طلقت قبل المسيس ذكرناهما فيما لو أصدق عن ابنه.

فرع: أبرأت المفوضة عن المهر قبل الفرض والمسيس، فإن قلنا: يجب المهر بالعقد، صح الإبراء إن كانت تعلم مهر المثل، فإن جهلته، ففي صحة الإبراء عن المجهول قولان سبقا في «الضمان». أظهرهما: المنع. فإن منعنا، فذلك فيما زاد على المتيقن. وفيما استيقنته وجهان من تفريق الصفقة.

وإن قلنا: لا يجب المهر بالعقد، فهو إبراء عما لم يجب، وجرى سبب وجوبه. وفي صحته قولان كالقولين في ضمانه. أظهرهما: فساده، فحصل أن المذهب فساد إبرائها.

ولو أسقطت حق الفرض، لم يسقط كإسقاط زوجة المولي، ولو أبرأت عن المتعة قبل الطلاق، فهو إبراء عما لم يجب. وإن أبرأت بعدُ، فإبراء عن مجهول.

ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير، فأبرأته عن المسمى، فهو لغو، لأن الواجب غيره. وإن أبرأته عن مهر المثل وهي عالمة به، صح.

فرع: لزوجته عليه مهر تيقن أنه لا ينقص عن ألف، واحتمل أن يزيد عليه إلى ألفين، ورغبا في البراءة، فينبغي أن تبرئه عن ألفين، ذكره البغوي. ولو

Marfat.com

قبضت ألفًا، وأبرأته من ألف إلى ألفين، فإن بان أن مهرها ألف أو فوق الألف إلى ألفين، فالبراءة حاصلة، وإن بان فوق الألفين، فعليه الزيادة، وحصلت البراءة من ألفين، والقول بحصول البراءة إذا بان فوق ألف إلى ألفين، تفريع على أنه إذا قال: ضمنت من واحد إلى عشرة، أو أبرأت، صح الضمان والإبراء، وهو الأصح. ولو دفع الزوج إليها ألفين، وحلل لها ما بين ألف وألفين، حل لها ذلك إن بان فوق ألف إلى ألفين. وإن بان دون ألف، فعليها رد قدر التفاوت بين مهرها وبين الألف، لأنه لم يدخل في التحليل، ويحصل الفرض من جهة الزوجة بلفظ التحليل والإبراء، أو الإسقاط والعفو. وأما من جهة الزوج، فيشترط لفظ صالح لتمليك الأعيان. فإن تصرفت في المدفوع وصار دينًا، جرت فيه الألفاظ.

فرع: قال لمن عليه ألف درهم: أبرأتك عن ألف درهم، ثم قال: لم أعلم وقت الإبراء أنه كان لي عليه شيء، لا يقبل قوله في الظاهر. وفي الباطن وجهان. قال الإصطخري: لا يقبل أيضًا لأنه ورد على محل حقه. وقال غيره: يقبل، والخلاف مأخوذ مما إذا باع مال أبيه ظانًّا حياته فبان ميتًا.

فصل: ذكرنا أن المفروض فرضًا صحيحًا، كالمسمى في العقد، حتى يتشطر بالطلاق قبل الدخول. فلو فرض فاسدًا كخمر، لغا، ولم يؤثر في تشطر مهر المثل، بخلاف التسمية الفاسدة في العقد، فإنها تشطره.

فرع: نكح ذمي ذميةً على أن لا مهر، وترافعا إلينا، حكمنا بحكمنا في المسلمين.

فصل: في بيان مهر المثل: ويحتاج إليه في مواضع. منها: المفوضة، وفي التفويض الفاسد، وفي التسمية الفاسدة، وفيما إذا نكح نسوة بمهر واحد وقلنا: يوزع على مهور أمثالهن، وفي وطء الشبهة والإكراه على الزنا، وفيه مسائل.

إحداها: مهر المثل هو القدر الذي يرغب به في أمثالها، والركن الأعظم في الباب النسب، وينظر إلى نساء عصباتها، وهن المنتسبات إلى من تنسب هذه إليه

Marfat.com

كـالأخت وبنت الأخت، والعـمـة وبنت العم، ولا ينظر إلى ذوات الأرحـام، ويراعى في نساء العـصبة قرب الدرجة، وأقـربهن الأخوات من الأبوين، ثم من الأب، ثم بنات الإخوة من الأبوين، ثم من الأب، ثم العمات كذلك، ثم بنات الأعمـام. فإن تعـذر اعتـبار نسـاء العصـبة، اعـتبـر بذوات الأرحام كـالجدات والخالات، وتقدم القـربى فالقربى من الجهـات، وكذا تقدم القربى فـالقربى من الجهة الواحدة كـالجدات. ولا يتعذر اعتبـار نساء العصبة بموتهن، بل يعـتبر بعد موتهن، وإنما يتعذر بفقدهن من الأصـل، وقد يكون للجهل بمقدار مهورهن، أو لأنهن لم ينكحن. فإن تعـذرت ذوات الأرحام، اعتبرت بمثلهـا من الأجنبيات، وكذا إن لم يكن نسبها معلومًا، وتعتبر العـربية بعربية مثلها، والأمة بأمة مثلها، وينظر إلى شرف سيدها وخـسَّته، ومهر المعتـقة بمعتقة مثلها. وفي وجـه: تعتبر المعتقة بنساء الموالي.

الثانية: يعـتبر مع ما ذكرناه البلد. فـإذا كان نساء عصبـاتها ببلدتين هي في إحداهما، اعتـبر بعصبات بلدها. فإن كن كلهن ببلدة أُخرى، فـالاعتبار بهن لا بأجنبيـات بلدها، وتعتـبر المشاركـة في الصفات المـرغبة، كـالعفة، والجـمال، والسن، والعقل، واليسار، والبكارة، والعلم، والفـصاحة، والصراحة، وهي أن تكون شريفة الأبوين، وسائر الصفات التي تختلف بها الأغراض. وفي وجه: لا اعتبار باليسار وهو بعيد، ومتى اختـصت بصفة مرغبة، زيد في مهرها. وإن كان فيها نقص ليس في النسوة المعتبرات مثله، نقص من المهر بقدر ما يليق به.

الثالثة: المعتبر غالب عادة النسـاء المعتبرات. فلو سامحت واحدة منهن، لم يلزم الباقيات المسامحة، إلا أن يكون لنقص دخل النسب وفترت الرغبات.

الرابعة: مهـر المثل يجب حالاً من نقد البلد، كقيمـة المتلفات. وإن رضيت بالتأجـيل، لا يوجبه الحـاكم مؤجلاً، لكن لـها أن تسامح بالإنظار. فـإن كانت النسوة المعتبرات ينكحن بمؤجل أو بصـداق بعضه مؤجل، لم يؤجل الحاكم أيضًا لكن ينقص ما يليق بالأجل. وإن جرت عادتهن بمسامـحة العشيرة دون غيرهم،

خفـفنا مهر هـذه في حق العشيـرة دون غيرها. وكـذا لو كن يخفـفن، إذا كان الزوج شريفًا، خـفف في حق الشريف دون غيره. وعن الشيخ أبي مـحمد: أنه لا يلزم التخفيف فـي حق العشيرة والشريف. وقيل: مهـر المثل الواجب بالعقد يجوز أن يختلف دون الواجب بالإتلاف، والصحيح الأول.

فرع: تقادم العهد لا يسقط مهر المثل عندنا.

فرع: الوطء في النكاح الفاسد، يوجب مهـر المثل باعتبار يوم الوطء كالوطء بالشبهة، ولا يعتبر يوم العقد، إذ لا حرمة للعقد الفاسد.

فرع: إذا وطىء مراراً بشبهة واحـدة، أو في نكاح فاسد، لم يجب إلا مهر واحد. ولو وطىء بشبهة، فزالت تلك الشـبهة، ثم وطىء بشبهة أخرى، وجب مـهران. ولـو أكرهـا على الزنا، وجب بكـل وطأة مهـر، لأن الوجـوب هنا بالإتلاف، وقد تعدد. ولو وطىء الأب جارية الابن مراراً من غير إحبال، فقيل: يجب بكل وطءٍ مهر. والأصح أنه لا يجب إلا مهر واحـد، لأن شبهة الإعفاف تعم الوطآت، وخـصص البغوي الوجـهين بما إذا اتحد المجلس، وجـزم بالتكرار عند اختلاف المجلس. ووطء الشـريك المشتركة، والسيد المكاتبـة مراراً، كوطآت جارية الابن. وإذا وجب مهر واحد بوطآتٍ، اعتبر أكمل الأحوال.

❑❑❑

Marfat.com

الباب الرابع

في تشطر الصداق

بالطلاق قبل الدخول يشطر الصداق بين الزوجين، وفي الباب أطراف.

الطرف الأول: في موضع التشطر وكيفيته.

أما موضعه، فيتشطر الصداق قبل الدخول بالطلاق والخلع. وفيما إذا طلقت نفسها بتفويضه إليها، أو علّق طلاقها بدخول الدار فدخلت، أو طلقها بعد مدة الإيلاء بطلبها، وبكل فرقة تحصل لا بسبب من المرأة، بأن أسلم أو ارتد أو أرضعت أم الزوجة الزوج وهو صغير، أو أم الزوج أو ابنة الزوجة الصغيرة، أو وطئها أبوه أو ابنه بشبهة وهي تظنه زوجها، أو قذفها ولاعن. فأما إذا كان الفراق منها أو بسبب فيها، بأن أسلمت أو ارتدت، أو فسخت النكاح بعتق أو عيب، أو أرضعت زوجة أخرى له صغيرة، أو فسخ النكاح بعيبها، فيسقط جميع المهر، وشراؤها زوجها يسقط الجميع على الأصح، وشراؤه زوجته يشطر على الأصح.

فرع: إذا طلق المفوضة قبل الفرض والدخول، فالقول في التشطر سبق. وأما غير المفوضة، فكل صداق واجب ورد عليه الطلاق قبل الدخول شطره، سواء فيه المسمى الصحيح في العقد، والمفروض بعده، ومهر المثل إذا جرت تسمية فاسدة في العقد.

فصل: وأما كيفية التشطر، ففيها أوجه. الصحيح أنه يعود إليه نصف الصداق بنفس الفراق. والثاني: أن الفراق يثبت له خيار الرجوع في النصف، فإن شاء يملكه وإلا فيتركه كالشفعة. والثالث: لا يرجع إليه إلا بقضاء القاضي. وحكى العبادي، أن أبا الفضل القاشاني الزاهد، حكى الثالث قولاً قديمًا. وأنكر جمهور الأصحاب كونه قولاً أو وجهًا، فإذا قلنا: يثبت الملك بالاختيار، فطلقها

Marfat.com

على أن يسلم لها كل الصداق، وهذا إعراض منه ورضى بسقوط حقه، فيسلم لها جميعه. وعلى الصحيح يلغو قوله، ويتشطر المهر كما لو أعتق ونفى الولاء. ولو طلق ثم قال: أسقطت خياري، وقلنا: الطلاق يثبت الخيار، فقد أشار الغزالي إلى احتمالين. أحدهما: يسقط كخيار البيع. وأرجحهما: لا، كما لو أسقط الواهب خيار الرجوع، ولم يجر هذا التردد فيما لو طلق على أن يسلم لها كل الصداق. ويجوز أن يسوي بين الصورتين.

ولو حدثت زيادة في الصداق بعد الطلاق، فعلى الوجه الأول: الصحيح نصفها للزوج، وعلى الثاني: إن حدثت قبل اختيار التملك، فالجميع للزوجة كالحادث قبل الطلاق، هذا إذا كانت الزيادة منفصلة، فإن كانت متصلة وقلنا بالأول، فالنصف بزيادته للزوج. وإن قلنا بالثاني، فوجهان. أصحهما: كذلك. والثاني: يمنع الرجوع إلا برضاها. وإن حدث نقص، فإن قلنا: يملك بالاختيار، فإن شاء أخذه ناقصًا بلا أرش، وإن شاء تركه وأخذ نصف قيمته صحيحًا. وإن قلنا: يملك بنفس الطلاق، فإن وجد منها تعدٍّ، بأن طالبها برد النصف، فامتنعت، فاه النصف مع أرش النقص وإن تلف الكل والحالة هذه، فعليها الضمان. وإن لم يوجد تعدٍّ، فوجهان. أحدهما وهو ظاهر النص وبه قال العراقيون والروياني: إنها تغرم أرش النقص. وإن تلف، غرمت البدل لأنه مقبوض عن معاوضة كالمبيع في يد المشتري بعد الإقالة. وفي «الأم» نص يشعر بأنه لا ضمان، وبه قال المراوزة، لأنه في يدها بلا تعدّ، فأشبه الوديعة. فعلى الأول، لو قال الزوج: حدث النقص بعد الطلاق فعليك الضمان، وقالت: قبله ولا ضمان، فأيهما المصدق؟ وجهان. أصحهما: المرأة، وبه قطع الشيخ أبو حامد وابن الصباغ. ولو رجع كل الصداق إليه بردتها، أو فسخ وتلف في يدها، فمضمون عليها كالمبيع ينفسخ بإقالة أو ردّ بعيب. قال الإمام: وحكم النصف عند ردته كالطلاق.

فرع: إذا قلنا: يملك بالاختيار، فهل تملك الزوجة التصرف بعد الطلاق قبل

Marfat.com

الاختيار؟ وجهان حكاهما الإمام. قال: القياس أنها تملك كما قبل الطلاق، وكما يملك المتهب قبل رجوع الواهب.

فرع: إذا كان الصداق دينًا، سقط نصفه بمجرد الطلاق على الصحيح، وعند الاختيار: على الثاني، ولو أدى الدين والمؤدى باقٍ، فهل لها أن تدفع قدر النصف من موضع آخر لأن العقد لم يتعلق بعينه؟ أم يتعين حقه فيه لتعينه بالدفع؟ وجهان. أصحهما الثاني.

الطرف الثاني في تغير الصداق قبل الطلاق. إِذا أصدقها عينًا، ثم طلقها قبل الدخول، فإن كانت تالفة، رجع بنصف مثلها إن كانت مثلية، أو نصف قيمتها إن كانت متقومة. وإن كانت باقية، فإن لم يحدث فيها تغير، رجع في نصفها كما سبق. وإِن حدث تغيّر وهو مقصود الفصل، فهو نقص أو زيادة أو كلاهما، فهي ثلاثة أقسام. الأول: نقص محض وهو نوعان، نقص صفة ونقص جزء.

النوع الأول: نقص الصفة كالعمى والعور، ونسيان الصنعة، وهو ضربان. حادث في يدها، وحادث في يده.

الضرب الأول: أن يحدث في يدها، فالزوج بالخيار، إن شاء رجع إلى نصف قيمة الصداق سليمًا، وإن شاء قنع بنصف الناقص بلا أرش. هذا قول الأصحاب. قال الإمام: ويحتمل أن يقال: يجب الأرش، وجعل الغزالي هذا الاحتمال وجهان.

الضرب الثاني: أن يحدث في يده قبل قبضها وأجازت، فله عند الطلاق نصفها ناقصًا، ولا خيار له ولا أرش، لأنه نقص وهو من ضمانه، لكن لو حدث النقص بجناية وأخذت الأرش، فهل له نصف الأرش، لأنه بدل الفائت أم لا شيء له من الأرش كزيادة منفصلة؟ فيه وجهان. أصحهما: الأول.

النوع الثاني: نقص جزء، بأن أصدقها عبدين وقبضهما، فتلف أحدهما في يدها ثم طلقها، فثلاثة أقوال. أظهرها: يرجع إلى نصف الباقي ونصف قيمة

Marfat.com

التالف. والثاني: أنه يأخذ الباقي بحقه إن استوت قيمتهما. والثالث: يتخير بين أن يأخذ نصف الباقي ونصف قيمة التالف، وبين أن يأخذ نصف قيمة العبدين.

القسم الثاني: زيادة محضة وهي صنفان، منفصلة ومتصلة. أما المنفصلة، كاللبن، والولد، والكسب، فيسلم للمرأة ـ سواء حصلت في يدها أو في يد الزوج، ويختص الرجوع بنصف الأصل. ثم في «الشامل» و «التتمة»: إن قولنا: يرجع بنصف الأصل ويبقى الولد لها، مفروض في غير الجواري، وليس له الرجوع في نصف الجارية، لأنه يتضمن التفريق بين الأم والولد، بل يرجع إلى القيمة. فإن وافقته الزوجة ورضيت برجوعه إلى نصف الأم، فهو كالتفريق بين الأم والولد بالبيع.

الصنف الثاني: الزيادة المتصلة، كالسمن، وتعلم صنعة، فلا يستقل الزوج بالرجوع إلى عين النصف، بل يخير الزوجة. فإن أبت، رجع إلى نصف القيمة بغير تلك الزيادة. وإن سمحت، أجبر على القبول ولم يكن له طلب القيمة. وحكى الحناطي وجهًا، أنه لا يجبر للمنّة، والصحيح الأول. قال الأصحاب: لا تمنع الزيادة المتصلة الاستقلال بالرجوع إلا في هذا الموضع. فأما في سائر الأصول، كالمبيع في يد المفلس، والموهوب في يد الولد، والمردود بالعيب في البيع، فلا تمنع الزيادة المتصلة الرجوع، بل يستقلون بالرجوع معها، وفرقوا بأن الرجوع في هذه الصور بالفسخ، وهو رفع العقد من أصله أو حينه. فإن رفع من أصله، فكأنه لا عقد. وإن رفع من حينه، فالفسخ مشبه بالعقد، والزيادة تتبع الأصل في العقد، فكذا في الفسخ، وعود الشطر بالطلاق ليس فسخًا، ولهذا لو سلم العبد الصداق من كسبه ثم عتق وطلق، وعاد النصف إليه لا إلى السيد، وإنما هو ابتداء ملك يثبت فيما فرض صداقًا. وفرق أبو إسحاق بين الصداق وصورة الإفلاس، بأن غريم المفلس لو منعناه الرجوع إلى العين، لم يتم له الثمن لمزاحمة الغرماء، وهنا إذا لم تسلم العين، سلمت القيمة بتمامها، فلا ضرر، حتى لو كانت محجورًا عليها بفلس عند الطلاق ولو ترك العين لاحتاج إلى

Marfat.com

المضاربة، قال: يرجع إلى العين بزيادتها بغير رضاها. وعوَّل الأكثرون على الفرق الأول، ومنعوا استقلاله بالرجوع وإن كانت محجوراً عليها، واعتبروا في الرجوع حينئذٍ رضاها ورضى الغرماء. وحكى الإمام وجهًا أن كونها محجوراً عليها، يمنع الرجوع وإن لم تكن زيادة، لتعلق حق الغرماء قبل ثبوت الرجوع، والزوائد المنفصلة والمتصلة فيما سوى الطلاق من الأسباب المشطرة كهي في الطلاق.

وأما ما يوجب عود جميع الصداق إلى الزوج، فينظر فيه، إن كان سببه عارضًا كالرضاع وردتها، فكذلك الحكم. وفي ردتها وجه أن الزوج يستقل بالرجوع في الزوائد المتصلة. وإن كان السبب مقارنًا كالفسخ بعيبه أو عيبها، فالذي قطع به الجمهور، أنه يعود بزيادته إلى الزوج، ولا حاجة إلى رضاها كفسخ البيع بالعيب. وقال المتولي: إن قلنا في الفسخ بعد الدخول: يبقى المسمى لها، فهو كما لو كان السبب عارضًا. وإن قلنا: يوجب مهر المثل، فهل يستند الفسخ إلى أصل العقد ويرفع أصله، أم لا؟ فيه خلاف. إن قلنا: لا، فالحكم كما سبق، وإن قلنا: نعم، عاد الصداق إليه بزوائده المتصلة والمنفصلة.

فرع: إذا امتنع الرجوع إلى نصف عين الصداق، رجع بنصف قيمة الجملة بغير زيادة ولا نقص، ولا يقال: يرجع بقيمة النصف. ووقع في كلام الغزالي بقيمة النصف، وهو تساهل في العبارة، والصواب ما ذكرنا، لأن التشقيص عيب.

القسم الثالث: إذا تغير الصداق بالزيادة والنقص معًا، إما بسبب واحد، بأن أصدقها عبدًا صغيراً فكبر، فإنه نقص بسبب نقص القيمة، ولأن الصغير يدخل على النساء، ولا يعرف الغوائل، ويقبل التأديب والرياضة، وفيه زيادة بقوته على الشدائد والأسفار، وحفظ ما يستحفظه. وكما إذا أصدقها شجرة فكبرت فقل ثمرها وزاد حطبها.

وإما بسببين، بأن أصدقها عبدًا فتعلم القرآن واعورّ، فيثبت لكل منهما

الخيار، وللزوج أن لا يقبل العين لنقصهـا، ويعدل إلى نصف القيمة، ولها أن لا تبذلها لزيادتهـا وتدفع نصف القيمة. فإن اتفـقا على رد العين، جاز، ولا شيء لأحدهما على الآخر. وليس الاعتبار بزيادة القـيمة، بل كل ما حدث وفيه فائدة مقصودة، فهو زيادة من ذلك الوجه وإن نقصت القيمة كما ذكرنا في كبر العبد.

فرع: أصدقهـا جارية حائلاً، فحـبلت في يدها وطلقها قبل الدخـول، فهو زيادة من وجـه ونقص من وجه، للضـعف في الحال، ولخطر الولادة. فـإن لم يتفـقا على نصف الجارية، فـالمعدول إليه نصف قيـمة الجارية، وليس لأحـدهما إجبـار الآخر. وحكى الحناطي وجهًا، أن الـزوج يجبر إذا رضيت برجـوعه إلى نصف الجارية حـاملاً بناءً على أن الحمل لا يعـرف، ومقتضى هذا أن تجـبر هي أيضًـا إذا رغب الزوج في نصفـها حـاملاً، والصحـيح الأول. وأما الحـمل في البهيـمة، فكالجارية. وقيل: زيادة محضـة، إذ لا خطر فيه، والأول أصح، لأنه لا يحمل عليها حاملاً ما يحمل حائلاً، ولأن لحم الحمل أردأ.

فرع: أصدقـها أرضًا فـحرثتهـا، فإن كانـت الأرض معدَّة للزراعـة، فزيادة محـضة. وإن كانت مـعدّة للبناء، فنقص مـحض، فحينئـذٍ إن أراد الرجوع إلى نصف عينها، مكن، وإن أبى، رجع إلى نصف القيمـة بلا حراثة. وإن زرعتها، فنقص محض، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصف العين وترك الزرع إلى الحصاد، فذاك. قـال الإمام: وعليه إبقـاؤه بلا أجرة، لأنها زرعت ملكهـا الخالص. وإن رغب فيـها الزوج وامـتنعت، أجبـرت. وإن رغبت هي، فله الامتـناع، ويأخذ نصف قـيمـة الأرض. فـإن قالت: خـذ نصف الأرض مع نصف الزرع، فـفي إجباره طريقـان. أحدهما: وجهان كـما سنذكره إن شاء الله تعـالى في الثمار. والثـاني: القطع بالمـنع، لأن الزرع ليس من عين الصـداق، بخـلاف الثـمـرة، والمذهب المنع كيف كان. وإن طلقها بعد الحصاد، وبقي في الأرض أثر العمارة، وكانت تصلح لما لا تصلح له قبل الزراعة، فهي زيادة محضة ولو غرستها، فكما لو زرعتها. لكن لو أراد أن يرجع في نصف الأرض ويترك الـغراس، ففيه وجه

Marfat.com

أنها لا تجبر، لأن الغـراس للتأبيد. وفي إبقائه في ملك الغيـر ضرر. ولو طلقها والأرض مزروعة أو مـغروسة، فبـادرت بالقلع، نظر، إِن بقي في الأرض نقص لضعفها بهما وهو الغالب، فهو على خيرته، وإلا انحصر حقه في الأرض.

فصل: أصدقها نخيلاً حـوائل، ثم طلقها وهي مطلعة، فليس له أخذ نصف الطلع قهـراً، ولا نصف العين قهـراً، لأن الطلع كزيادة متـصلة فيـمنع الرجوع قهـراً. فإن رضـيت بأخذه نصف النخل والطلـع، أجبر على المذهـب. وقيل: وجهان كالثمرة المؤبرة، أما إذا طلقها وعليها ثمار مؤبرة، ففيها مسائل.

إِحداها: ليس له تكليـفها قطع الثمـرة ليرجع إلى نصف العين. فلو بادرت بقطعها، أو قـالت: اقطعها ليرجع، فليس للزوج إلا الرجـوع إلى نصف الشجر إِذا لم يمتد زمن القطع ولم يحدث به نقص في الشجر بانكسار سعف وأغصان.

الثانية: أراد الرجوع في نصف النخل وترك الثمار إلى الجداد فأبت، أجبرت على الأصح عند الجمهور، منهم العراقيون، وبه قطع البغوي، لأن الأشجار في يدها كسائر الأموال المشـتركة. ورجح المتولي منع الإجبار، وأشـار إلى ترجيحه الإمام والغـزالي، لأنها قد لا ترضى بيده ودخـوله البستان. قـال الإمام: ولأنه لابد من تنمية الثمـار بالسقي، ولا يمكن تكليفها السقي، لأن نفعـه غير مختص بالثمـر، بل ينفع به الشجر أيضًـا، ولا يمكن تكليفهـا ترك السقي لتضرر الثـمر والشجر. ولمن قال بالأول أن يقول: حكم السقي هنا حكمه فيما إذا اشترك اثنان في الشجر وانفرد أحدهما بالثمر في غير الصداق.

الثـالثة: أرادت رجـوعـه في نصف الشـجر وترك ثمـرها إلى الجـداد، فله الامتناع وطلب القـيمة، لأن حقـه في الشجر خاليـةً، وليس لها تكليفه تـأخير الرجوع إلى الجداد، لأن حقه ناجز في العين أو القيمة. ولو قال: أُؤخر الرجوع إلى الجداد، فلها الامـتناع لأن نصيبه يكون مـضمونًا عليها، كـذا وجَّهوه، وهو تفريع على أن النصف الراجع إليه يكون مضمونًا عليها، وفيه خلاف سبق. ولو قال: أرجع ويكون نصيـبي وديعة عندك وقد أبرأتك عن ضمانه، فوجـهان لهما

Marfat.com

التفات إلى إبراء الغاصب مع بقـاء المغصوب في يده. وزاد من نظر إلى السقي، فقال: ليس لهـا أن تقول: ارجع واسق، لأن فائدة السقي تعود إلى نصيـبها من الشـجر وإلى الثـمار وهي خـالصـة لها، ولا أن تقـول: ارجع ولا تسق، لأنه يتضرر. ولو قالت: ارجع وأنا لا أسقي وإليك الخيرة في السقي وتركه، أو قال: ارجع ولا أسقي ولك الخيار في السـقي وتركه، لم يلزم الآخر الإجابة، لأنه إن ترك السقي تضرر، وإن سقى اختص بالمؤنة دون الفائدة. ولو قال الزوج: ارجع إلى النصف واسق والتزم المـؤنة، أو قالت: ارجع وأنا أسقي، فـهل يلزم الآخر الإجابة؟ وجهان. أصحهما: المنع، لأنه وعد وقد لا يفي به. فإن قلنا بالإجابة، فبـدا للملتزم وامـتنع، تبينا أن الملك لـم يرجع إلى الزوج، وكأنه مـوقوف على الوفاء بالوعد، وألحقوا بهذه الصورة مـا إذا أصدقها جارية فولدت في يدها ولداً مملوكًا ثم طلقها قبل الدخول، فقال: ارجع إلى نصف الجارية وأرضى أن ترضع الولد، ففـيه الوجهان. قـال الإمام: ونص الشافعي رحـمه الله يدل على أنه لا يجـاب. ولو قال: أرجع وأمنعـهـا الإرضاع، لم تُجَبْ بلا خـلاف. وفي هذه المسألة وراء الإرضاع ومضي زمانه شيء آخر، وهو التفريق بين الأم والولد. وقد ذكرنا ما ذكره صاحبا «الشامل» و «التتمة» فيه.

الرابعة: وهبـت له نصف الثمار ليـشتـركا في الثمـر والشجـر، فهل يجب القبول لأن الثمـر متصل كالسمن، أم لا، لأن الثمرة المؤبرة كـالمنفصلة ولا يجبر على قبول ملك الغير؟ وجهان. أصحهما: الثاني.

الخامسة: تـراضيا على الرجوع في نصف الشجر في الحـال، أو على تأخير الرجوع إلى الجداد، مكنّا منه. وإذا بدا لأحدهمـا في التأخير، مكّن من الرجوع عنه. وقال المعللون بالسقي: إن رضيـا بالرجوع في الحال على أن يسقي من شاء منهما متبرعًا، أو على أن يتركا أو أحدهما السقي، فمن التزم السقي، فهو وعد لا يلزم الوفاء به، لكن إذا لم يف، تبـينا أن الملك لم يعد إلى الزوج. ومن ترك

Marfat.com

السقي، لم يمكن من العود إليه. هذا حاصل المسألة، ولم أر تعرضًا للسقي إلا للإمام ومن نحا نحوه.

فرع: ظهور النور في سائر الأشجار كبدوِّ الطلع في النخل، وانعقاد الثمار مع تناثر النور، كالتأبير في النخل.

فرع: أصدقها نخلة عليها ثمرة مؤبرة، وطلقها قبل الدخول، فله نصف الثمرة مع نصف النخلة، سواء جدت الثمرة أم لا. وإن أصدقها والثمرة مطلعة، وطلقها وهي بعد مطلعة، أخذ نصفها مع الطلع. ونقل المتولي وجهًا أنه إذا امتد الزمان بحيث يزداد في مثله الطلع، لا يجوز له الرجوع فيه، هذا لفظه. ولو قال: لم يجز له الرجوع بغير رضاها، لكان أحسن. فلو كانت مؤبرة عند الطلاق، فهل له في الثمرة حق؟ فيه طريقان. أحدهما: على قولين كما إذا أصدقها جارية حاملاً فولدت قبل الطلاق، والمذهب القطع بثبوت حقه في الثمرة لأنها مشاهدة متيقنة، ويجوز إفرادها بالعقد بخلاف الحمل. فإن أثبتنا له حقًّا في الثمرة، لم يأخذ إلا برضاها لأنها زادت. فإن لم ترض، أخذ نصف الشجر مع نصف قيمة الطلع.

فرع: أصدقها جارية حاملاً فطلقها قبل الدخول، نظر، إن طلقها وهي بعد حامل، فله نصفها حاملاً، ويجيء عند امتداد الزمان الوجه الذي حكاه المتولي في الفرع قبل هذا. وإن طلقها وقد ولدت، فالكلام في الأم ثم الولد، أما الأم، فلا يأخذ نصفها إن كان الولد رضيعًا لئلا يتضرر، لكن يرجع إلى نصف القيمة وإن كان فطيمًا، فإن كان في زمن التفريق المحرَّم، فعلى ما تقدم، وإلا فله نصفها. وإن نقصت قيمتها بالولادة، نظر، إن ولدت في يد الزوج، فعلى ما سبق من حكم النقص في يد الزوج. وإن ولدت في يد الزوجة، فله الخيار، إن شاء أخذ نصفها ولا شيء له معه، وإن شاء رجع إلى نصف القيمة. وأما الولد، فهل للزوج حق في نصفه؟ يبنى على أن له قسطًا من الثمن في المبيع، وفيه قولان سبقا في مواضع. أظهرهما: نعم. فإن قلنا: لا، فلا حق له فيه، لأنه

Marfat.com

حادث في ملكها، وإن قلنا: نعم، فوجهان. أحدهما: له فيه حق كما لو أصدقها عينين، لكن الولد زاد بالولادة، فلها الخيار. فإن رضيت برجوع الزوج في نصفه ونصف الأم، أجبر على قبوله. وإن أبت، قال المتولي: لا يرجع في نصف الجارية للتفريق، لكن يرجع في نصف قيمتها ونصف قيمة الولد يوم انفصاله. والثاني: لا حق له فيه لأنه لا قيمة له قبل الانفصال.

قلت: الأول أصح. والله أعلم.

ولو كانت الجارية المصدقة حائلاً، وطلقها حاملاً، فقد سبق حكمه. فإن ولدت، ثم طلقها، فالولد لها، والقول في الأم كما سبق فيما إذا كانت حاملاً يوم الإصداق وولدت وطلقها، وإن حبلت في يد الزوج وولدت في يدها، فهل النقص من ضمانه ولها الخيار، لأن السبب وجد في يده، أم من ضمانها وله الخيار لأن النقص حصل عندها؟ وجهان.

فرع: أصدقها حليًّا فكسرته، أو انكسر في يدها وبطلت صنعته، ثم أعادت المنكسر حليًّا، ثم طلقها قبل الدخول، نظر، إن صاغته على هيئة أُخرى، فالحاصل زيادة من وجه، ونقص من وجه، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصفه، جاز. وإن أبى أحدهما، تعين نصف القيمة. وإن عادت الصنعة بحالها، فهل يرجع في نصف العين بغير رضاها، أم يعتبر رضاها؟ وجهان. أصحهما: الثاني، وبه قال ابن الحداد، ويجري الوجهان فيما لو أصدقها جارية فهزلت ثم سمنت، وفيما لو نسي العبد الصنعة ثم تعلّمها. ولو طرأت على عين العبد غشاوة وكان لا يبصر شيئًا، ثم زالت ثم طلقها، ففيما علق عن الإمام، أن الزوج يرجع في نصف العبد بلا خلاف، كما لو حدث في يدها عيب فزال ثم طلقها. وإذا قلنا في الحلي: يعتبر رضاها، ففيما يرجع به وجهان. أصحهما: نصف قيمة الحلي بهيئته التي كانت. والثاني: مثل نصفه بالوزن تبْرًا، وإلا نصف أجرته مثل الصنعة وهي قيمتها، فعلى الأول، فيما يقوّم به وجهان. أحدهما وبه قال ابن الحداد: بغير جنسه، فالمذهَّب بفضة، وكذا العكس.

Marfat.com

والثاني: يقوّم بنقد البلد وإن كان من جنسه، وبه قال محمد بن نصر المروزي.

ويجري الوجهان في قيمة الصنعة، ففي وجه: يقوم بغير جنس الحلي، وفي وجه: بنقد البلد، وهو الأصح كما سبق في الغصب. ولو كانت المسألة في إناء من ذهب أو فضة، بني على جواز اتخاذه. وهل لصنعته قيمة؟ إن قلنا: لا، فللزوج الرجوع في نصف العين، سواء عادت الصنعة الأولى أم غيرها، إذ لا زيادة. وإن قلنا: نعم، فكالحلي. ولو غصب جارية مغنية فنسيت عنده الألحان، هل يردّ معها ما نقص من قيمتها بنسيان الألحان، أم لا، لأنه محرَّم فلا عبرة بفواته؟ وجهان.

قلت: الأصح المنع. والله أعلم.

ولو اشترى مغنّيةً بألفين، وهي تساوي ألفًا بلا غناء، ففي صحة البيع ثلاثة أوجه حكاها الشيخ أبو علي. أحدها: البطلان، لأنه بذل في مقابلة حرام، وبه أفتى المحمودي. والثاني قاله أبو زيد: إن قصد بالشراء الغناء، بطل، وإلا، فلا. والثالث: صحة البيع قاله الأودني، قال: وما سوى ذلك استحسان.

قلت: واختار إمام الحرمين الصحة مطلقًا، وهو الأصح. ولو بيعت بألف، فالبيع صحيح بلا خلاف. والله أعلم.

فصل: أصدق ذمي خمرًا، ثم أسلما وترافعا إلينا، فقد سبق أنه إن كان ذلك بعد القبض، لم نحكم لها بشيء. وإن كانت غير مقبوضة، حكمنا بوجوب مهر المثل. ولو صارت الخمرة المصدقة في يده خلاًّ، ثم أسلما أو أحدهما، فوجهان. قال ابن الحداد: لا شيء لها إلا الخل. وأصحهما وبه قال القفال: لها مهر المثل، لأن الخمر لا تصلح صداقًا، ولا عبرة بذكرها إذا لم يتصل بها قبض قبل الإسلام. ولو أصدقها عصيرًا، فتخمر في يده، ثم عاد خلاًّ، ثم أسلما أو ترافعا إلينا، لزمه قيمة العصير. ولو قبضت الذمية الخمر، ثم طلقها قبل الدخول، ثم أسلما أو ترافعا إلينا، فلا رجوع للزوج لعدم المالية ومنع إمساك الخمر. ولو

صارت خلاًّ عندها، ثم طلقها قبل الدخول، فهل للزوج الرجوع إلى نصفه لكون العين باقية وإنما تغيرت صفتها، أم لا ترجع بشيء لأن حق الرجوع إنما يثبت إذا كان المقبوض مالاً وهنا حدثت المالية في يدها فهو كزيادة منفصلة؟ فيه وجهان. أصحهما: الأول، وبه قال ابن الحداد. فعلى هذا لو تلف الخل أو أتلفته، ثم طلقها، فوجهان. أصحهما وهو قول الخِضْري: يرجع بمثل نصف الخل. والثاني وبه قال ابن الحداد: لا يرجع بشيء، لأن الرجوع فيه تعتبر قيمته يوم الإصداق والقبض، ولا قيمة لهذا يوم الإصداق والقبض. ولو أصدقها جلد ميتة، فقبضته ودبغته، ثم طلقها قبل الدخول، ففي رجوعه في نصفه وجهان مرتّبان على تخلّل الخمر، وأولى بعدم الرجوع، لأن ماليته حدثت بفعلها ومع الترتيب، فالأصح الرجوع، وبه قال ابن الحداد. فعلى هذا: إن هلك الجلد عندها بعد الدباغ، قال ابن الحداد: لا يرجع. قال الشيخ أبو علي: ينبغي أن لا يرجع هنا بلا خلاف، بخلاف الخل لأنه مثلي والجلد متقوم، والنظر في المتقوم إلى وقت الإصداق والإقباض، ولم يكن له قيمة حينئذٍ. ولو ارتدت وانفسخ النكاح قبل الدخول، فالقول في كل الخل وكل الجلد، كالقول في النصف عند الطلاق.

فصل: كل عمل جاز الاستئجار عليه، جاز جعله صداقًا، وذلك كتعليم القرآن والصنائع، وكالخياطة والخدمة والبناء وغيرها، وفيه مسائل.

إِحداها: يشترط في تعليم القرآن ليصح صداقًا شرطان.

أحدهما: العلم بالمشروط تعليمه بأحد طريقين.

الأول: بيان القدر الذي يعلمه بأن يقول: كل القرآن أو السبع الأول أو الأخير. وحكي وجه شاذ: أنه لا يشترط تعيين السبع. فإن عين بالسور والآيات، فعلى ما ذكرناه في الإجارة، وذكرنا هناك الخلاف في اشتراط قراءة نافع وأبي عمرو وغيرهما. وقطع ابن كج هنا بعدم الاشتراط قال: فلو شرط حرف أبي عمرو، علمها بحرفه، فإن علمها بحرف الكسائي، فهل يستحق أجرة

Marfat.com

المثل، أم لا شيء له؟ وجهان. وحكى قولين في أنها ترجع على الزوج بمهر المثل، أم بقدر التفاوت بين أُجرة التعليم بالحرف المشروط والآخر؟ فإن لم يكن تفاوت، لم يرجع بشيء ثم قال: ولا معنى لهذا الاختلاف، بل الواجب أن يقال: يعلمها بحرف أبي عمرو وهو متطوع بما علم. ثم العلم بهذا يشترط في حق الزوج، فإن لم يعرف أحدهما أو كلاهما قدر السور والأجزاء والآيات، قال أبو الفرج الزاز: الطريق التوكيل، وإلا فيرى المصحف، ويقال: تعلَّم من هذا الموضع إلى هذا، ولك أن تقول: لا يكفي هذا، إذ لا يعرف به صعوبته وسهولته.

قلت: الصواب أنه لا تكفي الإشارة إذا لم يعلمها فيتعين التوكيل. والله أعلم.

الطريق الثاني: تقديرها بالزمان، بأن يصدقها تعليم القرآن شهراً، ويعلمها فيه ما شاءت، كما يخيط الأجير للخياطة ما شاء المستأجر. فلو جمع الطريقين فقال: تعلِّمها في شهر سورة البقرة، فهو كقوله: استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم، وفيه خلاف سبق في الإجارة.

الشرط الثاني: أن يكون المعقود على تعليمه قدراً في تعليمه كلفة، فإن لم يكن، بأن شرط تعليم لحظة لطيفة، أو قدر يسير وإن كان آية، كقوله تعالى: ﴿ثم نظر﴾ لم يصح الإصداق وهو كبيع حبة حنطة.

الثانية: أصدقها تعليم الفاتحة وهو متعين للتعليم، ففي صحة الإصداق وجهان، كنظيره في الإجارة. أصحهما: الصحة. ولو نكحها على أداء شهادة لها عنده، أو نكح كتابية على أن يلقنها كلمة الشهادة، لم يصح الصداق، قاله البغوي.

الثالثة: إذا كان الزوج لا يحسن ما شرط تعليمه، فإن التزم التعليم في الذمة، جاز ثم يأمر بتعليمها أو يتعلم ويعلمها. وإن كان الشرط أن يعلمها

Marfat.com

بنفسه، فهل يصح ثم يتعلم ويعلمها، أم لا يصح لعجزه؟ وجهان. أصحهما: الثاني. ولو شرط أن يتعلم ثم يعلمها، لم يصح أيضًا، لأن العمل متعلق بعينه، والأعيان لا تقبل التأجيل. قال المتولي: فإن صححنا فأمهلته ليتعلم، فذاك، وإلا فهو معسر بالصداق. ولو أراد الزوج أن يقيم غيره يعلمها، جاز إن كان التزم في الذمة، وإلا فلا. ولو أرادت أن تقيم غيرها متعلما، فهل يجبر الزوج كالمستأجر للركوب يركب غيره، أم لا لاختلاف الناس في الفهم والحفظ؟ وجهان. أصحهما عند الجمهور: الثاني، وخالفهم الإمام، ومنهم من جعل الخلاف في جواز الإبدال مع التراضي. ولو فرض عقد مجدد، فأبدلت منفعة بمنفعة، جاز قطعًا.

الرابعة: أصدقها تعليم ولدها، لم يصح الصداق كما لو شرط الصداق لولدها. وإن أصدقها تعليم غلامها، قال البغوي: لا يصح كالولد. وقال المتولي: يصح، وهذا أصح. ولو وجب عليها تعليم الولد أو ختان العبد، فشرطته صداقًا، جاز.

الخامسة: لو تعذر التعليم، بأن تعلمت من غيره، أو كانت بليدة لا تتعلم، أو لا تتعلم إلا بكلفة عظيمة ويذهب الوقت في تعليمها فوق العادة، أو ماتت أو مات الزوج والشرط أن يعلم بنفسه، ففي الواجب القولان السابقان فيما لو تلف الصداق قبل القبض. فعلى الأظهر: يجب مهر المثل، وعلى الآخر: أجرة التعليم.

