

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
مَجْلَدُ كِتَابِ التَّوْحِيدِ

و

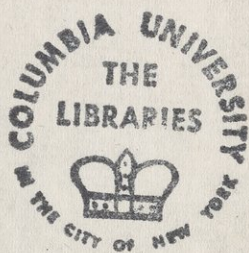
مَجْلَدُ كِتَابِ التَّوْحِيدِ

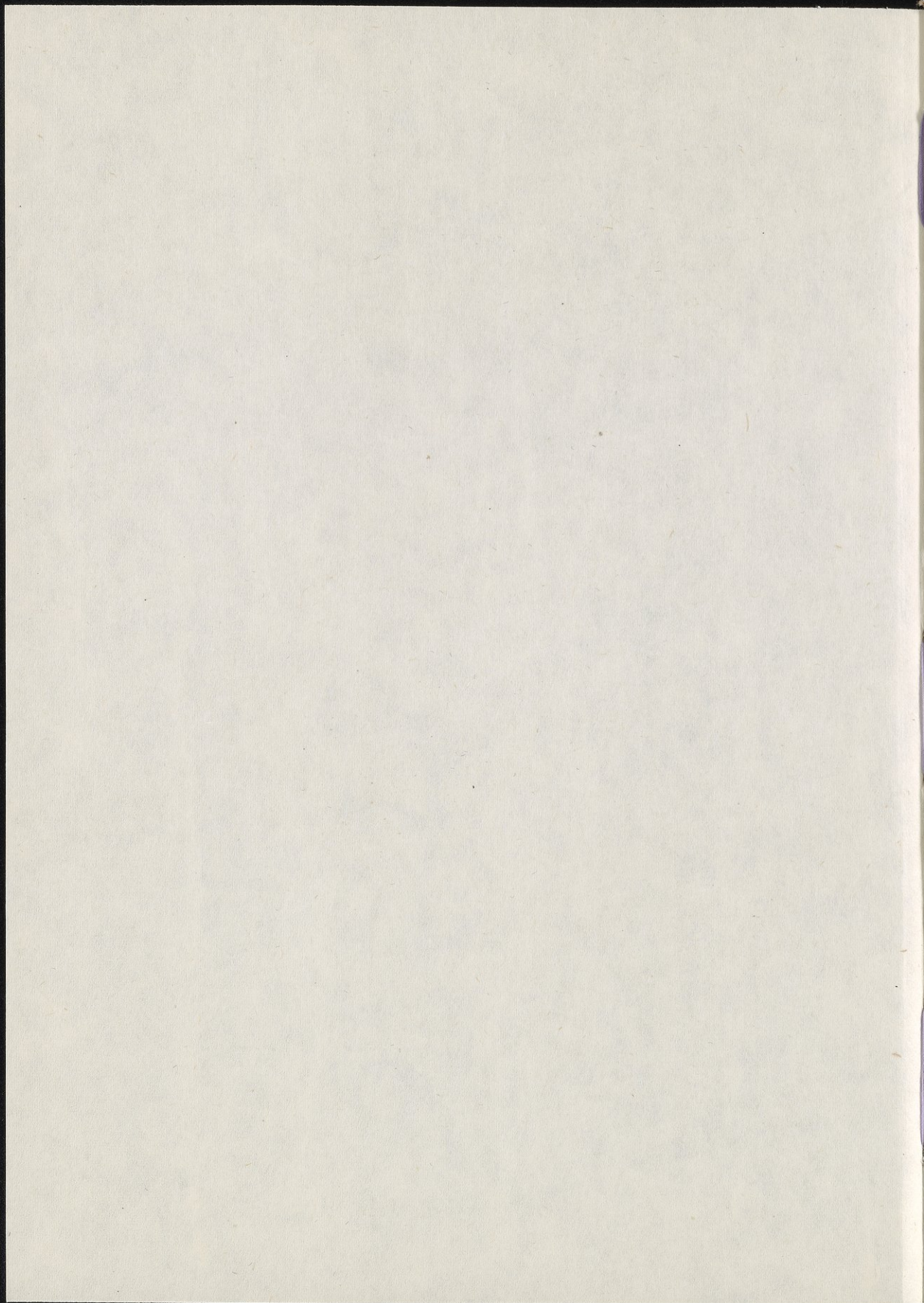
الْحَقُّ لِلَّهِ وَكَانَ بِالْحَقِّ

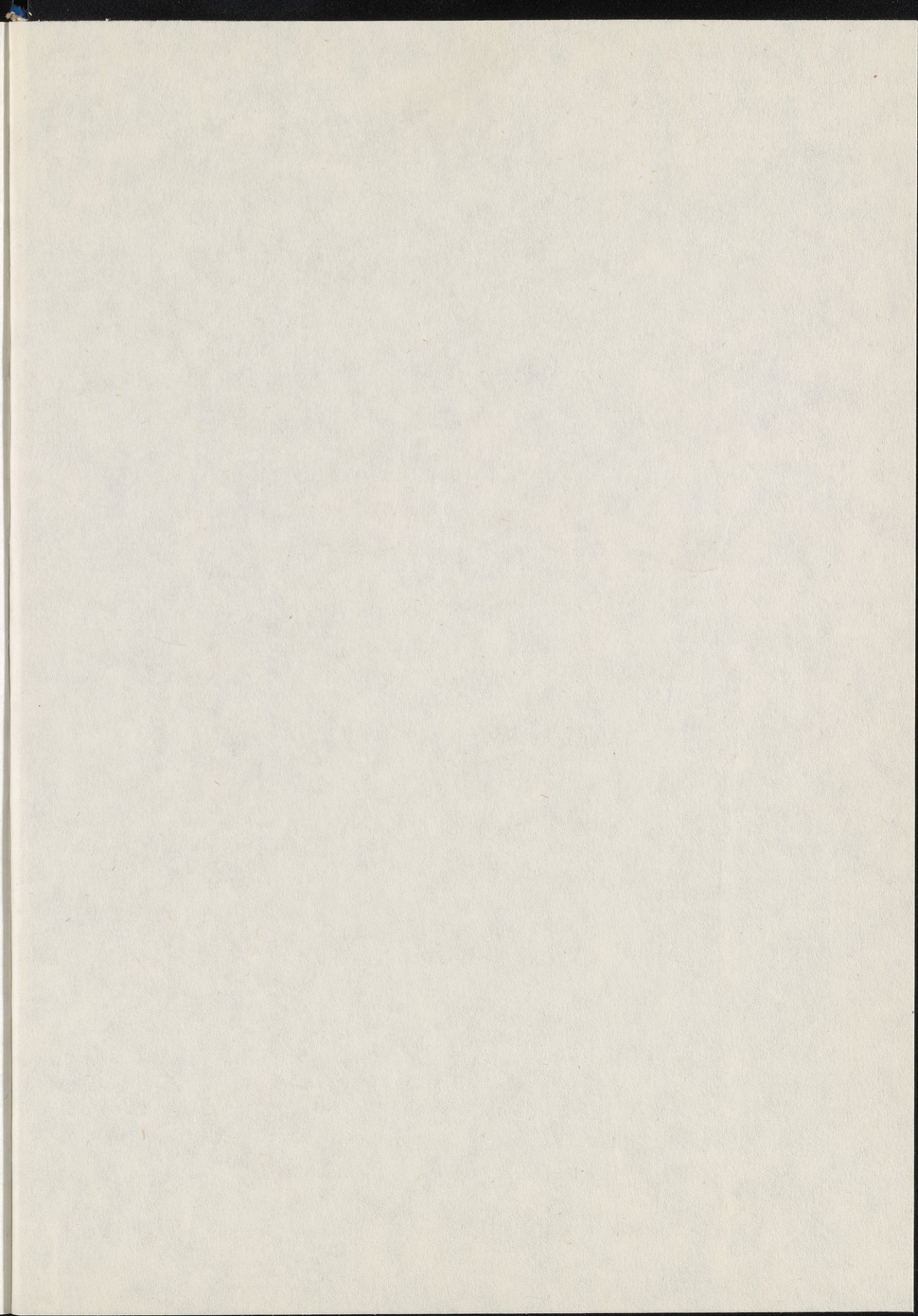
بِسْمِ اللَّهِ

الْحَقُّ لِلَّهِ وَكَانَ بِالْحَقِّ

مَجْلَدُ كِتَابِ التَّوْحِيدِ







مخطوطات

مكتبة آية الله المرعشي العاملي

(٢٠)

تلخيص الحلال

و

خلاصة الاختلاف

للفقيه الجليل

الشيخ مفيد بن حسن بن رشيد الصمري

من أعلام القرن التاسع

الجزء الثاني

إشراف
السيد محمود المرعشي

تحقيق
السيد مهدي الرجائي

BuHStax

BP

156

.T8637

1987g

v.2



کتابخانه عمومی
حضرت آية الله العظمى المرعشي نوري قم

- * تلخيص الخلاف و خلاصة الاختلاف ج ٢
- * تأليف : الشيخ مفلح بن حسن بن رشيد الصيمري
- * تحقيق : السيد مهدي الرجائي
- * نشر : مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي العامة قم المقدسة
- * طبع : مطبعة سيد الشهداء عليه السلام
- * تاريخ الطبع : ١٤٠٨ هـ ق
- * العدد : ١٠٠٠
- * الطبعة : الاولى
- * السعر : ٤٥٠ تومان للدورة الكاملة

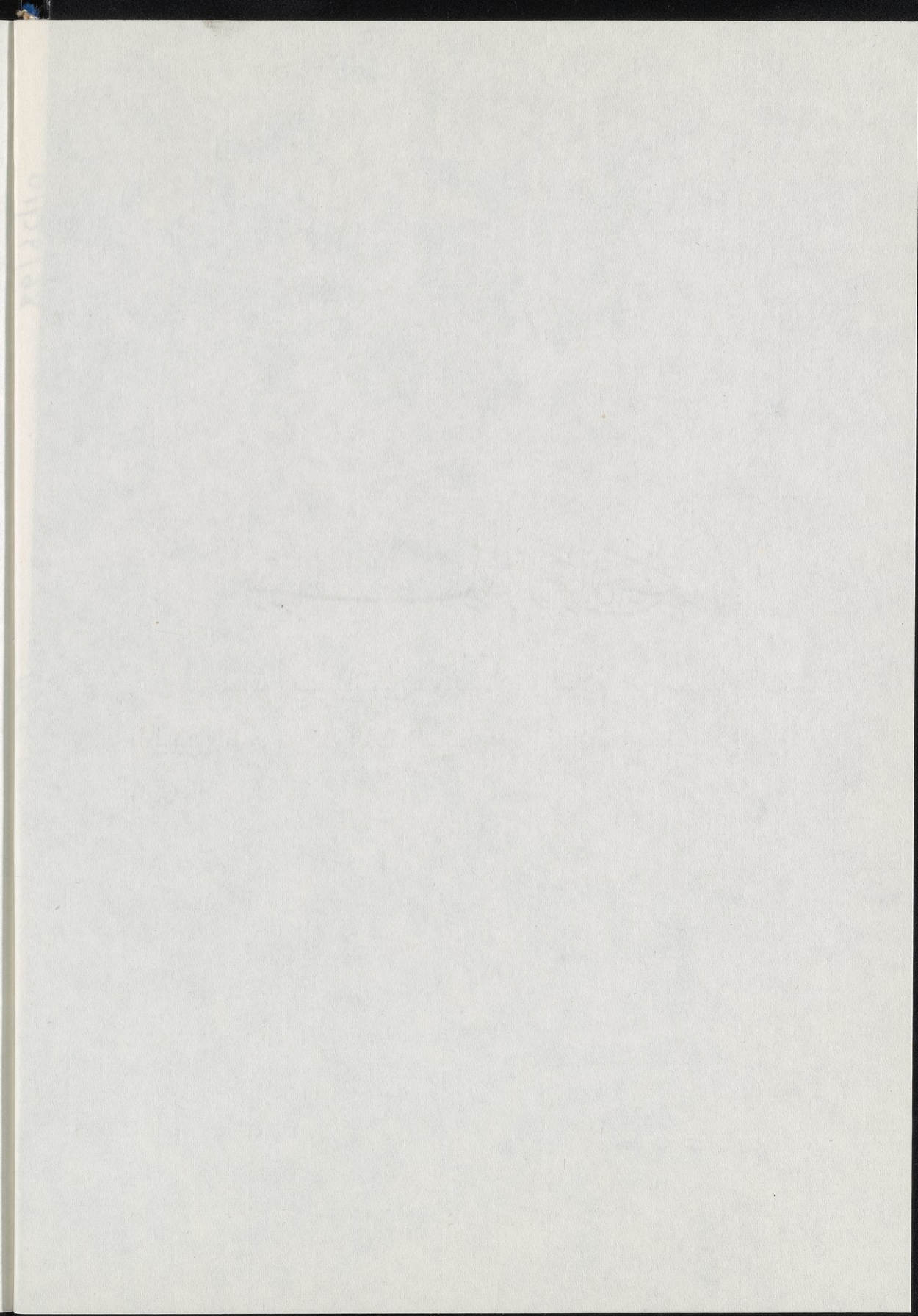
01/26/98

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد وآله
الطيبين الطاهرين ، واللعنة الدائمة على أعدائهم أجمعين الى يوم
الدين .

AGE 6831

gft



كتاب البيوع

مسألة - ١ - قال الشيخ: بيع الرؤية صحيح، وصورته أن يقول: بعتك هذا الثوب الذي في كمي أو في الصندوق، ويذكر جنسه وصفته، وبه قال مالك والشافعي في القديم والجديد. وقال في الام والبويطي: لا يصح.

وقال أبو حنيفة: يصح وان لم يذكر الجنس، مثل أن يقول: بعتك ما في كمي أو الصندوق أو الصرة وماشابه ذلك، فلا يفتقر الى ذكر الجنس، وانما يفتقر الى تعيين المبيع من غيره.

والمعتمد قول الشيخ.

مسألة - ٢ - قال الشيخ: اذا ثبت هذا العقد، فمتى رأى المبيع على الجنس والوصف لم يكن له الخيار، وان اختل أحدهما كان له الخيار.

وقال الشافعي: على قوله بالصحة له الخيار على كل حال.

والمعتمد قول الشيخ.

مسألة - ٣ - قال الشيخ: اذا باع شيئاً على أن يسلمه بعد شهر صح البيع وقال الشافعي: لا يصح.

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بعموم الآية^(١).

مسألة - ٤ - قال الشيخ: اذا اشترى شيئاً لم يره حال العقد ، وكان قدر آه قبل الشراء صح ، وهو مذهب الشافعي قولاً واحداً وبه قال جميع الفقهاء الا الانمطي من أصحاب الشافعي ، قال : لا بد أن يراه حالة العقد .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥ - قال الشيخ: يعتمد بوجود الايجاب من البايع والقبول من المشتري لكنه لا يلزم المتبايعين بنفس العقد ، بل لهما ولكل واحد منهما خيار الفسخ مادام في المجلس ، وبه قال أحمد والشافعي .

وقال مالك وأبو حنيفة : يلزم بنفس العقد، ولا يثبت فيه خيار المجلس بحال.
والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة، وقوله عَلَيْهِ المتبايعان بالخيار مالم يفترقا^(٢).

مسألة - ٦ - قال الشيخ : بيع الخيار عندنا على ثلاثة أضرب :
أحدهما خيار المجلس مالم يفترقا بالابدان ، فان قال بعد انعقاد العقد أحدهما لصاحبه : اختر امضاء العقد ، فاذا اختار ذلك انقطع الخيار ولزم العقد وان لم يفترقا .

والثاني أن يشترط حال العقد ألا يثبت بينهما خيار المجلس .
والثالث أن يشترط حال العقد مدة معلومة يكون لهما فيها الخيار ماشاءا من الزمان ثلاثاً أو شهراً أو ماشاءا ، فانه ينعقد العقد ويكون لهما الخيار في تلك المدة الا أن يوجبا بعد ذلك على أنفسهما .

وقال مالك وأبو حنيفة : بيع الخيار هو ما شرط فيه الخيار فيثبت فيه خيار

(١) وهي قوله تعالى « وأحل الله البيع » .

(٢) عوالي اللئالي ١/١٣٣ و ٢١٧ و ١٣٦/٢ و ٣/٢٠٩ .

الشرط ، فعند أبي حنيفة ثلاثاً ، وعند مالك ما يدعو الحاجة اليه ، فعندهما بيع الخيار ماثبت فيه الخيار .

وعند الشافعي بيع الخيار ما قطع فيه الخيار وأكثر أصحابه على ما اخترناه أو لافي القسم الاول، وفي أصحابه من قال بالقسم الثاني أيضاً، أما الثالث فلم يقل به أحد منهم ، وهو ما زاد على الثالث .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : يثبت في الحيوان الخيار ثلاثة أيام ، شرط ذلك أو لم بشرط . وقال جميع الفقهاء : حكم الحيوان حكم جميع المبيعات .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : السلم يدخله خيار الشرط ، وعند الشافعي لا يدخله .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : الصلح اذا كان معاوضة مثل أن يقر له بعين أو دين ثم يصلحه على ذلك لم يكن له بعد ذلك الرجوع فيه .
وقال الشافعي : هو مثل البيع يدخله خيار الشرط وخيار المجلس ، وان كان صرفاً دخله خيار المجلس لا غير .

والمعتمد ان وقع الصلح على معلوم دخله خيار الشرط خاصة ، لانه معاوضة محضة ، وان وقع على مجهول أو صلحه عن دعواه من غير اقرار لم يدخله خيار لان فائدته هنا قطع النزاع وثبوت الخيار يؤدي الى عود النزاع ، فينتفي ثمره الصلح فيبطل .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : الحوالة يدخلها خيار الشرط دون خيار المجلس .
وقال الشافعي : لا يدخلها خيار الشرط ، وفي خيار المجلس وجهان .

(١) تهذيب الاحكام ٦٧/٢ .

- والمعتمد قول الشيخ ، لعموم « المؤمنون عند شروطهم »^(١).
- مسألة ١١ - قال الشيخ: الوكالة والعارية والقراض والجعالة والوديعة لاختيار فيها للمجلس ، ولا يمتنع دخول خيار الشرط فيها .
- وقال الشافعي : لا يدخلها الخياران، وهو مذهب العلامة، لان العقود الجائزة يجوز فسخها في كل وقت فلا فائدة في دخول الخيار فيها ، وهو المعتمد .
- مسألة ١٢ - قال الشيخ: اذا ملك الشفيع الشقص وانتزع من يد المشتري فليس له خيار المجلس، وللشافعي وجهان، أحدهما لاختيار له، والثاني له الخيار. والمعتمد قول الشيخ ، لاختصاص خيار المجلس بالبيع ، والشفيع يأخذ بالشفعة لا بالبيع .
- مسألة ١٣ - قال الشيخ: المساقات لا يدخلها خيار المجلس ويدخلها الشرط. وقال أصحاب الشافعي : لا يدخلها الخياران . والمعتمد قول الشيخ .
- مسألة ١٤ - قال الشيخ: الاجارة على ضربين: معينة وفي الذمة، وكلاهما لا يدخلهما خيار المجلس ، ولا يمتنع دخول خيار الشرط .
- وقال الشافعي الاجارة المعينة لا يدخلها خيار الشرط قولاً واحداً ، فأما خيار المجلس فعلى وجهين ، والاجارة التي في الذمة فيها ثلاثة أوجه .
- قال ابو اسحاق : لا يدخلها الخياران . وقال الاصطخري : يدخلها الخياران والمذهب أنه يدخلها خيار المجلس عكس ما قلناه . والمعتمد قول الشيخ .
- مسألة ١٥ - قال الشيخ : الهبة للواهب الرجوع فيها قبل القبض ، وبعد القبض ما لم يعوض عنها ، أو يتصرف فيها الموهوب له ، أو يكون الهبة لولده

(١) عوالى اللثالى ٢٩٣/١ و ٢٧٥/٢ و ٢١٧/٣ .

الصغار .

وقال الشافعي : هو بالخيار قبل الاقباض ، فاذا قبض فهو مبني على أن الهبة هل يقتضي الثواب أم لا ؟ فيه قولان ، فاذا قلنا يقتضي الثواب ، فعلى وجهين أحدهما يدخلها الخياران معاً ، والثاني لا يدخلان .

والمعتمد ثبوت الخيار قبل القبض مطلقاً ، وبعد القبض ان كانت لاجنبي لم يعوض عنها ولم يتصرف فيها ، ولارجوع للهبة لذي الرحم بعد الاقباض مطلقاً ، ولا فرق بين الاولاد الصغار والكبار وغيرهم من ذوي الارحام .

هذا اذا كانت بايجاب وقبول وان كانت معاطاة جاز الرجوع مادامت العين باقية ، سواء الرحم وغيره ، وسواء تصرف أولم يتصرف ولو كان التصرف لازماً سقط الرجوع ، وكذا يسقط بعد موت أحدهما ، سواء كانت بعقد أو معاطاة .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا أصدقها وشرط الخيار ثلاثاً أو مازاد في النكاح بطل النكاح بلاخلاف ، وان شرط الخيار في الصداق وحده كان بحسب ما شرط .

وقال الشافعي في الام : بطل المهر وقال في الاملاء : يبطل النكاح .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : الخلع على ضربين منجز وخلع بصفة فالمنجز أن يقول : طلقني طلقة بألف فيقول : طلقتك بها طلقة ، فليس له خيار المجلس في الامتناع من قبض الالف ، ليكون الطلاق رجعيّاً .

وللشافعي وجهان ، أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني له الخيار .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : الخلع المعلق بصفة : اما أن يكون عاجلاً أو آجلاً فالعاجل أن يقول : ان اعطيتني ألفاً فأنت طالق . والاجل أن يقول : متى أعطيتني

ألفاً فأنت طالق ، وعلى الوجهين لا يصح الخلع ولا الشرط .
 وقال الشافعي: العاجل على الفور، فأن أعطته ألفاً وقع الطلاق ، وان لم تعطه
 ارتفع العقد ولا خيار له فيه ، والمؤجل فالخيار لها في الاعطاء والامتناع ، وهل
 يثبت له خيار المجلس في رفع ما أوجبه لها ؟ على وجهين أحدهما لا خيار له وهو
 المذهب ، والاخر له خيار المجلس وليس بشيء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة على أن الخلع نصفه لا يقع .
 مسألة - ١٩ - قال الشيخ : القسمة سواء كان فيها رد أو لم يكن ، لا يدخلها
 خيار المجلس اذا وقعت القرعة وعدلت السهام ، سواء كان القاسم الحاكم أو
 الشريكين أو غيرهما ، ويدخلها خيار الشرط .

وقال الشافعي: ان كان فيها رد فهي كالبيع ، سواء يدخلها الخياران ، وان كانت
 مما لارد فيه فعذلت السهام ووقعت القرعة ، فان كان القاسم الامام فلا خيار ، وان
 كان القاسم الشريكين ، فان كان القسمة افراز فلا يدخلها خيار المجلس ، وان قال
 هي بيع دخلها خيار المجلس ، ولا يدخلها خيار الشرط .

والمعتمد عدم دخول خيار المجلس في القسمة ، لانها ليست بيعا ، فان كان
 القاسم الامام أو نائبه لزم بنفس القرعة ، وان كان غيرهما افتقرت الى التراضي
 بعد القرعة ، ولا خيار بعد التراضي ويدخلها خيار الشرط .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : الكتابة ان كانت مشروطة لا تثبت للمولى خيار
 المجلس ، ولا يمتنع من دخول خيار الشرط ، والعبد له الخيار لان له أن
 يعجز نفسه فينفسخ العقد ، والمطلقة ان أدى من مكاتبته شيئاً فقد انعتق بحسبه ، ولا خيار
 لواحد منهما بحال .

وقال الشافعي : لا خيار للسيد في الكتابة ، والعبد له الخيار ، لانه اذا امتنع
 كان الفسخ اليه .

والمعتمد عدم دخول خيار المجلس في الكتابة مطلقاً ، أما خيار الشرط فيدخل في المشروط دون المطلقة .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : يجوز عندنا البيع بشرط ، مثل أن يقول بعثك الى شهر ، فان رددت عليّ الثمن والاكان المبيع لي . وقال جميع الفقهاء : ان ذلك باطل يبطل به العقد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : سبق والرماية لايدخلهما خيار المجلس ، ولايمنع من دخول خيار الشرط .

وللشافعي قولان ، أحدهما مثل الاجارة ، والثاني مثل الجعالة .

والمعتمد قول الشيخ ، لعموم « المسلمون عند شروطهم »^(١) .

مسألة - ٢٣ - من باع شيئاً معيناً بثمن معين ولم يقبضه ولاقبض ثمنه وفارقه البايع ، فالمبتاع أحق به الى ثلاثة أيام ، فان مضت ولم يحضر الثمن ، كان البايع بالخيار بين فسخ البيع وبين مطالبته بالثمن ، فان هلك المبيع في مدة الثلاثة فمن مال البايع ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٢) .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : من باع شيئاً بشرط الخيار ولم يسم وقتاً ولاأجلاً بل أطلقه كان له الخيار ثلاثة أيام ، ولاخيار له بعد ذلك .

وقال أبو حنيفة البيوع فاسد ، فان أجازه في الثلاثة جازعنده خاصة ، فان مضت الثلاثة ولم يجز بطل عند الجميع .

وقال أبو يوسف ومحمد : له أن يجيز بعد الثلاثة . وقال مالك : ان لم يجعل

(١) عوالى اللئالى ٢٥٨/٢ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢١/٧ .

للخيار وقتاً جاز وجعل له من الخيار مثل ما يكون في تلك الساعة . وقال الحسن ابن صالح : يكون له الخيار أبداً .

والمعتمد بطلان الشرط والعقد وهو مذهب الشيخ في المبسوط^(١) ، ومذهب المفيد ، واختاره العلامة وادعى هنا اجماع الفرقة على أن له الخيار ثلاثة أيام .
مسألة - ٢٥ - قال الشيخ: أقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة فصاعداً .
وقال الشافعي : يرجع في ذلك الى العادة .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : اذا قال أحد المتبايعين لصاحبه في المجلس بعد العقد : اختر ، فان اختار امضاء العقد انقطع بينهما الخيار ، وان سكت أو لم يختار كان الخيار كما كان .

وقال الشافعي: يثبت في جنب الساكت، وفي جنب القائل وجهان ، أحدهما يثبت والاخر وهو المذهب ينقطع خياره وحده ولصاحبه الخيار .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : اذا شرط قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعده صح الشرط ولزمه العقد بنفس الايجاب والقبول .
وللشافعي قولان ، أحدهما لا يصح وعليه أكثر أصحابه ، ومنهم من قال يصح مثل ما قلناه .

والمعتمد عدم الصحة ما لم يشترطاً ذلك في العقد أو قبله ، ثم يوقعان العقد على ما اشترطاه .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : العقد يثبت بنفس الايجاب والقبول ، فان كان مطلقاً لزم بالافتراق بالابدان ، وان كان مشروطاً يلزمه بانقضاء الشرط ، فان كان

الشرط لهما أو للبائع فبإنقضاء الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم ، وان كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع بنفس العقد ، لكنه لا ينتقل الى المشتري حتى ينقضي الخيار ، فاذا انقضى ملك المشتري بالعقد الاول .

وللشافعي ثلاثة أقوال ، أحدها ينتقل بنفس العقد ، والثاني ينتقل بشرطين العقد وانقضاء الخيار ، والثالث يكون مراعاةً ، فان تم البيع تبينا انه انتقل بالعقد وان فسخ تبينا أن ملكه لم يزل بالعقد ، سواء كان الخيار لهما أو لاحدهما ، ولا فرق بين خيار المجلس وخيار الشرط .

فأما أبو حنيفة فلا يثبت عنده خيار المجلس ، ويثبت خيار الثلاث بالشرط ، ومذهبه فيه كمذهب الشيخ .

والمعتمد الانتقال بنفس العقد ، وهو المشهور عند الاصحاب ، لان العقد سبب الانتقال ، فلا يتأخر عنه المسبب وهو الملك .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : اذا أعتق المشتري في مدة الخيار وتم البيع ، فانه ينفذ عتقه ، وبه قال ابو العباس ابن سريج . وقال باقي أصحاب الشافعي : لا ينفذ . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : اذا وطىء المشتري في مدة الخيار لم يكن مأثوماً ولحق الولد وكان حراً ، ولزم العقد من جهته .

وقال الشافعي : لا يجوز الوطىء فان خالف فلاحد عليه ، فان علقت فالنسب لاحق والولد حر ، وفي لزوم العقد من جهته وجهان ، قال الاصطخري : يلزم لان ذلك رضاء بالعقد ، وقال أبو العباس : لا ينقطع خياره .

والمعتمد بطلان الخيار ، واستدل الشيخ باجماع الفرقة على أن تصرف المشتري يبطل خياره .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اذا وطىء المشتري الجارية في مدة الخيار ، ثم

مضت ولزم العقد وجاءت بولد، كان لاحقاً به ولا يلزمه قيمته ولا مهر عليه ، فان فسخ
البايع العقد لزمه قيمة الولد ، وكانت الجارية أم ولده اذا انتقلت اليه فيما بعد ،
ويلزمه لاجل الوطى عشر قيمتها ان كانت بكرأ ، ونصف العشر ان كانت ثيباً .

وقال الشافعي : ان أمضى البايع العقد ، ففي لزوم المهر وقيمة الولد ثلاثة
أقوال ، فاذا قال ينتقل بالعقد أو قال انه مراعى ، فلا قيمة عليه ولا يجب عليه مهر
والامة أم ولد مثل ما قلناه ، واذا قال ينتقل بشرطين ، فعليه قيمة المثل والامة لاتصير
في الحال أم ولد ، فاذا ملكها فيما بعد فعلى قولين .

قال في الحرمة: تصير أم ولد . وقال في الام : لاتصير ام ولد . وأما قيمة الولد
فالمذهب أن عليه قيمته ، وفي أصحابه من قال : لاقيمة عليه وان اختار البايع الفسخ
فان قال مراعى أو ثبت بشرطين ، فعلى المشتري المهر ولا تصير أم ولده ، فان ملكها
فيما بعد فعلى قولين وعليه قيمة الولد قولاً واحداً مثل ما قلناه .

واذا قال ينتقل بنفس العقد ، فعلى قول أبي العباس لامهر عليه ، وهي أم ولده
ولا يجب عليه قيمة الولد ، وعلى قول الشافعي عليه المهر ولا تصير أم ولد في الحال
فان ملكها فيما بعد تصير أم ولد قولاً واحداً .

والمعتمد عدم الرجوع على المشتري بشيء من المهر وقيمة الولد وتصير
أم ولد فيدفع قيمتها مع الفسخ ، لانها ينتقل اليه بنفس العقد .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : اذا وطىء المشتري في مدة الخيار لم يبطل خيار
البايع ، علم به أو لم يعلم ، وبه قال الشافعي وفي أصحابه من قال : اذا وطىء بعلمه
بطل خياره .

والمعتمد قول الشيخ ، فان فسخ ولم تحمل دفعها اليه ، فان حملت دفع اليه
قيمتها وصارت مستولدة .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : خيار المجلس يورث اذا مات المتبايعان أو أحدهما

وكذلك خيار الشرط، ويقوم الوارث مقام من مات منهما، فان كان أحد المتبايعين مكاتباً قام سيده مقامه .

وبه قال الشافعي في خيار الشرط ، وقال في خيار المجلس : ان كان البايع مكاتباً فقد وجب البيع .

والمعتمد قول الشيخ ، لكن يشترط في خيار المجلس كون الوارث حاضراً في المجلس فيمتد ما دام الميت والاخر والوارث في المجلس ، وثبطل بمفارقة أحدهم .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ: اذا أكره المتبايعان أو أحدهما على التفرق بالابدان على وجه يتمكنان من الفسخ والتخاير فلم يفعلوا، بطل خيارهم أو خيار من يتمكن من ذلك .

وللشافعي وجهان، قال أبو اسحاق مثل ماقلناه، وقال غيره : لا ينقطع الخيار. والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ: خيار الثلاثة مورث، كان لهما أو لاحدهما، وكذا الشفعة ، وقبول الوصية ، ويقوم الوارث مقام الميت في ذلك ، و به قال مالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة: كل ذلك ينقطع بالموت، ولا يقوم الوارث مقامه، وبه قال أحمد. والمعتمد قول الشيخ ، لان هذه حقوق ينتقل بالميراث .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : اذا جن من له الخيار أو أغمي عليه صار الخيار لوليه .

وقال أبو حنيفة : الخيار ينقطع بالجنون .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الجنون لا ينقطع معه التكليف .

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ: اذا ثبت أن خيار الشرط موروث ، نظرت فان مضى

بعضه ورث الوارث ما بقي اذا كان حاضراً عند موت مورثه ، وكذا الغائب اذا بلغه الخبر وقد بقي شيء من المدة .

وللشافعي في الغائب وجهان ، أحدهما يبطل خياره ، والثاني يرث ما بقي .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٣٨- قال الشيخ: اذا كان المبيع حاملاً، فان الحمل لاحكم له، ومعناه أن الثمن لا ينقسط عليه .

وللشافعي قولان، أحدهما مثل ما قلناه، والاخر له حكمه وينقسط الثمن عليه كأنه اشترى ناقة وفصيلها ، هذا هو المعتمد ، لان الحمل جزء من المبيع ، وهو المشهور عند أصحابنا .

قال الشهيد : وحيث يدخل في البيع فهو مضمون تبعاً لاهه ، فلو أجهضت قبل القبض أو في خيار المشتري، فله الرجوع بتفاوت ما بين الحمل والاجهاض .
مسألة - ٣٩ - قال الشيخ : اذا باع بشرط شيء ما ، صح البيع والشرط معاً ، اذا لم يخالف الكتاب والسنة ، وبه قال ابن شبرمة .

وقال ابن أبي ليلى : يصح البيع ويبطل الشرط ، وقال الشافعي وأبو حنيفة يطلان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٠ - قال الشيخ : يجوز أن يتقابضا في مدة خيار المجلس وخيار الشرط معاً ، ويكون الخيار قائماً حتى ينقطع ، وبه قال الشافعي .
وقال مالك : يكره قبض الثمن في مدة الخيار .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٤١- قال الشيخ : خيار الشرط يجوز بحسب ما يتفقان عليه من المدة وان كثر ، وبه قال أبو يوسف وابن أبي ليلى .

وقال مالك : يجوز بقدر الحاجة ، فان كان المبيع ثوباً أو داراً أو نحو هذا يجوز يوماً ولا يزداد عليه ، وان كان قرية أو مالا ينقلب الا في المدة ، جاز الشهر والشهرين وقدر الحاجة .

وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يجوز الزيادة على ثلاثة أيام ويجوز أقل من ذلك . والمعتمد قول الشيخ ، لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « المؤمنون عند شروطهم »^(١).

مسألة - ٤٢ - قال الشيخ : قد بينا أن مازاد على الثلاث من الشرط صحيح وحكينا عن أبي حنيفة والشافعي أن ما زاد عليها باطل ، قالوا : فان خالفاً وشرطاً أكثر من ذلك كان البيع فاسداً عند الشافعي ، سواء اتفقا على اسقاط الزائد في مدة الخيار أم لا ، وبه قال زفر ، وكذا اذا اشترط أجلاً مجهولاً ، كقوله بعتك الى العطاء أو الحصاد وجذاد النخل كان فاسداً ، ولا يلحقه الصحة بعد هذا .

وقال أبو حنيفة : اذا اتفقا على اسقاط مازاد على الثلاث قبل انقضاء الثلاث صح العقد ، وان سكتنا حتى انقضت الثلاث بطل العقد ولا سبيل الى اسقاطه وهكذا الاجل اذا اتفقا على اسقاطه صح العقد .

وهذا الفرع ساقط عنا ، لصحة مازاد على الثلاث عندنا .

مسألة - ٤٣ - قال الشيخ : مدة خيار الشرط من حين التفرق بالابدان لامن حين العقد .

وللشافعي وجهان ، أحدهما مثل ما قلناه ، والاخر من حين العقد ، وهو المعتمد .

مسألة - ٤٤ - قال الشيخ : اذا تبايعا نهاراً وشرطاه الى الليل انقطع بدخول الليل ، وان تبايعا ليلاً وشرطاه الى النهار انقطع بطولوع الفجر الثاني ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان كان المبيع نهاراً مثل ما قلناه ، وان كان ليلاً لم ينقطع

(١) عوالمى اللثالى ٢٩٣/١ و ٢٧٥/٢ و ٢١٧/٣ .

بوجود النهار، وكان باقياً الى غروب الشمس، وهكذا ان قال الى الزوال أو الى وقت العصر اتصل الى الليل .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٥ - قال الشيخ : اذا اختار من له الفسخ في مدة الخيار ، كان له ذلك ولم يفتقر الى حضور صاحبه ، وهكذا فسخه بالعيب لا يفتقر الى حضور صاحبه وقبل القبض وبعده سواء ، والوكيل ليس له أن يفسخ بغير حضور موكله ، وكذلك الوصي ليس له أن يعزل نفسه .

وبه قال أبو يوسف والشافعي الا أنهما قالوا في الوصي والوكيل : لهما ذلك بنفوسهما من غير حكم حاكم .

وقال أبو حنيفة ومحمد : اذا اختار فسخ البيع في مدة خياره لا يصح الا بحضور صاحبه ، فاذا كان حاضراً لم يفتقر الى رضاه ، وهكذا فسخه بالعيب قبل القبض كالفسخ بخيار الشرط ، وان كان ذلك بعد القبض فلا يفسخ الا برضاها أو حكم الحاكم .

اما الوكيل فلا يصح حتى يفسخ موكله وأما الوصي فلا يملك أن يعزل نفسه وانما يعزله الحاكم بالخيانة ، أو بان يقر بالعجز فيعزله الحاكم .

قال الشيخ : دليلنا على مسألة الخيار أنه اذا ثبت الخيار ممن ادعى أنه يحتاج الى حضور صاحبه فعليه الدلالة ، وأما الوكيل والوصي فان وكالته ووصيته قد ثبتت ، ولا دليل على أن لهما الفسخ ، فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة .

والمعتمد قول الشيخ ، الا في الوكيل فان له فسخ الوكالة ، سواء كان موكله حاضراً أو غائباً ، نص عليه في المبسوط^(١) ، وكذلك العلامة في التحرير^(٢) نص

(١) المبسوط ٣٦٨/٢ .

(٢) التحرير ٢٣٢/١ .

عليه أيضاً ، واذا مسحها قال في المبسوط : ليس له ذلك بعد التصرف فيما وكل فيه ، ومثله قول العلامة في التحرير .

وقال في المختلف : والوجه عندي أنه يجوز للوكيل التصرف بالأذن السابق مالم يمنعه الموكل^(١) ، وهذا هو المعتمد .

مسألة - ٤٦ - قال الشيخ : اذا باع بشرط الخيار لاجنبي صح ذلك وقال أبو حنيفة : ولو قال بعثك على أن الخيار لفلان ، كان الخيار له ولفلان .

وقال أبو العباس : جملة الفقه في هذه المسألة اذا باعه بشرط الخيار لفلان ، نظرت فان جعل فلاناً وكيلا له في الامضاء والرد صح قولاً واحداً ، وان أطلق أو قال لفلان دوني ، فعلى قولين أحدهما يصح على ما شرط ، والثاني لا يصح ، وهو اختيار المزني .

والمعتمد قول الشيخ ، لعموم « المؤمنون عند شروطهم »^(٢).

مسألة - ٤٧ - قال الشيخ : اذا ثبت أن ذلك يصح كان الخيار لمن شرط ، فان شرط لاجنبي وحده كان له ، وان شرط لهما كان لهما ، وان أطلق للاجنبي كان له دونه . وللشافعي على قوله بالصحة للعاقد وجهان ، أحدهما يكون له فيكون لهما الخيار ، والثاني على ما شرط ولا يكون للموكل شيء ، ومنه أبي حنيفة أول وجهي الشافعي .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٨ - قال الشيخ : اذا باعه بشرط أن يستأمره فلاناً ، فليس له الرد حتى يستأمره .

وللشافعي وجهان ، أحدهما وهو ظاهر المذهب مثل ما قلناه ، والثاني له الرد

(١) المختلف ص ١٦٠ كتاب الديون وتوابعها .

(٢) عوالمى اللئالى ٢٩٣/١ و ٢٧٥/٢ و ٣١٧/٣ .

وان لم يستأمره .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٩ - قال الشيخ : اذا صح الاستيمار فليس له حد الا أن يشرط مدة معينة قلت أم كثرت . وللشافعي قولان ، أحدهما لا يصح حتى يشرط ، والثاني مثل ما قلناه من أنه يمتد ذلك أبداً .

والمعتمد اشتراط المدة ، وتبطل مع الاطلاق ، وهو مذهب العلامة في التحرير والمختلف .

مسألة - ٥٠ - قال الشيخ : اذا باع عبدين وشرط الخيار في أحدهما ، فان أبهم ولم يعين فالبيع باطل بلاخلاف لانه مجهول ، وان عين ثبت فيما عينه . وقال أبو العباس : على قولين : أحدهما يصح والآخر لا يصح . والمعتمد قول الشيخ ، لعموم « المؤمنون عند شروطهم » .

مسألة - ٥١ - قال الشيخ : اذا صح هذا البيع ، كان كل واحد منهما بالقسط من الثمن ، سواء قدر كل واحد منها ، فقال هذا بألف وهذا بألف ، أو اطلق فقال بعتكها بألفين .

وقال الشافعي الكل على قولين . وقال أبو حنيفة : ان قدر ثمن كل واحد منهما صح ، وان أطلق بطل . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٢ - قال الشيخ : روى أصحابنا أنه اذا اشترى عبداً من عبدين على أن للمشتري أن يختار أيهما شاء أنه جائز ولم يرووا في الثوبين شيئاً . وقال الشافعي : اذا اشترى ثوباً من ثوبين على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يصح البيع ، وكذا ثوباً من ثلاثة أو أكثر .

وقال أبو حنيفة : يصح اذا اشترى ثوباً من ثوبين على أن له الخيار ثلاثاً

والاستحسان يدل عليه ، ولا يجوز أن يشتري ثوباً من أربعة ، والقياس يدل على أنه لا يجوز ، وإذا باع بثمان من ثلاثة أثمان قال أبو بكر الرازي : لا يحفظ ذلك عن أبي حنيفة ، وينبغي أنه يجوز ، لأنه لا فرق بين الثمن والمثمن .

والمعتمد عدم الجواز في العبيد والثياب والثمن والمثمن ، لا شرطاً للتعين فيهما .
مسألة - ٥٣ - قال الشيخ : إذا هلك المبيع في مدة الخيار بعد القبض لا ينقطع الخيار ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : ينقطع .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٤ - قال الشيخ : إذا قال بعينه بألف ، فقال المشتري بعتك لم يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت أو قبلت .

وقال الشافعي : يصح وإن لم يقل ذلك . وقال أبو حنيفة : إن كان القبول بلفظ الخبر ، كقولته اشتريت منك أو ابتعت منك صح ، وإن كان بلفظ الأمر كقولته بعني فيقول بعتك ، لم يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك قبلت .

والأحوط قول الشيخ ، ولا بأس بتفصيل أبي حنيفة ، وهو تقديم القبول على الإيجاب ، وهو اختيار ابن البراج من أصحابنا واختاره العلامة في التحرير^(١) ، والشهيد في الدروس^(٢) .

مسألة - ٥٥ - قال الشيخ : إذا قال بعتك على أن تنقذي الثمن إلى ثلاث ، فإن لم تنقذي ، فلا بيع بيننا اصح البيع ، وبه قال أبو حنيفة .
وقال الشافعي : البيع باطل ، وهو المعتمد .

مسألة - ٥٦ - قال الشيخ : إذا دفع قطعة إلى البقلى أو إلى الشارب ، فقال : أعطني بقلاً أو ماء فاعطاه ، فإنه لا يكون بيعاً ، وكذلك سائر المحقرات ، وإنما

(١) تحرير الأحكام ١/١٦٤ .

(٢) الدروس ص ٣٣٤ .

يكون اباحة له ، فيتصرف كل واحد منهما فيما أخذه تصرفاً مباحاً من غير أن يكون ملكه، وفائدة ذلك أن البقلي اذا أراد أن يسترجع البقل وأراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعته كان لهما ذلك ، لان الملك لم يحصل لهما ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً، وان لم يحصل الايجاب والقبول، وقال ذلك في المحقرات دون غيرها .
والمعتمد قول الشيخ .

القول في خيار الغبن :

مسألة - ٥٧ - قال الشيخ : اذا اشترى فبان له الغبن فيه ، كان له الخيار اذا كان مما لم تجر العادة بمثله ، الا أن يكون عالماً بذلك، فيكون العقد ماضياً وقال الشافعي وأبو حنيفة : ليس له الخيار .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بحصول الضرر المنفي وخبر النهي عن تلقي الركبان ، وقد استقصينا البحث في هذه المسألة في شرح الشرائع فمن أراد العلم بها فليطلبها من هناك .

القول في بيع الدراهم :

مسألة - ٥٨ - قال الشيخ: بيع درهم بدرهمين ودينار بدينارين نسيئة لاخلاف في تحريمه وبيعه كذلك نقداً وموازنة ربا محرم ، وبه قال جميع الفقهاء .

وروى مجاهد عن عبدالله بن عباس وعبدالله بن الزبير وأسامة بن زيد وزيد بن أرقم جواز التفاضل نقداً، فجوزوا الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين وغير ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، وعليه اجماع الامة الان .

مسألة - ٥٩ - قال الشيخ : اذا ثبت تحريم التفاضل في الجنس ، فلا فصل بين المضروب بالمضروب والتبر بالتبر والمصوغ بالمصوغ ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة .

وقال مالك : اذا كان وزن الخلخال مائة وقيمه لاجل الصيغة مائة وعشرين فباعه بمائة وعشرين جاز أن يكون المائة بالمائة والعشرين مقابل الصيغة .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦٠ - قال الشيخ : الربا عندنا في كل مكيل وموزون سواء كان مطعوماً أو غير مطعوم وقال داود وأهل الظاهر الربا في الاجناس الستة : الذهب والفضة والحنطة والشعير والتمر والملح ، وغير ذلك لاربا فيه .

وقال أهل القياس كلهم : ان الربا يثبت في غير الاجناس الستة على اختلاف بينهم أن الربا فيما ذا يثبت .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٦١ - قال الشيخ : انما يثبت الربا بالنص لالعلة من العمل ، وعند أهل القياس انما يثبت لعلة . واختلفوا في علة الربا على أقوال متعددة ، أعرضنا عنها لطولها وخلوها عن الفائدة ، لان القياس عندنا باطل .

مسألة - ٦٢ - قال الشيخ : اذا باع مختلف الجنس مما فيه الربا كالطعام والتمر جاز بيع بعضه ببعض متماثلاً ومتفاضلاً ، ويجوز بيع الجنس ببعضه ببعض متماثلاً يبدأ بيد ويكره نسيئة ، فان تفرقا قبل القبض لم تبطل ، وبه قال أبو حنيفة .
وقال الشافعي : يبطل البيع اذا افترقا قبل القبض .