السادسة: قال: علمتك وأنكرت، فإذا لم تحسنه، صدقت، وإن أحسنته وادعت التعلم من غيره، فأيهما يصدق؟ وجهان لتعارض الأصل والظاهر، أصحهما: هي.

السابعة: أصدقها تعلم سورة، فعلمها ثم طلقها، إن كان بعد الدخول، فذاك، وإلا، فيرجع عليها بنصف أجرة التعليم، وإن طلقها قبل التعليم، فقد استحقت جميع التعليم إن دخل، وإلا، فتعليم النصف، وفيه وجهان.

Marfat.com

أحدهما: يعلمها وراء حجاب بغير خلوة. وأصحهما وهو المنصوص في «المختصر»: أنه قد تعذر التعليم، لأنها قد صارت أجنبية، ولا تؤمن مفسدة. فعلى هذا: ترجع بمهر المثل على الأظهر إن دخل، وإلا فنصفه، وعلى الآخر: ترجع بأجرة التعليم أو نصفها.

الثامنة: نكح كتابية على تعليم القرآن، فإن توقع إسلامها، صح الصداق، وإلا فسد، ومال جماعة إلى الجواز مطلقًا. ولو نكح مسلمة أو كتابية على تعليم التوراة والإنجيل، لم يصح، لأنه لا يجوز الاشتغال به لتبديله، والواجب في هذه الحالة مهر المثل قطعًا، إذ لا قيمة للمسمى. ولو نكح ذمي على تعليم التوراة والإنجيل، ثم أسلما أو ترافعا بعد التعليم، لم نوجب شيئًا آخر، وإن كان قبل التعليم، أوجبنا مهر المثل كما في الخمر.

التاسعة: أصدقها تعليم فقه، أو أدب أو طب أو شعر ونحوها مما ليس بمحرم، صح الصداق. وإن كان محرّمًا كالهجو والفحش، لم يصح.

العاشرة: نكحها على أن يرد عبدها الآبق، أو جملها التائه وكان الموضع معلومًا، صح. وإن كان مجهولاً، فقولان. أحدهما: يصح كالجعالة. والمشهور: المنع، ويجب مهر المثل، بخلاف الجعالة، فإنها عقد جائز احتملت الجهالة فيها للحاجة. فإن رده، فله أُجرة مثل الرد، ولها مهر المثل. وإذا صح الصداق، فطلقها بعد رد العبد وقبل الدخول، استردَّ منها نصف أجرة المثل. وإن طلقها قبل الرد، فإن كان بعد الدخول، فعليه الرد. وإن كان قبله، فعليه الرد إلى نصف الطريق، ثم يسلمه إلى الحاكم. فإن لم يكن حاكم، أو لم يكن موضعًا يمكن تركه فيه، ولم يتبرع بالرد إليها، قال المتولي: يؤمر برده إليها، وله عليها نصف أجرة المثل. ولو تعذر رده برد غيره، أو رجوعه بنفسه أو بموته، فقد فات الصداق قبل القبض، فترجع إلى مهر المثل على الأظهر، وعلى الآخر: إلى أجرة الرد.

Marfat.com

الحادية عشرة: نكحها على خياطة ثوب معلوم، جاز، وله أن يأمر بالخياطة إن التزم في الذمة، وإن نكح على أن يخيط بنفسه، فعجز بأن سقطت يده أو مات، ففيما عليه؟ قولان. أظهرهما: مهر المثل. والثاني: أُجرة الخياطة. ولو تلف ذلك الثوب، فوجهان. أصحهما: تلف الصداق فيعود القولان في مهر المثل والأجرة. والثاني: تأتي بثوب مثله ليخيطه. وإن طلقها بعد الخياطة قبل الدخول، فله عليها نصف أُجرة المثل. وإِن طلقها قبل الخياطة، فإن دخل بها، فعليه الخياطة، وإلا خاط نصفه. فإن تعذر الضبط، عاد القولان في أنه يجب مهر المثل أم الأجرة؟

الثانية عشرة: قال المتولي: لو كان له عليها قصاص فنكحها، وجعل النزول عن القصاص صداقًا، جاز. ولو جعل النزول عن الشفعة، أو حدّ القذف صداقًا، لم يجز، لأنه لا يقابل بمال، ولا يجوز جعل طلاق امرأة صداقًا لأخرى، ولا بضع أمته صداق المنكوحة.

فصل: إذا أثبتنا الخيار للمرأة بسبب زيادة الصداق، أو له بنقصه، أو لهما بهما، لم يملك الزوج النصف قبل أن يختار من له الخيار الرجوع إن كان الخيار لأحدهما، وقبل أن يتوافقا إِن كان الخيار لهما وإن قلنا: الطلاق يشطر الصداق بنفسه، وليس لها الخيار على الفور، بل هو كخيار الرجوع على الهبة، لكن إذا توجهت مطالبة الزوج، لا تمكن هي من التأخير، بل تكلف اختيار أحدهما. وإذا طلب الزوج، فلا يعين في طلبه العين ولا القيمة، لأن التعيين يناقض تفويض الأمر إليها، لكن يطالبها بحقه عندها، فإن امتنعت، قال الإمام: لا يقضي القاضي بحبسها لبذل العين أو القيمة، بل يحبس العين عنها إن كانت حاضرة، ويمنعها من التصرف فيها، لأن تعلق حق الزوج بالصداق فوق تعلق حق المرتهن بالمرهون والغرماء بالتركة. فإن أصرت على الامتناع، فإن كان نصف القيمة الواجبة دون نصف العين للزيادة الحادثة، باع ما يفي بالواجب من القيمة. فإن لم يرغب في شراء البعض، باع الكل وصرف الفاضل عن القيمة الواجبة

Marfat.com

إليهـا. وإن كان نصف العين مـثل نصف القيـمة الواجبـة، ولم تؤثر الزيادة في القيمـة، ففيه احتمـالان للإمام. أصحهمـا وبه قطع الغزالي: تسلم نصف العين إليه، إذ لا فائدة في البيع، فإذا سلم إليـه، أفاد قضاؤه ثبوت الملك له. والثاني: لا تسلم إِليه العين، بل يبيعه، فلعله يجد من يشتريه بزيادة.

فرع: إذا وجب الرجوع إلى القيمة بهـلاك الصداق، أو خروجه عن ملكها، أو زيادة فيه أو نقص، فالمعتبـر الأقل من قيمة يوم الإصداق ويوم القبض. لكن لو تلف الصداق في يدها بعد الطلاق، وقلنا: إنه مضمون عليـها، اعتبرت قيمة يوم التلف، لأنه تلف ملكه تحت يد مُضمِّنة.

الطرف الثـالث: في بيان حكم التـشطر بعد تصـرفهـا في الصداق، وفـيه مسائل.

إحداها: إذا زال ملكها عنه ببـيع أو هبة مقبوضـة، أو إعتاق، فليس للزوج نقص تصرفها لطلاقه قبل الدخول، بل زوال ملكها كالهلاك، ويرجع الزوج إلى نصف بدله وهو المثل إن كان مثليًّا، وإلا فالقيمة. وإن لم يزل الملك، بل تعلق به حق، فإن كان غـير لازم، بأن أوصت به، أو وهبته، أو رهنتـه ولم يقبض، فللزوج الرجـوع في نصفـه. وفي «الشامل» وغـيره، نقل قـول أنه لا يرجع في نصف الموهوب وإن لم يقبض، لئلا يبطل تصرفها في ملكها، وحق هذا أن يطرد في الرهن والوصية. وإن باعت بشرط الخيار وطلـقها في مدته، فإن جعلنا الملك للبائع، فهو كـالهبة قبل القبض، وإن جعلناه للمشـتري، فلا رجوع في العين. وإن كان الحق لازمًـا، بأن رهنته وأقـبضتـه، فليس له الرجوع إلى نصـفه. وإن أجرته، فقد نقص الصداق باستحقاق المـستأجر منفعته، فإن شاء الزوج رجع إلى نصف القـيمـة في الحال، وإن شـاء رجع إلى نصف العين مسلوبة المـنفعـة مدة الإجارة. فلو قال: أنا أصبر إلى انفكـاك الرهن وانقضاء مدة الإجارة، نظر، إن قال: أتسلمه ثم أُسلمه إلى المرتهن أو المستأجر، فليس لها الامتناع. وإن قال: لا أتسلمـه وأصبـر، فلها الامـتناع، وتدفع إليه نصف القـيمـة لما عليهـا من خطر

Marfat.com

الضمان، هذا إن قلنا: الصداق في يدها مضمون بعد الطلاق وهو الأصح. وإِن قلنا: لا ضمان أو أبرأها عن الضمان وصحـحنا الإبراء، فهل عليها الإجابة، أم لا لأنه قد يبدو له فيطـالبها بالقيمة وتخلو يدها عنهـا؟ وجهان، فإن لم نوجب الإجابة ولم نطالبها حتى انفك الرهن، وانقضت مـدة الإجارة، فهل يتعلق حقه بالعين لزوال المانع، أم تتعين القيمة، لأن المانع نقل حقه إليها؟ وجهان. وتزويج جارية الصداق كالإجارة. ولو زال ملكها وعاد ثم طلقها، فهل يتعلق حقه بالعين أم بالقيـمة؟ وجـهان سبـقت نظائرهما في الفلس والـهبة. أصـحهمـا هنا عند الجمهور: التعلق بالعين، لأن حقـه لا يختص بالعين، بل يتعلق بالبدل، فالعين العائدة أولى من البدل، هذا إذا زال الملك بجهـة لازمة، فإن زال بغير لازم، بأن باع بالخيـار، وقلنا: يزول الملك وفسخ الـبيع، ثم طلقهـا، فالخـلاف مرتب في التعلق بالعين، وأولى بالثبوت. ولو كاتبت عند الصداق وعجز نفسه ثم طلقها، فـعن القاضـي حسين إجـراؤه مـجرى الزوال اللازم. وقـال الإمـام: هذا أولى بالثـبوت، لأن المكاتـب عبـد ما بقي علـيه درهم، ولا شك أن عـروض الرهن وزواله قبل الطلاق لا يؤثر.

المسألة الثانية: أصدقها عـبدًا فدبَّرته، ثم طلق قبل الدخول، فالمذهب أنه لا يرجع فيه وهو المنصوص في «المختـصر»، وهو ظاهر نصه في «الأم» أيضًا سوى جعل التدبير وصية الأم تعليقًا بصفة، لأن التدبير قربة يتعلق بها غرض لا يتقاعد عن الزيادة المتصلة التي لا تؤثر في القيمـة. وقيل: في الرجوع قولان، إن قلنا: التدبير وصية، رجع، وإِلا، فلا. وقيل: يرجع قطعًا، وهو ضعيف. ثم قال أبو إسحاق المروزي وغـيره: الخلاف فيمـا إذا كانت موسرة تتمكن من أداء القـيمة. فإن لم تكن، رجع إلى نصف العبد قطعًا. ويتعلق بهذا الخلاف فروع.

الفرع الأول: إن قلنا بالرجوع، فالمفهوم من كـلام الجمهور أن الزوج يستقل به، ولا حاجة إلى تقدم رجوع المرأة. وقال الحناطي: يحتمل أن يقال: تجبر المرأة على الرجوع وإعطاء الزوج النصف. فإن امتنعت، قام الحاكم مقامها ففسخه.

Marfat.com

الثاني: لو رجعت عن التدبير بالقول وجوزناه ثم طلقها، وقلنا: التدبير يمنع الرجوع، فطريقان. أحدهما: القطع بتمكُّنه من الرجوع إلى نصفه، لأن الملك لم يزل عنه. والثاني: أنه كما لو دبرته ثم باعته ثم ملكته ثم طلقها، فيعود الوجهان السابقان في عود الملك بعد زواله. أصحهما: التمكن، ومع هذا التمكن لو تركه وطلب نصف القيمة، أُجيب إليها خوفًا من أن يقضي قاضٍ ببطلان الرجوع والبيع. ولو طلقها وهو مدبَّر، وقلنا: حق الزوج في القيمة، فرجعت عن التدبير باللفظ وجوزناه، أو بإزالة الملك عنه، ثم عاد إليها قبل أخذ القيمة، ففي الرجوع إلى نصف العبد وجهان يجريان فيما لو طلقها والصداق ناقص، ثم زال نقصه قبل أخذ القيمة، وفيما إذا طلقها وملكها زائل عن الصداق ثم عاد قبل أخذ القيمة.

الثالث: لو علقت عتق العبد على صفة، فهل يمنع الرجوع؟ قيل: إن قلنا: التدبير يمنع، فالتعليق أولى، وإلا، فوجهان لقوة التعليق. وقيل: إن لم يمنع التدبير، فالتعليق أولى، وإلا فوجهان، لأن التدبير قربة محضة، والتعليق يراد به منع أو حث، وبهذا قال الشيخ أبو محمد، وبالأول قطع البغوي وقال: المذهب منع الرجوع. ولو أوصت للعبد بعتقه، فهل هو كالتدبير في منع الرجوع؟ وجهان. أصحهما: لا.

الرابع: إذا جوزنا للزوج الرجوع في النصف، فرجع، بقي النصف الآخر مدبرًا على الصحيح. وحكى الحناطي وجهًا، أنه ينتقض التدبير في جميعه.

الخامس: إذا قلنا: التدبير يمنع التشطر، فهل يمنع رجوع البائع فيما لو باع عبدًا بثوب وتقابضا، ثم دبَّره المشتري، ثم وجد البائع بالثوب عيبًا؟ وكذا هل يمنع رجوع الواهب؟ فيه وجهان. أحدهما: نعم، وأصحهما: لا بل يرجع وينقض التدبير لقوة الفسخ، ولهذا الزيادة المتصلة تمنع التشطر دون الفسخ.

المسألة الثالثة: سبق في «كتاب الحج» خلاف في أن المحرم هل يملك الصيد بالشراء والهبة؟ وهل يزول ملكه إذا أحرم عن صيده؟ وهل يملكه بالإرث؟ فلو

أصدقها صيداً ثم أحرم، ثم ارتدت، عـاد الصيد إلى ملكه على الصحيح، وفيه الوجـه الضعيـف المذكور في الإرث، لأنه لا اخـتيـار له فيه. وإن طـلقها قـبل الدخـول، بني على أن النصف يعود إلـيه بنفس الطلاق أم باخـتيـاره؟ إن قلنا: باختـياره فليس له الاختيـار ما دام محرمًـا، فإن فعل، كان كـشرائه. وإن قلنا: بنفس الطلاق، ففي عود النصف إليه في الإحرام وجهان. أحدهما: لا. وينتقل إلى القيمة، لأن المحرم لا يملك الصيد باختياره، والطلاق باختياره. وأصحهما: العود، لأن الطلاق لا ينشأ لاجتلاب الملك، فأشبه الإرث، ثم إذا عاد إليه الكل بالردة، لزمه إرسـاله، لأن المحرم ممنوع من إمسـاك الصيد، كذا ذكـر الشيخ أبو علي وغيره في هذه المسألة، وهو وجه ذكرناه في «الحج»، تفريعًا على أن المحرم يرث الصيـد، وحكينا عن بعضهم، أنه يزول ملكه بمجـرد الإرث، ولا فرق بين البابين. وإذا عاد النصف بالطلاق، وقـلنا: يجب الإرسال ولا يزول الملك، فلا يمكن إرسال النصف إلا بإرسـال الكل، فخرَّج مخرِّجـون وجوب الإرسال على الأقوال في ازدحام حق الله تعالى وحق الآدمي. إن قدمنا حق الله تعالى، لزمه الإرسال وغـرم لها نصف القيـمة، وإن قدمنـا حق الآدمي، لم يجب الإرسال. فإن تلف في يده أو يدها، فعليه نصف الجزاء. وإن سوَّينا، فـالخيرة إليهما. فإن اختار الإرسال، غـرم لها النصف، وإلا بقي مشتركًا بينهـما وهو ضامن لنصف الجزاء، وهذا الـتخريج ضـعيف، لأن الخـلاف في الازدحام على شـيء واحد، كالتركـة إذا ازدحم فيها دين وزكـاة، ونصيب المرأة لا ازدحام فيـه. وإذا تضمن إرسال المحـرم فوات ملك غـيره، وجب أن يمنع، وبهذا قطع الشـيخ أبو علي، وعلى التخريج ينبغي أن يخص وجوب الإرسال بالموسر كسراية العتق.

الطرف الرابع: فيـما إذا وهبتـه الصداق ثم طلقـها قبل الدخـول، ونصدِّره بقاعدتين مستمدتين من قول الله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسُوهن وقد فَرضْتُم لهنّ فريضةً، فنصفُ ما فَرضْتُم إلاّ أن يعفون أو يعفُوَ الذي بيَدِه عقدة النكاح﴾ [البقرة:٢٣٧]. ومعنى الآيـة، أن الطلاق قبل الدخول ينـصف الصداق، إلا أن

Marfat.com

تعفو الزوجة وتتبرَّع بحقها، فيعود جميع الصداق إلى الزوج. وفيمن بيده عقدة النكاح، قولان. القديم: إنه الولي، والمعنى: إلا أن تعفو المرأة أو وليها إن لم تكن هي أهلاً للعفو. والجديد: أنه الزوج، والمعنى: أن يعفو الزوج عن حقه فيخلص لها جميع الصداق.

القاعدة الأولى: في ألفاظ التبرع. فالواجب عند الطلاق قبل الدخول، دين أو عين، والدين قد يكون في ذمته، وقد يكون في ذمتها بأن قبضته وتلف عندها، فينظر، إن تبرع مستحق الدين بإسقاطه، نفذ بلفظ العفو والإبراء والإسقاط والترك. وحكى الحناطي وجهين في أن لفظ الترك، صريح أو كناية؟ ولا حاجة في هذه الألفاظ إلى قبول من عليه على الصحيح، وينفذ أيضًا بلفظ الهبة والتمليك، وفيهما وجه حكاه ابن كج. والصحيح الأول. وهل يفتقر اللفظان إلى القبول؟ وجهان. أصحهما: لا، وبه قطع البغوي اعتماداً على حقيقة التصرف وهو الإسقاط. أما إذا تبرع من في ذمته بالنصف الآخر، فالطريق أن ينقل ويملكه ويقبله صاحبه ويقبضه، فإنه ابتداء هبة، ولا ينتظم لفظ العفو والإبراء من جهته. لكن لو كان الصداق في ذمة الزوج، وقلنا: لا يشترط إلا باختياره، فقال: عفوت، سقط اختياره كعفوه عن الشفعة، ويبقى جميع الصداق لها في ذمته. أما إذا كان الصداق عينًا، فالتبرع فيها هبة. فإن كانت في يد المتبرع، اشترط الإيجاب والقبول والقبض. وإن كانت في يد الآخر، فهو هبة لمن المال في يده، فتعتبر مدة إمكان القبض. وفي افتقاره إلى إذن جديد، في القبض بهذه الجهة خلاف سبق في «كتاب الرهن». وإن كانت العين عند الطلاق في يد الزوج، فذلك قد يكون بعد قبضها، وقد يكون باستمرار يده السابقة قبل الإصداق. وعلى التقدير الثاني، يزيد النظر في أن تبرعها كهبة المبيع للبائع قبل القبض إذا قلنا: الصداق في يده مضمون ضمان العقود، ثم التبرع في العين ينفذ بلفظ الهبة والتمليك، ولا ينفذ بلفظ الإبراء والإسقاط على المذهب. وحكى الحناطي فيهما وجهين. وينفذ بلفظ العفو على الأصح لظاهر القرآن، هذا في

Marfat.com

تبرعها وتبرعه إذا ملكناه بنصف الطلاق، فأما إذا قلنا: لـه خيار التملك، فيعتبر لفظ العفو في إسقاط الخيار ويبقى الجميع لها.

القاعـدة الثانية: هل للولي العـفو عن صداقهـا؟ قولان بناءً على أن من هو الذي بيده عـقدة النكاح؟ الجـديد: المنع، والقديم: الجـواز بخمسـة شروط. أن يكون أبًا أو جدًّا، وأن تكون بكرًا عاقلة صغـيرة، وأن يكون بعد الطلاق، وأن يكون قـبل الدخـول، وأن يكون الصـداق دينًا، هـذا هو المذهب تفـريعًـا على القـديم. وفي وجه: له العـفو في الثـيب والمجنونة والبالغـة والمحجـور عليـها والرشيدة، وقـبل الطلاق إذا رآه مصلحة، وعن العين أيضًـا. والصحيح الأول. ولو زوجها الأب ومات، ففي صحة عفو الجد وجهان، لأن الصداق لم يثبت به لكنه ولي. ولو خلعـهـا الولي على نصف الصـداق وجـوزنا العـفو، صـحت المخالعة، قـاله المتولي وغيره. وفي «الوسـيط» في صحة الخلع مع صحـة العفو وجهان. والأول أشبه.

فصل: وهبت لزوجـها الصـداق المعين، فطلقهـا قبل الـدخول، فـقولان. أحدهمـا وهو القديم وأحـد قولي الجـديد والراجح (عند البغـوي) أنه لا يرجع عليهـا بشيء. والثاني: وهو الأظهر عند الجمـهور، منهم العراقـيون، والإمام، والروياني: يرجع بنصف بدل المثل أو القيمة. وقـيل: إن وهبته قبل القبض، لم يرجع قطعًا. والمذهب طرد القولين، سواء قبضته أم لا.

ولو كـان الصداق دينًا فـأبرأته منه، لم يرجـع على المذهب. ولو وهبت له الدين، فالمـذهب أنه كالإبراء. وقيـل: كهبـة العين. ولو قبـضت منه الدين ثم وهبته له، ثم طلقها، فكهبة العين. وقيل: له الرجوع قطعًا بناء على أنه لا يتعين فـيمـا دفع عن الدين لو طلقـهـا وهو باقٍ عندها. ولو وهبت له الصـداق، ثم ارتدت قبل الدخول، أو فسخ أحدهما بعيب، ففي الرجوع بالجميع مثل الخلاف في النصف إذا طلق. ولو باع عـبدًا بجارية، ووهب الجـارية لبائعهـا، ثم وجد بائعها بالعبـد (عيبًا) فأراد رده بالعيب، ففي تمكنه منه ومن المطالبـة بقيمة الجارية

Marfat.com

وجهان مأخوذان من هبة الصداق، ويجريان في تمكنه (من) طلب الأرش لو رأى عيبًا بعد هلاك العبد، أو حدث به عيب يمنع الرد. وفيما لو أبرأ المكاتب عن النجوم وعتق، هل له مطالبة السيد بالإيتاء؟ ولو وهب المشتري المبيع للبائع، ثم أفلس بالثمن، فللبائع المضاربة مع الغرماء بلا خلاف، لأن الموهوب غير المستحق وهو الثمن. وفي الصورة السابقة، الموهوب هو المستحق، فالهبة تعجيل على قول. وطرد الحناطي الخلاف في مسألة الفلس. ولو ادعى عينًا وأخذها ببينة ثم وهبها للمدعى عليه، ثم رجع الشهود وقلنا بتغريم شهود المال، فهل للمدعى عليه تغريم الشهود؟ فيه طريقان. أحدهما: على وجهين أخذًا من هبة الصداق. والثاني: القطع بالمنع، لأن المدعى عليه لا يقول بحصول الملك بالهبة، بل يزعم دوام الملك السابق، وفي الصداق زال الملك حقيقة وعاد بالهبة.

قلت: هذا الثاني هو الصحيح. والله أعلم.

فرع: وهبت الصداق للزوج، على أنه إن طلقها كان ذلك عن مستحقه بالطلاق، فوجهان. أحدهما: فساد الهبة ويبقى الصداق ملكًا لها. فإن طلق، تشطر. والثاني: يصح ولا رجوع بالطلاق، كما لو عجل الزكاة، وليكن الوجهان مبنيين على أن الهبة المطلقة هل تمنع الرجوع؟ إن قلنا: تمنع، فهذا تصريح بمقتضاها، فيصح ولا رجوع، وإلا فتفسد بالشرط الفاسد.

فرع: وهبته نصف الصداق، فطلق قبل الدخول. فإن قلنا: هبة الكل لا تمنع الرجوع، فهنا أولى، وإلى ماذا يرجع؟ فيه ثلاثة أقوال. أظهرها: إلى نصف الباقي وربع بدل الجملة. والثاني: إلى نصف الباقي. والثالث: يتخير، إن شاء أخذ بدل نصف الجملة، وإن شاء أخذ نصف الباقي وربع بدل الجملة. وإن قلنا: هبة الكل تمنع الرجوع، فهل يرجع بالنصف الباقي، أم بنصف الباقي، أم لا يرجع بشيء؟ فيه ثلاثة أقوال. أظهرها: الثالث وهو نصه في «المختصر»، فحصل في المسألة خمسة أقوال. ولو كان الصداق دينًا وأبرأته من نصفه ثم طلقها، قال المتولي: إن قلنا: لو أبرأت عن الجميع يرجع، فهنا يسقط عنه

النصف الباقي. وأيضًا إن قلنا: لا يرجع بشيء، فهنا وجهان. أحدهما: يحسب عليه. والثاني: يسقط عنه النصف الباقي. ولو أبرأ المشتري عن نصف الثمن، ثم وجد المشتري بالمبيع عيبًا وأراد رده، فحكمه كما ذكرنا في الإبراء عن نصف الصداق. ولو أبرأه عن عشر الثمن، واطلع على عيب قديم، وحدث عنده عيب، وأرش العيب القديم العشر، فالمذهب أنه يطالب بالأرش.

فصل: خالعها قبل الدخول على غير الصداق، فله المسمى ولها نصف الصداق. وإِن خالعها على جميع الصداق، فقد خالع على ماله ومالها، لعود النصف إليه بالخلع، فتقع البينونة وتبطل التسمية في نصيبه، وفي نصيبها قولاً تفريق الصفقة. إن لم نصحح، بقي لها عليه نصف الصداق. وفيما له عليها قولان. أظهرهما: مهر المثل. والثاني: مثل الصداق أو قيمته. وإن صححنا التسمية في نصيبها، قال الإمام وغيره: يثبت للزوج الخيار إن كان جاهلاً بالتشطير والتفريق. فإن فسخ، عاد القولان في أن الرجوع بمهر المثل أم بدل المسمى. وإن جاز، فعلى القولين المذكورين في البيع، أن يجبر ما صح العقد فيه بكل الثمن، أم بالقسط إن قلنا: بالكل، فلا شيء له سوى النصف الذي صح الخلع فيه. وإن قلنا: بالقسط، رجع عليها بنصف مهر المثل على الأظهر، وعلى الآخر: بمثل نصف الصداق أو قيمته. وإِن خالعها على نصف الصداق، نظر، إِن قال: بالنصف الباقي لك بعد الفراق، صح وبرىء عن جميع الصداق إن كان دينًا، ويعود إليه الملك في جميعه إن كان عينًا. وإِن أطلق، فقولان بناء على أن تصرف أحد الشريكين في النصف المطلق من العين المشتركة نصفين، هل ينزَّل على النصف الذي له، أم يشيع أحدهما ينزل على نصيبهما ويكون كما لو قيد بنصفها؟ وأظهرهما عند الأكثرين: يشيع لإطلاق اللفظ، وكأنه خالع على نصف نصيبها ونصف نصيبه، فيبطل في نصف نصيبه، وفي نصيبها القولان. إن لم يصح، بقي لها عليه نصف الصداق، وله عليها مهر المثل على الأظهر، ومثل نصف الصداق أو قيمته في الآخر. وإِن صح في نصف نصيبها، فلها عليه ربع

Marfat.com

الصـداق ويسقط البـاقي بحكم التشطر وعـوض الخلع، ثم أحد القـولين أنه لا يستحق لعوض الخلع إلا الربع الذي صح الخلع فـيه. وأظهرهما: أن له مع ذلك نصف مـهر المثل على الأظهـر، وربع مثل الصـداق أو قيـمته علـى قول. ومن الأصحاب من يقـول: كل الصداق لها حتى يتـفرقا، فيصح أن نجـعله أو بعضه عوضًا، ثم إذا تفرقا بالخلع، سقط النصف، فهو كما لو خالعها على عين وتلف نصفها قبل القبض، فيرجع بمهر المثل في قول، وبدل التالف في قول.

فرع: عن ابن سريـج، قالت: خالعني عـلى أن لا تبعة لك علـيَّ في المهر صح. ومعناه: على ما سلم لي من المهر.

Marfat.com

الباب الخامس
في المتعة

هي اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقته إياها، والفرقة ضربان. فرقة تحصل بالموت، فلا توجب متعة بالإجماع، وفرقة تحصل في الحياة كالطلاق. فإن كان قبل الدخول، نظر، إن لم يشطر المهر، فلها المتعة[1]، وإلا، فلا على المشهور. وإن كان بعد الدخول، فلها المتعة على الجديد الأظهر. وكل فرقة من الزوج لا بسبب فيها، أو من أجنبي، فكالطلاق، مثل أن ارتد أو أسلم أو لاعن، أو أسلم على أكثر من أربع نسوة وفارق بعضهن، أو وطىء أبوه أو ابنه زوجته بشبهة، أو أرضعت أمه أو بنته زوجته الصغيرة، والخلع كالطلاق على الصحيح. ولو فوض الطلاق إليها فطلقت، فكتطليقه. ولو علق الطلاق بفعلها، ففعلت، أو آلى منها، ثم طلق بعد المدة بطلبها، فكالطلاق على الصحيح.

قلت: ويجيء هذا الوجه في تطليقها. والله أعلم.

ولو ارتدا معًا، فلا متعة على الأصح. وكل فرقة منها أو لسبب فيها، لا متعة فيها، كردتها وإسلامها، وفسخها بإعساره، أو عتقها، أو تغريره، أو عيبه، أو فسخه بعيبها. ونقل المزني إثبات المتعة إذا فسخت بالتعيين، فجعله بعضهم قولاً آخر، وأنكره الجمهور. ولو كانت ذمية صغيرة تحت ذمي، فأسلم أحد أبويها وانفسخ النكاح، فلا متعة كما لو أسلمت بنفسها. ولو اشترى زوجته، فلا متعة على الأظهر. وقال أبو إسحاق: إن استدعاه الزوج، وجب، وإن استدعاه السيد، فلا.

---

(١) قال الله تعالى: ﴿لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٦، ٢٣٧].

Marfat.com

فرع: يسوى في المتعة، المسلم، والذمي، والحر، والعبد، والحرة، والذمية، وهي في كسب العبد، ولسيد الأمة كالمهر.

فصل: المستحب أن يمتعها ثلاثين درهمًا، نص عليه في «المختصر». وفي القديم: ثوبًا قيمته ثلاثون درهمًا. وفي نص آخر: يمتعها خادمًا، وإلا فمقنعة، وإلا فبقدر ثلاثين درهمًا، وليس هو اختلافًا، بل نزلها الأصحاب على درجات الاستحباب وقالوا: أقل المستحب ثلاثون درهمًا. وفي نص آخر: يمتعها بخادم إن كان موسرًا، وبمقنعة إن كان معسرًا. وإن كان متوسطًا، فبقدر ثلاثين درهمًا. وأما الواجب، فإن تراضيا بشيء، فذاك. وحكى الحناطي وجهًا: أنه ينبغي أن يحلل كل منهما صاحبه. فإن لم يفعلا، لم يبرأ الزوج، ولها رفع الأمر إلى القاضي ليقدِّرها. والصحيح الأول. وإن تنازعا، فهل يكفي أقل ما يتمول، أم يقدره الحاكم باجتهاده؟ وجهان. الصحيح الثاني. وهل يعتبر بحاله، أم بحالها، أم بحالهما؟ فيه أوجه. أصحها: الثالث، وهو ظاهر نصه في «المختصر». وهل يجوز أن تزاد المتعة على نصف مهرها، أم يشترط أن لا تزيد، أم يشترط أن لا تبلغ نصفه؟ فيه أوجه. أصحها: الأول، لإطلاق الآية، وبهذا قطع البغوي وغيره.

Marfat.com

الباب السادس

في النزاع في الصداق

وفيه مسائل.

الأولى: إذا اختلف الزوجان في قدر الصداق أو صفته، كالصحة والتكسر، والأجل وقدره، تحالفا كالبيع، سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده، أو بعد انقضاء الزوجية، أو اختلف وارثاهما أو أحدهما ووارث الآخر، ويحلف الزوجان على البت في النفي والإثبات، ويحلّف الوارث في الإثبات على البت، وفي النفي على نفي العلم على الصحيح الذي عليه الجمهور. وقيل: يحلف فيه على البت، لأن من قطع بأن النكاح جرى بخمسمائة، فهو قاطع بأنه ما جرى بألف. فإذا ثبت جريانه بخمسمائة، فلا معنى لقوله: لا أعلمه نكح بألف. وكيفية اليمين ومن يبدأ به، كما سبق في البيع. فإذا تحالفا، فسخ الصداق ورجعت إلى مهر المثل، وقد سبق في البيع وجه: أنه ينفسخ بنفس التحالف، فليجيء هنا مثله، وليكن القول فيمن يتولى الفسخ وفي الانفساخ باطنًا على ما سبق في البيع. وقد صرح بجميع هذا الحناطي، وسواء في الرجوع إلى مهر المثل، زاد على ما تدعيه المرأة أم لا. وقال ابن خيران وابن الوكيل: إن كان مهر المثل زائداً فليس لها إلا ما ادعته، والصحيح الأول. هذا في الظاهر، أما في الباطن، فإن قلنا: لا ينفسخ، لم يخف ما يحل لها.

الثانية: ادعت مسمى، فأنكر الزوج أصل التسمية، فوجهان. أحدهما: القول قوله بيمينه. وأصحهما: يتحالفان لأنه يقول: الواجب مهر المثل، وهي تدعي المسمى، فحاصله الاختلاف في قدر المهر، فيتحالفان. وإنما يحسن وضع المسألة إذا كان ما تدعيه أكثر من مهر المثل. ولو أنكرت تسمية مهر وادعاها الزوج، فهل القول قولها، أم يتحالفان؟ القياس مجيء الوجهين. ولو ادعى أحدهما التفويض، والآخر التسمية، فإن أوجبنا المهر في التفويض بالعقد، فهو

Marfat.com

كما لو ادعى أحدهما السكوت، والآخر التسمية، وإلا فالأصل عدم التسمية من جانب، وعدم التفويض من جانب. ولو ادعى أحدهما التفويض، والآخر أنه لم يجر للمهر ذكر، فيشبه أن يكون القول قول الثاني.

الثالثة: إذا حكمنا بالتحالف، فحلف أحدهما ونكل الآخر، حكمنا للحالف. ومن أقام بينة، حكمنا بها. ولو أقاما بينتين مختلفتين في قدر المهر، فوجهان. أحدهما: يحكم ببينة المرأة لاشتمالها على الزيادة. والثاني: يتعارضان إذا قلنا بالتساقط، فكأن لا بينة، فيتحالفان. وإن قلنا بالقرعة، فهل يحتاج من خرجت قرعته إلى اليمين؟ وجهان.

الرابعة: ادعت النكاح ومهر المثل، واعترف الزوج بالنكاح وأنكر المهر، أو سكت عنه ولم يدع التفويض ولا إخلاء النكاح عن ذكر المهر، حكى الغزالي فيه وجهين. أحدهما وينسب إلى القاضي حسين: يثبت لها المهر إذا حلفت، لأن الظاهر معها، فإن النكاح يوجب مهر المثل إذا لم تكن تسمية صحيحة. وأصحهما عند الغزالي: أنه لا يثبت مهر مثلها بيمينها، بل يتحالفان، لأنه قد ينكحها بأقل ما يتمول، وهذا الذي فرضه لا يكاد يتصور، فإن التحالف أن يحلف كل واحد على إثبات ما يزعمه، ونفي ما زعمه صاحبه. والمفروض من جهة الزوج، إنكار مطلق، فلا معنى للتحالف. ولم يذكر الروياني الخلاف هكذا، بل قال: قال مشايخ طبرستان: القول قول الزوج وعليها البينة، والحق أنه لا يسمع إنكاره لاعترافه بما يقتضي المهر، ولكن يكلف البيان. فإن ذكر قدراً وادعت زيادة، تحالفا. وإن أصر على الإنكار، ردت اليمين عليها وقضي لها بها. قال الروياني: ورأيت جماعة من المحققين بخراسان والعراق يفتون بهذا، وهو القديم. ولو ادعت زوجية ومهراً مسمى يساوي مهر المثل، وقال الزوج: لا أدري، أو سكت، قال الإمام: ظاهر ما ذكره القاضي، أن القول قولها لما سبق أن النكاح اقتضى مهر المثل. قال: والذي يقتضيه قياس المذهب، أن دعواها متوجهة بذلك القدر، ولا يسمع منه التردد، بل يحلف على نفي ما تدعيه. فإن

Marfat.com

نكل، ردت اليمين عليها وقضي بيمينها. ثم حكى عن القاضي على قياس الوجه المنسوب إليه، أنه لو قال: هذا ابني من فلانة، استحقت عليه مهر المثل إذا حلفت، لأنه إقرار بالوطء ظاهراً، لأن استدخال الماء بعيد والوطء المحرم هو الذي يحصل منه الولد النسيب ظاهراً، وهو يقتضي المهر. وقياس ظاهر المذهب، أنه يؤمر بالبيان إذا أنكر ما ادعته. فإن أصر على الإنكار، ردت اليمين عليها.

فرع: قال المتولي: لو مات الزوج وادعت على الوارث أن الزوج سمى لها ألفًا، فقال الوارث: لا أعلم كم سمى، لم يتحالفا، بل يحلف الوارث على نفي العلم. فإذا حلف، قضي لها بمهر المثل.

قلت: هذا الذي ذكره المتولي، حكاه الإمام عن القاضي حسين، ثم قال: هو مشكل على قياس المذهب، قال: والقياس أن يحكم بانقطاع الخصومة، يحلف الوارث، والقدر الثابت على قطع هو أقل ما يتمول، والمختار بل الصواب قول المتولي والقاضي، وقد نص عليه قبلهما القفال شيخ طريقة خراسان، وقد حكاه عنه الرافعي في الباب الثاني من «الدعوى والبينات»، ولم يذكر فيه خلافًا، ولم أر لأحد من الأصحاب خلافًا، ودليله أن تعذر معرفة المسمى، كعدمه من أصله، ولهذا نوجب مهر المثل في التحالف وإن كان هناك مسمى زائد أو ناقص. والله أعلم.

الخامسة: اختلف الزوج وولي الصغيرة أو المجنونة، فقال الولي: زوجتكها بألفين، فقال: بل بألف. فوجهان. أصحهما عند الأصحاب: يتحالفان. والثاني: لا، فعلى هذا توقف إلى بلوغها فيتحالفان، ويجوز أن يحلف الزوج، ويوقف يمينها إلى بلوغها. وإذا قلنا: يحلف الولي، فذلك إذا ادعى زيادة على مهر المثل والزوج معترف بمهر المثل. وأما إذا ادعى الزوج نكاحها بدون مهر المثل، فلا تحالف، لأنه يثبت مهر المثل وإن نقص الولي. ولو ذكر الزوج قدراً يزيد على مهر المثل، وادعى الولي زيادة عليه، لم يتحالفا كيلا يرجع الواجب

Marfat.com

إلى مهـر المثل، بل يأخذ الولي مـا يقوله الزوج. ولو ادعى الولي مـهر المثل أو أكثـر، وذكر الزوج أكـثر من ذلك، فـهل يتحـالفان، أم يؤخذ بما قـاله الزوج؟ وجـهان حـكاهما الحـناطي، وهذا الخلاف المـذكور في اخـتـلاف الزوج وولي الصغيرة، يجـري في اختلاف المرأة وولي الزوج الصغير، وفيـما إذا اختلف وليا الزوجين الصغيـرين. ولو بلغت الصغيرة قبل التـحالف، حلفت هي ولا يحلف الولي. وادعى البغـوي الاتفاق عليه. ولو اخـتلف ولي البكر البالغة وزوجـها، فالصحـيح أنها هي التي تحلف. وقيل: يحلف الولي لأنه العاقـد، قاله القاضي أبو الطيب وغـيره. ومن قال بهـذا، لا يسلم في الصـغيرة إذا بلغت أن الـيمين عليها. والخلاف في حلف الولي يجري في الوكيل في النكاح، وفي وكيل البائع مع المشتري، ووكيل المشتري مع البـائع، وفي وكيليهما، ومنهم من رتب وقال: إن لم يحلف الولي، فالوكيل أولى، وإلا فوجهان لقوة الولاية.

فرع: إذا قلنا: يحلف الولي فنكل، فـهل يقضى بيمين صاحـبه، أم يوقف حتى تبلغ الصبية وتفيق المجنونة فلعلها تحلف؟ فيه وجهان نقلهما الحناطي.

فرع: جميع ما ذكرنا في هذه المسألة، هو فيما يتعلق بإنشاء الولي، أما ما لا يتعلق به، بأن ادعى على رجل أنه أتلف مال الطفل، فأنكر المدعى عليه ونكل، فهل يحلف اليمين المردودة إتمامًا للخصومـة واستخلاصًا لحق الصبي، أم لا لأنه لا يتعلق بإنشائه؟ وجهان. أصحهما: الثاني. وعلى هذا لا يقضى بالنكول، بل يتـوقف حتى يبلغ الـصبي. وفي وجـه: لا تعرض اليـمين على المدعى عليـه، ويتوقف في أصل الخصـومة. وأفتى القفال فـيما إذا ادعى الولي على رجل دينًا ورثه الصبي وأقام بينة به، فـقال الخصم: كنت قضيـتُه، أو أبرأني مورثه، أنه لا يحلف الولي، بل يحلف الصبي إذا بلغ على نفي العلم بذلك. ولو أقر القيم بما قاله الخصم، انعـزل وأقام القاضي غيره. ولو ادعى أن هذا القيم قـبضه وأنكر، حلف.

السادسـة: ادعت على رجل أنه نكحـها يوم الخمـيس بألف، ونكحـها يوم

Marfat.com

السبت بألف، وطلبت الألفين، سمعت دعواها لإمكان ثبوت الألفين بأن يطأها يوم الجمعة، ويخلعها ثم ينكحها يوم السبت، وإذا ثبت العقدان بالبينة، أو بإقراره، أو بيمينها بعد نكوله، لزمه الألفان، ولا يحتاج إلى التعرض لتخلل الفرقة، ولا لحصول الأصل، لأن كل عقد منهما ثبت مسماه والأصل بقاؤه. فإن ادعى أن العقد الثاني كان إظهاراً للأول لا إنشاءً، لم يقبل. وهل له تحليف المرأة على نفي ذلك؟ وجهان حكاهما في «العدة» أصحهما: له. فإن ادعى على أنه لم يصبها في النكاح الأول، صدق بيمينه، ولا يطالب من المهر الأول إلا بالنصف، وتكون معه بطلقتين. ولو ادعى في النكاح الثاني الطلاق قبل الإصابة، صدق بيمينه، وقنع منه بنصف المهر الثاني أيضًا. ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه كذا يوم الخميس بألف، ثم يوم الجمعة بألف، وطالبه بالثمنين، لزمه الثمنان إذا ثبت العقدان كما في المهرين.

السابعة: رجل يملك أبوي حرة، فنكحها على أحدهما معينًا، ثم اختلفا، فقال: أصدقتك أباك فقالت: بل أمي، فوجهان. أصحهما: يتحالفان. والثاني: يصدق الزوج بيمينه في أنه لم يصدقها أمها، وتحلف هي أنه لم يصدقها الأب، ولها مهر مثلها، ويعتق الأب بإقرار الزوج أنه أصدقها الأب لتضمنه الإقرار، لأنه عتق عليها ولا غرم على المرأة، لأنها لم تفوت عليه شيئًا، فصار كما لو قال لرجل: بعتك أباك فأنكر، عتق عليه بإقراره. إن قلنا بالتحالف فحلفا، عتق الأب بإقرار الزوج، ولها مهر مثلها، وليس عليها قيمة الأب، وولاؤه موقوف، لأن الزوج يقول: هو لها، وهي تنكره. وإن حلفت دونه، عتق الأبوان. أما الأب، فبإقراره، وأما الأم، فلأنا حكمنا بكونها صداقًا، وليس عليها قيمة واحدة منهما. وإن حلف دونها، رقت الأم، وعتق الأب، وولاؤه موقوف. وإن لم يحلف واحد منهما، عتق الأب، ولا تتمكن هي من طلب المهر، لأن من ادعى شيئًا ونكل عن اليمين بعد الرد، كان كمن لم يدع شيئًا. ولو قال الزوج: أصدقتكِ أباكِ ونصف أمك وقالت: بل أصدقتني كليهما، تحالفا بلا خلاف،

Marfat.com

لأن الاختلاف هنا في قدر الـصداق. فإذا حلفا، فلها مهر المثل وتـعتق، وعليها قيمـته لاتفاقهما أنه عـتق عليها بحكم الصداق، فلما تحـالفا بطل الصداق، ولا سبيل إلى رد العتق فوجـبت القيمة، كما لو اشترى عبدًا فأعـتقه، ثم اختلفا في الثمن وتحالفا. وأما الأم، فـيعتق عليها نصفها. فإن كـانت موسرة، عتق الباقي بالسراية وعليها قيمة ما يعتق منها، ويجيء التقاص.

ولو حلف الزوج دونهـا، عـتـق الأب ونصف الأم، ولا سـراية إن كـانت معسرة، ولا شيء لها ولا عليها، لأنا حكمنا بيمينه أن الصداق هو الأب ونصف الأم. ولو حلفت دونه، حكم بكونهـما صـداقًا وعتـقًا، ولا شيء عليـها. ولو قالت: أصـدقتني الأم ونصف الأب، فقال: لا بل الأب ونصف الأم، تحـالفا. فإذا حلفـا، فلها مهر المثل، ويعـتق من الأب نصفه لاتفاقـهما، ونصفـه بإقرار الزوج وعليها قيـمة ما اتفقا عليه. وأما الأم، فـيعتق نصفها باتفاقـهما، ويسري إلى الباقي إن كانت موسرة، وعليها قيمة ما عتق منها.

الثامنة: اخـتلفا في أداء المهـر، فالقول قـولها بيـمينها، سـواء اختلفـا قبل الدخول أو بعده. فلو اتفـقا على قبض مال، فـقال: دفعته صـداقًا وقالت: بل هدية. فإن اتفـقا على أنه تلفظ واختلفـا، هل قال: خذي هذا صداقًـا أم قال: هدية؟ فالقـول قوله بيـمينه. وإن اتفقـا أنه لم يجر لفظ، واخـتلفا فيـما نوى، فالـقول قـوله بيمـينه أيضًا. وقـيل: بلا يمين، وسواء كـان المقبـوض من جنس الصداق أم غيره، طعامًا أم غيره. فإذا حلف الزوج، فإن كان المقبوض من جنس الصداق، وقع عنه، وإلا فـإن رضيا ببيـعه بالصداق، فذاك، وإلا اسـترده وأدى الصداق. فإن كان تالفًا، فله البدل عليها وقد يقع في التقاص.

ولو بعث إلى بيت من لا دين له عليه شـيئًا ثم قال: بعثـته بعوض، وأنكر المبعوث إليه، فالقول قول المبعوث إليه.

التاسـعة: ادعى دفع الصـداق إلى ولي الصغـيرة والمجنونة، أو السـفيـهة، سمـعت دعواه. وإن ادعى دفـعه إلى ولي البالغـة الراشدة، لم يسـمع الدعوى

Marfat.com

عليها، إلا أن يدعي إذنها، وسواء البكر والثيب. وفي البكر وجه، (و) الخلاف مبني على أن الولي، هل يملك قبض مهر البكر الرشيدة؟ والمذهب منعه. وفيه قول أو وجه. ومنهم من لم يثبته وقطع بالأول. وإذا قلنا بالمذهب، فاستأذنها فسكتت، لم يستفد بسكوتها الإذن في القبض، وقياس القول أو الوجه الضعيف، أن يستفيده وإن نهت عنه كتزويجها.

العاشرة: وقع الاختلاف في غير المنكوحة، فهو اختلاف في عقدين، القول في كل منهما قول النافي. وإن قال: نكحت هاتين بألف، فقالت إحداهما أو وليهما: بل نكحت هذه فقط بألف، فهذا اختلاف في قدر مهر المتفق على نكاحها. وأما الأخرى، فالقول قول المنكر.

فصل: يتعلق بكتاب الصداق: أصدقها جارية، ثم وطىء الجارية عالمًا بالحال، فإن كان بعد الدخول، فعليه الحد، ولا يقبل قوله: لم أعلم أنها ملكتها بالدخول، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام. وإن كان قبل الدخول، فلا حد. وعللوه بشيئين. أحدهما: لا يبعد أن يخفى مثل هذه الأحكام عن العوام. والثاني: اختلاف العلماء، فإن مالكًا رحمه الله تعالى قال: لا تملك قبل الدخول إلا نصف الصداق. فإن كان عالمًا بأنها تملك جميع الصداق بالعقد، فعلى التعليل الأول يحدّ. وعلى الثاني، لا. وحيث قلنا: يحد، فأولدها، فالولد رقيق، وعليه المهر إن كانت مكرهة. وحيث قلنا: لا يحد، فالولد نسيب حر، وعليه قيمته يوم سقوطه.

فصل: خالع زوجته المدخول بها، ثم نكحها في العدة، وطلقها قبل الدخول في النكاح الثاني، يتشطر المهر عندنا. وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يجب جميعه، وبالله التوفيق.

❑❑❑

Marfat.com

باب الوليمة(١)

هي عامة على ما قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى، تقع على كل دعوة تتخذ بسرور حادث، من نكاح أو ختان أو غيرهما. لكن الأشهر استعمالها عند الإطلاق في النكاح، وتقيد في غيره، فيقال: وليمة الختان وغيره، ويقال لدعوة الختان: إعذار، ولدعوة الولادة: عقيقة، ولسلامة المرأة من الطلق: خُرس. وقيل: الخرس لطعام الولادة، ولقدوم المسافر: نقيعة، ولإحداث البناء: وكيرة، ولما يتخذ للمصيبة: وضيمة، ولما يتخذ بلا سبب: مأدُبة.

قلت: الإعذار بالعين المهملة، وبالذال المعجمة. والخرس، بضم الخاء المعجمة، وبالسين المهملة، ويقال: بالصاد. المأدبة، بضم الدال وفتحها. والوضيمة، بكسر الضاد المعجمة. وقول الأصحاب: النقيعة لقدوم المسافر، ليس فيه بيان من يتخذها أهو القادم أو المقدوم عليهم؟ وفيه خلاف لأهل اللغة. فنقل الأزهري عن الفراء، أنه القادم. وقال صاحب «المحكم»: هو طعام يُصنع للقادم وهو الأظهر. والله أعلم.

وفي وليمة العرس قولان، أو وجهان. أحدهما: أنها واجبة، لقوله ﷺ في الحديث الصحيح: «أولم ولو بشاة»(٢). وأصحهما: أنها مستحبة كالأضحية

---

(١) الوليمة لغة: مشتقة من الولم، وهو الجمعُ لاجتماع الزوجين.
وبمعنى تم، وهي في الحقيقة جامعة للأمرين ففيها اجتماع وفيها إتمام.
وفي الاصطلاح: اسم لطعام العرس خاصة لا يقع على غيره.

(٢) صحيح البخاري (٥١٥٥)، وصحيح مسلم (١٤٢٧) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه
ـ قال الشيخ ابن العثيمين ـ رحمه الله ـ في الشرح الممتع: فقوله لعبد الرحمن بن عوف (أولم) هذا فعل أمر، وأقل أحوال الأمر الاستحباب.
وقال الشيخ صالح بن فوزان في الملخص الفقهي:
وحكم وليمة العرس أنها سنة باتفاق أهل العلم، وقال بعضهم بوجوبها.
ـ وقت إقامة وليمة العرس موسع، يبدأ من عقد النكاح، إلى انتهاء أيام العرس. انتهى باختصار.
قلت (فؤاد): والأفضل أن تكون الوليمة بعد الدخول. لأن النبي ﷺ لما رأى على عبد الرحمن بن عوف أثر صفرة. =

وسائر الولائم، والحديث على الاستحباب، وقطع القفال بالاستحباب، وأما سائر الولائم، فمستحبة، ليس بواجبة على المذهب وبه قطع الجمهور، ولا يتأكد تأكد وليمة النكاح. قال المتولي: وخرج بعضهم في وجوب سائر الولائم قولاً، لأن الشافعي رحمه الله قال بعد ذكرها: ولا أرخص في تركها.

فرع: أقل الوليمة على ما ذكره ابن الصباغ وغيره، للمتمكن شاة وإن لم يتمكن، اقتصر على ما يقدر عليه.

فرع: وأما الإجابة إلى الدعوة، ففي وليمة العرس تجب الإجابة إن أوجبنا الوليمة، وكذا إن لم نوجبها على الأظهر. وقيل: على الأصح، صححه العراقيون والروياني وغيرهم، للأحاديث الصحيحة «من دعي إلى وليمة فليأتها». والثاني: أنها مستحبة. وأما غير وليمة العرس، فالمذهب أن الإجابة فيها مستحبة. وقيل: بطرد الخلاف في الوجوب. وإذا أوجبنا الإجابة، فهي فرض عين على الأصح. وقيل: فرض كفاية. ثم إنما تجب الإجابة أو تستحب بشروط. منها: أن يعم عشيرته أو جيرانه، أو أهل حرفته، أغنياءهم وفقراءهم، دون ما إذا خص الأغنياء. ومنها: أن يخصه بالدعوة بنفسه، أو يبعث إليه شخصًا. فأما إذا فتح باب داره وقال: ليحضر من أراد، أو بعث شخصًا: ليحضر من شاء، أو قال لشخص: احضر وأحضر معك من شئت، فقال لغيره: احضر، فلا تجب الإجابة ولا تستحب. ومنها: أن لا يكون إحضاره لخوف منه، أو طمع في جاهه، أو ليعاونه على باطل، بل تكون للتقرب، أو التودد. ومنها، أن يدعوه مسلم. فإن دعاه ذمي فهل هو كالمسلم أم لا تجب قطعًا؟ طريقان. أصحهما: الثاني. ولا يكون الاستحباب في إجابته كالاستحباب في دعوة المسلم، لأنه قد يرغب عن طعامه لنجاسته وتصرفه الفاسد، وتكره مخالطة

= فقال: «ما هذا؟» قال: يا رسول الله إني تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب. قال: «فبارك الله لك. أولم ولو بشاة» [متفق عليه].

ـ وكذلك بعد دخوله ﷺ بزينب بنت جحش دعا الناس إلى الوليمة وكان الطعام من الخبز واللحم. (والحديث: متفق عليه).

الذمي وموادته. ومنها: أن يدعو في اليوم الأول. فلو أولم ثلاثة أيام، فالإجابة في اليوم الثالث مكروهة، وفي الثاني لا تجب قطعًا، ولا يكون استحبابها كالاستحباب في اليوم الأول.

فرع: إذا اعتذر المدعو إلى صاحب الدعوة، فرضي بتخلفه، زال الوجوب وارتفعت كراهة التخلف.

فرع: دعاه جماعة، أجاب الأسبق، فإن جاءا معًا، أجاب الأقرب رحمًا، ثم الأقرب داراً كالصدقة.

ومنها: أن لا يكون هناك من يتأذى بحضوره، ولا يليق به مجالسته. فإن كان، فهو معذور في التخلف. وأشار في «الوسيط» إلى وجه فيه.

ومنها: أن لا يكون هناك منكر كشرب الخمر والملاهي. فإن كان، نظر، إن كان الشخص ممن إذا حضر رفع المنكر، فليحضر إجابة للدعوة وإزالة للمنكر، وإلا فوجهان. أحدهما: الأولى أن لا يحضر، ويجوز أن يحضر ولا يستمع وينكر بقلبه، كما لو كان يضرب المنكر في جواره، فلا يلزمه التحول وإن بلغه الصوت، وعلى هذا جرى العراقيون. والثاني وهو الصحيح: يحرم الحضور لأنه كالرضا بالمنكر وإقراره.

قلت: الوجه الأول غلط، ولا يثبت عن كل العراقيين، وإنما قاله بعضهم وهو خطأ، ولا يغتر بجلالة صاحب «التنبيه» ونحوه ممن ذكره. والله أعلم.

فإذا قلنا بالثاني، فلم يعلم حتى حضر، نهاهم، فإن لم ينتهوا، فليخرج. وفي جواز القعود وجهان.

قلت: أصحهما: التحريم. والله أعلم.

فإن لم يمكنه الخروج، بأن كان في الليل ويخاف من الخروج، قعد كارهًا ولا يستمع. ولو كانوا يشربون النبيذ المختلف في إباحته، لم ينكره، لأنه مجتهد فيه. فإن كان حاضره ممن يعتقد تحريمه، فكالمنكر المجمع على تحريمه. وقيل: لا.

فرع: ومن المنكرات، فرش الحرير وصور الحيوانات على السقوف والجدران، والثياب الملبوسة، والستـور المعلقة، والوسائد الكبار المنصوبة، ولا بأس بما على الأرض، والبساط الذي يداس، والمخاد التي يتكأ عليها، وليكن في معناها الطبق والخوان، والقصعة. ولا بأس بصور الأشـجار، والشمس، والقمر. وفي وجه: يكره صورة الشجـر. ولو كانت صور الحيوانات مـقطوعة الرؤوس، فلا بأس به على الصحيح، ومنعه المتولي. وهل دخول البيت الذي فيه الصور الممنوعة حرام أم مكروه؟ وجهـان. وبالتحريم قال الشـيخ أبو محمد، وبالكراهة قـال صاحب «التقـريب» والصيـدلاني، ورجحـه الإمام والغـزالي في «الوسيط». ولـو كانت الصورة في الممـر دون موضع الجلوس، فلا بأس بالدخـول والجلوس، ولا يترك إجابة الدعوة بهـذا السبب. وكذا لا بأس بدخول الحـمام الذي على بابه صور، كذا قاله الأصحاب.

فرع: يحـرم على المصور التـصوير على الحـيطان والسقـوف، ولا يستـحق أجرة. وفي نسج الثيـاب المصورة وجهان، جوزه أبو محمـد لأنها قد لا تلبس، ورجح المنع الإمام والغزالي تمسكًا بالحديث «لعن الله المصورين».

قلت: الصحيح التحريم، والحديث صحيح. والله أعلم.

وطرد المتـولي الوجهين في التـصوير على الأرض ونحـوها، وكأن مـن قال بالمنع. قال: ليس له أن يصور، لكن إن اتفق يسامح به ولا يجب طمسه.

قلت: الصحيح تحريم التصوير على الأرض وغيرها. والله أعلم.

فصل: الصوم ليس عذرًا في ترك إجابة الدعوة. فإذا حضرِ الصائم، إن كان صوم فرض مضـيق الوقت، حرم الفطر. وإن كان موسعًا كـالنذر المطلق وقضاء رمضـان، فإن لم نجوز الخروج منه، حـرم الفطر، وإلا فقيل هو كـصوم النفل. وعن القاضي حسين كراهة الخروج منه، لأن ذمته مشغولة. وإن كان صوم نفل، فإن لم يشق على صاحب الدعوة إمساكه، استحب إتمام صومه، وإن شق عليه،

استحب الفطر. أما المفطر، ففي أكله وجهان. أحدهما: يجب وأقله لقمة، وأصحهما: أنه مستحب.

فصل: دعاه من أكثر ماله حرام، كرهت إجابته كما تكره معاملته. فإن علم أن عين الطعام حرام، حرمت إجابته.

فصل: المرأة إذا دعت النساء، كما ذكرنا في الرجال. فإن دعت رجلاً أو رجالاً، وجبت الإجابة إذا لم يكن خلوة محرمة.

قلت: قال إبراهيم المروزي: لو دعته أجنبية وليس هناك محرم له ولا لها، ولم يخل به، بل جلست في بيت، وبعثت الطعام مع خادم إليه إلى بيت آخر من دارها، لم يجبها مخافة الفتنة. والله أعلم.

فصل: في مسائل تتعلق بالضيافة: إحداها: للضيف أن يأكل إذا قُدِّم إليه الطعام من غير أن يأذن صاحب الطعام لفظًا، إلا إذا كان ينتظر حضور غيره، فلا يأكل حتى يحضر أو يأذن المضيف لفظًا. وفي «الوسيط» أنه لا بد من لفظ وهو شاذ ضعيف، والصحيح الاكتفاء بقرينة التقديم، وللقرينة أثر ظاهر في مثل هذا الباب، وكذلك يجوز الشرب من الحِباب الموضوعة على الطرق، وكان السلف يأكلون من بيوت إخوانهم للانبساط وهم غيب. وقال المتولي: تقديم الطعام، إنما يكفي إذا دعاه إلى بيته. فإن لم يسبق دعوة، فلا بد من الإذن لفظًا، إلا إذا جعلنا المعاطاة بيعًا، وقرينة التقديم لا تختلف لسبق الدعوة وعدمه.

قلت: الصحيح بتقديم الطعام أنه يجوز الأكل بلا لفظ، سواء دعاه أم لا، بشرط أن لا يكون منتظراً غيره كما سبق. وأما الأكل من بيت الصديق وبستانه ونحوهما في حال غيبته، فجائز بشرط أن يعلم من حاله أنه لا يكره ذلك منه. والله أعلم.

الثانية: هل يملك الضيف ما يأكله؟ وجهان. قال القفال: لا بل هو إتلاف بإذن المالك، وللمالك أن يرجع ما لم يأكل. وقال الجمهور: نعم. وبم يملك؟

Marfat.com

فيـه أوجه. قيل: بالوضع بين يديه، وقـيل: بالأخذ، وقيل: بوضـعه في الفم، وقيل: بالازدراد يـتبين حصـول الملك قبـيله. وضعف المتـولي ما سـوى الوجه الأخير. وعلى الأوجه ينبني التمكن من الرجوع.

قلت: قال صـاحب «البيان»: إذا قلنا: يملكه بـالأخذ أو بالوضع في الفم، فهل للآخـذ إباحته لغـيره والتصرف فـيه بغيـر ذلك؟ وجهان. الصحـيح وقول الجمـهور لا يجوز كـما لا يعير المسـتعار. وقـال الشيخ أبو حامـد والقاضي أبو الطيب: يجوز أن يفعل مـا يشاء من البيع والهبة وغيـرهما، لأنه ملكه. قال ابن الصباغ: هذا لا يجيء على أصلهما. والله أعلم.

الثالثـة: ليس للضيف التـصرف في الطعـام بما سوى الأكل، فـلا يجوز أن يحمل معـه منه شيئًا، إلا إذا أخذ ما يعلم رضـا المالك به، ويختلف ذلك بقدر المأخـوذ وجنسـه، وبحال المضـيف والدعـوة. فـإن شك في وقوعـه في مـحل المسامحة، فـالصحيح التحريم، وليس للضيف إطعـام السائل والهرة، ويجوز أن يلقم الأضياف بعـضهم بعضًا، إلا إذا فـاوت بينهم في الطعام، فليس لمن خصّ بنوع أن يطعموا منه غيرهم، ويكره للمضيف أن يفعل ذلك.

الرابعة: يحـرم التطفل، واستـثنى المتولي وغيـره فقـالوا: إذا كان في الدار ضيافة، جاز لمن بينه وبين صاحب الطعام انبساط أن يدخل ويأكل إذا علم أنه لا يشق عليه.

فصل: في آداب الأكل: منها: أن يـقول أولاً: باسم الله[1]، فإن نسي قال إذا تذكر: بسم الله أوله وآخره[2]، وأن يغسل يديه قبل الأكل وبعده، وأن يأكل بأصابعـه الثلاث[3]، وأن يدعو لصـاحب الطعام إن كان ضيفًـا، ويقول: «أكل

---

(١) صحيح البخاري (٥٣٧٦)، وصحيح مسلم (٢٠٢٢) من حديث عمر بن أبي سلمة.
(٢) صحيح. أخرجه أبو داود (٣٧٦٧) والترمذي (١٨٥٨)، وغيرهما من حديث عائشة رضي الله عنها
(٣) صحيح مسلم (٢٠٣٢) من حديث كعب بن مالك.

Marfat.com

طعامكم الأبرار، وأفطر عندكم الصائمون. وصلت عليكم الملائكة»[١]. ويكره أن يأكل متكئًا، وأن يأكل مما يلي آكليه، وأن يأكل من وسط القصعة وأعلى الثريد ونحوه، ولا بأس بذلك في الفواكه، ويكره أن يعيب الطعام[٢]، وأن يقرن بين تمرتين ونحوهما[٣]، وأن يأكل بشماله[٤]، وأن يتنفس في الإناء[٥]، وأن ينفخ فيه[٦]. ولا يكره الشرب قائمًا، وحملوا النهي الوارد على حالة السير.

قلت: هذا الذي قاله من تأويل النهي على حالة السير، قد قاله ابن قتيبة

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود (٣٨٥٤) وابن ماجه (١٧٤٧) وغيرهما.

(٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: ما عاب رسول الله ﷺ طعامًا قط كان إذا اشتهى شيئًا أكله، وإذا كره تركه» [صحيح البخاري (٣٥٦٣)، ومسلم (٢٠٦٤)].

(٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: إن رسول الله ﷺ نهى عن الإقران. إلا أن يستأذن الرجل أخاه». [صحيح البخاري (٥٤٤٦)، وصحيح مسلم (٢٠٤٥)].

ومعنى الإقران: أو القران: هو ضم تمرة إلى تمرة لمن أكل مع جماعة، والمعنى النهي عن الإكثار من أكل التمر إذا كان مع غيره.

ـ قال الخطابي ـ رحمه الله ـ في معالم السنن:

إنما جاء النهي عن القران لمعنى مفهوم وعلة معلومة وهي ما كان عليه القوم من شدة العيش وضيق الطعام وإعوازه، وكانوا يتجوزون في المأكل ويواسون من القليل فإذا اجتمعوا على الأكل تجافي بعضهم عن الطعام لبعض، وآثر صاحبه على نفسه، غير أن الطعام ربما يكون مشفوهًا.

وفي القوم من بلغ به الجوع والشدة فهو يشفق من فنائه قبل أن يأخذ حاجته منه، فربما قرن بين التمرتين وأعظم اللقمة ليسد به الجوع ويشفي به القوم. فأرشد النبي ﷺ إلى الأدب فيه وأمر بالاستئذان ليستطيب به نفس أصحابه فلا يجدوا في أنفسهم من ذلك إذا رأوه قد استأثر به عليهم. أما اليوم فقد كثر الخير واتسعت الرحال وصار الناس إذا اجتمعوا تلاطفوا على الأكل وتحاضوا على الطعام فهم لا يحتاجون إلى الاستئذان في مثل ذلك، إلا أن يحدث حال من الضيق والإعواز تدعو الضرورة فيها إلى مثل ذلك فيعود الأمر إليه إذا عادت العلة، والله أعلم.

(٤) عن جابر عن رسول الله ﷺ قال: «لا تأكلوا بالشمال، فإن الشيطان يأكل بالشمال» [صحيح مسلم:٢٠١٩].

(٥) عن أبي قتادة أن النبي ﷺ نهى أن يتنفس في الإناء» [صحيح البخاري (١٥٣)، وصحيح مسلم (٢٦٧)، و(٢٠٢٨)].

(٦) عن ابن عباس قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يتنفس في الإناء أو ينفخ فيه» [صحيح. أخرجه أبو داود (٣٧٢٨)، والترمذي (١٨٨٩) وغيرهما وأصل الحديث في الصحيحين كما في الحديث الذي قبله.

والمتولي، وقد تأوله آخرون بخلاف هذا. والمختار أن الشرب قائمًا بلا عذر خلاف الأولى، للأحاديث الصريحة بالنهي عنه في «صحيح مسلم»[١].

وأما الحديثان الصحيحان عن علي[٢] وابن عباس[٣] رضي الله عنهم أن النبي ﷺ شرب قائمًا، فمحمولان على بيان الجواز جمعًا بين الأحاديث. وقد اعترض على أحاديث النهي بأشياء باطلة، أوضحت جوابها في شرح «صحيح مسلم»[٤]. ويكره الشرب من فم القربة[٥]. ومن آداب الأكل: حمد الله تعالى في آخره. وكذلك في آخر الشرب فيقول: «الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركًا فيه غير مكفي ولا مكفور ولا مودَّع، ولا مستغنى عنه ربنا». ثبت ذلك في «صحيح البخاري»[٦] عن النبي ﷺ أنه كان يقوله، وقد جاءت في هذا أذكار كثيرة في الصحيح وغيره، وقد جمعت مقاصدها في كتاب «أذكار الطعام» من كتاب «الأذكار»، وشرحت فيه هذه الألفاظ أحسن شرح وأوجزه، مع جمل مما يتعلق بالأطعمة. وقوله: ربنا، يجوز بالرفع على الابتداء، وبالنصب على الاختصاص أو النداء، وبالجر على البدل من قوله: الحمد لله. وإذا أكل جماعة، فمن الأدب أن يتحدثوا على طعامهم بما لا إثم فيه[٧]، ويكره أن يتمخط ويبصق في حال

---

(١) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يشربن أحد منكم قائمًا، فمن نسي فليستقيء» [صحيح مسلم (٢٠٢٦)].

(٢) عن النزَّال بن سبرة قال: «أتى علي رضي الله عنه على باب الرحبة بماء فشرب قائمًا فقال: إن ناسًا يكره أحدهم أن يشرب وهو قائم، وإني رأيت النبي ﷺ فعل كما رأيتموني فعلت» [صحيح البخاري (٥٦١٥)].

(٣) عن ابن عباس قال: «شرب النبي ﷺ قائمًا من زمزم» [صحيح البخاري (٥٦١٧)، وصحيح مسلم (٢٠٢٧)].

(٤) راجع شرح صحيح مسلم للنووي (٦/ ٥٦٨) تحقيق د. عبد المعطي قلعجي.

(٥) عن أبي هريرة: «نهى رسول الله ﷺ عن الشرب من فم القربة، أو السقاء» [صحيح البخاري (٥٦٢٧)].

(٦) صحيح البخاري (٥٤٥٨) من حديث أبي أمامة.

(٧) عن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ سأل أهله الأدم، ما عندنا إلا خلّ فدعا به، فجعل يأكل به ويقول: «نعم الأُدُمُّ الخل، نعم الأدم الخل» [صحيح مسلم (٢٠٥٢)]. =

Marfat.com

أكلهم إلا لضرورة، ويكره أن يقرب فمه من القصعة بحيث يرجع من فمه إليها شيء. ويستحب أن يلغق القصعة، وأن يلعق أصابعه(١)، وأن يأكل اللقمة الساقطة ما لم تتنجس ويتعذر تطهيرها، للأحاديث الصحيحة في ذلك(٢). والأولى أن لا يأكل الشخص وحده، وأن لا يرتفع عن مؤاكلة الغلام والصبيان والزوجة، وأن لا يتميز على جلسائه بنوع إلا لحاجة، كدواء، ونحوه، وأن يمد الأكل مع رفقته ما دام يظن لهم حاجة إلى الأكل، وأن يؤثرهم بفاخر الطعام، كقطعة لحم وخبز لين، أو طيب ونحو ذلك، وقد سبق استحباب التسمية في أول الطعام، وهي مستحبة لكل آكل، حتى الحائض والنفساء. وينبغي أن يجهر بها جهراً يسمعه رفقته سماعًا محققًا، ليقتدى به فيها، وليتنبه غيره لها ويستحب لكل واحد من الجماعة، أن يسمي. فإن سمى واحد من الجمع، أجزأ عن الباقين، نص عليه الشافعي رضي الله عنه، وقد ذكرته في «كتاب الأذكار» وفي «طبقات الفقهاء» في ترجمة الشافعي، وهو شبيه برد السلام، وتشميت العاطس، فإنه يكفي قول أحد الجماعة. ومن ترك التسمية عامدًا أو مكرهًا، أو لعارض آخر، ثم تمكن في أثناء أكله، سمى، كما لو نسيها، وسبق مثله في الوضوء، والتسمية في المشروب كالمأكول. ولا بأس بقوله: لا أشتهي هذا الطعام، أو ما اعتدت أكله، لحديث الضب(٣). ويستحب لمن حضر وهو صائم ولم يأكل، أن يدعو لأهل الطعام، ويستحب الترحيب بالضيف وحمد الله تعالى على حصوله ضيفًا

= ـ قال النووي في شرح صحيح مسلم.

فيه: استحباب الحديث على الأكل تأنيسًا للآكلين.

(١) عن جابر، أن النبي ﷺ أمر بلعق الأصابع والصحفة وقال: «إنكم لا تدرون في أية البركة» [صحيح مسلم (٢٠٣٣)].

(٢) عن أنس أن رسول الله ﷺ قال: إذا سقطت لقمة أحدكم فليمط عنها الأذى، وليأكلها، ولا يدعها للشيطان» [صحيح مسلم (٢٠٣٤)].

(٣) عن ابن عمر قال: سئل النبي ﷺ عن الضب؟ فقال لست بآكله ولا مُحَرِّمه (وفي رواية: فأجدني أعافه) [صحيح مسلم (١٩٤٣ـ١٩٤٥)].

Marfat.com

عنده، وسروره به، وثناؤه عليه لجعله أهلاً لتضيـيفه. ففي «الصحيحين»[1]، أن رسول الله ﷺ قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخـرَ، فليكرم ضيفه». والله أعلم.

فصل: يجوز نثر الجوز واللوز والتمـر والسكر ونحوها في الإملاكات. وهل يكره أم يستحب، أم لا يسـتحب ولا يكره، بل تركه أولى؟ فيه أوجـه. أصحها الثالث. والتـقاط النثار جائز، لكن الأولى تركـه، إلا إذا عرف أن الناثر لا يؤثر بعضـهم على بعض، ولم يقـدح الالتقاط في مـروءته، ثم من التقـط لم يؤخذ منه. وهل يملكـه؟ وجهـان. أحـدهمـا: لا، لأنه لم يوجـد لفـظ تمليك لمعين والثاني: يملك اعتباراً بالعادة، والأئمة إلى هذا الوجه أميل، وهو مقتضى إطلاق أكثـرهم. فعلى الأول، للناثر الاسـترجاع. قـال ابن كج: له الاسترجـاع ما لم يخرج الملتقط من الدار، وعليه الغـرم إن أتلفه. وإن قلنا: يملك فهل يخرج عن ملك الناثر بالنثر، أم بأخذ الملتقط، أم بإتلافه؟ فيه أوجه.

قلت: الأصح أنه يملك بالأخذ كسائر المباحات. والله أعلم.

ومن وقع في حجره شيء من النثار، فـإن بسطه لذلك، لم يؤخذ منه. فإن سقط منه بنفس الوقوع، لم يبطل حقه على الأصح، فيمنع غيره من أخذه. وإن لم يبسطه له، لم يملكه، لعدم القصد والفعل. فإن نفضه، فهو كما لو وقع على الأرض أولاً، وإلا فهـو أولى به من غيـره، وليس لغـيره أن يأخذه. فـلو أخذه غيـره، ففي ملكه وجهان جـاريان، فيما لـو عشش طائر في ملكه فأخذ فـرخه غيره. وفـيما إذا دخل السـمك مع الماء حوضه، وفيـما إذا وقع الثلج في ملكه فأخذه غيره، وفيما إذا أحيا ما يحجره غيره. لكن الأصح أن المحيي يملك. وفي هذه الصور ميلهم إلى المنع أكثـر، لأن المتحجر غير مالك فليس الإحـياء تصرفًا في ملك غيره، بخلاف هذه الصورة ولو سقط من حـجره قبل أن يقصد أخذه،

(١) صحيح البخاري (٦٠١٩)، وصحيح مسلم (٤٧، ٤٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه

Marfat.com

أو قام فسقط، بطل اختصاصه، كما لو طار الفرخ، فإنه يجوز لغير صاحب الأرض أخذه بلا خلاف. ثم اختصاص من وقع في حجره مخصوص بمن هو ممن يأخذه. أما من يعلم أنه لا يأخذه ولا يرغب فيه، فلا اختصاص له به، ويجوز لغيره أخذه من حجره، ذكره البغوي وغيره. ويكره أخذ النثار من الهواء بالملاءة والأزر المربوطة برؤوس الخشب. فإن أخذ كذلك، استحقه ونثر الدراهم والدنانير، كنثر السكر ذكره المسعودي.

قلت: ولو التقط النثار صبي ملكه، ولو التقطه عبد ملكه سيده، ذكره إبراهيم المروزي، والختان في هذا كإملاك. والله أعلم.

Marfat.com

كتاب عِشرة النساء
والقسم والشقاق

فيه بابان.

الباب الأول: في عشرتهن والقسم.

النكاح مناط حقوق الزوج على الزوجة، كالطاعة وملازمة المسكن. وحقوقها عليه، كالمهر والنفقة، والكسوة، والمعاشرة بالمعروف. قال الله تعالى: ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾ [البقرة:٢٢٨] والمراد تماثلها في وجوب الآداب. وقال تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ [النساء:١٩].

قال الشافعي رحمه الله: جماع المعروف بين الزوجين، الكف عن المكروه، وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه من غير إظهار كراهته في تأديته. فأيهما مطل بتأخيره، فمطل الغني ظلم، قال الأصحاب: أراد بالكف عن المكروه، الامتناع عما يكرهه صاحبه، وبإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه أن لا يحوجه في أداء الحق إلى كلفة ومؤنة. وبقوله من غير إظهار كراهة، أن يؤدي الحق راضيًا طلق الوجه. ومن المعاشرة بالمعروف: القسم. وفائدته: العدل والتحرز عن الإيذاء والإيحاش بترجيح البعض، وقد يعرض ما يقتضي التفضيل. ويتضمن الباب خمسة أطراف.

الأول: في استحقاق القسم. من له زوجة واحدة، ينبغي أن لا يعطلها، فيستحب أن يبيت عندها ويحصنها، وأدنى الدرجات أن لا يخلي أربع ليال عن ليلة، ولا يجب عليه المبيت بحال، لأنه حقه فله تركه. ولو كان له مستولدات

Marfat.com

أو إماء، فلا قسم لهن، ويستحب أن لا يعطلهن، وأن يسوي بينهن. ولو كان معهن نساء، فلا قسم بينهن وبين النساء. حتى لو بات عند المنكوحات أو عند الإماء، فلا قسم للأخريات. وإذا كان تحته زوجتان فأكثر، فالإعراض عن جملتهن كالإعراض عن الواحدة المنفردة. وحكى القاضي أبو حامد وجهًا أنه يلزمه القسم بينهن، ويحرم إعراضه عنهن، ويمكن أن يجيء مثله في الواحدة. ولو بات عند بعضهن، لزمه مثله للباقيات. وإذا سوى بينهن في الظاهر، لم يؤاخذ بزيادة ميل قلبه إلى بعضهن، ولا تجب التسوية في الجماع، لكن يستحب التسوية فيه وفي سائر الاستمتاعات. ولو قسم بينهن مدة وسوى ثم أعرض عنهن، جاز كالابتداء.

فصل: فيمن تستحق القسم: فيه مسائل.

إحداها: تستحقه المريضة، والرتقاء، والقرناء، والحائض، والنفساء، والمحرمة، والمؤلى منها، والمظاهر منها، والمراهقة، والمجنونة التي لا يخاف منها، لأن المراد الأنس. قال المتولي: والمعتدة عن وطء شبهة لا قسم لها، لأنه يحرم الخلوة بها.

الثانية: إذا نشزت عن زوجها، بأن خرجت من مسكنه، أو أراد الدخول عليها فأغلقت الباب ومنعته، أو ادعت عليه الطلاق، أو منعت التمكين، فلا قسم لها كما لا نفقة. وإذا عادت إلى الطاعة، لم تستحق القضاء، وامتناع المجنونة كامتناع العاقلة، لكن لا تأثم.

الثالثة: إن لم ينفرد بمسكن وطاف عليهن في مساكنهن، فذاك، وإن انفرد، فيتخير بين المضي إليهن ودعائهن إلى مسكنه في نوبتهن والأول أولى اقتداءً برسول الله ﷺ. فإن دعاهن، لزمهن الإجابة. ومن امتنعت، فهي ناشزة. وهل له أن يدعو بعضهن إلى مسكنه ويمضي إلى مسكن بعضهن؟ وجهان. وقال الحناطي: قولان. أصحهما: المنع، وبه قطع البغوي والسرخسي وغيرهما. فإن أقرع بينهن ليدعو من خرجت قرعتها إلى منزله، فينبغي القطع بالجواز،

Marfat.com

كالمسافرة ببعضهن بالقرعة. ثم الوجهان، إذا لم يكن التخصيص بعذر، فإن كان بأن كان مسكن إحداهما قريبًا إليه، فمضى إليها ودعا الأخرى لتخف عنه مؤنة السير، لزمها الإجابة، وكذا لو كان تحته عجوز وشابة، فحضر بيت الشابة لكراهة خروجها ودعا العجوز، فلزمها الإجابة، فإن أبت، بطل حقها. وإذا كان يدعوهن إلى منزله، فمنع بعضهن شغل لها، بطل حقها. وإن منعها من الإجابة مرض، قال ابن كج: عليه أن يبعث إليها من يحملها إليه.

ولو أقام عنده واحدة منهن، ودعا الباقيات إلى بيتها، لم تلزمهن الإجابة لما فيه من المشقة.

الرابعة: إن سافرت معه، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى. وإن سافرت وحدها من غير إذنه، فهي ناشزة. وإن أذن، نظر، إن كان السفر لغرضه، بقي حقها فيقضيه من حق الباقيات. وإن كان لغرضها كحج وتجارة، سقط حقها على الجديد، فلا قضاء لها. وقيل بالسقوط قطعًا، وفائدة الإذن دفع الإثم.

فصل: فيمن يستحق عليه القسم: هو كل زوج عاقل، وإن كان مراهقًا أو سفيهًا. فإن جاز المراهق، فالإثم على وليه، وإن جاز السفيه، فعلى نفسه، (و) أما المجنون، فإن كان لا يؤمن منه ضرر، فلا قسم، وإن أمن، فإن كان قسم لبعضهن ثم جن، فعلى الولي أن يطوف به على الباقيات قضاءً لحقوقهن، كقضاء الديون.

قال المتولي: وذلك إذا طلبن. فإن أردن التأخير إلى إفاقته لتتم المؤانسة، فلهن ذلك. وإن لم يكن عليه شيء من القسم، فإن رأى منه ميلاً إلى النساء، وقال أهل الخبرة: ينفعه غشيانهن، لزم الولي أن يطوف به عليهن، أو يدعوهن إلى منزله، أو يطوف به على بعضهن، ويدعو بعضهن كما يرى. وإن لم ير منه ميلاً، فليس عليه الطواف به.

وحكى الفوراني وجهًا، أن حق القسم يبطل بالجنون، ولا يطالب الولي

Marfat.com

برعايته بحال، ولا يجري الوجه فيما إذا قيل: ينفعه الغشيان. ولو قيل: يضره، لزمه منعه عنهن.

أما من به جنون منقطع، فإن ضبط، كيوم ويوم، جعلت أيام الجنون كالغَيْبَه، ويقسم في إفاقته. ولو أقام في الجنون عند واحدة، فلا قضاء ولا اعتداد به، كذا قاله البغوي وغيره، وفيه إشعار بأنه لا يقسم أيام جنونه. وحكى أبو الفرج وجهًا، أنه إذا أقام في الجنون عند واحدة، قضى للباقيات. وقال المتولي: يراعي القسم في أيام الإفاقة، ويراعيه الولي في الجنون، ولكل واحدة نوبة من هذا، ونوبة من هذا، وهذا حسن. وإن لم تنضبط الإفاقة، وقسم الولي لواحدة في الجنون، وأفاق في نوبة الأخرى، قال الغزالي: يقضي ما جرى في الجنون لنقصه.

الطرف الثاني: في مكان القسم وزمانه، فيه مسائل.

إحداها: يحرم عليه أن يجمع بين زوجتين، أو زوجات في مسكن ولو ليلة واحدة إلا برضاهن.

والمراد بالمسكن: ما يليق بامرأة من دار وحجرة بيت مفرد. فاللواتي تليق بكل واحدة منهن بيت أو دار أو حجرة، لا يجمع بينهن في دار واحدة ولا حجرة واحدة، لكن لو كان في الدار حجر مفردة المرافق، فله أن يسكنهن فيها. وكذا لو أسكن واحدة في العلو والأخرى في السفل والمرافق متميزة، واللواتي يليق بهن البيوت الفردة له أن يسكن كل واحدة منهن بيتًا من خان واحد، أو دار واحدة، ولا يجمع بينهن في بيت إلا بالرضى. وإذا جمعهما في مسكن بالرضى، كره وطء إحداهما بحضرة الأخرى.

ولو طلب، لم تلزمها الإجابة، ولا تصير بالامتناع ناشزة.

الثانية: عماد القسم الليل والنهار تابع، وله أن يرتب القسم على الليلة واليوم الذي قبلها، أو اليوم الذي بعدها، هذا حكم عامة الناس.

Marfat.com

وأما من يعمل ليلاً ويسكن نهاراً، كالأتُّوني والحارس، فعماد قسمه النهار، والليل تابع، وعماد قسم المسافر وقت نزوله ليلاً كان أو نهاراً قليلاً أم كثيراً.