والمعتمد أن الثمن والمثمن ان اختلفا جنساً جاز اختلافهما قدرأ نقدأ ونسيئة الا الصرف فانه لا يصح فيه النسيئة ، وان اتفقا وجب اتفاقهما قدرأ نقدأ ان دخلهما

(١) تهذيب الاحكام ١٧/٧ .

الكيل أو الوزن والا فلا ، ولا يشترط التقابض في المجلس قبل التفريق ، ويكره بيع أحد المختلفين بالآخر نسيئة، وان تساويا قدرأ اذا دخلهما الكيل أو الوزن .
مسألة -٦٣- قال الشيخ: الحنطة والشعير جنس واحد في باب الربا، لا يجوز بيع بعضه ببعض الا مثلاً بمثل ، وبه قال مالك .

وقال أبو حنيفة والشافعي : هما جنسان يجوز بيعهما متفاضلا نقداً ولا يجوز نسيئة ، وهو مذهب ابن حنبل .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦٤ - قال الشيخ: الثياب بالثياب والحيوان بالحيوان، لا يجوز بيع بعضه ببعض نسيئة لامتماثلا ولا متفاضلا ، ويجوز ذلك نقداً ، وبه قال أبو حنيفة.
وقال الشافعي: يجوز نقداً ونسيئة، وروى ذلك في أخبارنا أيضاً وهو المعتمد وعليه أكثر أصحابنا .

ولافرق في البيع بين الحيوان بالحيوان أن يكونا صحيحين أو كسيرين أو بالتفريق وبه قال الشافعي .

وقال مالك: ان كانا كسيرين لا يصلحان لغير الذبح وكان مما يؤكل لحمه لا يجوز بيع بعضه ببعض ، وهو ضعيف .

مسألة - ٦٥ - قال الشيخ: الطين الذي يأكله الناس حرام لا يحل أكله ولا بيعه وقال الشافعي : يجوز ذلك ولاربا فيه .

والمعتمد تحريم أكله وجواز بيعه لغير الاكل ويدخله الربا حينئذ ان جرت العادة بكيله أو وزنه ، قاله صاحب الدروس .

مسألة - ٦٦ - قال الشيخ : الماء لاربا فيه ، وللشافعي وجهان .

والمعتمد قول الشيخ ، لعدم اشتراط الكيل والوزن في بيعه .

مسألة - ٦٧ - قال الشيخ : بيع الخبز بعضه ببعض يجوز اذا كانا من جنس

واحد متماثلاً ، وان كان من جنسين جاز متماثلاً ومتفاوتاً ، سواء كان يابساً أولياً .
وقال الشافعي : ان كان ليناً لا يجوز بيع بعضه ببعض لامتماثلاً ولا متفاوتاً ، وأما
اذا جف ودق الصحيح أنه لا يجوز ، ذكره في الام ، وقال في الحرملة : يجوز .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦٨ - قال الشيخ : لاربا في المعدودات ويجوز بيع بعضها ببعض
متماثلاً ومتفاضلاً نقداً ونسيئة .

وللشافعي قولان ، قال في القديم مثل ماقلناه ، وقال في الجديد : فيه الربا
اذا كان مطعوماً ، مثل السفرجل والرمان والبطيخ وما أشبه ذلك ، فعلى هذا يجوز
بيع جنس بجنس غيره متفاضلاً يداً بيد ، مثل رمانة بسفرجلتين ، وسفرجلة بخوختين
وما أشبه ذلك .

وأما الجنس الواحد ، فلا يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلين ، وهل يجوز
متساويين ؟ ينظر فان كان مما ييس وتبقى منفعته يابساً مثل الخوخ والمكثري ، فانه
لا يجوز الرطب بالرطب حتى ييبس ، وان كان مما لا ييبس مثل القثي وما أشبه ذلك
أو كان رطباً لا يصير تمرأ أو عنباً لا يصير زيباً ففيه قولان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٦٩ - قال الشيخ : يجوز بيع الطعام بالدقيق اذا كان من جنسه مثلاً
بمثل يداً بيد ، ولا يجوز نسيئة ، وان كان من غير جنسه جاز متماثلاً ومتفاضلاً .

وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز بيع الدقيق بالطعام لامتماثلاً
ولامتفاضلاً ، لا بالوزن ولا بالكيل . وقال أبو الطيب ابن سلمة من أصحاب الشافعي :
يجوز وذهب مالك والنخعي الى جوازه بالكيل ، وذهب أحمد والاوزاعي الى
جوازه بالوزن دون الكيل .

وقال أبو ثور : الحنطة ودقيقها جنسان يجوز بيع أحدهما بالآخر متماثلاً

ومتفاضلا .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧٠ - قال الشيخ: يجوز بيع الحنطة بالسويق منه وبالخبز وبالقالودج المتخذ من النشا مثلا بمثل . وقال الشافعي : لايجوز ذلك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧١ - قال الشيخ : يجوز بيع دقيق الحنطة بدقيق الحنطة ، ودقيق الشعير بدقيق الشعير مثلا بمثل .

وقال الشافعي : لايجوز . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك اذا تساويا في الكيل واللين والخشونة .

والمعتمد قول الشيخ ، لعموم « أحل الله البيع »^(١) .

مسألة - ٧٢ - قال الشيخ : يجوز بيع الدقيق بالسويق مثلا بمثل . وقال أبو يوسف ومالك : يجوز متماثلا ومتفاضلا . وقال الشافعي : لايجوز ، وبه قال أبو حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧٣ - قال الشيخ: يجوز بيع خل الزبيب بخل الزبيب ، وخل التمر بخل التمر . وقال الشافعي : لايجوز . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧٤ - قال الشيخ : يجوز بيع خل الزبيب بخل التمر متفاضلا ومتماثلا .

وقال الشافعي: فيه قولان، أحدهما يجوز اذا لم يعتبر الربا في الماء، والاخر لايجوز اذا اعتبر الربا في الماء .

والمعتمد قول الشيخ .

(١) سورة البقرة: ٢٧٥ .

مسألة - ٧٥ - قال الشيخ: لايجوز بيع مكيل بمكيل جزافاً ، سواء كان ذلك في السفر أو الحضر ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة .

وقال مالك : اذا كان في البدو يجوز بيع الصبرة بالصبرة بالتحري والحرز .
والمعتمد قول الشيخ ، للنهي عن بيع الغرر .

مسألة - ٧٦ - قال الشيخ : يجوز بيع الشيرج ببعضه ببعض متماثلاً يداً بيد ،
وبه قال أصحاب الشافعي الا ابن أبي هريرة ، فانه منع منه .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧٧ - قال الشيخ : يجوز بيع زيت الزيتون بزيت الفجل متفاضلاً
لانهما جنسان .

وللشافعي قولان ، أحدهما مثل ماقلناه لانهما جنسان ، والثاني لايجوز لانهما
يجمعهما اسم الزيت .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧٨ - قال الشيخ : دهن البرزوالسّمك فيه الربا . وقال الشافعي لاربا فيه .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة على أن كل مكيل أو موزون
فيه الربا ، وهذا اما يكال أو يوزن على عادة البلد .

مسألة - ٧٩ - قال الشيخ : عصير العنب والسفرجل والتفاح والرمان والقصب
يجوز بيع كل واحد منه ببعضه ببعض مثلاً بمثل ، نياً كان أو مطبوخاً ولايجوز
متفاضلاً .

وقال الشافعي : ان كان نياً مثل ماقلناه ، وان كان مطبوخاً لايجوز .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨٠ - قال الشيخ : العسل الذي فيه الشمع وهو الشهد ، يجوز بيع
بعضه ببعض مثلاً بمثل .

وقال الشافعي : لايجوز ، سواء كان الشمع فيهما أو في أحدهما .

والمعتمد قول الشيخ ، لعموم الآية .

مسألة - ٨١ - قال الشيخ : يباع العسل بالعسل وزناً دون الكيل ، وبه قال

الشافعي . وقال ابو اسحاق المروزي : يباع كيلا لان اصله الكيل .

والمعتمد قول الشيخ ، الا اذا جرت العادة بكيهه فيباع كيلا .

مسألة - ٨٢ - قال الشيخ : يجوز بيع مد من طعام بمد من طعام وان كان

في احدهما فضل وهو عقد التبن ، أو زوان وهو حب أصغر منه دقيق الطرفين أو

شيلم وهو معروف .

وقال الشافعي : لايجوز ذلك . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨٣ - قال الشيخ : الالبان أجناس مختلفة ، فلبن الغنم الاهلي جنس

واحد ، ولبن الغنم الوحشي وهو الظباء جنس آخر ، وكذلك لبن البقر الاهلي جنس

وان اختلفت أنواعها ، كالجواميس والعراب ، ولبن بقر الوحش جنس اخر ولبن

الابل جنس ولايوجد في الوحشي ابل .

وقال الشافعي : الالبان كلها جنس واحد ، وله قول آخر مثل ماقلناه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨٤ - قال الشيخ : يجوز بيع اللبن بالزبد متماثلا ولايجوز متفاضلا

وكذا اللبن الحليب بالدوغ وهو المخيض ، وكذا اللبن بالجبن والمصل والاقط

وكذا الزبد بالزبد وكذا الجبن بالجبن والمصل بالاقط بالاقط ، وكذا

يجوز بيع كل واحد منها بالآخر ، وكذا الزبد بالسمن وكذا الزبد بالمخيض ،

كل ذلك يجوز بيعه مثلا بمثل ولايجوز متفاضلا .

وقال الشافعي : في هذا كله لايجوز متماثلا ولامتفاضلا الا الزبد بالمخيض ،

فانه نص على جوازه . وقال أصحابه : الذي يجيء على قياس مذهبه أنه لايجوز .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨٥ - قال الشيخ : يجوز بيع مدمن تمر ودرهم بمدي تمر ومدمن حنطة ودرهم بمدي حنطة وهكذا اذا كان بدل الدرهم ثوباً أو خشبة أو شيئاً مما لا ربا فيه ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : جميع ذلك لا يجوز . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٨٦ - قال الشيخ : اذا باع شاة في ضرعها لبن بلبن كان جائزاً . وقال الشافعي : لا يجوز . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨٧ - قال الشيخ : اذا باع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن كان جائزاً ، وبه قال أبو الطيب بن سلمة من أصحاب الشافعي . قال باقي أصحابه : لا يجوز .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨٨ - قال الشيخ : القسمة تميز الحقين وليست بيعاً ، وللشافعي قولان أحدهما مثل ما قلناه ، والاخر انها بيع .

والمعتمد قول الشيخ ، ويتفرع على ذلك ثبوت الربا وعدمه ، ويتفرع عليه أيضاً جواز قسمة الثمرة على اصولها ، فعلى قول الشيخ يجوز بالخرص ، سواء كان فيها العشر أو لم يكن .

وللشافعي قولان اذا قال القسمة بيع لا يجوز ، لانه لا يجوز بيع ماعلى رؤوس النخل بالتمر ، واذا قال تميز الحقين فان كان مما لا يجب فيه العشر لا يصح القسمة لان الخرص لا يجوز فيه ، وان كان مما يجب فيه العشر يجوز القسمة ، لانه يجوز الخرص ليعرف مقدار حق الفقراء ويضمنه رب المال .

(١) تهذيب الاحكام ٩٤/٧ .

والمعتمد قول الشيخ ، لان القسمة تمييز .

مسألة - ٨٩ - قال الشيخ : لا يجوز بيع الرطب بالتمر ، وأما بيع العنب بالزبيب وتمرّة رطبة بيابسها ، مثل التين بالجاف والخوخ الرطب بالمفرد وما أشبه ذلك ، فلانص لأصحابنا فيه والأصل جوازه ، لان حملة على الرطب قياس ، ونحن لا نقول به .

وقال الشافعي وأحمد ومالك وأبو يوسف ومحمد : لا يجوز ذلك كله . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك كله .

والمعتمد عدم الجواز ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة - ٩٠ - قال الشيخ : يجوز بيع الرطب بالرطب ، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد . وقال الشافعي : لا يجوز .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩١ - قال الشيخ : الفجل المغروس في الأرض والشلجم اذا اشترى ورقه بشرط القطع أو بغير شرط ، أو أصله بشرط القلع أو التبقية ، فانه يجوز . وقال الشافعي : ان اشترى ورقه بشرط القطع جاز والا فلا ، ولا يجوز أن يشتري أصله على حال .

والمعتمد قول الشيخ في الورق ، وقول الشافعي في الاصول لحصول الغرر لانه غير مشاهد ولا موصوف ، وانما يصح بيعه بعد قلعه ومشاهدته .

مسألة - ٩٢ - قال الشيخ : اذا اشترى سلعة من غيره ولم يقبضها ، فهلكت في يد البائع ، فانها يهلك من ضمانه وينفسخ البيع ، ولا يجب تسليم الثمن ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة الا أنا نشترط أن يكون البائع لم يمكنه من التسليم ولم أجد لهم نصاً في ذلك .

وقال مالك : لا ينفسخ البيع ويكون من ضمان المشتري ، ويجب تسليم الثمن

الى البائع الا أن يكون طالبه بالتسليم، فلم يسلمه اليه حتى تلف ، فيجب عليه قيمته للمشتري ، وبه قال أحمد واسحاق .

والمعتمد أنه يتلف من مال البايع ، سواء مكثه من التسليم أولاً .

مسألة - ٩٣ - قال الشيخ : الدراهم والدنانير تتعينان ، فاذا اشترى سلعة بدراهم أو دنانير بعينها لم يجوز أن يسلم غيرها .

وقال أبو حنيفة: يجوز أن يسلم غير ما وقع عليه العقد والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩٤ - قال الشيخ : اذا ثبت أنهما يتعينان ، فاذا باع دراهم بدنانير أو العكس ، فخرج أحدهما زائفاً ، فان خرجت الدراهم رصاصاً أو الدنانير نحاساً كان البيع باطلاً ، وبه قال الشافعي وأكثر أصحابه .

وقال أبو علي الطبري من أصحابه ، ومن أصحابنا من قال : البيع صحيح ويخيرونه . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩٥ - قال الشيخ : اذا وجد بالدراهم عيباً من جنسه ، مثل أن يكون فضة خشنة أو ذهباً خشناً أو سكة مضطربة غير سكة السلطان ، هو بالخيار بين أن يرده ويسترجع ثمنه وليس له بدله ، فان كان العيب في الجميع كان له الخيار بين رد الجميع والرضاء به ، وان كان العيب بالبعض كان له رد الجميع أو الرضا بالجميع ، وليس له رد المعيب خاصة .

وقال الشافعي : له رد المعيب خاصة . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩٦ - قال الشيخ : اذا باع دراهم بدراهم أو دنانير بدنانير ، فوجد

بعضها عيباً من جنسها ، كان مخيراً بين الفسخ والرضا ، وان كان العيب من غير الجنس كان البيع باطلاً .

وقال أبو الطيب من أصحاب الشافعي : الامران عندي سواء والبيع باطل

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩٧ - قال الشيخ : اذا باع دراهم بدنانير في الذمة وتفرقا بعد أن تقابضا، ثم وجد أحدهما بما صار اليه عيباً من جنسه في الكل، كان له رده واسترجاع ثمنه ، وكان له الرضا به ، وان أراد ابداله بغير معيب كان له ذلك .

وبه قال أبو يوسف ومحمد وأحمد وأحد قولي الشافعي ، والقول الثاني ليس له ذلك ، ويبطل العقد . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩٨ - قال الشيخ : اذا باع مائة دينار جيداً أو مائة ردية بمائة دينار وسطاً كان ذلك جائزاً . وقال الشافعي : لا يجوز ذلك . والمعتمد قول الشيخ ، لانه لا فرق بين الجيد والردي .

مسألة - ٩٩ - قال الشيخ : يجوز بيع دينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين أو بدينارين قراضة ، ويجوز بيع درهم صحيح بدرهم مكسر . وقال الشافعي : لا يجوز ذلك . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠٠ - قال الشيخ : اذا باع سيفاً محلي بثمان من جنس المحلية، فان كان الثمن أكثر مما فيه من الذهب أو الفضة كان جائزاً، وان كان مثله أو المحلية أكثر لم يجز . وقال الشافعي : لا يجوز على كل حال .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الزائد يقابل النص فلا ربا حينئذ .

مسألة - ١٠١ - قال الشيخ : اذا باع السيف بغير جنس حليته، كان جائزاً على كل حال . وللشافعي قولان ، أحدهما الجواز ، والاخر عدمه . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠٢ - قال الشيخ : اذا باع خاتماً من فضة مع فضة بدراهم أكثر مما فيه من الفضة كان ذلك جائزاً ، وقال الشافعي : لا يجوز ذلك على كل حال . والمعتمد قول الشيخ ، لان الزائد يقابل النص .

مسألة - ١٠٣ - قال الشيخ : اذا كان مع انسان دراهم صحاحاً يريد أن يشتري

بها مكسرة أكثر منها وزناً ، فاشترى بالصحاح ذهباً ، ثم اشترى بالذهب مكسرة أكثر من الصحاح ، كان ذلك جائزاً بعد أن يتقابضا ويتفرقا بالابدان ، ولا فرق بين أن يكون ذلك مرة أو مراراً ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : ان كان ذلك مرة جاز ، وان تكرر لايجوز لانه يضارع الربا .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠٤ - قال الشيخ : اللحمان أجناس مختلفة ، وبه قال أبو حنيفة ، وللشافعي قولان ، أحدهما مثل ماقلناه ، وهو الصحيح عند أصحابه ، والآخر أنها جنس واحد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠٥ - قال الشيخ : قد بينا أن اللحمان أجناس مختلفة ، والسمك كلما يختص باسم فهو جنس ، وعلى قول الشافعي أن اللحمان جنس واحد ، اختلف قول أصحابه في السمك ، فنص الشافعي على أنها من جنس سائر اللحوم لان اسم اللحم يجمعها .

وقال أبو علي الطبري : من قال ان اللحمان جنس واحد استثنا الحيتان ، لان لها اسم أخص من اللحم وهو السمك ، فيكون الحيتان على هذا القول جنساً واحداً كالالبان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠٦ - قال الشيخ : يبيع اللحم صنف منه بعضه ببعض جائز مثلاً بمثل ، سواء كان رطباً أو يابساً ، ولايجوز أن يباع الرطب باليابس .

وقال أصحاب الشافعي : اذا قلنا ان اللحم صنف واحد او قلنا أصناف ، فباع الصنف الواحد منها بعضه ببعض ، فاما أن يكون في حال الرطوبة أو حال اليابس فان كان في حال الرطوبة ، فالذي نص عليه الشافعي أنه لايجوز .

وذكر أبو العباس بن سريج أن فيه قولاً آخر أنه يجوز ، قال الباقر : هذا غير مشهور . وان كان في حال اليبس فاما أن يكون تناهى بيبسه أو بقيت منه رطوبة فان بقيت فيه رطوبة ينقص باليبس ، فانه لايجوز بيع بعضه ببعض ، وان تناهى بيبسه ، فلايخلو اما أن يكون منزوع العظام أولاً ، فان كان منزوع العظم جاز قولاً واحداً ، وان كان فيه العظم قال ابو سعيد الاصطخري : يجوز وحكى عن ابي اسحاق أنه لايجوز .

والمعتمد قول الشيخ ، ولايشترط نزع العظام ، جزم به صاحب التحرير^(١) .
مسألة - ١٠٧ - قال الشيخ : يجوز بيع لحم مطبوخ بعضه ببعض ، وبيع المشوي بالمطبوخ ، وبيع المطبوخ أو المشوي بالنبي . وقال الشافعي : لايجوز ذلك كله .

والمعتمد قول الشيخ ، الابيع المشوي والمطبوخ بالنبي ، لانه ينقص بالطبخ وبالشوي .

مسألة - ١٠٨ - قال الشيخ : لايجوز بيع اللحم بالحيوان اذا كان من جنسه مثل لحم الشاة بالشاة ، ولحم البقر بالبقر ، فان اختلف لم يكن به بأس ، وبه قال مالك والشافعي .

وللشافعي في بيعه بغير جنسه قول انه لايجوز . وقال أبو حنيفة : يجوز .
وقول الشيخ هو المشهور عند أصحابنا ، وادعى عليه الاجماع . وقال ابن ادريس يجوز وان كان من جنسه اذا كان اللحم موزوناً ، واختاره العلامة في التحرير^(٢)

(١) تحرير الاحكام ١/١٧٠ .

(٢) تحرير الاحكام ١/١٧٠ .

واختار في القواعد^(١) والمختلف^(٢) مذهب الشيخ ، وهو أحوط وعليه الاكثر .
 مسألة - ١٠٩ - قال الشيخ : اذا باع لحماً مذكى بحيوان لا يؤكل لحمه كالحمار والبغل والبعيد لم يكن به بأس ، وللشافعي قولان ، واذا باع سمكة بلحم شاة أو بقرة أو حمار أو باع حيواناً بلحم سمك لم يكن به بأس ، وللشافعي قولان .
 والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١٠ - قال الشيخ : يجوز للمسلم أن يشتري من الحربي درهمين بدرهم ، ولا يجوز أن يبيعه درهمين بدرهم ، بل ينبغي أن يأخذ الفضل ولا يعطيه .
 وقال الشافعي : لا يجوز ذلك ، ولا فرق بين دار الحرب ودار الاسلام .
 وقال أبو حنيفة : يجوز للمسلم أخذ الفضل في دار الحرب دون دار الاسلام .
 والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١١ - قال الشيخ : من باع نخلاً بطلعه ، فان كان أبر الطلع فالثمرة للبائع ، الا أن يشترطها المشتري ، وان لم يكن أبر فهي للمشتري الا أن يشترطها البائع ، وبه قال الشافعي .
 وقال ابن أبي ليلى : الثمرة للمشتري ، سواء أبر أو لم يؤبر . وقال أبو حنيفة : هي للبائع أبر أو لم يؤبر .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٣) .

مسألة - ١١٢ - قال الشيخ : اذا أبر بعض البستان مثل نخلة واحدة ، لم يصر الباقي في حكم المؤبر ، فاذا باع البستان كان المؤبر للبائع وغير المؤبر للمشتري .

(١) قواعد الاحكام ١٤٠/١ .

(٢) مختلف الشيعة ص ١٧٧ كتاب التجارة .

(٣) تهذيب الاحكام ٨٧/٧ .

وقال الشافعي : يصير الجميع مؤبراً اذا أبر واحدة . وقال أصحابه : حكم جميع الثمار حكم النخل الا ابن خيران قال : التأبير لا يكون الا في النخل .

والمعتمد قول الشيخ ، ولاتأبير في غير النخل .

مسألة - ١١٣ - قال الشيخ : اذا باع نخلاً مؤبراً ، فقد قلنا ان الثمرة للبائع والاصل للمشتري ، فاذا ثبت هذا فلا يجب على البائع نقل هذه الثمرة حتى يبلغ ابان الجذاذ في العرف والعادة وكذا اذا باع الثمرة منفردة بعد بدو اصلاح وجب على البائع تركها الى اوان الجذاذ ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يلزمه قطعها وتفريغ النخل .

والمعتمد قول الشيخ ، قال : لان العادة جارية على أن الثمار لا تشتري الا على أن تأخذ في أوقاتها .

مسألة - ١١٤ - قال الشيخ : اذا باع داراً ولم يقل بحقوقها وفيها بناء وشجر لم يدخل في البيع .

وللشافعي ثلاثة أقوال، أحدها يدخل البناء والشجر في البيع وفي الرهن قال : لا يدخل الا اذا قال بحقوقها . والثاني قال بعض أصحابه : لا فرق بين الرهن والبيع ولا يدخل الا اذا قال بحقوقها مثل قولنا ، ومنهم من قال : لا يدخلان في الرهن الا اذا قال بحقوقها ، ويدخلان في البيع بمجرد العقد . والمعتمد عدم دخول البناء والشجر وان قال بحقوقها ، وهو اختيار صاحب الشرايع^(١) وصاحب القواعد^(٢) والمختلف^(٣) ، ولو قال : وما أغلق عليه بابها دخل الجميع .

مسألة - ١١٥ - قال الشيخ : اذا باع داراً وفيها رحاً مثبته وغلقت منصوب

(١) شرايع الاسلام ٢ / ٢٧ .

(٢) قواعد الاحكام ١ / ١٤٨ .

(٣) مختلف الشيعية ص ١١٣ كتاب التجارة .

دخل الرحا التحتاني والغلق في البيع بلاخلاف، وعندنا أن الرحا الفوقاني والمفتاح
يدخلان فيه .

وللشافعي وجهان ، أحدهما مثل ما قلناه ، والآخر لا يدخلان لانهما منفصلان.
والمعتمد عدم دخول الرحا لالتحتاني ولا الفوقاني ، وهو اختيار العلامة
في كتبه ويدخل المفاتيح .

مسألة - ١١٦ - قال الشيخ : الماء الذي في البئر مملوك لصاحب الدار .
وللشافعي وجهان ، أحدهما مثل ما قلناه ، والآخر ليس بمملوك .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١٧ - قال الشيخ : معدن الذهب يجوز بيعه بالفضة وبالعكس
وللشافعي وجهان ، أحدهما مثل ما قلناه ، والآخر لا يجوز .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١٨ - قال الشيخ : اذا باع أرضاً وفيها حنطة أو شعير مسن غير
اشترط الزرع ، فالزرع للبايع وعلى المشتري تبقيته الى أوان الحصاد ، وبه قال
الشافعي .

وقال أبو حنيفة : عليه نقله وتفريغ الارض .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١٩ - قال الشيخ : يجوز بيع الحنطة في سنبها مع الارض ومنفرداً
عن الارض ، وبه قال الشافعي في القديم ، وقال في الجديد : لا يجوز .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢٠ - قال الشيخ : اذا باع أرضاً فيها بذر مع البذر فالبيع صحيح
وللشافعي وأصحابه قولان ، أحدهما مثل ما قلناه ، والآخر يبطل البيع فيهما .
والمعتمد قول الشيخ ، ان كان الاصل في البيع الارض والبذر تابعاً ، وان

كان البذر أصلاً بطل البيع ، لجهالة بعض المبيع ، فيتجهل الجميع فيبطل البيع .
مسألة - ١٢١ - قال الشيخ : اذا باع ثمرة منفردة عن الاصل ، مثل ثمرة
النخل أو الكرم أو سائر الثمار ، فلا يخلو : اما أن يكون قبل بدو الصلاح أو بعده
فان كان قبله ، فلا يخلو : اما أن يبيع سنتين فصاعداً أو سنة واحدة ، فان كان الاول
جاز عندنا خاصة ، وخالف جميع الفقهاء .

وان كان الثاني فلا يخلو : اما أن يبيع بشرط القطع ، أو بشرط التبقية ، أو
يخلو عن الشرطين ، فان باع بشرط القطع جاز بالاجماع ، وان باع مطلقاً أو
بشرط التبقية بطل البيع ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد .

وقال أبو حنيفة : يجوز بشرط القطع ، ويجوز مطلقاً ويجب عليه القطع في
الحال ، ولا يجوز بشرط التبقية ، فحصل الخلاف في البيع المطلق . استدل الشيخ
على مذهبه باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

والمعتمد جواز البيع بعد الظهور وقبل بدو الصلاح سنة واحدة وان لم
يشترط القطع ، وهو اختيار الشيخ في كتابي الاخبار ، وبه قال المفيد وسلاو ابن
ادريس ، وصاحب الشرائع ، والعلامة والشهيد .

مسألة - ١٢٢ - قال الشيخ : اذا كانت الاصول لرجل والثمرة لرجل آخر
فباع الثمرة من صاحب الاصول ، لم يصح أيضاً بيعها قبل بدو صلاحها . وللشافعي
وجهان ، أحدهما عدم الجواز وهو القياس عندهم ، والاخر يجوز .
والمعتمد الجواز .

مسألة - ١٢٣ - قال الشيخ : اذا باع الثمرة بعد بدو صلاحها صح البيع ،
سواء كان مطلقاً أو بشرط القطع ، أو بشرط التبقية ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : لا يجوز بشرط التبقية ، ويجوز بشرط القطع ومطلقاً ويجبر

على القطع في الحال ، فلا فرق عنده بين البيع قبل بدو الصلاح وبعده .

مسألة - ١٢٤ - قال الشيخ : لا اعتبار بطلوع الثريا في بدو الصلاح ، بل الاعتبار بأنفسها في البلوغ أو التلون ، وبه قال الشافعي .

وقال بعض الناس : الاعتبار بطلوع الثريا ، لما رواه ابن عمر .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢٥ - قال الشيخ : اذا بدا صلاح بعض الجنس ، جاز بيع جميع ماكان في البستان من ذلك الجنس وان لم يبد صلاحه ، وكذا ان بدا صلاح بعض الثمار في بستان واحد ولم يبد صلاح نوع آخر فيه ، فانه يجوز بيع الجميع وان كان ذلك في بستانين ، فلا يجوز الا أن يبدو الصلاح في كل بستان اما في جميعه أو في بعضه .

وقال الشافعي : يعتبر في بعض الثمرة وان قل ، حتى لو وجد بسرة واحدة لكان الباقي من ذلك النوع في ذلك البستان تابعاً لها ، وجاز بيع الجميع من غير شرط القطع ، وهل يكون بدو الصلاح في نوع آخر من جنس واحد في بستان واحد ؟ وجهان ، احدهما نعم ، والثاني لا ، وهو الصحيح عندهم .

ولا يختلف مذهبهم ان بدو الصلاح في جنس لا يكون بدو الصلاح في جنس آخر ، هذا كله في بستان واحد . أما في بستانين ، فلا يتبع أحدهما الاخر فابداء الصلاح في نوع في بستان لا يجوز بيع ذلك النوع في بستان آخر اذا لم يبد فيه الصلاح . وقال مالك : يجوز ذلك .

والمعتمد ماقدمناه من جواز البيع قبل بدو الصلاح وعلى القول باشتراط بدو الصلاح فالمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢٦ - قال الشيخ : اذا باع من البطيخ والقثاء والباذنجان وما

أشبهه الحمل الموجود وما يحدث بعده من الاحمال دون الاصول كان البيع صحيحاً

وبه قال مالك .

وقال الشافعي : يبطل البيع . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٢٧- قال الشيخ : يجوز بيع الباقي الاخضر في قشر الاخضر الفوقاني ، وبيع الجوز واللوز وما أشبهه في القشر الفوقاني الاخضر على الارض وعلى الشجر منضمماً الى الشجر ومنفرداً عنه .

وقال الشافعي : كل ذلك لايجوز . وقال أبو العباس ابن القاص وابوسعيد الاصطخري من أصحابه : يجوز . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٢٨- قال الشيخ : يجوز بيع الحنطة في سنبلها ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي في القديم ، وقال في الجديد : لايجوز . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٢٩- قال الشيخ : اذا باع ثمرة بستان ، جاز أن يستثنى أرطالا معلومة ، وبه قال مالك .

وقال الشافعي وأبو حنيفة : لايجوز ، لان ذلك مجهول ، لان الثمرة مقدارها مجهول .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة -١٣٠- قال الشيخ : يجوز أن يبيع شاة ويستثنى رأسها أو جلدها سواء كان ذلك في سفر أو حضر ، ومتى باع كذلك كان شريكاً له بمقدار ما استثنى منه من الثمن .

وقال أبو حنيفة : لايجوز ذلك على كل حال . وقال مالك : لايجوز في الحضر ويجوز في السفر .

والمعتمد صحة البيع والشرط ان كان الحيوان مذبوحاً أو المقصود منه الذبح

والابطال البيع والشرط .

مسألة ١٣١- قال الشيخ : اذا باع ثمرة وسلمها الى المشتري ، والتسليم أن يخلي بينه وبينها ، فأصابها جائحة فهلكت أو هلك بعضها ، فلا يفسخ البيع وبه قال الشافعي في الام ، وقال في القديم : يفسخ .

وقال مالك : ان كان ذلك أقل من الثلث ، فهو من ضمان المشتري ، وان كان الثلث فصاعداً ، فهو من ضمان البائع .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ١٣٢- قال الشيخ : القبض في الثمرة على رؤوس النخل هو التخلية بينها وبين المشتري ، وللشافعي قولان أحدهما في الجديد مثل ماقلناه ، والاخر في القديم أنه النقل ، كما لو كانت على الارض .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ١٣٣- قال الشيخ : لا يجوز المحاقلة ، وهي بيع السنابل التي انعقد فيها الحب واشتد بحب من ذلك السنبل ، وروى أصحابنا أنه ان باع بحب من جنسه من غير ذلك السنبل فانه يجوز .

وقال الشافعي : لا يجوز بيعها بحب من جنسها على كل حال ، واليه ذهب قوم من أصحابنا ، وحكى عن مالك أنه قال : المحاقلة اكراء الارض للزرع بالحب . والمعتمد مذهب الشافعي ، وهو اختيار متأخري أصحابنا .

مسألة ١٣٤- قال الشيخ : المزابنة ببيع الثمرة على رؤوس النخل بتمر موضوع على الارض ، وهو محرم بلاخلاف ، ومن أصحابنا من قال : ان المحرم أن يبيع على الرؤوس بتمر منه ، فأما بتمر آخر فلا باس به .

والمعتمد التحريم ، سواء كان بتمر منه أو من غيره ، وهو المشهور عند الاصحاب .

مسألة ١٣٥- قال الشيخ : يجوز بيع العرايا ، وهي جمع عربية وهو أن

يكون لرجل نخلة في بستان لغيره أو داره ، فشق دخوله في البستان فيشترىها منه بخرصها تمرأ بتمر ويعجله له ، وبه قال مالك .

وقال الشافعي: يجوز بيع العرايا ، وهو بيع التمر على رؤوس النخل خرصاً بمثله من التمركيلا ، ويجوز فيما دون خمسة أوسق قولاً واحداً ، وفي خمسة أوسق على قولين ، ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق . وقال في الام : الغني والفقير المحتاج سواء . وقال في الاملاء : واختلاف الاحاديث لايجوز الالفقير وهو اختيار المزني .

وقال أبو حنيفة : لايجوز ذلك في القليل والكثير وهو ربا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وأخبارهم^(١) .

مسألة -١٣٦- قال الشيخ : اذا كان لرجل نخلة عليها ثمرة ولاخر نخلة مثلها فخرصاهما تمرين ، فلا يجوز بيع احدهما بالآخرى الا أن يكونا عربيين .
وللشافعي ثلاثة أقوال ، أحدها أنه يجوز ، والآخر لايجوز ، والثالث ان كان نوعاً واحداً لايجوز ، وان كانا نوعين يجوز .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٣٧- قال الشيخ : اذا قسرنا العرية بما تقدم ذكره ، فلا يجوز لاحد أن يبيع ثمرة بستانه نخلة نخلة مثل العرية .

وقال الشافعي : يجوز أن يبيع نخلة نخلة ، أو نخلتين نخلتين اذا كان دون خمسة أوسق .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٣٨- قال الشيخ : العرية لا يكون الا في النخل خاصة ، أما الكرم وشجر الفواكه ، فلا عرية فيها ، ولا يمكن أن يقاس ذلك ، لبطلان القياس عندنا .

وقال الشافعي: في العنب عرية كما في النخل قولاً واحداً، وله في سائر الأشجار قولان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٣٩- قال الشيخ : يجوز بيع ماعدا الطعام قبل أن يقبض .

وقال الشافعي : لايجوز ، ولا فرق بين الطعام وغيره . وقال أحمد: ان كان مكيفاً أو موزوناً لايجوز ، ويجوز في غيرهما .

وقال أبو حنيفة : ان كان مما ينتقل ويحول لايجوز بيعه قبل قبضه ، وان كان مما لاينتقل ولايحول كالعقارات جاز ذلك .

والمعتمد جواز بيع كل مبيع قبل قبضه ، لكنه يكره فيما يكال ويوزن وخصوصاً الطعام ، وهو اختيار متأخري أصحابنا .

مسألة -١٤٠- قال الشيخ : القبض فيما عدا العقار نقل المبيع الى مكان آخر ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : القبض هو التخلية في جميع الاشياء .

والمعتمد أن القبض في المنقولات التسليم باليد .

مسألة -١٤١- قال الشيخ: يجوز بيع الصداق قبل القبض، ويجوز بيع مال الخلع قبل قبضه ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : لايجوز . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٤٢- قال الشيخ : يجوز بيع الثمن قبل قبضه ، سواء كان معيناً أو في الذمة ما لم يكن صرفاً .

وقال الشافعي : المعين لايجوز قولاً واحداً ، وفي الذي في الذمة قولان .

والمعتمد قول الشيخ ، الا في الصرف فانه يجوز أيضاً ، نعم يشترط القبض

قبل التفرق ، فان تفرقا قبله بطل ، نص عليه صاحب المختلف^(١) .

مسألة -١٤٣- قال الشيخ : اذا قال لمن أسلم اليه : اذهب الي من أسلمت اليه واكتل منه الطعام لنفسك ، فذهب واكتاله لم يصح قبضه بلا خلاف .
ولو قال: احضر اكتبالي منه حتى أكتاله لك، فحضر معه حتى اكتاله له، لم يجز أيضاً بلاخلاف، وان قال : احضر معي حتى أكتاله لنفسي ثم تأخذه أنت من غير كيل ، فان رضي باكتاله لنفسه، كان ذلك عندنا جائزاً ، ولايجوز عند الشافعي واذا اكتاله لنفسه ويتركه ولايفرغه ويكون ما عليه مكبلاً واحدا فكاله عليه جاز عندنا، وللشافعي وجهان. وان اكتاله المشتري منه ثم فرغه وكاله كيلاً مستأنفاً على من باع منه ، كان القبضان جميعاً صحيحين بلاخلاف .
واعلم أن هذه المسألة مبنية على جواز بيع الطعام قبل قبضه وعدمه ، وقد سبق أن المعتمد في ذلك الجواز على كراهية .

مسألة -١٤٤- قال الشيخ: اذا كان لرجل على غيره قفيز طعام من جهة السلم والذي عليه الطعام من جهة السلم له على غيره طعام من جهة القرض، فطالب المسلم اليه بالطعام ، فأحاله على من له عليه من جهة القرض كان جائزاً ، وكذا لو كان الطعام الذي له قرضاً والذي عليه سلماً . وقال الشافعي في المسألتين: لايجوز ان . والمعتمد الجواز مطلقاً .

مسألة -١٤٥- قال الشيخ : اذا كان الطعامان قرضين ، يجوز الحوالة بلا خلاف ، واذا كانا سلمين يجوز عندنا ، وعند الشافعي لايجوز ، وفي أصحابه من قال : لايجوز لو كانا قرضين ، وهو ضعيف عندهم .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٤٦- قال الشيخ: اذا انقطع المسلم فيه لم يفسخ البيع، وللشافعي

(١) مختلف الشيعة ص ٢١٦ كتاب التجارة .

قولان أحدهما ينفسخ ، والاخر له الخيار بين الفسخ والصبر الى قابل .
وهذا هو المعتمد ، نص عليه العلامة والشهيد ، قال الشهيد : وليس الخيار
فورياً بخلاف خيار الغبن .

مسألة - ١٤٧ - قال الشيخ : اذا باع طعاماً قفيزاً بعشرة دراهم مؤجلة ، فلما حل
الاجل أخذ بها طعاماً ، جاز ذلك ان اخذ مثله ، فان زاد لم يجز .
وقال الشافعي : يجوز على القول المشهور ولم يفصل ، وبه قال بعض أصحابنا
وقال مالك : لا يجوز ولم يفصل .

والمعتمد الجواز ، وهو المشهور عند اصحابنا . قال الشيخ : دليلنا اجماع
الفرقة وأخبارهم ، ثم قال : والقول الاخر الذي لاصحابنا قوي ، لانه يبيع طعام
بدراهم في العقدین مما لا يبيع طعام بطعام ، فلا يحتاج الى اعتبار المثلية .

القول في التصرية :

مسألة - ١٤٨ - قال الشيخ : التصرية تدليس يثبت به الخيار للمشتري بين
الرد والامساك ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد . وقال أبو حنيفة : لا خيار له .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ١٤٩ - قال الشيخ : مدة الخيار في التصرية ثلاثة أيام ، مثل الخيار
في سائر الحيوان .

واختلف أصحاب الشافعي ، فقال أبو اسحاق : قدر الثلاثة الموقوف على
التدليس ومعرفة عيب التصرية ، وقال أبو علي بن أبي هريرة الثلاثة اذا شرط الخيار
فيه ، وخيار التصرية على الفور ، ومنهم من قال : اذا وقف على خيار التصرية
فيما دون الثلاث كان له الخيار في بقية الثلاث للسنة ، ذهب اليه أبو حامد المروزي

(١) عوالى اللئالى ٢١٩/١ ، برقم : ٨٧ .

ونص عليه الشافعي في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى .
 والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة على ثبوت الخيار في الحيوان
 ثلاثة أيام ، شرط أو لم بشرط ، فعلى هذا يكون خيار التصرية هو الخيار الثابت
 للحيوان، وعلى قول العلامة هو غيره، لأنهم لم يشترطوا خيار الحيوان بدون الشرط.
 مسألة - ١٥٠ - قال الشيخ: عوض اللبن الذي عليه صاع من تمر أو صاع
 من بر ، على مانص النبي ﷺ عليه .

واختلف أصحاب الشافعي، قال أبو العباس بن سريج: يرد في كل بلد من
 غالب قوته ، وقال أبو اسحاق المروزي : الصاع من التمر هو الاصل ، وينظر
 في المحنطة فان كانت اعلى منه وأكثر ثمناً جاز ، وان كان دونه لم يجز ، وان كان
 في موضع لا يوجد فيه التمر وجب قيمة الصاع التمر بالمدينة ، وان كان في بلد
 يوجد الا أن ثمنه كثير يأتي على ثمن الشاة أو على أكثره قوم بقيمة المدينة
 ومنهم من قال: التمر هو الواجب، وأن اتى على قيمة الشاة للسنة، وهو الصحيح
 أو البر الذي ثبت أنه عوض عنه .

استدل الشيخ على مذهبه هنا باجماع الفرقة وأخبارهم .
 والمعتمد أن اللبن ان كان موجوداً رده، فان زال وصفه حتى الطراوة رده مع
 الارش ، فان فقد فالمثل ، فان فقد فالقيمة السوقية ، وهو مذهب الشيخ في
 النهاية وابن البراج وابن ادريس ومتأخري الاصحاب .

مسألة - ١٥١ - قال الشيخ : التصرية في البقرة مثل التصرية في الناقة والشاة
 وبه قال الشافعي . وقال داود : لا يجوز رد البقرة .
 والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٥٢ - قال الشيخ: اذا صرى جارية وباعها لم يثبت له الخيار لمكان

التصرية .

وللشافعي ثلاثة أوجه، أحدها تثبت التصرية ، والثاني لاثبت، والثالث يردها ولايرد عندها صاعاً من تمر . وقال ابن الجبير : المصرة من كل حيوان آدمي وغيره .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٥٣ - قال الشيخ : اذا صرى اتاناً ، فلايثبت خيار التصرية .

وقال أصحاب الشافعي : له ردها ، أما رد الصاع فمبنى على طهارة لبنها فقال أبو سعيد الاصطخري : لبنها طاهر ، وقال باقي الفقهاء : لبنها نجس ، فمن قال هو طاهر قال يرد الصاع ، ومن قال هو نجس قال لايرد شيئاً .
والمعتمد قول الشيخ ، ولبنها طاهر ، وعليه اجماع الفرقة .

مسألة - ١٥٤ - قال الشيخ : اذا اشترها مصرة ، وزال تصريحها وصار اللبن عادة لجودة المرعى لم يثبت الخيار .

وللشافعي وأصحابه قولان ، أحدهما مثل ماقلناه ، وهو الاقوى عندهم ، والآخر لايسقط الخيار وهو ضعيف ، قال : وعندني ان هذا الوجه قوي لمكان الخبر .
والمعتمد سقوط الخيار بزوال التصرية قبل انقضاء الثلاثة أيام .

مسألة - ١٥٥ - قال الشيخ : اذا حصل للمبيع فائدة من نتاج أو ثمرة بعد القبض ، ثم ظهر فيه عيب كان فيه قبل العقد ، كان ذلك للمشتري ، وبه قال الشافعي .
وقال مالك : يرد الولد مع امه ، ولايرد الثمرة مع الاصول . وقال أبو حنيفة : يسقط رد الاصل .

والمعتمد قول الشيخ اذا كانت الفائدة بعد العقد وان كان قبل القبض ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٥٦ - قال الشيخ : اذا اشترى حيواناً حاملاً ، فولد في ملك المشتري بعد القبض ، ثم وجد به عيباً كان قبل البيع ، ردها ورد الولد معها .

والمشافعي قولان، أحدهما مثل ماقلناه اذا قال للولد قسط من الثمن، والاخر لايرد الولد ، لان الحمل ليس له قسط من الثمن .

والمعتمد قول الشيخ، قال: لان عقد البيع اشتمل على جارية حامل، فالحمل داخل في الثمن ، فاذا أراد الرد رد جميع المبيع .

مسألة - ١٥٧ - قال الشيخ : اذا اشترى جارية حاملا ، فولدت في ملك المشتري عبداً مملوكاً ، ثم وجد في الام عيباً ، فانه يرد الام دون الولد .

والمشافعي قولان ، أحدهما مثل ماقلناه ، وهو الاصح عندهم ، والثاني يردهما معاً ، لانه لايجوز أن يفرق بين الولد وأمه قبل بلوغ سبع سنين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٥٨ - قال الشيخ : اذا اشترى جارية فوطئها، ثم علم بعد الوطء أن بها عيباً ، لم يكن له ردها وله الارش ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي ومالك : له ردها، ولايجب عليه مهرها ان كانت ثيباً، وان كانت بكرأ لم يكن له ردها .

والمعتمد قول الشيخ ان كان العيب غير الحبل ، وان كان العيب الحبل جاز ردها، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة - ١٥٩ - قال الشيخ: اذا حدث في المبيع عيب في يد البايع، كان للمشتري الرد والامساك، وليس له اجازة البيع مع الارش ، ولايجبر البايع على بذل الارش بلاخلاف، فان تراضيا على الارش جاز ، وبه قال ابن سريج، وظاهر مذهب الشافعي أنه لايجوز .

والمعتمد أن له اجازة البيع مع الارش ، وهو مذهب الشيخ في النهاية^(٢)

(١) تهذيب الاحكام ٦٢/٧ .

(٢) النهاية ص ٣٩٢ .

وابن البراج وسلار والعلامة وفخر الدين .

مسألة - ١٦٠ - قال الشيخ: اذا اشترى نفسان من انسان عبداً أو جارية، وقبضها ووجدا بها عيباً، كان لهما الرد اجماعاً ، وان أراد أحدهما أن يرد نصيبه وأراد الآخر امساكه ، لم يكن لمن أراد الرد أن يرد حتى يتفقا ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : له أن يرد نصيبه .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو المشهور عند الاصحاب .