الثالثة: مَن عماد قسمه الليل، يحرم عليه أن يدخل في نوبة واحدة على الأخرى ليلاً وإن كان لحاجة كعيادة وغيرها. وقيل: يجوز للحاجة، وهو ضعيف، ويجوز الدخول للضرورة بلا خلاف.

قال في «الشامل»: هي مثل أن تموت أو يكون منزولاً بها.

وقال الشيخ أبو حامد وغيره: هي كالمرض الشديد. قال الغزالي: هي كالمرض المخوف. قال: وكذا المرض الذي يحتمل كونه مخوفًا، فيدخل لتبيين الحال. وفي وجه: لا يدخل حتى يتحقق أنه مخوف. ثم إذا دخل على الضرة لضرورة، أو مكث ساعة طويلة، قضى لصاحبة النوبة مثل ذلك في نوبة المدخول عليها، وإن لم تكن إلا لحظة يسيرة، فلا قضاء. ولو تعدى بالدخول، إن طال الزمان، قضى، وإلا، فلا، لكن يعصي. وعن القاضي حسين تقدير القدر المقتضي بثلث الليل. والصحيح أن لا يقدر. هذا إذا لم يجامع المدخول عليها، فإن جامعها، عصى. وفي القضاء أوجه. أحدها: أنه أفسد الليلة، فلا تحسب على صاحبة النوبة. والثاني: يقضي الجماع في نوبة التي جامعها. وأصحها: يقضي من نوبتها مثل تلك المدة، ولا يكلف الجماع. فإن فرض الجماع في لحظة يسيرة، فلا قضاء على هذا الوجه، ويبقى الوجهان الأولان.

فرع: وأما النهار، فلا تجب التسوية فيه بين النسوة في قدر إقامته في البيت، ولكن ينبغي أن تكون إقامته في بيت صاحبة النوبة إن أقام، ولا يدخل على غيرها إلا لحاجة، كعيادة، وتعرّف خبر، وتسليم نفقة، ووضع متاع واحدة. وينبغي أن لا يطيل المقام، ولا يعتاد الدخول على واحدة في نوبة الأخريات، ولا في نوبة واحدة الدخول على غيرها. وإذا دخل على واحدة بغير حاجة، ففي «التجريد» للمحاملي: أنه يجب القضاء، وحكاه عن نصه في «الإملاء». وإن دخل لحاجة، فلا قضاء. هذا هو الصحيح المعروف، وحكى الغزالي وجهين

Marfat.com

آخرين. أحدهما: أن النهار كالليل، ومقتضى هذا الإطلاق، أن لا يدخل إلا لضرورة، وأنه يقضي إذا دخل متعديًا. وحكى ابن كج أن أبا إسحاق حكى في وجوب القضاء قولاً. والثاني: لا حجر بالنهار. ومقتضى هذا أن يدخل ويخرج كيف شاء بلا قضاء، ولا يجوز في دخول الحاجة أن يجامع. وفي سائر الاستمتاعات وجهان. أصحهما: الجواز. وفي كتاب ابن كج وجه أنه يجوز الجماع وهو شاذ.

فرع: مَن عماد قسمه النهار، فليله كنهار غيره، ونهاره كليل غيره في جميع ما ذكرنا.

فرع: نقل البغوي وغيره، أنها إذا مرضت، أو طرأ بها الطلق، فإن كان لها متعهد، لم يبت عندها إلا في نوبتها، ويراعي القسم. وإن لم يكن متعهد، بات عندها ليالي بحسب الحاجة ويقضي للباقيات إن برأت. وإن ماتت، تعذر القضاء. وفي القضاء لا يبيت عند كل واحدة من الأخريات جميع تلك الليالي ولاءً، بل (لا) يزيد على ثلاث ليال، وهكذا يدور حتى يتم القضاء.

ولو مرضت ثنتان ولا متعهد، فقد يقال: يقسم الليالي عليهما، ويسوي بينهما في التمريض، ويمكن أن يقال: يقرع بينهما كما يسافر بها بالقرعة.

قلت: القسم أرجح. والله أعلم.

فرع: كان يعمل تارة بالليل، ويستريح بالنهار، وتارة عكسه، فهل يجوز أن يبدل الليل بالنهار، بأن يكون لواحدة ليلة تابعة ونهار متبوع، وللأخرى ليلة متبوعة ونهار تابع؟ وجهان حكاهما الحناطي.

قلت: الأصح المنع لتفاوت الغرض. والله أعلم.

الرابعة: أقل نوب القسم، ليلة ليلة، ولا يجوز ببعض الليلة. وحكى ابن كج وجهًا، أنه يجوز أن يقسم لكل واحدة بعضًا من ليلة. وحكى الإمام وجهًا

Marfat.com

أنه يجوز أن يقسم لكل واحدة ليلة ونصفًا، ولا يجوز لكل واحدة بعض ليلة. والصحيح المنع مطلقًا.

والأفضل أن لا يزيد على ليلة اقتداءً برسول الله ﷺ، وليقرب عهده بهن كلهن. ولو قسم ليلتين ليلتين، أو ثلاثًا ثلاثًا، جاز، نص عليه. وفي وجه عن أبي إسحاق: لا تجوز الزيادة على ليلة إلا برضاهن. والصحيح الأول. ولا تجوز الزيادة على ثلاثة إلا برضاهن على المذهب. وقيل: قولان أو وجهان. فإن جوزنا الزيادة، فوجهان. أحدهما عن صاحب «التقريب»: لا تجوز الزيادة على سبعة. والثاني عن الشيخ أبي محمد وغيره: تجوز الزيادة ما لم تبلغ أربعة أشهر مدة تربص المؤلي.

الخامسة: إذا أراد الابتداء بالقسم، فوجهان. أحدهما: يبدأ بمن شاء. والصحيح يلزمه القرعة، فيبدأ بالقارعة. فإذا مضت نوبتها، أقرع بين الباقيات. ثم بين الآخرتين، فإذا تمت النوب، راعى الترتيب، ولا حاجة إلى إعادة القرعة. ولو بدأ بلا قرعة، فقد ظلم، ويقرع بين الثلاث. فإذا تمت النوب، أقرع للابتداء.

الطرف الثالث: في التساوي وبيان محل التفاضل.

القسم المشروع للعدل، فيحرم التفضيل وإن ترجحت إحداهما بشرف وغيره، فتجب التسوية بين المسلمة والكتابية، ولا يجوز التفضيل إلا بشيئين. أحدهما: الحرية، فللحرة ضعف ما للأمة، فدورهما أثلاث.

فلو طرأ عتق الأمة، فإما أن يكون الابتداء بالحرة، وإما بالأمة.

الحالة الأولى: بالحرة. فإما أن تعتق في نوبة الحرة، وإما في نوبتها.

القسم الأول: في نوبة الحرة، وهو ضربان.

أحدهما: أن يعتق في القدر المشترك بين الحرة والأمة، بأن عتقت في الليلة

Marfat.com

الأولى من ليلتي الحرة، فيتم الليلة ويبيت الليلة الأخرى عند العتيقة ليسوي بينهما.

الضرب الثاني: عتقت في الليلة الثانية، فلا يلزمه الخروج، بل له أن يبيت عند الحرة بقية الليل، لكن يبيت بعد ذلك عند العتيقة ليلتين. فلو خرج في الحال، وكان بقية الليلة في مسجد أو بيت صديق، لم يلزمه قضاء ما مضى من تلك الليلة. وإن خرج بقية الليلة إلى العتيقة، فقد أحسن.

القسم الثاني: تعتق في نوبة نفسها، فإن عتقت قبل تمام ليلتها، كمل لها ليلتين لالتحاقها بالحرة، وحكى الحناطي وغيره وجهًا، أنها لا تستحق إلا ليلة، نظرًا إلى الابتداء. وإن عتقت بعد تمام ليلتها، لم تستحق إكمال ليلتين، بل يقتصر في تلك النوبة على تلك الليلة، ثم يسوي بينهما. وهل العتق في يومها التالي ليلتها كعتقها في ليلتها؟ حكي عن إمام الحرمين فيه وجهان. أصحهما وهو الموافق لكلام الجمهور: المنع لأنه تابع.

الحالة الثانية: بدأ بالأمة فعتقت في نوبتها، صارت كالحرة فيسوي بينهما وإن عتقت بعد تمام نوبتها، فوجهان. أحدهما: يبيت عند الحرة ليلتين، ثم يسوي بعد ذلك، وبهذا قطع الإمام، والمتولي، والغزالي، والسرخسي، ومنع البغوي تكميل الليلتين وقال: إن عتقت في الأولى من ليلتي الحرة، أتمها واقتصر عليها، وإن عتقت في الثانية، خرج من عندها في الحال. وعلى نحو هذا جرى الشيخ أبو حامد وأصحابه وصاحب «المهذب».

فرع: ذكر ابن كج والشيخ أبو الفرج وغيرهما، أن الأمة إنما تستحق القسم إذا استحقت النفقة وفي نص الشافعي رضي الله عنه إشارة إليه، وقد بينا في «كتاب النكاح» متى تجب نفقتها.

فرع: إسقاط حق القسم بهبته للزوج، أو لضرة الأمة لا للسيد، لأن معظم الحظ في القسم لها، كما أن خيار العيب لها لا له.

فرع: ذكر المتولي، أنه إذا قسم للحرة ليلتين، ثم سافر السيد بالأمة، لم يسقط حقها من القسم، بل على الزوج قضاء ما فات عند التمكن، لأن الفوات حصل بغير اختيارها فعذرت.

السبب الثاني: تجدد النكاح، وهو يقتضي تخصيص الجديدة بزيادة مبيت عند الزفاف، وهي سبع ليال للبكر، وثلاث للثيب، للحديث الصحيح في ذلك، ولتزول الحشمة بينهما، وهذا التخصيص واجب على الزوج. وحكى الحناطي في وجوبه قولين. والمذهب الأول، حتى قال المتولي: لو خرج بعض تلك الليالي بعذر، أو أُخرج، قضى عند التمكن. وتجب الموالاة بين السبع والثلاث، لأن الحشمة لا تزول بالمفرق. فلو فرق، ففي الاحتساب به وجهان ذكرهما أبو الفرج الزاز. وظاهر كلام الجمهور المنع، وذكر الزاز تفريعًا عليه، أنه يوفيها حقها متواليًا، ويقضي ما فرق للأخريات، وسواء كانت ثيوبة الجديدة بنكاح أو زنا أو وطء شبهة. ولو حصلت بمرض أو وثبة، فعلى الوجهين في استئذانها نطقًا في النكاح. ولو كانت الجديدة أمة ـ ولا يتصور ذلك إلا في العبد، فإن له نكاح أمة على حرة ـ فوجهان. أصحهما: أنها كالحرة في استحقاق السبع والثلاث، لأن المراد زوال الحشمة، والأمة كالحرَّة فيه. والثاني: لها نصف ما للحرة كالقسم. وعلى هذا في صفه التنصيف وجهان. أحدهما: تجبر الكسر، فللبكر أربع، وللثيب ليلتان. وأصحهما وبه قطع البغوي: للبكر ثلاث ونصف، وللثيب ليلة ونصف، ثم الاعتبار بحال الزفاف.

فلو نكحها وهي أمة، وزفت إليه وهي حرة، فلها حق الحرائر قطعًا.

وإن عتقت بعد الزفاف، فلها حق الإماء. قال البغوي: ويحتمل أن يقال: لها حق الحرائر إذا عتقت في المدة.

فرع: إذا وفى حق الزفاف من الثلاث أو السبع، لم يقض للباقيات، ويستحب أن يخيّر الثيب بين أن يقيم عندها ثلاثًا بلا قضاء، وبين أن يقيم عندها سبعًا ويقضيهن للباقيات، كما فعل رسول الله ﷺ بأم سلمة رضي الله عنها. فإن اختارت

Marfat.com

السبع فـأجابها، قضى السـبع للباقيات. وإن أقـام بغير اختـيارها، لم يقض إلا الأربع الزائدة، هذا هو المذهب، وبه قطع الأصحاب. وحكي في «المهذب» فيما إذا أقام سبـعًا، وجهين في أنه يقضي السبع، أو أربعًـا، هكذا أطلقه. فإن أراد: إذا التمـستـه، حصل وجـه أنه لا قضاء على خـلاف المذهب. وإن أراد: إذا لم تلتمـسه، أو كلتا الحـالتين، حصل وجه أنه يـجب القضاء، وإن لم يخـتر على خلاف المذهب. ولو التـمست أربعًا، أو خمـسًا، أو ستًّا، لم يقض إلا ما زاد على الثلاث. ولو التمست البكر عشرًا، لم يجبر إجابتها. فإن أجابها، لم يقض إلا ما زاد على السبع.

فرع: لو وفى حق جديدة، ثم طلقها، ثم راجـعها، فليس لها حق الزفاف، لأنها بـاقية علـى النكاح الأول وقد وفى حـقه. وإن أبانهـا ثم جدد نكاحـها، فقولان أو وجهان. أظهرهما: تجدد الحق.

ويجري الخلاف فيما لو أعتق مسـتولدته أو أمته التي هي فراشه ثم نكحها. أما لو أبانها قبل توفية حقها ثم نكحها، فيلزمه التوفية بلا خلاف. ولو أقام عند البكر ثلاثًا وافتضـتها، ثم أبانها ثم نكحها، فإن قلنـا: يتجدد حق الزفاف، بات عندها ثلاث ليال لأنه حق زفاف الثيب. وإن قلنا: لا يتجـدد، بات أربعًا تتميمًا للزفاف الأول.

فرع: نكح جديدتين، وفى لهـما حق الزفاف، وكـذا لو لم يكن في نكاحه غيـرهما. ثم إن زفتا على التـرتيب، أدى حق الأولى أولاً. وإن زفتا مـعًا وهو مكروه، أقرع بينهما للابتداء، فإذا خرجت قرعة إحداهما، قدم الجميع السبع أو الثـلاث. وحكى ابن كج وجهًـا أنه يقدمـها بليـلة ثم يبيت عند الأخـرى ليلة، وهكذا يفعل إلى تمام المدة. وحكى البغوي في «الفتاوى» وجـهًا، أنهما إذا كانتا بكرين أو ثيبين، فليس لهما حق الزفاف إن لم يكن في نكاحه غيرهما. فإن أراد أن يبيت عندهما، لزمه التسوية. وإن كـانت إحداهما بكرًا والأخرى ثيبًا، خص البكر بأربع، ثم يسوي، وهذا ضعيف.

Marfat.com

فرع: في فتاوى البغوي، أن حق الزفاف إنما يثبت إذا كان في نكاحه أُخرى. فإن لم تكن، أو كانت وكان لا يبيت عندها، لم يثبت حق الزفاف للجديدة، كما لا يلزمه أن يبيت عند زوجته أو زوجاته ابتداءً.

فرع: إذا كانت عنده نسوة فزفت إليه الجديدة بعدما سوى بينهن، فيوفيها حقها، ثم يستأنف القسم بين الجميع. وإن كان عنده زوجتان فزفت الجديدة بعدما قسم لإحداهما ليلة، وفي حق الزفاف، ثم يقسم للقديمة الأخرى ليلة، ويبيت عند الجديدة نصف ليلة، لأنها تستحق ثلث القسم، ثم يخرج بقية الليلة إلى مسجد ونحوه، ثم يستأنف القسم بين الثلاث بالسوية.

فرع: ينبغي أن لا يتخلف بسبب حق الزفاف عن الجماعات، وعيادة المرضى، وتشييع الجنائز، وإجابة الدعوات، وسائر أعمال البر التي كان يقوم بها. هذا في النهار، وأما في الليل، فقالوا: لا يخرج لأن هذه مندوبات، والمقام عندها واجب. قالوا: وفي دوام القسم، يجب أن يسوي بينهن في الخروج إلى الجماعات وأعمال البر، بأن يخرج في ليلة الجميع، أو لا يخرج أصلاً. فلو خرج في ليلة بعضهن فقط، فحرام.

الطرف الرابع: في الظلم والقضاء، فيه مسائل.

إحداها: تحته ثلاث نسوة، بات عند ثنتين عشرين ليلة، إما عشراً عند هذه ثم عشراً عند هذه، وإما ليلة ليلة، فتستحق الثالثة عشر ليال متوالية لا يجوز تفريقها. فلو نكح جديدة عقبى العشرين، لم يجز تقديم العشر، لأنه ظلم للجديدة، بل يوفيها أولاً حق الزفاف، ثم يقسم بين الجديدة والمظلومة، ويجعل للمظلومة ليلتها وليلتي الآخرتين، فيبيت عند الجديدة ليلة، وعند المظلومة ثلاث ليال. فإذا دار هكذا ثلاث نوب، فقد وفاها تسعًا وبقيت ليلة. فإن كان بدأ بالمظلومة، فإذا تمت التسع لها، بات عند الجديدة ليلتها لتمام القسم، ثم يبيت عند المظلومة ليلة لتمام العشر، ويبيت عند الجديدة بهذه الليلة ثلث ليلة ثم يخرج إلى موضع خال عن زوجاته، ثم يستأنف القسم بعد ذلك للأربع. وعن

Marfat.com

الشيخ أبي محمد، أنه لا يبيت ثلث الليلة عند الجديدة، ويعذر فيه، وليس بشيء، وإن كان بدأ بالجديدة، فإذا تمت التسع للمظلومة، بات ثلث ليلة عند الجديدة وخرج، ثم يبيت ليلة عند المظلومة، ثم يقسم بين كلهن بالسوية، والقسم بين الجديدة والمظلومة بالقرعة كغيرها.

الثانية: تحته أربعٌ، ثلاث حاضرات، وواحدة غائبة، فظلم واحدة من الحاضرات بالآخرتين، ثم حضرت الغائبة، فيقضي للمظلومة مع رعاية حق التي حضرت، فيقسم لها ليلة، وللمظلومة ثلاثًا، وقد يحتاج آخراً إلى تبعيض ليلة كما سبق في المسألة الأولى، وكذا لو كان يقسم بين نسائه، فخرج في نوبة واحدة لضرورة، بأن أخرجه السلطان، فيقضي لها من الليلة التي بعدها مثل ما خرج، والأولى أن يراعي الوقت، فيقضي لأولى الليل من أوله، ولآخرة من آخره، ويكون باقي الليل في موضع خال عنهن، ويستثنى ما إذا كان يخاف العسس أو اللصوص ونحو ذلك لو خرج، فيعذر في الإقامة، قاله المتولي. والأولى أن لا يستمتع بها فيما وراء زمان القضاء.

فرع: قال في «الأم»: لو كان له أربع، فترك القسم لإحداهن أربعين ليلة، قسم لها عشراً. قال الأصحاب: صورته أن يبيت عند الثلاث عشراً عشراً، ويعطل عشر الرابعة، فلا يبيت عند واحدة فيها. أما إذا وزع الأربعين على الثلاث بالسوية، فحصة كل واحدة ثلاث عشرة ليلة وثلث، فيقسم للرابعة مثل ذلك.

الثالثة: لو وهبت واحدة حقها من القسم، لم يلزم الزوج القبول، فله أن يبيت عندها في نوبتها. فإن رضي بالهبة، نظر، إن وهبت لمعينة، جاز ويبيت عند الموهوب له ليلتين. فإن كانت نوبة الواهبة متصلة بنوبة الموهوب لها، بات ليلتين ولاءً، وإلا فوجهان. أحدهما: أنه إذا انتهت النوبة إلى الموهوب لها، بات عندها ليلتين، لأنه أسهل عليه والمقدار لا يختلف. وقياس هذا، أنه إذا كانت ليلة الواهبة أسبق، وبات فيها عند الموهوب لها، يجوز أن يقدم لها ليلتها ويبيتها

Marfat.com

متصلة بها، وأصحهـما: لا تجوز الموالاة، بل يبيت الليلتين منفصلتين. ولو طلق الواهبة، لم يبت عند الموهوب لها بعد ذلك إلا ليلتها، ولا يشترط في هذه الهبة رضى الموهوب لها على الصحيح. وإن وهبت حقـها للزوج، فهل له تخصيص واحدة بنوبة الـواهبة؟ وجهـان. أحدهمـا: نعم، وبه قطع العراقـيون والروياني وغيـرهم، وإليه ميل الأكـثرين. فعلى هذا، ينظـر هل الليلتان متـصلتان أم لا؟ وحكمـه ما سـبق. والثاني: المنع، فـتـجعل الواهبـة كالمعـدومة، ويسـوي بين الباقيات. ولو أبقى الدور بحـاله، وبات ليلة الواهبة في كل دور عند واحدة من الباقيات، فـلا تفضيل ولا ميل، فلا يبـعد تجويزه. فإن جاز، فقـياسه أن يجوز وضع الدور في الابتـداء كذلك، بأن تجـعل ليلة بين ليـاليـهن دائرة بينهن. ولو وهبت حقها لجمـيع الضرات، أو أسقطت حقها مطلقًا، وجبـت التسوية فيه بين الباقيات بلا خلاف.

فرع: للواهبة أن ترجع في الهبة متى شاءت، ويعود حقها في المستقبل، لأن المستقبل هبة لم تقبض. حتى لو رجعت في أثناء الليل، يخرج من عند الموهوب لهـا. وأما ما مـضى، فلا يؤثـر فيه الرجـوع. وكذا مـا فات قـبل علم الزوج بالرجوع، لا يؤثر فيه الرجوع فلا يقضيه.

وخرج في قضـائه وجه من تصرف الوكيل بعد العـزل قبل العلم. والمذهب الأول.

وشبهـه الغزالي، بما إذا أباحه ثمرة بسـتانه ثم رجع وتناول المباح له بعـضها قبل العلم بالرجـوع. وفي هذه الصورة طريقان مـحكيان فيمـا علق عن الإمام، فعـن الشيخ أبي مـحمد، فـي وجوب الغـرم قولان، كمـسألة الوكـيل. وعن الصيـدلاني القطع بالغرم ومـال إليه الإمام، لأن الغـرامات يستـوي فيـها العلم والجهل.

فرع: لا يجوز أن تأخذ عن حقهـا من القسم عوضًا، لا من الزوج ولا من الضرة. فإن أخذت، لزمها رده، ويسـتحق القضاء على الصحيح، لأنه لم يسلم

Marfat.com

لها العوض. وحكى ابن كج وجهًا أنه لا قضاء.

فرع: بات في نوبتها عند غيرها، وادعى أنها وهبتها وأنكرت، فالقول قولها وعليه البينة، ولا تقبل إلا شهادة رجلين.

الرابعة: إذا ظلم واحـدة، فقد سبق أنه يجب القضـاء، وإنما يمكن إذا كانت المظلومة والمظلوم بسـببهـا في نكاحه، فإن فارق المـظلومة بطلاق أو غيره، فـقد تعذر القضاء، وبقيت الظلامة في ذمته.

قال المتولي: لو قسـم لواحدة، فلما جاءت نوبة الأخرى، طلقهـا قبل توفية حقـها، عصى، لأنه مـنعها حـقها بعـد ثبوته، وهذا سبـب آخر لكون الطلاق بدعيًّا.

قلت: هذا النقل غير مـختص بالمتولي، بل هو مشهور حـتى في «التنبيه». والله أعلم.

ثم إذا عادت المظلومة إليـه بنكاح أو رجعة، والتي ظلم بسببـها في نكاحه، لزمه القضاء لتمكنه، وقيل: إن عادت بنكاح جديد، لم يستحق القضاء بناءً على عدم عود الحنث. فلو لم تكن في نكاحه التي ظلم بسببها حين عادت المظلومة، بل نكح جديداتٍ، فقد تعذر القضاء، لأنه إنما يقضي من نوبة التي ظلم بسببها. ولو لم يفـارق المظلومة وفـارق التي ظلم بسـببـهـا، ثم عادت إلى نكاحـه، أو فارقـهما ثم عـادتا، وجب القضاء، ولا يحـسب من القضـاء ما بات عندها في مفارقة الظالمة، ويجيء في عود النكاح الجديد الوجه السابق.

فرع: في نكاحه ثلاث، فـبات عند ثنتين عشرين ليلة، ثم فـارق إحداهما، يبيت عند المظلومـة عشراً تسوية بينـهما وبين الباقـية ـ كذا ذكره البـغوي، وقال المتولي: يقـضي خمسًا فـقط، لأنه إنما يقضي العشـر من حقهمـا وقد بطل حق إحداهما.

فرع: تحته زوجتـان، ظلم إحداهما، ثم نكح ثالثة، لم يتعـذر القضاء، بل

Marfat.com

يقضي للمظاومة من نوبة المظلوم بسببها كما سبق.

الطرف الخامس: في المسافرة بهن. إذا أراد المسافرة ببعض زوجاته، أقرع بينهن، فيسافر بمن خرجت قرعتها، ولا يقضي مدة السفر، وإنما يسقط القضاء بشروط.

أحدها: أن يقرع، فإن لم يقرع، لزمه القضاء للمخلفات.

وهل يقضي جميع ما بين إنشاء السفر إلى رجوعه إليهن، أم تستثنى مدة الرجوع لخروجه عن المعصية، أم يسقط قضاء ما بعد العزم على الرجوع؟ فيه أوجه. أصحها: الأول، وما ذكرناه من تحريم المسافرة ببعضهن بلا قرعة، سواء فيه كان يقسم لهن أم لا. وأشار الحناطي إلى خلاف في اختصاصه بمن كان يقسم، والمذهب الأول. وإذا خرجت القرعة لواحدة، لم يجز أن يسافر بغيرها، ويجوز أن يخلفها مع الباقيات.

الشرط الثاني: أن لا يقصد بسفره النقلة، وأما سفر النقلة فلا يجوز أن يستصحب فيه بعضهن دون بعض، بقرعة ولا بغيرها. فلو فعل، قضى للمخلفات. وقيل: لا يقضي مدة السفر إن أقرع، والصحيح الأول. ولو نقل بعضهن بنفسه، وبعضهن بوكيله بلا قرعة، قضى لمن مع الوكيل، ويجوز ذلك بالقرعة، كذا ذكره البغوي.

قلت: وفي القضاء في هذه الصورة وجهان في «التنبيه» وغيره، أصحهما: يجب لاشتراكهن في السفر. والله أعلم.

وإذا أخذ في الرجوع إليهن بعد تخصيص واحدة بالنقل، ففي قضاء مدة الرجوع الوجهان، ولا يجوز أن يسافر سفر نقلة ويخلف نساءه، بل ينقلهن بنفسه أو بوكيله، أو يطلقهن لما في تخليفهن من الإضرار بهن، هكذا أطلقه الغزالي قال: وإنما لا يكلف في الحضر البيتوتة اكتفاءً بداعيته. وفي ما علق عن الإمام، أن ذلك أدب وليس بواجب.

الشرط الثالث: أن يكون السفر طويلاً. فإن كان قصيراً، فوجهان. أصحهما عند البغوي والمتولي وغيرهما: أنه كالطويل. والثاني: لا يجوز أن يستصحب بعضهن فيه بقرعة، ولو فعل قضى.

الشرط الرابع: أن لا يعزم على الإقامة، فلا يقضي مدة السفر. وأما إذا صار مقيمًا، فينظر، إن انتهى إلى مقصده الذي نوى إقامة أربعة أيام فأكثر فيه، أو نواها عند دخوله، قضى مدة إقامته، وفي مدة الرجوع وجهان. أصحهما: لا يقضي كمدة الذهاب. وإن لم ينو الإقامة وأقام، فقال الإمام والغزالي: إن أقام يومًا، لم يقضه، والأقرب ما ذكره البغوي: إن زاد مقامه في بلد على مقام المسافرين، وجب قضاء الزائد.

ولو أقام لشغل ينتظره، ففي القضاء خلاف كالخلاف في الترخص. قال المتولي: إن قلنا: يترخص، لم يقض، وإلا فيقضي ما زاد على مدة المسافرين، والقياس في مدة الرجوع في هذه الحالة أن يقال: إن لم نوجب القضاء مدة هذه الإقامة، لم يقض مدة الرجوع، وإلا فعلى الوجهين السابقين، والمذهب من الخلاف في الترخص أنه إن كان يتوقع تنجيز شغله ساعة ساعة، ترخص ثمانية عشر يومًا. وإن علم أنه لا ينجز في أربعة أيام لا يترخص أصلاً.

فرع: قال الغزالي: شرط عدم القضاء، أن يكون سفرًا طويلاً مرخصًا، وهذا يقتضي وجوب القضاء في سفر المعصية.

فرع: استصحب واحدة بقرعة، ثم عزم على الإقامة في بلد، وكتب إلى الباقيات يستحضرهن، ففي وجوب القضاء من وقت كتابته وجهان حكاهما البغوي. وفي فتاويه، أنه لو نوى المقام في بلد قبل وصوله مقصده، يقضي مدة مقامه فيه، وهل يقضي مدة ذهابه إلى المقصد بعد ذلك؟ يحتمل أن يكون على الوجهين في مدة الرجوع، ويحتمل أن يقال: يقضي قطعًا. وأنه إذا استصحب واحدة بلا قرعة قضي للباقيات جميع المدة وإن كان لا يبيت معها، إلا إذا تركها

Marfat.com

في بلد وفارقـها، ويحتمل أن يقـال: لا يقضي إلا ما بات عندها، ويحـتمل أن يقال: يقضي وإن خلفها في بلد.

وفيما علق عن الإمام ذكر وجهين فيمـا لو استصحب واحدة بقرعة في سفر نقلة وأوجبنا القضـاء، هل يخرج من الظلم بتغير عزم النقلة، أم يسـتمر حكمه إلى أن يرجع إلى المخلفات؟

فصل: إذا سافر بزوجتين بقرعة، عدل بينهما، فإن ظلم إحداهما، قضى لها بالسفر، فإن لم يتفق، قضى في الحضر من نوبة التي ظلمها بها. ولو استصحب واحـدة بقرعـة، وأُخرى بلا قـرعة، عـدل بينهمـا أيضًا. ثم إذا رجع، قـضى للمخلفة من نوبة المسـتصحبة بلا قرعـة، ولا تخص مدة السفر بمن استصـحبها بالقـرعـة، إنما يكون كـذلك إذا لم يكن مـعـهـا غيـرها. ولو كـانت إحـدى المستصحبتين جديدة لم يكن قضى حق زفافـها، فيقضيه، ثم يسوي بينهما. ولو أراد تخليف إحـداهمـا في بلد، فله ذلك ولكن تكون بالقـرعـة. ولو نكح في الطريق جديدة، قضى حق زفافها ثم يسوي بينهـما وبين المستصحبات، ولا يلزم القضاء للمخلفـات. ولو خرج وحده، ونكح في الطريق، فكذلك، ولا يقضي للمخلفـات هذا في مدة السفر، فـأما إذا نوى الإقامة في موضـع أو أقام أيامًا، فيقضي في الصورتين ما وراء أيام الزفاف، وفي مدة الرجوع الوجهان.

فرع: تحته زوجـتان، ثم نكح جديدتين وسـافر بإحداهما بقـرعة اندرج حق زفافها في أيام السفر. فإذا عاد، فهل يوفي حق الأخرى بسبع أو ثلاث؟ وجهان أصحهما: نعم، لأنه حق ثبت قبل السفر، فـلا يسقط به، كما لو قسم لبعضهن وسافـر، فإنه يقـضي بعد الرجـوع لمن لم يقسم لـها. والثاني: لا وبـه قال ابن سريج، كـما لو سـافر بإحـدى القديمتين، فـإنه لا يقضي لـلأخرى، ولأن حق الجديـدة عقيب الـزفاف وقد مـضى. ولو نكح ثنتين وزفـتا إليـه معًـا، فسـافر بإحداهما بقرعة، فالحكم كذلك، فلو كانتا بكرين فرجع بعد ثلاثة أيام، قال ابن كج: على الوجه الأول يتم لها السبع، ثم توفى الأخـرى سبعًا. وعلى قول ابن

Marfat.com

سريج: يتم لها السبع، ويبيت عند الأخرى أربعًا، ويبطل ما جرى في السفر. ولو نكح جديدة على قديمة، وسافر قبل توفية الزفاف بإحداهما بقرعة، فإن سافر بالقديمة، وفى حق الجديدة إذا رجع، نص عليه.

ويجيء فيه الوجه الآخر. وإن سافر بالجديدة، اندرج حق الزفاف في أيام السفر.

فرع: تحته نسوة وله إماء، هل له أن يسافر بأمة بلا قرعة؟ وجهان حكاهما الحناطي، ونسب المنع إلى ابن أبي هريرة، والجواز إلى أبي إسحاق، وهو قياس أصل القسم.

قلت: الجواز هو الصحيح. والله أعلم.

فرع: في فتاوى البغوي، أنه لو سافر بإحدى زوجاته الثلاث بالقرعة، ثم نكح في السفر جديدة، ومنعها حق الزفاف ظلمًا، وبات عند القديمة سبعًا، وعاد إلى البلد قبل أن يقضي للجديدة حق الزفاف، وفاها حق الزفاف، ثم يدور على المخلفات والجديدة، فيقضي لها من نوبة القديمة التي كانت معه، بأن يبيت عند كل واحدة من المخلفتين ليلة، وعند الجديدة ليلتين، وهكذا حتى يتم لها السبع، وكذا لو كان تحته ثلاث ونكح جديدة ولم يوفها حق الزفاف، بل بات عند واحدة من الثلاث عشراً ظلمًا، فعليه أن يوفي حق الجديدة ثم يدور عليها وعلى المظلومتين، حتى يتم لكل واحدة عشراً.

□□□

Marfat.com

الباب الثاني

في الشقاق

الوحشة: والشقاق بين الزوجين قد يظهر سببه بأن تنشز أو يتعدى هو عليها، وقد لا يظهر ويشكل الحال في أن المتعدي أيهما أو كلاهما، فهذه ثلاثة أحوال. الأول: أن تتعدى هي. قال الله تعالى: ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن﴾ [النساء:٢٢].

والمراد بالوعظ، أن يقول: اتقي الله في الحق الواجب عليك، واحذري العقوبة، ويبين لها أن النشوز يسقط النفقة والقسم، وأما الهجران، فهجرها في المضجع، وأما الهجران في الكلام، فممنوع. وفيما علق عن الإمام، حكاية وجهين في أنه محرم أم مكروه؟ قال: وعندي أنه لا يحرم ترك الكلام أبداً، لكن إذا كلم فعليه أن يجيب، وهو كابتداء السلام وجوابه، ولمن ذهب إلى التحريم أن يقول: لا منع من ترك الكلام بلا قصد، فأما بقصد الهجران، فحرام، كما أن الطيب ونحوه إذا تركه الإنسان بلا قصد لا يأثم.

ولو قصد بتركه الإحداد أثم، وحكي عن نص الشافعي، أنه لو هجرها بالكلام، لم يزد على ثلاثة أيام، فإن زاد أثم.

قلت: الصواب، الجزم بتحريم الهجران فيما زاد على ثلاثة أيام، وعدم التحريم في الثلاثة، للحديث الصحيح «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث»[1]. قال أصحابنا وغيرهم: هذا في الهجران لغير عذر شرعي، فإن كان عذر، بأن كان المهجور مذمومَ الحال لبدعة أو فسق أو نحوهما، أو كان فيه صلاح لدين الهاجر أو المهجور، فلا تحريم. وعلى هذا يحمل ما ثبت من هجر

---

(١) صحيح البخاري (٦٠٧٧)، وصحيح مسلم (٢٥٦٠)، وأبو داود (٤٩١٤) وغيرهم.

Marfat.com

النبي ﷺ كعب بن مالك[١] وصاحبيه[٢]، ونهيه ﷺ الصحابة عن كلامهم، وكذا ما جاء من هجران السلف بعضهم بعضًا. والله أعلم.

وأما الضرب، فهو ضرب تأديب وتعزير، وقدره نذكره في بابه إن شاء الله تعالى.

وينبغي أن لا يكون مدميًا، ولا مبرِّحًا، ولا على الوجه والمهالك. فإن أفضى إلى تلف، وجب الغرم، لأنه تبين أنه إتلاف لا إصلاح، ثم الزوج وإن جاز له الضرب، فالأولى له العفو، بخلاف الولي، فإنه لا يترك ضرب التأديب للصبي، لان مصلحته للصبي، وفي الحديث، النهي عن ضرب النساء. وأشار الشافعي رحمه الله إلى تأويلين له. أحدهما: أنه منسوخ بالآية أو حديث آخر بضربهن. والثاني: حمل النهي على الكراهة، أو ترك الأولى، وقد يحمل النهي على الحال الذي لم يوجد فيه السبب المجوز للضرب.

قلت: هذا التأويل الأخير هو المختار، فإن النسخ لا يصار إليه إلا إذا تعذر الجمع وعلمنا التاريخ. والله أعلم.

إذا عرفت هذا، فلتعدي المرأة ثلاث مراتب. إحداها: أن يوجد منها أمارات النشوز قولاً أو فعلاً، بأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان لينا، أو يجد منها إعراضًا وعبوسًا بعد طلاقة ولطف، ففي هذه المرتبة، يعظها ولا يضربها ولا يهجرها.

الثانية: أن يتحقق نشوزها، لكن لا يتكرر، ولا يظهر إصرارها عليه، فيعظها ويهجرها. وفي جواز الضرب قولان، رجح الشيخ أبو حامد والمحاملي المنع، وصاحبا «المهذب» و «الشامل» الجواز.

قلت: رجح الرافعي في «المحرر» المنع، والموافق لظاهر القرآن الجواز وهو المختار. والله أعلم.

---

(١) الحديث بطوله أخرجه البخاري (٤٤١٨).

(٢) وهما: مرارة بن الربيع، وهلال بن أمية.

الثالثة: أن يتكرر وتصر عليه، فله الهجران والضرب بلا خلاف، هذه هي الطريقة المعتمدة في المراتب الثلاث. وحكى ابن كج قولاً في جواز الهجران والضرب عند خوف النشوز، لظاهر الآية. وحكى الحناطي في حالة ظهور النشوز، ثلاثة أقوال. أحدها: له الوعظ والهجران والضرب. والثاني: يتخير بينها ولا يجمع. والثالث: يعظها. فإن لم تتعظ هجرها، فإن لم تنزجر ضربها.

فرع: فيما تصير به ناشزة: فمنه الخروج من المسكن، والامتناع من مساكنته، ومنع الاستمتاع بحيث يحتاج في ردها إلى الطاعة إلى تعب، ولا أثر لامتناع الدلال، وليس من النشوز الشتم وبذاء اللسان، لكنها تأثم بايذائه، وتستحق التأديب، وهل يؤدبها الزوج، أم يرفع إلى القاضي ليؤدبها؟ وجهان. ولو مكنت من الجماع ومنعت من سائر الاستمتاعات، فهل هو نشوز يسقط النفقة؟ وجهان.

قلت: أصحهما نعم. والأصح من الوجهين في تأديبها، أنه يؤدبها بنفسه، لأن في رفعها إلى القاضي مشقة وعاراً وتنكيداً للاستمتاع فيما بعد، وتوحيشًا للقلوب، بخلاف ما لو شتمت أجنبيًّا. والله أعلم.

الحال الثاني: أن يتعدى الرجل، فينظر، إن منعها حقًّا كنفقة أو قسم، ألزمه الحاكم توفية حقها. ولو كان يسيء خلقه ويؤذيها ويضربها بلا سبب، ففي «التتمة» أن الحاكم ينهاه. فإن عاد، عزره. وفي «الشامل» وغيره، أنه يسكنهما بجنب ثقة ينظرهما، ويمنعه من التعدي، والنقلان متقاربان. وذكروا أنه لو كان التعدي منهما جميعًا، فكذلك يفعل الحاكم، ولم يتعرضوا للحيلولة. وقال الغزالي: يحال بينهما حتى يعودا إلى العدل. قال: ولا يعتمد قوله في العدل، وإنما يعتمد قولها وشهادة القرائن. وإن كان لا يمنعها حقًّا، ولا يؤذيها بضرب ونحوه، لكن يكره صحبتها لمرض أو كبر، ولا يدعوها إلى فراشه، أو يهم بطلاقها، فلا شيء عليه ويستحب لها أن تسترضيه بترك بعض حقها من قسم أو

Marfat.com

نفقة، وكذا لو كانت هي تشكوه وتكره صحبته، فيحسن أن يبرها ويستميل قلبها بما تيسر له.

الحال الثالث: إذا نسب كل واحد الآخر إلى التعدي، وسوء الخلق، وقبح السيرة، ولم يعرف الحاكم المتعدي منهما، يعرف حالهما من ثقه في جوارهما خبير بهما، فإن لم يكن أسكنهما بجنب ثقة يبحث عن حالهما وينهيها إليه. فإن علم الظالم، منعه، هكذا أطلقوه، وظاهره الاكتفاء بقول عدل، ولا يخلو عن احتمال. وإذا اشتد شقاقهما، ودام على السباب الفاحش والتضارب، بعث القاضي حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها لينظرا في أمرهما ويصلحا بينهما، أو يفرقا إن عسر الإصلاح. وهل بعث الحكمين واجب؟ قال البغوي: عليه بعثهما، وظاهره الوجوب، وحجته الآية. وقال الروياني: يستحب.

قلت: الأصح أو الصحيح: الوجوب. والله أعلم.

ثم المبعوثان، وكيلان للزوجين أم حاكمان موليان من جهة الحاكم؟ فيه قولان. أظهرهما: وكيلان، فعلى هذا يوكل الزوج حكمه في التطليق عليه وقبول الخلع، والمرأة حكمها ببذل العوض وقبول الطلاق، ولا يجوز بعثهما إلا برضاهما. فإن لم يرضيا ولم يتفقا على شيء، أدب القاضي الظالم، واستوفى حق المظلوم. وإذا قلنا: هما حكمان، لم يشترط رضى الزوجين في بعثهما. وإذا رأى حكم الزوج الطلاق، استقل به ولا يزيد على طلقة، لكن إن راجعها الزوج وداما على الشقاق، طلق ثانية وثالثة. وإن رأى الخلع ووافقه حكمها، تخالعا وإن لم يرض الزوجان. ولو رأى الحكمان أن تترك المرأة بعض حقها من قسم ونفقة، أو أن لا يتسرى أو لا ينكح عليها غيرها، لم يلزمه ذلك بلا خلاف. وإن كان لأحدهما على الآخر مال متعلق بالنكاح، أو غير متعلق، لم يجز للحكم استيفاؤه من غير رضى صاحبه بلا خلاف، ويشترط في المبعوثين التكليف قطعًا، ويشترط العدالة والإسلام والحرية على المذهب، ويشترط الاهتداء إلى ما هو المقصود من بعثهما. وأشار الغزالي إلى خلاف فيه. ويشترط

الذكـورة إن قلنا: حكمـان، وإن قلنا: وكيـلان، قـال الحناطي: لا يشتـرط في وكيلها، وفي وكيله وجهان، ولا يشترط فـيهما الاجتهاد وإن قلنا: حكمان، ولا كـونهـمـا من أهل الزوجين، لكن أهلهـمـا أولى. ولو كـان القـاضي من أهل أحدهمـا، فله أن يذهب بنفـسه، وفيـما علق عن الإمـام اشتـراط كونهـما من أهلهـما، و(لا) يجـوز الاقتـصار على حكم واحـد على الأصح، وبه قطع ابن كج، وينبغـي أن يخلو حكمه به وحكمـها بها، فـيعـرفا ما عندهمـا، وما فـيه رغبـتهما، فـإذا اجتَمَعـا، لم يخف أحدهما عن الآخر شـيئًا، وعمـلا ما رأياه صوابا. ولو اختلف رأي الحكمين، بعث آخرين حتى يجـتمعا على شيء، ذكره الحناطي.

فرع: ولو جن أحد الزوجين، أو أُغمي عليه، لم يجز بعثهما بعده، وإن جن بعد استعـلام الحكمين رأيه، لم يجز تنفيذ الأمر. وقيل: إن قـلنا: حاكمان، لم يؤثر جنون أحـدهما، قالـه ابن كج. وقيل: الإغـماء لا يؤثر إن قلنا: وكـيلان كالنوم، حكاه الحناطي، وهذا ينبغي أن يجيء في كل وكالة، والصحيح الأول. ولو غاب أحد الزوجين بعد بعث الحكمين، نفـذ الأمر إن قلنا: وكيلان، وإلا، فلا على الصحيح.

فرع: ذكر الحنـاطي، أنه لو رأى أحد الحكمين الإصـلاح، والآخر التـفريق ففرق، نفذ التفريق إن جوزنا الاقتصار على حكم واحد.

فرع: وكل رجلاً فقال: إذا أخـذت مالي منها فطلقها، أو خـالعها، أو خذ مالي ثم طلقـها، لم يجز تقـديم الطلاق على أخذ المال. قـال أبو الفرج الزاز: وكذا لو قال: خـالعها على أن تأخذ مـالي منها. ولو قال: خذ مـالي وطلقها، فهل يشترط تقديم أخذ المال؟ وجهان. أصحهما عند البغوي: نعم.

ولو قـال: طلقهـا ثم خذ، جـاز تقديم أخـذ المال، لأنه زيادة خيـر وبالله التوفيق.

Marfat.com

كتاب الخلع[1]

هو الفرقة بعوض يأخذه الزوج.

وأصل الخلع مجمع على جوازه، وسواء في جوازه خالع على الصداق أو بعضه، أو مال آخر أقل من الصداق، أو أكثر، ويصح في حالتي الشقاق والوفاق، وخصه ابن المنذر بالشقاق، ثم لا كراهة فيه إن جرى في حال الشقاق، أو كانت تكره صحبته لسوء خلقه أو دينه، أو تحرجت من الإخلال ببعض حقوقه، أو ضربها تأديبًا فافتدت. وألحق الشيخ أبو حامد به ما إذا منعها نفقة أو غيرها فافتدت لتتخلص منه. وإن كان الزوج يكره صحبتها، فأساء عشرتها، ومنعها بعض حقها حتى ضجرت وافتدت، كره الخلع وإن كان نافذًا، ويأثم الزوج بفعله. وفي وجه، منعه حقها كالإكراه على الخلع بالضرب وما في

---

(١) الخُلع: لغة: هو النزع والتجريد.

وشرعًا: فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة.

- وسمي بذلك لأن المرأة تخلع نفسها من الزوج كما تخلع اللباس، لأن كلاً من الزوجين لباس للآخر.

قال الله تعالى: ﴿هن لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾ [البقرة:١٨٧].

- الأصل في جواز الخلع الكتاب والسنّة والإجماع.

- قال الله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة:٢٢٩].

- عن ابن عباس رضي الله عنهما: «أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله: ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله ﷺ: أتردين عليه حديقته فقالت: نعم، فقال رسول الله ﷺ: أقبل الحديقة وطلقها تطليقة» [صحيح البخاري].

وفي رواية عند أحمد (٤/ ٣):

«فكان ذلك أول خلع كان في الإسلام».

- وأجمعت الأمة على جواز الخلع.

Marfat.com

معناه، وإذا أكرهها بالضرب ونحوه فاختلعت، فقالت مبتدئة: خالعني على كذا ففعل، لم يصح الخلع، ويكون الطلاق رجعيًّا إن لم يسم مالاً. وإن سماه، لم يقع الطلاق، لأنها لم تقبل مختارة، وفي «التتمة» وجه، أنه لا يقع الطلاق وإن لم يسم المال. ولو ابتدأ وقال: طلقتك على كذا وأكرهها بالضرب على القبول، لم يقع شيء، وإذا ادعت أنه أكرهها على بذل مال عوضًا عن الطلاق وأقامت بينة، فالمال مردود إليها، والطلاق واقع، وله الرجعة، نص عليه.

قال الأصحاب: موضع الرجعة ما إذا لم يعترف بالخلع، بل أنكر المال أو سكت.

فأما إذا اعترف بالخلع وأنكر الإكراه، فالطلاق بائن بقوله، ولا رجعة. ولو زنت فمنعها بعض حقها فافتدت بمال، صح الخلع، وحل له أخذه. وعلى هذا حمل قول الله تعالى: ﴿ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ [النساء:١٨] ومن جعل منع الحق كالإكراه بالضرب قال: لا يحل الأخذ. ولو أمسكها عنده وحبسها ليرثها فماتت، ورثها على المشهور. وحكى ابن كج والحناطي قولاً أنه لا يرثها.

فصل: يشتمل هذا الكتاب على خمسة أبواب.

الأول: في حقيقة الخلع، فإن فارقها على عوض بلفظ الطلاق، فهو طلاق سواء فيه صريح الطلاق وكناياته. وإن لم يجز إلا لفظ الخلع، فقولان. الجديد، أنه طلاق ينقص به العدد، وإذا خالعها ثلاث مرات، لَمْ ينكحها إلا بمحلل، والقديم: أنه فسخ لا ينقص به العدد. ويجوز تجديد نكاحها بعد الخلع بلا حصر، والجديد هو الأظهر عند جمهور الأصحاب. ورجح الشيخ أبو حامد، وأبو مخلد البصري القديم، فإن قلنا: فسخ، فلفظ الخلع صريح فيه، ولو قال: فسخت نكاحك بألف فقبلت، أو قال: فاديتك بألف فقالت: قبلت أو افتديت، فوجهان. أصحهما: أنه صريح. والثاني: كناية. فعلى هذا، في انعقاد الخلع بهما خلاف نذكره في أنه هل ينعقد بالكناية إذا جعلناه فسخًا، ولو نوى بالخلع

Marfat.com

الطلاق والتفريع على أنه فسخ، فهل يكون طلاقًا أم فسخًا لكونه صريحًا؟ فيه وجهان، اختيار القاضي حسين الفسخ، وبه قطع المتولي والغزالي. ولو قال لزوجته: فسخت نكاحك ونوى الطلاق وهو متمكن من الفسخ بعيبها، فالصحيح أنه طلاق وبه قطع القاضي حسين. وقيل: فسخ. أما إذا قلنا: الخلع طلاق، فلفظ الفسخ كناية فيه، ولفظ الخلع فيه قولان. قال في «الأم»: كناية وفي «الإملاء»: صريح. قال الروياني وغيره: الأول أظهر، واختار الإمام والغزالي والبغوي الثاني، ولفظ المفاداة كلفظ الخلع على الأصح. وقيل: كناية قطعًا. وإذا قلنا: لفظ الخلع صريح، فذاك إذا ذكر المال، فإن لم يذكره، فكناية على الأصح. وقيل: على القولين.

وهل يقتضي الخلع المطلق الجاري بغير ذكر المال ثبوت المال؟ وجهان. أصحهما عند الإمام والغزالي والروياني: نعم للعرف، وكالخلع على خمر، والثاني: لا لعدم الالتزام، فإن أثبتنا المال، فإن جعلناه فسخًا أو صريحًا في الطلاق أو كناية ونوى، وجب مهر المثل وحصلت البينونة. وإن جعلناه كناية ولم ينو، لغا، وإن لم يثبت المال عند الطلاق، فإن جعلناه فسخًا، لغا، لأن الفسخ بالتراضي لا يكون إلا بعوض، هكذا حكاه الإمام وغيره عن الأصحاب، وذكروا أن مساق كلامهم أنه لو نفى العوض في الخلع، لم يصح الخلع على قول الفسخ، قال الإمام: والقياس الحق صحته بلا عوض. وإن جعلناه طلاقًا إما صريحًا وإما كناية ونوى، فهو طلاق رجعي، وفي افتقاره إلى قبولها وجهان. أصحهما: لا يفتقر، صححه الإمام وقطع به البغوي لاستقلال الزوج بالطلاق الرجعي، والوجهان فيما إذا قال: خالعتك وأضمر التماس جوابها وانتظر قبولها.

أما لو قال: خلعت أو خالعت، ولم يضمر التماس الجواب، فلا يفتقر إلى الجواب قطعًا، كما لو قال: فارقتك. ولو نوى المال ولم يذكره وقلنا: مطلقه لا يقتضي مالاً، فهل تؤثر النية في ثبوت المال؟ وجهان يقربان من انعقاد البيع

Marfat.com

ونحوه بالكنايات. فـإن قلنا: يؤثر، ثبت المال، ولا بد فيه من نيتـها أيضًا. وإن قلنا: لا تؤثر، فـهل يقع الطلاق ويلغى منـه المال، أم لا يقع، لأنه نوى الطلاق على مال لا مطلقًـا؟ وجهان. وفي «فتـاوى البغوي» وجـهان فيمـا لو اختلعت نفسهـا على بقية صداقها، فـخالعها عليه، ولم يكن بقي لهـا شيء عليه، فهل تحصل البينونة بمهر المثل؟ ورجح الحصول.

فرع: يصح الخلع بجـميع كنايات الطلاق مع النيـة إن جعلنـاه طلاقًا، وإن جعلناه فسـخًا، فهل للكنايات فيه مـدخل؟ وجهان. أصحهـما: نعم. فإن نوى الطلاق، أو الفسخ، كان ما نوى. وإن نـوى الخلع، عاد الخلاف في أنه فسخ أم طلاق؟ ولو قال: خالعت نصفك أو يدك على كذا، أو خالعتك شهراً على كذا، نفذ إن جعلنـاه طلاقًا، والقول في المال الواجب سيأتي إن شـاء الله تعالى، ولا ينفذ إن جعلناه فسخًا.

فرع: ترجمـة الخلع بسائر اللغات، كـلفظة العربي، ولا يجيء فيـه الخلاف السابق في النكاح.

فرع: لفظ البيع والشراء كناية في الخلع، سواء جعل فسخًا أم طلاقًا، وذلك بأن يقول: بعـتك نفسك بكذا، فتقـول: اشتريت أو قـبلت، ولفظ الإقالة كناية أيضًا فيه، وبيع الطلاق بالمهر من جهة الزوج، وبيع المهر بالطلاق من جهتها يعبر بهمـا عن الخلع، وليكونا كنايتين، كقوله: بعـتك نفسك. وفي «الزيادات» لأبي عاصم: إن بيع الطلاق مع ذكـر العوض صريح. ورأى إسماعـيل البوشنجي من أصحابنا، أن ينزل قوله: بعـتك طلاقك بكذا منزلة قوله: ملكتك طلاقك بكذا، حتى إذا طلقت في المجلس، لزم المال ووقع الطلاق. وإن نويا مجرد بيع الطلاق وشرائه من غيـر إيقاع طلاق منها، وبغيـر نيّة طلاق منه، فهذا التصـرف فاسد، والنكاح باق بحاله. وإسماعيل هذا إمام غواص متأخر لقيه من لقيناه.

فرع: قالت: طلقني على كذا فقال: خالعـتك، فإن جعلنا الخلع فسخًا، لم ينفذ لأنه لم يجـبها، وإن جعلناه صريحًـا في الطلاق، أو كناية ونوى، حصلت

Marfat.com

البـينونة ولزم المال. وإن لم ينو، لم يقع شيء. ولو قـالت: خالعني على كـذا فقالت: طلقتك عليه، فإن قلنا: الخلع فـسخ، لم يقع عليه فرقة لأنه لم يجبها. وقيل: يقع الطلاق، لأنه أعطاها فـرقة أقوى مما طلبت، فكأنه زاد، كمـن سألته طلقة فطلق طلقـتين، والأول أصح. وعلى هذا قوله: طلقتك ابتـداء كلام منه، فـإن لم يسم المال، وقع طلاق رجعي، وإن سـمـاه، لم يقع ما لم يقـبل. وإن قلنا: الخلع طلاق، فإن جـعلناه صريحًا أو كناية ونوت، حـصلت البينونة ولزم المال، ولا يضر اختلاف اللفظ، وإن جعلناه كناية ولم ينو، فقولها لغو. والزوج مبتدىء بالطلاق.

ولو وكل رجلاً في طلاقـها فخـالع، فإن قلنا: الخلع فـسخ، لم ينفذ. وإن قلنا: طلاق، قال البـوشنجي: الذي يجيء على أصلنا، أنه لا ينفـذ أيضًا، لأنه يمنعه الرجعة إن كان بعـد الدخول. قال: ولو وكله في الطلاق فطلق على مال، إن كان بحيث يتصـور الرجعة، لم ينفذ، وإن لم يتصور بـأن كان قبل الدخول، أو كان المملوك له الطلقة الثالثة، فذكر في نفـوذه احتمالين لأنه حصل غرضه مع فائدة، لكنه غير مـفهوم بالتوكيل المطلق، وقد يتـوقف في بعض ما ذكره حكمًا ودليلاً.

فرع: تخالعا هازلـين، نفذ إن قلنا: إنه طلاق، وإن قلنا: فسخ، فهـو كبيع الهازل، وفيه خلاف سبق.

فرع: التعليق يمنع صحة الخلع إن قلنا: فسخ، وإن قلنا: طلاق، فلا.

فرع: فيـما يلحق به الخلع مِن الأصـول: قال الأصحـاب: إن جعلنا الخلع فسخًا، فهـو معاوضة محضة من الجانبين لا مدخل للتـعليق فيه، بل هو كابتداء النكاح والبيع.

فلو قال: خالعتك بمائة فـقبلت بخمسين، أو قالت: خالعني بمائة فـخالعها بخمـسين، أو قالت: بخـمسين فخـالعهـا بمائة، لم يصح كالبيـع. وإن جعلناه

Marfat.com

طلاقًا، أو جرى لفظ الطلاق صريحًا، نظر هل بدأ الزوج بالإيقاع، أم بدأت بسؤاله؟

القسم الأول: إن بدأ هو بطلاقها وذكر العوض، فهو معاوضة فيها شوب تعليق، لأنه يأخذ مالاً في مقابلة ما يزيله، والشوب فيه لكونه يترتب على قبول المال كترتب الطلاق المعلق بشرط، ثم تارة تغلب المعاوضة، وتارة التعليق، وتارة يراعى المعنيان، ويختلف ذلك بالصيغ المأتي بها. فإن أتى بصيغة المعاوضة وصورتها فقال: خالعتك بكذا، أو على كذا، أو طلقتك، أو أنت طالق على كذا، غلب معنى المعاوضة، ويثبت أحكامها، فيجوز له الرجوع قبل قبولها، ويلغو قبولها بعد رجوعه، ويشترط قبولها باللفظ من غير فصل كالبيع وسائر العقود.

فلو تخلل زمن طويل، أو اشتغلت بكلام آخر ثم قبلت، لم ينفذ. ولو اختلف الإيجاب والقبول، بأن قال: طلقتك بألف فقبلت بألفين، أو بخمسمائة، لم يصح. كالبيع، كذا ذكره البغوي وغيره. وفي «الشامل»، أنها إذا قبلت بألفين، صح ولا يلزمها الألف، لأنه لم يوجب إلا ألفًا. والصحيح الأول. ولو قال: طلقتك ثلاثًا بألف، فقبلت واحدة بثلث الألف، لم يصح. وإن قبلت واحدة بالألف، فثلاثة أوجه. أحدها: لا يقع شيء كالبيع، والثاني: يقع طلقة، لأن الزوج هو المستقل بالطلاق، وأصحها: يقع الثلاث، صححه الشيخ أبو علي والغزالي، وبه قال القفال، لأن قبولها إنما يحتاج إلى المال، وأصل الطلاق وعدده يستقل به الزوج. وإذا قلنا: يقع الثلاث أو واحدة، ففيما يستحقه الزوج عليها وجهان. أصحهما: الألف، وبه قال ابن الحداد، والشيخ أبو محمد، لأن الإيجاب والقبول تعلقا به. والثاني عن ابن سريج: أنه يجب مهر المثل لاختلاف الإيجاب والقبول. وإن أتى الزوج بصيغة تعليق، نظر، إن قال: متى أعطيتني، أو متى ما، أو أي وقت، أو حين، أو زمان، غلب معنى التعليق وثبتت أحكامه، وجعل كالتعليق بسائر الأوصاف، حتى لا يحتاج إلى قبول باللفظ،

Marfat.com

ولا يشترط الإعطاء في المجلس، بل متى وجد الإعطاء طلقت، وليس للزوج الرجوع قبل الإعطاء، وإن قال: إن أعطيتني، أو إذا أعطيتني كذا فأنت طالق، فله بعض أحكام التعليق، فلا يحتاج إلى القبول لفظًا، ولا رجوع للزوج قبل الإعطاء. وقيل: يجوز له الرجوع قبل الإعطاء، حكاه البغوي، وقطع به صاحب «المهذب»، ويقرب منه ما حكاه ابن كج عن ابن سلمة، أن الزوج بالخيار بين أن يقبل الألف الذي أحضرته، وبين أن لا يقبل. والصحيح الأول، وله بعض أحكام المعاوضة وهو اشتراط الإعطاء في المجلس. واختار صاحب «المهذب» إلحاق «إذا» بـ «متى»، وألحقها الجمهور بـ «أن» كما ذكرنا. وحكي وجه، أن كلمة «إن» كـ «متى» في أنه لا يشترط تعجيل الإعطاء وهو شاذ. ثم قال المتولي: اشتراط الإعطاء على الفور مخصوص بالزوجة الحرة فإن قال لزوجته الأمة: إن أعطيتني ألفًا، فأنت طالق، وقع الطلاق متى أعطته الألف وإن طال الزمان، لأنها لا تقدر على الإعطاء في المجلس غالبًا، بخلاف ما إذا قال: إن أعطيتني زق خمر فأنت طالق، فإنه يشترط الفور وإن لم تملك الخمر، لأن يدها قد تشمل على خمر.

قال: ولو أعطته الأمة ألفًا من كسبها، حصلت البينونة لوجود الصفة، وعليه رد المال إلى سيدها ويطالبها بمهر المثل إذا عتقت.

فرع: المراد بالمجلس الذي يشترط فيه الإعطاء مجلس التواجب وهو ما يحصل به الارتباط بين الإيجاب والقبول، ولا نظر إلى مكان العقد. وفي وجه حكاه ابن كج وغيره، أنه يقع الطلاق إذا أعطته قبل تفرقهما وإن طالت المدة. والصحيح الأول.

القسم الثاني: إذا بدأت بسؤال الطلاق فأجابها، فهو معاوضة فيها شوب جعالة. والصحيح لها الرجوع قبل أن يجيبها، لأن هذا حكم المعاوضة والجعالة، وسواء أتت بصيغة تعليق كقولها: إن طلقتني أو متى طلقتني فلك كذا، أو

Marfat.com

قالت: طلقني على كذا، فهو معاوضة في الحالتين، ويشترط أن يطلقها في مجلس التواجب، سواء فيه صيغة المعاوضة والتعليق، وسواء علقت بـ «إن» أو بـ «متى». فلو طلقها بعد مدة طويلة، كان طلاقًا مبتدأً.

ولو قالت: طلقني ثلاثًا على ألف فطلق واحدة على ثلث الألف، أو اقتصر على قوله: طلقتك واحدة، وقعت الواحدة واستحق ثلث الألف. كما لو قال: رد عبيدي ولك ألف، فرد أحدهم. وحكى الشيخ أبو علي وجهًا أنه لا يقع شيء وغلط قائله.

فرع: قال لامرأتيه: خالعتكما أو طلقتكما، أو أنتما طالقان بألف، فقبلت إحداهما فقط، لم يقع شيء. وقيل: يصح في حق القائلة والصحيح الأول.

ولو قال: طلقت إحداكما بألف ولم يعين فقالتا: قبلنا، لم يصح ذكره البغوي. ولو قال: خالعتك وضرّتك بألف. فقالت: قبلت، صح الخلع، ولزمها الألف، لأن الخطاب معها وحدها وهي مختلعة لنفسها، وقابلة لضرتها كالأجنبي.

ولو قالتا له: طلقنا بألف فطلق إحداهما، طلقت دون الأخرى. وهل يلزمها مهر المثل أم حصتها من المسمى إذا وزع على مهر مثلهما، أم نصف المسمى؟ فيه ثلاثة أقوال. أظهرها الأول، وتجري الأقوال في الواجب على كل واحدة إذا طلقهما.

قال الشيخ أبو حامد: والخلاف مخصوص بصورة الإطلاق.

أما لو قال: طلقتكما على ألف مناصفة، أو قالتا: طلقنا على ألف مناصفة، فهو مناصفه بلا خلاف.

ولو قالت: طلقني بألف، فقال: طلقتك بخمسمائة، بانت واستحق خمسمائة على الصحيح، وقيل: لا تطلق تغليبًا للمعاوضة، وبالله التوفيق.

Marfat.com

الباب الثاني

في أركان الخلع

وهي خمسة.

الأول: الزوج، فيوجب ابتداءً أو يجيب سؤالها، ويشترط أن يكون ممن ينفذ طلاقه، فلا يصح خلع الصبي والمجنون، ويصح خلع المحجور عليه بفلس أو سفه، سواء أذن الولي أم لا، وسواء كان العوض مهر المثل أو دونه، لأن طلاقها مجانًا نافذ، ولا يجوز للمختلع تسليم المال إلى السفيه، بل يسلمه إلى الولي، فإن سلمه إلى السفيه وكان الخلع على عين مال، أخذها الولي من يده. فإن تركها في يده حتى تلفت بعد علمه بالحال، ففي وجوب الضمان على الولي وجهان حكاهما الحناطي. وإن تلف في يد السفيه ولم يعلم الولي بالتسليم، رجع على المختلع بمهر المثل على الأظهر، وبقيمة العين على القول الآخر. وإن كان الخلع على دين، رجع الولي على المختلع بالمسمى، لأنه لم يجر قبض صحيح تبرأ به الذمة، ويسترد المختلع من السفيه ما سلمه إليه. فإن تلف في يد السفيه، فلا ضمان، لأنه ضيع ماله بتسليمه إلى السفيه، كمن باعه شيئًا وسلمه إليه وتلف عنده، هذا إذا كان التسليم إلى السفيه بغير إذن الولي، فإن كان بإذنه، ففي الاعتداد بقبضه وجهان عن الداركي، ورجح الحناطي الاعتداد.

فرع: يصح خلع العبد بغير إذن سيده وبدون مهر المثل، ويدخل المهر في ملك سيده قهرًا كأكسابه، ولا يسلم المختلع المال إليه بل إلى السيد. فإن سلمه إليه فعلى ما سبق في السفيه، إلا أن ما يتلف في يد العبد يطالبه المختلع بضمانه إذا عتق، وما يتلف في يد السفيه لا يطالبه به، لا في الحال ولا بعد الرشد، وخلع المدبر والمعتق بعضه كالقن. فإن جرت مهايأة بين من بعضه حر وبين سيده، فليكن عوض الخلع من الأكساب النادرة، وليجيء فيه الخلاف.

Marfat.com

والمكاتب يسلم إليه عوض الخلع لصحة يده واستقلاله.

الركن الثاني: المختلع يشترط في قابل الخلع من الزوجة والأجنبي، أن يكون مطلق التصرف في المال، صحيح الالتزام.

وللحجر أسباب.

أحدها: الرق. فإن اختلعت الأمة نفسهـا بغير إذن سيدها، نظر إن اختلعت بعين ماله، فقولان. أحدهما: يقع الطلاق رجعيًّا كالسفيهة والمشهور أنه يقع بائنًا كـالخلع على خمـر، وهل المسـتحق عـليهـا مهـر المثل أم بدل العين؟ قـولان. أظهرهمـا: الأول. وإن اختلعت على دين، بانت. وهل عليـها المسمى أم مـهر المثل؟ وجهان، أو قولان. أصحهما: الأول، وبه قطع العراقيون، واختاره القفال والشيخ أبو علي، ثم ما ثبت عليها باختلاعهـا يتعلق بذمتها تطالب به بعد العتق لا في الحال.

أما إذا اخـتلعت بإذن سيـدها، فأمـا أن يبين العوض، وإما أن يـطلق. فإن بين، نظر، إن كان عـينًا من ماله، نفذ الخلع، واسـتحق الزوج تلك العين، وإن قدر دينًا، بأن قـال: اختلعي بألف ففـعلت، تعلق الألف بكسبـها كمهـر زوجة العبد. وإن زادت على ما قدر، فالزيادة في ذمتها.

وإن قـال: اختلعـي بما شئت، اخـتلعت بمهـر المثل، وبالزيادة إن شـاءت، وتعلق الجميع بكسـبها، ذكره البغوي. وإن أطلق الإذن، اقتـضى مهر المثل. فإن لم تزد عليه، ففي كسـبها، وإلا فالزيادة في ذمتها، وما يتعلق بكـسبها يتعلق بما في يدها من مـال التجـارة إن كانت مـأذونًا لها. وإن جـرى الخلع بإذن السـيد والعوض دين، ففي كون السيد ضامنًا له الخلاف السابق في مهر زوجة العبد.

فرع: اختـلاع المكاتبة بغـير إذن سـيدها، كـاختـلاع الأمة بغـير إذنه. وإن اختلعت بإذنه، فالمذهب والمنصوص هنا أنه كاختلاعها بغير إذن. وقيل: كاختلاع الأمة بالإذن، ولا يكون السيد هنا ضامنًا بلا خلاف.

Marfat.com

فرع: اختلاع السيد أمته التي هي تحت حر، أو مكاتب على رقبتها، قال إسماعيل البوشنجي: تحصلت فيه بعد إمعان النظر على وجهين. أحدهما: تحصل الفرقة بمهر المثل. وأصحهما: لا يصح الخلع أصلاً.

السبب الثاني: الحجر بالسفه.

فإذا قال لزوجته المحجور عليها لسفه: خالعتك أو طلقتك على ألف فقبلت، وقع الطلاق رجعيًّا، سواء فعلت ذلك بإذن الولي أم بغير إذنه، ولا يلزمها المال، وليس للولي صرف مالها في الخلع. فإن لم تقبل، لم يقع الطلاق، لأن الصيغة تقتضي القبول، فأشبه الطلاق المعلق على صفة.

ولو قال لها: طلقتك على ألف إن شئت فقالت على الاتصال: شئت وقع الطلاق رجعيًّا. ولو بدأت فقالت: طلقني على كذا فأجابها، وقع طلاق رجعي أيضًا.

فرع: له زوجتان: رشيدة ومحجور عليها بسفه، فقال: طلقتكما على كذا، فقبلتا، طلقت الرشيدة بائنًا، وعليها مهر المثل على الأظهر، وطلقت السفيهة رجعيًّا، وإن قبلت إحداهما، لم يقع عليهما شيء. ولو كانتا سفيهتين، فقال: طلقتكما على ألف فقبلتا، وقع الطلاق عليهما رجعيًّا. وإن قبلت إحداهما، لم يقع شيء. ولو بدأتا فقالتا: طلقنا بألف فطلقهما، وقع الطلاق على السفيهة رجعيًّا، وعلى الرشيدة بائنًا.

وإن أجاب السفيهة، وقع عليها رجعيًّا، وإن أجاب الرشيدة، وقع بائنًا.

وقوله: أنتما طالقان على ألفٍ إن شئتما، كقوله: طلقتكما على ألف في جميع ذلك.

السبب الثالث: الجنون والصغر، فقبول مجنونة وصغيرة لا تمييز لهما لغو. وقول الزوج لها: أنت طالق على كذا لغو. ولو قال ذلك لصغيرة مميزة فقبلت،

فهل يقـع طلاق رجعي أم لا يقع شيء؟ وجـهان. رجح الإمام والغـزالي المنع، والبغوي الوقوع.

السبب الرابع: المرض. فـإذا اختلعت في مرض موتهـا، نظر، إن كان بمهر المثل، نفذ ولم يعتبر من الثلث، وإن كان بأكثر، فالزيادة كالوصية للزوج، فيعتبر من الثلث ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الإرث.

ولو اختلعت بعـبد قيمتـه مائة، ومهر مثلهـا خمسون، فقـد حابت بنصف العبد، فينظر، إن خرجت المحاباة من الثلث، فالعبد كله للزوج عوضًا ووصية. وحكى الشيخ أبو حـامد وجهًا، أنه بالخـيار بين أن يأخذ العبـد، وبين أن يفسخ العقد فيه ويرجع إلى مهـر المثل، لأنه دخل في العقد على أن يكون (العبد) كله عوضًا. والصحيـح الأول، إذ لا نقص ولا تشقيص. وإن لم يخرج من الثلث، بأن كان عليهـا دين مستغرق، لم تصح المحـاباة، والزوج بالخيار، بين أن يمسك نصف العبـد وهو قدر مـهر المثل، ويرضى بالتشـقيص، وبين أن يفـسخ المسمى ويضارب الغـرماء بمهر المثـل. وإن كان لها وصـايا أخر، فإن شـاء الزوج، أخذ نصف العبد وضارب أصحاب الوصايا في النصف الآخر. وإن شاء فسخ المسمى وتقدم بمهر المثل على أصحاب الوصايا، ولا حق له في الوصية، لأنها كانت في ضمن المعاوضة وقد ارتفـعت بالفسخ. وإن لم يكن دين ولا وصية ولا شيء لها سوى ذلك العبد، فـالزوج بالخيار، إن شاء أخذ ثلثي العبـد، نصفه بمهر المثل، وسدسه بالوصية، وإن شاء فسخ وليس له إلا مهر المثل.

فرع: مرض الزوج لا يؤثر في الخلـع، فيصح خلعـه في مرض الموت بدون مهر المثل، لأن البضع لا يبقى للوارث لو لم يخالع، كـما لو أعتق مستولدته في مرض الموت، لا يعتبر من الثلث، ولأنه لو طلق بلا عوض لم يعتبر قيمة البضع من الثلث.

الركن الثالث: المعـوض وهو البضع، وشرطه أن يكون مملوكًا لـلزوج. فأما

Marfat.com

البائنة بخلع وغيـره، فلا يصح خلعها، ويصح خلع الرجعيـة على الأظهر لأنها زوجة. والثاني: لا لعدم الحاجة إلى الافتداء. وقيل: يصح خلعها بالطلقة الثالثة دون الثانية لتحصل البـينونة الكبرى. وإذا قلنا: لا يصح، فنقل الإمام وغيره عن الأصحاب، أن الطلاق يقع رجعيًّا إذا قبلت كالسفيهة.

فرع: خالع مرتدة مدخولاً بها، توقف، فـإن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العـدة، تبينا صـحة الخلع ولزوم المال المسـمى، وإلا تبـينا بطلان الخلع لانقطاع النكاح بالردة، وكذا الحكم لو ارتد الزوج بعد الدخـول، أو ارتدا معًا، ثم جرى الخلع، وكذا لو أسلم أحـد الزوجين الوثنيين، ثم تخالعـا، وأطلق المتولي أنه لا يصح الخلع بعد تبديل الدين لأن الملك كالزائل.

الركن الرابع: العـوض هو كالصـداق، فيجـوز قليلاً وكـثيرًا، عـينًا ودينًا، ويشتـرط أن يكون معلومًـا متمـولاً مع سائر شـروط الأعواض، كالـقدرة على التسليـم واستقـرار الملك وغيرهمـا، وتفصـيله بصور. إحداها: لـو خالع على مجهول كـثوب غير معين، حصلت البينونة ورجع إلى مـهر المثل، ومن المجهول حمل البهيـمة والجارية، سواء قال: خالعتك بما في بطـنها أو على حملها. ولو خالع بألف إلى أجل مـجهول، أو خالع بشـرط فاسد كشرط أن لا ينفق عـليها وهي حامل، أو لا سكنى لها، أو لا عدة عليها، أو أن يطلق ضرتها، بانت بمهر المثل. وحكى المتولي وجهًـا، أنه لا تحصل الفرقة في صورة الجـهل وسائر صور فـساد العـوض، وكـذا لو خـالع ولم يذكر عـوضًـا بناء على أن الخلع فـسخ، والمذهب الأول.

فرع: خـالعهـا على ما في كـفهـا ولم يعلمـه، أو علمه ولم نصـحح بيع الغائب، بانت بمهر المثل، وإن علم وصححناه، وبانت بالمسمى. فإن لم يكن في كفها شيء، ففي «الوسيط» أنه يقع الطلاق رجعيًّا، والذي نقله غيره وقوعه بائنًا بمهر المثل، ويشبه أن يكون الأول فيما إذا كـان عالمًا بالحال، والثاني فيما إذا ظن

Marfat.com

في كفها شيئًا.

قلت: المعروف الذي أطلقه الجمهور، كأصحاب «الشامل» و «التتمة» و«المستظهري» و «البيان» وغيرهم، وقوعه بائنًا بمهر المثل، وهو مقتضى كلام إمام الحرمين. والله أعلم.

الصورة الثانية: خالعها على ما ليس بمال كخمر أو حر، بانت. وهل يرجع عليها بمهر المثل، أم ببدل المذكور؟ قولان. أظهرهما: الأول.

ولو خالع على مغصوب، فكذلك، ويفرق بين أن يقول: خالعتك على هذا العبد فبان حرًّا، وبين قوله: خالعتك على هذا الحر في أصح الطريقين، كما سبق في الصداق حتى يقطع بمهر المثل في الصورة الثانية، لفساد الصيغة، وكذا يفرق بين قوله: خالعتك على هذا العبد فبان مستحقًّا، وبين قوله: خالعتك على هذا المغصوب حتى يقطع بمهر المثل في الصورة الثانية. وعن القاضي حسين وجه فيما إذا خالع على خمر أو مغصوب: وقع الطلاق رجعيًّا، لان المذكور ليس بمال، فلا يظهر طمعه في شيء، والصحيح الأول، وبه قطع الأصحاب. ولو خالع على دم، وقع الطلاق رجعيًّا، وعللوه بأنه لا يقصد بحال، فكأنه لم يطمع في شيء.

والخلع على الميتة، كالخمر لا كالدم، لأنها قد تقصد للضرورة وللجوارح.

الصورة الثالثة: الخلع على ما لا يقدر على تسليمه، وما لا يتم ملكه عليه، كالخلع على خمر في جريان القولين فيما يرجع به من مهر المثل والبدل.

ولو خالع على عين فتلفت قبل القبض، أو خرجت مستحقة، أو معيبة فردها أو فاتت منها صفة مشروطة فردها، ففيم يرجع به القولان. ولو خالعها على ثوب في الذمة ووصفه كما ينبغي، فأعطته ثوبًا بالصفة فبان معيبًا، فله رده ويطالب بمثله سليما كما في السلَم.

وإن قال: إن أعطيتني ثوبًا بصفة كذا فأنت طالق، فأعطته ثوبًا بتلك الصفة، طلقت. فإن خرج معيبًا فرده، عاد القولان في أنه يرجع بمهر المثل أم بقيمة ذلك الثوب سليمًا؟

الرابعة: التوكيل بالخلع من الجانبين جائز. فأما وكيل الزوج، فإن قدر له مالاً بأن قال: خالعها بمائة، فينبغي أن يخالع بالمائة فأكثر، ولا ينقص.

فإن خالع بمائة وثوب، فهو كما لو قال: بع عبدي بمائة فباعه بمائة وثوب وقد سبق.

وإن أطلق التوكيل في الخلع، فينبغي أن يخالع بمهر المثل وأكثر، ولا ينقص.

وصورة إطلاق التوكيل أن يقول: وكلتك في خلع زوجتي، أو خالعها ولا يذكر مالاً، ويكفي هذا في التصوير إن قلنا: إن مطلق الخلع يقتضي مالاً، وإن قلنا: لا يقتضيه، اشترط أن يقول: خالعها بمال.

فإن نقص الوكيل عن المائة في صورة التقدير، فالنص لا يقع الطلاق، وإن نقص عن مهر المثل في صورة الإطلاق، فالنص وقوعه.

وللأصحاب فيه طرق، مجموعها خمسة أقوال.

أظهرها: يقع الطلاق في صورة الإطلاق بمهر المثل، ولا خيار للزوج، ولا يقع في صورة التقدير عملاً بالنصين، لتصريح المخالفة في صورة التقدير. والثاني: لا يقع فيهما كالمخالفة في البيع والثالث: يتحتم وقوع الطلاق بائنًا فيهما، ويتخير الزوج بين المسمى ومهر المثل. والرابع: يتخير بين المسمى وبين ترك العوض، وجعل الطلاق رجعيًّا. والخامس: إن رضي بالمسمى، فذاك، وإلا فلا طلاق.

وخلع الوكيل بغير نقد البلد، أو غير جنس المسمى، وبالمؤجل، كخلعه بدون المقدر أو دون مهر المثل، ففيه الخلاف المذكور.

Marfat.com

وأما وكيل الزوجة، فإما أن يقدر له العوض، وإما لا.

الحالة الأولى: قدرت فقالت: اختلعني بمائة، فإن اختلعها بها أو بما دونها بالوكالة عنها، نفذ. والقول في أنه هل يطالبه الزوج يأتي في «فصل خلع الأجنبي» إن شاء الله تعالى.

وإن اختلع بأكثر من مائة وأضاف إليها فقال: اختلعها بكذا من مالها بوكالتها، فالمنصوص وقوع الطلاق بائنًا. وخرج المزني قولاً أنه لا يقع الطلاق. ونقل الحناطي قولاً، أنه يقع ولا يلزمها ولا الوكيل شيء. والمشهور حصول البينونة. فعلى هذا، يلزمها مهر المثل على الأظهر، وهو نصه في «الإملاء». ونص في «الأم»، أنه يلزمها أكثر الأمرين مما سمته هي، ومن أقل الأمرين من مهر المثل، وما سماه الوكيل. فإن كان مهر المثل زائداً على ما سماه الوكيل، لم تجب الزيادة على ما سماه على هذا القول، وكذا لو كان ما سماه الوكيل أكثر من مهر المثل، لم تجب الزيادة. فلو سمت مائة وسمى الوكيل مائتين، ومهر المثل تسعون، فالواجب تسعون على القول الأول، ومائة على الثاني.

ولو كان مهر المثل مائة وخمسين، فالواجب مائة وخمسون على القولين. ولو كان مهر المثل ثلاثمائة، لم يجب على القول الثاني إلا مائتان. وحكى قول ثالث، أنها بالخيار، إن شاءت أجازت بمسمى الوكيل، وإن شاءت ردت وعليها مهر المثل.

وأما مطالبة الوكيل بما عليها، فقال الأصحاب: لا يطالب إلا أن يقول: إني ضامن فيطالب بما سمى، هذا هو المذهب، وبه قطع الأصحاب في طرقهم، وفي «المختصر» تعرض لمثله، وفي «المجرد» للحناطي قول شاذ، أنه لا أثر لهذا الضمان. وقال الإمام: ينبغي أن يكون أثر الضمان في مطالبته بما تطالب به المرأة، ولا تطالب بزيادة عليه وهذا ضعيف.

ثم إذا غرم الوكيل للزوج، قال البغوي: لا يرجع عليها إلا بما سمت،

ويجيء فيه قـول إنه يرجع بالواجب عليها وهو مـهر المثل أو أكثر الأمـرين كما سنذكره إن شاء الله تعالى فيما إذا اختلع ولم يضف إليها.

أما إذا اختلع وأضاف إلى نفسه، فهو اختلاع أجنبي والمال عليه.

ولو أطلق ولم يضف إليـها ولا إليه، فـإن قلنا بالمشهـور، فعلى الوكـيل ما سماه، وفيما عليها منه قولان. أظهرهما: عليها ما سمت والباقي على الوكيل، فعلـى هذا لو طالب الزوج الوكيل به، رجع على الزوجـة بما سمت. والـثاني: عليها أكثر الأمرين مهـر المثل وما سمت. فإن بقي شيء مما سمى فعلى الوكيل. وإن زاد مهر المثل على ما سمى الوكيل، لم تجب تلك الزيادة، لأن الزوج رضي بما سمى الوكيل. ولو أضاف ما سمته إليها والزيادة الى نفسه، ثبت المال كذلك.

ولو خالف الوكيل في جنس العوض بأن قـالت: خالع على دراهم، فخالع بدنانير أو ثوب، فوجهان. أحدهما عن الـقاضي حسين: ينصرف الاختلاع عنها فيلغو إن أضاف إليها، ويقع عن الوكيـل إن أطلق. وأصحهما وبه قطع البغوي، تحصل البـينونة، ثم ينظر، إن أضاف الخـلع إلى مالها. ولم يقـل: وأنا ضامن، فالرجوع عليها بمهر المثل على الأظهـر، وبأكثر من مهر المثل وبدل ما سمت في القول الثاني. وإن قال: وأنا ضامن أو لم يضف العـقد إليها، لم يرجع إلا ببدل ما سمت.

الحالة الثانية: إذا أطلقت التوكيل، فمـقتضاه الاختلاع بمهر المثل. فإن نقص عنه أو ذكر فـيه أجلاً، فقـد زادها خيراً، وإن زاد على مـهر المثل، فهو كـما لو قدرت فـزاد على المقدر، وحـكمه ما سـبق، لكن لا يجيء قـول وجوب أكـثر الأمرين.

فرع: اختلعها وكيلها بخمر أو خنزير، بانت ولزمها مهر المثل، سواء أطلقت التوكـيل، أو سمت الخـمر والخنزير. وقـال المزني: لا يصح التوكـيل إذا سمت الخمر، ولا ينفذ معه خلع الوكيل. ولو خالع وكيل الزوج على خمر أو خنزير،

وكان قد وكله بذلك، فقد طرد أبو الفرج الزاز فيه مذهبنا ومذهب المزني.

فروع: في فتاوى البغوي: قالت لوكيلها: اختلعني بطلقة على ألف، فاختلعها بثلاث طلقات على ألف، فإن أضاف إليها، لم يقع إلا طلقة، وإلا وقع الثلاث، وليس عليها إلا ثلث الألف، لأنه لم تحصل مسألتها إلا بثلث الألف، وعلى الوكيل البقية. وفي هذا نظر، وسيأتي إن شاء الله تعالى أنها لو قالت: طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثًا، وقع الثلاث واحدة منها بالألف، وفيها أنها لو قالت: اختلعني من زوجي بثلاث على ألف، فاختلعها واحدة على ألف، فإن أضاف إليها، لم يقع، وإلا وقع وعلى الوكيل ما سماه.