مسألة - ١٦١ - قال الشيخ : اذا اشترى عبدين صفقة ، ثم وجد في أحدهما عيباً ، لم يجز له أن يرد المعيب دون الصحيح ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : له ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٦٢ - قال الشيخ : اذا قال واحد لاثنين : بعثكما هذا العبد بألف فقال أحدهما : قبلت نصفه بخمسائة ورد الآخر لم ينعقد ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : ينعقد في حصته ، سواء قبل صاحبه أو رده . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٦٣ - قال الشيخ : اذا اشترى جارية رأى شعرها جعداً ، ثم وجده سبطاً لم يكن له الخيار ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : له الخيار . والمعتمد ان اشترط الجعودة في العقد ، فظهرت بخلاف ذلك ثبت الخيار والافلا .

مسألة - ١٦٤ - قال الشيخ : اذا بيض وجهها ثم اسمر ، أو حمر خديها بالدمام وهو الكلكون ثم اصفر ، لم يكن له الخيار .

وقال الشافعي : له الخيار ، وهو المشهور عند أصحابنا ، اختاره ابن البراج

وابن ادريس والعلامة ، وهو المعتمد لانه تدليس .

مسألة - ١٦٥ - قال الشيخ : اذا اشترى جارية على أنها بكر فبانت ثيباً ، روى أصحابنا أنه ليس له الرد . وقال الشافعي : له الرد .

والمعتمدان اشترط البكارة وعلم سبق الثوبه على العقد ثبت الخيار، وان لم يعلم فلاختيار ، وهو اختيار العلامة في المختلف^(١).

مسألة - ١٦٦ - قال الشيخ : اذا اشترى عبداً على أنه كافر ، فبان مسلماً ، لم يكن له الخيار ، وبه قال المزني .

وقال أصحاب الشافعي : له الخيار ، وهو مذهب العلامة ، لكثرة الطالب من المسلمين وغيرهم وعدم تكليفه ، وهو المعتمد .

مسألة - ١٦٧ - قال الشيخ : اذا اشترى عبداً أو أمة فوجدهما زانين ، لم يكن له الخيار .

وقال الشافعي : له الخيار ، وهو مذهب العلامة والشهيد ، وهو المعتمد ، لان ذلك نقص .

مسألة - ١٦٨ - قال الشيخ : اذا اشترى عبداً يبول في الفراش لا يثبت فيه الخيار ، سواء كان صغيراً أو كبيراً .

وقال الشافعي : يثبت في الكبير دون الصغير . وقال أبو حنيفة : يثبت في الجارية دون العبد .

والمعتمد مذهب الشافعي ، وهو اختيار العلامة والشهيد .

مسألة - ١٦٩ - قال الشيخ : اذا كان العبد غير مختون ، فلاختيار فيه ، صغيراً كان أو كبيراً .

وقال الشافعي : يثبت الخيار في الكبير دون الصغير ، وهو المعتمد .

مسألة - ١٧٠ - قال الشيخ : اذا اشترى جارية فوجدها مغنية ، لم يكن له

(١) مختلف الشيعة ص ١٩٤ كتاب التجارة .

الخيار ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : له الخيار .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٧١ - قال الشيخ: اذا اشترى عبداً فقتله ، ثم علم أنه كان به عيب كان له الرجوع بالارش ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : ليس له ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، لان التصرف لا يوجب سقوط الارش .

مسألة - ١٧٢ - قال الشيخ : اذا اشترى شيئاً وقبضه ، ثم وجد به عيباً سابقاً على البيع ، ثم حدث عند المشتري عيب آخر لم يكن له رده ، الا أن يرضى البايع ، ويكون له الارش ان امتنع البايع من قبوله معيباً ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو ثور: له رده ويرد معه أرش العيب . وقال مالك وأحمد: المشتري بالخيار بين أن يرده ويرد أرش العيب الحادث عنده ، وبين أن يمسكه ويرجع على البايع بأرش العيب القديم .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو المشهور عند أصحابنا ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ١٧٣ - قال الشيخ : اذا اشترى عبدين ووجد بهما عيباً ثم مات أحدهما لم يثبت له الخيار في الباقي وكان له الارش .

وللشافعي قولان ، أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني له رده اذا قال بتفريق الصفقة ويرده بحصة من الثمن .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٧٤ - قال الشيخ : اذا أراد أن يرد المبيع بالعيب ، جاز له فسخ البيع بغية البايع وحضرته قبل القبض وبعده ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان كان قبل القبض يجوز أن يفسخ بحضرة البايع ، ولا

(١) تهذيب الاحكام ٦٠/٧ .

يجوز في غيبته، وان كان بعد القبض لايجوز الابعضوره ورضاه أو حكم الحاكم .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٧٥- قال الشيخ: اذا باع ما يكون مأكوله في جوفه بعد كسره من البيض والعجوز واللوز ، فليس للمشتري رده ، وله الارش بين قيمته صحيحاً وفسداً .

وللشافعي ثلاثة أقوال على ما قاله أبو اسحاق في الشرح ، أحدها مثلما قلناه والثاني يرده ولايرد معه شيئاً، والثالث يرده ويرد معه أرش النقص الذي حدث في يده .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٧٦- قال الشيخ: اذا اشترى ثوباً ونشره فوجد به عيباً ، كان النشر ينقص في ثمنه مثل الشاهجاني المطوي على طاقين لم يكن له الرد، وقال أصحاب الشافعي: ان كان مما لايمكن الوقوف عليه الا بالنشر ، فعلى الخلاف الذي بينهم ومنهم من يسوى بين القليل والكثير، وفيه الاقوال الثلاثة التي في المسألة الاولى .
واستدل الشيخ بأنه قد تصرف بالمبيع، والتصرف يمنع من الرد، وهو المعتمد .

مسألة -١٧٧- قال الشيخ: اذا كان لرجل عبد فجنى، فباعه مولاه من غير اذن المجنى عليه ، فان كانت جنايته توجب القصاص، فلايصح بيعه ، وان كانت جنايته توجب الارش صح بيعه اذا التزم مولاه الارش .

وللشافعي قولان ، أحدهما يصح بيعه ، وهو اختيار المزني وأبي حنيفة ولم يفصلوا ، والثاني لايصح ولم يفصلوا .

والمعتمد صحة البيع مطلقاً ، فان كانت الجناية عمداً كان البيع مراعى ، فان قتل أو استرق بطل البيع وان عفى الولي أو صالح على مال التزمه المالك صح البيع ، وان كانت الجناية خطأ أو شبيهه عمد، صح البيع وضمن المولى أقل الامرين

من القيمة ودية الجنائية .

فان امتنع كان للمجنني عليه أو وليه انتزاع العبد فيبطل البيع وكذا لو كان المولى معسراً ، وللمشترى الفسخ مع الجهالة لتزاول ملكه ما لم يفده المولى .
مسألة - ١٧٨ - قال الشيخ : اذا باع ذهباً بفضة ومع أحدهما عرض ، مثل أن باعه دراهم وثوباً بذهب أو العكس ، فهو بيع وصرف ، فانهما يصحان معاً ، وبه قال أبو حنيفة .

وللشافعي قولان ، أحدهما يصحان ، والاخر يبطلان .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٧٩ - قال الشيخ : اذا باعه ثوباً بذهب ، أو باعه ثوباً بفضة بدراهم فان كان الثوب مع أقلهما وزناً صح ، وان تساويا التقدان في الوزن لم يصح .
وقال الشافعي : يبطلان قولاً واحداً . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٨٠ - قال الشيخ : اذا قال لعبدك بعثك عبدي هذا وكاتبك بألف ، فالبيع باطل بلا خلاف ، ويصح الكتابة عندنا .
وللشافعي قولان بناءً على تفريق الصفة .

والمعتمد صحة البيع والكتابة معاً . قال صاحب القواعد : ولو جمع بين الكتابة وغيرها من المعاوزات كالبيع والاجارة والنكاح صح وان اتحد العوض ، وكذا قال غيره من غير تردد .

مسألة - ١٨١ - قال الشيخ : اذا قال بعني هذا الثوب وتخيظه لي بألف ، أو قال بعني هذه الحنطة وتطحنهما لي بألف ، أو قال بعني هذه القلعة وتحذوها لي جميعاً بدينار ، فهو كالكتابة يصح جميع ذلك . وللشافعي قولان .

والمعتمد صحة البيع والشرط .

مسألة - ١٨٢ - قال الشيخ : اذا قال زوجتك بنتي هذه وبعثك عبدها هذا بألف

أو قال زوجتك بنتي هذه ولك هذا الالف بعبك هذا ، فهذا بيع ونكاح فإنيهما
تصحان وتقسط الثمن عليها بالحصه .

وللشافعي قولان ، أحدهما تصحان ، والآخر يبطلان . والمعتمد قول الشيخ .
مسألة - ١٨٣ - قال الشيخ : اذا قال زوجتك بنتي ولك هذا الالف بألفين ،
صح البيع والمهر معاً ، ويكون صرفاً ونكاحاً .

وقال الشافعي : يبطلان قولاً واحداً ، وذلك أنه فضة وبضع بفضة ، فهو كمالو
باعه ثوباً وفضة بفضة .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٨٤ - قال الشيخ : اذا ملك السيد لعبده شيئاً ملك التصرف فيه
ولا يملكه .

وللشافعي قولان ، قال في القديم : يملك اذا ملكه سيده ، وقال في الجديد :
لا يملك ، وبه قال أكثر أهل العراق وقال داود : يملك وان لم يملكه سيده .
والمعتمد أن العبد لا يملك شيئاً ألبتة .

مسألة - ١٨٥ - قال الشيخ : اذا كان مع العبد مائة درهم فباعه بمائة درهم
لم يصح البيع ، فان باعه بمائة ودرهم صح ، وبه قال أبو حنيفة ، وللشافعي قولان .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٨٦ - قال الشيخ : اذا كان ماله ديناً فباعه وماله صح البيع .
وقال الشافعي : لا يصح ، لان بيع الدين لا يصح . والمعتمد قول الشيخ .
مسألة - ١٨٧ - قال الشيخ : اذا باع عبده ومالا ، ثم علم بالعيب وما حدث
عنده عيب ، كان له رده والمال معه ، وبه قال الشافعي . وقال داود : يرده دون المال .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٨٨ - قال الشيخ : من باع شيئاً وبه عيب لم يبينه فعل محظوراً ،

وكان للمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء ، وبه قال الشافعي . وقال داود : البيع باطل .

والمعتمد قول الشيخ ، وانما يفعل محظوراً اذا كان العيب خفياً ، أما لو كان ظاهراً فلا .

مسألة - ١٨٩ - قال الشيخ : من اختلط ماله الحلال بالحرام ، فالشراء منه مكروه وليس بمحرم اذا لم يعلم الحرام بعينه ، سواء كان الحرام أقل أو أكثر أو تساويا وبه قال الشافعي .

وقال مالك : ان كان الحرام أكثر حرم الجميع ، وان كان الحلال أكثر فهو حلال .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٩٠ - قال الشيخ : اذا باع عبداً أو حيواناً أو غيرهما من المتاع بالبراءة من العيوب ، صح العقد وبرىء من كل عيب ، ظاهراً كان أو باطناً ، علمه أو لم يعلمه ، وبه قال أبو حنيفة .

وللشافعي ثلاثة أفعال ، أحدها مثل ما قلناه ، والثاني لا يبرىء من شيء من العيوب بحال ، وبه قال ابن حنبل ، والثالث لا يبرأ الا من عيب واحد ، وهو عيب بباطن الحيوان اذا لم يعلمه ، وبه قال مالك ، فان كان المبيع غير الحيوان ، فلمالك فيه قولان : أحدهما يبرأ على كل حال ، والثاني لا يبرأ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٩١ - قال الشيخ : اذا اشترى ثوباً فصبغته ، ثم علم أنه كان به عيب كان له الرجوع بأرش العيب الا أن يرضي البايع أن يقبله مصبوغاً ، فيضمن قيمة الصبغ ، فيكون المشتري بالخيار بين امساكه بغير أرش ، وبين رده وأخذ قيمة الصبغ ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : المشتري بالخيار بين امساكه والمطالبة بالارش ، وبين دفعه الى البائع واخذ قيمة الصبغ ، وهذا هو المعتمد .

مسألة - ١٩٢ - قال الشيخ : اذا اشترى ثوباً فقطعه وباعه أو صبغه ، ثم باعه ثم علم بالعيب ، فليس له المطالبة بالارش ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : اذا قطعه مثل ماقلناه ، واذا صبغه قال له المطالبة .

والمعتمد جواز المطالبة مطلقاً ، لان التصرف يمنع من الرد ولا يمنع من الارش .

مسألة - ١٩٣ - قال الشيخ : اذا وكل وكيلاً يبيع عبدآله فباعه ، فظهر عيب عند المشتري ، فطالب الوكيل فأنكر أن يكون العيب به قبل القبض ، فالتقول قوله وعليه اليمين ، فان حلف سقط الرد ، وان نكل رددنا اليمين على المشتري ، فان حلف رده على الوكيل ، فاذا رده عليه لم يكن له رده على الموكل ، لانه عادليه باختياره وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : اذا نكل الوكيل عن اليمين حكمنا عليه بالنكول ورددنا العبد عليه وكان له رده على موكله .

والمعتمد قول الشيخ ، وهذه المسألة مبنية على أن اليمين المردودة بالنكول هل هي كالبينة أو كإقرار الخصم ؟ فعلى الاول يردده على الموكل ، لانه لورده على الوكيل باقامة البينة على سبب العيب رده الوكيل على الموكل قطعاً ، وعلى الثاني لا يردده لماقاله الشيخ ، لانه رد عليه باختياره .

مسألة - ١٩٤ - قال الشيخ : اذا ادعى عمرو عبداً في يد زيد وأقام البينة أنه له اشتراه من زيد ، وأقام زيد البينة أنه له اشتراه من عمرو ، فالبينة بينة الخارج وهو عمرو ، وبه قال محمد .

وقال أبو حنيفة والشافعي البينة بينة الداخل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بقوله « البينة على المدعي واليمين على

المنكر»^(١).

مسألة - ١٩٥ - قال الشيخ : اذا اشترى رجلان من رجل عبداً صفقة ، ثم غاب أحد المشتريين قبل القبض وقبل دفع الثمن ، فللحاضر أن يقبض بقدر حصته ويعطي ما يخصه من الثمن ، وله أن يدفع كل الثمن نصفه عنه ونصفه عن شريكه فاذا فعل فانما له قبض نصيبه دون نصيب شريكه ، فاذا عاد شريكه كان له قبض نصيبه من البايع ، وليس لشريكه الرجوع عليه بما قبض عنه من الثمن ، وبه قال الشافعي وأصحابه .

وخالف أبو حنيفة في المسائل الثلاث ، فقال : ليس للحاضر أن ينفرد بقبض نصيبه بدفع نصيبه من الثمن وقال : للحاضر أن يدفع جميع الثمن عن نفسه وعن شريكه ، فاذا دفع كان له كل العبد فاذا حضر الغائب كان للحاضر أن يرجع عليه بما قضى عنه من الثمن .

والمعتمد قول الشيخ ، جزم به العلامة في التحرير^(٢).

مسألة - ١٩٦ - قال الشيخ : الاستبراء واجب على البايع في الجارية والمشتري معاً ، وبه قال الثوري والنخعي .

وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ومالك : الاستبراء مستحب للبايع واجب على المشتري ، وقال عثمان البتي : الاستبراء واجب على البايع مستحب للمشتري استدلت الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

والمعتمد وجوب الاستبراء على البايع وعلى المشتري ، ويسقط عن المشتري مع علمه باستبراء البايع ، وبأخباره بالاستبراء اذا كان ثقة ، ولم يسقطه ابن ادريس

(١) عوالمى اللئالى ١ / ٢٤٤ و ٢٥٣ و ٢٥٨ / ٣٥٣ و ٥٢٣ .

(٢) التحرير ١ / ١٧٦ .

بحال ، ولا يحرم قبله غير الوطىء ، ولا يحرم مقدماته ، قاله الشهيد فى دروسه^(١) والعلامة فى باب عدة الاماء من التحرير^(٢)، وقال فى باب بيع الحيوان منه : ويحرم عليه وطؤها قبلها وغيره وتقبيلها ولمسها بشهوة حتى يستبرأها^(٣). وهو مذهب المبسوط .

مسألة - ١٩٧ - قال الشيخ : اذا حاضت الجارية فى مدة الخيار عند المشتري ، جاز ان يعتمد به فى الاستبراء ويكفيه ذلك .
وقال الشافعي : ان كان الخيار للبايع أولهما لا يعتد به ، وان كان للمشتري وحده ، فهو مبني على أقواله الثلاث فى انتقال الملك .
والمعتمد انتقاله بالعقد ، فيسقط هذا الفرع .

مسألة - ١٩٨ - قال الشيخ : الاستبراء عند المشتري ، سواء كانت جميلة أو قبيحة، ولا تجب المواضعة، وهي جعلها عند ثقة حتى يستبرأ ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال مالك : ان كانت قبيحة مثل ما قلناه وان كانت حسنة وجب وضعها عند ثقة حتى تستبرأ .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٩٩ - قال الشيخ : اذا اشترى جارية فى حال حيضها احتسب ببقية الحيض وكفاه .

وقال الشافعي : عليه أن يستأنف بحيضة أخرى ، وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك : ان مضى الاقل وبقي الاكثر فيحتسب به .

(١) الدروس ص ٣٤٧ .

(٢) التحرير ٧٤/٢ .

(٣) التحرير ١٩١/١ .

والمعتمد قول الشيخ.

مسألة -- ٢٠٠ -- قال الشيخ : يكره بيع المرابحة بالنسبة الى أصل المال، وصورته : أن يقول بعتك برأس مالي وريح درهم على كل عشرة ، وليس ذلك بمفسد للبيع .

وقال أبو حنيفة والشافعي ومالك وأكثر الفقهاء : انه غير مكروه والبيع صحيح طلق . وقال أحمد واسحاق بن راهوية : بيع المرابحة باطل . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة -- ٢٠١ -- قال الشيخ : اذا قال بعتك بمائة الى سنة ، ثم باعها في الحال مرابحة وأخبر أن ثمنها مائة ، فالبيع صحيح بلاخلاف ، فاذا علم المشتري بذلك ، كان بالخيار بين أن يقبضه بالثمن حالا ، وبين أن يردّه بالعيب لانه تدليس وبه قال أصحاب الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يلزم البيع بماتعاقدا عليه ويكون الثمن حالا ، لانه صدق فيما أخبر .

وقال الاوزاعي : يلزم العقد ويكون الثمن في ذمة المشتري على الوجه الذي هو في ذمة البايع الى أجل . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -- ٢٠٢ -- قال الشيخ : اذا قال بعتك هذه السلعة بمائة ووضيعة درهم من كل عشرة كان الثمن تسعين . وان قال بوضيعة درهم من كل أحد عشر كان الثمن تسعين درهماً ودرهماً لاجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم .

وقال أبو الطيب الطبري : وان قال بعتكها بمائة مواضعة العشرة درهماً اختلف الناس فيها ، فقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي : يكون مبلغ الثمن الذي وقع به البيع تسعين درهماً ودرهم الاجزاء من أحد عشرة جزءاً من درهم . وقال

أبو ثور : الثمن تسعون درهماً ، وبه قال أبو الطيب .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠٣ - قال الشيخ : اذا قال هذا عليّ بمائة ، وبعتك بربح كل عشرة درهم ، فقال اشتريت ثم قال غلطت اشتريته بتسعين كان البيع صحيحاً ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي قولاً واحداً ، وحكى أبو حامد المروزي وجهاً آخر أنه لا يجوز وقال مالك : البيع باطل .

والمعتمد قول الشيخ ويكون للمشتري الخيار بين الفسخ والاخذ بمائة وعشرة وهو مذهب أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي^١ ، وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف : يلزمه تسعة وتسعون ، وهو قول الشافعي الثاني ، قال الشيخ : وهو قوي لانه باع مرابحة .

مسألة - ٢٠٤ - قال الشيخ : اذا باع سلعة ثم حط من الثمن بعد لزوم العقد وأراد بيعه مرابحة لم يلزمه حطه ، وكان الثمن ماعقد عليه ، وكان الحطهبة للمشتري وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يلحق ذلك بالعقد ويكون الثمن ما بعد العقد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠٥ - قال الشيخ : اذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة ثم اشتراه بعشرة فقد ربح خمسة ، فاذا أراد بيعه مرابحة أخبر بالثمن الثاني وهو عشرة وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يجب أن يخبر بما قام عليه وهو أن يحط الخمسة التي ربحها .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠٦ - قال الشيخ : اذا باع عبداً أو سلعة وقبض المشتري المبيع ولم يقبض البايع الثمن ، يجوز للبائع أن يشتريه بأي ثمن شاء نقداً أو نسيئة ، وبه

قال الشافعي وأبو ثور .

وقال مالك والاوزاعي : لايجوز، وقال أبو حنيفة : له أن يشتريه بمثل الثمن أقل أو أكثر ، فان اشتراه بأقل لا يخلو من أحد وجهين : اما أن يكون الثمنان معاً مما فيه الربا ، أو لا ربا فيهما ، فان لم يكن فيهما الربا اشتراه بما شاء ، وان كان فيهما الربا فان كان الثمنان جنساً واحداً ، كالطعامين أو الدراهم أو الدنانير ، لم يجز أن يشتريه بأقل من ذلك الثمن وزناً ولا كيلاً ولا حكماً ، كما لو باعه نقداً واشتراه الى ستة مثلاً بذلك الثمن ، فالنقص هنا يكون حكماً ، لان الاجل له قسط من الثمن .

قال : فان كانا جنسين جاز أن يشتريه الا في الذهب والورق ، فان القياس يقتضي أنه جائز ، لكننا لا نجوزه استحساناً ، وهذا انما يتصور بالقيمة ، فاذا باعه بمائة درهم لايجوز أن يشتريه بدينار قيمته أقل من مائة درهم .

قال : وكل موضع قلنا لايجوز أن يشتريه البايع من المشتري ، وكذا عبده المازون له في التجارة ومكاتبه ومدبره ومضاربه وشريكه ان دفع الثمن من مال الشركة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة : وكذا لايجوز أن يشتريه أبو البايع وولده ، وخالف أبو يوسف ومحمد هنا ، قال : فان عاب العبد في يد المشتري جاز أن يشتريه منه بأي ثمن شاء .

والمعتمد أنه يجوز أن يشتريه بأي ثمن شاء سواء عاب أو لم يعب وسواء زاد الثمن أو نقص ، وسواء كان الثمن من الربويات أو غيرها .

مسألة -٢٠٧- قال الشيخ : اذا اشترى سلعتين بثمن واحد لايجوز أن يبيع أحدهما مرابحة ، ويقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ، وبه قال أبو حنيفة في السلعتين ، وأجازه في القفيزين .

والمعتمد قول الشيخ ، سواء تماثلا كالقفيزين ، أو اختلفا كالثويين ، الامع الاعلام بصورة الحال .

مسألة -٢٠٨- قال الشيخ: اذا باع شيئين صفقة واحدة، أحدهما ينفذ فيه البيع والاخر لا ينفذ فيه البيع ، صح فيما ينفذ فيه البيع وبطل في الاخر .
وقال الشافعي: يبطل فيما لا ينفذ فيه البيع ، وهل يبطل في الاخر؟ على قولين .
وقال أبو حنيفة : ان كان أحدهما مالا والاخر ليس بمال كالحر ولا في حكم المال كأم الولد بطل في المال أيضاً، وان كان أحدهما مالا والاخر في حكم المال صح في المال ، وان كان أحدهما ماله والاخر مال غيره ، صح في ماله ووقف في مال غيره على الاجازة . وقال داود : يبطل فيهما .

والمعتمد قول الشيخ الا اذا باع ماله ومال غيره ، فانه يصح في ماله ويقف في مال الغير على الاجازة ، ولا يقع باطلا من اصله ، كما قاله أبو حنيفة ، ويثبت الخيار للمشتري فيما يصح فيه البيع ، فان اختار امساكه بكل الثمن ، فلا خيار للبائع اجماعاً، وان اختار امساكه بحصة من الثمن ، فلا خيار له عندنا أيضاً، وللشافعي قولان .

مسألة -٢٠٩- قال الشيخ اذا اختلف المتبايعان بقدر الثمن ، فقال البائع : بعثك بألف ، وقال المشتري : بل بخمسمائة ، فالقول قول المشتري مع يمينه ان كانت السلعة تالفة ، وقول البائع ان كانت قائمة .

وقال الشافعي : يتحالفان وينفسخ البيع بينهما ، سواء كانت تالفة أو قائمة ، وانما يتصور الخلاف اذا هلك في يد المشتري أما اذا تلفت في يد البائع بطل البيع بلاخلاف .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : ان كانت السلعة قائمة تحالفاً ، وان كانت تالفة فالقول قول المشتري ، لانه غارم .

وقال مالك: ان كانت تالفة، فالقول قول المشتري وان كانت قائمة فيه روايتان احديهما القول قول المشتري أيضاً ، الثانية القول قول من السلعة في يده. والآخر مدعى [عليه] وقال أبو ثور وزفر: القول قول المشتري سواء كانت سالمة أو تالفة. والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم (١) .

مسألة - ٢١٠ - قال الشيخ : اذا اختلفا في شرط يلحق العقد يختلف لاجله الثمن ، كاشتراط الاجل والخيار والرهن وضمنان العهدة، وهو أن يضمن عن البايع الثمن ، فالقول قول البايع مع يمينه .

وقال الشافعي : يتحالفان. وقال أبو حنيفة : القول قول من ينفي الشرط، وهو المعتمد، لاصالة عدم الشرط، استدل الشيخ بعموم الاخبار أنه متى اختلف المتبايعان فالقول قول البايع .

مسألة - ٢١١ - قال الشيخ : اذا اختلفا في شرط يفسد البيع ، فقال البايع بعثك الى أجل معلوم، فقال المشتري: الى أجل مجهول أو غير ذلك من الشروط المفسدة للبيع ، فالقول قول مدعي الصحة ، وبه قال الشافعي .

وقال ابن أبي هريرة في الافصاح : فيه وجهان وصوبه أبو الطيب الطبري . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢١٢ - قال الشيخ : اذا باع شيئاً في الذمة ، فقال البايع : لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن ، وقال المشتري : لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع ، فعلى الحاكم أن يجبر البايع على تسليم المبيع أولاً، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن بعد ذلك .

وللشافعي ثلاثة أقوال ، أحدها يجبر البايع ، وهو ظاهر كلامه ، والثاني يجبر كل واحد منهما مثل ما قلناه ، وهو الصحيح عندهم ، والثالث لا يجبر واحداً

(١) وهي الاخبار الدالة على أن البينة على المدعى واليمين على من أنكر .

منهما .

وقال مالك وأبو حنيفة : يجبر المشتري على تسليم الثمن أولاً .

والمعتمد أنه يجبرهما دفعة واحدة ، ولا يجبر أحدهما قبل الآخر .

مسألة - ٢١٣ - قال الشيخ : اذا كان المبيع عيناً بعين ، الحكم فيه كالحكم

في المسألة الاولى سواء .

وللشافعي ثلاثة أقوال ، أحدها يجبر كل واحد منهما ، والثاني لا يجبر واحداً

منهما ، فان تطوع أحدهما بالدفع أجبر الآخر ، والثالث يجبر أيهما شاء ، فاذا سلم

أجبر الآخر .

وقال أبو حنيفة : ان كان الثمن دراهم ودنانير ، فالحكم فيه كما لو كان في الذمة لان

الاثمان عنده لاتعين ، وان كان من غيرهما فالحاكم يجبر من شاء منهما أولاً .

والمعتمد لا فرق بين المسألتين .

مسألة - ٢١٤ - قال الشيخ : اذا اختلفا فقال : بعتك هذا العبد بالف ، فقال :

بل بعنتي هذه الجارية بألف ، وليس هناك بينة ، كان القول قول البايع مع يمينه

أنه ما باع الجارية ، والقول قول المشتري أنه ما اشترى العبد ، ولا يجب على واحد

منهما الجمع بين النفي والاثبات ، ولا يكون هذا تحالفاً .

وانما يحلف كل واحد منهما على النفي ، فاذا حلف البايع أنه ما باع الجارية

بقيت على ملكه يتصرف فيها ، واذا حلف المشتري ما اشترى العبد ، ينظر فان كان

العبد في يد المشتري لا يجوز للبايع مطالبته به ، لانه لا بدعيه .

وان كان في يد البايع ، فانه لا يجوز له التصرف فيه ، لانه معترف أنه للمشتري

وأن ثمنه في ذمته ، ويجوز له بيعه بقدر الثمن ، وبه قال أبو حامد الاسفرائيني .

وقال أبو الطيب الطبري : ذكر ابن الحداد في الصداق نظير هذه المسألة

وقال : يتحالفان ، قال : واذا اختلف الزوجان فقال أمهرك أباك ، فقلت بل أمهركني

أمى تحالفا ، قال : وكذلك اذا قال امهرتك اباك ونصف امك ، فقالت : بل أبي وامى تحالفا ، قال : ولا يختلف أصحابنا في ذلك ، فسقط ما قال أبو حامد .

والمعتمد قول الشيخ ، الا أن للبايع مطالبة المشتري بقيمة العبد ، فان امتنع من التسليم وأراد أن يتملك العبد أمر الحاكم أو البايع المشتري أن يبيعه اياه ، بأن يقول ان كان ملكي فقد بعتهك اياه بكذا ، ولا يضر هذا الشرط ، فان امتنع جاز للبايع فسخ البيع ويملك العبد حيثئذ .

مسألة - ٢١٥ - قال الشيخ : اذا مات المتبايعان واختلف ورثتهما في مقدار الثمن أو المثل ، فالقول قول ورثة المشتري بمقدار الثمن وورثة البايع في المثل . وقال الشافعي : يتحالفان . وقال أبو حنيفة : ان كان المبيع في يدورثة البايع تحالفا ، وان كان في يدورثة المشتري كان القول قولهم مع يمينهم . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢١٦ - قال الشيخ : اذا تلف المبيع قبل القبض بطل العقد ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : لا يبطل . والمعتمد قول الشيخ ، الا أن يكون التلف من جهة المشتري فيكون كالتلف وكذا لو تلف الثمن المعين قبل القبض ، سواء كان من الاثمان أو غيرها . وقال أبو حنيفة : ان كان من الاثمان لا يبطل بناء على أصله من أن الاثمان لا يتعين .

مسألة - ٢١٧ - قال الشيخ : اذا كان له أجمة يجلس فيها السمك ، فحبس فيها سمكاً وباعه ، لا يخلو : اما أن يكون الماء قليلاً صافياً يشاهد السمك ، ويمكن تناوله من غير مؤنة ، فالبيع جائز بلا خلاف ، لانه مبيع مقدور على تسليمه ، وان كان الماء كدرأً بطل البيع لانه مجهول ، وأما أن يكون الماء كثيراً صافياً والسمك مشاهداً ، الا أنه لا يمكن أخذه الا بمؤنة وتعب حتى يصطاد ، فعندنا لا يصح بيعه

الآن يبيعه مع مافيه من القصب أو يصطاد شيئاً منه ويبيعه مع ما بقي ، فمتى لم يفعل بطل البيع .

وقال أبو حنيفة والشافعي والنخعي: البيع باطل ولم يفصلوا . وقال ابن أبي ليلى : جائز .

والمعتمد جواز القسم الاول ، وهو اذا كان الماء قليلاً صافياً شاهد السمك ، ويمكن تناوله من غير مؤنة . وأما القسم الثاني ، فلا يصح فان ضم اليه غيره وكانت الضميمة تابعة والمقصود هو السمك ، لم يصح أيضاً وان كان المقصود بالبيع هو الضميمة والسمك تابعاً صح ، وهو اختيار العلامة في المختلف^(١) ، واختاره ابن فهد أيضاً .

مسألة - ٢١٨ - قال الشيخ : اذا باع عبداً بيعاً فاسداً وتقابضا الثمن وفلس كان على المشتري رد العبد على البايع وكان له اسوة الغرماء ، وبه قال أبو العباس ابن سريج . وقال أبو حنيفة : المشتري أحق بعين العبد يعني له امساكه على قبض الثمن ويكون ثمنه مقدماً على الغرماء .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه مملوك للفقلس .

مسألة - ٢١٩ - قال الشيخ : اذا قال لرجل بع عبدك هذا من فلان بخمسمائة على ان علي خمسمائة قال أبو العباس بن سريج يحتمل بطلان البيع والصحة ويكون على الضامن ، والذي عندي أن هذا صحيح ، لانه شرط لا ينافي الكتاب والسنة .

وأبطله العلامة في القواعد ، قال : لو جوب الثمن بأجمعه على المشتري . قال الشهيد : ويمكن أن يقال هو جعل للبايع لامن الثمن ، كما لو قال طلق أو أعتق ، فانه وافق على صحته ، ولو كان على وجه الضمان صح البيع والشرط . قال الشهيد : ولا يلزمه فان شرط البايع ولما يضمن فله الفسخ .

(١) مختلف الشيعة ص ٢٠٩ كتاب التجارة .

مسألة - ٢٢٠ - قال الشيخ : اذا قال له بع عبدك منه بألف على أن على فلان خمسمائة ، فيه مسألتان ان سبق الشرط العقد وعقد البيع مطلقاً عن الشرط لزم البيع ولم يلزم الضامن شيء . وان قارن العقد ، فقال : بعتك بألف على أن فلاناً ضامن خمسمائة ، صح البيع بشرط الضمان ، فان ضمن فلان مضي ، وان لم يضمن كان البايع بالخيار ، وبه قال أبو العباس وأبو الحسن .

دليلنا: ماقلناه في المسألة السابقة ، وحكى العلامة في التحرير^(١) كلام الشيخ في المسألتين ولم يفت بشيء .

مسألة - ٢٢١ - قال الشيخ : اذا اشترى جارية بشرط الاجارة عليه اذا باعها أو بشرط ان لا يبيعها ، أو لا يطأها ونحو هذا ، كان العقد صحيحاً والشرط باطلا ، وبه قال ابن أبي ليلى والنخعي .

وقال أبو حنيفة والشافعي : البيع والشرط باطلان . وقال ابن شبرمة: البيع والشرط جائزان .

والمعتمد بطلانها ، وهو مذهب العلامة .

مسألة - ٢٢٢ - قال الشيخ : اذا اشترى جارية شراءً فاسداً ، ثم قبضها واعتقها ، لم يملك بالقبض ، ولم ينفذ العتق ، ولا يصح شيء من تصرفه ، مثل البيع والوقف وغير ذلك ، ويجب عليه ردها على البايع وجميع نمائها المنفصل عنها ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يملك بالقبض ويصح تصرفه فيها ، ويجب على كل واحد منهما فسخ الملك ورد البيع على صاحبه .

والمعتمد قول الشيخ ، لان ملك الاول باق لم يزل .

(١) تحرير الاحكام ١/١٨٠ .

مسألة - ٢٢٣ - قال الشيخ : اذا اشترى جارية شراءً فاسداً فوطئها ، فانه لا يملكها ووجب عليه ردها وعليه عشر قيمتها ان كانت بكرأ ، وان كانت ثيباً فنصف عشر قيمتها .

وقال الشافعي : ان كانت ثيباً فمهر مثلها الثيب ، وان كانت بكرأ فمهر البكر وأرش الافتضاض .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢٢٤ - قال الشيخ : اذا أحبلت وأنت بولد كان الولد حراً بالاجماع وعلى الواطى قيمة الولد يوم سقط حياً ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يوم المحاكمة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل عليها بأجماعنا .

مسألة - ٢٢٥ - قال الشيخ : اذا ملك هذه الجارية فيما بعد بعدد صحيح ، وكانت ولدت منه بعقد فاسد ، فانها يكون أم ولده .

وللشافعي قولان ، أحدهما مثل ما قلناه ، والآخر لا يضير أم ولده ، وهو المعتمد وبه قال أكثر أصحابنا .

مسألة - ٢٢٦ - قال الشيخ : اذا اشترى من رجل عبداً واشترط البايع على المشتري أن يعتقه ، فان العقد صحيح والشرط صحيح ، وهو الذي نص عليه الشافعي في كتبه ، وروى أبو ثور عنه أنه قال : الشرط فاسد والبيع حكاة القاضى أبو حامد عنه . وقال أبو حنيفة : البيع والشرط فاسدان .

والمعتمد قول الشيخ ، وقد أستوفينا فروع هذه المسألة ومباحثها في شرح الشرايع .

مسألة - ٢٢٧ - قال الشيخ : اذا جمع بين البيع والاجارة في صفقة واحدة فقال : بعتك هذه الدار وأجرتك هذه الاخرى بكذا ، صح البيع والاجارة ، وهو

اصح قولي الشافعي ، والقول الاخر أنهما يبطلان .

والمعتمد قول الشيخ ، اذ لا مانع من ذلك .

مسألة - ٢٢٨ - قال الشيخ: اذا باع زرعاً بشرط أن يحصده، وكان الزرع مما يجوز بيعه اما بان يكون قصيلاً أو يكون مما انعقد فيه الحب واشتد وهو شعير ، لان بيع سنبل الشعير جائز ، ولا يجوز بيع سنبل الحنطة ، لانه في غلاف كان البيع صحيحاً ويجب عليه أن يحصده .

وقال أبو اسحاق المروزي : فيه قولان ، أحدهما يبطلان ، والثاني يصحان لانه بيع واجارة في صفقة واحدة . وقال غيره : لا يصح هذا قولاً واحداً . والمعتمد صحة بيعه بعد ظهوره، سواء كان قائماً أو حصيداً ، وسواء اشتد فيه الحب أولاً ، وسواء شرط العقد أولم يشرطه ، وهو المشهور عند أصحابنا ، ولا فرق بين سنبل الشعير والحنطة ، وقد أفتى فيما مضى من هذا الكتاب في موضعين بجواز بيع سنبل الحنطة ومنع منه هنا ، وهو ضعيف .

مسألة - ٢٢٩ - قال الشيخ : ما يباع كيلاً لا يصح بيعه جزافاً وان شوهد .

وقال الشافعي : اذا قال بعتك هذه الصبرة وقد شاهدها بشمن معلوم كان صحيحاً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٣٠ - قال الشيخ : اذا قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم صح

البيع ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يصح ، وهو المعتمد عند متأخري أصحابنا ، الامع العلم

بمقدار ما فيها من الافزة .

مسألة - ٢٣١ - قال الشيخ : اذا قال بعتك عشرة أفزة من هذه الصبرة صح البيع

وبه قال الشافعي . وقال داود : لا يصح .

والمعتمد الصحة اذا علم مقدار المبيع فيها ، والا فلا .

مسألة - ٢٣٢ - قال الشيخ : اذا قال بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، صح البيع اذا لم يرد بمن التبعض ، واذا أراد التبعض لم يصح ، لان التبعض مجهول . وقال الشافعي : لا يجوز ولم يفصل .

وأعلم أن الشيخ بنى صحة البيع اذا لم يرد التبعض على مذهبه من جواز بيع الصبرة كل قفيز بدرهم كما تقدم ، ومع ارادة التبعض يحصل التجهيل ، والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها ، وهي قوله بعتك عشرة أفقزة من هذه الصبرة أن في الاولى غير المبيع وهو عشرة أفقزة ، وفي الثانية لم يعين المبيع ، لان قوله بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ولم يعين المبيع كم من قفيز يكون غير معلوم فافترقا . والمعتمد البطلان مطلقاً ، سواء قصد التبعض أولاً .

مسألة - ٢٣٣ - قال الشيخ : اذا قال بعتك نصف هذه الصبرة أو ثلثها أو ربعها لا يصح البيع . وقال الشافعي : يصح .

والمعتمد قول الشيخ ، الامع العلم بمقدارها .

مسألة - ٢٣٤ - قال الشيخ : اذا قال بعتك هذه الدار كل ذراع بدينار كان جائزاً ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجوز . والمعتمد الجواز ان علما الذرع والافلا .

مسألة - ٢٣٥ - قال الشيخ : اذا قال هذه الدار مائة ذراع وقد بعتك عشرة اذرع منها بكذا جاز ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجوز .

والمعتمد الجواز مع قصد الاشاعة ، ويصير شريكاً بالنسبة ، والافلا .

مسألة - ٢٣٦ - قال الشيخ : اذا قال بعتك من هذه الدار عشرة اذرع من موضع معين الى حيث ينتهي الزرع صح البيع .

وللشافعي وجهان ، أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني لا يصح .

والمعتمد عدم الصحة ، لعدم العلم بالمتنهي ، جزم به العلامة في القواعد ،

ولو عين المبتدأ والمنتهى صح قطعها .

مسألة - ٢٣٧ - قال الشيخ : اذا باع ذراعاً معيناً من ثوب كان صحيحاً مثل ماقلناه في الارض، واختلف أصحاب الشافعي ، فقال الفقهاء مثل ماقلناه ، واختاره أبو الطيب الطبري ، وقال أبو العباس بن القاص لايجوز .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٣٨ - قال الشيخ : اذا قال بعتك هذا السمن مع الظرف كل رطل بدرهم كان جائزاً .

وقال الشافعي : ان كان كل واحد منهما معلوماً كأن يكون الظرف ربعاً أو سدساً مثلاً كان جائزاً ، وان لم يكن كذلك بطل العقد .

والمعتمد الجواز اذا عرف وزنهما جملة وان لم يعرف التفصيل .

مسألة - ٢٣٩ - قال الشيخ : اذا اشترى عشرة أففة من صبرة ، فكالها البايع على المشتري وقبضها ، ثم ادعى المشتري أنه كان تسعة ، كان القول قول البايع مع يمينه .

وللشافعي قولان ، أحدهما قول البايع ، والاخر قول المشتري .

والمعتمد أن القول قول البايع ان حضر المشتري الاعتبار، وقول المشتري ان لم يكن حاضراً .

مسألة - ٢٤٠ - قال الشيخ : اجارة الفحل للضراب مكروهة وليست بمحظورة .

وقال مالك : جائزة وليست بمكروهة ، وقال أبو حنيفة والشافعي : الاجارة

فاسدة والاجرة محظورة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢٤١ - قال الشيخ : بيض مالا يؤكل لحمه لايجوز أكله ولا بيعه

وكذلك مني مالا يؤكل لحمه ، وللشافعي وجهان .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم، قال : فانها يتضمن ذكر البيض، وأما المنى فلانه نجس عندنا، وما يكون نجساً فلا يجوز أكله ولا بيعه.

مسألة - ٢٤٢ - قال الشيخ : بيض مايجوز أكله اذا وجد في جوف الدجاجة الميتة وقد اكتسي الجلد الفوقاني يجوز أكله وبيعه . وللشافعي قولان ، أحدهما يجوز ، والثاني لايجوز . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٤٣ - قال الشيخ : بذردود القزيجوز بيعه وللشافعي وجهان . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٤٤ - قال الشيخ : يجوز بيع دود القز، وبيع النحل اذا اجتمعت في بيتها وحبسها فيه حتى لايمكنها أن تطير، ثم يعقد البيع عليها، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لايجوز بيع دود القز، ولابيع النحل . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٤٥ - قال الشيخ : لايجوز بيع العبد الابق منفرداً ، ويجوز بيعه مع سلعة اخرى .

وقال الفقهاء بأسرهم : لايجوز بيعه ولم يفصلوا ، وعن ابن شبرين ان علم موضعه جاز ، وان لم يعلم لم يجز .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة على الجواز مع سلعة أخرى .

مسألة - ٢٤٦ - قال الشيخ : اذا باع انسان ملك غيره كان البيع باطلا ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ينعقد البيع ويقف على الاجازة، وبه قال قوم من أصحابنا . دليلنا اجماع الفرقة ، ومن خالف منهم لايعتد به .

والمعتمد وقوفه على الاجازة ، وعليه أكثر المتأخرين .

مسألة - ٢٤٧ - قال الشيخ : لايجوز بيع الصرف على ظهور الغنم منفرداً

وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ، وقال مالك : يجوز . دليلنا اجماع الفرقة .
 والمعتمد الجواز ، وهو مذهب المفيد وابن ادريس وأكثر المتأخرين .
 مسألة - ٢٤٨ - قال الشيخ : المسك طاهر يجوز بيعه وشراؤه ، وبه قال
 أكثر الفقهاء ، ومن الناس من قال نجس لانه دم .
 والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٤٩ - قال الشيخ : يجوز بيع المسك في فأرة ، والاحوط أن
 يفتح ويشاهد ، وبه قال ابن سريج ، وقال باقي أصحاب الشافعي : لا يجوز حتى
 يفتح .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٥٠ - قال الشيخ : يجوز بيع الاعمى وشراؤه ، سواء ولد أعمى
 أو عمى بعد صحة ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : ان كان ولد أعمى لايجوز بيعه وشراؤه في الاعيان بل يوكل
 وان كان بصيراً ثم عمى ، فان باع شيئاً أو اشتراه ولم يكن رآه فلايجوز ، وان
 كان قد رآه ، فان كان الزمان يسيراً لايتغير في العادة ، أو كان الشيء لايفسد في
 الزمان الطويل ، مثل الحديد والرصاص جاز بيعه ، فان وجد على ما رآه فلاخيار
 له ، وان وجد متغيراً كان بالخيار ، وان كان الزمان يتناول والشيء مما يتغير مثل
 أن يكون عبداً صغيراً ، فلايجوز بيعه لانه مجهول الصفة .

هذا اذا قال : ان بيع خيار الرؤية لايجوز ، واذا قال : انه يجوز ، ففيه وجهان
 أحدهما لايجوز ، لان بيع خيار الرؤية يتعلق برؤيته ، وهذا لايصح في الاعمى
 والثاني يجوز ويوكل من يصفه ، فان رضيه قبضه ، وان كرهه فسخ البيع .
 والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٥١ - قال الشيخ : اذا بخش بأمر البايع ومواطاته ، وهو أن يزيد

في السلعة ليمتدي به المشتري ليشتره ، يصح البيع بلاخلاف ، ولكن للمشتري الخيار .

واختلف أصحاب الشافعي ، فقال أبو اسحاق المروزي : له الخيار ، وقال ابن أبي هريرة : لا خيار له ، وهو ظاهر كلام الشافعي .

والمعتمد ثبوت الخيار مع الغبن لابدونه ، والبخس حرام .

مسألة ٢٥٢- قال الشيخ : لا يجوز أن يبيع حاضر لباد ، سواء كان بالناس حاجة الى مبيعهم أو لم يكن ، فان خالف أثم ، وهو الظاهر من مذهب الشافعي وفي أصحابه من قال : اذا لم يكن بهم حاجة الى مبيعهم جاز أن يبيع لهم . والمعتمد الكراهة ولا اثم ، وهو مذهبه في النهاية ^(١) .

مسألة ٢٥٣- قال الشيخ : تلقي الركبان لا يجوز ، فان تلقى واشترى كان البايع بالخيار اذا ورد السوق ، الا أن ذلك محدود باربعة فراسخ ، فان زاد على ذلك كان جلباً ، ولم يكن به باس .

وللشافعي قولان : أحدهما لا يجوز ولم يحده والثاني ليس له الخيار .

والمعتمد الكراهية دون التحريم ، ولا خيار الا مع الغبن .