وأن الرجل لو قال لوكيله: خالعها ثلاثًا بألف، فخالع واحدة على ألف، وقع لأنه زاد خيرًا.

وأنه لو وكله بتطليقها بألف، ووكل آخر بتطليقها بألفين، فأيهما سبق وقع الطلاق بما سمى. وإن أوجبا معًا، فقالت: قبلت منكما، أو كانت وكلت وكيلين أيضًا، فقبل وكيلاها من وكيله معًا، لم يقع شيء، كما لو وكل رجلاً ببيع عبده بألف، وآخر ببيعه بألفين فعقدا معًا لا يصح البيع.

وفي فتاوى القفال، أنه لو وكله بتطليق زوجته ثلاثًا، فطلقها واحدة بألف، وقعت رجعية ولا يثبت المال، ومقتضى هذا أن يقال: لو طلقها ثلاثًا بألف، لا يثبت المال أيضًا، ولا يبعد أن يقال: يثبت المال وإن لم يتعرض الزوج له كما لو قال: خالعها بمائة فخالع بأكثر.

الركن الخامس: الصيغة، ولا بد منها، ويشترط أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي، فإن تخلل كلام كثير، بطل الارتباط بينهما، وإن تخلل كلام يسير، لم يضر على الصحيح.

فصل: سألت زوجها طلاقًا بعوض، وارتدت عقب السؤال ثم أجابها، فينظر، إن كان قبل الدخول، تنجزت الفرقة بالردة فلا مال عليها ولا طلاق.

Marfat.com

وإن كان بعد الدخول، فـالطلاق موقوف. فإن أصرت حتى انقـضت العدة، فلا مال ولا طلاق. وإن أسلمت قبلهـا، تبينا وقوع الطلاق ولزمهـا المال، وحسبت العدة من وقت الطلاق.

ولو قالت له امرأتاه: طلقنا بألف، ثم ارتدتا ثم أجابهما، فإن لم يكن دخل بهمـا، لغا الطلاق، وكذا لو كان دخل بهـما وأصرتا حتى انقـضت العدة. وإن أسلمتا قبلها، تبينا وقوع الطلاق عليهما.

وهل العـوض الواجب على كل واحـدة مهـر المثل، أم نصف المسـمى، أم حصتـها منه إذا وزع على مهر مـثلهما؟ فيه ثـلاثة أقوال. أظهرها: الأول. وإن أصـرت إحداهمـا وأسلمت الأخـرى، لم يقع الطلاق على المصـرة، ويقع على المسلمة، وفيما يلزمها الأقوال. وفي وجه يلزمها كل المسمى، حكاه الحناطي.

ولو ارتدت إحداهما ثم أجـابهما وكان قبل الدخول أو بعـده وأصرت حتى انقضت العدة، طلقت المسلمة دون المرتدة.

ولو ابتدأ الزوج فقال طلقتكما بألف، فارتدتا، ثم قبلتا، فإن لم يدخل بهما أو دخل وأصرتا، لغـا الخلع. وإن دخل بهما وأسلمـتا في العدة، طلقـتا، وإن أسلمت إحـداهما وأصـرت الأخرى، لم تطلق واحـدة منهمـا، كما لو قـبلت إحـداهما دون الأخـرى، وقد سـبق أنه إذا ابتـدأ الزوج بالإيجاب، فـلا بد من قبولهما بخلاف ما إذا ابتدأتا.

ولو خاطبهمـا كما ذكرنا وارتدت إحداهما ثم قبلتا، فـإن كانت المرتدة غير مدخول بها، أو مدخولاً بها وأصرت حتى انقضت العدة، فلا طلاق فيهما. وإن أسلمت في العـدة، طلقـتـا. ولو ارتدتا بعـد الدخـول ثم قـالتـا: طلقنا بألف فأجـابهما ثم أسلـمتا، طلقـتا. وحكى الحناطي خـلافًا، في أنه يقع رجعيًّا أم ببدل، وهذا الخلاف عجيب.

Marfat.com

قلت: الصواب وقوعه بائنًا ببدل، كما أشار إليه الرافعي. والله أعلم.

فصل: قال الزوج: خالعتك بألف درهم، فقالت: قبلت الألف، ففي «فتاوي القفال» أنه يصح ويلزم الألف وإن لم تقل: اختلعت. وكذا لو قال الأجنبي: خالعت زوجتي بألف، فقال: قبلته. وإنَّ أبا يعقوب غلط فقال في حق المرأة: يشترط قولها: اختلعت، ولا يشترط في الأجنبي.

فصل: قالت: طلقني على ألف، فقال: طلقتك، كفى وإن لم يسم المال، كذا أطلقوه، ويمكن جري خلاف فيه.

ولو قال المتوسط لها: اختلعت نفسك منه بكذا؟ فقالت: اختلعت، ثم قال للزوج وهو في المجلس: خالعتها؟ فقال: خالعت، صح الخلع على المذهب، وبه قطع البغوي قال البغوي: ولو لم تسمع المرأة قول الزوج، وسمع السفير كلامهما، كفى، والإسماع ليس بشرط، ألا ترى أنه إذا خاطب أصم فأسمعه غير المخاطب وقبل، صح العقد.

فصل: إذا طلقها على عوض أو خالعها، فلا رجعة له، سواء كان العوض صحيحًا، أو فاسدًا، سواء قلنا: الخلع فسخ أو طلاق. فلو قال: خالعتك أو طلقتك بدينار على أن عليك الرجعة، فنقل الربيع والمزني، أنه يقع الطلاق رجعيًّا ولا مال. وحرج المزني ونقل الربيع قولاً آخر أنه يلغو شرط الرجعة، وتحصل البينونة بمهر المثل. فقال ابن سلمة وابن الوكيل: في المسألة قولان، وبه قطع الإمام والبغوي، ورجحا البينونة بمهر المثل، وذهب ابن سريج وأبو إسحاق وجمهور الأصحاب إلى القطع بوقوعه رجعيًّا بلا مال.

ولو خالعها بمائة على أنه متى شاء رد المائة، وكان له الرجعة، نص الشافعي رحمه الله أنه يفسد الشرط، وتحصل البينونة بمهر المثل، فقيل بطرد الخلاف. وقيل بالجزم بالمنصوص، لأنه رضي بسقوط الرجعة هنا، ومتى سقطت لا تعود.

Marfat.com

فصل: لو وكل امرأة بطلاق زوجته أو خلعها، صح على الأصح، وقيل: لا، لأنها لا تستقل. ولو وكلت الزوجة امرأة باختلاعها، جاز بلا خلاف، ويجوز أن يكون وكيل الزوجة والزوج ذميًّا، لأنه قد يخالع المسلمة ويطلقها، ألا ترى أنها لو أسلمت وتخلف، فخالعها في العدة ثم أسلم، حكم بصحة الخلع، ويجوز أن يوكل الزوج بالخلع العبد والمكاتب، والسفيه المحجور عليه، ولا يشترط إذنُ السيد والولي، لأنه لا يتعلق في الخلع عهدة توكيل الزوج، ولا يجوز أن يوكل المحجور عليه في القبض. فإن فعل وقبض، ففي «التتمة» أن المختلع يبرأ، ويكون الزوج مضيعًا لماله. ولو وكلت المرأة في الاختلاع عبداً، جاز سواء أذن السيد أم لا. فإن كان الاختلاع على عين مالها، فذاك. وإن كان على مال في الذمة، نظر، إن أضافه إليها، فهي المطالبة. وإن لم يضف بل أطلق، فإن لم يأذن السيد في الوكالة، جاز للزوج مطالبته بالمال بعد العتق. وإذا غرم، رجع على الزوجة إذا قصد الرجوع. وإن أذن في الوكالة، تعلق المال بكسبه، كما لو اختلعت الأمة بإذن السيد. وإذا أدى في كسبه، ثبت الرجوع على الموكلة. ولو وكلت في الاختلاع محجوراً عليه لسفه، قال البغوي: لا يصح. وإن أذن الولي، فلو فعل وقع الطلاق رجعيًّا، كاختلاع السفيهة، وهذا على ما ذكره المتولي فيما إذا أطلق.

وأما إذا أضاف المال إليها، فتحصل البينونة ويلزمها المال إذ لا ضرر على السفيه.

فرع: الواحد لا يتولى طرفي الخلع بالوكالة، كالبيع وسائر العقود. فلو وكل الزوجان رجلاً تولى ما شاء من الطرفين مع الزوج الآخر أو وكيله. وقيل: يجوز أن يتولى طرفي الخلع، لأن الخلع يكفي فيه اللفظ من جانب، والإعطاء من جانب. وعلى هذا، ففي الاكتفاء بأحد شقي العقد خلاف، كبيع الأب ماله لولده، والصحيح الأول.

Marfat.com

فصل: يجوز أن يكون عوض الخلع منفعة، ويصح عقد الإجارة عليها. فلو خالعها على إرضاع ولده أو حضانته مدة معلومة، جاز، سواء كان الولد منها أو من غيرها، ويشبه أن يكون الجمع بينهما واستتباع أحدهما إذا أفرد على ما سبق في الإجارة.

وفي إبدال الصبي المعين وانفساخ العقد بموته، خلاف سبق في الإجارة. والمذهب الانفساخ، وهو المنصوص في «المختصر» وأكثر الكتب ورجحه الجمهور.

وامتناع الصبي من الارتضاع والتقام الثدي، كالموت. فإن قلنا بالانفساخ، فذلك فيما بقي من المدة، ولا تنفسخ في الماضي على المذهب. وقيل: قولان من تفريق الصفقة، فإن انفسخ فيما مضى رجع عليها بمهر المثل على الأظهر. وعلى القول الآخر، بأجرة مثل الإرضاع تلك المدة، وعلى الزوج لها أجرة الإرضاع في المدة الماضية. وإن لم ينفسخ في الماضي، فعلى الأظهر يرجع بقسط المدة الباقية من مهر المثل إذا وزع مهر المثل على المدتين. وعلى الثاني: يرجع بأجرة مثل ما بقي من المدة. وإن قلنا: لا ينفسخ العقد، فإن أتى بصبي مثله لترضعه، فذاك، وإن لم تأت به مع الإمكان حتى مضت المدة، فوجهان. أحدهما: يبطل حقه ولا شيء عليها، كما لو لم ينتفع المستأجر بعد قبضه العين، تستقر عليه الأجرة. والثاني: يلزمها قسط المدة الباقية من مهر المثل إذا وزع على المدتين، كما إذا تلف المبيع في يد البائع، يكون من ضمانه وإن تمكن المشتري من القبض، وهذا أصح عند الشيخ أبي حامد. ومقتضى كلام البغوي ترجيح الأول.

قلت: الأصح الوجه الثاني. والله أعلم.

ولو لم يأت بصبي آخر لعجزه، فقد قطع البغوي وغيره، بأن الحكم فيه (كما) إذا حكمنا بالانفساخ، والوجه أن يطرد فيه الخلاف، ولا فرق بين العجز وعدمه كما سبق في «الإجارة» فيما لو تلف الثوب المعين للخياطة وقلنا: لا

Marfat.com

تنفسخ الإجارة، فلم يأت المستأجر بثوب مثله حتى مضت مدة الإجارة، فإن في استقرار الأجرة وجهين، سواء امتنع من الإبدال لعجزه أو مع القدرة.

قلت: الصحيح، ما جزم به البغوي وموافقوه. والله أعلم.

فرع: لو أضاف إلى الإرضاع والحضانة نفقته مدة، بأن خالعها على كفالة ولده عشر سنين، ترضعه منها سنتين، وتنفق عليه تمام العشر وتحضنه، نظر، إن بين النفقة كل يوم من الطعام والأدم كالزيت واللحم، وكسوته كل فصل أو سنة، وكان ذلك مما يجوز السلم فيه، ووصفه بالأوصاف المشروطة في السلم، ففي صحة الخلع بما سمى طريقان. أصحهما: القطع بالصحة، لأن المقصود الكفالة، وهذه الأمور تابعة. والثاني: على قولين ـ لأنه جمع بين بيع وإجارة، ولأنه سلم في أجناس ـ. أظهرهما: الصحة أيضًا.

فإن أبطلناه، فهل يرجع بمهر المثل أم ببدل الأشياء المذكورة؟ قولان. أظهرهما: الأول، ومنهم من قطع به هنا، لأنه لو رجع إلى بدل الأشياء لأثبتناها.

وإن صححنا، فهو في الطعام والشراب، فيخير بين أن يستوفيه بنفسه ويصرفه إلى الولد، وبين أن يأمرها بالصرف إليه.

قال ابن الصباغ: ينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور، فيما إذا أذن الحاكم للملتقط في الإنفاق على اللقيط من ماله، بشرط الرجوع.

قلت: ليس هو مثله، بل يجوز هذا قطعًا والفرق ظاهر. والله أعلم.

ثم إن عاش الولد حتى استوفى المنفعة والعين، فذاك، فإن خرج زهيداً وفضل من المقدر شيء، فهو للزوج، وإن كان رغيبًا واحتاج إلى زيادة، فهي على الزوج.

وإن مات الولد، فله حالان.

Marfat.com

أحدهما: أن يموت قبل تمام مدة الإرضاع، ففيه الخلاف السابق في انفساخ العقد، وجواز الإبدال، فإن حكمنا بالانفساخ، ومنعنا الإبدال، انفسخ فيما بقي منَ المدة، وفي انفساخه فيما مضى وفي الطعام والكسوة خلاف تفريق الصفقة. والأظهر عدم الانفساخ. وإذا قلنا: لا ينفسخ، استوفى الزوج الطعام والكسوة، ويرجع بما انفسخ العقد فيه من المدة إلى أجرة المثل في قول، وإلى حصته من مهر المثل على الأظهر، وبيان الحصة بأن يُقوَّمَ الطعام والأدم والكسوة، وما مضى من المدة، وما بقي، ويعرف نسبة قيمة الباقي من المدة من الجميع، فيجب من مهر المثل بتلك النسبة، وإذا قلنا: يتعدى الانفساخ إلى المدة الماضية والنفقة، رجع إلى مهر المثل على الأظهر، وإلى بدل الجميع علَى الثاني، وترجع الزوجة بأجرة ما مضى من مدة الإرضاع، وقد يقع التقاص، هذا هو المذهب. وعن القاضي أبي الطيب، أن الواجب قسط ما سوى المدة الماضية من مهر المثل، وتسقط حصتها وتجعل منفعتها مستوفاة.

الحال الثاني: أن يموت بعد ارتضاعه المدة بكمالها، فيبقى استحقاق النفقة والكسوة، وهل يتعجل الاستحقاق أم يبقى منجمًا كما كان؟ وجهان. أصحهما: الثاني.

ولو انقطع جنس بعض الأشياء المذكورة، ففيه القولان السابقان في انقطاع المسلم فيه. أحدهما: ينفسخ العقد. فعلى هذا ينفسخ في المنقطع، ولا ينفسخ في الأعيان المقبوضة على الأظهر، كما لو اشترى عبدين، فقبض أحدهما وتلف الآخر ولا في الحضانة والإرضاع على المذهب، لبعد ما بينهما، فإن حكم بالانفساخ في الجميع غرم لها بدل ما استوفى من العين والمنفعة، وله عليها مهر المثل على الأظهر. وفي قول: بدل المسمى. وإن قلنا: لا ينفسخ إلا في المنقطع، رجع إلى حصته من مهر المثل على الأظهر، وإلى بدل المنقطع في قول. والقول الثاني في الأصل وهو الأظهر، أن انقطاع المسلم فيه لا يقتضي الانفساخ، لكن

يثبت له خيار الفسخ، فله الفسخ في الجميع. وهل له الفسخ في المنقطع وحده؟ فيه الخلاف السابق فـيمن اشترى عبدين فوجد أحدهما مـعيبًا وأراد إفراده بالرد، قال المتولي: وله الفسخ في الأعيان دون المنافع على المذهب لبعد ما بينهما جنسًا وعقدًا. وإذا أفـرد المنقطع بالرد وجوزناه، ففيمـا يرجع به القولان. هذا كله إذا كان المذكور مما يجوز السلم فيه، ووصف بالصفات المشروطة في المسلم فيه، فإن لم توصف، أو كان مما لا يجوز السلم فيه كالثياب المخيطة، والمحشوة، والمطبوخ والمشوي من الطعام، فالمسمى فاسد، والرجوع إلى مهر المثل بلا خلاف.

Marfat.com

الباب الثالث

في بيان الألفاظ الملزمة ومقتضاها

فيه أطراف.

الأول: في الألفاظ الملزمة وفيه مسائل.

إحداها: صيغة المعاوضة ملزمة، فإذا قال: طلقتك، أو أنت طالق على ألف، فقبلت، صح الخلع ولزم الألف. ولو قال: أنت طالق وعليك ألف، أو لي عليك ألف، نظر، إن لم يسبقه استيجاب بل ابتدأ الزوج به، وقع الطلاق رجعيًّا قبلت أم لا، ولا مال، بخلاف قولها: طلقني ولك علي ألف فأجابها فإنه يقع بائنًا بالألف، لأن المتعلق بها من عقد الخلع الالتزام، فيحمل لفظها عليه، والزوج ينفرد بالطلاق. فإذا لم يأت بصيغة المعاوضة، حمل على ما ينفرد به وصيغته خبر. فلو قال: أردت بقولي: وعليك ألف الإلزام وقصدت ما يقصده القائل بقوله: طلقتك على ألف، لم يصدق. فإن وافقته، فوجهان. أحدهما: لا يؤثر توافقهما، لأن اللفظ لا يصح للإلزام. وأصحهما: يؤثر فتبين بالألف.

فعلى الأول لا يحلفُ على نفي العلم إذا أنكرت، لأنها لو صدَّقته لم تؤثر. وعلى الثاني، يحلف. ومقتضى الثاني انعقاد البيع بقوله: بعتك ولي عليك (كذا)، تفريعًا على انعقاد البيع بالكناية، أما إذا سبق استيجاب، فإن لم تذكر عوضًا بأن قالت: طلقني، فحكمه كما لو لم تطلب. وإن ذكرته مبهمًا بأن قالت: طلقني ببدل، فإن عين الزوج البدل في الجواب فقال: طلقتك وعليك ألف، فهو كما لو ابتدأ فقال: طلقتك على ألف. فإن قبلت، بانت بالألف، وإلا فلا طلاق. وإن أبهم الجواب فقال: طلقتك بالبدل، أو طلقتك، بانت بمهر المثل. وإن عينت البدل، فقالت: طلقني، فقال: طلقتك وعليك ألف، بانت

Marfat.com

بالألف وذكر المتولي أنه لو لم يسبق منها طلب، وشاع في العرف استعمال هذا اللفظ في طلب العوض وإلزامه، كان كقوله: طلقتك على ألف. ولو اختلفا، فقال الزوج: طلبت مني الطلاق ببدل، فقلت في جوابك: أنت طالق وعليك ألف، فقالت: بل ابتدأت فلا شيء لك، صدقت بيمينها في نفي العوض ولا رجعة له لقوله.

المسألة الثانية: قال: أنت طالق أو طلقتك على أن لي عليك ألفًا، فهو كقوله: أنت طالق على ألف. فإذا قبلت، بانت ولزمها المال، هذا هو الصواب المعتمد، وهو نصه في «الأم» وفي «عيون المسائل»؛ وقطع به صاحب «المهذب» وسائر العراقيين. ومقتضاه انعقاد البيع بقوله: بعتك هذا على أن يكون لي عليك ألف، وأدنى درجاته أن يجعل كناية في البيع.

وقال الغزالي: يقع الطلاق رجعيًّا ولا مال. قال: فإن فسر بالإلزام، ففي قبوله وجهان. قال صاحب «التقريب»: لا، وغيره: نعم.

الثالثة: قال: أنت طالق إن ضمنت لي ألفًا، أو إن ضمنت لي ألفًا فأنت طالق، فقالت في مجلس التواجب: ضمنت، طلقت ولزمها ألف.

ولو قالت: متى ضمنت لي ألفًا فأنت طالق، لم يعتبر المجلس بل متى ضمنت طلقت، وليس للزوج الرجوع قبل الضمان. ولو أعطته المال ولم تقل: ضمنت أو قال: شئت بدل ضمنت، لم تطلق. ولو ضمنت ألفين، طلقت لوجود الصفة المعلق عليها مع زيادة، بخلاف قوله: طلقتك على ألف، فقالت: قبلت بألفين، لأن تلك صيغة معاوضة فيشترط فيها توافق الإيجاب والقبول.

فرع: قال الزوج لها: أمرك بيدك، أو جعلت أمر الطلاق إليك، فطلقي نفسك إن ضمنت لي ألفًا، فقالت: ضمنت وطلقت نفسي، أو قالت: طلقت وضمنت، بانت بالألف، ويكون الضمان والطلاق مقترنين، سواء قدمت لفظ الطلاق، أو الضمان، كما لو قال: طلقتك إن ضمنت لي ألفًا، فقالت:

Marfat.com

ضمنت، يقع الطلاق ويثبت المال مقترنين، وإن تعاقب اللفظان، فلو ضمنت ولم تطلق، أو طلقت ولم تضمن، لم يقع الطلاق. وإذا جمعتهما، اشترط كون الضمان في المجلس قطعًا، ويشترط كون التطليق في المجلس أيضًا على المذهب، ولا يشترط إعطاء المال في المجلس قطعًا. وهل المراد بالمجلس مجلس التواجب، أم مجلس القعود؟ وجهان. أصحهما: الأول، وقد سبقا في أول الكتاب. ولا يخفى أن المراد بالضمان في هذه المسائل القبول والالتزام دون الضمان المفتقر إلى أصيل.

الرابعة: سبق أنه إذا علق الطلاق بالإعطاء، لا يقع إلا بالإعطاء في المجلس على الصحيح، إلا إذا كان بصيغة «متى» وما في معناها، فلا تختص بالمجلس، وكل ذلك جارٍ في قوله: إن أقبضتني كذا، أو أدَّيتِ إلي كذا. ولو قال: أنت طالق إن شئت، أو أنت طالق على ألف إن شئت، اشترط وجود مشيئتها في مجلس التواجب، بخلاف التعليق كسائر الصفات، لأنه استدعاء لجوابها واستبانة رغبتها. وحكى الحناطي قولاً أنه لا يشترط المجلس ويقع الطلاق متى شاءت، كسائر التعليق والمجلس مجلس التواجب على الصحيح كما سبق. وإذا قالت في المجلس: شئت وقبلت، فقد تم العقد فتطلق ويلزم المال، ولا يشترط تسليم المال في المجلس. وإن اقتصرت على قولها: شئت، أو قبلت، فثلاثة أوجه. أصحها عند الغزالي: يكفي، لأن كلاً منهما يشعر بالرضا والالتزام، وهذا مقتضى كلام الشيخ أبي حامد. والثاني: لا بد من الجمع بينهما، لأنه لو اقتصر على قوله: أنت طالق كان جوابها قبلت، ولو اقتصر على قوله: أنت طالق إن شئت، كان جوابها شئت، فإذا جمعهما، اشترط جمعهما في الجواب. والثالث: يكفي قولها: شئت، ولا يكفي قولها: قبلت، لأن القبول ليس مشيئة، ولهذا لو قال: أنت طالق إن شئت، فقالت: قبلت، لم تطلق، وبهذا قطع المتولي، واختاره الإمام فيما حكى عنه المعلق.

Marfat.com

قلت: هذا الثالث؛ هو الأصح بل الصحيح. والله أعلم.

فعلى الثالث: لا رجوع للزوج على قاعدة التعليقات، وعلى الثاني: في جواز رجوعه وجهان، لتردده بين التعليق والمعاوضة.

ولو علق طلاقها بالمشيئة بصيغة «متى» طلقت متى شاءت، ولا يختص بالمجلس كسائر الصفات.

ولو قالت: طلقني بألف درهم، فقال: أنت طالق على ألف إن شئت، فليس بجواب لها لما فيه من التعليق، فيتوقف على مشيئة مستأنفة.

ولو نكَّر فقال: على ألف ونوى ما ذكرت، فكذلك الحكم. وإن نوى غير الدراهم، فقد نقل الحناطي أنه يقع طلاق رجعي ولا بدل، وخرج من عنده أنه لا طلاق حتى يتصل به القبول والمشيئة، كما لو ابتدأ به، وهذا هو القياس الحق. ولو لم ينو شيئًا، فقد حكى وجهين في وقوعه رجعيًّا أو بائنًا، ووجهين إن وقع بائنًا في أن الواجب مهر المثل أم المسمى؟ ومقتضى جعله مبتدأً أن لا يقع الطلاق إلا أن يتصل به قبول ومشيئة.

الخامسة: في حقيقة الإعطاء المعلق عليه. فإن سلمت المال إليه فقبضه، فذاك، وإن وضعته بين يديه، كفى ووقع الطلاق وإن امتنع من قبضه على الصحيح، لأنها أعطته وهو يفوت حقه. وقيل: لا يكفي الوضع، فلا يقع به الطلاق، وهو ضعيف غريب. فإذا أعطته، دخل في ملكه على الصحيح. وقيل: لا بل يرده، ويرجع بمهر المثل، ويجري هذا الوجه في قوله: إن ضمنت لي ألفًا فأنت طالق، فقالت: ضمنت، لأن لزوم المال بمجرد قولها بعيد، كدخوله في ملكه بمجرد الإعطاء. وإذا قال: متى أعطيتني ألفًا، فأنت طالق، فبعثته على يد وكيلها، فقبضه الزوج، لم تطلق، لأنها لم تعط هي، وكذا لو أعطته عن الألف عوضًا، أو كان لها عليه ألف درهم فتقاصا، لم تطلق. ولو حضرت وقالت لوكيلها الحافظ لمالها: سلم إليه، فسلمه، طلقت وكان تمكينها

الزوج من المال المقصود إعطاء، قاله المتـولي. ولو علق الطلاق بالإقباض فقال: إن أقبضـتني كذا فأنت طالق، فوجـهان. أصحهمـا وبه قطع المتولي: أنه تعليق محض، لأن الإقـباض لا يقـتضي التـمليك، بخلاف الإعطاء. فـعلى هذا، لا يملك المقبوض وليس له مهر المثل، بل يقع الطلاق رجعيًّا. ولا يختص الإقباض بالمجلس كسائر التعلـيقات. والثاني: أن الإقباض كالإعطاء على مـا ذكرنا فيه. ولو قالت: إن قبضت منك كـذا، فهو كقوله: إن أقبضتني، ويعـتبر في القبض الأخذ باليـد، ولا يكفي الوضع بين يديه، لأنه لا يسمى قبـضًا، ولو بعثـته مع وكيلها، لم يكف. ولو قبض منها مكرهـة، طلقت لوجود الصفة. وفي التعليق بالإعطاء، لو أخذ مـنها كرهًا، لم تطلق لأنهـا لم تعطه. وذكر المتـولي، أن ما ذكرنـاه في التعليق بالإقـباض مـفروض فـيمـا إذا لم يسبق منه كـلام يدل على الاعتيـاض بأن يقول: إن أقبضتني كـذا وجعلته لي أو لأصرفه في حـاجتي وما أشبه ذلك.

قلت: هذا الذي ذكره المتولي، متعين. والله أعلم.

والأداء والدفع والتسليم، كالإقباض.

فرع: قال: إن أعـطيتني ألفًـا، فأنت طالق، فـأعطت ألفين، طلقت، لأن وقوع الـطلاق هنا بحكم التعليق، وإعـطاء الألفين يشتـمل على إعطاء الألف، وكذا لو قـال: إن ضمنت لي ألفًـا فضمـنت ألفين، ويلغو ضمـان الزيادة على ألف. وإذا قبـض زيادة على القدر المعلق به، كـانت أمانة عنده، ويخـالف هذا قـوله: خالعـتك بألف فـقالت: قـبلت بألفين، فـإنها لا تطـلق لعدم مـوافقـة الإيجاب.

السادسة: في بيان ما ينزل عليه الدرهم. إذا علق الطلاق بإعطائه، وما يقبل تفسيـره، وقد سبق في «الزكاة والإقرار» قـدر الدرهم الإسلامي، واسم الدرهم هنا يقع على ذلك القدر من الفضة الخالصة المضروبة، سواء كان نوعه جيداً، أو

Marfat.com

رديئًا، لسواد أو خشونة أو غيرهما. فإذا قال: إن أعطيتني ألف درهم، فأنت طالق، طلقت بأي نوع أعطته. لكن إذا كان في البلد نقد غالب، فأتت بغيره، طولبت به، لأن المعاملات تنزل على النقد الغالب، والخلع فيما يتعلق بالمال كسائر المعاملات. وفي قول: يرجع بمهر المثل، والمشهور الأول. فإن قلنا بالرجوع إلى مهر المثل، فالمعطى غير مملوك، وإن قلنا بالرجوع إلى الغالب، فالمعطى مملوك للزوج، وله رده والمطالبة بالغالب. وذكر في «الوسيط»: أنه لا يملكه ويجب الإبدال، والصحيح الأول. ثم العادة الغالبة، إنما تؤثر في المعاملات، لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج هناك، ولا تؤثر في الإقرار والتعليق، بل يبقى اللفظ على عمومه فيهما. أما في التعليق، فلقلة وقوعه، وأما في الإقرار، فلأنه إخبار عن وجوب سابق، وربما تقدم الوجوب على الضرب الغالب، أو وجوب في بقعة أخرى. ولو قال: طلقتك على ألف، فهذا ليس بتعليق، فينزل على الغالب على قاعدة المعاملات.

فرع: لو كان الغالب في البلد دراهم عددية ناقصة الوزن أو زائدته، لم ينزل الإقرار والتعليق عليها، لأن الغلبة لا تؤثر فيهما، واللفظ صريح في الوازنة، وفي تنزيل البيع والمعاملات عليها وجهان. أحدهما: المنع، لأن اللفظ صريح في القدر المذكور، والعرف لا يغير المسمى وإن كان يخص بعض الأنواع. وأصحهما: التنزيل عليهما، لأنها التي تقصد في مثل هذه البلدة. وفي قبول تفسير المقر بالناقص خلاف وتفصيل سبق في الإقرار. ولو فسر المعلق بالدراهم المعتادة، فإن كانت زائدة، قبل على المذهب، وإن كانت ناقصة، قبل قطعًا، لأنه توسيع لباب الطلاق.

فرع: لو أتت بدراهم مغشوشة، فإن كان الغالب في البلد المغشوشة، فقد أطلق الغزالي أنه لا ينزل اللفظ عليها، فلا يقع الطلاق إلا إذا أعطته الخالصة، لكن تسترد ما أعطته وتعطيه مغشوشة. ومن قال بهذا قال: التفسير بالمغشوشة

Marfat.com

كالتفسير بالناقصة. فإن قلنا: التفسير بهما، فهل تراجعه ليعبر عن مقصوده، أم تأخذ بالظاهر إلا أن يفسر؟ فيه احتمالان في «البسيط».

قلت: أفقههما: الثاني. والله أعلم.

وقطع المتولي والبغوي، بأن اللفظ ينزل على المغشوشة، ويقع الطلاق إذا أعطت مغشوشة، وهل تسلم له الدراهم بذلك؟ قال المتولي: يبنى على جواز المعاملة بالمغشوشة. إن لم نجوزها، رد الدراهم ولزمها مهر المثل، وإلا سلمت له الدراهم، ويشبه أن يكون ما ذكره الغزالي أصح. أما إذا كان الغالب في البلد الدراهم الخالصة، فلا تطلق إلا إذا أعطت ما تبلغ نقرته ألفًا. وفي وجه لا يقع الطلاق وإن بلغته، كما لو أعطته سبيكة. فإن قلنا بالصحيح وهو الوقوع، فهل يملك الزوج المدفوع إليه؟ وجهان. أحدهما: لا، لأن المعاملة تنزل على الغالب. والثاني: نعم، لأن قبضها اعتبر في وقوع الطلاق، وكذا في إفادة الملك، لكن له الرد بسبب العيب. فإذا رد، رجع إلى مهر المثل على الأظهر، وإلى ألف خالصة في قول.

ولك أن تقول: ينبغي أن لا يملك الغش نفسه في هذه الصورة، لأنه إذا بلغت الفضة الخالصة ألفًا، بقي الغش شيئًا آخر مضمومًا، فلا يملكه كما لو ضمت إلى الألف ثوبًا.

قلت: ظاهر كلام القائل بالملك، أنه لا ينظر إلى الغش لحقارته في جنب الفضة، ويكون تابعًا كما سبق في مسألة نعل الدابة. والله أعلم.

وأما المعاملة بالدراهم المغشوشة، فذكرناها في كتابي الزكاة والبيع، والأصح الجواز.

السابعة: قال: إن أعطيتني عبدًا أو ثوبًا فأنت طالق، ووصفه بما يعتبر في السلم، فأتت به بالصفة، طلقت، وملكه الزوج كما قلنا في الدراهم، وإن أعطته على غير تلك الصفة، لم تطلق ولا يملكه. فلو كان بالصفة لكنه معيب،

Marfat.com

فله الخيار. فإن رده، رجع بمهر المثل على الأظهر، وبقيمته سليمًا في قول، وليس له المطالبة بسليم بالصفة، وفي كتاب الحناطي وجه أنه لا يرد العبد، بل يأخذ أرش العيب وهو ضعيف. أما إذا قال: إن أعطيتني عبدًا ولم يصف، فأعطته عبدًا لها، طلقت لوجود الصفة ولا يملكه، لأن الملك فيه يكون معاوضة، والمجهول لا يكون عوضًا، فيجب مهر المثل قطعًا. وحكى ابن كج والحناطي وجهًا، أنه يقع الطلاق رجعيًّا، ولا شيء عليها، وإنما يلزمها العوض إذا ابتدأت فسألت طلاقًا بعوض، فقال في جوابها: إن أعطيتني عبدًا فأنت طالق فأعطت، والصحيح الأول، وسواء إن أعطت سليمًا أو معيبًا، أو قنًا أو مدبرًا أو معلقًا عتقه على صفة، لوقوع اسم العبد عليه، وإمكان نقله وتمليكه. فإن أعطته مكاتبًا، لم تطلق. وكذا لو قال لأجنبي: إن أعطيتني أمة، فامرأتي طالق، فأعطاه أم ولده. وأشير في المكاتب إلى وجه. ولو وصف العبد ولم يستوعب صفاته، فهو كعدم الوصف في أن الرجوع إلى مهر المثل، لكن لو أعطته عبدًا بغير الصفة، لم تطلق مثل أن يقول: إن أعطيتني عبدًا تركيًّا، فأعطته هنديًّا. ولو أتت بعبد مغصوب، أو مشترك لها ولغيرها، أو قال: إن أعطيتني ألف درهم، فأتت بدراهم مغصوبة، فوجهان. أحدهما: يقع الطلاق ويرجع بمهر المثل. وأصحهما: لا يقع لأنه لا يسمى إعطاءً، وطرد الخلاف في العبد المرهون والمستأجر.

قلت: يجري الخلاف في المستأجر إذا لم يجوز بيعه، وإلا فهو كغيره. والله أعلم.

ولو قال: إن أعطيتني هذا العبد المغصوب فأعطته، وقع الطلاق بائنًا على المذهب، ويرجع بمهر المثل. وقيل: لا يقع، وقيل: يقع رجعيًّا. ولو قال: إن أعطيتني زق خمر أو خنزيرًا، فأنت طالق، فقد سبق أنها إذا أتت به، بانت ووجب مهر المثل. فإن أتت بخمر مغصوبة، بأن كانت محترمة أو لذمي، فإن

Marfat.com

قلنا في العبد المغصوب: يقع الطلاق، فهنا أولى، وإلا فوجهان. أصحهما: الوقوع، لأن الإعطاء هنا مضاف إلى ما يتأتى تملكه. والثاني، المنع ويحمل على ما يختص به يداً، كما حمل لفظ العبد على ما اختصت به ملكًا. ولو قال: إن أعطيتني هذا الحر، فثلاثة أوجه. أصحها: يقع الطلاق بائنا بمهر المثل. والثاني: لا يقع. والثالث: يقع رجعيًّا، لأنه لا يملك بحال، فالزوج لم يطمع بشيء. ولو قال: إن أعطيتني هذا العبد أو الثوب فأنت طالق، فأعطته، طلقت وملكه، فإن خرج مستحقًّا أو مكاتبًا، فوجهان. أحدهما: لا يقع الطلاق. وأصحهما: وقوعه للإشارة، ويرجع بمهر المثل على الأظهر، وبقيمته في قول. وإن وجده معيبًا، فله رده، وفيما يرجع به القولان. أظهرهما: مهر المثل. والثاني: قيمته سليمًا. وقيل: ليس له الرد بل يرجع بالأرش، والصحيح الأول. قال البغوي: ولو قال لزوجته الأمة: إن أعطيتني ثوبًا فأنت طالق، فأعطته، لم تطلق لأنها لم تملكه فإن قال: هذا الثوب فأعطته طلقت، وفيما يرجع به القولان. وهذا تفريع منه على المذهب في الثوب المطلق والمعين، ولا يخفى مما تقدم أن الإعطاء في جميع صور المسألة ينبغي أن يقع في المجلس.

الثامنة: قال: إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي، فأنت طالق، فأعطته وبان مرويًّا، لم تطلق. وإن قال: إن أعطيتني هذا الثوب الهروي فبان مرويًّا أو بالعكس، طلقت على الأصح، لأنها ليست صيغة شرط بل أخطأ في الوصف. ولو خالعها على ثوب هروي ووصفه كما ينبغي، فأعطته ثوبًا بالصفة، فبان مرويًّا، رده وطالبها بهروي بالصفة. ولو خالعها على ثوب بعينه على أنه هروي فبان مرويًّا، وقعت البينونة وملكه الزوج، وإخلاف الصفة كعيب، فله خيار الخلف. وقيل: إن لم تنقص قيمته عن الهروي، فلا خيار لأن الجنس واحد ولا نقص، والصحيح الأول. فإن رد، رجع بمهر المثل على الأظهر، وبقيمة هروي في الثاني. فإن وجد به عيبًا بعد تلفه أو تعيبه في يده وتعذر الرد، رجع بقدر

Marfat.com

النقص من مهر المثل على الأظهر، وبقدر مـا نقص من القيمة في الثاني، وليس له هنا طلب هروي لأنه معين هنا بالعقد.

قـال أبو الفرج السـرخـسي: وهذا على قولنا: إن اخـتـلاف الصفـة ليس كاخـتلاف العين وهو الأظهر، كـما سبق في الـنكاح. فإن قلنا: هو كاخـتلاف العين، فالعوض فاسد فليس له إمساكه، ويرجع بمهر المثل على الأظهر، أو قيمة الثوب مرويًّا على قول. ولو خالعها على ثوب معين، على أنه كتان فخرج قطنًا أو بالعكس، فوجهان. أحدهما وبه قطع البغـوي: أنه كاختلاف الصفة، فيكون حكمه ما سـبق في خروجه مرويًّا. وأصحهما وبه قطع الـشيخ أبو حامد وسائر العراقيين: أن العـوض فاسد وتقع البينونة بمهر المثل على الأظهر، وبـقيمة ثوب كتـان في قول، وليس له إمسـاكه، وهؤلاء قالوا: لو باعـه على أنه كتان فـبان قطنًا، بطل البيع.

ولو قالت: خالعني على هذا الثوب فإنه هروي، فخـالعها عليه فبان مرويًّا، فهو كـما لو قال: خالعـتك عليه على أنه هروي، لأنها غرته. قـال المتولي: لو قالت: هذا الثوب هروي فقال: إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق، فأعطته فبان مرويًّا، بني على المتواطىء عليه قبل العقـد، كالمشروط فيه أم لا؟ إن قلنا، نعم، لم يقع الطلاق، وإلا وقع، وليس له إلا ذلك الثوب.

ولو قال: خالعتك على هذا الثوب وهو هروي فـبان خلافه، فلا رد لأنه لا تغرير من جـهتهـا، ولا اشتراط منه، وكـذا لو قال: خالعـتك على هذا الثوب الهروي، كـذا ذكره البـغوي. فـإن قيل: قـوله: وهو هروي أفاد الاشـتراط في قـوله: إن أعطيـتني هذا الثـوب وهو هروي، حتى لـم يقع الطلاق إذا لم يكن هرويًّا، فلم لم يفد الاشـتراط في قوله: خالعـتك على هذا الثوب وهو هروي، حتى يتـمكن من الرد إذا لم يكن هرويًّا، كمـا لو قال: خالعـتك عليه على أنه هروي؟ فالجواب أن قـوله: وهو هروي دخل هناك على كلام غير مـستقل، لأن

Marfat.com

قوله: إن أعطيتني هذا الثوب غير مستقل، فيتقيد بما دخل عليه وتمامه بالفراغ من قوله: فأنت طالق.

وأما قوله: خالعتك على هذا الثوب، فكلام مستقل، فجعل قوله بعده: وهو هروي جملة مستقلة، ولم يتقيد بها الأول، وبالله التوفيق.

□□□

Marfat.com

الباب الرابع

في سؤال المرأة الطلاق بمال، واختلاع الأجنبي

فيه أطراف.

الأول: في ألفاظها وفيه مسائل.

الأولى: إذا قالت: طلقني بكذا، أو على كذا، أو على أن علي كذا، أو على أن أعطيك كذا، أو أن أضمن لك، أو إن طلقتني، أو إذا طلقتني، أو متى طلقتني، فلك علي كذا، فهذه كلها صيغ صحيحة في الالتزام، ويختص الجواب في المجلس بلا خلاف، في «متى» وغيرها، بخلاف قول الرجل: متى أعطيتني، وقد سبق الفرق.

الثانية: قالت: إن طلقتني فابرأ من صداقي، أو فقد أبرأتك، فقال: طلقتك، وقع الطلاق رجعيًّا ولم يبرأ من الصداق، لأن الإبراء لا يصح تعليقه، وطلاق الزوج طمعًا في البراءة من غير لفظ، صحيح في الالتزام لا يوجب عوضًا، وهذا تفريع على الجديد الأظهر أن تعليق الإبراء لا يصح، وكان لا يبعد أن يقال: طلق طمعًا في عوض، ورغبت هي في الطلاق بالبراءة فيكون فاسداً كالخمر.

الثالثة: قالت: طلقني ولك علي ألف، فقال طلقتك، بانت ولزمها الألف، لأنها صيغة التزام. وقيل: لا يثبت العوض، بل إن اقتصر على قوله: طلقتك، وقع رجعيًّا، وإن قال: طلقتك على ألف، احتاج إلى قبولها، والصحيح الأول. قال المتولي: ويقرب من هذا قولها: طلقني وأضمن لك ألفًا.

ولو قالت: وأعطيك ألفًا، فالأصحّ أنه إذا طلقها مطلقًا، وقع رجعيًّا، لأن لفظ الضمان يشعر بالالتزام، بخلاف الإعطاء ولم يطردوا الوجه المذكور هنا في

Marfat.com

الجعالة، بل لو قال: رد عبـدي ولك علي كذا، فرده، لزم المال بلا خلاف، ولو قال المشتري: بعني هذا ولك علي كذا، فقال: بعت، فوجهان: أحدهما: ينعقد كالاخـتلاع والجعـالة، وهذا هو المذكور في فـتاوي القفـال، والثاني: لا، لأنه يحتمل فيـها ما لا يحتمل في البيع، كالتعليق، وفـيما علق عن الإمام، أن هذا أصح. ويشبه أن يكون الوجهان في أنه هل هو صريح؟ فأما كونه كناية، فينبغي أن يكون متفقًا عليه.

الرابعـة: قالت: طـلقني على ألف، أو أتت بصـيغـة أخـرى صريحـة في الالتزام، فإن أجـابها وأعاد ذكر المال، فـذاك، وإن اقتصر على قـوله: طلقتك، كفى وانصرف إلى السؤال على الصحيح، وقيل: يقع الطلاق رجعيًّا ولا مال.

ولو قال: قصدت الابتـداء دون الجواب، قبل وكان رجعيًّا، فإن اتهـمته، حلفته.

الخامسة: اللفظ الدائر بين الزوجين، إن كان صريحًا منهما، فذاك، وإن كان لفظهمـا كناية، بأن قالت: أبني، قال: أبنتك، فـإن نويا الطلاق، نفذ ولزم المال إن ذكرا مـالاً. وإن لم ينو الزوج، فلا فـرقة، وإن نوى دونهـا، نظر، إن جرى ذكر المال في السؤال والجـواب، لم يقع الطلاق، لأنه ربط الطلاق بالمال وهي لم تسأل الفراق، ولم تلتزم المال في مقابلته، وإن لم يجر ذكر المال في الطرفين وقع طلاق رجعي، وإن ذكر هـو المال دونها، فلا طلاق، لأنها لم تسـأل فرقة، وهو إنشاء فرقـة على مال، ولم يتصل به قبول. وإن ذكـرت هي المال، فقالت: أبني على ألف، فقـال: أبنتك، فلا طلاق على الأصح، كـما لو ذكـر المال. وقيل: يقع كما لو قال: قصدت الابتداء دون الجواب، فإنه يقع رجعيًّا قطعًا.

أما إذا كان لفظ أحدهما صريحًا والآخر كناية، فالكناية مع النية كالصريح، ودون النية لغو. وعن ابن خيران، أنها لو قالت: طلقني فقال: أبنتك ونوى، لم يقع، لأن الصريح أقوى، فالمأتي به غير المسؤول، والصحيح الأول.

الطرف الثاني: في سؤالها عدداً، فيه مسائل.

إحداها: قالت: طلقني ثلاثًا بألف، أو على ألف، أو ولك عليَّ ألف، أو إن طلقتني ثلاثًا، فلك علي ألف، فطلقها واحدة، ففيه أربعة أوجه. الصحيح أنه يقع طلقة بثلث الألف، والثاني: لا يقع طلاق. والثالث: يقع طلقة بمهر المثل، والرابع: طلقة بثلث مهر المثل. حكى الحناطي الأخيرين. فعلى الصحيح لو طلقها طلقتين، استحق ثلثي الألف. وإن طلق طلقة ونصفًا، فهل يستحق ثلثي الألف، أم نصفه؟ وجهان.

قلت: الثاني أرجح. والله أعلم.

ولو قالت: طلقني ثلاثًا بألف وهو لا يملك إلا طلقة، فطلقها تلك الطلقة، فقد نص الشافعي رحمه الله أنه يستحق جميع الألف، لأنه حصل بتلك الطلقة مقصود الثلاث وهو البينونة الكبرى.

وللأصحاب أوجه. أصحها عند القفال والشيخ أبي علي وكبار الأصحاب وأكثرهم: وجوب جميع الألف، كما نص عليه، سواء علمت أنه لم يبق إلا طلقة أم ظنت بقاء الثلاث، والثاني: لا يستحق إلا ثلث الألف في الحالين وهو قول المزني وابن خيران، والثالث: إن علمت استحق الألف، وإلا فثلثه، قاله ابن سريج وأبو إسحاق. والرابع: يستحق مهر المثل، قاله صاحب «التلخيص». والخامس: لا يستحق شيئًا، لأنه لم يطلق كما سألت، حكاهما الحناطي.

ولو سألت الثلاث بألف ولا يملك إلا طلقتين، فطلقها واحدة، فله ثلث الألف على الأصح المنصوص، وكذا على الثاني، وله النصف على الثالث إن علمت، وإلا فالثلث.

وإن طلقها الطلقتين، فعلى النص له الألف، وعلى الثاني ثلثاه، وعلى الثالث إن علمت، فالألف، وإلا فثلثاه، وزاد الحناطي وجهًا رابعًا، وهو الرجوع بمهر المثل، وخامسًا: وهو ثلثا مهر المثل، وسادسًا: وهو أنه لا شيء له. ولو

Marfat.com

قالت: طلقني عشراً بألف، فإن كان يملك الثلاث، فالأصح الأشهر الجاري على قياس النص، أنه يستحق بالواحدة عشر الألف، وبالثنتين عشريه، وبالثلاث جميع الألف. وقيل: إن كان التوزيع على الثلاث والزيادة لغو، فيستحق بالواحدة الثلث، وبالطلقتين الثلثين، وطرد الوجهان على قياس قول المزني. فعلى الأشهر تستحق بالثلاث ثلاثة أعشار الألف. وعلى الثاني تستحق الجميع توزيعًا على العدد الشرعي. وعلى قول من فرق بين العلم والجهل، تستحق بالثلاث الجميع، وبالواحدة الثلث، وبالثنتين الثلثين، لحصول العلم بأن الطلاق لا يزيد على ثلاث وأن الزيادة لغو. فإن ظنت أنه يملك عشراً، بأن كانت قريبة عهد بالإسلام، فالقياس عود الوجهين في أنه يجب ثلاثة أعشار الألف أم الجميع؟ ولو لم يملك إلا طلقتين فسألته عشراً، فعلى قياس النص، إن طلقها واحدة، استحق عشر الألف أو الثلث. وإن طلق ثنتين، فتمام الألف. وعلى قياس المزني، المستحق العشر أو العشران على الأشهر، والثلث أو الثلثان على الوجه الآخر. وعلى قول الفارق إن علمت، فله بالواحدة النصف، وبالثنتين الجميع. وإن ظنت أنه يملك الثلاث، فبالواحدة الثلث، وبالثنتين الثلثان. قال الأصحاب: والضابط على النص، أن الزوج إن ملك العدد المسؤول كله فأجابها، فله المسمى، وإن أجابها ببعضه، فله قسطه بالتوزيع. وإن ملك بعض المسؤول، فإن تلفظ بالمسؤول أو حصل مقصودها بما أوقع، فله المسمى، وإلا فيوزع المسمى على العدد المسؤول على الأشهر. وعلى قول المزني، التوزيع على المسؤول أبدًا، وكذا الحكم على الوجه الفارق إن جهلت. فإن علمت، فالتوزيع على المملوك دون المسؤول، فلو ملك الثلاث فسألته ستًّا بألف، فعلى النص وقول المزني: له بالواحدة السدس، بالثنتين الثلث. فإن طلق ثلاثًا، فعلى النص: له الجميع، وعند المزني: له النصف وعلى الوجه: له بالواحدة الثلث، وبالثنتين الثلثان، وبالثلاث الجميع.

Marfat.com

المسألة الثانية: قالت: طلقني ثلاثًا بألف وهو يملك الثلاث فقال: أنت طالق واحدة بألف وثنتين مجانًا، فنقل الفوراني والصيدلاني والقاضي حسين وغيرهم، أن الأولى تقع بثلث الألف، لأنها لم ترض بواحدة إلا بثلث الألف كالجعالة، ولا يقع الأخريان لأنها بانت بالأولى. وقال الإمام: القياس الحق، أن لا تجعل كلامه جوابًا لها، لأنها سألت كل واحدة بثلث الألف وهو لم يرض إلا بالألف، وإذا لم يوافق كلامه سؤالها، كان مبتدئًا، فإذا لم تقبل، لا تقع الطلقة، كما لو قالت: طلقني واحدة بثلث ألف، فقال: طلقتك واحدة بألف، لا يقع. وإذا لم تقع الواحدة، وقع الأخريان رجعتين، وتابعه الغزالي وغيره على ما قال، وهو حسن متجه، والأول بعيد، وأبعد منه ما في «التهذيب»، أنه تقع الواحدة بالألف، ولا تقع الأخريان، ولعله غلط من الناسخ. ولو سألته الثلاث بألف، فقال: طلقتك واحدة بثلث الألف، وثنتين مجانًا، فقد وافق كلامه ما اقتضاه السؤال من التوزيع، وزال الإشكال، فتبين بالأولى، ولا تقع الأخريان، ونقل الأئمة: إن أمكن تأويله على هذه الصورة فليفعل. ولو قال: طلقتك ثنتين بألف وواحدة مجانًا، فعلى الأول: تقع الثنتان بثلثي الألف، وعلى الثاني: لا يقعان. ولو قال: طلقتك واحدة مجانًا وثنتين بثلثي الألف، أو ثنتين مجانًا وواحدة بثلث الألف، وقع ما أوقعه مجانًا، ويبنى ما بعده على مخالفة الرجعية إن كانت مدخولاً بها، والجديد صحته. فعلى هذا: تقع الثنتان بثلثي الألف، وعلى القديم: يقعان بلا عوض لما سبق أن خلع الرجعية على هذا كالسفيهة، وإن لم تكن مدخولاً بها، بانت بما أوقعه مجانًا، فلا يقع ما بعده.

ولو قال: طلقتك واحدة مجانًا وثنتين بالألف، ففي «التهذيب» أنه إن كان بعد الدخول، وقعت الأولى مجانًا والثنتان بثلثي الألف، ولا يستحق تمام الألف وإن حصل غرضها، لأن ذلك إنما يكون إذا وقع المملوك من الطلاق في مقابلة المال، وهنا أوقع بعض المملوك مجانًا.

Marfat.com

واعلم أن الإشكال الذي ذكره الإمام يعود هنا، لأنها لم ترض بالطلقتين إلا بثلثي الألف وقد أوقعهما بألف، فوجب أن يجعل كلامًا مبتدأً. فأما إذا لم يتصل به قبول، لغا. وفي «التهذيب» أيضًا أنه لو قال: طلقتك ثلاثًا، واحدة بألف، وقع الثلاث واستحق ثلث الألف، ويعود فيه الإشكال.

المسألة الثالثة: قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق ثلاثًا، وقع الثلاث واستحق الألف. وهل الألف في مقابلة الثلاث أم الواحدة؟ وجهان. ظاهر النص: ثانيهما، ولا يتعلق بالخلاف فائدة حكمية.

ولو قال: بعني هذا العبد بألف، فقال: بعتكه مع هذين العبدين بألف، فالبيع باطل على الصحيح، لأنه معاوضة محضة بخلاف الخلع فإنه كالجعالة. وقيل: يصح البيع في الجميع، وقيل: يصح في العبد المسؤول خاصة. ولو أعاد في الجواب ذكر الألف. فقال: طلقتك ثلاثًا بألف، فهل يقع الثلاث بألف، أم الثلاث بثلث الألف، أم واحدة بثلث الألف ولا يقع الأخريان، أم لا يقع شيء أصلاً؟ فيه أربعة أوجه. أصحها: الأول.

وينبغي أن تطرد هذه الأوجه فيما إذا لم يعد ذكر الألف. ولو قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق طلقتين، فقياس ما تقدم أنه تقع الطلقتان ويستحق الألف، وفيه احتمال للإمام، إذ لم تحصل البينونة الكبرى، فلا يستحق شيئًا لأنه خالف ولم تحصل البينونة الكبرى.

الرابعة: قالت: طلقني بألف، فقال: طلقتك، أو أنت طالق بخمسمائة، فهل يقع الطلاق بخمسمائة أم بألف ويلغى قوله: بخمسمائة لأنها بانت بقوله: طلقتك واستحق الألف، أم لا يقع طلاق للمخالفة كما لو خالفت في قبولها؟ فيه ثلاثة أوجه. أصحها: الأول، وبه قال ابن الحداد. ولو قال: بعني عبدك بألف، فقال: بعتك بخمسمائة، لم ينعقد البيع على الأصح، لأنه معاوضة محضة. وقيل: يصح بخمسمائة.

Marfat.com

الخامسة: قالت: طلقني على كذا درهمًا، فطلقها على دنانير، كان مبتدئًا بكلامه، فينظر، أيتصل به قبول أم لا؟

ولو قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق وطالق، سئل، فإن قال: أردت مقابلة الأولى بالألف، وقعت الأولى بالألف ولم تقع الأخريان. وإن قال: أردت الثانية بالألف، وقعت الأولى رجعية، ويجيء في الثانية القولان في خلع الرجعية، فإن صححناه، لغت الثالثة، وإلا، فلا. وإن قال: أردت الثالثة، وقعت الأوليان بلا عوض، وفي الثالثة الخلاف. وإن قال: أردت مقابلة الجميع بالألف، وقعت الأولى بثلث الألف، ولغت الأخريان، وإن لم يكن له نية، قال البغوي: بانت الأولى بالألف، لأنه جواب لقولها، ولغت الأخريان. وذكر صاحب «المهذب» مثل هذا التفصيل فيما إذا ابتدأ فقال: أنت طالق وطالق وطالق بألف، وليشترط فيه مطابقة القبول للإيجاب. ولو قال في جوابها: أنت طالق طالق طالق واحدة بألف، انقطع احتمال مقابلة الجميع بالألف، والباقي كما ذكرناه.

هذا إذا كانت مدخولاً بها، فإذا لم تكن، وأراد مقابلة غير الأولى بالألف، بانت الأولى، ولغا ما بعدها. ولو قالت له وهو لا يملك إلا طلقة: طلقني طلقتين بألف، فقال: طلقتك طلقتين، الأولى منهما بألف، والثانية مجانًا، استحق الألف. وإن قال: الثانية منهما بألف، وقعت الأولى بلا عوض ولغت الثانية. وإن قال: إحداهما بألف، أو اقتصر على قوله: طلقتك طلقتين، سئل، فإن قال: أردت الأولى والثانية، فعلى ما ذكرنا، وإن قال: لم أنو شيئًا، ففي استحقاقه المال وجهان، أصحهما: نعم لمطابقة الجواب السؤال.

ولو أعاد ذكر المال، فقال: طلقتك طلقتين بألف، فهل يستحق خمسمائة عملاً بالتوزيع، أم ألفًا لحصول البينونة الكبرى؟ وجهان. أصحهما: الثاني، وبه قال أبو زيد.

Marfat.com

فرع: لو لم يملك إلا طلقة، فقالت: طلقني ثلاثًا بألف طلقة، أحرم بها في الحال، وطلقتين يقعان علي إذا نكحتني بعد زوج، أو تكونان في ذمتك تنجزهما حينئذ، فطلقها ثلاثًا، وقعت الواحدة، ولغا كلامهما في الآخرتين.

ثم النص في «المختصر»: أن للزوج مهر المثل، وللأصحاب طريقان. أحدهما: هذا، وأصحهما على قولي تفريق الصفقة للجمع بين مملوك وغيره، فإن أبطلنا، فله مهر المثل، وإن صححنا، فلها الخيار في العوض لتبعيض مقصودها، فإن فسخت، فله مهر المثل، وإن أجازت، فهل يجيز بكل الألف، أم بثلثه عملاً بالتقسيط؟ قولان كالبيع، ومنهم من قطع هنا بالتقسيط، لأن المشتري بالفسخ يدفع العقد من كل وجه، والطلاق هنا لا مدفع له، فيبعد إلزامها بواحدة ما التزمته للثلاث.

السادسة: قالت: طلقني نصف طلقة بألف، أو طلق نصفي، أو يدي، أو رجلي بألف، فأجابها بذلك، أو قال ابتداءً: طلقتك نصف طلقة، أو طلقت نصفك بألف، فقبلت، فلا يخفى أن الطلاق يقع مكملاً، وكذا لو كان ذلك بلفظ الخلع وجعلناه طلاقًا. ثم الواجب في هذه الصور، مهر المثل على الصحيح لفساد صيغة المعاوضة.

ولهذا لو قال: بعتك هذا نصف بيعة، أو بعته لنصفك أو ليدك، لم يصح البيع. وإذا فسدت الصيغة، تعين مهر المثل، وإنما يجيء الخلاف في الرجوع إلى مهر المثل وبدل المسمى إذا كان الفساد في المسمى. وحكى الإمام وجهًا واختاره: أنه يجب المسمى، لأن الشرع كمل ذلك المبعض فصار كتكميلها.

الطرف الثالث: في تعليقها بزمان وفيه مسائل.

الأولى: قالت: طلقني غدًا ولك علي ألف، أو إن طلقتني غدًا فلك علي ألف، أو قالت: خذ هذا الألف على أن تطلقني غدًا فأخذه، لم يصح، ولم يلزم الطلاق، لأنه سلم في الطلاق والطلاق لا يثبت في الذمة.

Marfat.com

ثم إن طلقها في الغد أو قبله، وقع الطلاق بائنًا ولزمها المال، لأنه إن طلق في الغد، فقد حصل مقصودها. وإن طلق قبله، فقد زادها كما لو سألت طلقة فطلق ثلاثًا. فلو قال: أردت الابتداء، صدق بيمينه وله الرجعة، وفي المال الواجب طريقان. المذهب والمنصوص: مهر المثل. والثاني: قولان. ثانيهما: المسمى. وهل يفرق بين أن يطلقها عالمًا ببطلان ما جرى، وبين تطليقها جاهلاً ببطلانه؟ قال القاضي حسين والبغوي: يفرق ولا يلزمها شيء إذا طلقها عالمًا، بل يقع رجعيًّا، وضعفه الإمام، واستشهد بالخلع على الخمر وسائر الأعواض الفاسدة، فإنه لا فرق في ثبوت المال بين العلم والجهل. وإن طلقها بعد مضي الغد، نفذ رجعيًّا، لأنه خالف قولها، فكان مبتدئًا، فإن ذكر مالاً، اشترط في وقوعه القبول.

الثانية: قالت: لك ألف إن طلقتني في هذا الشهر ولم تؤخر تطليقي عنه، أو قالت: خذ هذا الألف على أن تطلقني في هذا الشهر متى شئت، فهو باطل وأولى بالبطلان من مسألة الغد، فإن طلقها بعد الشهر كان مبتدئًا، وإن طلقها في الشهر، وقع الطلاق بائنًا. وفي المال الواجب الطريقان. ولا يشترط وقوع الطلاق في المجلس، وقد ذكرنا في الباب الأول، وفي الطرف الأول من هذا الباب، أنها إذا قالت: متى طلقتني فلك ألف يشترط التطليق في المجلس.

وللأصحاب طريقان حكاهما الإمام، أحدهما: طرد القولين فيهما، والمذهب: الفرق، لأن كلمة «متى» ظاهر في جواز التأخير، لكن قرينة العوض خصتها بالمجلس عملاً بقاعدة المعاوضات، وهنا صرحت بجواز التأخير، فضعفت القرينة عن مقاومة الصريح على طريقة التسوية: هي اشتراط المجلس وعدمه، والمسمى صحيح في تلك الصورة بلا خلاف.

الثالثة: قالت: طلقني بألف طلاقًا يمتد تحريمه إلى شهر، ثم أكون في نكاحك حلالاً لك، فطلقها كذلك، وقع الطلاق مؤبدًا، وفي قدر المال الواجب

Marfat.com

الطريقان، وطريقـة القطع هنا أظهر، لأن الشرط هنا لا يمكن الوفـاء به، وفساد الشرط يوجب الجهل بالعوض، فيتعين مهر المثل.

الرابعة: علق طلاقها بصفة وذكر عوضًا فقال: طلقتك إذا جاء غد، أو رأس الشهر أو دخلت الدار على ألف، فقبلت، أو سألته، فقالت: علق طلاقي برأس الشهـر، أو بدخول الدار على ألف فعلق، فـالصحيح وقـوع الطلاق عند وجود المعلق عليه على مقتضى التعليـق. وقيل: لا يقع لأن المعاوضة لا تقبل التعليق، فيـمتنع ثـبوت المال. وإذا لم يثـبت، لم تطلق لارتباطه، فـإن قلنا بالصحـيح، اشترط الـقبول على الاتصال، قـال القفال: ويحتـمل أنها تخير بين القـبول في الحال، أو عند وجود الصفة، والمعروف الأول.

ثم الواجب المسمى أم مـهر المثل؟ وجـهان. وقيل: قـولان، أصحهـما عند الجمهور: الأول.

ويجري الخـلاف فيما إذا قـالت: إذا جاء رأس الشهـر وطلقتني، فلك ألف فطلقـها عند رأس الشـهر إجـابة لها. وقـيل: إن ابتدأ الزوج بالتـعليق، وجب المسمى، وإن ابتدأت بالسؤال، فمهر المثل. وإذا أثبتنا المسمى، فمتى يجب ويلزم تسليمه؟ فـيه أوجه. أصحهـا: في الحال، واختاره ابن الصـباغ، لأن الأعواض المطلقـة يلزم تسليمـها في الحال، والمـعوض تأخر بالتـراضي. فإن تعـذر تسليم المعوض، بأن فارقها قبل وجود المـعلق عليه، لزم رد العوض كما لو تعذر تسليم المسلم فيه.

والثاني: يجب في الحـال، لكن لا يلزم تسليمه إلا عند وجـود المعلق عليه لتأخر المعوض.

والثالث: لا يجب إلا عند البينونة، ولا شك أنه لا رجوع لها قبل القبول.

فـأما إذا قـالت: طلقني غدًا ولك ألـف، أو إن طلقتني غـدًا، فلك ألف،

Marfat.com

وهما الصـورتان السابقـتان في المسألـة الأولى، فلها الرجوع قـبل التطليق، لأن الجواب به يحصل وما يستحقه الزوج هناك يستحقه عند التطليق.

الطرف الرابع: في اختلاع الأجنبي، فيه مسائل.

الأولى: يصح الخلع من الزوج مع الأجنـبي، ويلزم الأجنبي المال، هذا إذا قلنا: الخلع طلاق.

قال الأصـحاب: فإن قلنا: هو فسـخ، لم يصح لأن الزوج لا ينفرد به بلا سبـب، ولا يجيء هذا الخلاف إذا سـأله الأجنبي الطلاق فأجـابه، لأن الفـرقة الحاصلة عند استعمال الطلاق طلاق بلا خلاف.

الثانية: الخلع مع الأجنبي، فهو مع الزوجة في الألفاظ والأحكام، وهو من جانب الزوج مـعاوضة فيهـا معنى التعليق، ومن جـانب الأجنبي معاوضة فـيها ثبوت جعالة. فلو قـال الأجنبي: طلقت امرأتي وعليك كذا، طلقت رجعيًّا ولا مال، ولو قال الأجنبي: طلقها وعلي ألف، أو لك ألف فطلق، وقع بائنًا ولزمه المال. ولو اختلعها عبد، كان المال في ذمته كما لو اختلعت أمة نفسها.

ولو اختلعها سفيه، وقع رجعيًّا كما لو اختلعت سفيهة نفسها.

الثالثة: لو وكلت الزوجة من يخلعها، فله أن يخـتلعها استقلالاً وبالوكالة. فإن صـرح بالاستـقلال، فـذاك، وإن صرح بالوكـالة، فالزوج يطالب الـزوجة بالمال، وإن لم يصرح ونوى الوكالة، فالخلع لها لـكن تتعلق به العهدة فيطالب، ثم يرجع عليها. وإن لم يصرح ولا نوى شيئًا أصلاً، فالخلع لها، لأن منفعته لها بخلاف نظيره من الـوكالة في الشراء. ويجوز أن يوكل الأجنبي الزوجـة لتختلع عنه، وحينئذ تتخير الزوجة بين أن تختلع استقلالاً أو بالوكالة.

وقول الزوجة لأجنبي: سل زوجي تطليقي على ألف، توكيل، سواء قالت: علي أم لا. وقـول الأجنبي لهـا: سلي زوجك يطلقك على كـذا، إن لم يقل: علي، فليس بتوكيل. فلو اختلعت، فالمال عليها. وإن قال: عليّ، كان توكيلاً.

Marfat.com

فإن أضـافت إليه أو نوته، فـالمال على الأجنبي. وقـول الأجنبي للأجنبي: سل فلانًا يطلق زوجتـه على ألف، كقوله للزوجة، فيفرق بـين قوله: علي وعدمه. ولو اختلع الأجنبي، وأضاف إلـيها مصرحًا بالوكـالة، ثم بان كذبه، لم تطلق، لأنه مربوط بالمال وهو لم يلتزم في نفسه، فأشبه إذا خاطبها ولم تقبل.

فرع: قال لرجل: بع عبدك لفلان بكذا وعلي ألف، فباعه، لم يستحق على القائل شيئًـا على الصحيح، وهو قول الجمهور. قـال القاضي أبو الطيب، وقال الداركي: يحتـمل أن يستـحق الألف كالتمـاس الطلاق والعتق. ولو قـال: بعه عندك بألف في مالي، لم يستحق على القائل شيئًا.

الرابعة: أبو الزوجة في اختلاعها كـالأجنبي، فإن اختلع بمال نفسه، فذاك، صغـيرة كـانت أو بالغة، وإن اخـتلع بمالهـا وصرح بالنيـابة أو الولاية، لم يقع الطلاق كما لو بان كذب مدعي الوكالة في الاخـتلاع. وإن اختلع بمالها مصرحًا بالاستقـلال، فهو كالاختـلاع بمغصوب، فيقع الطلاق بمـهر المثل على الأظهر، وببدل المسمى في قول.

ولو اخـتلع بعبـد أو غـيره، وذكـر أنه من مالهـا ولم يتـعرض لنيـابة ولا استقلال، وقع الطلاق رجعيًّا كمخالعة السفيهة، صغيرة كانت الزوجة أم كبيرة، بكرًا أم ثيبًا.

وكذا لو قـال للأجنبي: خالعـها على عبـدها هذا، أو صداقهـا، وذكرا في تشبـيهه بالسفـيهة أنه أهل للقـبول، لكنه محـجور عليه في مـالها، ولكن هذا ينتقض بالمغصوب، ولهذا خـرج القاضي حسين هنا وجهًا أنه يقع الطلاق بائنًا، ويعود القـولان في قدر المال الواجب. والمذهب الفـرق، لأن الأجنبي متـبرع بما يبذله لا يحصـل له فائدة إذا أضاف إلى مالها، فـقد صرح بترك التـبرع بخلاف اختلاعها نفسها بمغصوب.

Marfat.com

وبنى البغوي على هذا الفرق، أنه لو قال الأجنبي: طلقها على هذا المغصوب، أو على هذا الخمر، أو على عبد زيد هذا، فطلق، وقع رجعيًّا ولا مال، بخلاف ما إذا التمست المرأة هكذا. ولو اختلع الأب أو الأجنبي بعبدها ولم يذكر أنه من مالها، فإن لم يعلم الزوج كونه عبدها، فكالمغصوب، فيقع بمهر المثل على الأظهر، وإن علم، فالأصح أنه كالذي لم يعلم. وقيل: المعلوم كالمذكور فيقع رجعيًّا، هذا كله إذا اختلع الأب بغير صداقها، فإن اختلع به أو على أن الزوج بريء من صداقها، أو قال: طلقها وأنت بريء من صداقها أو على أنك بريء من صداقها، فالمنصوص أن يقع الطلاق رجعيًّا، ولا يبرأ عن صداقها، ولا شيء على الأب. وحكى الإمام وغيره تخريجه على عفو الأب عن صداق الصغيرة، وإن جوزناه، صح الخلع، وإلا فالصحيح وقوعه رجعيًّا كما نص عليه كاختلاع السفيهة. وقيل: لا يقع الطلاق أصلاً كالوكيل الكاذب. فإذا صححنا عفو الولي، فشرطه كونه قبل الدخول، وحينئذ يتشطر المهر فيكون العوض أحد الشطرين.

ولو اختلعا بالبراءة عن صداقها وضمن له الدرك، فالذي أطلقه الجمهور من العراقيين وغيرهم، أنه لا يبرأ ويقع الطلاق بائنًا، لأنه التزم المال في نفسه، فأشبه الاختلاع بمغصوب. فعلى هذا، هل الواجب عليه مهر المثل أم بدل الصداق؟ فيه القولان المعروفان. أظهرهما: الأول. وهكذا الحكم فيما إذا قال الأب أو الأجنبي: طلقها على عبدها هذا وعلي ضمانه. فعلى الأظهر: يلزم مهر المثل. وعلى الثاني: قيمة العبد. والذي قدمناه أنه لا يلزمه شيء، هو فيما إذا لم يتلفظ بالضمان. وحكى الإمام، أنه لا أثر لهذا الضمان ويقع الطلاق رجعيًّا كما لو قال: طلقها وأنت بريء من الصداق. ووجهًا أنه (إن) قال: طلقها وأنا ضامن براءتك، لغا ووقع رجعيًّا إذ لا فائدة فيه. وإن قال: وأنا ضامن للصداق، إن طولبت به أديته عنك، وقع بائنًا لأنه صرح بالمقصود، إلا أنه التزام فاسد واختار الإمام الغزالي هذا.

Marfat.com

ولفظ الضمـان هنا، كهو في قوله: ألق مـتاعك في البحر وعلي ضـمانه. والمراد به الالتـزام دون الضمـان المشهـور. ولو التـمس الطلاق على أنه بريء، وضمن الدرك، فقـال الزوج في جوابه: إن برئت من صداقهـا، فهي طالق، لم تطلق لأن الصفة المعلق عليها لم توجد.

❑❑❑

Marfat.com

الباب الخامس
في الاختلاف

فيه مسائل.

الأولى: قالت: خالعني على كذا، فأنكر الزوج، صدق بيمينه. ولو كان له زوجتان تسميان باسم واحد، فقال: خالعت فلانة بكذا، فقبلت إحداهما، فقال الزوج: أردت الأخرى، وقالت القائلة: بل أردتني، فهو المصدق ولا فرقة.

ولو قال: طلقتك بألف، فقالت: بلا عوض، صدقت بيمينها في نفي العوض، ولا يقبل قوله في سقوط سكناها ونفقتها، وتحصل البينونة بقوله.

ولو قال: خالعتك بالعوض الذي سألت، فأنكرت أصل السؤال، فكذلك الحكم.

وإن قالت: طلقتني بعد طول الفصل، وقال: بل في الحال، فهي المصدقة في نفي المال أيضًا. ولو قال: طلقتك بعد طول الفصل ولم تقبلي فلي الرجعة، وقالت: بل طلقتني متصلاً بسؤالي، فلا رجعة لك، فالمصدق الزوج.

الثانية: اتفقا على الخلع واختلفا في جنس العوض أو قدره أو صفته في الصحة والتكسر والأجل، ولا بينة، تحالفا وحصلت البينونة، وإنما أثر التحالف في العوض. والقول في أنه هل تنفسخ التسمية، أم تفسخ إن أصرّا على النزاع، وفي كيفية اليمين ومن يبدأ به على ما تقدّم في البيع وفي الرجوع بعد الفسخ أو الانفساخ إلى مهر كتحالفهما في الصداق؟ وقيل: يرجع بأقل الأمرين من مهر المثل وما ادعاه. وقيل: بأكثر الأمرين من مهر المثل والمسمى الذي ادعته، والصحيح الأول. ولو أقام كل واحد بينة بدعواه، فهل تتساقطان، أم يقرع؟ قولان حكاهما الحناطي. وعلى التقديرين، هل يحلف؟ وجهان. وعن ابن سريج، أنه يعمل بأكثر البينتين.

Marfat.com

قلت: الأظهر، أنهما يسقطان ولا ترجيح بالكثرة. والله أعلم.

ولو خالع أجنبيًّا واختلفا، تحالفا وعلى الأجنبي مهر المثل.

الثالثة: سبق أنه لو خالعها على ألف درهم، وفي البلد نقد غالب نزل عليه فلو لم يكن، بطلت التسمية ووجب مهر المثل، فإن نويا نوعًا، فالصحيح الاكتفاء بالنية ولزوم ذلك النوع. وقيل: تفسد التسمية ويجب مهر المثل كنظيره في البيع، والفرق أنه يحتمل هنا ما لا يحتمل في البيع. ولو قال: خالعتك على ألف ولم يذكر جنسًا، فالصحيح أنه كإبهام النوع، فإن نويا جنسًا، تعيّن. وقيل: يتعين هنا مهر المثل لكثرة الاختلاف في الأجناس. ولو قال: خالعتك على ألف شيء فقبلت، ونويا شيئًا معينًا، قال القاضي حسين: التسمية فاسدة لشدة الإجمال، فيرجع إلى مهر المثل، ويمكن أن ينازعه غيره. ثم قال الشيخ أبو محمد: إنما يؤثر التعيين بالنية إذا تواطآ قبل العقد على ما يقصدانه ولا أثر للتوافق بلا مواطأة، ولم يعتبر آخرون ذلك، بل اعتبروا مجرد التوافق.

قلت: هذا الثاني، هو الأصح. وقول الشيخ أبي محمد هنا ضعيف. والله أعلم.

وإذا عرفت هذه المقدمة، فلو تخالعا بألف درهم وأطلقا، فقال الزوج: أردنا بالدراهم النقرة، فقالت: بل أردنا بها الفلوس أو على ألف، فقال: أردنا الدنانير أو الدراهم فقالت: أردنا الفلوس، فالصحيح أنهما يتحالفان. وقيل: يجب مهر المثل بلا تحالف.

فلو توافقا على أنه أراد النقرة، وادعت أنها أرادت الفلوس وقال: بل أردت النقرة أيضًا، حصلت البينونة لانتظام الصيغة ومؤاخذة لها، وتصدق هي بيمينها. فإذا حلفت، فلا شيء عليها، لأنها نفت بيمينها النقرة، ونفى هو الفلوس.

ولو توافقا أنها أرادت الفلوس، وقال هو: أنا أردت النقرة، ولا فرقة للمخالفة، فقالت: بل أردت الفلوس أيضًا وبنت منك، حصلت البينونة ظاهراً

Marfat.com

لاتفـاق اللفظين. وهل للزوج مهـر المثل؟ وجـهان، قـال القاضي حـسين: نعم للبينونة ظاهراً، والذي اختاره الغزالي: لا، لإنكاره البينونة وعوضها.

قلت: هذا الثاني هو الأصح، واختاره أيضًا الإمـام. قال الإمام: فإن قيل: لو صدقها بعد ذلك في اتفاق النيـة، قلنا: إذ ذاك يطالبها بالمسمى المعين لا بمهر المثل. والله أعلم.

وفي معنى هذه الصورة ما إذا اتفقا على أنه أراد الدراهم، وزعم أنها أرادت الفلوس، ولا فـرقة، فقـالت: أردت الدراهم وبنت، فالفـرقة حاصـلة، ويعود الوجهان في ثبوت شيء للزوج، وبالثبوت قطع البغوي، وقال: لا تحصل الفرقة باطنًا إن كان صادقًا. ولو قال: أردت النقرة ولم يتعرض لجانبها، وقالت: أردت الفلوس ولم تتـعرض لجانبـه، حصلت الفـرقة. ثم عن القـاضي حسين أنهـما يتحالفان. وفي «البسيط» أن الوجه وجـوب مهر المثل، لأنه لا يدعي عليها معينًا حتى تحلف.

قلت: الأصح، وجوب مهر المثل بلا تحالف. وقد نقل الإمام الاتفاق عليه، وجعل مخالفة القاضي في التحالف في غير هذه الصورة. والله أعلم.

ولو قال أحد المتخالعين: أطلقنا الدراهم. وقال الآخر: عينا نوعًا تحالفا.

الرابعة: قـالت: سألتك ثلاث تطليقات بألف فـأجبتني، فقـال: بل سألت واحدة بألف فأجبتك، فالألف متفق عليه، لـكن اختلفا في المعوض فيتحالفان، فإذا تحالفا، فـعليها مهر المثل. والقول في عدد الطلاق الواقع قـوله بيمينه. قال الحناطي: ولو أقام كل واحـدة بينة على قوله، فـإن اتفق تاريخ البينتين، تحـالفا وإلا فالأسـبق تاريخًا مـقدمـة. ولو قال: طلقـتك وحدك بألف، فـقالت: بل طلقتني وضـرتي، تحالفا وعلـيها مهـر المثل. ولو قالت: سـألتك واحدة بألف، فأجبـتني فقال: بل طلقتك ثلاثًا بألف، وقع الثـلاث ووجب الألف، ولا معنى لهذا الاخـتلاف. ولو قـالت: سألتك ثلاثًـا بألف فطلقتني طلقـة، فلك الثلث

فقـال: بل ثلاثًا فلي الألف، فإن لم يطل الفصل، طلقت ثلاثًا ولزمـها الألف، وإن طال ولم يمكن جعله جـوابًا، طلقت ثلاثًا بإقراره وتحالفا للعـوض، وعليها مهـر المثل، هكذا نص عليه في رواية الربيع. وفـيما نقله أبـو بكر الفارسي في «عيـون المسائل» واختلف الأصـحاب، فأخـذت طائفة بالنص، وقال البـغوي: يتحـالفان وله مهـر المثل، ولم يفرق بين طول الفـصل وعدمه. وقـال آخرون: النص مشكـل في حالتي الاتصال والانفـصال. قـال الإمام: ينبغـي أن يقال في حـالة الاتصال، إن قـال الزوج: ما طلقـتك من قـبل، والآن أطلقك ثلاثًا على ألف، تقع الثلاث ويجب الألف، لأن الوقت وقت الجـواب. وإن قال: طلقتك من قبل ثلاثًا تعـذر، جعل هذا إنشاءً، لأنهـا بانت قبله، فيقع الثـلاث بإقراره، ولا يلزمها إلا ثلث الألف كما لـو قال: إن رددت أعبدي الثلاثة، فلك الألف، فقـال: رددتهم وقال: ما رددت إلا واحـدًا. وأما في حـال الانفصال، فـيحكم بوقوع الثـلاث بإقراره وعليها ثلث الألـف، ولا معنى للتحالف، لأن التـحالف عند الاختلاف في صـفة العقد أو العـوض، وهما هنا متفـقان على أن المسؤول ثلاث، وأن العـوض ألف، وللزوج أن يحلفـها علـى نفي العلم أنه مـا طلقهـا ثلاثًا، وهذا صحيح وليتأول النص عليه بحسب الإمكان.

فرع: قال الحناطي: قـالت: طلقتني ثلاثًا بألف فـقال: بل طلقـتك واحدة بألفين وأقام كل واحـد بينة بقوله، واتفقـا أنه لم يطلق إلا مرة، تحالفا وله مـهر المثل.

الخامـسة: تخالعـا بألف فطالبهـا به، فقالت: ضـمنه زيد، لم ينفعـها هذا الجواب لأن الضمان لا يقطع الطلب عنهـا، وكذا لو قالت: قبلت الخلع على أن يزن زيد عني الألف، وهي في الصورتين مقرة بالألف. ولو قالت: قبلت الخلع بألف لي في ذمة زيد، ففيه خلاف مبني على بيع الدين، وحاصله أربعة أوجه.

Marfat.com

أصحهما: التحالف بناء على صحة بيع الدين، والثاني: يجب مهر المثل بلا تحالف، بناء على منعه، والثالث: تصدق هي بيمينها، والرابع: هو بيمينه، نقلهما المتولي بناء على منعه، وهما الوجهان في الاختلاف في صحة العقد وفساده.

فرع: قال: خالعتك، فقالت: اختلعني أجنبي لنفسه بماله، بانت باعترافه ولا شيء عليها، ولا على الأجنبي. ولو قالت: اختلعت بوكالة زيد وأضفت إليه، فهل يتحالفان أم تصدق هي أم هو؟ فيه أوجه، أصحهما: الأول. ولو قالت: لم أضف ولكن نويت الاختلاع لزيد، فإن قلنا: تتوجه المطالبة على الوكيل، لم ينقطع طلب الزوج بقولها، وكذا لو أنكر أصل الوكالة. وإن قلنا: لا يطالب، فهل يتحالفان، أم تصدق هي، أم هو؟ فيه الأوجه.

السادسة: طلقها بألف وأرضعت بنتها زوجة أخرى له صغيرة واختلف المتخالعان، فقال الزوج: سبق الخلع فعليك المال، وقالت: بل سبق الإرضاع، فانفسخ النكاح والخلع لغو، نظر إن اتفقا على جريان الإرضاع يوم الجمعة مثلاً وادعى تقدم الخلع، وادعت تأخره، فالقول قولها بيمينها، وإن اتفقا على جريان الخلع يوم الجمعة، وادعى تأخر الإرضاع، وادعت تقدمه، فالقول قوله بيمينه، لأن الأصل استمرار النكاح، ولأن اشتغالهما بالخلع يدل ظاهراً على بقاء النكاح، كما لو تخالعا، ثم ادعت أنه طلقها قبل الخلع ثلاثًا، أو ادعت إقراره بفساد النكاح فأنكر، فإنه يصدق بيمينه وتستمر صحة الخلع.

السابعة: تخالعا ثم قال هو: كنت مكرهة، فلي الرجعة فأنكرت الإكراه، لم يقبل قوله في الظاهر، وعليه رد المال لاعترافه. ولو ادعت الإكراه، فأنكر، صُدِّق بيمينه، ولزمها المال. فلو أقامت بينة بالإكراه، لزمه رد المال ولا رجعة لاعترافه بالبينونة، فلو لم يصرح بالإنكار، أو سكت، أو كانت الخصومة مع وكيله، فله الرجعة، إذ أقامت البينة.