مسألة ٢٥٤- قال الشيخ : يكره البيع والسلف في عقد واحد ، وهو أن يبيع داراً على أن يقرض المشتري ألف درهم ، أو يقرضه البايع ألف درهم وليس بمحظور وقال الشافعي : ان ذلك حرام .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

التقول في القرض :

مسألة ٢٥٥- قال الشيخ : يجوز ان يقرض غيره مالا على أن يأخذه في بلد آخر

(١) النهاية ص ٣٧٥ .

ويكتب له في ذلك سفتجة . وقال الشافعي : اذا شرط ذلك كان حراماً .

والمعتمد قول الشيخ . واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٥٦ - قال الشيخ : اذا شرط في القرض أن يرد عليه أكثر منه أو أجود منه فيما لا يصح فيه الربا ، مثل أن يقول : أقرضتك ثوباً بثوبين كان حراماً ، وهو قول أكثر أصحاب الشافعي .

وقال أبو علي في الافصاح : يجوز ذلك ، كما يجوز في البيع .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٥٧ - قال الشيخ : اذا لم يجد مال المقرض بعينه فعليه مثله ، وعليه أكثر أصحاب الشافعي ، ومنهم من قال : يجب قيمته كالتالف .
والمعتمد وجوب المثل في المثلي ، والقيمة في القيمي .
مسألة - ٢٥٨ - كل ما يضبط بالوصف ، أو يصح السلم فيه ، يجوز اقراضه من المكيل والموزون والمزروع وغيره ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز القرض في الثياب ، ولا في الحيوان ، ولا يجوز الا فيما له مثل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بعموم الاخبار .

مسألة - ٢٥٩ - قال الشيخ : يجوز استقراض الخبز ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : لا يجوز . وقال أبو يوسف : يجوز وزناً . وقال محمد :
يجوز عدداً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٦٠ - قال الشيخ : ليس لاصحابنا نص في اقراض الجواري ، والذي يقتضيه الاصول أنه على الاباحة ويجوز ذلك ، سواء كان من أجنبي أو من ذي رحم لها ، ومتى أقرضها ملكها المستقرض ، ويجوز له وطؤها ان لم يكن ذات محرّم

وبه قال داود ومحمد بن جرير الطبري .

وقال الشافعي: يجوز اقراضها من ذي رحمها، مثل أمها وأختها وعمها وخالتها
لانه لايجوز له وطؤها، فاما الاجنبي ومن يجوز له وطؤها مثل القرابة، فلايجوز
قولا واحداً .

والمعتمد اختيار الشيخ ، لاصالة الاباحة ولا مانع من ذلك .

مسألة - ٢٦١ - قال الشيخ : المستقرض يملك القرض بالقبض ، واختلف
أصحاب الشافعي، فمنهم من قال: يملكها بالقبض، ومنهم من قال: يملك بالتصرف
فيه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٦٢ - قال الشيخ : يجوز للمستقرض أن يرد مال القرض على
المقرض بلاخلاف . وأما المقرض ، فعندنا له الرجوع فيه .

ولاصحاب الشافعي قولان: أحدهما مثل ماقلناه، والآخر أنه يبني على القول
بالملك ، فمن قال : يملك بالقبض قال ليس له الرجوع قبله . استدل الشيخ بأنه
عين ملكه ، فكان له الرجوع فيه .

والمعتمد أنه ليس له ذلك ، بل له المطالبة بالمثل أو القيمة، والمستقرض
مخير بين أن يرد عليه العين أو مثلها أو قيمتها على التفصيل .

مسألة - ٢٦٣ - قال الشيخ : من كان له على غيره دين من ثمن متاع حالا
أو أجرة أو صداقاً ، فحط منه شيئاً ، أو حطه جميعه كان جائزاً ، فان أجله لم يضر
مؤجلاً، ويستحب له الوفاء به ، وان اتفقا على الزيادة لم يصح ولم يثبت ، واذ
حط الكل أو البعض لايلحق بالعقد وكان ابراء من الوقت الذي ابرأ فيه ، وبه
قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : التأجيل ثبت في الثمن والاجرة والصداق ويلحق بالعقد

وكذلك الزيادة . وأما الحط فينظر فيه ، فان كان البعض لحق بالعقد ، وان كان الجميع لم يلحق ، وكان ابراء من الوقت الذي أبراه منه ، قال : أما الدين من جهة القرض أو أرش الجناية ، فانه لا يثبت فيه التأجيل ولا الزيادة بحال .

وقال مالك : ثبت التأجيل في الجميع ، وقال في الزيادة بمثل قول أبي

حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٦٤ - قال الشيخ : لا يصح بيع المصبي وشراؤه ، سواء أذن له الولي أولاً ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يصح اذا أذن الولي ، أو اجاز بعد العقد ، ولا يصح بدون ذلك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٦٥ - قال الشيخ : الولي اذا كان فقيراً جاز أن يأكل من مال اليتيم

أقل الامرين من كفايته أو اجرة مثله ، ولا يجب عليه القضاء .

وللشافعي وجهان : احدهما مثل ما قلناه والثاني أن عليه القضاء .

والمعتمد أن له اجرة المثل ، سواء كان فقيراً أو غنياً ، نعم يستحب للغني

الترك .

مسألة - ٢٦٦ - قال الشيخ : لا يصح للعبد أن يشتري بغير اذن مولاه بثمن

في ذمته ، وبه قال أبو سعيد الاصطخري من أصحاب الشافعي ، وقال ابن أبي

هريرة : يصح .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٦٧ - قال الشيخ : اذا اذن المولى للعبد في التجارة ، فركبه

دين ، فان كان أذن له في الاستدانة ، قضى مما في يده من المال ، فان لم يكن في

يده مال قضى المولى عنه ، وان لم يكن أذن كان ذلك في ذمته يطالبه به بعد العتق

ولايبايع فيه .

وقال أبو حنيفة يبايع العبد فيه اذا طالبه الغرماء .

والمعتمد ان كان الاستدانة باذن السيد ، أو استدان لمصلحة التجارة وان لم يكن باذن السيد ، كان على السيد القضاء ، وللعبد أن يقضي مما في يده ، وان كان بغير اذن السيد ولا المصلحة التجارة ، كان في ذمته يتبع به بعد العتق .

مسألة - ٢٦٨ - قال الشيخ: اذا أقر العبد على نفسه بجناية توجب القصاص عليه أو الحد ، لا يقبل اقراره في حق المولى ، ولا يقتص منه مادام مملوكاً ، وبه قال زفر والمزني .

وقال أبو حنيفة والشافعي : يقبل اقراره ويقتص منه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٦٩ - قال الشيخ: اذا أقر العبد بمال وقد تلف المال لا يقبل اقراره . وللشافعي وجهان : أحدهما يقبل ، والآخر لا يقبل . والمعتمد اتباعه به بعد العتق لا قبله .

مسألة - ٢٧٠ - قال الشيخ : اذا أقر العبد بمال في يده لغير سيده لا يقبل

اقراره ، وقال ابن سريج : فيه قولان ، وفي أصحابه من قال : يقبل اقراره قولاً واحداً .

والمعتمد قول الشيخ .

القول فيما يجوز بيعه وما لا يحل

مسألة - ٢٧١ - قال الشيخ : يجوز بيع كلاب الصيد ، ويجب على قاتلها

قيمتها اذا كانت معلمة ، ولا يجوز بيع غير المعلم .

وقال مالك وأبو حنيفة: يجوز بيع الكلاب مطلقاً ، الا أنه مكروه ، فان باعه

صح البيع ووجب الثمن ، فان أتلفه متلف لزمه قيمته .
وقال الشافعي : لا يجوز بيع الكلاب ، معلمة كانت أو غير معلمة ، ولا يجب على
قانلها القيمة .

والمعتمد جواز بيع الصائد من الكلاب ، سلوقياً كان أو غير سلوقي ، و كلب
الماشية والزرع والحائط ، وعدم جواز ما عدا ذلك .
مسألة - ٢٧٢ - قال الشيخ : يجوز اجارة كلب الصيد ، واختلف أصحاب
الشافعي منهم من قال يجوز ، ومنهم من قال : لا يجوز مطلقاً ، وهو الصحيح
عندهم .

والمعتمد قول الشيخ ، لان كلما يجوز بيعه يجوز اجارته .
مسألة - ٢٧٣ - قال الشيخ : يجوز اقتناء الكلب لحفظ الماشية أو الحرث
أو البيوت ، وان لم يكن له في الحال ماشية ولا حرث ولاصحاب الشافعي قولان :
أحدهما يجوز ، والاخر لايجوز . وقال في تربية الجرو وجهان .
والمعتمد الجواز في الجميع .

مسألة - ٢٧٤ - قال الشيخ : القرد لايجوز بيعه وقال الشافعي : يجوز .
والمعتمد جوازه ، والشيخ بنى المنع من بيعه على نجاسته بناءً على نجاسة
المسوخ ، والمعتمد الطهارة .

مسألة - ٢٧٥ - قال الشيخ : الغراب الابقع لايجوز بيعه اجمعاً ، والاسود
عندنا مثل ذلك ، سواء كانت صغيراً أو كبيراً .
وقال الشافعي : الصغار منها على وجهين .

وجوز ابن ادريس بيع الجميع ، لوقوع التزكية عليها والانتفاع بريشها
وجلودها ، واختاره المتأخرون منا ، وهو المعتمد .

مسألة - ٢٧٦ - قال الشيخ : لايجوز بيع شيء من المسوخ ، من القرد والذب

والخنزير والثعلب والارنب والذئب والفيل وغير ذلك مما سنبينه .
وقال الشافعي كلما ينفع به يجوز بيعه ، مثل القرد والفيل وغير ذلك ، وهذا هو المعتمد ، وهو مذهب متأخرى أصحابنا .

مسألة -٢٧٧- قال الشيخ : الزيت النجس لا يمكن تطهيره بالغسل .
واختلف أصحاب الشافعي ، فقال أبو اسحاق المروزي وأبو العباس : يمكن غسله وتنظيفه ، وهل يجوز بيعه ؟ وجهان الصحيح عندهم أنه لا يجوز بيعه ، وقال ابن أبي هريرة : من أصحابنا من قال لا يجوز غسله كالسمن .
قال الشيخ : دليلنا انا قد علمنا نجاسته بالاتفاق ، وطريق تطهيره الشرع ، وليس في الشرع ما يدل عليه ، وهذا هو المعتمد .

مسألة -٢٧٨- قال الشيخ : سرجين ما يؤكل لحمه يجوز بيعه .
وقال أبو حنيفة : يجوز بيع السراجين . وقال الشافعي : لا يجوز بيعها ولم يفصلا .
والمعتمد قول الشيخ .
مسألة -٢٧٩- قال الشيخ : يجوز بيع الزيت النجس لمن يستصبح به تحت السماء .

وقال أبو حنيفة : يجوز بيعه مطلقا . وقال مالك والشافعي : لا يجوز بيعه بحال .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ^(١) .
مسألة -٢٨٠- قال الشيخ : يجوز بيع لبن الادميات ، وبه قال الشافعي وأحمد
وقال أبو حنيفة ومالك : لا يجوز .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٢٨١- قال الشيخ : يجوز بيع لبن الأنثى ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة -٢٨٢- قال الشيخ: اذا اشترى الكافر عبداً مسلماً، لم ينعتد البيع ولا يملكه الكافر، وبه قال الشافعي في الاملاء، وقال في الام: يصح ويملكه ويجبر على بيعه وبه قال أبو حنيفة وأصحابه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٢٨٣- قال الشيخ: لا يجوز بيع رباة مكة واجارتها، وبه قال مالك وأبو حنيفة، وقال الشافعي: يجوز .

والمعتمد أنه لا يجوز بيعها الا بيعاً لا يثار التصرف، فان كان المقصود الارض وكانت الاثار بيعاً لا يصح، ويصح العكس .

مسألة -٢٨٤- قال الشيخ: اذا وكل مسلم كافرأ في شراء عبد مسلم لم يصح وللشافعي قولان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٢٨٥- قال الشيخ: اذا قال كافر لمسلم: اعتق عبدك عن كفارتي، لم يصح اذا كان مسلماً، وان كان كافرأ صح .

وقال الشافعي: يصح على كل حال، ويدخل في ملكه، ويخرج عنه بالعتق . والمعتمد عدم الصحة مطلقاً، فأما المسلم فلعدم دخوله في ملكه، وأما الكافر فللنهي عن عتق الكافر، وهو مذهب العلامة في التحرير .

مسألة -٢٨٦- قال الشيخ: اذا استأجر كافر مسلماً لعمل في الذمة، صح بلاخلاف، واذا استأجره مدة من الزمان ليعمل به عملاً، صح أيضاً عندنا .

واختلف أصحاب الشافعي، فمنهم من قال: فيه قولان، ومنهم من قال: يصح قولاً واحداً .

واستترب صاحب القواعد المنع من الاستيجار والارتهان ولم يفصل، وهو أحوط .

مسألة -٢٨٧- قال الشيخ: اذا اشترى رجل من غيره عبداً، ثم قبضه، ثم ظهر عيب، فانه يردده بكل عيب يظهر في مدة الثلاثة من حين العقد وما يظهر بعد الثلاث لا يردده منه الا بثلاثة عيوب: الجنون والجذام والبرص، فانه يردده بها الى سنة، ولا يردده بعد سنة لشيء من العيوب .

وقال الشافعي : لا يجوز له رده بشيء من العيوب التي يحدث بعد القبض .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ^(١) .

مسألة -٢٨٨- قال الشيخ : اذا رهن المبيع قبل قبضه من البايع صح رهنه ولاصحاب الشافعي قولان : أحدهما الصحة ، والاخر العدم الا بعد القبض .
والمعتمد قول الشيخ ، لحصول الملك بالعقد .

كتاب السلم

مسألة ١- قال الشيخ : يجوز السلم في المعدوم اذا كان مأمون الانقطاع وقت الحلول ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز الا أن يكون جنسه موجوداً في حال العقد والمحل وما بينهما ، وبه قال الثوري والاوزاعي .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم (١) .

مسألة ٢- قال الشيخ : اذا أسلم في رطب الى أجل ، فلما حل الاجل لم يتمكن من مطالبته لغيبة المسلم اليه أو غيبته ، ثم قدر عليه بعد انقطاع الرطب ، كان المسلف بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر الى العام القابل .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل ما قلناه ، وهو الصحيح عندهم ، والآخر يفسخ العقد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٣- قال الشيخ : السلم لا يكون الامؤجلا ، ولا يصح أن يكون حالا قصر الاجل أو طال ، وبه قال أبو حنيفة .

(١) تهذيب الاحكام ٤١/٧ .

وقال الشافعي: يصح أن يكون حالا اذا شرط ذلك، أو يطلق فيكون حالا، ومنهم من قال: من شرطه أن يكون حالا.

والمعتمدان قصد السلم وجب الاجل، وان قصد البيع بلفظ السلم، مثل أن يقول أسلمت اليك هذا الدينار بهذا الكتاب مثلاً صحح وكان بيعاً بلفظ السلم، وهو اختيار العلامة ونجم الدين والشهيد.

مسألة ٤- قال الشيخ: رأس المال ان كان معيناً في حال العقد ونظر اليه، فانه لا يكتفي الابد أن يذكر مقداره، سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو مزروعاً، ولا يجوز جزافاً، وان كان مما يباع كذلك مثل الجوهر واللؤلؤ، فانه يغني المشاهدة عن وصفه. وللشافعي قولان: أحدهما مثل ما قلناه، وهو اختيار أبي اسحاق المرزوي في الشرح، والثاني لا يجب، وهو اختيار المزني، وهو الصحيح عند سائر أصحابه. وقال أبو حنيفة: ان كان رأس المال من جنس المكيل والموزون، لا بد من بيان مقداره وضبطه بهفاته، ولا يجوز أن يكون جزافاً، وان كان من جنس المذروع كالثياب يكفي تعيينه. وقال أصحاب مالك: لانعرف لمالك نصاً. والمعتمد قول أبي حنيفة، لان المذروع يجوز بيعه اذا شوهد من دون ذرعه ولا بد من ذكر العدد في المعدود.

مسألة ٥- قال الشيخ: كل حيوان يجوز بيعه يجوز السلم فيه، من الأبل والبقر والغنم والحمر والدواب والبغال، وبه قال مالك والشافعي وأحمد. وقال أبو حنيفة: لا يجوز السلم في الحيوان، وبه قال الثوري والاوزاعي. والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة ٦- قال الشيخ: من شرط صحة السلم قبض رأس المال قبل التفرق وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

وقال مالك : ان شرطاً تأخير القبض ، فان كان ذلك اليوم واليومين جاز ، وان كان أكثر لم يجز ، وان تفرقا قبل القبض من غير شرط كان جائزاً ، وان لم يقبضه أبداً . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٧- قال الشيخ : لا يجوز أن يؤجل السلم الى الحصاد والدياس والمجذاز والصرام ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك يجوز ذلك . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ٨- قال الشيخ : اذا جعل نخلة في يوم كذا ، أو شهر كذا ، أو سنة كذا ، جاز ولزمه بدخول الشهر واليوم والسنة ، وبه قال الشافعي وابن أبي هريرة من أصحابه .

وقال باقي أصحابه : لا يجوز ، لانه جعل اليوم ظرفاً لحلولة ولم يبين ، فيصير تقديره يحل في ساعة من ساعاته ووقت من أوقاته ولم يبين ، وذلك غير جائز وهذا هو المعتمد ، وبه قال متأخرو أصحابنا .

مسألة ٩- قال الشيخ : اذا كان السلم مؤجلاً ، فلا بد من ذكر موضع التسليم فان كان في جملة مؤنة ، فلا بد من ذكره .

وللشافعي في ذكر الموضع قولان : أحدهما يجب شرطه ، وذهب اليه ابو اسحاق في الشرح ، قال : واذا اخل به بطل السلم ، والثاني لا يجب ذكره ، واليه ذهب القاضي أبو حامد في جامعه ، وقال : أولى القولين أنه يجب ذكره ، وأما المؤنة اذا كان ، فوجب ذكرها ذكره ابن القاص ، وقال أبو الطيب الطبري : الصحيح أنه يجب ذكر الموضع والمؤنة .

والمعتمد عدم وجوب ذكر موضع التسليم ، الا اذا كانا في بركة أو بلد ليس

قصدهما الاجتماع فيه ، وهو مذهب العلامة في القواعد (١) والمختلف (٢) .

وقال في التحرير : ولا يجب ذكر موضع التسليم ، وان كان في برية (٣) . فعلى هذا يجب التسليم في بلد البايح ، لاصالة براءة الذمة من وجوب حمله الى غير بلده واذا لم يكونا في برية ولا في بلد وقصدتهما مفارقة ، ولم يذكر ا موضع التسليم ، وجب في موضع العقد ، نص عليه في القواعد .

مسألة -١٠- قال الشيخ : يجوز السلم في الاثمان ، مثل الدراهم والدنانير اذا كان رأس المال من غير جنسهما ، كالثياب والحيوان وغيرهما ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا يجوز .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١١- قال الشيخ : ان سلف دراهم في دراهم ، أو في دنانير مطلقا كان باطلا . وقال الشافعي : اذا أطلق كان حالا ، فان قبضه في المجلس وقبضه رأس المال جاز ، وهو اختيار أبي الطيب الطبري ، وفي أصحابه من قال : لا يجوز .

والمعتمد قول الشيخ ، فان قصد الصرف وتقابضا في المجلس صح والافلا .

مسألة -١٢- قال الشيخ : لا يجوز السلم في اللحم ، وقال الشافعي : يجوز على اختلافها اذا ذكر أو صافها .

والمعتمد قول الشيخ ، لان ذلك لا يمكن ضبطه بالوصف ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة -١٣- قال الشيخ : الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ، سواء كان قبل القبض أو بعده وفي حق غيرهما ، وبه قال الشافعي .

(١) قواعد الاحكام ١٣٧/١ .

(٢) مختلف الشيعة ص ١٨٩ كتاب التجارة .

(٣) تحرير الاحكام ١٩٦/١ .

وقال مالك: الاقالة بيع . وقال أبو حنيفة: في حق المتعاقدين فسخ، وفي حق غيرهما بيع، وفائدته وجوب الشفعة بالاقالة، فعند أبي حنيفة تجب، وعندنا وعند الشافعي لا تجب .

وقال أبو يوسف: الاقالة فسخ قبل القبض، وبيع بعده الا في العقار، فان الاقالة بيع فيه سواء كان قبل القبض أو بعده، ولان بيع العقار جائز قبل القبض وبعده عنده .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٤- قال الشيخ: اذا أقاله بأكثر من الثمن أو أقل أو بجنس غيره كانت الاقالة فاسدة والمبيع على ملك المشتري كما كان، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة: تصح الاقالة، ويبطل الشرط. والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٥- قال الشيخ: تصح الاقالة في البعض، كما تصح في الجميع، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال مالك: لا يجوز وقال أحمد: هو مكروه. والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٦- قال الشيخ: اذا أقاله جاز أن يأخذ مثل ما أعطاه من غير جنسه مثل أن يكون أعطاه دنانير فأخذ دراهم أو عرضا يأخذ دراهم وما أشبه ذلك، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة: لا يجوز استحساناً. والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٧- قال الشيخ: اذا أسلف في شيء لا يجوز أن يشترك فيه غيره، ولا أن يوليه بالشركة، وهو أن يقول له رجل: شاركني في نصفه بنصف الثمن. والتولية أن يقول: ولني جميعه بجميع الثمن، أو ولني نصفه بنصف الثمن ولا يجوز، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك: يجوز .

والمعتمد جواز ذلك كله بعد الحلول لاقبله، نص عليه الاصحاب في مصنفاتهم.

مسألة -١٨- قال الشيخ : اذا قال المسلم للمسلم اليه : عجل لي حقي وآخذ دون ما أستحقه أو أردى منه بطيب من نفسه كان جائزاً .

وقال الشافعي : لا يجوز . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٩- قال الشيخ : لا يجوز السلف في البيض والجوز الا وزناً، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يجوز عدداً .

والمعتمد مذهب العلامة في القواعد^(١)، وهو وجوب الوزن في البيض، وجواز الكيل والوزن والعدد في الجوز ، لقلة التفاوت ، واختار في التحرير^(٢) مذهب الشيخ هنا ، واختار الشهيد مذهب القواعد .

مسألة -٢٠- قال الشيخ : لا يصح السلف في الرؤوس ، مشوية كانت أو نية فأما المشوية فلا خلاف فيها مثل اللحم المطبوخ ، فانه لا خلاف أنه لا يجوز السلم فيه، وأما النية فللشافعي قولان: أحدهما يجوز وزناً، وبه قال مالك، والثاني لا يجوز وبه قال أبو حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ ، لعدم امكان ضبطه بالوصف .

مسألة -٢١- قال الشيخ : اختلفت روايات أصحابنا في السلف في الجلود فروي أنه لا بأس به اذا شاهد الغنم، وروي أنه لا يجوز ، وبه قال الشافعي ولم يفصل وهو المعتمد ، لانه لا يمكن ضبطها ، لاختلف خلقتها .

مسألة -٢٢- قال الشيخ : اذا أسلم مائة درهم في كرطعام ، وشرط خمسين نقداً وخمسين ديناً له في ذمة المسلم اليه ، صح السلم فيما نقده بحصته ، ولا يصح في الدين ، وبه قال أصحاب أبي حنيفة .

وقال أصحاب الشافعي : لا يصح في الدين، وهل يصح في النقد؟ قولان: بناءً

(١) القواعد ١/١٣٦ .

(٢) التحرير ١/١٩٥ .

على تفريق الصفة ، واختار العلامة في القواعد^(١) والمختلف^(٢) مذهب الشيخ ، واختار في التحرير^(٣) الصحة ، وهو اختيار نجم الدين في الشرايع^(٤).

مسألة -- ٢٣ -- قال الشيخ : اذا أسلم في جنسين مختلفين كالحنطة والشعير صفة واحدة ، أو أسلم في جنس واحد الى أجلين أو آجال ، فان السلم صحيح وهو الاظهر من قول الشافعي ، وله قول آخر أنه لا يصح .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -- ٢٤ -- قال الشيخ : اذا اختلفا في قدر المبيع أو قدر الاجل ، كان القول قول البايح مع يمينه ، وان اختلفا في قدر الثمن كان القول قول المشتري .
وقال الشافعي : يتحالفان في جميع ذلك .
والمعتمد قول الشيخ ، لاصالة عدم الزيادة .

مسألة -- ٢٥ -- قال الشيخ : اذا خالف انسان أهل السوق بزيادة سعر أو نقصانه فلاغراض عليه ، وبه قال جميع الفقهاء الا مالكاً ، فانه قال : يقال له اما أن يبيع بسعر أهل السوق ، واما تنعزل .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -- ٢٦ -- قال الشيخ : اذا أسلف في تمر فأتاه بزيب ، أو أسلف في ثوب قطن فأتاه بكتان وتراضيا به كان جائزاً . وقال الشافعي : لا يجوز .
والمعتمد قول الشيخ ، أما لو أسلف في زيب رازقي وأتاه بخراساني أو أسلف بعنز فأتاه بضأن ، فللشافعي وجهان : أحدهما الجواز ، والاخر عدمه . وقال الشيخ :

(١) القواعد ١/١٣٨ .

(٢) المختلف ص ١٩٠ .

(٣) التحرير ١/١٩٥ .

(٤) الشرائع ٢/٦٣ .

يجوز ، وهو المعتمد .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : من كان له عند غيره سلم لا يخاف عليه ولا هو مما يحتاج الى موضع كثير لحفظه فيه ، فأتاه به قبل محلته لا يلزمه قبوله ولا يجبر عليه . وقال الشافعي : يجبر عليه ، وذلك مثل الحديد والرصاص وما شبه ذلك . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : اذا شرط عليه مكان التسليم وأعطاه في غيره وبذل له أجرة الحمل وتراضيا كان جائزاً . وقال الشافعي : لا يجوز أن يأخذ العوض عن ذلك . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : اذا أخذ المسلم السلم وحدث عنده فيه عيب ووجد فيه عيباً كان قبل القبض ، لم يكن له رده وكان له المطالبة بالارش ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : ليس له الارش . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : اذا جاء بأجود مما شرطه عليه من الصفة ، وقال : خذها واعطني بدل الجودة دراهم لم يجز ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يجوز ، وهو المعتمد ، نص عليه العلامة في التحرير^(١) جزمًا .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اذا أسلم جارية صغيرة في جارية كبيرة جاز ، وقال أبو اسحاق المرزي : لا يجوز ، وقال باقي أصحاب الشافعي : يجوز ، وهو المعتمد .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : استصناع الخفاف والنعال والوانى من الخشب والصفير والحديد والرصاص لا يجوز ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يجوز ، لان الناس قد اتفقوا على ذلك .

قال الشيخ : دليلنا عليه بطالانه انسا أجمعنا على انه لا يجب تسليمه ، وأنه بالخيار بين التسليم ورد الثمن ، والمشتري لا يلزمه قبضه ، فلو كان العقد صحيحاً لما جاز ذلك ، ولانه مجهول غير معلوم بالمعاينة ولا موصوف بصفة في الذمة .

والمعتمد قول الشيخ ، ومراده بعدم الجواز عدم اللزوم .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : يجوز أن يشتري قلعة بدراهم على أن يجعلها مشتركة ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يجوز .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : اذا قال اشتريت منك هذه القلعة واستأجرتك على أن تشرکہا أو تحذوها كان جائزاً .

واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من قال : فيه قولان ، لانه بيع في عقد اجارة ، ومنهم من قال لا يجوز قولاً واحداً ، لانه استأجره في العمل فيما لا يملك . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : اذا أذن لمملوك غيره أن يشتري نفسه له من مولاه بكذا فاشتراه به لا يصح ، ولأصحاب الشافعي وجهان : أحدهما مثل ما قلناه والثاني أنه يجوز .

والمعتمد الجواز ، لان عقد المولى اجازة لو كالتة ، والعبد يجوز أن يتوكل بأذن مولاه .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : اذا قال اشتريت منك أحد هذين العبدین بكذا ، أو أحد هذه العبيد الثلاثة لم يصح ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يصح اذا شرط الخيار ثلاثة أيام ، وأما في الاربعة فما زاد عليها فلا يجوز .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه بيع مجهول .

كتاب الرهن

- مسألة - ١ - قال الشيخ : يجوز الرهن في الحضر والسفر، وبه قال جميع الفقهاء . وقال مجاهد : لا يجوز الا في السفر ، وحكى ذلك عن داود .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
- مسألة - ٢ - قال الشيخ : يجوز الرهن على كل حق ثابت في الذمة، وبه قال جميع الفقهاء ، وحكى عن بعضهم ولم يذكر لشذوذه أنه لا يجوز الا في السلم .
والمعتمد قول الشيخ ، وعليه الاجماع .
- مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا قال انسان : من ردعدي فله دينار لم يجوز أخذ الرهن عليه الا بعد الرد، وبه قال ابن أبي هريرة من أصحاب الشافعي في الافصاح ومن اصحابه من قال : يجوز ذلك لانه آيل الى اللزوم .
والمعتمد قول الشيخ .
- مسألة - ٤ - قال الشيخ : لا يجوز شرط الرهن ولا عقده قبل الحق ، وبه قال الشافعي .
- وقال أبو حنيفة : يجوز عقده ، وقال : لو دفع اليه ثوباً وقال رهنتك هذا الثوب على عشرة دراهم تقرضنيها وسلم اليه ، ثم أقرضه من الغد جاز ولزم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : يلزم الرهن بالايجاب والقبول ، وبه قال مالك وأبو ثور .

وقال الشافعي وأبو حنيفة : عقد الرهن ليس بلازم بنفس العقد ، ولا يشترط القبض ، ويجبر الراهن على تسليمه بمجرد العقد ، جزم به صاحب التحرير^(١) ، وهو لازم من جهة الراهن ، جائز من جهة المرتهن ، لان له اسقاط حقه ، وليس للراهن اسقاط حق المرتهن .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا عقد الرهن وهو جائز التصرف ، ثم جن الراهن أو أغمي عليه أو مات ، لم تبطل الرهن ، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي ، وقال أبو اسحاق المروزي في الشرح يبطل الرهن .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : رهن المشاع جائز ، وبه قال الشافعي ومالك وقال أبو حنيفة : لايجوز .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : استدامة القبض ليس بشرط في الرهن ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : شرط .

والمعتمد عدم اشتراط القبض ، وعلى القول بالاشتراط لا يشترط استدامته .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا غلب على عقل المرتهن فولى الحاكم عليه رجلا لم يفسخ الرهن . وقال الشافعي : يكون الرهن بالخيار .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا أذن الراهن للمرتهن في قبض الرهن ، ثم

(١) التحرير ٢٠٢/١ .

رجع بالأذن ومنعه لم يكن له ذلك . وقال الشافعي : له ذلك .
وأعلم ان هذه المسألة فرع على اشتراط القبض وعدمه، فعلى القول باشتراط
القبض له المنع ما لم يقبض وعلى العدم ليس له المنع ، وهو المعتمد .
مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا رهنه ، ثم جن أو أغمي عليه ، جاز للمرتهن
قبضه .

وقال الشافعي : لا يجوز ، وهذه فرع على القبض أيضاً .
والمعتمد قول الشيخ .
مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا رهنه ودبعة عنده في يده وأذن له في قبضه
ثم جن ، فقد صار مقبوضاً .
وقال الشافعي : اذا لم يأت عليه زمان يمكن قبضه لم يصر مقبوضاً ، وهذه
فرع على القبض أيضاً .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا رهنه شيئاً ، ثم تصرف فيه الراهن بالبيع أو
الهبة أو الرهن عند آخر قبضه ، أو لم يقبضه قبضه البايع أو لم يقبضه ، أو أصدقه
امرأة ، لم يصح جميع ذلك .
وقال الشافعي : يكون فسخاً للرهن ، فان زوجها لم يفسخ الرهن .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : لا يجوز للوصي أن يشتري من مال اليتيم لنفسه
وان اشتراه بزيادة ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك ، وهو اختيار الشيخ في النهاية^(١)، واختاره
العلامة وابنه والشهيد وهو المعتمد .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ: اذا كان لرجل في يد رجل مال وديعة أو اجارة أو غصباً، فجمله رهأً عنده، بدين له عليه، كان الرهن صحيحاً بلاخلاف ويصير الرهن مقبوضاً باذنه .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني بصير مقبوضاً وان لم ياذن له فيه .

والمعتمد لزوم الرهن بنفس العقد ، سواء أذن في القبض أو لم ياذن ، وعلى القول باشتراط القبض بصير مقبوضاً وان لم ياذن بالقبض .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ: اذا غصب رجل من غيره عيناً، ثم جعلها المنصوب منه رهناً عند الغاصب قبل أن يقبضها منه ، فالرهن صحيح بالاجماع ، ولا يزول ضمان الغصب ، وبه قال الشافعي ومالك وأبو ثور .
وقال أبو حنيفة والمزني : يزول الضمان .

والمعتمد قول الشيخ، وهو اختيار نجم الدين ، والشهيد، وقواه العلامة في المختلف ، واختار في القواعد زوال الضمان .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ: اذا رهن جارية وقد أقر بوطنها ، فولدت لسته أشهر من وقت الوطىء فصاعداً الى تمام تسعة أشهر ، فالولد لاحق به وعند الشافعي الى أربع سنين ، ولا يفسخ الرهن في الام عندنا .

وقال الشافعي لها ثلاثة أحوال: اما أن يكون أقر بالوطىء في حال العقد، أو بعد العقد وقبل القبض، أو بعد القبض فان كان في حال العقد، فان المرتهن اذا علم باقراره ودخل فيه، فقد رضي بحكم الوطىء وما يؤدي اليه، فعلى هذا يخرج من الرهن، ولا خيار للمرتهن ان كان ذلك شرطاً في عقد البيع، وكذا اذا كان الاقرار بعد العقد وقبل القبض لانه لما قبض بعد العلم بالاقرار، فقد رضي بما يترتب على الوطىء، فلا خيار أيضاً، وان كان بعد القبض فهل يخرج من الرهن؟ قولان: أحدهما يبطل

اقراره ، والثاني يصح اقراره .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٨- قال الشيخ: اذا وطىء الراهن جاريته المرهونة وحملت وولدت فانها تصير أم ولد ولا يبطل الرهن، فان كان موسراً ألزم قيمة الرهن من غيرها لحرمة ولدها ويكون رهناً مكانها ، وان كان معسراً كان الدين باقياً وجاز بيعها فيه .

وللشافعي ثلاثة أقوال : أحدها يفرق بين الموسر والمعسر ، فان كان موسراً صارت ام ولد، وان أعتقها عتقت ووجب عليه قيمتها يكون رهناً ، وان كان معسراً لم يخرج من الرهن وتباع في حق المرتهن هذا نقله عنه المزني .

الثاني : يصير ام ولد ويعتق ، سواء كان موسراً أو معسراً ، لكن الموسر يجب عليه قيمتها يكون رهناً مكانها .

والثالث : لا يخرج من الرهانة وتباع بالدين ، سواء كان الراهن موسراً أو معسراً .

وقال أبو حنيفة : يصير أم ولد ويعتق ، سواء كان موسراً أو معسراً ، فان كان موسراً ألزم قيمتها يكون رهناً، وان كان معسراً يستسعى الجارية في قيمتها ان كانت دون الحق ويرجع بها على الراهن .

والمعتمد صيرورتها ام ولد، ولا تخرج عن الرهانة، فان كان موسراً أجبر على فكها عند حلول الدين ، وان كان معسراً بيعت به .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : لا يجوز للراهن وطىء الجارية المرهونة، سواء كانت ممن تحبل أو لا ، واختلف أصحاب الشافعي ، فقال ابن أبي هريرة مثل ما قلناه ، وقال المروزي : يجوز له وطؤها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ: اذا وطىء الراهن الجارية المرهونة بأذن المرتهن

لا يفسخ الرهن ، سواء حملت أو لم تحمل وان أعتقها باذنه انفسخ .

وقال الشافعي : اذا حبست انفسخ الرهن ، لانه اذن في فعل ينافي الرهن .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ: اذا وطىء المرتهن الجارية المرهونة باذن الراهن مع العلم بالتحريم لم يجب عليه المهر، وللشافعي قولان، أحدهما لا يجب، والاخر يجب .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ: اذا أتت هذه الجارية الموطوءة باذن الراهن بولد كان لاحقاً بالمرتهن بالاجماع، ولا يلزمه عندنا قيمته ، وللشافعي قولان : أحدهما يلزمه ، والثاني لا تلزمه .

واعلم ان الجمع بين قوله مع العلم بالتحريم وبين لحوق الولد مشكل، الا أن يقول : ان العلم بالتحريم انما هو من جهة الراهن دون المرتهن ، اذ لو كان المرتهن عالماً بالتحريم لكان زانياً ، فلا يلحق الولد بالاجماع ، والشيخ ادعى الاجماع على لحوقه ، ولا يتمشى الا على ما قلناه .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ: اذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن بشرط أن يكون الثمن رهناً كان صحيحاً، وللشافعي قولان : أحدهما يصح ، والثاني يبطل البيع .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : اذا قال المرتهن للراهن : بع الرهن بشرط أن تجعل ثمنه من ديني قبل محله، فاذا باع الرهن صح البيع ويكون الثمن رهناً الى وقت حلوله ، ولا يلزمه الوفاء بتقديم الحق .

وللشافعي قولان: أحدهما يبطل البيع، وقال المزني: يصح ويكون ثمنه رهناً

مكانه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : رهن أرض الخراج ، وهي أرض سواد العراق ، وحده من القادسية الى حلوان عرضاً ومن الموصل الى عبادان طولاً باطل .
 وللشافعي قولان : أحدهما ان عمر قسمها بين الغانمين فاستغلوها سنتين أو ثلاث ، ثم رأى من المصلحة أن يشترىها منهم لبيت المال فاستنزلهم عنها ، فمنهم من نزل بعوض ، ومنهم من ترك حقه ، فلما حصلت لبيت المال لامالك لها معين وقفها على المسلمين وأجرها منهم باجرة ضربها على الجربان ، فجعل على كل جريب نخل عشرة دراهم ، وعلى جريب الكرم ثمانية دراهم ، وعلى جريب الشجر ستة دراهم ، وعلى الحنطة أربعة دراهم ، وعلى جريب الشعير درهمين وبه قال الاصطخري ، والمأخوذ من القوم اجرة باسم الخراج .

وقال أبو العباس : مما وقفها ، ولكن باعها على المسلمين بثمن مضروب على الجربان ، فالمأخوذ من القوم ثمن ، فعلى قول أبي العباس فالرهن والبيع فيها صحيح ، وعلى قول الشافعي والاصطخري باطل .

وقال أبو حنيفة : ان عمر أقر هذه الارضين بيد أربابها المشركين وضرب عليهم الجزية على هذا القدر ، فمن باع منهم حقه على مسلم أو أسلم كان المأخوذ منه خراجاً ، ولا تسقط الجزية باسلامه ، وهي طلق تباع وتورث وترهن .
 والمعتمد عدم صحة رهن رقبة الارض ، ولو كان فيها بناء أو غرس جاز رهنه ولو رهن الجميع صح اذا كانت الارض تبعاً للبناء والغراس كالبيع ، والباطل في رقبة الارض ، وصح في البناء والغرس خاصة .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : اذا جنى العبد جنابة ثم رهنه بطل الرهن سواء كانت الجنابة عمداً أو خطأ .

ولاصحاب الشافعي ثلاثة طرق ، قال أبو اسحاق المسألة على قولين عمداً كانت أو خطأ أحدهما يصح ، والآخر لا يصح ، ومنهم من قال : ان كان عمداً صح قولاً واحداً ، وان كان خطأ ، فعلى قولين ، ومنهم من قال : ان كان خطأ بطل قولاً واحداً ، وان كان عمداً فعلى قولين ، قالوا : وهذا القول هو المذهب .

والمعتمد الصحة ، سواء كان القتل عمداً أو خطأ ، فان انفكه مولاه بقيت الرهانة والابطال ، فلو لم يعلم المرتهن كان له فسخ البيع المشروط فيه الرهانة .
مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : اذا رهن عنده رهناً على ألف وقبضه الرهن ، ثم اقترض ألفاً آخر على ذلك الرهن بعينه ، كان ذلك صحيحاً ، ويكون الرهن على الالفين ، وبه قال الشافعي في القديم ، واليه ذهب أبو يوسف ، وقال في الجديد : لا يصح وبه قال أبو حنيفة ومحمد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : اذا أقر أن عبده جنى على غيره أو أقر أنه غصبه من فلان ، ثم رهنه أو اباعه منه ، ثم رهنه أو أقر أنه أعتقه ، ثم رهنه وأنكر ذلك المرتهن كان اقراره لازماً ولا يلزم ذلك المرتهن .

وللشافعي قولان : أحدهما لا ينفذ اقرار ، وهو أصح القولين عندهم ، وبه قال أبو حنيفة ، والثاني ينفذ .

والمعتمد قول الشيخ ، قال : دليلنا اقرار العاقل على نفسه جائز ، فمن منع منه في موضع فعليته الدلالة .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : اذا دبر عبده ثم رهنه ، بطل التدبير وصح الرهن ان قصد بذلك فسخ التدبير ، وان لم يقصد الفسخ لم يصح الرهن .

وللشافعي ثلاثة أقوال : أحدها مثل ما قلناه اذا قال : انه وصية ، والثاني ان التدبير عتق بصحة ، فينفذ التدبير ويبطل الرهن ، لانه لا يصح الرجوع فيه الا بالبيع

أو بالهبة ، اما بالقول فلا يصح أن يقول فسخت التدبير ، ومنهم من قال : ان الرهن باطل سواء قلنا التدبير وصية أو عتق .

ثم قال الشيخ : وان قلنا انه يصح التدبير والرهن معاً ، لانه لادلالة على بطلان واحد منهما كان قوياً ، وبه قال قوم من أصحاب الشافعي ، واختاروه ، وهو المذهب عندهم ، واستحسن هذا الشهيد في دروسه ، واختار نجم الدين والعلامة بطلان التدبير وصحة الرهن ، وهو المعتمد لان التدبير وصية يصح الرجوع فيها بالقول وبالفعل .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : اذا علق عتق عبده على صفة ثم رهنه ، كان الرهن صحيحاً والعتق باطلاً ، سواء كان حلول الحق قبل حصول الشرط أو بعده أو لا يدري أيهما سبق .

وقال الشافعي وأصحابه : فيها ثلاث مسائل : احدها يحل الحق قبل العتق مثل أن يعلق عتقه بصفة الى سنة ، ثم رهنه بحق يحل بعد شهرين ، فالرهن صحيح . الثانية يوجد الصفة قبل حلول الحق ، مثل أن قال : أنت حر بعد شهر ، ثم رهنه بحق لا يحل الا بعد سنة ، فالرهن باطل .

الثالثة اذا لم يعلم أيهما السابق ، مثل أن يقول اذا قدم زيد فأنت حر ، ثم رهنه بحق الى سنة ، فلا يعلم متى يقدم زيد ، فهذه على قولين أحدهما يصح والثاني باطل . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة على أن العتق بصفة لا يصح ، واذا لم يصح ذلك كان الملك باقياً ويصح رهنه .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اذا رهنه عبداً ثم دبره ، كان التدبير باطلاً ، وبه قال الشافعي وأصحابه ، وحكى الربيع فيها قولاً آخر ، وهو صحة الرهن والتدبير معاً . استدل الشيخ باجماع الفرقة على أن الرهن لا يصح له التصرف ، والتدبير تصرف فيجب أن يكون باطلاً واختار العلامة في المختلف الصحة ، واختار في التحرير

وقوفه على اجازة المرتهن ، فان انفق قبل موت المولى بقى مدبراً ، وان باعه في الدين بطل التدبير ، وان مات قبل الفك قضى الدين من غيره وعق من الثلث ، وان لم يكن غيره قضى منه ويعتق ثلث الفاضل .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : اذا كان الرهن شاة فماتت ، زال ملك الراهن عنها وانفسخ الرهن اجماعاً ، فان أخذ الراهن جلدتها فدبغه لم يعد ملكه .

وقال الشافعي : يعود ملكه قولاً واحداً ، وهل يعود الرهن ؟ على وجهين ، قال ابن خيران : يعود ، وقال أبو اسحاق : لا يعود .

والمعتمد قول الشيخ ، لان جلد الميتة لا يطهر بالدباغ .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : اذا اشترى عبداً بألف ورهن به عسيراً وقبضه واختلفا ، فقال الراهن : أقبضتك عسيراً ، وقال المرتهن : أقبضتني خمرراً فلي الخيار ، كان القول قول المرتهن مع يمينه ، وبه قال أبو حنيفة والمزني وأحد قولي الشافعي ، والثاني القول قول الراهن ، وهو اختيار اسفرائني .

قال الشيخ : وهو قوي لانهما اتفقا على القبض ، وانما يدعي المرتهن أنه قبض فاسداً فعليه الدلالة ، والاصل الصحة ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : الخمر ليست مملوكة ، ويجوز امساكها للتخليل والتخليل . وقال الشافعي : ليست مملوكة ولا يحل امساكها ، وقال أبو حنيفة : هي مملوكة كالعصير ويجوز امساكها للتخليل والتخليل . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة على نجاستها وعدم تملكها وجواز امساكها للتخليل والتخليل .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : اذا رهن نخلاً مطلقاً ولم يشترط كون الطلع رهنأ لم يدخل الطلع في الرهن .

والشافعي قولان : أحدهما لا يدخل بدون الشرط ، وهو قوله في الجديد والآخر يدخل وهو قوله في القديم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : اذا رهن ما يسرع اليه الفساد ولم يشرط بيعه كان الرهن فاسداً .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل ماقلناه، والاخر يصح ويجبر على بيعه، وهذا هو المعتمد ويكون ثمنه رهناً .

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ : اذا رهن عنده شيئاً وشرط المرتهن اذا حل الحق يبيعه صح شرطه ، ويجوز توكيل المرتهن في بيع الرهن ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يصح شرطه ولا توكيله الا ان يحضره الراهن ، ومنهم من قال لا يجوز على كل حال .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : اذا رهن عنده رهناً وشرط أن يكون مودوعاً على يد عدل صح شرطه ، فاذا قبضه العدل لزم الرهن ، وبه قال جميع الفقهاء الا ابن أبي ليلى ، فانه قال : لا يصح قبضه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٣٩ - قال الشيخ : اذا عزل المرتهن العدل لم ينعزل .

وللشافعي قولان ، وكذا اذا عزل الراهن العدل عن البيع لم يفسخ وكالته وجاز له بيع الرهن ، وقال الشافعي : ينعزل .

والمعتمد قول الشيخ ان كانت الوكالة مشروطة في عقد الرهن ، والاجاز العزل وهو مذهب العلامة في القواعد ، قال : ولو أمر بالبيع عند الحلول فله ذلك وللراهن فسخ الوكالة الا أن يكون شرطاً في عقد الرهن وليس للمرتهن عزله ، لان العدل وكيل الراهن ، لكن ليس له البيع الا باذنه ، ولو لم يعزله لم يفسخ الا بتجديد اذن المرتهن ، لان البيع لحقه فلم يجز حتى يأذن فيه ولا يفتقر الى تجديد

اذن الراهن انتهى كلامه في القواعد^(١) وقال في التحرير ومع الحلول يفتقر العدل في بيعه الى تجديد اذن المرتهن اما الراهن فلا^(٢).