Marfat.com

فصل: في مسائل منثورة تتعلق بالخلع: ليس له خلع زوجة ولده الطفل، والخلع على غير الصداق قبل قبضه، لا يسقط حقها منه، وبعد قبضه وقبل الدخول لا يسقط حق الزوج من نصفه عندنا. ولو خالع حاملاً بنفقة عدتها، بانت بمهر المثل. وفي «فتاوى القفال»: لو خالعها بمهرها بعد أن أبرأته منه، فإن جهلت الحال، فهل يلزمها مهر المثل أم بدل المسمى؟ فيه القولان. وإن علمت، نظر إن جرى بلفظ الطلاق، كقوله: طلقتك على صداقك، فهل يقع بائنًا ويعود الخلاف فيما يلزمها، أم يقع رجعيًّا؟ وجهان. وإن جرى بلفظ الخلع، فإن أوجبنا المال في لفظ الطلاق، فهنا أولى، وإلا فوجهان بناء على أن لفظ الخلع هل يقتضي ثبوت مال؟ وفي فتاوى القاضي حسين، أنه لو خالعها على مالها في ذمته وعلى ألف آخر في ذمتها، وعلى أن ينفق على ولده كل يوم كذا إلى مدة كذا، فهو فاسد لشرط الإنفاق، وتبين بمهر المثل. وأنه لو خالعها بألف وعلى حضانة ولده الصغير سنة، فتزوجت في أثناء السنة، لم يكن للزوج انتزاع الولد منها بتزوجها، لأن الإجارة عقد لازم، وأنها لو قالت: إن طلقتني أبرأتك عن الصداق، أو فأنت بريء منه فطلق، لا يحصل الإبراء، لأن تعليقه باطل ويلزمها مهر المثل، لأنه لم يطلق مجانًا. فلو قالت: أبرأتك عن صداقي فطلقني، برىء الزوج وله الخيار، إن شاء طلق، وإن شاء لم يطلق. وفي «فتاوى البغوي»، لو خالعها على ثوب هروي وقبلت، ثم أعطته مرويًّا فرضيه وأراد إمساكه، ينظر إن وصفه بالصفات المعتبرة بني على جواز أخذ الزبيب الأبيض عن الأسود. إن جوزنا فكذا هنا، وإلا فلا يجوز الإمساك هنا بلا معاقدة. فإن تعاقدا، فقالت: جعلته بدلاً عما عليّ وقبله الزوج، بني على أن الصداق مضمون ضمان اليد، أم العقد، إن قلنا بالأول، جاز، أو بالثاني، فقولان كالاستبدال عن الثمن في الذمة. وإن لم يصفه، فالواجب مهر المثل، فلا يجوز إمساكه إلا بمعاقدة، وأنها

Marfat.com

لو قالت: اختلعت نفسي بالصداق الذي في ذمتك وأنكر وحلف، فلا رجوع لها عليه بالصداق ولو كان له على رجل دين، فقال: اشتريت منك دارك به وقبضته وأنكر الرجل، يجوز له المطالبة بالدين، والفرق أن الخلع يقتضي اليأس من الصداق وسقوطه بالكلية، لأن ذمة الزوج إذا برئت منه لا يتصور اشتغالها به. وفي صورة البيع لا يحصل اليأس عن الدين، لاحتمال تلف الدار قبل القبض، أو خروجها مستحقة، أو ردها بعيب، وإن الزوج لو قال: خالعتك وأنكرت وحلفت ثم وطئها، فعليه الحدّ في الظاهر، ولا حد عليها، لأنها تزعم أنها في نكاحه. وأما الباطن، فإن صدق، حد، وإن كذب، فلا. وقيل: دعواه تكون طلاقًا ظاهرًا وباطنًا، فعليهما الحد، وأنها لو قالت: اختلعت بثلاث طلقات على ما لي عليك من الحق، فقال: خالعتك بطلقة، وقعت طلقة بمهر المثل، ويحتمل أن يجب ثلث مهر المثل.

فصل: لابن الحداد: قال: أنت طالق اثنتين، إحداهما بألف، فالمقابلة بالألف لا تقع إلا بقبولها. وفي الأخرى وجهان. أحدهما وبه قال ابن الحداد: لا يقع إلا بالقبول، لأنه علق الطلقتين بالقبول، ولأنها تابعة للأخرى، وأصحهما عند الشيخ أبي علي: يقع بلا قبول لخلوها عن العوض، ولأنه لو قال: أنت طالق طلقتين، إحداهما بألف، والأخرى بغير شيء وقعت الواحدة بلا قبول، فكذا هذا. قال الإمام: ولا يبعد طرد الوجهين هنا، فإن قلنا بالأول، فإذا قبلت، وقعت الطلقتان ولزمها الألف. وهل الألف في مقابلة إحداهما فقط، أم في مقابلتهما معًا وإحداهما تابعة؟ فيه احتمالان ذكرا ووجه.

الثاني: أنه لو اختص المال بإحداهما، لما توقفت الأخرى على القبول، ولا قرنت طلقتان بائنة ورجعية، وذلك بعيد. وإن قلنا بالوجه الثاني، فإن كانت غير مدخول بها، وقعت الواحدة عند تمام لفظه وبانت، فلا تقع الأخرى، ولو

Marfat.com

قبلت. وإن كانت مدخولاً بها، فالواقعة رجعيـة، فإذا قبلت، فهو مخالعة وفيها القولان. فإن جوزناها، وقعت الثانية بالألف، وإلا، فـفيه احتمالان للشيخ أبي علي. أحدهما: لا يقع الطلاق لأنه إنما وقع بشـرط قبولها، وإذا لم يلزم المال، فلا معنى للقـبول، وأصحهمـا: يقع وإن لم يلزم المال بمخالعة المحجـور عليها.

وبالله التوفيق.

□□□

انتهى الجزء الخامس

ويليه إن شاء الله الجزء السادس وأوله:

«كتاب الطلاق»

Marfat.com

فهـــرس الكتـــاب

الموضوع رقم الصفحة

كتاب الفرائض

الباب الأول: في بيان أسباب التوريث والورثة وقدر استحقاقهم ٣
فصل: أسباب التوريث أربعة: قرابة، ونكاح، وولاء، وجهة الإسلام ٤
فصل: في بيان المجمع على توريثهم ٥
فرع: إذا اجتمع الرجال الوارثون، ورث منهم الابن والأب والزوج فقط .. ٥
فصل: في ذوي الأرحام ٦
فصل: في بيان ما يستحقه كل وارث من المجمع عليهم ٨
فصل: أحوال الأم ٩
فصل: أحوال الجدة ٩
فرع: في تنزيل الجدات ١٠
فصل: أحوال الأب ١١
فصل: الجد كالأب في الميراث، إلا في مسائل ١٢
فصل: في الأولاد ١٢
فصل: في الإخوة والأخوات ١٣
فصل: الأخوات للأبوين وللأب مع البنات وبنات الابن، عصبات كالإخوة. ١٥
فصل: العم للأبوين أو للأب كالأخ من الجهتين ١٦
الباب الثاني: في بيان العصبات وترتيبهم ١٧
فرع: البعيد من الجهة المقدَّمة يقدم على القريب من الجهة المؤخرة ١٨

فصل: في عصبات المعتق ١٩
الباب الثالث: في ميراث الجد مع الإخوة ٢٢
الباب الرابع: في الحجب ٢٦
هو نوعان: حجب نقصان، وحجب حرمان وهو المقصود بالذكر ٢٦
الباب الخامس: في بيان مانع الميراث ٢٩
المانع الأول: اختلاف الدِّين ٢٩
المانع الثاني: الرقّ ٣٠
المانع الثالث: القتل ٣١
المانع الرابع: استبهام وقت الموت ٣٢
المانع الخامس: الدَّور، وهو أن يلزم من التوريث عدمه ٣٣
الباب السادس: في أسباب تمنع صرف المال إليه في الحال للشك في استحقاقه ٣٤
السبب الأول: الشك في الوجود ٣٤
السبب الثاني: الشك في النسب ٣٦
السبب الثالث: الحمل ٣٦
السبب الرابع: الخنوثة ٣٩
فرع: في أمثلة مختصرة توضح مسائل الخنثى ٤١
الباب السابع: في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا والمجوس ٤٢
الفصل الأول: اللعان يقطع التوارث بين الملاعن والولد ٤٢
الفصل الثاني: ولد الزنا كالمنفي باللعان، إلا في ثلاثة أشياء ٤٣

Marfat.com

الفصل الثالث: فيـما إذا اجتمع في شخص قرابتان منع الشـرع من مباشرة سبب اجتماعهما ٤٤
الباب الثامن: في الرد وذوي الأرحام ٤٥
فصل: كيفية توريث ذوي الأرحام ٤٥
الطرف الأول: فيما إذا انفرد صنف منهم ٤٦
فرع: في أمثلة توضح الفرض ٤٨
فصل: من الأصناف بنات الإخوة وبنو الإخوة للأم إلخ ٤٩
فرع: أولاد الإخوة والأخوات من الأم يسوَّي بينهم في القسـمة عند الجمهور من المنزلين وأهل القـرابة ٤٩
فرع: في أمثلته ٥٠
فصل: من الأصناف الأجداد الساقطون والجدات الساقطات ٥١
فرع: في أمثلته ٥٢
فصل: من الأصناف الخالات والأخوال والعمات والأعمام من الأم ٥٢
فرع: في أمثلته ٥٣
الطرف الثاني: في ترتيب الأصناف ٥٦
الباب التاسع: في حساب الفرائض ٥٩
المقصد الأول: التصحيح، وفيه فصول ٥٩
الفصل الأول: في مقدماته ٥٩
الفصل الثاني: في طريق التصحيح ٦٣
المقصود الثاني: قسمة التركات له أصل وفروع متشعبة ٧٥
الأصل: إن كانت التركة دراهم أو دنانير أو غيرهما مما ينقسم بالأجزاء ٧٥

Marfat.com

فصل: الفروع المتشعبة ٧٧
فصل: في مسائل من الحساب تتعلق بأبواب سبقت أحكامها ٨٢
فرع لابـن الحداد ٨٥
الباب العاشر: في المسائل الملقبات ومسائل المعاياة والقرابات المتشابهات ... ٨٨
الفصل الأول: منها المشرَّكة والخرقاء... إلخ ٨٨
الفصل الثاني: في المعاياة ٩٢
الفصل الثالث: في القرابات المشتبهة ٩٥

كتاب الوصايا

الباب الأول: في أركانها ٩٨
الركن الأول: الموصي ٩٨
فرع: تصح وصية الكافر بما يتمول أو يقتنى ٩٨
الركن الثاني: الموصى له ١٠٠
فصل: إن كانت الوصية لمعين فينبغي أن يتصور له الملك ١٠٠
مسألة فـي أن العبد الموصى له إما أن يكون لأجنبي وإمـا أن يكون للموصي
وإما للورثة ١٠٠
القـسم الأول: لأجنبي ١٠٠
القسم الثاني: أن يكون العبد الموصى له للموصي ١٠٢
القسم الثالث: أن يكون العبد لوارث الموصي ١٠٣
مسألة: أوصى لدابة غيره وقصد تمليكها أو أطلق ١٠٣
مسألة: الوصية للذمي صحيحة بلا خلاف ١٠٥
مسألة: في صحة الوصية للقاتل قولان ١٠٥

Marfat.com

فروع: تتعلق بالمسألة ١٠٧
فصل: الوصية للميت باطلة سواء علم الموصي بموته أم لا ١١٢
الركن الثالث: الموصى به ١١٢
فصل: الوصية بالحمل الموجود إن أطلقها... إلخ ١١٢
فرع: الوصية بثمار البستان الحاصلة في الحال صحيحة ١١٣
فرع: الوصية بصوف الشاة ولبنها كالثمار ١١٣
فصل: الوصية بمنافع الدار والعبد صحيحة ١١٣
فصل: الوصية بما لا يقدر على تسليمه صحيحة ١١٣
فصل: تصح الوصية بما يحل الانتفاع به من النجاسات ١١٣
فصل: تصح الوصية بنجوم الكتابة ١١٤
فصل: الوصية بـالأصنام والسلاح للذمي والحربي وبالعبـد المسلم والمصحف للكافر كبـيعها له ١١٤
فصل: فيما يقع عليه اسم الطبل ١١٦
الركن الرابع: الصيغة ١٣١
فرع: لو اعتقل لسانه صحت وصيته بالإشارة والكتابة ١٣٢
فصل: أما القبول، فإن كانت الوصية لغـير معيَّن كالفقراء لزمت بالموت ولم يشترط فيها القبول، وإن كانت لمعين فالمذهب اشتراط القبول ١٣٢
فرع: إذا لم يقبل الموصى له ولم يردّ فلـلوارث مطالبته بأحد الأمـرين، فإن امتنع حكم عليه بالردّ ١٣٣
فرع: لو مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية ١٣٣

فصل: متى يملك الموصى له الموصى به؟ ١٣٤
الباب الثاني: في أحكام الوصية الصحيحة ١٤٥
أحكامها ثلاثة أقسام: لفظية، ومعنوية، وحسابية ١٤٥
القسم الأول: اللفظية، وفيه طرفان ١٤٥
الطرف الأول: في اللفظ المستعمل في الموصى به، وفيه مسائل ١٤٥
المسألة الأولى: إذا أوصى بجارية حامل واستثنى حملها لنفسه صح ١٤٥
المسألة الثانية: الطبل أنواع سبق بيانها ١٤٥
المسألة الثالثة: اسم العود يقع على عود اللهو الذي يضرب به، وعلى واحد
الأخشاب التي تستعمل في البناء ١٤٦
المسألة الرابعة: اسم القوس يطلق على العربية وهي التي يرمي بها النبل...
إلخ ١٤٧
المسألة الخامسة: اسم الشاة يقع على... إلخ ١٤٧
المسألة السادسة: البعير والحمل والناقة أسماء تشتمل السليم والمعيب
والبخاتي والعراب ١٤٩
المسألة السابعة: الدابة في اللغة وفي العرف ١٥٠
المسألة الثامنة: اسم الرقيق ١٥٠
الطرف الثاني: في اللفظ المستعمل في الموصى له، وفيه مسائل ١٥٣
المسألة الأولى: في الوصية للحمل ١٥٣
المسألة الثانية: أوصى لجيرانه، صرف إلى أربعين داراً من كل جانب من
جوانب داره الأربعة ١٥٥
المسألة الثالثة: أوصى للقرَّاء، لا يعرف إلا إلى الذين يقرأون جميع القرآن . ١٥٥

Marfat.com

المسألة الرابعة: أوصى للعلماء أو لأهل العلم... إلخ ١٥٥
المسألة الخامسة: أوصى لأعقل الناس في بلده... إلخ ١٥٦
المسألة السادسة: يدخل في الوصية للفقراء المساكين ١٥٦
المسألة السابعة: أوصى لأقارب زيد... إلخ ١٥٨
المسألة الثامنة: أوصى لأقرب أقارب زيد... إلخ ١٥٩
المسألة التاسعة: آل رسول الله ﷺ هل هم بنو هاشم وبنو المطلب فقط أم جميع أمته؟ ١٦١
المسألة العاشرة: آباء فلان أجداده من الطرفين، وأمهاته جداته من الطرفين . ١٦٢
المسألة الحادية عشرة: الأختان أزواج البنات ١٦٢
المسألة الثانية عشرة: الوصية للموالي على ما ذكرناه في الوقف ١٦٤
المسألة الثالثة عشرة: يتامى القبيلة هم الصبيان الفاقدون لآبائهم ١٦٤
المسألة الرابعة عشرة: ما يقع عليه اسم الأرامل ١٦٤
المسألة الخامسة عشرة: المعتبرّون من الأقارب ١٦٥
المسألة السادسة عشرة: غلمان القبيلة وصبيانهم والأطفال والذراري ١٦٥
القسم الثاني من أقسام الباب: في الأحكام المعنوية ١٦٨
المسألة الأولى: فيما يتعلق بجانب الموصى له ١٦٩
المسألة الثانية: فيما يتعلق بجانب وارث الموصي ١٧٠
المسألة الثالثة: في الجناية على العبد الموصى بمنفعته ١٧٢
المسألة الرابعة: في جنايته، فإن اقتص منه، بطل حقهما كموته ١٧٢
المسألة الخامسة: في كيفية حساب المنفعة من الثلث ١٧٣
المسألة السادسة: الوصية بالحج ١٧٦

Marfat.com

القسم الثالث من الباب: في المسائل الحسابية، وفيه أطراف ١٨٧
الطرف الأول: فيما إذا أوصى بجزء ١٨٧
الطرف الثاني: في طريق تصحيح مسائل الوصية بالأجزاء ١٩١
الطرف الثالث: في الـدوريات من الوصايا ١٩٨
فصل: في الوصية بمثل نصيب وارث وبجزء شائع ١٩٨
فصل: قد تكون الوصية بجزء من جزء من المال يبقى بعد النصيب أو بعضه. ٢٠١
فصل: في الوصية بنصيب أحد الورثة مع الوصية بجزأين أحدهما من جميع المال والآخر مما تبقى ٢٠٢
فصل: فيما إذا كان الجزءان مع النصيب أحدهما بعد الآخر ٢٠٢
فصل: في الوصية بنصيبين مع الوصية بجزء بعد كل نصيب ٢٠٣
فصل: في الوصية بنصيب وبجزء شائع على شرط أن لا يضام بعض الورثة. ٢٠٣
فصل: في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء من المال عنه ٢٠٤
فصل: في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء مما تبقى من المال ٢٠٥
فصل: في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء مما تبقى من جزء من المال ٢٠٦
فصل: في الوصية بجزء من المال وبالنصيب مع استثناء جزء من باقي المال.. ٢٠٨
فصل: في الوصية بجـزء شائع من المال وبالنصيب مع استـثناء جزء مما يبقى من جزء من المال ٢٠٩
فصل: في الوصية بالنصـيب مع استثناء نصيب وارث آخـر منه وجزء شائع أيضًا ٢١٢
فصل: في الوصية بالتكملة ٢١٣

Marfat.com

فصل: في الوصية بالنصيب مستثنى من التكملة ٢٢١
فصل: في الوصايا المتعرضة للجذور والكعاب ٢٢١
فصل: في الوصايا المتعرضة لمقدر من المال من درهم ودينار وغيرهما ٢٢٥
فصل: في نوادر الفصول المتقدمة ٢٢٩
الطرف الرابع: في المسائل الدورية من سائر التصرفات الشرعية ٢٣٤
فصل: في بيع المريض بالمحاباة مع حدوث زيادة أو نقص ٢٣٥
فرع: فيما إذا وطئت الموهوبة وطأ يوجب المهر ٢٥٠
فصل: في مسائل يتولد الدور فيها من أصلين ٢٦٤
الطرف الخامس: في مسائل العين والدَّين ٢٦٥
الدين المخلف مع العين من جنسه ونوعه إما أن يكون على وارث وإما على أجنبي وإما عليهما ٢٦٦
القسم الأول: على وارث ٢٦٦
القسم الثاني: أن يكون الدين على أجنبي ٢٦٧
القسم الثالث: أن يكون الدين على وارث وأجنبي ٢٦٨
الباب الثالث: في الرجوع عن الوصية ٢٧٠
فصل: يحصل الرجوع بطرق ٢٧٠
فصل: أوصى بمائة معينة، ثم بمائة معينة، فله المائتان ٢٧٤
الباب الرابع: في الأوصياء ٢٧٥
للوصاية أركان وأحكام، أما أركانها فأربعة ٢٧٥
الركن الأول: الوصي، وله خمسة شروط ٢٧٥

Marfat.com

فرع: لا يشترط في الوصي الذكورة ٢٧٥
فرع: تصرفات الوصي بعد الانعزال باطلة ٢٧٦
فرع: إذا جنَّ الوصي أو أغمى عليه أقام الحاكم غيره مقامه ٢٧٦
الركن الثاني: الموصي ٢٧٧
الركن الثالث: الموصى فيه ٢٧٨
الركن الرابع: الصيغة ٢٧٨
فرع: يجوز أن يوصي إلى اثنين فصاعداً ٢٧٩
فصل: قال أوصيت إلى زيد، ثم قال أوصيت إلى عمرو، لم يكن عزلاً لزيد ٢٨٠
فرع: أوصى إلى شخصين، فاختلفا في التصرف، نظر ٢٨١
فصل: في أحكام الوصايا ٢٨١
فصل: إذا بلغ الصبي مجنونًا أو سفيهًا استمرت ولاية الوصي ٢٨٢
فصل: ليس له تزويج الأطفال وإن ذكره الموصي ٢٨٢
فصل: في مسائل منثورة ٢٨٣

كتاب الوديعة

فرع: لا يصح إيداع الخمر ونحوها ٢٨٥
فصل: الإيداع توكيل خاص وأركانه كأركانها ٢٨٥
فصل: لا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف ٢٨٦
فصل: في أحكام الوديعة ٢٨٧
الحكم الأول: الجواز من الجانبين ٢٨٧
الحكم الثاني: أنها أمانة، فلا يضمن إلا عند التقصير ٢٨٧

الحكم الثالث: ردها عند بقـائها ٣٠١
فصل: إذا ادعى رد الوديعة على الذي ائتمنه وهو المالك، صدق بيمينه ... ٣٠٢
فصل: في يده مال، جاء رجلان ادعى كلٌّ أنه مودعه، فجوابه يفرض بصيغ ٣٠٤
فصل: في مسائل منثورة ٣٠٦

كتاب قسم الفيء والغنيمة

البـاب الأول: في الفيء ٣١١
فصل: مال الفيء يقسم خمسة أسهم ٣١١
السهم الأول: المضاف إلى الله عزَّ و جل وإلى رسول الله ﷺ ٣١١
السهم الثاني: لذوي القربى ٣١٢
السهم الثالث: لليتامى ٣١٢
السهم الرابع والخامس: المساكين وابن السبيل ٣١٢
فرع: يجوز أن يفاوت بين اليتامى وكذا في المساكين وأبناء السبيل ٣١٣
فرع: لا يشتـرط أن يكون هؤلاء الأصناف الثلاثة من المرتزقة على الصـحيح المعروف ٣١٣
فصل: إذا فقـد بعض الأصناف وزّع نصيـبه على البـاقين كالزكـاة إلا سهم رسول الله ﷺ ٣١٣
فرع: لا يجوز الصرف إلى كافر ٣١٣
فرع: لا يجوز الاقتصار على إعطاء ثلاثة من اليتامى ولا من المساكين ولا من أبناء السبيل ٣١٣
فصل: في مصرف أربعة أخماس الفيء ٣١٣

Marfat.com

فرع: للإمام في القسمة على المرتزقة وظائف ٣١٤
فرع: من مات من المرتزقة هل ينقطع رزق زوجته وأولاده لزوال المتبوع؟ .. ٣١٧
فرع: إذا مات واحد من المرتزقة بعد جمع المال وانقـضاء الحول صرف نصيبه
إلى ورثته ٣١٧
فصل: إذا زادت الأخماس الأربعة على حاجات المرتزقة ٣١٩
فصل: في مسائل منثورة ٣١٩
الباب الثاني: في الغنيمة ٣٢١
يحصل بيانها في أربعة أطراف ٣٢١
الطرف الأول: النَّفَل ٣٢١
الطرف الثاني: في الرضخ ٣٢٣
الطرف الثالث: في السَّلَب ٣٢٤
الطرف الرابع: في قسمة الغنمة ٣٢٧
فصل: فيمن يستحق السهم ٣٢٧

كتاب النكاح

الباب الأول: في خـصائص رسول الله ﷺ في النكاح وغيـره، وهي أربعة
أضرب ٣٣٥
الضرب الأول: ما اختص به رسول الله ﷺ من الواجبات ٣٣٥
الضرب الثاني: ما اختص به رسول الله ﷺ من المحرمات ٣٣٨
الضرب الثالث: التخفيفات والمباحات ٣٣٩
الضرب الرابع: ما اختص به رسول الله ﷺ من الفضائل والإكرام ٣٤٢

Marfat.com

الباب الثاني: في مقدمات النكاح، وفيه فصول ٣٤٨
الفصل الأول: فيمن يستحب له النكاح ٣٤٨
الفصل الثاني: إذا أراد النكاح فالبكر أولى من الثيب إذا لم يكن عذر ٣٤٨
الفصل الثالث: في أحكام النظر ٣٥٠
الفصل الرابع: في الخطبة ٣٥٧
الفصل الخامس: في الخُطبة ٣٦٠
الباب الثالث: في أركان النكاح ٣٦٢
الركن الأول: الصيغة إيجابًا وقبولاً ٣٦٢
الركن الثاني: المنكوحة ٣٦٦
فصل: يشترط في كل واحد من الزوجين أن يكون معينًا ٣٦٧
الركن الثالث: الشهادة ٣٦٨
فرع: ينعقد النكاح بشهادة المستورين على الصحيح ٣٦٩
فرع: لو بان الشاهد فاسقًا حال العقد فالنكاح باطل على المذهب ٣٧١
فرع: الاحتياط ليس بشرط في صحة النكاح ٣٧٢
الركن الرابع: العاقدان ٣٧٢
فرع: إذا وطئ في نكاح بلا ولي وجب مهر المثل ٣٧٤
الباب الرابع: في بيان الأولياء وأحكامهم، وفيه ثمانية أطراف ٣٧٦
الطرف الأول: في أسباب الولاية، وهي أربعة ٣٧٦
السبب الأول: الأبوة، وما في معناها ٣٧٦
السبب الثاني: عصوبة من على حاشية النسب ٣٧٧

Marfat.com

السبب الثالث: الإعتاق ٣٧٩
السبب الرابع: السلطنة ٣٧٩
الطرف الثاني: في ترتيب الأولياء ٣٨٠
الطرف الثالث: في موانع الولاية، وهي خمسة ٣٨٢
المانع الأول: الرق ٣٨٣
المانع الثاني: ما يسلب النظر والبحث عن حال الزوج ٣٨٣
المانع الثالـث: الفسق ٣٨٤
المانع الرابع: اختلاف الدين ٣٨٥
المانع الخامس: الإحرام ٣٨٦
الطرف الرابع: في تولي طرفي العقد ٣٨٨
الطرف الخامس: في التوكيل ٣٩٠
فصل: في بيان لفظ الوكيل في عقد النكاح ٣٩٢
فرع: لا يشترط في التوكيل بالتزويج ذكر المهر ٣٩٣
الطرف السادس: فيما يلزم الولي ٣٩٤
فصل: يجب على الولي حفظ مال الصبي وصونه عن أسباب التلف ٣٩٥
الطرف السابع: في خصال الكفاءة ٣٩٦
فصل: الكفاءة حق المرأة والولي واحدًا كان أو جماعة مستوين في درجة .. ٣٩٩
الطرف الثامن: في اجتماع الأولياء ٤٠٢
الباب الخامس: في المولى عليه ٤٠٨
الأسباب المقتضية لنصب الولي خمسة: الصغر، والأنوثة، والجنون،

والسفه، والرق، وقد سبق حكم الأوَّلين ٤٠٨
السبب الثالث: الجنون ٤٠٨
السبب الرابع: السفه ٤١٠
السبب الخامس: الرق ٤١٣
فصل: هل للسيد إجبار العبد البالغ على النكاح؟ ٤١٤
فصل: عبد الصبي والمجنون والسفيه لا يزوجه وليهم على الصحيح، وقيل يجوز ٤١٧
الباب السادس: في موانع نكاحها ويجمعها أربعة أجناس ٤١٩
الجنس الأول: المحرمية، ولها ثلاثة أسباب ٤١٩
السبب الأول: القرابة ٤١٩
السبب الثاني: الرضاع ٤٢٠
السبب الثالث: المصاهرة ٤٢٢
الجنس الثاني: ما يقتضي حرمة غير مؤبدة، ويتعلق بعدد، وهو ثلاثة أنواع. ٤٢٦
النوع الأول: الجمع بين الأختين من النسب أو الرضاع ٤٢٧
النوع الثاني: في قدر العدد المباح، ولا يجوز للحر أن ينكح أكثر من أربعة نسوة ٤٣٠
النوع الثالث: استيفاء عدد الطلاق ٤٣٣
الجنس الثالث من الموانع: رق المرأة ٤٣٦
الجنس الرابع من الموانع: الكفرة، وهم ثلاثة أصناف ٤٤١
الصنف الأول: الكتابيون ٤٤١

Marfat.com

الصنف الثاني: من لا كتاب له ولا شبهة كتاب ٤٤٢
الصنف الثالث: من لا كتاب لهم ولكن لهم شبهة كتاب وهم المجوس ... ٤٤٢
فصل: في صفة الكتابية التي لا ينكحها المسلم ٤٤٣
فصل: في الانتقال من دين إلى دين ٤٤٦
الباب السابع: في نكاح المشرك، فيه أربعة أطراف ٤٤٩
الطرف الأول: فيما يقر عليه الكافر من الأنكحة الجارية في الكفر إذا أسلم. ٤٤٩
فصل: بيان شرط الاستمرار ٤٥٠
فصل: في الأنكحة الجارية في الشرك ثلاثة أوجه ٤٥٤
فصل: إذا ترافع إلينا ذميان في نكاح أو غيره إن كانا متفقي الملة، وجب الحكم بينهما على الأظهر عند الكثيرين ٤٥٨
فرع: سواء أوجبنا الحكم بينهم أم لا، وإنما نحكم بحكم الإسلام ٤٥٩
الطرف الثاني: فيما إذا أسلم وتحته عدد من النسوة، لا يجمع بينهن في الإسلام، وفيه صور ٤٦٠
الصورة الأولى: أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه أو تخلفن وهن كتابيات، اختار أربعًا منهن، واندفع في نكاح الباقيات ٤٦٠
الصورة الثانية: أسلم وتحته أم وبنتها، نكحهما معًا أو مرتبًا وأسلمتا أو لم تسلما وهما كتابيتان ٤٦١
الصورة الثالثة: لو أسلم وتحت أمة وأسلمت معه، فله إمساكها إن كان يحل له نكاح الأمة، وإلا فلا، فلو تخلفت نظر، إن كان قبل الدخول تنجزت الفرقة... إلخ ٤٦٢

الصورة الرابعة: أسلم وفي نكاحه حرة وأربع إماء مثلاً، وأسلمن ٤٦٣
فصل: عتق الأمة تحت عبد يثبت لها الخيار في فسخ النكاح ٤٦٤
فرع: أسلم الزوج الرقيق، هل لزوجته الكافرة خيار؟ ٤٦٦
فصل: العبد الكافر إذا أسلم وتحته أكثر من امرأتين فأسلمن معه أو بعده في العدة ٤٦٦
الطرف الثالث: في ألفاظ الاختيار وأحكامه ٤٦٨
فصل: حكم الاختيار، إذا أسلم على أكثر من أربع وأسلمن معه أو بعده في العدة أو كن كتابيات، وقعت الفرقة بينه وبين الزيادة على أربع بالإسلام ويجب عليه الاختيار والتعيين، وإن امتنع جنس ٤٧١
الطرف الرابع: في النفقة والمهر ٤٧٣
فرع: ارتدت بعد الدخول، فلا نفقة لزمن الردة لنشوزها ٤٧٤
فصل: أما المهر، إذا أسلم أحدهما قبل الدخول أو بعده، فسبق بيانه عند ذكر الخلاف في صحة أنكحتهم ٤٧٤
الباب الثامن: في مثبتات الخيار في النكاح، وأسبابه أربعة ٤٧٧
السبب الأول: العيب والعيوب المثبتة للخيار ثلاثة أقسام ٤٧٧
القسم الأول: يشترك فيه الرجال والنساء، وهو ثلاثة: البرص والجذام والجنون ٤٧٧
القسم الثاني: مختص به وهو الجب والتعنين ٤٧٨
القسم الثالث: يختص بها وهو الرتق والقرن ٤٧٨
السبب الثاني: الغرور بالاشتراط ٤٨٣

Marfat.com

السبب الثالث: العتق ٤٩٠
السبب الرابـع: التعنين ٤٩٢
الباب التاسع: فيما يملك الزوج من الاستمتاع، وفيه مسائل ٤٩٩
المسألة الأولى: له جميع أنواع الاستمتاع إلا النظر إلى الفرج ٤٩٩
فرع: الإتيان في الدبر كالإتيان في القبل في أكثر الأحكام ٤٩٩
المسألة الثانية: العزل ٥٠٠
المسألة الثالثة: الاستمناء باليد حرام ٥٠٠
المسـألة الرابعة: القـول في تحريم الـوطء في الحيض والنفـاس وتحريم سـائر الاستمتاعات ٥٠٠
المسألة الخامسة: لا بأس أن يطوف على إمائه بغسل واحد ٥٠١
المسألة السادسة: يكره أن يطأ وهناك أمته أو زوجته الأخرى، وأن يتحدث بما جرى بينه وبين زوجته أو أمته ٥٠١
الباب العاشر: في وطء الأب جارية ابنه ونكاحه إياها ووجوب إعفافه ... ٥٠٣
الطرف الأول: في وطئـها، فـيـحرم على الأب وطء جـارية ابنه مع علمـه بالحال، فإن وطئها، نظر، أهي موطوءة الابن أم لا؟ ٥٠٣
الحالة الأولى: أن لا تكون ٥٠٣
الحالة الثانية: أن تكون الجارية مـوطوءة الابن ووطئها الأب عالمًا بالحال، فلا حدّ عليه على الأصح أو الأظهر ٥٠٥
الطرف الثاني: في نكاحه جارية الابن ٥٠٧
الطرف الثالث: في إعـفاف الأب ٥٠٨

Marfat.com

فرع: حيث وجب الإعـفاف يسـتوي في لزومه الابن والبنـت ويثبت للأب والأجداد ٥٠٨
فرع: لا يجب إعفاف قادر على إعفاف نفسه بماله ٥٠٩
فرع: شرط الإعفاف الحاجة إلى النكاح ٥٠٩
فصل: المراد بالإعفاف ٥٠٩
الباب الحادي عشر: في أحكام نكاح الأمة والعبد ٥١١
الطرف الأول: في نكاح الأمة، وفيه مسائل ٥١١
المسألة الأولى: إذا زوج أمته لم يلزمه تسليـمها إلى الزوج ليلاً ونهارًا، لكن يستخدمها نهارًا ويسلمها إلى الزوج ليلاً ٥١١
المسألة الثانية: للسيد أن يسافر بها لأنه مالك رقبتها ٥١١
المسألة الثالثة: لو سامح السيد فـسلمها ليلاً ونهارًا، فعلى الزوج تسليم المهر وتمام النفقة ٥١١
المسألة الرابعـة: هلاك المنكوحة بعـد الدخول لا يسقط شـيئًا من المهـر حرة كانت أو أمة ٥١٢
المسألة الخامسة: لو باع الأمة المزوجة لم ينفسخ النكاح ويكون المهر للبائع إن سمي في العقد مهر صحيح أو فاسد ٥١٢
المسألة السادسة: قد سبق أنه يجوز أن يزوج أمـته بعبده ولا مهر، لأن السيد لا يثبت له دين على عـبده، ولهذا لو أتـلف ماله لم يقتض ضـمانًا في الحال ولا بعد العتق ٥١٣
الطرف الثاني: في نكاح العبد، وفيه مسائل ٥١٦
المسألة الأولى: المهر والنفقة لازمان في نكاح العبد لزومهما في نكاح الحر.. ٥١٦

Marfat.com

المسألة الثانية: يجب على السيد تخلية العبد بالليل للاستمتاع ٥١٧
المسألة الثالثة: للسيد أن يسافر بالعبد وإن تضمن منعه من الاستمتاع لأنه مالك الرقبة ٥١٧
المسألة الرابعة: هذا الذي سبق حكم المهر في النكاح الصحيح، وأما المهر في النكاح الفاسد فله صورتان ٥١٨
فصل: في مسائل من الدور الحكمي ٥٢٢
الباب الثاني عشر: في اختلاف الزوجين في النكاح ٥٢٩
المسألة الأولى: إذا ادعى زوجية المرأة سمعت دعواه عليها وإن كان العاقد هو الولي لأن إقرارها مقبول ٥٢٩
المسألة الثانية: زوج إحدى بنتيه بعينها ثم تنازعا، فلتنازعهما حالان ٥٢٩
المسألة الثالثة: شهدوا على رجل بنكاح امرأة بمهر معلوم وهو منكر، فحكم بشهادتهم ثم رجعوا، هل يغرمون له؟ ٥٣٠
المسألة الرابعة: إذا زوجت برجل ثم ادعت أن بينها وبينه محرمية بأن قالت هو أخي من الرضاع... إلخ نظر أوقع التزويج برضاها أم لا؟ ٥٣٢
المسألة الخامسة: إذا زوج أمته ثم قال كنت مجنونًا أو محجورًا عليّ وقت تزويجها وأنكر الزوج... إلخ ٥٣٣

كتاب الصداق

الباب الأول: في أحكام الصداق الصحيح ٥٣٧
الحكم الأول: في أن الصداق في يد الزوج كيف يضمن؟ ٥٣٧
الحكم الثاني: تسليم الصداق ٥٤٤

Marfat.com

الحكم الثالث: التـقرير ٥٤٧
فصل: الخلوة لا تقرر المهر ولا تؤثر فيه على الجديد، وهو الأظهر ٥٤٧
الباب الثاني: في الصداق الفاسد ولفساده ستة أسباب ٥٤٩
السبب الأول: أن لا يكون المذكور مالاً بأن سمي خمراً ٥٤٩
السبب الثاني: الشـرط في النكاح إن لم يتعلق به غرض فهو لغـو كما سبق في البيع ٥٤٩
السبب الثالث: تفريق الصفقة ٥٥١
السبب الرابع: أن يتضمن إثبات الصداق رفعه ٥٥٣
السبب الخامس: تفريط الولي في قدر المهر ٥٥٦
السبب السـادس: مخالفـة الآمر لا يشترط في إذن المرأة حـيث يعتبـر إذنها تقدير المهر ولا ذكره ٥٥٨
الباب الثالث: في التفويض وحكم المفوضة ٥٦١
الطرف الأول: في صورة التويض ٥٦١
الطرف الثاني: في حكم التـفويض ٥٦٢
فصل: في بيان مهر المثل ٥٦٦
الباب الرابع: في تشطر الصداق ٥٦٩
الطرف الأول: في موضع التشطر وكيفيته ٥٦٩
فصل: في كيفية التشطر ٥٦٩
الطرف الثاني: في تغير الصداق قبل الطلاق ٥٧١
الطرف الثالث: في بيان حكم التشطر بعد تصرفها في الصداق ٥٨٥

الطرف الرابع: فيما إ ذا وهبته الصداق ثم طلقها قبل الدخول ٥٨٨

الباب الخامس: في المتعة ٥٩٤

الباب السادس: في النزاع في الصداق ٥٩٦

المسألة الأولى: إذا ا ختلف الزوجان في قدر الصداق أو صفته... إلخ ... ٥٩٦

المسألة الثانية: ادعت مسمى فأنكر الزوج وأصل التسمية فوجهان... إلخ.. ٥٩٦

المسألة الثالثة: إذا حكمنا بالتحالف فحلف أحدهما ونكل الآخر حكمنا للحالف ٥٩٧

المسألة الرابعة: ادعت النكاح ومهر المثل واعترف الزوج بالنكاح وأنكر المهر... إلخ ٥٩٧

المسألة الخامسة: اختلف الزوج وولي الصغيرة أو المجنونة فقال الولي زوجتكها بألفين... إلخ ٥٩٨

المسألة السادسة: ادعت على رجل أنه نكحها يوم الخميس بألف... إلخ.. ٥٩٩

المسألة السابعة: رجل يملك أبوي حرة فنكحها على أحدهما معينًا ثم اختلفا... إلخ ٦٠٠

المسألة الثامنة: اختلفا في أداء المهر، فالقول قولها بيمينها ٦٠١

المسألة التاسعة: ادعى دفع الصداق إلى ولي الصغيرة والمجنونة أو السفيهة . ٦٠١

المسألة العاشرة: وقع الاختلاف في غير المنكوحة فهو اختلاف في عقدين القول في كل منهما قول النافي ٦٠٢

فصل يتعلق بكتاب الصداق ٦٠٢

باب الوليمة ٦٠٣

Marfat.com

فرع: يحرم على المصور التصوير على الحيطان والسقوف، ولا يستحق أجرة. ٦٠٦
فصل: الصوم ليس عذراً في ترك إجابة الدعوة ٦٠٦
فصل: إذا دعاه من أكثر ماله حرام، كرهت إجابته كما تكره معاملته ٦٠٧
فصل: المرأة إذا دعت النساء، كما ذكرنا في الرجال ٦٠٧
فصل: في مسائل تتعلق بالضيافة ٦٠٧
فصل: في آداب الأكل ٦٠٨

كتاب عشرة النساء والقسم والشقاق

الباب الأول: في عشرتهن والقسم ٦١٤
الطرف الأول: في استحقاق القسم ٦١٤
فصل: فيمن تستحق القسم ٦١٥
فصل: فيمن يستحق عليه القسم ٦١٦
الطرف الثاني: في مكان القسم وزمانه ٦١٧
الطرف الثالث: في التساوي وبيان محل التفاضل ٦٢٠
الطرف الرابع: في الظلم والقضاء ٦٢٤
الطرف الخامس: في المسافرة بهن ٦٢٨
الباب الثانـي: في الشقاق ٦٣٢
فرع: فيما تصير به ناشزة ٦٣٤

كتاب الخلع

الباب الأول: في حقيقة الخلع ٦٣٨
فرع: فيمـا يلحق به الخلع من الأصول ٦٤١

Marfat.com

الباب الثاني: في أركان الخلع ٦٤٥
الركـن الأول: الزوج ٦٤٥
الركن الثاني: المختلع ٦٤٦
الركن الثالث: المعوض، وهو البضع ٦٤٨
الركن الرابع: العـوض ٦٤٩
فروع في فتاوى البغوي ٦٥٤
فصل: يجوز أن يكون عوض الخلع منفعة ويصح عقد الإجارة عليها ٦٥٨
الباب الثالث: في بيان الألفاظ الملزمة ومقتضاها ٦٦٢
الباب الرابع: في سؤال المرأة الطلاق بمال، واختلاع الأجنبي ٦٧٣
الطرف الأول: في ألفاظها ٦٧٣
الطرف الثاني: في سؤالها عدداً ٦٧٥
الطرف الثالث: في تعليقها بزمان ٦٨٠
الطرف الرابع: في اختلاع الأجنبي ٦٨٣
الباب الخامس: في الاختلاف ٦٨٧
المسألة الأولى: قالت خالعني على كذا، فأنكر الزوج، صدق بيمينه ٦٨٧
المسألة الثانيـة: اتفقا على الخلع واختلفا في جنس العوض أو قـدره أو صفته
في الصحـة والتكسر والأجل... إلخ ٦٨٧
المسألة الثالثة: سبق أنه لو خـالعها على ألف درهم وفي البلد نقد غالب نزل
عليه، فلو لم يكن بطلت التسمـية ووجب مهر المثل ٦٨٨
المسألة الرابعة: قالت سألتك ثلاث تطليقـات بألف فأجبتني، فقال بل سألت

Marfat.com

واحدة بألف فأجبتك... إلخ ٦٨٩
المسألة الخامسة: تخالعا بألف فطالبها به، فقالت: ضمنه زيد، لم ينفعها هذا الجواب لأن الضمان لا يقطع الطلب عنها ٦٩٠
المسألة السادسة: طلقها بألف وأرضعت بنتها زوجة أخرى له صغيرة واختلف المتخالعان فقال الزوج... إلخ ٦٩١
المسألة السابعة: تخالعا ثم قال هو: كنت مكرهة فلي الرجعة، فأنكرت الإكراه؛ لم يقبل قوله في الظاهر ٦٩١
فصل في مسائل منثورة تتعلق بالخلع ٦٩٢
فرع لابن الحداد ٦٩٣
فهرس الموضوعات ٦٩٥

Marfat.com

Marfat.com