مسألة - ٤٠ - قال الشيخ: اذا أراد العدل بيع الرهن، فلا بد من اذن المرتهن ولا يلزم اذن الراهن ، لانه اذن له في بيعه في حالة التوكيل .
وللشافعي في اذن الراهن قولان: أحدهما مثل ماقلناه، والآخر لا بد من اذنه. والمعتمد قول الشيخ ، وهو فتوى القواعد .

مسألة - ٤١ - قال الشيخ : لا يجوز للعدل أن يبيع الرهن الا بضمن مثله حالاً ويكون من نقد البلد اذا أطلق له الاذن ، فان شرطه له جواز ذلك كان جائزاً، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يجوز له بيعه بأقل من ثمن المثل نسيئة حتى قال لو وكله في بيع ضيعة تساوي مائة ألف فباعها بدانق نسيئة الى ثلاثين سنة كان جائزاً .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٢ - قال الشيخ : اذا باعه بضمن مثله ، أو بما يتغابن الناس بمثله ثم جاءه الزيادة في حال خيار المجلس أو خيار الشرط ، فان قبلها كان له فسخ العقد، وان لم يقبلها لم يفسخ البيع. وللشافعي قولان: أحدهما مثل ماقلناه، والآخر يفسخ العقد على كل حال . والمعتمد قول الشيخ، وهو اختيار العلامة في التحرير .

مسألة - ٤٣ - قال الشيخ : الرهن غير مضمون، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة: مضمون بأقل الامرين . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
مسألة - ٤٤ - قال الشيخ : اذا باع العدل الرهن وقبض الثمن ، فهو من ضمان الراهن حتى يقبضه المرتهن ، لانه بدل الرهن ، فاذا تلف الثمن لم يسقط من حق المرتهن شيء ، وبه قال الشافعي .

(١) قواعد الاحكام ١/١٦٣ .

(٢) التحرير ١/٢٠٦ .

وقال أبو حنيفة : يسقط من حق المرتهن اذا تلف ثمن الرهن .
والمعتمد قول الشيخ ، وذهب ابن الجنييد من أصحابنا الى أنه من ضمان
المرتهن .

مسألة - ٤٥ - قال الشيخ : اذا باع العدل الرهن بتوكيل الراهن وقبض
الثلث وضاع من يده واستحق المبيع من يد المشتري ، فانه يرجع على الوكيل
والوكيل يرجع على الراهن ، وكذلك كل وكيل باع شيئاً فاستحق وضاع الثلث
في يد الوكيل ، فان المشتري يرجع على الوكيل ، والوكيل يرجع على الموكل
وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : في جميع هذه المسائل : يرجع على الموكل دون الوكيل
فأما اذا كان الموكل صيباً أو بساع الحاكم على اليتيم أو أمين الحاكم ، فانه
يرجع على الوكيل اجماعاً .

والمعتمد قول الشافعي ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١) والعلامة في
المختلف .

مسألة - ٤٦ - قال الشيخ : اذا غاب المترهنان وأراد العدل رده الى الحاكم
لغير عذر لم يجوز له ذلك ، ومتى رده الى الحاكم كانا ضامنين .

وقال الشافعي : ان كان السفر بحيث يجب التقصير وذلك في ستة عشر فرسخاً عنده
جاز أن يرده الى الحاكم ، وان نقص عن هذا المقدار كانا بحكم الحاضرين .
والمعتمد قول الشيخ ، وهو فتوى العلامة في القواعد والتحرير .

مسألة - ٤٧ - قال الشيخ : اذا شرط أن يكون الرهن عند عدلين ، فأراد
أحدهما أن يسلم الى الآخر حتى ينفرد بحفظه لم يكن له ذلك .

وللشافعي قولان ، قال أبو العباس بن سريج فيه وجهان ، أحدهما ليس له ،

والآخر يجوز ذلك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٨ - قال الشيخ : لايجوز للعدلين أن يقتسما بالرهن اذا كان مما يصح قسمته من غير ضرر مثل الطعام والشيرج ، وللشافعي قولان كالمسألة الاولى .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٩ - قال الشيخ : اذا استقرض ذمي من مسلم مالورهن عنده بذلك خمرأ يكون عند ذمي آخر يبيعهها عند محل الحق ، فباعها وجاءه بثمنها ، جاز له أخذه ولايجبر عليه .

ولاصحاب الشافعي في الاجبار عليها وجهان : أحدهما مثل ماقلناه ، والثاني

يجبر .

والمعتمد عدم جواز رهن الخمر عند المسلم ، وان وضعت على يد ذمي ، وهو المشهور عند أصحابنا ، فان باعها الذمي من ذمي وجاءه بالثمن أجبر على القبض أو الإبراء ، جزم به صاحب التحرير ، وهو المعتمد ، قال : ولو جعلت على يدمسلم فباعها على ذمي أو باعها الذمي على مسلم لم يجبر على قبض الثمن وهو جيد أيضاً .

مسألة - ٥٠ - قال الشيخ : اذا أقر العبد المرهون بجناية توجب القصاص

أو جناية الخطأ ، فاقراره باطل في الحالين .

وقال الشافعي : يقبل فيما يوجب القصاص ، لانه لايتهم على نفسه ، ولايقبل

في الخطأ لانها في حق الغير .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥١ - قال الشيخ : اذا باع شيئاً بثمن معلوم الى أجل معلوم وشرط

رهنأ مجهولاً ، فان الرهن فاسد ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : يصح ويجبر على رهن قيمته بقدر الدين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٥٢- قال الشيخ: اذا اختلف المتراهنان في عباين ، فقال المرتهن : رهنتني العباين وقال الراهن : رهنتك أحدهما ، أو اختلفا في قدر الحق ، فقال الراهن : رهنتك بخمسائة ، وقال المرتهن : بل بألف ، كان القول قول الراهن مع يمينه ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : القول قول من يشهد له قيمة الرهن ، فان كان الدين بقيمة العباين

كان القول قول المرتهن وان كان نفقة أحدهما كان القول قول الراهن .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٥٣- قال الشيخ : منفعة الرهن للراهن دون المرتهن ، وذلك مثل سكنى الءار وخدمة العباين وماشابه ذلك ، وكذلك نماء الرهن المنفصل عن الرهن لا يدخل في الرهن ، مثل الثمرة والولد والصوف واللبن وما أشبه ذلك ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : منفعة الرهن تبطل ، ولا تحصل للراهن ولا للمرتهن . وأما

النماء المنفصل ، فانه يدخل في الرهن .

وقال مالك : يدخل الولء ولا يدخل الثمرة ، لان الولء يشبه الاصل والثمرء لا يشبهه .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار العلامة .

مسألة -٥٤- قال الشيخ : ليس للمالك أن يكريء ءاره المرهونة ، ولا يسكنها

الا باذن المرتهن .

وقال الشافعي : له أن يكريءها بغير اذن وهل له أن يسكنها بنفسه ؟ فيه وجهان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستءل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة -٥٥- قال الشيخ : اذا زوج الراهن عبءه المرهون أو ءارته المرهونة

كان تزويجه صحيحاً ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : لا يصح تزويجه .

وقال الشيخ في المبسوط كقول له هنا ، الا أنه قال : لا يسلمها الى الزوج الا بعد الافتكاك^(١) . واختاره العلامة في التحرير ، واستقر به الشهيد ، وقال في المبسوط أيضاً : فان كانت أمة لا يجوز تزويجها لانه لا دليل عليه ، واختاره العلامة في المختلف^(٢) .

مسألة -٥٦- قال الشيخ : اذا شرط في الرهن شروطاً فاسدة ، كانت الشروط فاسدة ، ولا يبطل البيع ولا الرهن المشروط به .

وقال الشافعي : ان كان الشرط ينقص من حق المرتهن ، فانه يفسد قولاً واحداً وان زاد في حق المرتهن فيه قولان ، أحدهما يفسد ، والاخر لا يفسد ، واذا قال يفسد الرهن ، فهل يبطل البيع؟ فيه قولان أحدهما يبطل ، وهو الصحيح عندهم ، والثاني لا يفسد البيع ، واذا قال البيع صحيح ، كان البايع بالخيار بين أن يجبره بلارهن وبين أن يفسخه .

والمعتمد بطلان البيع المشروط به ، لعدم الرضا بدون حصول الشرط ، وهو مذهب العلامة .

مسألة -٥٧- قال الشيخ : اذا كان له على غيره ألف ، فقال له : اقرضني ألفاً آخر حتى أرهن عندك هذه الضيعة على ألفين ، صح ذلك ولم يمنع منه مانع . وقال الشافعي : لا يصح الرهن ولا القرض .

والمعتمد قول الشيخ ، لاصالة الصحة .

مسألة -٥٨- قال الشيخ : المسألة بحالها الا أن من عليه الالف قال للذي له

(١) المبسوط ٢/٢٣٨ .

(٢) مختلف الشيعة ص ١٤٣ ، كتاب الديون .

الالف : بعني عبدك هذا بألف على أن أرهنك داري هذه بهذا الالف ، وبالالف الاخرى فباعه صح البيع . وقال الشافعي : لا يصح .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٥٩- قال الشيخ: اذا رهن نخلا أو ماشية على أن ما أثمرت أو نتجت يكون رهناً معه ، صح الشرط والرهن والبيع .

وللشافعي أربعة أقوال : أحدها مثل ماقلناه ، والثاني الثلاثة فاسدة ، والثالث الشرط فاسد والرهن والبيع صحيحان ، ويكون البايع بالخيار ، والرابع يكون الشرط والرهن فاسدين والبيع صحيح .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٦٠- قال الشيخ : اذا قال : رهنتك هذا الحق بما فيه ، لا يصح الرهن فيما فيه بلاخلاف للجهل بما فيه ، ويصح عندنا في الحق .
وللشافعي في الحق قولان ، بناءً على تفريق الصفة .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٦١- قال الشيخ : الرهن غير مضمون عندنا ، فان تلف من غير تفريط ، فلا ضمان على المرتهن ، ولا يسقط دينه عن الراهن ، وبه قال الشافعي وابن حنبل .
وقال أبو حنيفة وسفيان الثوري : الرهن مضمون بأقل الامرين من قيمته والدين .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة -٦٢- قال الشيخ : اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ، قبل قوله مع يمينه سواء أن ادعى هلاكه بأمر ظاهر ، كالغرق والحرق والنهب ، أو أمر خفي مثل التلصص او السرقة الخفية أو الضياع ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : ان ادعى بأمر ظاهر قبل قوله مع يمينه ، واذا ادعى هلاكه بأمر خفي لا يقبل الابينة ، فان لم يكن له بينة وجب الضمان ، وهو ظاهر ابن الجنيدي

من أصحابنا .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٦٣- قال الشيخ : اذا كاتب عبده الى نجمين وأخذ رهناً صح الرهن

وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يصح .

والمعتمد قول الشيخ .

كتاب التفليس

مسألة ١- قال الشيخ : المفلس في الشرع من ركبته الديون وماله لايفيء بقضاؤها ، فاذا جاء غرماءه رد الى الحاكم وسألوه الحجر عليه ، فانه يجب على الحاكم أن يحجر عليه الامتداد نفقته، اذا ثبت دينهم عنده، وأنه حال غير مؤجل وأن صاحبهم مفلس لايفيء ماله بقضاء دينه .

ويتعلق بحجره ثلاثة أحكام : أحدها أن يتعلق ديونهم في المال الذي في يده والثاني أن يمنع من التصرف في ماله وان تصرف لم يصح، والثالث أن كل من وجد من غرمائه عين ماله كان أحق بها. ولومات هذا المديون قبل أن يحجر الحاكم عليه فهو بمنزلة مالو حجر عليه حال حياته يتعلق أحكام الثلاثة ، وبه قال الشافعي وابن حنبل .

وقال أبو حنيفة : لايجوز للغرماء أن يسألوا الحاكم الحجر ، فان سألوه وأدى اجتهاده الى الحجر عليه ، فان ديونهم لايتعلق بعين ماله ، بل يكون في ذمته ويمنع من التصرف في ماله كما قلناه، لان حجر الحاكم صحيح عنده، ولايجوز لمن وجد عين ماله من الغرماء أن يفسخ البيع، وانما يكون أسوة بينهم كما روينا في بعض الروايات ، وكذلك الحكم اذا مات .

وقال مالك مثل قولنا اذا حجر المحاكم عليه، فأما بعد الموت فانه قال: يكون اسوة للغرماء ولا يكون صاحب العين أحق بها من غيره .
والمعتمد قول الشيخ ، لكن مع الموت لا يختص بعين ماله الا مع الوفاء كما قاله في المسألة الاتية .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : اذا مات المديون كل من وجد عين ماله كان أحق بها ، اذا كان خلف وفاء للباقيين ، وان لم يخلف الا الشيء^(١) بعينه ، كانوا سواء ولم يكن واحد منهم أحق من غيره بعين ماله .

وقال أبو سعيد الاصطخري: كل من وجد منهم عين ماله كان أحق بها، سواء خلف وفاء أو لم يخلف ، وبه قال ابن الجنيدي من أصحابنا .

وقال باقي أصحاب الشافعي : اذا حلف وفاء للديون لم يكن لاحد أن يأخذ عين ماله ، وانما له ذلك اذا لم يخلف غيره عكس ما قلناه .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة، ولا فرق بين أن يكون الموت قبل الحجر أو بعده، نص عليه العلامة في التحرير، قال: لان الموت بمنزلة الحجر مع الوفاء^(٢)، أي : وفاء المال بالديون .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا باع شقصاً من دار أو أرض ، فلم يعلم شريكه بالبيع حتى فلس المشتري ، فلما سمع جاء يطالبه بالشفعة ، فانه يستحق الشفعة ويؤخذ ثمن الشقص منه ، ويكون بينه وبين الغرماء الباقيين .

وللشافعي فيه ثلاثة أقوال: أحدها وهو الصحيح عندهم مثل ما قلناه، والثاني أن البايع أحق بعين ماله ، ولاحق للشفيع ولاسائر الغرماء . والثالث أن الشفيع يأخذ الشقص بالشفعة ويؤخذ منه الثمن فيختص به شريكه البايع ولاحق للغرماء فيه .

(١) في الاصل : التي .

(٢) تحرير الاحكام ١/٢١٣ .

والمعتمد قول الشيخ، وهو اختيار العلامة، لان المشتري اذا أفلس أنتقل حق المبيع عنه الى الغرماء ولم يكن المبيع قائماً، فلم يكن البايح أحق به، لان حق الشفيع ثابت على المشتري حين العقد، فيؤخذ ثمنه منه ويكون اسوة للغرماء ولا يكون احق بالثمن، لان الحق انما ثبت له في عين ماله، أما في ثمنه فلا.

مسألة - ٤ - قال الشيخ: اذا اختار عين ماله في الموضوع الذي له ذلك فقال له الغرماء: ما نحن نعطيك ثمن العين ونسقط حقتك من العين لم يجب عليه قبوله، وبه قال الشافعي.

وقال مالك: يجبر على قبول الثمن، ويسقط حقه من العين، وفائدته ان الثمن العين ربما كان أكثر فيرتفق الغرماء.

والمعتمد قول الشيخ.

مسألة - ٥ - قال الشيخ: اذا باع من رجل عبيدين قيمتهما سواء بثمان وافلس المشتري بالثمن، وكان قد قبض منه قبل الافلاس نصف ثمنها، فان حقه يثبت في العين، وبه قال الشافعي في الجديد، وقال في القديم: اذا قبض بعض ثمن العين لم يكن له فيها حق اذا وجدها، وبه قال مالك.

والمعتمد قول الشيخ، وهو اختيار العلامة، فيرجع بنصف العبيدين.

مسألة - ٦ - قال الشيخ: اذا باع زيتاً فخلطه بأجود منه، سقط حق البايح من العين، وبه قال الشافعي. وقال المزني: لا يسقط.

والمعتمد قول الشيخ.

مسألة - ٧ - قال الشيخ: اذا باعه ثوباً، فقصره أو قطعه قميصاً، أو خاطه بخيوط منه، أو باعه حنطة فطحنها أو غزلا فنسجه، ثم أفلس بالثمن، فالبايح أحق بعين ماله، ويشاركه المفلس فيها، ويستحق أجرة المثل في العمل عليه، وهو اختيار الشافعي.

وقال المزني : لا يشاركه فيها ، ويختص البايع بها .
والمعتمد قول الشيخ ، قال : لان هذه الصنایع اذا كان لها أجره والعمل غير
منفصل من العين وجب أن يشاركه صاحب العين فيها بأجرته ، والا أدى الى بطلان
حقه .

واختاره العلامة في التحرير ، قال : فان كان المفلس عمل فيها بنفسه أو
بأجره وفاها كان شريكاً للبايع ، قال : وان دفع البايع الزيادة بالعمل أجبر المفلس
على قبوله للغرماء ، وان لم يدفع يبيع الجميع ودفع ما قابل الاصل الى البايع وما
قابل الزيادة الى الغرماء^(١) .

واختار في القواعد قول المزني ، وجعل قول الشيخ احتمالاً ، والعمل على
قوله في التحرير .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا قسم الحاكم مال المفلس ، ثم ظهر غريم آخر
فان الحاكم ينقض القسمة ويشاركهم هذا الغريم ، وبه قال الشافعي .
وقال مالك : لا ينقض القسمة ، وانما يكون دين هذا الغريم فيما يظهر للمفلس
من المال بعد ذلك .

واختار العلامة في القواعد^(٢) أنه يرجع على كل واحد بحصته يقتضيها الحساب
وفي التحرير اختار مذهب الشيخ ، وهو نقض القسمة ، وهما قويان .
مسألة - ٩ - قال الشيخ : عندنا أن للحاكم أن يحجر على من عليه الدين ،
وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يحجر عليه بل يحبسه أبداً حتى يقضيه .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقه .

(١) تحرير الاحكام ٢١٤/١ .

(٢) قواعد الاحكام ١٧٥/١ .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ: يجوز للحاكم أن يبيع مال المفلس ويقسمه على الغرماء ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ليس له ذلك ، وانما يجبره على بيعه ، فان باعه والاحبسه الى أن يبيعه ، ولا يتولاه بنفسه من غير اختياره .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١١ - قال الشيخ: اذا أفلس الرجل وحجر عليه الحاكم، ثم تصرف فيما له : اما بالهبة، أو البيع، أو الاجارة ، أو العتق، أو الكتابة، أو الوقف ، كان مصرفه باطلا .

وللشافعي قولان : أحدهما يبطل وهو الصحيح عندهم ، والثاني أنه يكون موقوفاً ويقسم ماله ويبقى ما تصرف فيه فان فضل صح تصرفه والابطل .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ: اذا أقر المحجور عليه بدين زعم أنه كان عليه قبل الحجر ، قبل اقراره وبشارك الغرماء ، وهو اختيار الشافعي ، وله قول آخر أنه يكون في ذمته يقضى من الفاضل عن ديون الغرماء، وهو اختيار العلامة في الارشاد .
والمعتمد قبول اقراره بالدين والعين مع عدم التهمة، ومعها لا يقبل على الغرماء وتؤخر العين المقر بها، فان فصلت عن ديون الغرماء دفعت الى المقر له، والافهي للغرماء ، والدين يقضى من الفاضل عن الغرماء مع التهمة والاشارك .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : لا يحل الديون المؤجلة بالحجر، وهو أحد قولي الشافعي ، وهو الصحيح عندهم ، وبه قال المزني، وللشافعي قول آخر أنها يحل وهو مذهب مالك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : من مات وعليه دين مؤجل حل عليه بموته ، وبه

قال الشافعي ومالك وأبو حنيفة .

وقال الحسن البصري : لا يحل . فأما اذا كان له ديون مؤجلة ، فلا تحل بموته بلا خلاف ، الا رواية شاذة رواها أصحابنا أنها تصير حالة .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل على بطلان مذهب الحسن باجماع الفرقة بل باجماع المسلمين ، وذهب في النهاية^(١) الى حلول ماله عملا بالرواية^(٢) الشاذة .
مسألة ١٥- قال الشيخ : اذا أفلس من عليه الدين ، وكان مافي يده لايفي بديونه فانه لايراجر ليكتسب ويدفع الى الغرماء ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ومالك وأكثر الفقهاء .

وقال أحمد واسحاق : يؤاجر ويؤخذ أجرته فيقسم بين غرمائه .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو المشهور عند الاصحاب .

مسألة ١٦- قال الشيخ : المفلس اذا ماتت زوجته وجب أن تجهز من ماله وللشافعي قولان : أحدهما يجب ، والثاني لا يجب .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ١٧- قال الشيخ : المفلس لا يجب عليه بيع داره التي يسكنها ، ولا خادمه الذي يخدمه . وقال الشافعي : يجب عليه ، وبه قال باقي الفقهاء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، مع أن ابن الجنيدي من الفرقة ووافق الفقهاء على وجوب البيع .

مسألة ١٨- قال الشيخ : اذا ادعى المفلس على غيره مالا ولم يكن له بينة فرد عليه اليمين فلم يحلف ، لايرد على الغرماء .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل ماقلناه قاله في الجديد ، وقال في القديم : يرد

(١) النهاية ص ٣١٠ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٩٠/٦ .

عليهم ، فاذا حلفوا أخذوه واقتسموه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٩- قال الشيخ : اذا باع الحاكم على رجل ماله أو الولي ، مثل الاب والمجد والحاكم وأمينه ، ثم استحق المال ، فان ضمان المهدة يجب على من يبيع عليه ماله ، فان كان حيا كان في ذمته ، وان كان ميتاً كان في تركته ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : يجب على الوكيل ، وقال : الحاكم وأمينه لا يضمنان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٢٠- قال الشيخ : تقبل البينة على اعسار الانسان ، وبه قال الشافعي وأبوحنيفة .

وقال مالك : لا تقبل البينة على الاعسار ، سواء كانت من أهل المعرفة الباطنة أولا .

والمعتمد قول الشيخ قال : دليلنا أن هذه الشهادة ليست على مجرد النفي وانما يتضمن اثبات صفة وهي الاعسار .

مسألة -٢١- قال الشيخ : اذا قامت البينة على الاعسار وجب سماعها في الحال ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : يحبس المفلس شهرين هذا رواية الاصل ، وقال الاضطخري : يحبس شهراً ، وروى أربعة أشهر ثم يسمع البينة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة -٢٢- قال الشيخ : اذا أقام من عليه الدين البينة على اعساره وسأل الغرماء يمينه كان لهم ذلك ، وللشافعي قولان .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار العلامة .

واعلم أن اليمين انما يجب مع البيئتين فيما اذا قامت البيئتان على الاعسار مطلقاً ،
أما لو قيدت بتلف المال ، فانه لا يمين مع البيئتين .

قال العلامة في القواعد: ولا يجوز حبسه مع ظهور فقره ، ويثبت باقرار الغريم
أو البيئتين المطلقة على باطن أمره الى قوله: ولو شهد عدلان بتلف ماله قبل بغير يمين
وان لم يكن مطلعة على باطنه ، ولو شهدا بالاعسار مطلقاً لم يقبل الا مع الصحبة
المؤكدة ، وللغرماء احلافه مع البيئتين^(١) وقال في التحرير^(٢) مثل ذلك ، فقد ظهر
أن اليمين مع البيئتين ليس على الاطلاق .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ: اذا ثبت اعساره وخلاه الحاكم ، لم يكن للغرماء
ملازمته الى أن يستفيد مالا ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يجوز لهم ملازمته ، فيمشون معه ولا يمتنعونه من التكسب
والتصرف ، فاذا رجع الى بيئته ، فان أذن لهم بالدخول معه دخلوا ، وان لم يأذن
لهم منعه من الدخول وبيتوه معهم برأ .

والمعتمد قول الشيخ ، لعموم « وان كان ذو عسرة فظنرة الى ميسرة »^(٣) .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ: اذا فك حجره فادعى الغرماء أن له مالا يسأله الحاكم
فان أقربه ولم يكن المال وفاء لديونهم وحدث ديان آخر بعد فك الحجر سوى
الحاكم بينهم في القسمة الذين حدثوا بعد الفك والذين قبلهم ، وبه قال الشافعي .
وقال مالك يختص به الذين حدثوا بعد فك الحجر .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : من له على غيره مال مؤجل الى شهر وأراد من

(١) قواعد الاحكام ١/١٧٦ .

(٢) تحرير الاحكام ١/٢١٦ .

(٣) سورة البقرة : ٢٨٠ .

عليه الدين السفر الى موضع بعيد مدة سنة، لم يكن لصاحب الدين منعه ولا مطالبته بكفيل ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة .

وقال مالك : له مطالبته بكفيل . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : ولو كان سفره للجهاد فليس له أيضاً منعه ، وهو

ظاهر قول الشافعي ، واختاره المروزي ، ومن اصحابه من قال: له مطالبته بالوثيقة أو منعه من الجهاد .

والمعتمد قول الشيخ .

كتاب الحجر

مسألة - ١ - قال الشيخ : الانبات دلالة على بلوغ المسلمين والمشركين ،
وأنكره أبو حنيفة في الفريقين ولم يحكم به بحال .
وقال الشافعي : هو دلالة على بلوغ المشركين ، وفي دلالته على بلوغ المسلمين
قولان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم من غير تفصيل .
مسألة - ٢ - قال الشيخ : يراعى في حـد الذكور في البلوغ خمس عشرة
سنة ، وبه قال الشافعي ، وفي النساء تسع سنين .
وقال الشافعي : خمس عشرة سنة مثل الذكور . وقال أبو حنيفة : الانثى يبلغ
باستكمال سبع عشرة سنة ، وعنه في الذكور روايتان : احديهما تسع عشر سنة ،
والاخرى ثمان عشرة سنة .

وحكي عن مالك أنه قال : البلوغ بأن يغلظ الصوت وينشق الغضروف وهو
راس الانف ، وأما السنين فلا يتعلق به البلوغ .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : لا يدفع المال الى الصبي ولايفك حجره حتى يبلغ

بأحد ما قدمنا ذكره ، ويكون رشيداً ، وحده أن يكون مصلحاً لِماله عدلاً في دينه ولو كان مصلحاً لِماله غير عدل في دينه أو بالعكس لم يدفع إليه ماله ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : إذا كان مصلحاً لِماله مدبراً له وجب فك حجره ، سواء كان عدلاً مصلحاً لدينه أو لم يكن ، وهذا هو المشهور عند أكثر أصحابنا ، وهو المعتمد .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : إذا لم يحصل الرشد لا ينفك الحجر إلى أن يصير شيخاً كبيراً ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : إذا بلغ خمساً وعشرين سنة فك حجره على كل حال ، ولو تصرف في ماله قبل بلوغ خمس وعشرين سنة صح تصرفه في البيع والشراء والاقرار .

والمعتمد قول الشيخ ، لعدم «فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم»^(١) وهذا لم يونس منه الرشد .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : إذا بلغت المرأة رشيدة دفع إليها مالها وجاز لها أن تتصرف فيه ، سواء كان لها زوج أو لم يكن ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : ان لم يكن لها زوج لا يدفع إليها مالها ، وان كان لها زوج دفع إليها مالها ، ولا يجوز لها أن تتصرف الا باذن زوجها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : إذا بلغ الصبي واونس منه الرشد ودفع إليه ماله ثم صار مبذراً مضيعاً لِماله في المعاصي حجر عليه ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد . وقال أبو حنيفة وزفر : لا يحجر عليه وتصرفه نافذ في ماله .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا صار فاسقاً الا أنه غير مبذر ، فالاحوط أن يحجر عليه .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل ماقلناه ، وهو اختيار أبي العباس بن سريج ، والثاني لا يحجر عليه ، وهو اختيار المروزي ، وهذا هو المعتمد ، وعليه أكثر أصحابنا .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : المحجور عليه اذا كان بالغاً يقع طلاقه ، وبه قال جميع الفقهاء الا ابن أبي ليلى .

والمعتمد قول الشيخ ، وادعى عليها الاجماع .

كتاب الصلح

مسألة - ١ - قال الشيخ: الصلح على الإنكار جائز ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وقالوا : لا يجوز الصلح الا مع الإنكار .

وقال الشافعي: لا يجوز الصلح على الإنكار ، قال: وصورة المسألة أن يدعي رجل على غيره عيناً في يده أو ديناً في ذمته ، فأنكر المدعى عليه ، ثم صالحه على مال يتفقان عليه لم يصح الصلح ولم يملك المدعي المال الذي قبضه من المدعى عليه ، ووجب على المدعي رده عليه ، وكان على دعواه كما كان قبل الصلح ، وان كان قد صرح بإبرائه مما ادعاه واسقاط حقه عنه ، لانه أبرأه ليسلم له ما قبضه .

قال الشيخ : وعندنا وعند أبي حنيفة ومالك يملكه المدعى وليس للمدعى عليه مطالبته ، وقول الشيخ هو المعتمد .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : اذا أخرج من داره روشناً السى طريق المسلمين وكان عالياً لا يضر بالمارة ، ترك ما لم يعارض به أحد من المسلمين ، فان عارض فيه واحد منهم وجب قلعه ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي: لا يجب قلعه اذا لم يضر بالمارة وترك ، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد ، وهو المشهور عند أصحابنا ، وهو المعتمد .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : معاهد القمط هو مشاد الخيوط اذا كان السى أحد الجانبيين وكان الخلف في الخص، قدم دعوى من كان العقد اليه، وبه قال أبو يوسف وزاد بخوارج الحائط وانصاف اللبن ويقدم بهما .

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يقدم بشيء من ذلك، وهو المشهور عند أصحابنا وهو المعتمد .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا تداعيا جداراً بين ملكيها ، وهو غير متصل ببناء أحدهما ، وانما هو مطلق لاحدهما عليه جذوع ، فانه لا يحكم بالحائط لمن الجذوع له ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يحكم لمن له عليه جذوع اذا كان أكثر من واحد فان كان واحداً فلا يقدم به بلا خلاف .

والمعتمد الحكم لصاحب الجذع أو الجذوع ، نص عليه أكثر الاصحاب .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا تنازع اثنان في دابة أحدهما راكبها والاخر آخذ بلجامها، ولم يكن مع أحدهما بينة، جعلت بينهما نصفين، وبه قال المروزي .
وقال أبو حنيفة وباقي الفقهاء: يقضي فيها للراكب ، واختاره في المبسوط^(١) وهو المعتمد .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا كان حائط مشترك بين نفسين ، لم يجوز لاحدهما أن يدخل فيه خشبة خفيفة لاتضر بالحائط ضرر كثيراً الاباذن صاحبه ، وبه قال الشافعي في الجديد ، وقال في القديم : يجوز ذلك ، وبه قال مالك .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا كان جدار بين نفسين ، فأذن أحدهما لصاحبه أن يضع عليه خشباً يبنى عليه ، فبنى عليه ثم انهدم السقف أو قلع ، فليس له أن يعيد

(١) المبسوط ٢/٢٩٦ - ٢٩٧ .

الاباذن جديد ، وهو أحد قولي الشافعي ، والقول الآخر يجوز .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا كان لرجل بيت وهليه غرفة لآخر وتنازعا في سقف البيت الذي عليه الغرفة أقرع بينهما ، فمن خرج اسمه حلف لصاحبه وحكم له به ، وان قلنا انه يقسم بينهما نصفين كان جائزاً .

وقال الشافعي : يحلفان ويقسم بينهما . وقال أبو حنيفة : القول قول صاحب السفلى . وقال مالك : القول قول صاحب العلو ، وهو اختيار ابن الجنيدي وابن ادريس والعلامة في المختلف^(١) ، لان الغرفة انما يتحقق بالسقف ، لانه أرضها فالغرفة لا يكون بغير أرض ، والبيت يكون بغير سقف ، وهذا هو المعتمد .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا كان بين رجلين حائط وانهدم وأراد أحدهما ان يبنيه وطالب الآخر بالانفاق معه لا يجبر على ذلك ، وكذلك اذا كان بينهما نهراً وبئر ، وكذا ان كان بينهما دولاب يحتاج الى العمارة ، وكذا ان كان السفلى لواحد والعلو لآخر فانهدم ، فلا يجبر صاحب السفلى على إعادة الحيطان التي يكون عليها الغرفة ، وبه قال أبو حنيفة .

وللشافعي قولان : أحدهما لا يجبر ، قاله في الجديد ، والآخر يجبر قاله في القديم ، وبه قال مالك ، وقال في الغرفة يجبر صاحب السفلى على الانفاق منفرداً ولا يغرم صاحب العلو شيئاً والثاني لا يجبر .

والمعتمد قول الشيخ ، لاصالة براءة الذمة .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا أتلّف على غيره ثوباً يساوي ديناراً وأقر له به وصالحه على دينارين لا يصح ذلك ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك ، وهو اختيار ابن ادريس ، ومن تأخره من

(١) المختلف ص ١٩ كتاب الصلح .

أصحابنا ، وهو المعتمد .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا أقر له بمال مجهول وصالحه على مال معلوم صح الصلح ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يصح .

والمعتمد الصحة مع جهالة المقر لامع علمه .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا كان لرجل داران في زقاقين غير نافذين وظهر كل واحدة منهما الى الاخر ، فأراد أن يفتح بين الدارين باباً حتى ينفذ كل واحدة منهما الى الاخرى كان له ذلك ، وبه قال أبو الطيب الطبري من أصحاب الشافعي وقل باقي أصحابه : ليس له ذلك . قال أبو الطيب : لأعرف خلافاً فيه .

والمعتمد قول الشيخ .

كتاب الحوالة

مسألة - ١ - قال الشيخ: المحتمل هو الذي يقبل الحوالة، ولا بد من اعتبار رضاه ، وبه قال جميع الفقهاء الا داود ، فانه لم يعتبر رضاه ، بل متى حاله من عليه الحق لزمه ذلك .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : المحال عليه يعتبر رضاه ، وبه قال المزني وأبو سعيد الاصطخري ، والمشهور من مذهب الشافعي أنه لا يعتبر رضاه .
والمعتمد قول الشيخ ، لكن لا يشترط مقارنة قبوله لعقد الحوالة ، فلو حال على الغائب فرضي عند اجتماعه بالمحتمل جاز ذلك، نص عليه العلامة في القواعد في باب الوكالة، قال : ولو ادعى أحالة الغائب عليه وصدقه ، احتمل قوياً وجوب الدفع اليه وعدمه ، لان الدفع غير مبريء ، لاحتمال انكار المحيل^(١) انتهى كلامه ، وهو نص على ما قلناه .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا أحاله على من ليس له عليه دين وقبل صحت الحوالة . وقال الشافعي : المذهب أن ذلك لا يصح .

(١) قواعد الاحكام ١/٢٦٠ .

والمعتمد الصحة .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا صححت الحوالة يحول المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، وبه قال جميع الفقهاء الازفر من الهذيل .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا تحول الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، فانه لايعود الى ذمة المحيل ، سواء بقي على غناه أو افتقر أو جحده حقه وحلف عند الحاكم أو مات مفلساً ، أو أفلس وحجر عليه الحاكم ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : له الرجوع اذا جحده المحال عليه ، أو مات مفلساً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا شرط المحتمل في الحوالة ملاءة المحال عليه فوجده معسراً ، أو لم يشرط فوجده معسراً لم يصح الحوالة .

وقال أبو العباس بن سريج: الذي يقتضيه أصول الشافعي أن له الرجوع اذا شرط الملاءة فوجده بخلافه، والاول قول المزني، وهو الذي صححه أصحابه . والمعتمدان شرط لزوم الحوالة ملاءة المحال عليه، أو علم المحتمل باعساره فلو أحاله على معسر وأم يعلم المحتمل باعساره كان له فسخ الحوالة والرجوع على المحيل ، سواء شرط أو لم يشرط .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا اشترى عبداً بألف درهم وأحال بالالف وقبل البايع صححت الحوالة، ثم وجد المشتري بالعبدياً فرده وفسخ البيع هل تبطل الحوالة؟ الصحيح أنها تبطل ، وبه قال المزني وأبو اسحاق .

وقال أبو علي الطبري : ذكر المزني في الجامع الكبير أن الحوالة صحيحة واختاره هو .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار نجم الدين .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا أحال رجل على رجل بحوالة واختلفا ، فقال المحيل : أنت وكيل ، وقال المحتمل : انما أحلنتني عليه لآخذ ذلك لنفسي على وجه الحوالة بمالي عليك ، واتفقا على أن القدر الذي جرى بينهما من اللفظ أنه قال أحلتك عليه بمالي من الحق وقبل المحتمل ذلك ، كان القول قول المحيل ، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي . وقال ابن سريج : القول قول المحتمل .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار العلامة في القواعد^(١) ، وظاهر التحرير^(٢) أن القول قول المحتمل .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : الحوالة عند الشافعي بيع وليس لأصحابنا في ذلك نص ، والذي يقتضيه المذهب أنه عقد قائم بنفسه ، هذا وهو المعتمد .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : لا تجوز الحوالة بما لا مثل له من الثياب والحيوان اذا ثبت في الذمة بالقرض ، وتجاوز اذا كان في ذمته حيوان وجب عليه بالجناية مثل أرش الموضحة وغيرها تصح الحوالة فيها ، وكذلك تصح أن يجعلها صداقاً لامرأته .

واختلف أصحاب الشافعي فيه ، فقال بعضهم : لا يجوز وانما يجوز فيما له مثل ، وقال ابن سريج : يجوز فيما يثبت في الذمة وهو معلوم ، واذا كان في ذمته حيوان هل يصح الحوالة به ؟ فيه وجهان .

والمعتمد جواز الحوالة بكل حق مالي وان لم يكن مثلياً .

(١) قواعد الاحكام ١/١٨٢ .

(٢) تحرير الاحكام ١/٢٢٨ .

كتاب الضمان

مسألة ١- قال الشيخ : ليس من شرط الضمان أن يعرف المضمون له أو المضمون عنه .

وللشافعي ثلاثة أوجه: أحدها مثل ماقلناه، والثاني يشترط معرفتهما، والثالث يشترط معرفة المضمون له دون المضمون عنه .

والمعتمد قول الشيخ، ولا يشترط حضور المضمون عنه بل يشترط تمييزه عن غيره بما يمكن الفصل الى الضمان عنه أما المضمون له فيشترط حضوره ليقبل الضمان ، ولا يشترط معرفته باسمه ونسبه .

مسألة ٢- قال الشيخ : ليس من شرط صحة الضمان رضاهما أيضا ، وان قيل من شرطه رضا المضمون له كان أولى .

وقال الشافعي : المضمون عنه لا يعتبر رضاه ، والمضمون له فيه قولان .
والمعتمد اعتبار رضا المضمون له دون المضمون عنه .

مسألة ٣- قال الشيخ : اذا صح الضمان انتقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ، وليس له مطالبته غير الضامن ، وبه قال أبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة .

وقال الشافعي وباقي الفقهاء : ان المضمون له مخير بين مطالبة أيهما شاء .
وقال مالك : لا يطالب الضامن الامع تعذر مطالبة المضمون عنه لغيبته أو
افلاس .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٤ - قال الشيخ : اذا ضمن بغير اذن المضمون عنه وأدى بغير اذنه
فانه يكون متبرعاً ولا يرجع به عليه، وبه قال الشافعي . وقال مالك وأحمد: يرجع عليه.
والمعتمد عدم الرجوع وان ادى باذنه اذا ضمن بغير اذنه .

مسألة ٥ - قال الشيخ: اذا ضمن عنه باذنه وأدى بغير اذنه، فانه يرجع عليه .
واختلف أصحاب الشافعي في ذلك، فقال ابن أبي هريرة مثل ماقلناه، وقال
أبو اسحاق : ان أدى عنه مع امكان الوصول اليه واستيذانه لم يرجع، وان أدى
مع تعذر ذلك رجع عليه .

والمعتمد قول الشيخ، لانتقال المال الى ذمة الضامن بنفس الضمان ، فالاذن
بعد ذلك لا عبرة به .

مسألة ٦ - قال الشيخ: يصح ضمان مال الجعالة بعد الفعل، وللشافعي وجهان:
أحدهما الصحة ، والاخر العدم .

والمعتمد قول الشيخ ، لثبوته في الذمة بعد الفعل .

مسألة ٧ - قال الشيخ : يصح ضمان مال المسابقة ، وقال الشافعي : ان
جعلناه مثل الاجارة صح ضمان ذلك ، وان جعلناه مثل الجعالة فهو على وجهين .
والمعتمد صحة ضمانه بعد الفعل وقبله ، وكذا مال الجعالة يصح ضمانه بعد
الفعل وقبله ، جزم العلامة في القواعد^(١) والتحرير^(٢) بذلك .

(١) قواعد الاحكام ١٧٨/١ .

(٢) تحرير الاحكام ٢٢١/١ .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا جنى على حر ، فاستحق بالجناية ابلا صح ضمانها ، وللشافعي قولان : بناءً على جواز بيعها واصداقها .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : نفقة الزوجة المستقبلية لا يصح ضمانها .
وللشافعي قولان اذا قال : يجب النفقة بنفس العقد صح ضمانها ، واذا قال يجب بالتمكين قال لا يصح .
والمعتمد عدم الصحة .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : يصح ضمان الثمن في مدة الخيار .
وللشافعي طريقان : أحدهما وهو الصحيح عندهم أنه يصح ، والاخر لا يصح
لانه مثل مال الجمالة ، وهو على وجهين .
والمعتمد الصحة .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : يصح ضمان عهدة الثمن اذا خرج المبيع مستحقاً
اذا سلم الثمن الى البايع ، وبه قال أكثر الفقهاء ، وهو المشهور من مذهب الشافعي .
وقال أبو العباس بن سريج وأبو العباس بن القاص : لا يصح .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : لا يصح ضمان المجهول ، سواء كان واجباً أو لم يكن ، ولا يصح ضمان مالٍ يجب ، سواء كان معلوماً أو مجهولاً ، وبه قال الشافعي والثوري وابن حنبل . وقال أبو حنيفة : يصح ضمان ذلك .

والمعتمد صحة ضمان المجهول كما في ذمته ، ويضمن ما يقوم به البينة لاما يقربه الغريم ولا ما يجده في دفتره ، وهذا هو المشهور عند أصحابنا قال به الشيخ في النهاية^(١) ، والمفيد ، وابن البراج ، ونجم الدين ، والعلامة ، وغيرهم .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا ضمن العبد الذي لم يؤذن له بالتجارة بغير اذن مولاه لا يصح ضمانه ، وبه قال أبو سعيد الاصطخري ، وحكى ذلك عن ابن سريج وقال ابن أبي هريرة : يصح ، وحكى ذلك عن أبي اسحاق المروزي . واختار العلامة في المختلف^(١) الصحة مطلقا ، ويتبع به مع عدم الاذن بعد العتق . واختار في التحرير^(٢) عدم الصحة بدون الاذن ، سواء كان مأذوناً أو لم يكن . والمعتمد الصحة ويتخير مع عدم العلم .

القول في الكفالة :

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : كفالة الابدان تصح ، وبه قال أبو حنيفة وغيره من الفقهاء ، وهو المشهور من مذهب الشافعي ، ونقل عنه المروزي قولاً آخر أنها لا تصح . والمعتمد الصحة .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا تكفل برجل فغاب المكفول غيبة يعرف موضعه الزم باحضاره ويمهل مقدار وصوله ومجيئه ، فان لم يحضره بعد انقضاء حبس أبدأ حتى يحضره أو يموت ، وبه قال جميع من أجاز الكفالة بالبدن . وقال ابن شبرمة يحبس في الحال ولايمهل ، لان الحق قد حل عليه . والمعتمد الامهال كما قاله الشيخ ، فان لم يأت به حبس حتى يحضره أو يؤدي ما عليه .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا تكفل ببدن رجل فمات المكفول ، زالت الكفالة وبرىء الكفيل ، ولا يلزمه المال الذي عليه ، وبه قال جميع الفقهاء الذين أجازوا

(١) مختلف الشيعة ص ٢٥٣ كتاب الديون .

(٢) تحرير الاحكام ٢٢١/١ .

كفالة الابدان .

وقال مالك : يلزمه ماعليه ، واليه ذهب ابن سريج . والمعتمد قول الشيخ .
مسألة --١٧-- قال الشيخ : اذا رهن شيئاً ولم يسلمه ، فتكفل رجل بهذا التسليم
صح . وقال الشافعي : لا يصح .

قال الشيخ : دليلنا أن الراهن يجب عليه تسليم الرهن ، فصحت الكفالة عنه
والشافعي بناه على أنه لا يجب عليه التسليم وقد بينا خلافه .
والمعتمد قول الشيخ ، لان الرهن يلزم بنفس العقد فيجب التسليم ، وعلى
القول بأنه لا يلزم الا مع القبض لا يجب التسليم ، وقد مضى البحث فيه .

كتاب الشركة

مسألة ١- قال الشيخ : شركة المسلم لليهودي والنصراني وسائر الكفار مكروهة ، وبه قال جميع الفقهاء .

وقال الحسن البصري : ان كان المتصرف المسلم لا يكره ، وان كان الكافر أوهما كره .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع المسلمين ، لان الحسن انقضى .

مسألة ٢- قال الشيخ : لاتنعقد الشركة الا بمالين مثلين في جميع صفاتهما ويخلطان ويأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : تنعقد الشركة بالقول وان لم يخلطاهما ، بأن يعينا المال ويحضره ويتمولا تشاركنا ، وقيل : هذه شركة العنان ، واذا أخرج أحدهما دنائير والاخر دراهم انعقدت الشركة بينهما .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٣- قال الشيخ : العروض التي لها أمثال مثل المكيلات والموزونات

تصح الشركة فيها ، واختلف أصحاب الشافعي ، فقال أبو اسحاق المروزي : يصح وقال غيره : لا يصح .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٤- قال الشيخ : شركة المفاوضة باطلة، وبه قال الشافعي . قال : ولها حكم في اللغة دون الشرع ، قال صاحب اصلاح المنطق : شركة المفاوضة أن يكون مالهما من كل شيء يملكانه بينهما، ووافقه على ذلك أحمد ومالك .

وقال أبو حنيفة : هي صحيحة اذا صحت شرائطها وموجباتها، فشروطها أن يكون الشريكان مسلمين حرين ، فلو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً أو كان أحدهما حراً والآخر مكاتباً لم تجز الشركة ، ومن شروطها أن يتفق قدر المال الذي تنعقد الشركة في جنسه ، وهو الدراهم والدنانير ، ولو كان أحدهما أكثر ، لم تصح هذه الشركة .
وأما موجباتها ، فهو أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يكتسبه قل أو كثر وفيما يلزمه من غرامة بغصب وكفالة بمال ، فهذا جملة ما يشترطونه من الشرائط في الموجبات ، وبه قال سفيان الثوري والاوزاعي .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٥- قال الشيخ : شركة الابدان عندنا باطلة، وهي أن يشترك الصانعان على ما يرتفع لهما من كسبهما ، فهو بينهما على حسب شرطهما ، سواء كانا متفقي الصنعة كالنجارين والخبازين ، أو مختلفي الصنعة كالنجار والخباز ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : يجوز مع اتفاق الصنعة واختلافها ، ولا يجوز في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاعتنام .

وقال مالك : يجوز مع اشتراك الصنعة ، ولا يجوز مع الاختلاف .

وقال أحمد : يجوز في جميع الصناعات ، وفي الاحتطاب والاحتشاش والاعتنام والاصطياد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وبالاخبار .

مسألة -٦- قال الشيخ : لا فرق بين أن يتفق المالكان في المقدار أو يختلفا ، وبه

قال أكثر أصحاب الشافعي . وقال أبو القاسم الأنماطي من أصحابه : اذا اختلف مقدار المالين بطلت الشركة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٧- قال الشيخ : شركة الوجوه باطلة، وصورتها : أن يكون رجلان وجهان في السوق وليس لهما مال ، فيعقدان على ان يتصرف كل واحد منهما بجاهه في ذمته ويكون مايرتفع بينهما ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة: انهما تصح، فاذا عقداها كان مايرتفع بينهما على حسب ما شرطاه . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٨- قال الشيخ : لايجوز أن يتفاضلا في الربح مع التساوي في المال ولأن يتساويا مع التفاضل فيه ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك . والمعتمد الجواز ان كانا عاملين أو أحدهما وشرط الربح له، واستقرب صاحب القواعد^(١) جواز اشتراط الزيادة لغير العامل .

مسألة ٩- قال الشيخ : اذا اشترى الشريكان عبداً بمال الشركة ، ثم أصابا به عيباً، كان لهما أن يرداه وكان لهما امساكه، فان أراد أحدهما الرد والاخر الامساك كان لهما ذلك، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان امتنع أحدهما من الرد لم يكن للاخر أن يرده .

والمعتمد قول الشيخ مع تعدد الصفقة، ومع الاتحاد لايجوز ذلك، وهو اختيار العلامة في التحرير^(٢) .

مسألة ١٠- قال الشيخ : اذا باع أحد الشريكين عبداً بألف ، فأقر البايع على شريكه بالقبض، وادعى ذلك المشتري ، فأنكره الشريك الاخر الذي لم يبيع

(١) قواعد الاحكام ٢٤٣/١ .

(٢) تحرير الاحكام ٢٧٤/١ .

لم يبرء المشتري من الثمن .

وبه قال الشافعي ، وله في اقرار الوكيل بقبض ما وكله فيه قولان : أحدهما يقبل ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد ، والآخر لا يقبل ، وقالوا : اقرار الشريك على شريكه يقبل ، بناءً على اقرار الوكيل على موكله .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ١١- قال الشيخ : اذا كان بين شريكين مال وغصب غاصب أحد الشريكين نصيبه وباع مع مال شريكه ، مضى العقد فيما للشريك ويبطل فيما للغاصب . ولأصحاب الشافعي فيه طريقتان ، منهم من قال : المسألة مبنية على تفريق الصفقة فيبطل البيع في القدر المغصوب ، وهل يبطل في حصة الشريك البايع؟ على قولين ، اذا قال : لاتفرق الصفقة يبطل الجميع ، واذا قال : تفرق صح في حصة الشريك البايع ويبطل في الثاني .

ومنهم من قال : المسألة على قول واحد كما قال الشافعي ، لان هذا البيع صفتان لان في طرفيه عاقدين ، فاذا جمع بين الصفتين في العقد بطلت احديهما لم تبطل الاخرى ، وانما تبني المسألة على تفريق الصفقة اذا كانت الصفقة واحدة ، وهو الصحيح عندهم .

فأما اذا غصب أحد الشريكين حصة الآخر وباع الجميع ، بطل في نصيب شريكه ، وفي نصيبه قولان ، واذا وكل الشريك الذي لم يغصب الغاصب في بيع حصته ، فباع الغاصب جميع المال وأطلق البيع بطل في المغصوب ، وهل يبطل في حصة الموكل ؟ على قولين بناءً على تفريق الصفقة ، ولاخلاف بينهم اذا أطلق ذلك البيع ، وان لم يطلق وأخبر المشتري أنه وكيل ، فعلى ما مضى من الخلاف . والمعتمد الصحة في مال الشريك ، ووقوف المغصوب على الاجارة ، ومع

عدمها يتخير المشتري مع عدم العلم لتفريق الصفقة ، ومع العلم لاخيار له .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا كان لرجلين عبدان ، لكل واحد منهما عبد بانفراده ، فباعاهما من رجل واحد بثمن واحد لا يصح البيع ، وللشافعي قولان : أحدهما يصح ، والآخر لا يصح ، وهو الاصح عندهم .

والمعتمد الصحة وتقسط الثمن عليهما ، وهو اختيار العلامة في المختلف^(١) .
مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا عقدا شركة فاسدة ، اما بأن يتساوي المالكين ويتفاوت الربح او العكس وتصرفا وارفع الربح ، كان بينهما على قدر المالكين ويرجع كل منهما على صاحبه بأجرة مثل عمله بعد اسقاط القدر الذي يقابل عمله في ماله ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يرجع أحدهما على الآخر بشيء لان هذه الاجرة لما لم تثبت في الشركة الصحيحة لا تثبت في الفاسدة .

والمعتمد عدم فساد الشركة بهذه الشرط اذا كانا عاملين أو أحدهما كما تقدم ، فان حصل الفساد بغير هذا الشرط رجع كل منهما بأجرة عمله كما قاله الشيخ .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا كان بينهما شيء ، فباعاه بثمن معلوم ، كان لكل واحد منهما أن يطالب المشتري بحقه ، فاذا أخذ قدر حقه شاركه فيه صاحبه .
وللشافعي قولان : أحدهما مثل ما قلناه ، والآخر وهو الاظهر عندهم أنه لا يشاركه فيه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، ولان المال الذي في ذمة المشتري غير متميز ، فكل جزء يحصل من جهته فهو بينهما .

كتاب الوكالة

مسألة - ١- قال الشيخ: تجوز وكالة الحاضر ويلزم الخصم مخاصمة الوكيل وله أن يوكل أيضاً بذلك ، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد .
وقال أبو حنيفة : وكالة الحاضر تصح غير أنهما لا تلزم خصمه الا أن يرضى بها ، ومتى أبى ذلك كان على خصمه أن يخاصمه بنفسه ، وأجبر على ذلك ان امتنع .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بعموم الاخبار^(١) الدالة على صحة التوكيل .
مسألة - ٢- قال الشيخ: ليس من شرط سماع البينة على الوكالة احضار خصم من خصومه ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة: من شرطه ذلك، فاذا حضره وادعى حق الموكل على خصمه أو غريمه يتوجه الجواب على المدعى عليه ، فحينئذ يسمع الحاكم بينة الوكيل فجوز سماع الدعوى قبل ثبوت الوكالة وألزم الخصم الجواب ، وجعل تقديم الدعوى شرطاً في سماع البينة بناءً على أصله ، لان عنده لا يلزمه وكالة الحاضر الا برضاه ولا يجوز القضاء على الغائب ، وهذا عندنا جاز .

(١) راجع تهذيب الاحكام ٦/٢١٣ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣ - قال الشيخ: اذا عزل الموكل وكيله عن الوكالة بغيبة من الوكيل لاصحابنا فيه روايتان :

احديهما : ينعزل الوكيل وان لم يعلم ، فكل تصرف يقع بعد العزل فهو باطل ، وهو أحد قولي الشافعي .

والثانية : لا ينعزل حتى يعلم الوكيل ، وكل تصرف وقع قبل العلم بالعزل فهو صحيح ، وهو القول الاخر للشافعي ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو المعتمد .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا وكل الرجل رجلا في الخصومة عنه ولم يأذن له في الاقرار ، فأقر على موكله بقبض الحق الذي وكل في المخاصمة فيه ، لم يمتص اقراره عليه بذلك ، سواء كان في مجلس الحكم أو غيره ، وبه قال مالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة ومحمد: يصح اقراره على موكله في مجلس الحكم ولا يصح في غيره . وقال أبو يوسف : يصح في مجلس الحكم وغيره . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥ - قال الشيخ: اذا أذن له في الاقرار عنه ، صح اقراره ولزم الموكل ما أقر به ، فان كان معلوماً لزمه ذلك ، وان كان مجهولاً رجع في تفسيره الى الموكل دون الوكيل .

وللشافعي قولان ، وفي أصحابه من قال مثل ماقلناه ، وقال ابن سريج: لا يصح الاقرار من الوكيل عن الموكل بحال ، ولا يصح التوكيل في ذلك .

واستشكل العلامة في القواعد^(١) جواز التوكيل بالاقرار ، وحكاه في التحرير^(٢)

(١) قواعد الاحكام ٢٥٧/١ .

(٢) تحرير الاحكام ٢٣٤/١ .

عن الشيخ كما قاله هنا ، ولم يفت في الكتابين بشيء .

مسألة - ٦ - قول الشيخ: اذا وكل رجل رجلا في تثبيت حد قذف أو قصاص عند الحاكم أو اقامة البينة عليه فالتوكيل صحيح ، وبه قال جميع الفقهاء الا أبا يوسف ، فانه قال : لايجوز التوكيل في تثبيت الحد بحال .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : يصح التوكيل في استيفاء الحدود التي للادميين وان لم يحضر الموكل .

واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة طرق قال أبو اسحاق : التوكيل يصح مع غيبة الموكل ، ومنهم من اعتبر حضور الموكل ، ومنهم من قال المسألة على قولين . وقال أبو حنيفة : لايجوز استيفائها مع غيبة الموكل .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا وكله في تصرف سماه له ، ثم قال : أذنت لك أن تفعل ما شئت ، كان ذلك اذناً في التوكيل .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل ما قلناه ، والاخر ليس له أن يوكل .
والمعتمد قول الشيخ ، لان التوكيل من جملة ما يشاء .

مسألة - ٩ - قال الشيخ: جميع من يبيع مال غيره ستة أنفس : الاب، والجدله ووصيهما ، والحاكم، وأمين الحاكم ، والوكيل . ولايصح لاحد منهم أن يبيع المال الذي في يده من نفسه الا الاب والجد ولايصح لغيرهما ، وبه قال مالك والشافعي .

وقال الاوزاعي : يجوز ذلك للجميع . وقال زفر : لايجوز ذلك لاحد منهم وقال أبو حنيفة: يجوز للاب والجد والوصي، الا أنه اعتبر في الوصي أن يشتره بزيادة ظاهرة ، مثل أن يشتري مايساوي عشرة بخمسة عشر ، فان اشتراه بزيادة

درهم لم يمض البيع قاله استحساناً .

والمعتمد الجواز للجميع ، وهو اختيار العلامة في المختلف^(١) ، وفخر الدين في شرح القواعد .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا أطلق الوكالة في البيع اقتضى البيع بثمان المثل بنقد البلد فان خالف كان البيع باطلا ، وبه قال مالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة : لو كانت السلعة تساوي الوفا فباعها بدانق الى سنة جاز

البيع .

والمعتمد وقوفه على الاجازة مع المخالفة ، ولا يقع باطلا من أصله ولا لازماً

للموكل .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا اختلف الخياط وصاحب الثوب ، فقال صاحب

الثوب : أذنت لك في قطعه قميصاً ، فقال الخياط : بل أذنت في قطعه قباء وقد فعلت ، فالقول قول الخياط .

وللشافعي قولان : أحدهما قول الخياط ، والاخر قول صاحب الثوب ، وهو

المعتمد .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا كان لرجل على غيره دين فجاء آخر فقال

اني وكيل في قبض الدين ، وأنكر من عليه الدين ، فان كان مع الوكيل بينة حكم له بها ، وان لم يكن بينة وطالب من عليه الدين باليمين لايجب عليه ، فان ادعى علمه بذلك لايجب عليه أيضاً اليمين ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يلزمه اليمين ، بناءً على مذهبه أنه لو صدقه أجبر على التسليم

وزحن نبي على أصلنا من أنه لو صدقه لايجبر على التسليم اليه .

والمعتمد قول الشيخ .

(١) مختلف الشيعة ص ٢٦٠ ، كتاب الديون .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا صدقه من عليه الدين لايجبر على التسليم اليه ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان كان ذلك ديناً أجبر ، وان كان عيناً فالمشهور من مذهبه أنه لايجبر ، وعنه رواية أخرى شاذة أنه يجبر .

والمعتمد عدم الاجبار في الدين والعين معاً ، وفصل العلامة في المختلف^(١) كتفصيل أبي حنيفة بين الدين والعين .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا وكل رجلا في كل قليل وكثير لايصح ذلك وبه قال جميع الفقهاء الا ابن أبي ليلى ، فانه قال : يصح ذلك .

والمعتمد الصحة ، ومناط ذلك بالمصلحة ، وهو مذهبه في النهاية^(٢) ، وبه قال المفيد وسائر وابن ادريس ، والعلامة في الارشاد والمختلف .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : يكره أن يتوكل مسلم لكافر على مسلم ، ولم يكره ذلك أحد من الفقهاء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وظاهره في النهاية^(٣) المنع .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا وكل رجل رجلا في بيع ماله ، كان للوكيل والموكل المطالبة بالثمن ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : للوكيل المطالبة ، وليس للموكل المطالبة به .

والمعتمد أن الوكيل لايملك قبض الثمن ، ولايجوز له تسليم المبيع حتى يقبض الثمن المالك ، ولو سلمه قبله كان ضامناً ولو كان البيع في سوق يضيع الثمن اذا لم يقبضه الوكيل لغيبة الموكل وتفرق أهل السوق ، كان للوكيل قبض

(١) مختلف الشيعة ص ٢٥٩ - ٢٦٠ .

(٢) النهاية ص ٣١٧ .

(٣) نفس المصدر .

الثلث ، وعلى كل تقدير ليس للوكيل تسليم المبيع قبل قبض الثلث الا مع الاذن بذلك ، فاذا أذن في البيع في الذمة ، كان للوكيل والموكل المطالبة بالثلث ولو أذن له بالاشتراء في الذمة كان للبايع مطالبة الموكل خاصة .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : لا يجوز ابراء الوكيل من دون اذن الموكل من الثلث الذي على المشتري ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك . والمعتمد قول الشيخ ، لان الابراء تابع للملك ، والوكيل لا يملك .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا وكل رجلا في اشتراء سلعة فاشترها ، فان الملك يقع للموكل من غير أن يدخل في ملك الوكيل ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ينتقل الملك اولا الى الوكيل ، ثم ينتقل منه الى الموكل . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا وكل مسلم ذمياً في شراء خمر ، لا تصح الوكالة ولا يصح الشراء ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : تصح الوكالة والشراء ، وعنده أن المسلم لا يملك الخمر اذا اشتراه لنفسه ، ويملكه اذا اشتراه له وكيه الذمي . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا وكله في بيع فاسد ، مثل أن يوكله في البيع والشراء الى أجل مجهول ، لم يملك بذلك التوكيل البيع الصحيح ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يملك البيع الصحيح ، فلو باع أو اشترى الى أجل معلوم صح . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : اذا وكل صبياً في بيع أو شراء ، لم يصح التوكيل ولو تصرف لم يصح التصرف ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يصح تو كيله وتصرفه ، ولا يفتقر الى اذن وليه اذا كان يعقل مايقول .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -- ٢٢ -- : اذا وكله في شراء شاة بدينار، فاشترى به شاتين تساوي كل منهما ديناراً ، فان الشراء يلزم الموكل ويكون الشاتان له، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي .

وقال الشافعي في كتاب الاجارات يلزمه احديهما بنصف دينار، وهو بالخيار في الاخرى، ان شاء أمسكها ، وان شاء ردها ويرجع على الوكيل بنصف دينار .
وقال أبو حنيفة: يلزم البيع الموكل في شاة بنصف دينار، ويلزم الوكيل الاخرى بنصف دينار ، ويرجع الموكل عليه به .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -- ٢٣ -- قال الشيخ : اذا قال ان قدم الحاج أو جاء رأس الشهر، فقد وكلتك في البيع ، فانه لا يصح ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يصح .
والمعتمد قول الشيخ .

كتاب الاقرار

مسألة - ١ - قال الشيخ : اذا قال له عندي مال عظيم أو جليل أو نفيس أو خطير ، لم يتقدر ذلك بمقدار ، وأي مقدار فسره به كان مقبولاً ، قليلاً كان أو كثيراً وبه قال الشافعي ، فان قال له عندي مال كثير ، فانه يكون اقرار بثمانين على الرواية التي تضمنت أن الوصية بالمال الكثير وصية بثمانين ، ولم يعرف تفسير كثير بما قلناه أحد من الفقهاء .

واختلف أصحاب أبي حنيفة في الالفاظ الاولى ، فمنهم من قال : لا يقبل منه بأقل من عشرة دراهم ، وهي مقدار نصاب القطع عندهم ، ومنهم من قال : لا يقبل بأقل من مقدار مائتي درهم ، وهي مقدار نصاب الزكاة ، وكان أبو عبد الله الجرجاني من أصحاب أبي حنيفة يقول : نص أبو حنيفة على ذلك ، وقال : اذا أقر بأموال عظيمة يلزمه ستمائة درهم .

وقال مالك : يقبل منه ثلاثة دراهم فما فوقها ، وهو نصاب القطع عنده . وقال الليث بن سعد : يلزمه اثنان وسبعون درهماً .

والمعتمد قول الشيخ الافي الكثير ، فانه يرجع فيه الى تفسيره أيضاً ، وهو اختيار العلامة ونجم الدين ، وفاقاً لابن ادريس .

مسألة - ٢ - قال الشيخ: اذا قال له عليّ مال أكثر من مال فلان، ألزم مقدار مال الذي سماه وزيادة، ويرجع في تفسير الزيادة اليه، وان فسر الكل مثل ماله لم يقبل ذلك منه. وقال الشافعي: يقبل منه.

والمعتمد قول الشيخ، لان هذه اللفظة موضوعة للزيادة فلا يقبل المساواة. مسألة - ٣ - قال الشيخ: اذا قال له عليّ دراهم، فانه يلزمه ثلاثة دراهم، وان قال دراهم عظيمة أو خطيرة أو كبيرة فعلى ماضى من الخلاف. وقال الشافعي: يلزمه ثلاثة على الاحوال كلها، وفي الناس من قال: يلزمه درهمان.

والمعتمد انه يلزمه ثلاثة بهذه الصور كلها، لانه أقل الجمع.

مسألة - ٤ - قال الشيخ: اذا قال له عليّ ألف ودرهم لزمه درهم، ورجع في تفسير الالف اليه، وكذا اذا قال: مائة ودرهم، أو عشرة ودرهم، أو ألف ودار، أو ألف وعبد، فان جميع ذلك يرجع في تفسير الالف اليه، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ان عطف على الالف من المكيل أو الموزون، كان ذلك تفسيراً للالف، وان عطف عليه غير المكيل والموزون، لم يكن تفسيراً لها. والمعتمد قول الشيخ، قال: دليلنا أن الصريح مازاد على الالف والالف مبهمة فيجب أن يرجع في تفسيرها اليه.

قال: فأما اذا قال له عندي مائة وخمسون درهما، فالكل دراهم، لان الخمسين افادت الزيادة ولم يفد التفسير والتمييز، وقوله في اخر الكلام يفيد تفسيراً وتمييزاً فوجب أن يكون تفسيراً وتمييزاً لجميع العدد.

ومن الناس من قال: المائة تكون مبهمة والدرهم يكون تفسيراً للخمسين دون المائة، لانها جملة اخرى، قال: والصحيح الاول، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي وبالثاني قال ابن خيران والاصطخري.

وقوله ألف ودرهم مفارق لذلك ، لان قوله « ودرهم » يكون تفسيراً للالف ، لان فيه واو العطف ، والمفسر لا يكون بواو العطف .

مسألة - ٥ - قال الشيخ: اذا قال له عليّ ألف ودرهمان، كان مثل قوله ودرهم وقد مضى ، وان قال : ألف وثلاثة دراهم كان ذلك تفسيراً للالف ، وكذلك اذا قال : ألف وخمسون درهماً أو مائة وخمسة وعشرون درهماً، في كل ذلك يكون مفسراً للجميع ، وبه قال أبو اسحاق المروزي وأكثر أصحاب الشافعي .

وقال ابن خيران والاصطخري : التفسير يرجع الى ما عليه والاول على ابهامه . قال الشيخ: دليلنا أن الزيادة الثانية معطوفة بالواو على الاول، فصارا بمنزلة جملة واحدة، فاذا جاء بعد ذلك بالتفسير والتميز وجب أن يكون راجعاً الى الجميع ويفارق ما قلناه في ألف ودرهم وألف ودرهمان ، لان تلك زيادة وليس بتفسير . واختار نجم الدين والعلامة في القواعد والتحرير والارشاد مذهب الشيخ ، واختار في المختلف^(١) مذهب الاصطخري . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦ - قال الشيخ: اذا قال له عليّ درهم ودرهم الادرهماً لزمه درهم واحد .

وقال الشافعي نصاً يلزمه درهمان، وفي اصحابه من قال: يصح الاستثناء ويلزمه درهم واحد .

قال الشيخ: دليلنا أن الجملتين اذا كان بينهما حرف العطف كانا بمنزلة الجملة الواحدة ، فهو بمنزلة أن يقال لفلان عليّ درهمان الادرهماً . واختار العلامة ونجم الدين بطلان الاستثناء ويلزمه درهمان ، وهو المعتمد .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا قال غضبتك ثوباً في منديل ، كان اقراراً بغصب الثوب دون المنديل ، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يكون اقراراً بهما .

(١) مختلف الشيعة ص ٢٦٢ ، كتاب الديون .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا قال لفلان عندي كذا درهماً كان اقراراً بعشرين لان أقل عدد ينصب المميز بعده عشرون ، وبه قال محمد بن الحسن .
وقال الشافعي : يلزمه درهم واحد ، وهو اختيار نجم الدين في الشرايع^(١) والعلامة في القواعد والتحرير والشهيد .
وقال العلامة في المختلف : ان كان من أهل اللسان لزمه عشرون^(٢) . وهو ظاهر الارشاد .

والمعتمد مذهبه في القواعد^(٣) ، والنصب على التميز .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا قال له عندي كذا وكذا درهماً لزمه احد عشر ، وبه قال محمد بن الحسن . وقال الشافعي : يلزمه درهم واحد ، وهو المعتمد وانما كرر للتأكيد .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا قال له عندي كذا وكذا درهماً ، لزمه أحد وعشرون لان ذلك أقل عددين عطف أحدهما على الآخر وانتصب ما بعدهما على التميز ، وبه قال محمد بن الحسن . وللشافعي قولان .
والمعتمد أنه لا يلزمه أكثر من درهم كما لو لم يعطف .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا قال له علي كذا درهم لزمه مائة درهم ، وبه قال محمد بن الحسن ، لانه أقل عدد يخفض ما بعده على التميز .
وقال الشافعي : يلزمه أقل من درهم ، واختاره العلامة في القواعد^(٤) والتحرير^(٥)

(١) شرائع الاسلام .

(٢) مختلف الشيعة ص ٢٦٢ .

(٣) قواعد الاحكام ١/٢٨٠ .

(٤) نفس المصدر .

(٥) تحرير الاحكام ٢/١١٢ .

والجر على الاضافة تقديره جزء درهم ، ويرجع في التفسير اليه ، وهو المعتمد .
مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا أقر بدين في حال صحته ، ثم مرض فأقر بدين آخر في حال مرضه ، نظر فان اتسع المال لهما استوفيا معاً ، وان عجز المال قسم الموجود على قدر الدينين وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : اذا ضاق المال قدم دين الصحة على دين المرض ، فان فضل شيء صرف في دين المرض .

والمعتمد اعتبار التهمة وعدمها ، فان كان متهماً على الورثة أو الديان قدم دين الصحة ، فان فضل شيء اخرج دين المرض من ثلثه ، وان لم يكن متهماً شارك الجميع من غير تقديم .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : يصح الاقرار للوارث في حال المرض ، وبه قال أبو ثور ، وهو أحد قولي الشافعي ، والقول الاخر أنه لا يصح ، وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحمد .

والمعتمد لافرق بين الوارث وغيره .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : قد بينا أن الاقرار للوارث يصح ، فعلى هذا لافرق بين حال الاقرار وحال الوفاة ، وكل من قال لا يصح الاقرار للوارث انما اعتبر حال الوفاة كونه وارثاً لاحال الاقرار ، قالوا : لو أقر لاختيه وله ابن ، ثم مات الابن ، ثم مات هو بعده ، لا يصح اقراره لاختيه .

ولو أقر لاختيه وليس له ولد ، ثم رزق ولداً ، صح اقراره لاختيه ، لانه حال الموت ليس بوارث . وقال عثمان البتي : الاعتبار بحال الاقرار .

قال الشيخ : وهذا الفرع ساقط عنا لما قدمناه .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا كان له جارياً ولها ولد ، فأقر في حال مرضه ان ولدها ولده منها ، وليس له مال غيرها ، قبل اقراره وألحق الولد به ، سواء

اطلق ذلك أو بين كيفية الاستيلاء اما في ملكه أو في ملك الغير بعقد أو شبهه .
 أما الجارية ، فانها تصير أم ولده على كل حال أيضاً الا أنها تباع في الدين اذا
 لم يخلف غيرها ، فان خلف غيرها قضي منه الدين وانعتقت على الولد ، وان بقي
 من الدين شيء استسعت فيما يبقى من الدين .

وقال الشافعي : لا يخلو اما أن يبين كيفية الاستيلاء أو يطلق ، فان بين ففيه ثلاثة
 احوال : اما أن يقول استولدها في ملكي ، فعلى هذا يكون الولد حر الاصل ،
 ولا يكون عليه ولاء ويثبت نسبه وتصير الجارية ام ولده ويعتق بموته من رأس المال
 فان كان هناك دين قدم عليه ، لانه لو ثبت بالبينة لقدم عليه ، فكذا اذا ثبت بالأقرار
 فان قال استولدها في ملك الغير لشبهة ، فان الولد حر الاصل ، وهل تصير الجارية
 أم ولد ؟ على قولين .

وان قال : استولدها بنكاح ، فان الولد قد انعقد مملوكاً وانعتق عليه لما ملكه
 ويثبت عليه الولاء ، والجارية لا تصير ام ولد خلافاً لأبي حنيفة . وان أطلق ولم يعين حتى
 مات ، فالولد حر في جميع الاحوال ولا ولاء عليه والجارية فيها خلاف بين اصحابه
 منهم من قال تصير ام ولد ومنهم من قال لا تصير ام ولد وتباع في دين الغرماء .
 والمعتمد أن الولد يلحق به على كل حال أما الجارية فان اطلق أو عين الاستيلاء
 في ملكه ، فهي أم ولد وان عينه في ملك الغير بشبهة أو عقد فلا تصير أم ولد .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا أقر لحمل وأطلق ، كان اقراره باطلا ، على
 ما قال الشافعي في كتاب الأقرار والمواهب ، وهو قول أبي يوسف . وقال في كتاب
 الأقرار : الحكم الظاهر أنه يصح ، وبه قال محمد فالمسألة على قولين .

قال الشيخ : والاولى أن نقول : انه يصح اقراره ، لانه يحتمل أن يكون من
 جهة صحيحة ، مثل ميراث أو وصية ، واختاره نجم الدين والعلامة ، وهو المعتمد .
 مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا أقر العبد بما يوجب الحد ، كالقصاص والقطع
 والجلد ، فلا يقبل اقراره . وقال جميع الفقهاء : يقبل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا قال لفلان عليّ ألف درهم ، ثم جاء بها وقال

هذه التي اقررت بها كانت وديعة ، كان القول قوله ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يكون ذلك للمقر له ، وله أن يطالبه بالالف التي أقر بها وقواه

العلامة في التحرير .

والمعتمد اختيار الشيخ ، وهو مذهب نجم الدين ، ومال اليه العلامة في

المختلف^(١) .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا قال لفلان عليّ قفيز بل قفيزان ، أو درهم بل

درهمان ، لزمه القفيزان والدرهمان ، وبه قال الشافعي . وقال زفر : يلزمه ثلاثة أقفزة

وثلاثة دراهم .

والمعتمد قول الشيخ مع الاطلاق ، ولو كانا معينين مثل له هذا الدرهم بل

هذان الدرهمان وما شابه ذلك لزمه الجميع ، وكذا مع اختلاف الجنس كما لو قال

له هذا القفيز بل هذا الدرهم ، وكذا لو عين احدهما وأطلق الاخر مثل هذا القفيز

بل درهم ، فانه يلزمه الجميع .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا أقر لرجل يوم السبت بدرهم ، ثم قال يوم الاحد

له عليّ درهم ، لا يلزم الا درهم واحد ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يلزمه

درهمان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : اذا قال له عليّ من درهم الى عشرة لزمه تسعة ،

وبه قال بعض أصحاب الشافعي . ومنهم من قال : يلزمه ثمانية ، وبه قال زفر ، قال :

لانه جعل الاول والعاشر حداً ، والحد لا يدخل في المحدود ومنهم من قال : يلزمه

(١) مختلف الشيعة ص ٢٦٢ .

العشرة ، لان من لابتداء الغاية ، والعاشر حد وهو يدخل في المحدود .
واختار ابن ادريس قول زفر ، واختار العلامة في المختلف^(١) قول الشيخ
ولم يختر في القواعد والتحرير شيئاً .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : اذا قال له عندي ما بين الواحد الى العشرة لزمه
ثمانية ، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي .

وقال أبو العباس بن القاص : يلزمه تسعة ، وبه قال محمد بن الحسن ، لان
عندهم أن الحد يدخل في المحدود .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : اذا قال له عندي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه لم
يلزمه عين المبيع أو لم يعينه ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : اذا عينه قبل منه ، وصل أو فصل ، وان أطلقه لم يقبل منه
ولزمه الألف ، لانه مبيع مجهول ، والمبيع اذا كان مجهولاً لم يثبت الثمن في مقابله ، كما
لا يثبت في مقابلة الخمر والخنزير ، فاذا ثبت ذلك فقد فسر اقراره بما لا يقبله فلا يصح .
والمعتمد ثبوت الألف وعدم قبول المسقط ، وهو مذهب العلامة في القواعد^(٢)
والارشاد والتحرير^(٣) .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : اذا شهد عليه رجل بألف ، وشهد آخر بألفين
ولم يضيفاه الى شيئين مختلفين ، أو اضافاه الى سبب متفق ، أو أضاف أحدهما
الى سبب وأطلق الآخر ، مثل أن يقول أحدهما ألف من ثمن عبد ويقول الآخر
بألفين ، ففي هذه المسائل الثلاث تتفق الشهادة بألف ، فيحكم له بالف بشهادتهما

(١) مختلف الشيعة ص ٢٦٢ كتاب الديون .

(٢) قواعد الاحكام ١/٢٨٠ .

(٣) تحرير الاحكام ٢/١١٦ .

ويحصل له بالالف الاخر شاهد واحد فيحلف معه ويستحق ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : لا يحصل الاتفاق على شيء ، ولا يحكم له بألف .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ: قد مضى أن شرط الخيار يصح في الكفالة والضمنان .
وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يصح فإن شرط اختلفاً، فقال الشافعي يبطل العقد
والشرط وقال أبو حنيفة : يبطل الشرط ويصح العقد .

إذا عرفت هذا، فإذا أقر بكفالة أو ضمنان بشرط الخيار صح إقراره ، ولا يقبل
دعواه شرط الخيار ويحتاج إلى بينة . وللشافعي قولان: أحدهما يقبل إقراره ولا يلزمه
شيء ، والثاني يبعث إقراره ، فيلزمه العقد ويسقط الشرط الذي ادعاه . والاول
اختيار المزني وأبي إسحاق .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ: إذا قال له علي ألف إلى كذا لزمه الألف، واحتجاج
في ثبوت الأجل إلى بينة ، وبه قال أبو حنيفة . وللشافعي قولان : أحدهما مثل
ما قلناه ، والاخر يشب الألف مؤجلاً .

والمعتمد قول الشيخ، وهو اختيار العلامة في الإرشاد، واختار في المختلف^(١)
ثبوت الأجل .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : إذا مات رجل وخلف ابنين ، وأقر أحدهما
بأخ ثالث وانكر الآخر ، لا خلاف أنه لا يثبت نسبه ، وإنما الخلاف في أنه هل
يشارك في المال أم لا ؟ فعندنا أنه يشاركه ويلزمه أن يرد عليه ثلث ما في يده ، وبه
قال مالك وابن أبي ليلى .

وقال أبو حنيفة : يشاركه في النصف مما في يده ، لانه يقر أنه يستحق من

(١) مختلف الشيعة ص ٢٦٢ .

المال مثل ما يستحقه ، فيجب أن يقاسمه المال .

وقال الشافعي : لا يشاركه في شيء مما في يده .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ولأنه أقر أنه يستحق من التركة

ثلثها ، فيجب دفع ثلث ما في يده .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : إذا كان الوارث جماعة ، فأقر رجلان أو رجل

وامرأتان وكانوا عدولا ثبتت النسب ويقاسمونهم ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه لم يعتبر

العدالة في المقرين .

وقال الشافعي : إذا أقر جميع الورثة بنسب ثبت النسب ، ولا فرق بين أن يكون

من يرث المال جماعة أو واحداً ، ذكراً أو أنثى ، وفي الناس من قال : لا يثبت

النسب باقرار الورثة .

والمعتمد قول الشيخ ، إلا أن النسب لا يثبت إلا بشهادة ذكرين عدلين ، ولا يثبت

بشهادة النساء ، وهو اختيار ابن ادريس والعلامة .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : إذا أقر بينوة صبي ، لم يكن ذلك اقراراً بزوجية

أمه ، سواء كانت مشهورة بالحرية أو لم تكن ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : إن كانت معروفة بالحرية ، كان اقراراً بزوجيتها .

والمعتمد قول الشيخ ، لاحتمال أن يكون من نكاح فاسد أو شبهة .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : إذا دخلت امرأة من دار الحرب إلى دار الإسلام

ومعها ولد ، فأقر رجل في دار الإسلام أنه ولده ، ويمكن أن يكون كما قال ، بأن

نجوز دخوله إلى دار الحرب أو مجيء المرأة إلى دار الإسلام ألحق به ، وإن علم

أنه لم يخرج إلى دار الحرب ولا المرأة دخلت إلى دار الإسلام لا يلحق به .

وقال الشافعي : يلحق به إذا أمكن ذلك ، وإن كان الظاهر أنه ما دخل دار

الكفر ، ولا المرأة دخلت دار الإسلام ، لأنه يجوز أن يكون انفذ إليها بمائه

في قارورة ، فاستدخلته فخلق منه الولد . قال الشيخ : وهذا بعيد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اذا كان لرجل جاريتان ولهما ولدان ، فأقر أن

أحد الولدين ابنه ولم يعين ، ومات ولم يعين الوارث ، استخرجاه بالقرعة ، فمن خرج اسمه ألحقناه به وورثناه .

وقال الشافعي : يعرض على القافة كما يعرض اذا تنازعه اثنان ، غير أنه قال

يلحق النسب لاجل الحرية ولا يورث عليه ، وله في الميراث قولان : أحدهما يوقف

وبه قال المزني . وقال باقي أصحابه : لا يوقف ويقسمون المال الورثة ، لانه لا طريق الى نفيه .

وقال أبو حنيفة : يعق من كل ولد نصفه .

والمعتمد قول الشيخ ، الا أنه لا يقبل تعيين الوارث ، بل يستخرج بالقرعة

من غير التفات الى تعيين الوارث ، وهو اختيار نجم الدين والعلامة في الارشاد .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : اذا كانت له جارية ولها ثلاثة أولاد ، فأقر أن

أحدهم ابنه يسأل التعيين ، فان عين الحق به ويكون الاثنان مملوكين سواء أن كان

الذي عينه الاكبر أو الاوسط أو الاصغر ، فان لم يعين سئل الورثة ، فان عينوا كان

مثل ذلك سواء ، فان لم يعينوا أولاً ورثة له ومات أقرع بينهم ، فمن خرج اسمه

الحق به وثبتت حرите وورث ويكون الاثنان مملوكين على كل حال .

وقال الشافعي : ان عين هو أو الورثة الاصغر ثبت حرته ، ويكون الاكبر

والاوسط مملوكين ، وان عين الاوسط كان حراً وكان الاكبر رقيقاً ، وفي الاصغر

وجهان ، وان عين الاكبر كان حراً والاثنين على الوجهين .

وان مات ولم يعين الورثة أعرض على القافة ، فان عينوا واحداً كان حكمه

حكم من يعينه الوالد أو الورثة ، وحكم الباقيين مثل ذلك سواء ، وان لم يكن

قافة أو اختلفوا أقرع بينهم، فمن خرج اسمه حرر ولايورث ، وهل يوقف أم لا؟
على قولين : قال المزني يوقف ، وقال الباقر : لا يوقف، وحكم الباقرين على
مارتبناه في تعيين المقر أو الورثة .

قال المزني وقول الشافعي : يقرع بين الثلاثة خطأ ، لان الصغير حر على
كل حال، لانه ان خرج اسمه فهو حر، وان خرج اسم الاوسط ، فالاصغر حر
أيضاً ، لانها صارت فراشاً بالاوسط والحق الاصغر به ، وان خرج الاكبر ألحق
الاوسط والاصغر به ، لانها صارت فراشاً بالاول .

قال الشيخ وهذا لازم غير أنه لا يصح على مذهبنا ، لان الامة ليست فراشاً
عندنا مجال ، وانما القول قول المالك في الحاق من يلحق وانكار من ينكر .
والمعتمد قول الشيخ، لكن القرعة يستعمل من غير النفقات الى تعيين الوارث
كما قلناه في المسألة السابقة .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : اذا شهد شاهدان بنسب لميت يستحق به ميراثاً
وقالا : لانعرف له وارثاً غيره قبلت شهادتهما ، وبه قال الشافعي .

وقال ابن أبي ليلى : لا يحكم بها حتى يقولوا : لا وارث له غيره ، لانه يجوز
أن يكون له وارث لا يعلمانه .
والمعتمد قول الشيخ .

كتاب العارية

مسألة - ١ - قال الشيخ : العارية أمانة غير مضمونة الا أن يشرط صاحبها الضمان، وان شرط ذلك كانت مضمونة والا فلا ، الا أن يتعدى فيها فيجب حينئذ ضمانها ، وبه قال أبو حنيفة ومالك الا انها منعا من ضمانها بالشرط .
وقال الشافعي: هي مضمونة ، شرط الضمان أو لم يشرط ، تعدى أو لم يتعد ، وبه قال ابن حنبل .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الطائفة وأخبارهم^(١).

مسألة - ٢ - قال الشيخ : اذا رد العارية الى صاحبها أو وكيله برىء من الضمان وان ردها الى ملكه ، مثل ان كانت دابة فردها الى الاصطبل وشدها فيه لا يبرىء من الضمان، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : يبرىء لان العادة جرت بهذا ، فهو كالمأذون من طريق العادة.
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا اختلف الراكب وصاحب الدابة، فقال الراكب : أعرتنيها ، وقال المالك : أجرتكها ، كان القول قول الراكب مع يمينه ، وعلى

(١) تهذيب الاحكام ١٨٢/٧ .

صاحبها البينة .

وللشافعي قولان: أحدهما مثل ما قلناه، والآخر القول قول صاحبها ، واختاره ابن ادريس ، ونجم الدين ، والعلامة في التحرير^(١) والارشاد .
هذا اذا كان الاختلاف بعد استيفاء المنفعة أو بعضها ، أما لو كان قبلها حلف الراكب على نفي العقد وسلم الدابة الى مالكها ، وهو المعتمد .
ولو اختلف الزارع وصاحب الارض ، فقال الزارع: أعرتنيها، وقال المالك: أكريتها ، فالخلاف فيها كالخلاف في مسألة الدابة سواء .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا اختلفا فقال صاحب الدابة : غصبتنيها ، وقال الراكب : أعرتنيها ، فالقول قول الراكب وبه قال المزني .
وقال أصحاب الشافعي : هذه المسألة والتي قبلها سواء على قولين ، ومنهم من قال : على طريقين ، ومنهم من قال : على طريق واحد ، وهو أن القول قول المستعير .

وقال أبو اسحاق: الجواب في هذه المسألة مرجوع عنه، والقول قول صاحبها قولاً واحداً .

والمعتمد أن القول قول صاحبها ، جزم به العلامة في القواعد^(٢) .
مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا تعدى المودع في اخراج الوديعة من حرزها فانتفع بها ثم ردها الى موضعها ، فان الضمان لا يزول بذلك ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : يزول .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا أبرأه صاحبها بعد تعدية فيها قبل أن يردها اليه

(١) تحرير الاحكام ٢٧١/١ .

(٢) قواعد الاحكام ١٩٣/١ .

أو الي وكيله سقط عنه الضمان ، وللشافعي وجهان : أحدهما يبرىء ، والآخر لا يبرىء .

والمعتمد قول الشيخ ، وجزم به العلامة ونجم الدين .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا أعاره أرضاً ليغرس فيها أو يبنى فيها ، فلا يجوز

له أن يخالف فيغرس في أرض البناء ، أو يبنى في أرض الغراس . ٤٠

وللشافعي وجهان : أحدهما ليس له ذلك ، والثاني له لان ضررهما متقارب .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا طالب المعير المستعير بقلع ماأذن له في غراسه

من غير أن يضمن أرش النقصان ، وأبى ذلك صاحب الغراس لم يجبر عليه ، وبه

قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يجبر على ذلك وان لم يضمن .

والمعتمد قول الشيخ ، ولو عين مدة وجب القلع بعدها مجاناً .

كتاب الغصب

مسألة - ١ - قال الشيخ : من غصب شيئاً يضمن بالمثلية فاعوز المثل ضمن القيمة، فان لم يقبض القيمة بعد الاعواز حتى مضت مدة يختلف فيها القيمة، كان له المطالبة بقيمته حين القبض لاجن الاعواز، وان حكم الحاكم بالقيمة عند الاعواز لم يؤثر حكمه فيه، وكان المطالبة بقيمته يوم القبض، ولا يلتفت الى حكم الحاكم، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال زفر ومحمد : عليه قيمة يوم الاعواز .
والمعتمد مذهب الشيخ ، وهو اختيار نجم الدين والعلامة في التحرير^(١) والارشاد ، والشهيد في الدروس^(٢)، لان الذي ثبت في ذمته هو المثل ، واذا كان الثابت هو المثل اعتبر قيمته حين قبض البديل، وذكر العلامة في القواعد^(٣) خمس احتمالات ولم يرجح شيئاً .

مسألة - ٢ - قال الشيخ: اذا غصب مالا مثل له ، ومعناه لا يتساوى قيمة أجزائه من غير جنس الاثمان، كالنبات والحطب والخشب والحديد والرصاص والعقار

(١) تحرير الاحكام ١٣٩/٢ .

(٢) الدروس ص ٣١٠ .

(٣) قواعد الاحكام ١/٢٠٣ - ٢٠٤ .

وغير ذلك من الاواني وغيرها ، فانها تكون مضمونة بالقيمة ، وبه قال جميع الفقهاء .

وقال عبدالله بن الحسن العنبري البصري : يضمن كل هذا بالمثل .
والمعتمد ضمان القيمي بالقيمة .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا جنى على حمار القاضي ، كان مثل جنايته على حمار الشوكي سواء في الجناية اذا لم يسر الى نفسه ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .
وقال مالك : اذا قطع ذنب حمار القاضي كان فيه كمال قيمته ، لانه يكون قد أنلفه عليه ، لان القاضي لايركب حماراً مقطوع الذنب ويفارق حمار الشوكي ، لانه يمكنه حمل الشوك على حمار مقطوع الذنب ، ولم يقل هذا في غير مايركبه من بهائم القاضي كالثور وغيره ، وكذلك لو قطع يد حماره .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا قلع عين دابة ، كان عليه نصف قيمتها ، وفي العينين جميع القيمة ، وكذلك كلما في البدن منه اثنان .
وقال أبو حنيفة : في العين الواحدة ربع القيمة ، وفي العينين نصف القيمة وكذلك كلما ينتفع ظهره ولحمه .

وقال الشافعي ومالك : عليه الارش ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً ، وهذا هو المعتمد ، وهو مذهبه في المبسوط^(١) ، واستدل هنا باجماع الفرقة .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا قتل عبداً كان عليه قيمته ما لم تتجاوز قيمته دية الحر عشرة الاف درهم ، وكذلك ان كانت امة ما لم تتجاوز دية الحر خمسة الاف درهم ، وبه قال أبو حنيفة ، الا أنه قال : ان كانت قيمته عشرة آلاف نقص عشرة دراهم ، وكذلك في المملوكة .

وقال الشافعي : يلزمه قيمته بالغاً ما بلغ .

والمعتمد ان كان الجاني الغاصب لزمته قيمة وان تجاوزت دية الحر ، وان كان غيره كان على الجاني دية الحر ، والزيادة يرجع بها على الغاصب .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا مثل بمملوك غيره ، لزمه قيمته وانعتق وبه قال مالك .

وقال الشافعي : لا ينعق . والتمثيل أن يقطع أنفه أو أذنه .

والمعتمد عدم العتق مالم يكن مملوكه .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : كل جنابة مقدره من الحر بحسب ديته ، فهي مقدره من العبد بحسب قيمته ، مثل اليد والرجل والانف والعين والموضحة والمنقلة وغير ذلك ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك في ذلك ارش مانقص الا في أربعة مواضع : الموضحة والمنقلة ، والمأمومة ، والجائفة ، فان فيها المقدر كما قلنا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : الحارصة والباضعة مقدره في الحر ، وكذا في العبد بحسب قيمته . وقال جميع الفقهاء : فيها الارش ، لانها غير مقدره في الحر .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا جنى على ملك غيره جنابة لها أرش ، قال الشافعي والمالك : يمسك هو ملكه ويطالب الجاني بأرشها على كل حال ، قليلاً كان أرش الجنابة أو كثيراً ، سواء ذهب بالجنابة منفعة مقصودة أولاً ، وسواء وجب بالمقصودة كمال قيمة المجني أو دون ذلك .

وقال أبو حنيفة ينظر فيه فان لم يذهب بالجنابة منفعة مقصودة ، مثل أن يخرق يسيراً من الثوب أو قطع اصبعاً من العبد أو جنى عليه حارصة أو دامية ، فانه

يمسك ملكه ويطالب بالارش على ما قال الشافعي .

وان ذهب بها منفعة مقصودة، مثل أن خرق الثوب بطوله وقطع يداً من العبد فالسيد بالخيار بين أن يمسك العبد ويطالب بأرش الجناية ، وبين أن يسلم العبد برمته ويأخذ منه كمال قيمته ، قال : وان وجب بالجناية كمال قيمة الملك ، وهذا انما يكون بالريقق خاصة، فالمالك بالخيار بين أن يمسكه ولاشيء له على الجاني وبين أن يسلمه اليه ويأخذ كمال قيمته .

وقال أبو يوسف ومحمد : السيد بالخيار بين أن يسلمه ويأخذ كمال قيمته ، وبين أن يمسكه ويأخذ ما نقص من القيمة ويسقط التقدير .

قال الشيخ : والذي يقتضيه أخبارنا ومذهبنا أنه اذا جنى على عبد جنائياً تحيط بقيمته ، كان السيد بالخيار بين أن يسلمه ويأخذ قيمته ، وبين أن يمسكه ولا شيء له ، وما عدا ذلك فله الارش أما مقدراً أو حكومة ، وما عدا المملوك من الاموال اذا جنى عليه ، فليس لصاحبه الا أرش الجنائية ، واستدل باجماع الفرقة، وهو المعتمد .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ: اذا غضب جارية، فزادت في يده بسمن أو صناعة أو تعليم قرآن ، فزاد بذلك ثمنها ، ثم ذهب عنها ذلك في يده حتى صارت الى الصفة التي كانت عليها حين الغضب ، كان عليه ضمان ما نقص في يده ، وهكذا لو غضب حاملاً أو حائلاً، فحملت في يده ضمنها وحملها في الموضعين معاً، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يضمن شيئاً من هذا أصلاً، ويكون ما حدث في يده أمانة فان تلف من غير تفریط فلا ضمان ، وان فرط مثل أن جحد ثم أعترف أو منع ثم بذل ، فعليه ضمان ذلك .

والمعتمد قول الشيخ، لان هذا النماء حدث على ملك المغضوب منه ، فاذا

تلف في يد الغاصب لزمه ضمانه .

مسألة - ١١ - قال الشيخ: المنافع تضمن بالغضب كالأعيان، مثل منافع الدابة والعبد والثياب ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يضمن المنافع بالغضب بحال ، فإذا غصب أرضاً فزرعها مدة كانت الغلة له والاجرة عليه ، إلا أن ينقص الأرض فعليه أرش مانقص ، وزاد على هذا فقال : لو آجرها وأخذ أجرتها ملك الاجرة دون المالك .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ: المقبوض بالبيع الفاسد لا يملك بالعقد ولا بالقبض .
وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يملك بالقبض .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا غصب ثوباً قيمته عشرة ، فبلغت عشرين لزيادة السوق ، ثم عاد الى عشرة أو دونها ، ثم هلك قبل الرد ، كان عليه قيمته أكثر ما كانت من يوم الغصب الى يوم التلف ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : عليه قيمته يوم الغصب .
والمعتمد قول الشيخ .

ولو لم يتلف الثوب رده ولا يرد مانقص من قيمته ، وبه قال جميع الفقهاء وقال أبو ثور : يرده ومانقص من قيمته فلو غصبه وقيمته عشرة ثم بلغت عشرين ثم عادت الى عشرة رده ورد عشرة . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ: اذا أكره امرأة على الزنا، كان عليه الحد دونها . ولو كانت هي زانية وهو واطىء شبهة، كان عليها الحد دونه، ولا يلزمه المهر في الموضوعين .
وقال الشافعي : متى وجب عليه الحد دونها وجب المهر . وقال أبو حنيفة : متى سقط عنه الحد دونها لزمه المهر .

والمعتمد وجوب المهر على المكره ويتعدد بتعدد الوطىء ويجب المهر أيضاً اذا اشتبه عليها وان لم تشته عليه ، ولا يجب اذا لم يشته عليها وان اشتبهت عليه .

والضابط: كل موضع سقط الحد عنها يجب لها المهر وان وجب الحد عليه كما قاله الشافعى ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١) وابن ادريس ومن تأخر عنه من أصحابنا .

مسألة -١٥- قال الشيخ : السارق يقطع ويغرم ماسرقة ، وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : القطع والغرم لا يجتمعان ، فان غرم لم يقطع ، وان قطع لم يغرم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٦- قال الشيخ : يصح غضب العقار ويضمن بالغصب ، وبه قال الشافعى ومحمد .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا يصح غضب العقار ولا يضمن .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٧- قال الشيخ : اذا غصب ثوباً فصبغه ، كان للغاصب قلع الصبغ بشرط أن يضمن قيمة مانع من الثوب ، وبه قال الشافعى .
وقال المزني : ليس للغاصب قلع الصبغ ، لانه لا منفعة له فيه ، سواء كان الصبغ أسود أو أبيض .

وقال أبو حنيفة : ان كان مصبوغاً بغير سواد ، فرب الثوب بالخيار بين أن يسلمه الى الغاصب ويأخذ قيمته أبيض ، وبين أن يأخذ الثوب هو ويعطيه قيمة صبغه .

(١) المبسوط ٦٦/٣ .

وان كان مصبوغاً بالسواد، قرب الثوب بالخيار بين أن يسلمه الى الغاصب ويأخذ قيمته أبيض ، وبين أن يمسكه ولاشيء عليه للغاصب .

قال الطحاوي: فان نقص الثوب بالصبغ قال أبو حنيفة: لاضمان على الغاصب والذي يجيء على قوله أن عليه ضمان مانقص . وقال أبو يوسف: الصبغ بالسواد وغيره سواء .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الصبغ عين مال الغاصب ، فله أجرة مع ضمان النقص .

وقال العلامة في المختلف: والوجه عندي ليس له ذلك القلع الا برضى المالك فان لم يرض ودفع قيمة الصبغ وجب على الغاصب القبول^(١) .
مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا غصب شيئاً ، ثم غيره عن صفته التي هو عليها أو لم يغيره مثل أن كان نقرة فضربها دراهم ، أو حنطة فطحنها ، أو دقيقاً فمجنه وخبزه لم يملكه وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : اذا غير الغصب تغييراً أزال به الاسم والمنفعة المقصودة بفعله ملكه ، فاعتبر ثلاث شرائط: أن يزول الاسم والمنفعة المقصودة ، وأن يكون ذلك بفعله ، فاذا فعل هذا ملكه ، ولكن يكره له التصرف فيه قبل دفع قيمته .

وحكى ابن جرير عن أبي حنيفة أنه قال: لو أن لصاً نقب مدخل دكان رجل ، فوجد فيه بغلا وطعاماً فصمد البغل وطحن الطعام ملك الدقيق ، فان انتبه صاحب الدكان كان للص قتاله ودفاعه عن دقيقه ، فان أبقى الدفع عليه ، فلا ضمان على اللص .

والمعتمد قول الشيخ ، ومذهب ابي حنيفة هذا ما يرضيه عاقل .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا غصب منه عصيراً فاستحال خدرأ ثم صار خلا رده على صاحبه ، وبه قال الشافعي .

(١) مختلف الشيعة ص ٢٧٦ كتاب الامانات .

وقال أبو حنيفة : اذا صار خلا ملكه وعليه قيمته ، فأما اذا غصب منه خمراً فاستحال خلا رد الخل بلاخلاف .

وقال العلامة في القواعد: ولو غصب خمراً، فتخلل في يده حكم بها للغاصب ويحتمل المالك .

والمعتمد أنه اذا غصب عصيراً فصار خلا ، رده ورد أرش نقصه ان نقصت قيمة الخل عن قيمة العصير ، ولا فرق بين أن يصير خمراً ثم يصير خلا ، أو يصير خلا قبل أن يصير خمراً ، أو اذا غصب خمراً فصار خلا ، فان كانت محترمة وهي التي يقصد بها التخليل رد الخل الى المغصوب منه ، وان لم يكن محترمة فالخل للغاصب .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا غصب ساجدة فبنى عليها ، أو لوحاً فأدخله في سفينته ، كان عليه رده ، سواء كان فيه قلع ما بناه في ملكه أو لم يكن ، وبه قال الشافعي . وقال محمد في الاصول : متى كان عليه ضرر في رده لم يلزمه رده . وقال الكرخي : ان مذهب أبي حنيفة ان لم يكن في ردها قلع ما بناه في ملكه لزمه ، وان كان فيه ردها قلع ما بناه في ملكه لم يلزمه ردها .

وتحقيق الكلام معهم هل ملكها في ذلك أم لا ؟ فعنده قد ملكها كما لو غصب شاة فذبحها وشراها ، أو حنطة فطحنها ، وعندنا وعند الشافعي لم يملكها بذلك والمعتمد ما قاله الشيخ .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : اذا غصب طعاماً فأطعمه مالكة ، فأكله مع الجهل بأنه ملكه ، فانه يبرىء ذمة الغاصب ، وهو المنصوص للشافعي . وقال الربيع وفيها قول آخر ان ذمته تبرىء ، وبه قال أهل العراق .

والمعتمد قول الشيخ ، والمراد بأهل العراق أصحاب أبي حنيفة .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : اذا حل دابة ، أو فتح قفصاً عن طائر ووقف ، ثم

ذهبا كان عليه الضمان .

وقال أبو حنيفة والشافعي في القديم : لاضمان عليه قولاً واحداً ، ولو ذهباً عقيب الحل من غير توقف ، قال الشيخ : كان عليه الضمان ، وبه قال مالك وأحمد وأحد قولي الشافعي ، وقال في القديم وهو الأصح عندهم : انه لاضمان ، وبه قال أبو حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ ، ولا فرق بين أن يذهبها عقيب الفتح أو بعد مكث .
مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : اذا غصب دابة أو عبداً أو فرساً ، فأبق العبد أو شرد الفرس أو نذ البعير ، كان عليه القيمة ، فاذا أخذها صاحبها ملك القيمة بلاخلاف ولا يملك هو المقوم ، فان رد انفسخ ملك المالك عن القيمة ، وعليه ردها الى الغاصب ويتسلم العين منه ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : اذا عادت العين الى الغاصب ، نظرت فان كان المالك أخذ القيمة بتراضيهما أو ببينة ثبتت عند الحاكم وحكم بها ، لم يكن للمالك سبيل على العين ، وان كان المالك أخذ القيمة بقول الغاصب مع يمينه ، لانه هو الغارم نظرت ، فان كانت القيمة قيمة مثلها أو أكثر ، فلا سبيل للمالك عليها أيضاً ، وان كان أقل من قيمتها فللمالك رد القيمة واسترضاع العين ، لان الغاصب ظلم المالك في قدر ما أخبره به من القيمة .

فالخلاف في فصلين : أحدهما يدفع القيمة هل ملك الغاصب العين المغصوبة أم لا ؟ فعندنا ماملك وعندهم قد ملك ، والثاني اذا ظهرت العين وصاحبها أحق بها ، وعند أبي حنيفة الغاصب أحق بها .

والمعتمد قول الشيخ ، لان القيمة انما دفعت لاجل الحيلولة .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : اذا باع عبداً وقبضه المشتري أو لم يقبضه ، فادعى مدعي أن العبد له وصدقه البايع وكذبه المشتري ، فانه لا يقبل اقرار البايع على

المشتري ، وللمدعي أن يرجع على البايع بقيمة العبد .
وللشافعي قولان : أحدهما مثل ماقلناه ، والاخر لاضمان عليه ، ومنهم من
قال : يلزم البايع القيمة قولاً واحداً .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : اذا كان في يد مسلم خمراً وخنزيراً فأتلفه متلف
فلاضمان عليه بلاخلاف ، مسلماً كان المتلف أو مشركاً ، وان كان ذلك في يد ذمي
فأتلفه متلف ، مسلماً كان أو ذمياً ، فعليه ضمانه وهو قيمته عند مستحليه ، وبه قال
أبو حنيفة . وقال الشافعي : لاضمان عليه .

والمعتمد ما قال الشيخ ان كان الذمي مستتراً به ، وان كان متظاهراً فلاضمان .
مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : اذا غصب ماله مثل الحبوب والادهان ، فعليه
مثل ما تلف في يده ويشتريه بأي ثمن كان بلاخلاف ، وان لم يكن له مثل فعليه
أكثر القيم من يوم الغصب الى يوم التلف ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : عليه قيمة يوم الغصب .
والمعتمد قول الشيخ ، وقد تقدم .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : اذا غصب مالاً يبقى كالفواكه الرطبة ، مثل التفاح
والكمثري والموز والرطب وغيرها ، فتلف في يده وتأخرت المطالبة بقيمة ، فعليه
القيمة أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف ، ولايراعى ما وراء ذلك
وبه قال الشافعي .

وقال أبو يوسف : عليه قيمته يوم الغصب ، فجرى على القياس في غير الاشياء
الرطبة .

وقال أبو حنيفة : عليه قيمة يوم المحاكمة . وقال محمد : عليه قيمته في الوقت
الذي يقطع عن ايدي الناس .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٢٨- قال الشيخ: اذا غصب مايجرى فيه الربا، مثل الاثمان والمكيل والموزون ، فجنى عليه جناية استقر أرشها ، مثل أن كان المغصوب دنانير فشبكها أو طعاماً فبله، فاستقر نقصه، فعليه رده بعينه وعليه أرش ما نقص، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : المالك بالخيار بين أن يسلم العين الى الغاصب ويطالب بالبدل ، وبين أن يمسكها ولاشيء له .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٢٩- قال الشيخ: اذا غصب جارية فأنت بولد مملوك ونقصت قيمتها بالولادة ، فعليه ردها وأرش نقصها ، وان كان الولد قائماً رده ، وان كان تالفاً رد قيمته ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة: ان كان الولد تالفاً فعليه أرش النقص ، وان كان باقياً جبرت الارش بقيمة الولد ، فان تساوى الارش وقيمة الولد فلا شيء ، وان نقصت القيمة عن الارش رد الزائد عن القيمة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٣٠- قال الشيخ: اذا غصب مملوكاً أمرد فنبتت لحيته فنقصت قيمته أو جارية ناهداً فسقط ثديها ، أو رجلاً شاباً فابيضت لحيته ، فعليه أرش النقص في كل هذا ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة في الناهد والشاب مثل قولنا ، وقال في الصبي اذا نبتت لحيته

لاضمنان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٣١- قال الشيخ: اذا غصب عبداً فمات العبد واختلفاً، فقال الغاصب: رددته حياً ومات في يدك أيها المالك، وقال المالك : بل مات في يدك أيها الغاصب

وأقام كل واحد منهما البينة بما ادعاه ، سقطتا وعدنا الى الاصل ، وهو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم رده ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو يوسف : يقدم بينة المالك ويأخذ البدل ، لان الاصل بقاء الغصب وقال محمد : يقدم بينة الغاصب ، لان الاصل براءة ذمته .
والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار الشهيد في دروسه^(١) .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : اذا غصب عبداً قيمته ألف ، فزاد في يده فبلغ ألفين ، ثم قتله قاتل في يد الغاصب ، فليسيد أن يرجع بالالفين على من شاء منهما فان رجح على القاتل لم يرجع القاتل على الغاصب ، وان رجح على الغاصب رجح على القاتل ، لان الضمان استقر عليه ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان رجح على القاتل رجح بألفين ، وان رجح على الغاصب ليس له أن يرجع بأكثر من ألف ، وهو قيمة العبد حين الغصب ، ثم يأخذ الغاصب من القاتل ألف منهما لنفسه بدل ما دفعه الى المالك ، والالف الاخر يتصدق بها .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : اذا غصب ألف درهم من رجل وألفاً من آخر وخطبهما فالالفان شركة بين المالكين يردهما عليهما ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : يملك الغاصب الالفين معاً ، ويضمن لكل منهما بدل ألفه .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : اذا غصب حباً فزرعه أوبيضه فاحصنها ، فالزرع والفرخ للغاصب ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : هما معاً للمغصوب منه ، وفصل المزني فقال : الفرخ للمغصوب

منه ، والزرع للغاصب .

والمعتمد أنهما للمغصوب منه ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : اذا غصب عبداً فمات في يده فعليه قيمته ، سواء كان قنناً أو مدبراً أو أم ولد، وسواء مات بسبب أو مات حتف أنفه، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة في غير ام الولد بقولنا ، وفي أم الولد قال : ان ماتت بسبب كقولنا ، وان ماتت حتف أنفها فلا ضمان عليه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : اذا غصب حراً صغيراً فتلّف في يده، فلا ضمان عليه ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان مات حتف أنفه كقولنا ، وان مات بسبب مثل لدغ حية أو عقرب ، أو أكله سبع ، أو وقع عليه حائط ، فعليه الضمان .
قال الشيخ : ولو قلنا بقول أبي حنيفة كان قوياً . والمعتمد ماقواه الشيخ ، وهو مذهب العلامة .

كتاب الشفعة

مسألة ١- قال الشيخ: لاشفعة في السفينة وكلما يمكن تحويله، مثل النبات والحبوب والحيوان، وغير ذلك عند أكثر أصحابنا، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة. وقال مالك: إذا باع سهماً من سفينة كان لشريكه فيها الشفعة وأجراها مجرى الدار، وحكى عنه أن الشفعة في كل شيء من الاموال المحبوب والحيوان والنبات وغير ذلك، وفي أصحابنا من قال بذلك، وهو اختيار المرتضى .

والمعتمد قول الشيخ ويقول المرتضى قال ابن الجنيد وابن أبي عمير وابن ادريس .

مسألة ٢ - قال الشيخ : اذا باع زرعاً وثمره مع الاصل بالشرط ، كان الشفعة ثابتة في الاصل دون الزرع والثمرة ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : تثبت في الجميع . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٣- قال الشيخ: لا تثبت الشفعة بالجوار، وانما تثبت للشريك المخالط

وبه قال مالك وأحمد والشافعي، وتثبت عندنا زائد على الخلطة بالاشتراك في الطريق

وبه قال سوار القاضي وعبدالله بن الحسن العنبري فانهما أوجباها بالشركة في

المبيع والطريق دون الجوار كما نقول نحن .

وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه : يجب بالشركة وبالجوار والشريك في

الطريق أولى من الجار قاله أبو حنيفة ، فلو عفا كان للجار الشفعة .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : مطالبة الشفيع على الفور ، وبه قال أبو حنيفة ،
وهو أصح أقوال الشافعي ، وله ثلاثة أقوال آخر غير هذا : أحدها أن الشفيع
بالمخيار ثلاثاً ، فان مضت بطل خياره ، وبه قال ابن أبي ليلى والثوري .
ونص في القديم على قولين : أحدهما أنه على التراخي ولا يسقط الا بصريح
العفو ، مثل أن يقول عفوت ، أو يلوح به مثل أن يقول للمشتري بعني الشقص
فان فعل هذا الا كان للمشتري أن يرفعه الى الحاكم ، اما أن يأخذ أو يدع . والثاني
أنه على التأييد كالتصاص ، ولا يملك المشتري مرافعته الى الحاكم ، بل الخيار
اليه ولا اعتراض عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : الشفعة لا تبطل بالغيبة ، وبه قال جميع الفقهاء ، وحكى
عن النخعي أنه قال : تبطل بالغيبة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا كان الشراء بثمن له مثل ، كان للشفيع الشفعة
بلا خلاف ، وان كان بثمن لا مثل له لم يكن له شفعة ، وبه قال الحسن البصري
وسوار القاضي .

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : له الشفعة ويأخذ بقيمة الثمن ، والاعتبار
بقيمته حين العقد ، وهذا هو المعتمد ، وهو المشهور عند أصحابنا ، قال به المفيد
وابن ادريس ونجم الدين والعلامة في غير المختلف ، والشهيد وفخر الدين .

وقال العلامة في المختلف^(١) بقول الشيخ هنا ، والاعتبار بالقيمة يوم العقد وقال فخر الدين : أعلى القيم من يوم العقد الى يوم الدفع كالغاصب ، ولم يقل به غيره .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا تزوج امرأة وأمهرها شقصاً لا يستحق الشفعة عليها ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه .

وقال الشافعي : الشفعة تجب بمهر المثل ، وقال مالك وابن أبي ليلى : تجب الشفعة لكنه يأخذ بقيمة الشقص لا بمهر المثل .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا اشترى شقصاً بمائة الى سنة ، كان للشفيع المطالبة بالشفعة ، وهو بالخيار بين أن يأخذه في الحال ويعطي ثمنه حالا ، وبين أن يصبر الى سنة ويطالب بالثمن الواجب عندها .

وللشافعي ثلاثة أقوال : أحدها مثل ما قلناه . والثاني أن يأخذ بمائة الى سنة كما اشتراه ، وبه قال مالك ، غير أن مالكا قال : ان كان الشفيع غير ملي كان له مطالبته بكفيل ثقة يضمن له الثمن الى محله ، وهذا قوى أيضاً ذكرناه في النهاية ، واليه ذهب قوم من أصحابنا . والثالث قاله في الشروط يأخذه بسلعة يساوي مائة الى سنة .

والمعتمد قول الشيخ في النهاية^(٢) ، وهو مذهب مالك ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا مات وخلف ابنين وداراً ، فهي بينهما نصفين فان مات أحدهما وخلف ابنين كان سهم أبيهما بينهما نصفين ولعمهما النصف ، ولكل

(١) مختلف الشيعة ص ٢٢٦ كتاب التجارة .

(٢) النهاية ص ٤٢٥ .

واحد منهما الربع ، فان باع أحدهما نصيبه من أجنبي فلا شفعة لاحد .
وللشافعي في أن الشفعة لآخيه وحده أولاً قولان : أحدهما لآخيه وحده ، وبه
قال مالك . والآخر لآخيه وعمه ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وهذه المسألة
مبنية على ثبوت الشفعة مع الكثرة .

والمعتمد عدم الثبوت .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : عندنا أن الشريك اذا كان أكثر من واحد بطلت
الشفعة ، فلا يتصور الخلاف في أن الشفعة على قدر الرؤوس ، أو على قدر الانصباء
وهو انفراد .

وذهب قوم من أصحابنا الى أنها يستحق وان كانوا أكثر من واحد ، وقالوا
على عدد الرؤوس ، وبه قال أهل الكوفة والثوري وأبو حنيفة وأصحابه ، وهو أحد
قولي الشافعي ، والقول الآخر على قدر الانصباء وهو الأصح عندهم ، وبه قال
مالك وأحمد ، وهو قول أهل الحجاز .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : المنصوص لأصحابنا أن الشفعة لا يورث ، وبه قال
أبو حنيفة وأصحابه .

وقال قوم من أصحابنا : يورث مثل سائر الحقوق ، وهو اختيار المرتضى
ره ، وبه قال الشافعي ومالك ، وهذا هو المعتمد .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا اشترى داراً ، فوجب للشفيع فيها الشفعة ،
فأصابها هدم أو غرق ، فان كان ذلك بأمر سماوي ، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذها
بجميع الثمر أو يترك ، وان كان بفعل آدمي كان له أن يأخذ العرصة بحصتها من
الثمر ، وبه قال أبو حنيفة .

وللشافعي قولان ، ولأصحابه خمس طرق :

أحدها : مثل ما قلناه ، وهو أضعفها عندهم .
 والثانية : اذا انتقض البناء وانفصل ، فالشفيح يأخذ العرصة بالشفعة وما اتصل
 بها من البناء دون المنفصل عنها وبكم يأخذه على قولين : أحدهما يأخذ المتصل
 بكل الثمن أو يتركه ، أو بحصته من الثمن أو يدع ، وهو أصح القولين عندهم .
 وثالثها : ان كان النقص الذي لحقه عيب مثل شق الحيطان وتغير السقف
 وميل الحائط ، فان المشتري بالخيار بين أن يأخذه بكل الثمن أو يرده ، فان كان
 النقصان بانتقاض البناء والآلة لم يدخل النقص في الشفعة ، وبكم يأخذ الشفيح ما
 عداه على القولين ، وما انفصل لا يدخل في الشفعة كما قال الاول ، ويأخذ ما عداه
 بالحصه من الثمن قولاً واحداً ، وهو مانص عليه في القديم .

ورابعها : اذا انهدم البناء وكانت الاعيان المنهدمة موجودة دخلت في الشفعة
 وان كانت منفصلة عن العرصة ، لانه يتسلمها بالثمن الذي وقع عليه البيع ،
 والاستحقاق وجب له حين البيع ، وان كانت الاعيان مفقودة يأخذها بالحصه من
 الثمن .

وخامسها : ان كانت العرصة قائمة بحالها أخذها بجميع الثمن ، سواء كان
 الاعيان المنفصلة موجودة أو مفقودة ، وان كان بعض العرصة هلك بالغرق أخذ
 بالحصه من الثمن .

والمعتمد أنه اذا انهدم المبيع ، أو تعيب بفعل المشتري قبل المطالبة ، أو بغير
 فعله مطلقاً ، يعبر الشفيح بين الاخذ بجميع الثمن ، أو الترك والابحاض للشفيح
 وان كانت منقولة ، ولو كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري ، وهذا
 هو المشهور عند أصحابنا .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ: اذا اشترى شيئاً وقاسم وغرس وبنا فيه ، وطالب
 الشفيح بالشفعة ولم يكن قبل ذلك عالماً بالشرآء ، كان له اجباره على قلع الغراس

والبناء ، اذا رد عليه ما نقص من البناء والغراس بالقلع ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة والثوري : له المطالبة بالقلع ، ولا يعطيه ما نقص بالقلع .
والمعتمد قول الشيخ ، لان المشتري غرس في ملكه ، فلا يكون متعدياً واذا لم يكن متعدياً وجب أن يرد عليه ما نقص من غرسه ولو بذل قيمة الغرس والبناء ، كانا له مع رضی المشتري .

وما طريق التقويم ؟ قال العلامة في التحرير لا يجب قيمة الغرس مستحقاً للبقاء في الارض ، لانه لا يستحق ذلك ولا قيمته مقلوعاً ، لانه لو وجب قيمته مقلوعاً لملك قلعه من غير أرش ، ولانه قد لا يكون له قيمة بعد القلع ، وانما طريق ذلك أن يقوم الارض وفيها الغرس والبناء ، ثم يقوم خالية عنهما ، فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء ، فيدفعه الى المشتري ان اتفقا أو ما نقص منه ان اختار القلع ، قال : ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء مستحقاً للترك بالاجرة^(١) .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا اشترى النخل والارض واشترط الثمرة ، كان للشفيع أن يأخذ الكل بالشفعة ، وبه قال أبو حنيفة ومالك .

وقال الشافعي : له أن يأخذ الكل دون الثمرة ، وهذا هو المعتمد ، وهو اختياره في أول كتاب الشفعة ، وكأنه رجع عنه هنا ، والمشهور عند أصحابنا الاول .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا باع شقصاً مشاعاً لا يجوز قسمته شرعاً ، كالحمام والارحية والدور والعضائد الضيقة ، فلا شفعة فيها ، وبه قال أهل الحجاز مالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري : تجب الشفعة فيه .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا لم ينقص القيمة ولا الانتفاع قسم بلا خلاف
و اذا نقصت القيمة والانتفاع فلا يقسم بلا خلاف ، وما فيه الخلاف قال أبو حنيفة :
كل قسمة لا ينتفع الشريك بحصته أيهما كان فهي قسمة ضرر فلا يقسم ، وهو ظاهر
مذهب الشافعي ، وهو الصحيح عندي .

وقال أصحاب الشافعي : كلهم ان القسمة اذا نقصت القيمة دون الانتفاع ، فانها
غير جائزة ، وهو اختيار نجم الدين والعلامة ، وظاهر الشهيد المنع مع فحش
نقص القيمة دون النقص غير الفاحش ، ولأبأس به جمعاً بين القولين .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه لهم الشفعة
ولوليتهم الاخذ ، ولا ينتظر بلوغ الصبي ورشاده ، وبه قال جميع الفقهاء .
وقال ابن أبي ليلى : لاشفعة للمحجور عليه . وقال الاوزاعي ليس للولي الاخذ له
لكنه يصبر حتى اذا بلغ ورشد كان له الاخذ والترك .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا كان للصبي شفعة وله في أخذها الحظ ولم يأخذ
الولي عنه ، فالشفعة لم تسقط ، وله بعد البلوغ الاخذ أو الترك ، وبه قال الشافعي ومحمد
ابن الحسن .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : تسقط شفعتهم .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا كان للصبي شفعة الحظ له في تركها ، فتركها
الولي وبلغ الصبي ورشد ، فله المطالبة بالاعخذ وله الترك ، وبه قال محمد بن الحسن
وأحد قولي الشافعي ، وهو ضعيف عندهم .
والقول الاخر عليه أكثر أصحابه أنه ليس له المطالبة وسقط حقه ، وبه قال
أبو حنيفة وأبو يوسف ، وهو المعتمد ، لان أخذ الولي وتركه منوط بالمصلحة ، ولو

أخذ مع عدم المصلحة لم يصح ولم يزل ملك المشتري ، فهو لم يثبت له حق حالة العقد لعدم المصلحة ، فلم يثبت له بعده .

مسألة ٢٠- قال الشيخ: اذا باع شقصاً بشرط الخيار، فان كان الخيار للبايع أو لهما فلا شفعة ، وان كان الخيار للمشتري كان للشفيع الشفعة ، وله المطالبة قبل انقضاء الخيار ، وبه قال أبو حنيفة والمنصوص للشافعي .

وقال الربيع: له قول آخر انه ليس له المطالبة الا بعد انقضاء الخيار ، وبه قال مالك .

والمعتمد أن له الاخذ وان كان في مدة خيار البايع ، لانتقال المبيع بالعقد، وهو المشهور عند أصحابنا، ولا يبطل الخيار، فان فسخ بطل البيع والشفعة ورجع المال الى البايع .

مسألة ٢١- قال الشيخ: اذا اشترى شقصاً وسيفاً ، أو شقصاً وعبداً ، أو شقصاً وعرضاً من العروض، كان للشفيع الشفعة بحصته الشقص من الثمن، ولاحق له فيما بيع معه ، وبه قال أبو حنيفة .

وللشافعي ولأبي حنيفة رواية شاذة أنه يأخذ الشقص والسيف معاً بالشفعة . وقال مالك: لو باع شقصاً من أرض فيها غلمان يعملون، كان له أخذ الشقص والغلمان معاً بالشفعة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٢٢- قال الشيخ: اذا أخذ الشفيع الشقص من المشتري أو البايع قبض المشتري أو لم يقبض، فان دركه وعهدته على المشتري دون البايع، وبه قال مالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة: العهدة على من أخذ الشقص منه البايع أو المشتري وقال ابن أبي ليلى: العهدة على البايع ، سواء أن أخذ من البايع أو المشتري .

والمعتمد قول الشيخ ، لان المشتري ملك بالشري ، فاذا أخذ الشفيح بكون
الدرك على المشتري كما لو باعه .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : اذا تبايعا شقصاً ، فضمن الشفيح الدرك للبايع عن
المشتري ، أو للمشتري عن البايع في نفس العقد ، أو تبايعا على أن الخيار
للشفيح فانه يصح ، وأيهما كان لا يسقط شفيعته ، وبه قال الشافعي . وقال أهل العراق :
يسقط الشفيعه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : اذا كان دار بين ثلاثة ، فباع أحدهم نصيبه فاشتراه
أحد الاخرين ، استحق الشفيعه الذي لم يشتر ، على قول من يقول الشفيعه على عدد
الرؤوس ، وهو أحد وجهي الشافعي ، والوجه الاخر أنه يستحق الشفيعه الذي اشتراه
مع الذي لم يشتر ، وبه قال أبو حنيفة .

وهذا الفرع ساقط عندنا ، لكونه مبنياً على الكثرة .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : اذا كان الشفيح وكيلاً للبايع أو للمشتري في الشقص
لم تبطل شفيعته ، وبه قال الشافعي .

وقال أهل العراق : ان كان وكيلاً للبايع لم تبطل شفيعته ، وان كان وكيل المشتري
بطلت ، بناءً على أصلهم أن الوكيل في الشراء ينتقل الملك اليه أولاً ، ثم ينتقل منه
الى الموكل .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : اذا حط البايع شيئاً من الثمن بعد لزوم العقد
واستقرار الثمن ، لا يلحق ذلك بالعقد ولا يثبت للشفيح ، بل هو هبة مجددة للمشتري
من البايع ، وبه قال الشافعي ، سواء حط الكل أو البعض .

وقال ابو حنيفة : ان حط البعض لحق العقد وسقط عن الشفيح ، فان حط الكل

لم يلحق العقد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : اذا زاد في الثمن زيادة بعد العقد ، هذه الزيادة هبة من المشتري ولا تازم الشفيع ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يلحق العقد ولا يلزم الشفيع .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : اذا كانت الدار بينهما نصفين ، فادعى أجنبي على احدهما ألف دينار ، فصالحه على نصفه من الدار لا يستحق به الشفعة ، سواء كان صلح اقرار أو صلح انكار .

وقال الشافعي : ان كان صلح اقرار استحق الشفعة لانه بيع . وان كان صلح انكار ، فلا يستحق لانه باطل .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : اذا اخذ الشفيع الشقص ، فلا خيار للبائع وللمشتري خيار المجلس بلا خلاف ، وهل يثبت للشفيع خيار المجلس ؟ فعندنا لا خيار له ، وللشافعي قولان : أحدهما لا خيار له ، والاخر له الخيار ، نص عليه في اختلاف العراقيين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : اذا وهب شقصاً لغيره ، سواء كان مثله أو فوقه أو دونه ، فلا شفعة فيه .

وقال الشافعي : ان كانت الهبة لمن فوقه يثبت الشفعة على القول بوجود الثواب على الموهوب ، وعلى القول بعدم الوجوب فلا شفعة ، وله في وجوب الثواب قولان .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اذا كانت داراً بين نفسين ، فأقر أحدهما أنه باع نصيبه من آخر ، فأذكر المشتري ، فإنه تثبت الشفعة للشريك وبه قال عامة أصحاب الشافعي .

وقال أبو العباس : لاشفعة لانها لا تثبت الا بعد ثبوت المشتري .
والمعتمد قول الشيخ ، قال : لانه أقرب حقيقتين : أحدهما حق المشتري ، والاخر حق الشفيع ، فاذا رد المشتري لم يسقط حق الشفيع ، ولا يكون الدرك على البائع الا هنا .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : اذا باع ذمي من ذمي شقصاً بخمر أو خنزير ، وتقابضا واستحق عليه الشفعة ، أخذ الشفيع بمثل ثمن الخمر والخنزير عند أهله ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لاشفعة هنا ، لان الخمر والخنزير ليس بمال .
والمعتمد قول الشيخ ، لان ذلك مال عندهم .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : لا يستحق الذمي الشفعة على المسلم ، وبه قال الشعبي وأحمد . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : يستحق .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : اذا اشترى شقصاً من دار وبنى مسجداً قبل أن يعلم الشفيع ، كان للشفيع ابطال تصرفه ونقض المسجد وأخذه ، وبه قال الشافعي وجميع الفقهاء ولابي حنيفة روايتان : أحدهما مثل ما قلناه ، والثانية لا ينقض المسجد .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : اذا باع في مرضه شقصاً وحابا فيه من وارث صح البيع ووجبت فيه الشفعة بالثمن الذي وقع عليه العقد .
وعند الفقهاء يبطل البيع ، لان المحاباة هبة ووصية ، ولا وصية لو ارث ، ويبطل البيع

في قدر المحاباة، ويكون الشفيع بالخيار بين الاخذ والترك، وارثاً كان أو غيره .
 والمعتمدان خرج قدر المحاباة من الثلث ، صح البيع وكان للشريك الاخذ
 بالشفعة ، والاصح في مقابل الثمن وما يحتمله الثلث من المحاباة ، ويبطل في الباقي
 مع عدم الاجارة ، وللشريك أخذ ما صح فيه البيع ، ولا فرق بين الوارث وغيره .
 مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : اذا وجبت الشفعة ، فصالحه المشتري على تركها
 صح الصلح وبطلت الشفعة ، وعند الشافعي لا يصح ، وهل تبطل الشفعة؟ على قولين .
 والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ : اذا وجبت الشفعة ، فسار الى المطالبة ، فلم يأت
 المشتري فيطالبه ولا الى الحاكم ، بل مضى الى الشهود فأشهد على نفسه أنه مطالب
 بالشفعة ، لم تبطل شفيعته ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : تبطل ، وهو المعتمد ، لان الاخذ بالشفعة على الفور مع الامكان
 والتأخير يبطل لها .

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : اذا بلغ الشفيع أن الثمن دنانير فعفا وكان دراهم
 أو كان حنطة فبان شعيراً لم تبطل شفيعته ، وبه قال جميع الفقهاء الا زفر ، فانه قال :
 اذا كان دنانير فبان دراهم سقطت شفيعته ، ولو كان حنطة فبان شعيراً لم تسقط فرق
 بينهما .

والمعتمد قول الشيخ .

كتاب القراض

مسألة - ١ - قال الشيخ : لا يجوز القراض الا بالائمان التي هي الدراهم والدنانير ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي .

وقال الازاعي وابن أبي ليلى : يجوز بكل شيء تتمول ، فان كان مماله مثل كالجوب والادهان ، رجع الى مثله حين المفاصلة والربح بعده بينهما ، وان كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان ، كان رأس المال قيمته والربح بينهما .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : القراض بالورق المغشوش لا يجوز ، سواء كان الغش أقل أو أكثر أو سواء ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان كان الغش أكثر لم يجز ، وان كان أقل أو مساوياً جاز .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا كان القراض فاسداً ، استحق العامل أجره المثل على عمله ، سواء كان في المال ربح أو لم يكن ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : ان كان به ربح استحق الاجرة والافلا .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٤- قال الشيخ: ليس للعامل أن يسافر بمال القراض بغير اذن المالك
وبه قال الشافعي .

وقال مالك وأبو حنيفة : له ذلك ، بناءً على الوديعة ، فان عندهما للودعي
أن يسافر بها .

والمعتمد عدم الجواز للعامل والودعي الامع الاذن .

مسألة ٥- قال الشيخ: اذا سافر بأذن رب المال، كان نفقة السفر من المأكل
والمشروب والملبوس من مال القراض .

وللشافعي ثلاثة أوجه : أحدها لانفقة، كما لو كان حاضراً . والثاني ينفق كمال
النفقة كما قلناه . والثالث القدر الزائد على نفقة الحضر .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقه وأخبارهم ، مع أنه قال في
المبسوط : لانفقة^(١) له .

مسألة ٦ - قال الشيخ : اذا أعطاه ألقين وقال : مارزق الله من الربح كان
لي ربح ألف ولك ربح ألف كان جائزاً ، وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور .

وقال أبو العباس بن سريج : هذا غلط، لانه شرط لنفسه ربح ألف لا يشاركه
العامل فيه ، وكذلك العامل ، فكان باطلا ، كما لو تميز الالف .

والمعتمد أن تميز الالفان كان باطلا، وان كانا ممتزجين صح ، نص عليه العلامة
في التحرير^(٢) .

مسألة ٧ - قال الشيخ : اذا دفع اليه مالا قراضاً وقال له اتجر به ، أو قال
اصنع ماترى ، أو تصرف كيف شئت ، فانه يقتضي أن يشتري بثمان مثله نقداً بنقد
البلد ، وبه قال الشافعي .

(١) المبسوط ١٧٢/٣ .

(٢) تحرير الاحكام ٢٧٧/١ .

وخالفنا أبو حنيفة في الثلاثة ، فقال : له أن يشتري بثمان مثله وأكثر وأقل
ونقدأ ونسيئة وبتقد البلد وبغيره ، واختاره العلامة ، لانه جعل المشية اليه ، نعم
يناط بالمصلحة ، وهو المعتمد .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا اشترى العامل في القراض أباه بمال القراض
فان كان في المال ربح ، انعتق منه بقدر نصيبه من الربح ، واستسعى بالباقي لرب
المال ، وينفسخ القراض ان كان معسراً ، وان كان موسراً قوم عليه بقيته لرب المال
وسواء كان الربح ظاهراً أو يحتاج الي أن يقوم ليعلم ان فيه ربحاً .
وللشافعي قولان : أحدهما مثل ماقلناه ، وأنه ينعتق نصيبه ويلزم شراء الباقي
ان كان موسراً ، وان كان معسراً قال : تبقى بقيته رقاً لرب المال ، والقول الثاني ان
الشراء باطل .

والمعتمد ان لم يكن فيه ربح حالة الشراء صحح قطعاً ، فان بيع قبل ظهور
الربح فلا بحث ، وان بقي حتى ظهر الربح وقلنا يملك الحصة بالظهور وهو
الاقوى عتق عليه قدر نصيبه ، واستسعى العبد في الباقي ، سواء كان العامل موسراً
أو معسراً ، وهو اختيار العلامة .

وان كان فيه ربح حالة الشراء ، صحح الشراء أيضاً مع احتمال عدم الصحة
وعتق منه قدر حصته ، وقوم عليه ان كان موسراً ، واستسعى العبد ان كان معسراً ، وهو
اختيار العلامة أيضاً .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا فسح رب المال وكان في القراض نسيئاً ، باعه
العامل باذن رب المال نسيئة لزمه أن يجيبه ، سواء كان فيه ربح أو لم يكن ، وبه
قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان كان فيه ربح لزمه اجابته والا فلا .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا أعطاه ألفاً قراضاً على أن يكون بينهما، فحال الحول وهو ألفان ، فعند أكثر أصحابنا لازكاة على واحد منهما ، لانه لازكاة في مال التجارة ومنهم من قال: تجب فيه الزكاة، وعلى قول الاولين فيه الزكاة استحباباً. وعلى القولين لاتضم الفائدة الى الاصل، بل يراعي الحول لها منفردة، فعلى هذا لازكاة على واحد منهما، وزكاة الاصل على رب المال، وخالف جميع الفقهاء وقالوا : مال التجارة فيه الزكاة ، والفائدة تضم الى رأس المال .

وعلى من تجب الزكاة ؟ للشافعي قولان: أحدهما تجب زكاة الكل على رب المال اذا قال العامل لايملك بالظهور، والثاني على رب المال زكاة الاصل وما يخصه من الربح وعلى العامل زكاة حصته، وهو أقوى عندهم، وقد مضت هذه المسألة .
مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا قال خذ هذا المال قراضاً على أن يكون الربح لي ، كان قراضاً فاسداً ولايكون بضاعة، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يكون بضاعة .

والمعتمد قول الشيخ . قال العلامة في المختلف: والوجه عندي انه لاجرة للعامل لانه دخل على انه متبرع في العمل^(١) . وهو قوي .
واختار في التحرير^(٢) مذهب أبي حنيفة أنه يكون بضاعة .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ: اذا كان العامل نصرانياً، فاشترى بمال القراض خمراً أو خنزيراً أو باع خمراً ، مثل أن كان عصيراً فاستحال خمراً فباعه ، كان جميع ذلك باطلاً، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : الشراء والبيع صحيحان. وقال أبو يوسف ومحمد: الشراء صحيح والبيع باطل .

(١) مختلف الشيعة ص ٢٥ ، كتاب الاجارة وتوابعها .

(٢) تحرير الاحكام ٢٧٧/١ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٣- قال الشيخ : اذا قال اثنان لواحد : خذ هذا المال قراضاً لك النصف من الربح ثلثه من مال هذا وثلثاه من مال الاخرى والنصف الثاني بيننا نصفين ، قال الشافعي : القراض فاسد ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور : القراض صحيح على ما شرطاه .

قال الشيخ : والذي يقتضيه مذهبنا أنه لا يمنع من هذا الشرط مانع ، وهذا هو المعتمد .

مسألة -١٤- قال الشيخ : اذا دفع ألفاً للقراض ، فاشترى به عبداً للقراض فهلك الالف قبل أن يدفعه في ثمنه ، اختلف الناس على ثلاثة مذاهب : فقال أبو حنيفة ومحمد : يكون المبيع لرب المال ، وعليه أن يدفع اليه ألفاً غير الاول ليقضى دينه ، ويكون الالف الاول والثاني قراضاً ، وهما معاً رأس المال .

وقال مالك : رب المال بالخيار بين أن يعطيه ألفاً يقضي دينه به ، ويكون الثاني رأس المال دون الاول ، وبين أن لا يدفع اليه شيئاً ، فيكون المبيع للعامل والتمن عليه .

ونقل البويطى عن الشافعي أن المبيع للعامل والتمن عليه ، ولا شيء على رب المال ، وهو اختيار أبي العباس ، وهو الذي يقوى في نفسي .

وفي أصحابه من قال مثل قول أبي حنيفة الا أنه قال : كلما دفع اليه ألفاً فهلك ، لزمه أن يدفع اليه أخرى ، وابو حنيفة قال : اذا هلك الالف الثانية لم يلزمه شيء آخر .

والمعتمدان أذن له في الشراء بالذمة ، فتلف الثمن قبل الدفع اليه ، كان على المالك أن يدفع الثمن مرة أخرى ، ولا يتقدر بالمرتبتين بل دائماً ، ويكون الجميع رأس المال ، وان لم يأذن له ، فاشترى في الذمة ، كان الثمن عليه ، كما اختاره

الشيخ هنا . وان اشترى بالعين ، فتلف قبل الدفع ، بطل العقد . وهذا التفصيل اختيار العلامة في المختلف^(١).

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : ليس للعامل أن يبيع بالدين الا باذن رب المال وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : له ذلك .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : لا يصح القراض اذا كان رأس المال جزافاً ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يصح ويكون القول قول العامل عند المفاضلة ، وان كان لكل منهما بينة فالبينة بينة رب المال .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو المشهور عند أصحابنا ، واختار العلامة في المختلف مذهب أبي حنيفة .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا قال خذ ألفاً قراضاً على أن لك نصف ربحها صح بلا خلاف ، وان قال: على أن لك ربح نصفها كان باطلاً ، وبه قال الشافعي وأصحابه . وقال أبو ثور جائز ، وحكى أبو العباس ذلك عن أبي حنيفة .
والمعتمد الجواز ، جزم به نجم الدين والعلامة في كتبه .

كتاب المساقاة

- مسألة - ١ - قال الشيخ: المساقاة جائزة ، وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف
ومحمد ، وانفرد أبو حنيفة بعدم الجواز .
والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة .
- مسألة - ٢ - قال الشيخ: تجوز المساقاة في النخل والكرم ، وبه قال كل من أجاز
المساقاة ، الا داود قال : لا تجوز الا في النخل خاصة .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
- مسألة - ٣ - قال الشيخ : تجوز المساقاة في ماعدا النخل والكرم من الأشجار .
وللشافعي قولان : قال في القديم يجوز ، وبه قال أكثر من أجاز المساقاة .
وقال في الجديد : لا يجوز في غير النخل والكرم .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
- مسألة - ٤ - قال الشيخ: يجوز أن يعطي الأرض ببعض ما يخرج منها ، بأن يكون
منه الأرض والبذر ، ومن المتقبل القيام بها من الزراعة والسقي ومراعاتها ، وخالف
جميع الفقهاء .
- وأجاز الشافعي في الأرض اليسير اذا كان بين ظهراني نخل كثير فيساقى على
النخل ويخاير على الأرض .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا كان النخل أنواعاً مختلفة معقلى ووبرنى وسكر فساقاه من المعقلى على النصف، ومن البرنى على الثلث ، ومن السكر على الربع كان جائزاً ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : لا يصح حتى يكون الحصص سواء في الكل .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا شرط في حال العقد على العامل ما يجب على رب النخل أو بعضه ، أو شرط على رب المال ما يجب على العامل عمله أو بعضه لم يمنع ذلك من صحته اذا بقي للعامل عمل ولو كان قليلاً . وقال الشافعي : يبطل ذلك العقد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا ساقاه بعد ظهور الثمرة ، كان جائزاً اذا بقي للعامل عمل وان كان قليلاً . وللشافعي قولان : أحدهما يجوز ، والآخر لا يجوز .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : يجوز أن يشرط المساقى على رب المال أن يعمل معه غلام لرب المال . وللشافعي قولان : أحدهما يجوز ، والآخر لا يجوز .

والمعتمد قول الشيخ ، واذا ثبت جوازه فلا فرق بين أن يكون هذا الغلام موسوماً بعمل هذا الحائط ، أو بعمل غيره من حوائط حاجته ، وبه قال الشافعي على قوله بالجواز .

وقال مالك : لا يجوز الا الغلام الموسوم بعمل ذلك الحائط . والمعتمد الجواز مطلقاً .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا شرط على المساقى نفقة الغلام جاز ، ولا يشترط

أن يكون مقدرة ، بل الكفاية على جاري العادة ، وبه قال الشافعي .
 وقال محمد: لا بد أن يكون مقدرة، لانها كالأجرة ، وجزم العلامة في القواعد^(١)
 باشتراط العلم بقدرها وجنسها، وهو المعتمد. ولم يختر في التحرير شيئاً بل قال :
 فيه نظر^(٢).

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : ولو كان لكل منهما بينة مما يدعيه قدمنا بينة العامل
 وللشافعي قولان : أحدهما يسقطان ، والآخر يعمل بهما .
 واذا عمل بهما فيه ثلاثة أقوال : أحدها يوقف ، والآخر يقسم ، والثالث يقرع
 وليس هاهنا غير القرعة ، فمن خرج اسمه قدمت بينته ، وهل يحلف معها؟ على
 قولين .

والمعتمد قول الشيخ .

(١) قواعد الاحكام ٢٤٠/١ .

(٢) تحرير الاحكام ٢٥٩/١ .

كتاب الاجارات

مسألة - ١ - قال الشيخ : كلما جاز أن يستباح بالعارية جاز أن يستباح بعقد الاجارة، وبه قال عامة الفقهاء ، الا ماحكي عن عبدالله الاصم ، فانه قال : لا يجوز الاجارة أصلاً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : عقد الاجارة من العقود اللازمة ، فمتى حصل لم يكن لاحدهما فسخ الاجارة الا عند وجود عيب بالثمن ، مثل فلس المستأجر ، أو وجود عيب بالمستأجر ، مثل غرق الدار وانهدامها على وجه يمنع من استيفاء المنفعة ، وبه قال الشافعي ومالك .

وقال أبو حنيفة : يجوز فسخها لعذر ، فلوا كثرى جملاً ليحج عليه، ثم بداله او مرض جاز الفسخ، وكذا لو اكثرى دكاناً لبييع فيه ويشترى، ثم ذهب ماله وافلس قال : ومثل هذه الاعذار لا يكون للمكري فسخ الاجارة ، فاذا أكرى جمالة من انسان للرجح ثم بداله ، لم يكن له فسخ الاجارة ، وكذلك الدكان والدار ، وغير ذلك . وأصحابه لا يفرقون بين المكري والمكترى في جواز الفسخ بالعذر .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣ - قال الشيخ: من استأجر داراً أو دابة أو عبداً ملك المنفعة، والموَجِر يملك الاجرة بنفس العقد، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة: المَوَجِر يملك الاجرة بنفس العقد، والمستأجر لا يملك المنفعة، وإنما يحدث في ملك المَوَجِر، ثم يملكها المستأجر من المَوَجِر بعد حدوثها، فعنده أن المنفعة غير مملوكة، وإنما المكري يملك حدوثها، والمكثري يملك من المكري .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤ - قال الشيخ: إذا أطلق عقد الاجارة ولم يشترط تعجيل الاجرة ولا تأجيلها، لزمه الاجرة عاجلاً، وبه قال الشافعي .

وقال مالك: يلزمه تسليم الاجرة جزءاً فجزءاً، وكلما استوفى جزءاً من المنفعة لزمه أن يوفيه ماقابله من الاجرة .

وقال أبو حنيفة وأصحابه: القياس ما قال مالك ولكن يشق ذلك، وكلما استوفى منفعة يوم وجب أن يوفيه ماقابله من الاجرة .

وقال الثوري: لا يلزمه تسليم شيء من الاجرة ما لم ينقض مدة الاجارة كلها وأستدل الشيخ باجماع الفرقة .

والمعتمد ان وقعت الاجارة على عين ذات منافع، كالدار والعبد والدابة ملك المَوَجِر الاجرة بنفس العقد واستحق تسليمها اليه، ولا يشترط استيفاء المنافع ولا مضى مدة يمكن فيها ذلك وان وقعت على عمل كخياطة ثوب أو نساجة غزل وبناء دار ملك الاجير الاجرة بنفس العقد أيضاً، لكن لا يستحق تسليمها اليه الا بتسليم العمل، فان كان العمل في منزل المستأجر استحق بنفس الفراغ، وان كان في منزل الاجير لا يستحق التسليم الا مع تسليم العين، وهذا التفصيل أشار اليه العلامة في القواعد .

مسألة ٥- قال الشيخ: اذا قال آجرتك هذا الدار كل شهر بكذا كانت اجارة صحيحة ، وبه قال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي .
وفي أصحابه من قال : هذه اجارة باطلة، واختار ابن ادريس والعلامة، لانه لم يعين المدة ، وهو المعتمد .

مسألة ٦- قال الشيخ : اذا استأجر داراً أو عبداً سنة ، ثم تلف المعقود عليه بعد القبض وقبل استيفاء المنفعة انفسخت الاجارة، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي .
وقال أبو ثور : لا ينفسخ والضمان على المكثري .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٧- قال الشيخ : الموت تبطل الاجارة ، سواء كان موت الموجر أو المستاجر ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه .

وقال الشافعي ومالك وأحمد : لا تبطل الاجارة من أيهما كان ، وفي أصحابنا من قال : موت المستأجر تبطلها وموت الموجر لا يبطلها، واستدل باجماع الفرقة قال وما حكيناه عن بعضهم شاذ لا يعول عليه .

والمعتمد عدم البطلان مطلقاً، وهو مذهب المرتضى وابن ادريس ونجم الدين والعلامة .

ولو آجر البطن الاول الوقف ثم انقضوا، استقرب العلامة بطلان الاجارة لان البطن الثاني يتلقى الوقف عن الواقف لاعتن البطن الاول، بخلاف الوارث فانه يتلقى الملك عن الموروث .

مسألة ٨- قال الشيخ: اذا اكترى دابة من بغداد الى حلوان ، فركبها الى همدان ، لزمه المسمى من بغداد الى حلوان، واجرة المثل من حلوان الى همدان وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه اجرة التي تعدى فيها بناء على أصله أن المنافع لا يضمن

بالغصب .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٩- قال الشيخ : يضمن الدابة بتعديده فيها من حلوان الى همدان اذا لم يكن صاحبها معها بلاخلاف ، فان ردها الى حلوان ، فانه لا يزول ضمانه عندنا ولا يزول الا بردها الى صاحبها .

وقال الشافعي : يزول الضمان بردها الى حلوان ، وبه قال أبو حنيفة . وقال أبو يوسف : وكان أبو حنيفة يقول : لا يزول الضمان ثم يرجع عنه . وقال : يزول بردها الى هذا المكان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٠- قال الشيخ : يجوز الاجارة الى أي وقت شاء ، وبه قال أهل

العراق .

والشافعي قولان : أحدهما لا يجوز أكثر من سنة ، والثاني مثل ما قلناه ، وله قول آخر انه يجوز ثلاثين سنة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا استأجر داراً أو غيرها وأراد أن يوجرها بعد القبض جاز اذا أحدث فيها حدثاً بأكثر مما استأجرها أو أقل أو المساوى ، وسواء أجزها من الموجر أو من غيره ، وبه قال الشافعي الا أنه لم يراع احداث الحدث . وقال أبو حنيفة : ان أجزها من المكري بالاقل أو المساوى جاز ، ولا يجوز بالاكتر ، وان أجزها من غيره جاز مطلقاً .

والمعتمد الجواز وان لم يحدث حدثاً ، ولكن يضمن بالتسليم ، قاله صاحب

القواعد^(١) .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ: اذا قال آجرتك هذه الدار شهراً وأطلق ولم يقل من هذا الوقت ، فانه لايجوز . وكذا اذا آجره الدار شهراً مستقبلاً لم يدخل فانه لايجوز ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة: اذا أطلق الشهر جاز، ويرجع الاطلاق الى الشهر الذي يلي العقد ، واذا آجره شهراً مستقبلاً جاز ، وهذا هو المعتمد .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا آجره شهراً من وقت العقد ولم يسلمها اليه حتى مضت أيام، انفسخت الاجارة في مقدار ماضى ، ويصح في مقدار مابقى .
وقال الشافعي : ينفسخ فيما مضى وفيما بقي على طريقتين ، ومن أصحابه من قال على قولين ، ومنهم من قال : يصح قولاً واحداً مثل ماقلناه .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ: اذا اكرت بهيمة ليركبها الى النهران مثلاً، فسلمها اليه وأمسكها مدة يمكنه السير فيها فلم يفعل ، استقرت عليه الاجرة ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لانستقر عليه الاجرة .

وأعلم أن الشيخ أطلق لزوم الاجرة وكذلك العلامة ونجم الدين في المختصر^(١) وقال في الشرايع: وفيه تفصيل^(٢)، ومراده بالتفصيل ان كانت الاجرة مقدرة بالزمان ومضى ذلك الزمان، لزمته الاجرة، المعينة، ولم يجز له استيفاء المنفعة بعدها، وان كانت مقدرة بالعمل كما ذكره الشيخ هنا ، فانه يجب عليه اجرة المثل في المدة الماضية ، وله استيفاء العمل فيما بعد بالاجرة المقدرة .

وهو حسن ، لان العقد وقع على استيفاء منفعة معينة ، فليس للمالك الفسخ قبل استبقائها ، بل كلما مضت مدة يمكن فيها الاستيفاء لزمه فيها أجره المثل وله

(١) المختصر النافع ص ١٧٦ .

(٢) شرائع الاسلام ١٨٣/٢ .

الاستيفاء بعد ذلك بالاجرة المقدره .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ: اذا استأجر مرضعة مدة معينة بنفقتها وكسوتها ولم يعين المقدر لم يصح العقد ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا استأجر امرأة ليرضع ولده ، فمات أحد الثلاثة بطلت الاجارة .

وقال الشافعي : تبطل بموت المرأة ، ولاتبطل بموت الاب ، وفي بطلانها بموت الصبي قولان .

والمعتمد بطلانها بموت المرأة والصبي دون موت الاب .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا آجرت نفسها للرضاع أو لغيره باذن زوجها صححت الاجارة بلاخلاف، وان كان بغير اذنه لم يصح. وللشافعي وجهان : أحدهما لا يصح، والثاني يصح وله الخيار بين الفسخ والامضاء .

والمعتمد صحة الاجارة اذا لم يمنع شيئاً من حقوقه ، وان منعت كان موقوفاً على اجازته ولم يكن باطلا من أصله .

احتج الشيخ بأن المرأة معقود على منافعها لزوجها بعقد النكاح ، فلا يجوز أن يعقد عليها لغيره .

والجواب أن الزوج انما يملك منافع الاستمتاع لاغير ، واذا لم يمنع الاجارة شيئاً من منافع الاستمتاع ، فلا اعتراض له عليها .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ: اذا وجد الاب من يرضع ولده بدون اجرة المثل أو وجد من يتبرع برضاعه وأم الصبي لاترضى الا باجرة المثل ، كان له انتزاعه منها ويسلمه الى غيرها .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل ماقلناه ، والثاني الام أولى .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا باع رقبة المستأجر لم تبطل الاجارة ، سواء باعها من المستأجر أو غيره ، فان علم المشتري بالاجارة لم يكن له خيار ، وان لم يعلم كان له الخيار .

وللشافعي قولان : أحدهما البيع باطل ، والثاني صحيح ويقول مثل ماقلناه ان كان البيع على أجنبي ، أما ان كان على المستأجر فهو صحيح قولاً واحداً .
وقال أبو حنيفة: يكون البيع موقوفاً على رأي المستأجر، فان رضي بطلت اجارته ، وان لم يرض بطل البيع وبقيت الاجارة .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ: اذا آجر الاب أو الوصي الصبي أو شيئاً من ماله مدة ، صححت الاجارة بلاخلاف ، فاذا بلغ الصبي قبل انقضاء المدة كان له فسخ ما بقي . وللشافعي قولان : أحدهما له الفسخ ، والثاني ليس له .
واختار ابن ادريس مذهب الشيخ ، واختار العلامة ثبوت الفسخ ، وقول الشيخ قوي ، والمعتمد قول العلامة .

واعلم أن مراد الشيخ اذا آجره مدة يحتمل بلوغه فيها ، أما اذا آجره مدة يعلم بلوغه فيها بطلت في المتيقن وصح في المحتمل نص عليه صاحب الشرائع^(١) والمختلف^(٢) والتحرير قالوا : ولو آجر الولي الصبي أو ماله مدة يعلم بلوغه

(١) شرائع الاسلام ٢/١٨٨ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٦ كتاب الاجارة .

فيها ، بطل في المتيقن و صح في المحتمل ^(١) و ظاهر القواعد ^(٢) ثبوت الخيار في المتيقن أيضاً ، و لا بأس به لانه فضولي بالنسبة الى المتيقن .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ: اذا استأجر رجلاً لبيع له شيئاً بعينه أو يشتري له شيئاً موصوفاً جاز ذلك . و به قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجوز . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : تجوز اجارة الدفاتر ، سواء كان مصحفاً أو غيره ما لم يكن فيه كفر ، و به قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تجوز . والمعتمد الجواز ما لم يكن فيه كفر أو ظلم .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : لا تجوز اجارة حائط مزوق أو محكم للنظر اليه والتفرج به والتعلم منه ، و به قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : يجوز ذلك اذا كان فيه غرض من الفرجة أو التعلم ، واختاره ابن ادريس ، والعلامة في القواعد والتحرير ، واختار في المختلف مذهب الشيخ لانه ليس للمالك المنع من النظر اليه .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : اذا انفرد الاجير بالعمل في غير ملك المستأجر ف تلف الشيء الذي استؤجر عليه بتقصير منه ، أو بشيء من أفعاله ، أو بنقصان من صنعته ، فانه يلزمه ويكون ضامناً ، سواء كان الاجير مشتركاً أو منفرداً .

وقال أبو حنيفة في الاجير المشترك مثل ماقلناه ، وذلك مثل أن يدق القصار الثوب فينحرق أو يعصره فيتفرز ، و به قال أحمد .

وقال أبو يوسف ومحمد: ان تلف بأمر ظاهر لا يمكن دفعه ، كالحريق المنتشر واللهب العالية ، فانه لا يضمنه . وان تلف بأمر يمكنه دفعه ضمنه . وأما الاجير

(١) تحرير الاحكام ٢٤٢/١ .

(٢) قواعد الاحكام ٢٢٥/١ .

المنفرد ، فلاضمان عليه عندهم .

وللشافعي قولان: أحدهما اذا انفرد بالعمل في غير ملك المستأجر، فانه يكون ضامناً متى تلف بأي شيء تلف بالسرقة والحريق وبفعله وبغير فعله ، وهو قول مالك . والآخر لاضمان عليه ، سواء كان مشتركاً أو منفرداً .

والمعتمد قول الشيخ ، ولا فرق بين أن يكون في ملك المستأجر أو الاجير لان الاعتبار بالتفريط .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ: الختان والبيطار والحجام يضمنون مايجنون بأفعالهم ولم أجد أحداً من الفقهاء ضمنهم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقه .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : اذا حبس حراً أو عبداً مسلماً فسرقت ثيابه لزمه ضمانها .

وقال الشافعي : لا يضمن ثياب الحر، ويضمن ثياب العبد . واختاره العلامة في المختلف^(١)، واختار في التحرير^(٢) مذهب الشيخ، ومذهب المختلف قوي .
مسألة - ٢٧ - قال الشيخ: الراعي اذا أطلق له الرعي حيث شاء فلاضمان على مايتلف من الغنم الا مع كونه سبباً. وللشافعي قولان: أحدهما مثل ماقلناه، والآخر عليه الضمان .

والمعتمد لاضمان الا مع التفريط بترك المراعاة .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : اذا اكرت دابة فركبها ، أو حمل عليها فضربها أو كبحها باللجام على ما جرت العادة فتلفت فلاضمان ، وان كان خارجاً عن العادة لزمه الضمان ، وهو قول الشافعي وأبي يوسف . وقال أبو حنيفة : يضمن في

(١) مختلف الشيعة ص ٨ كتاب الاجارة .

(٢) تحرير الاحكام ١/٢٥٤ .

الحالين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : اذا سلم مملوكاً الى المعلم ، فمات حتف أنفه أو وقع عليه شيء من السقف ، فمات من غير تعد من المعلم ، فلا ضمان عليه وللشافعي قولان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : اذا سلم الثوب الى غسال ، فقال له اغسله ، ولم يشترط الاجرة فغسله لزمته الاجرة ، وان لم يأمره بغسله فغسله لم يكن له شيء ، وبه قال المزني .

والذي نص عليه الشافعي اذا لم يشترط الاجرة ولا عوض له لم يكن له شيء ، وفي أصحابه من قال : ان كان الرجل معروفاً بأخذ الاجرة كان له الاجرة ، وان لم يكن معروفاً لم يكن له شيء ، ومنهم من قال : ان كان صاحب الثوب دعاه كان له الاجرة ، وان كان العبد ابتدأه فلا اجرة له .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اجارة المشاع جائزة ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لانتجوز .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : اذا سلم الى الخياط ثوباً فقطعه قباء ، واختلفا فقال المالك : أمرتك أن تقطعه قميصاً فخالفت ، وقال الخياط : بل أمرتني أن أقطعه قباء وقد فعلت ، كان القول قول صاحب الثوب مع يمينه ، وبه قال أبو حنيفة وهو الذي اختاره الشافعي وله قول آخر انهما يتحالفان .

واختلف أصحابه ، فمنهم من قال : المسألة على قولين : أحدهما القول قول

الخياط ، والثاني القول قول رب المال ، والثالث أنهما يتحالفان ومنهم من قال: يتحالفان قولاً واحداً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : اذا استأجر داراً على أن يتخذها مسجداً يصلي فيه صححت الاجارة ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تصح .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : اذا استأجر داراً ليتخذها مأخوراً^(١) لبيع فيها الخمر ، أو يتخذها كنيسة أو بيت نار ، فان ذلك لا يجوز والعقد باطل .

وقال أبو حنيفة : العقد صحيح ويعمل فيها غير ذلك من الاعمال المباحة غير ما استأجر له ، وبه قال الشافعي .

والمعتمد ان اشترط العمل المحرم في نفس العقد بطل ، وان كان ذلك في نيته ولم يشترطه في العقد، صح ووجب أن يعمل غير المحرم في الاعمال المباحة كما قاله أبو حنيفة .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : اذا استأجره ليخيط له ثوباً بعينه، فقال: ان خطته اليوم فلك درهم ، وان خطته غداً فلك نصف درهم ، صح العقد والشرط .

وقال أبو حنيفة: ان خاطه في الاول مثل ماقلناه، وان خاطه في الغد فله أجرة المثل ، وهو ما بين النصف المسمى الى الدرهم ولا يبلغ درهماً ولا ينقص عن نصف درهم .

وقال الشافعي: هذا عقد باطل في اليوم والغد، وهو المعتمد، لانه عقد واحد اختلف فيه العوض للتقديم والتأخير .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : اذا استأجره لخياطة ثوب، فقال: ان خطته رومياً

(١) المأخور مجلس الفساق وأيضاً بيت الريبة والدعارة أى الخبث والفسق والشر .

وهو الذي بدرزين فلك درهم ، وان خطته فارسياً وهو الذي يكون بدرز واحد فلك نصف درهم صح العقد ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي: لا يصح، وهو المعتمد .

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ: تجوز اجارة الدراهم والدنانير . وللشافعي وجهان: أحدهما مثل ما قلناه .

والمعتمد ان كان لها منفعة حكمية مقصودة صححت اجارتها ، والا فلا .

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : اذا استأجر دراهم أو دنانير وعين جهة الانتفاع صح وكان على ما شرط ، وان لم يعين بطلت الاجارة وكانت قرضاً ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : اذا لم يعين جهة الانتفاع لا يصح العقد ولا يكون قرضاً .

والمعتمد عدم بطلان العقد لا يكون قرضاً .

مسألة - ٣٩ - قال الشيخ : تجوز اجارة كلب الصيد للصيد وحفظ الماشية والزرع .

وللشافعي قولان : أحدهما تجوز ، والاخر لا تجوز .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٠ - قال الشيخ : اذا استأجره لسلخ مئة على أن يكون له جلدها لم يصح بلاخلاف ، ولو استأجره ليسلخ له مذكا على أن يكون له جلده صح عندنا . وقال الشافعي : لا يصح ذلك ، لانه مجهول ، وهو المعتمد ، وجزم به العلامة في القواعد^(١) .

مسألة - ٤١ - قال الشيخ : اذا استأجره ليطحن له دقيقاً على أن يكون له صاع منه صح .

(١) قواعد الاحكام ٢٢٥/١ .

كتاب المزارعة

- مسألة - ١ - قال الشيخ : المزارعة بالثلث أو الربع أو النصف أو اقل أو أكثر ، بعد أن يكون بينهما مشاعاً جائزة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد وأحمد . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : لاتجوز .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
- مسألة - ٢ - قال الشيخ : تجوز اجارة الارضين للزراعة ، وبه قال جميع الفقهاء وحكي عن الحسن وطاووس أنهما قالا : لاتجوز .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
- مسألة - ٣ - قال الشيخ : تجوز اجارة الارض بكلمة يصح أن يكون ثمناً من ذهب أو فضة أو طعام ، وبه قال الشافعي وغيره .
وقال مالك : لايجوز اجارتها بالطعام وكلمة يخرج منها .
والمعتمد قول الشيخ الا اذا آجرها بما يخرج منها ، فانه لايجوز واستدل باجماع الفرقة .
- مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا اكراه أرضاً ليزرع فيها طعاماً صح العقد ، ولا يجوز أن يزرع فيها غيره ، وبه قال داود .

وقال أبو حنيفة والشافعي وعامة الفقهاء: انه اذا عين الطعام بطل العقد والشرط وللشافعي في بطلان الشرط قول آخر ، وفي بطلان العقد وجهان .
وقال العلامة في التحرير^(١) ونجم الدين في الشرايع : ولو زرع ماهو أقل ضرراً جاز^(٢) . ولا بأس به .

مسألة ٥- قال الشيخ : اذا اكرى أرضاً للزراعة ولم يعين ما يزرع صح العقد وله أن يزرع ماشاء وان كان أبلغ ضرراً ، وعليه أكثر أصحاب الشافعي .
وقال أبو العباس : لا يجوز ذلك ، لان أنواع الزرع يختلف ، فلا بد من التعيين .
والمعتمد قول الشيخ ، وكذلك الحكم لو اكرها للغراس .

مسألة ٦ - قال الشيخ : اذا اكره أرضاً على أن يزرع فيها ويغرس ولم يعين مقدار كل واحد منهما لم يجز ، وبه قال المزني وأكثر أصحاب الشافعي .

وقال أبو الطيب بن سلمة : يجوز ويغرس نصفه ويزرع نصفه . وقال الشافعي نصاً انه يجوز . قال أصحابه : انما أراد بذلك التخيير بين أن يغرس كلها أو يزرع كلها ، أما من النوعين فلا يعين فلا يجوز . والمعتمد قول الشيخ ، وظاهر العلامة في باب الاجارة من القواعد^(٣) اختيار مذهب أبي الطيب بن سلمة .

مسألة ٧- قال الشيخ : اذا اكره أرضاً سنة للغراس ، فغرس في مدة السنة لم يكن للمكري المطالبة بقلع الغراس الا بشرط أن يغرم قيمته ، فاذا غرم قيمته جبرين أخذه وصار الارض وما فيها له ، وبين أن يجبره على القلع ويلزمه ما بين قيمتها ثابتة ومقلوعة ، وبه قال الشافعي وأصحابه . وقال أبو حنيفة والمزني : له أن يجبر على القلع من غير أن يغرم له شيئاً .

والمعتمد ان اتفاقاً على التبقية بالقيمة أو الاجرة جاز ، وان أجبره على قلعه كان عليه

(١) تحرير الاحكام ٢٥٧/١ .

(٢) شرائع الاسلام ١٥١/٢ .

(٣) قواعد الاحكام ٢٢٧/١ .

الأرض بين قيمته قائماً ومقلوعاً ، وان قلعها الغارس مختاراً فلاأرض .
 مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا استأجر داراً ، أو دابة مدة معلومة ، اجارة
 صحيحة أو فاسدة ومضت المدة ، استقرت الاجرة على المستأجر ، سواء انتفع أو
 لم ينتفع ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة في الصحيحة مثل ماقلناه ، وفي الفاسدة قال : لانستقر الاجرة
 الا مع الانتفاع .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا اختلف المكري والمكثري في قدر المنفعة أو قدر
 الاجرة ، قال الشافعي : يتحالفاً مثل المتبايعين اذا اختلفا في قدر الثمن أو المثمن
 وان لم يمض من المدة شيء رجع كل منهما الى حقه ، وان كان بعد مضي المدة
 في يد المكثري لزمه أجره المثل .

ويجوز على مذهب أبي حنيفة أنه اذا كان ذلك قبل مضي المدة يتحالفاً ،
 وان كان بعد مضي المدة في يد المكثري لم يتحالفاً ، وكان القول قول المكثري
 كما قال في البيع : ان القول قول المشتري اذا كانت السلعة تالفة .

قال الشيخ : والذي يليق بمذهبنا أن يستعمل القرعة ، فمن خرج اسمه حلف
 وحكم له به .

والمعتمد أن القول قول منكر زيادة المنفعة وزيادة الاجرة ، وهو المشهور
 عند أصحابنا .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا زرع أرض غيره ، ثم اختلفا ، فقال الزارع :
 أعرتنيها ، وقال المالك : اكرتتها وليس مع واحد منهما بينة حكم بالقرعة .
 وللشافعي قولان : أحدهما القول قول الزارع ، وكذا في الدابة اذا ادعى
 الراكب اعارتها والمالك اجارتها ، وهو الذي يقوى في نفسي . والقول الثاني ان

القول قول صاحب الارض والدابة .

وهذا هو المعتمد ، فاذا حلف المالك انتفت العارية ، فان حلف الزارع على
عدم الاجارة ثبت للمالك اجرة المثل ، وان لم يحلف الزارع بعد يمين المالك
ثبتت الاجارة .

كتاب احياء الموات

مسألة - ١ - قال الشيخ : الارضون العامرة في بلاد الاسلام التي لا يعرف لها صاحب معين للامام خاصة .
وقال أبو حنيفة : انها يملك بالاحياء اذا أذن الامام في ذلك . وقال الشافعي : يملك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة على أن أرض الموات للامام لانها من جملة الانفال ، ولم يفصلوا بين ما يكون في دار الاسلام وبين ما يكون في دار الحرب .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : الارضون العامرة في بلاد الشرك التي لم يجز عليها ملك أحد للامام خاصة .

وقال الشافعي : من أحيهاها من المسلمين والمشركين ملكها .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : الارضون الموات للامام خاصة ، لا يملكها أحد بالاحياء الا باذن الامام .

وقال الشافعي : من أحيهاها ملكها ، أذن الامام أو لم يأذن . وقال أبو حنيفة

ومالك : لا يملك الا باذن الامام ، وهو مثل ما قلناه ، الا أنه لم يحفظ عنهم أنهم يقولون هي للامام خاصة ، بل الظاهر أنهم يقولون لامالك لها .

والمعتمد قول الشيخ ، و استدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ٤ - قال الشيخ : اذا أذن الامام للمذمي في احياء الموات في بلاد الاسلام فانه يملك بالاذن به ، وبه قال أبوحنيفة .

وقال الشافعي لايجوز للامام الاذن له فيه ، فان أذن له فأحيائها لم يملك ، وهو اختيار العلامة في القواعد^(١) ، واختار في التحرير^(٢) مذهب الشيخ ، وهو ظاهر نجم الدين في الشرايع^(٣) .

مسألة ٥ - قال الشيخ : اذا احيا أرضاً مواتاً بقرب العامر الذي لغيره باذن الامام ملك بالاحياء ، وبه قال الشافعي ، الا أنه لم يعتبر اذن الامام .
وقال مالك : لا يملك ، لان في ذلك ضرر على هذا العامر .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٦ - قال الشيخ : للامام المعصوم الذي نذهب الى امامته أن يحمي الكلاء لنفسه ولعامة المسلمين .

وقال الشافعي : ان حماه لنفسه لم يكن له ذلك ، وان حماه لعامة المسلمين فيه قولان : أحدهما ليس له ، والثاني له ذلك ، وهو الصحيح عند أصحابه ، وبه قال أبو حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ ، لان جميع مايفعله المعصوم فهو صواب .

مسألة ٧ - قال الشيخ : للامام أن يحمي للخيل المعدة في سبيل الله ولنعم

(١) قواعد الاحكام ٢١٩/١ .

(٢) تحرير الاحكام ١٢٩/٢ .

(٣) شرائع الاسلام ٢٧١/٣ .

الصدقة ونعم الجزية ، وبه قال الشافعي اذا قال له أن يحمى .

وقال مالك : ليس له أن يحمى الا للخيل المعدة للجهاد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٨- قال الشيخ: ما حماه رسول الله ﷺ لا يجوز حله ولا نقضه لاحد

بعده .

وقال الشافعي : ان كان السبب الذي حماه له باقياً لم يجوز نقضه ، وان كان قد

زال منه وجهان : أحدهما يجوز ، والثاني لا يجوز ، وهو الصحيح عندهم .

والمعتمد جواز نقضه مع زوال المصلحة ، وهو اختيار العلامة والشهيد ونجم

الدين .

مسألة ٩- قال الشيخ: ما حماه الامام يجري عندنا مجرى ما حماه النبي ﷺ

فان غيره هو أو غيره من الائمة القائمين مقامه ، أو غيره غيره باذنه جاز . أما

غيرهم فلا يجوز له ذلك .

وقال الشافعي مثل قولنا ، وزاد عليه بأن قال : ولو أحياه رجل من الرعية

بغير اذنه ، فهل يملك ؟ فيه قولان .

والمعتمد أنه لا يجوز تغيير ما حماه الامام الا في موضع يجوز فيه تغيير ما

حماه النبي ﷺ .

مسألة ١٠- قال الشيخ: حریم البشر أربعون ذراعاً ، وحریم العين خمسماية

ذراع ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي على قدر الحاجة ولم يحده ، بل قال : على ما جرت به العادة .

والمعتمد أن حریم بشر المعطن وهي التي يستقى منها للابل أربعون ، وحریم

بشر الناضح وهي التي يستقى منها للزرع ستون ، وحریم العين في الارض الرخوة

ألف وفي الصلابة خمسمائة ، هذا هو المشهور ، واختار العلامة في المختلف^(١) مذهب الشافعي ، وهو مذهب ابن الجنيدي .

مسألة - ١١ - قال الشيخ: اذا استيق نفسان الى المعادن الظاهرة ، أفرع بينهما الامام ، فمن خرج اسمه قدمه ليأخذ خاصة .

وللشافعي ثلاثة أقوال : أحدها مثل ماقلناه ، وهو الصحيح عندهم ، والثاني يتخير في تقديم أيهما شاء ، والثالث يقيم غيرهما ليأخذ مافيه وتقسم بينهما .

والمعتمد أنهما يخرجان مافيه ويقتسمانه ، لاشتراكها في السبب .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : لايجوز للامام أن يقطع شيئاً من الطرقات والشوارع والجوامع . وقال الشافعي : له ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، لان هذه الاشياء لاتملك على الخصوص .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا ملك البئر بالاحياء وخرج ماءها ، فانه أحق بمائها من غيره بقدر حاجته وحاجة ماشيته ، وما فضل عن ذلك يجب عليه بذله لغيره ليشرب هو وماشيته ، ولايجب بذله لسقي زرعه ، بل يستحب ذلك له ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو عبيد بن خربوذ : يستحب له بذله ولايجب عليه بحال ، ومن الناس من قال: يجب بذله بلاعوض ، ومنهم من قال: يجب بذله بالعوض أما بلاعوض فلا .

والمعتمد مذهب ابن خربوذ ، وهو اختيار نجم الدين ، والعلامة في المختلف^(٢) وابنه في شرح القواعد ، والشهيد في دروسه^(٣) .

(١) مختلف الشيعة ص ١٦ ، كتاب الاجارة .

(٢) مختلف الشيعة ص ١٥ .

(٣) الدروس ص ٢٩٥ .

كتاب الوقوف والصدقات

مسألة ١- قال الشيخ: اذا تلفظ بالوقف، فقال: وقفت أو حبست وسبلت، وقبض الموقوف عليه أو من يتولى عنهم لزم الوقف، وبه قال جميع الفقهاء، غير أنه لم يعتبر أحدهم القبض غيرنا وغير محمد.

وقال أبو حنيفة: ان حكم الحاكم بالوقف لزم، وان لم يحكم لم يلزم وكان الواقف بالخيار ان شاء باعه وان شاء وهبه، وان مات ورثه، فان أوصى بالوقف لزم في الثلث فناقض، لانه جعل الوقف لازماً في ثلثه اذا أوصى به، ولم يجعله لازماً في ثلثه في حال مرضه المخوف اذا نجزه ولم يؤخره، ولا لازماً في جميع ماله في حال صحته.

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة.

مسألة ٢ - قال الشيخ: اذا وقف داراً أو أرضاً أو غيرهما، فانه يزول ملك الواقف وعليه أكثر أصحاب الشافعي وخرج ابن سريج قولاً آخر أنه لا يزول ملكه، لقوله عليه السلام «حبس الاصل وسبل الثمرة».

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة، ومعنى التحييس الذي ذكره عليه السلام أنها لا تباع ولا توهب.

مسألة ٣- قال الشيخ: تحرم الصدقة المفروضة على بني هاشم من ولد أبي

طالب العقيليين والجماعة والعلويين وولد العباس بن عبدالمطلب وولد أبي لهب وولد الحارث بن عبدالمطلب، ولا عقب لهاشم الا من هؤلاء، ولا تحرم على ولدالمطلب ونوفل وعبدشمس وبني عبدمناف .

وقال الشافعي تحرم الصدقة المفروضة على هؤلاء كلهم وهم جميع ولد عبد مناف .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، ولا تحرم صدقة بني هاشم بعضهم على بعض، وأطلق الشافعي التحريم من غير تفصيل . قال الشيخ : فأما صدقة التطوع ، فلا خلاف أنها تحل لهم .

مسألة ٤- قال الشيخ : يجوز وقف الارض والعقار والرقيق والسلاح وكل عين تبقى بقاء متصلا ويمكن الانتفاع بها ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو يوسف : لا يجوز الا في الاراضي والدور والكراع والسلاح والغلمان تبعاً للضيعة الموقوفة ، أمامع الانفراد فلا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بعموم الاخبار .

مسألة ٥- قال الشيخ : يجوز وقف المشاع ، وبه قال الشافعي .

وقال محمد : لا يجوز ، لان من شرط اللزوم القبض ، والمشاع لا يصح قبضه . والمعتمد قول الشيخ ، ويصح قبض المشاع كالقبض في البيع ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ٦- قال الشيخ : ألفاظ الوقف الذي يحكم بصريحها: وقفت وحبست وسبلت، وماعداها يعلم بدليل، أو باقراره أنه أراد به الوقف، وذلك مثل قوله تصدقت وحرمت وأبدت ، ولا بد في جميع ذلك من اعتبار القصد اليه .

وقال الشافعي: ألفاظ الوقف ستة: وقفت وتصدقت وسبلت وحبست وحرمت وأبدت، فالوقف صريح، وتصدقت مشترك ، وحبست وسبلت صريحان، وحرمت

وأبدت فيه وجهان : أحدهما أنهما صريحان ، والثاني كنيانان .

وقال الشيخ في المبسوط : الذي يقوى في نفسه ان صريح الوقف قول واحد وهو وقفت لا غير^(١) . واختاره ابن ادريس والعلامة في الارشاد ونجيم الدين في الشرائع^(٢) وفخر الدين والشهيد ، وهو المعتمد ، واختار العلامة في القواعد^(٣) مذهب الشيخ هنا .

مسألة ٧- قال الشيخ : اذا وقف على من يصح انقراضه بالعادة ، مثل أن يقف على ولده وولد ولده وبسكت ، فمن أصحابنا من قال : لا يصح الوقف ، ومنهم من قال : يصح ، فان انقض الموقوف عليه رجع الى الواقف ان كان حياً ، والا الى ورثته وبه قال ابو يوسف .

وللشافعي قولان : أحدهما أنه لا يصح ، والاخر يصح ، فاذا انقضوا رجع الى أبواب البر ، ولا يرجع الى الواقف ولا ورثته ، وبه قال ابن زهرة من أصحابنا ومال اليه العلامة في المختلف^(٤) .

والمشهور عند أصحابنا صحته ، والانتقال بعد الانقراض الى الواقف أو ورثته لانه حبس في الحقيقة ، وهو المعتمد ، واختار المفيد وابن ادريس رجوعه الى ورثة الموقوف عليه .

مسألة ٨- قال الشيخ : اذا وقف على من لا يصح الوقف عليه ، كالعبد والحمل قبل وجوده وما أشبه ذلك ، ثم بعد ذلك على أولاده الموجودين في الحال ، وبعدهم على الفقراء أو المساكين ، بطل الوقف في من بدأ بذكره ، لانه لا يصح الوقف عليهم وصح فيمن يصح الوقف عليهم .

(١) المبسوط ٣ / ٢٩٢ .

(٢) شرائع الاسلام ٢ / ٢١١ .

(٣) قواعد الاحكام ١ / ٢٦٦ .

(٤) مختلف الشيعة ص ٣٤ كتاب العطايا .

وللشافعي قولان : بناءً على تفريق الصفقة ، اذا قال بتفريق الصفقة قال مثل ماقلناه ، واذا لم نقل بذلك أبطل الوقف في الجميع ، وهذا هو المعتمد ، وهو اختيار نجم الدين والعلامة وابنه .

مسألة -٩- قال الشيخ : اذا وقف مطلقاً ولم يذكر الموقوف عليه ، مثل أن يقول : وقفت هذه الدار أو هذه الضيعة وسكت ولا يبين من وقفها عليه ، فانه لا يصح الوقف .

وللشافعي قولان : أحدهما لا يصح ، والآخر يصح وتصرف الى الفقراء والمساكين ويبدأ بفقراء أقاربه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٠- قال الشيخ : اذا وقف في سبيل الله ، جعل بعضه للغزاة المطوعة دون العسكر المقاتل على باب السلطان ، وبعضه في الحج والعمرة ، لانهما من سبيل الله ، وبه قال ابن حنبل . وقال الشافعي : تصرف جميعه في الغزاة .

والمعتمد أنه تصرف الى كل قرية كبناء المساجد والقناطر ومهونة الحاج والزائرين وغير ذلك من وجوه القرب .

مسألة -١١- قال الشيخ : يجوز الوقف على أهل الذمة اذا كانوا أقاربه . وقال الشافعي : يجوز مطلقاً ، ولم يخص . استدلل الشيخ باجماع الفرقة .

واعلم أن أصحابنا اختلفوا في هذه المسألة على أربعة أقوال : أحدها الصحة مطلقاً ، وهو اختيار نجم الدين والشهيد . الثاني يصح على الاقارب لا غير ، وهو مذهب الشيخين . الثالث يصح على الابوين لا غير ، وهو مذهب ابن ادريس ، ثم رجع الى مذهب الشيخين . الرابع لا يصح مطلقاً ، وهو اختيار فخر الدين ، وهو أحوط ، ومذهب الشيخين أشهر .

مسألة -١٢- قال الشيخ : اذا وقف على مولاه وله موليان من اعلى ومن

أسفل فلم يبين انصرف اليهما .

وللشافعي ثلاثة أوجه : أحدهما مثل ما قلناه ، وهو الصحيح عندهم ، والثاني ينصرف الى المولى من أعلى ، والثالث يبطل الوقف لانه مجهول ، وهذا هو المعتمد .
مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا وقف على أولاده وأولاد أولاده ، دخل أولاد البنات فيه ، ويشاركون أولاد البنين الذكور والانثى سواء ، وبه قال الشافعي . وقال أصحاب أبي حنيفة : لا يدخل أولاد البنات .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا قال : وقفت هذا على فلان سنة بطل الوقف . وللشافعي قولان : أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني يصح . فاذا مضت سنة صرف الى الفقراء والمساكين ، وبدأ بقرباته لانهم أولى الناس بصدقته .
والمعتمد أنه يكون حبساً ، فاذا انقضت السنة رجع الى الواقف أو ورثته .
مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا وقف على بني تميم أو بني هاشم ، صح الوقف . وللشافعي قولان : أحدهما يصح ، والثاني لا يصح لانهم غير منحصرين فهو مجهول .

والمعتمد قول الشيخ ، لانهم كالفقراء والمساكين ، فانه يصح الوقف عليهم وان كانوا غير محصورين .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا وقف الانسان على نفسه ، ثم على أولاده ، ثم على الفقراء والمساكين ، لم يصح الوقف على نفسه ، وبه قال الشافعي . وقال أبو يوسف : يصح الوقف على نفسه .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الوقف تمليك ، ولا يصح أن يملك الانسان نفسه ما هو ملك له ، واذا بطل في حق نفسه بطل في حق غيره ، لانه منقطع الابتداء ، وهو لا يصح عند أكثر أصحابنا .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ: اذا حكم الحاكم بصحة الوقف على نفسه لم ينفذ حكمه وينقض . وقال الشافعي: ينفذ حكمه ولا يجوز نقضه، لانها مسألة اجتهادية . والمعتمد قول الشيخ، قال: لان الحق في واحد، والاجتهاد باطل في الاحكام .
مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا بنى مسجداً وأذن للناس أن يصلوا فيه، أو عمل مقبرة واذن للناس أن يدفنوا فيها، ولم يقل انه وقف، لم يزل ملكه عنه وان صلوا ودفنوا ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : ان صلوا ودفنوا زال ملكه .

والمعتمد قول الشيخ، ويلزم وقف المسجد والمقبرة بصلاة واحدة أو دفن واحد أو قبض الحاكم ، وذلك بعد قوله : وقفته مسجداً .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا وقف مسجداً ثم خرب أو خربت المحلة لم يعد الى ملكه .

وقال محمد بن الحسن : يعود الى ملكه كالكفن اذا ذهب الميت بالسيل أو اكله السبع .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ: اذا خرب الوقف ولا يرجى عوده ، في أصحابنا من قال : يجوز بيعه واذا لم يحتل لم يجوز وبه قال ابن حنبل ، وقال الشافعي : لا يجوز بيعه على حال .

واعلم أن لأصحابنا في بيع الوقف أقوال متعددة ذكرناها في شرح الشرايع أشهرها جوازه اذا وقع بين أربابه خلف وفتنة وخشى خرابه ولا يمكن بناءه سد الفتنة بدون بيعه ، وهو قول الشيخين واختيار نجم الدين والعلامة .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ: اذا انقلعت نخلة من بستان وقف أو انكسرت جاز بيعها . وللشافعي قولان : أحدهما يجوز ، والثاني لا يجوز .

والمعتمد الجواز مع عدم امكان الانتفاع بدون البيع ، أما لو أمكن الانتفاع باجارتها لم يجز بيعها .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ: اذا وقف على بطون، فأكرى البطن الاول الوقف بخمس سنين ، فانقرضوا بخمس سنين، فان الاجارة تبطل في حق البطن الثاني . وللشافعي وجهان : أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني لا تبطل . والمعتمد قول الشيخ، لان البطن الثاني يتلقى الوقف عن الواقف لاعن البطن الاول ، فيبطل تصرف البطن الاول بانقرضهم .

كتاب الهبات

- مسألة ١ - قال الشيخ : الهبة لا تلزم الا بالقبض وقبله للواهب الرجوع ،
وبه قال الشافعي وأبو حنيفة . وقال مالك : تلزم بنفس العقد .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .
- مسألة ٢ - قال الشيخ : اذا قبض الموهوب له الهبة بغير اذن الواهب
كان القبض فاسداً ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : اذا قبضه في المجلس صح ، وان كان بغير اذنه .
والمعتمد قول الشيخ .
- مسألة ٣ - قال الشيخ : هبة المشاع جائزة ، سواء كان مما يمكن قسمته
أو لا يمكن قسمته ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد .
وقال أبو حنيفة : هبة المشاع فيما لا يمكن قسمته ، مثل الحيوان والجواهر
والرحى والحمامات يصح ، فأما ما يقسم فلا يجوز هبته .
والمعتمد قول الشيخ .
- مسألة ٤ - قال الشيخ : العمرى عندنا جائزة ، ومعناه اذا قال الرجل لغيره

أعمرتك هذه الدار مدة حياتك أو مدة حياتي ، أو اسكنتك ، أو جعلت لك هذه الدار في حياتك. فان هذه الالفاظ اذا أتى بواحد منها وأقبضه لزم العمرى، ولهذا سمي « عمرى » وسمي أيضاً « سكنى » وبه قال جميع الفقهاء . وحكي عن قوم انهم قالوا : العمرى غير جائزة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا قال أعمرتك ولعقبك، فان هذه عمرى صحيحة ويملك المعمر له المنفعة دون الرقبة ، فاذا قال : أعمرتك فاذا مات هو يعود اليه واذا قال : لعقبك فاذا مات عقبه عاد اليه، وبه قال مالك والشافعي في القديم على قول أبي اسحاق .

وعندنا اذا قال : أعمرتك مدة حياتي فهي له مدة حياته ، فان مات أولافهي لورثته الى أن يموت المعمر، فاذا مات عاد الى ورثته، وان مات المعمر أولاً بطلت العمرى .

وقال الشافعي في الجديد : اذا جعلها عمرى لا يعود اليه ولا الى ورثته بحال وبه قال أبو حنيفة.

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا قال أعمرتك وأطلق لم يصح العمرى .

وقال الشافعي في الجديد : تصح ويكون له ، فاذا مات يكون لورثته . وقال في القديم : تبطل كما قلناه، وبه قال أبو حنيفة وقال مالك : العمرى صحيحة ويكون المنفعة له ، فاذا مات رجع ، وبه قال أبو اسحاق في الشرح ، فصارت المسألة على قولين : أحدهما تبطل ، والآخر تصح .

والمعتمد الصحة ويكون له اخراجه متى شاء، وهو اختيار نجم الدين والعلامة

من غير تردد في ذلك .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا قال أعمرتك على أنك ان مت أنت رجعت الي كان هذا صحيحاً عندنا، فاذا مات رجعت اليه . وللشافعي قولان مثل المسألة الاولى سواء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
مسألة - ٨ - قال الشيخ : الرقبى جائزة، وهي والعمرى سواء، وانما يخالفها في اللفظ ، فانه يقول : أرقبتك هذه الدار مدة حياتك أو مدة حياتي .
وقال الشافعي : حكمه حكم العمرى . وقال المزني : الرقبى اذا جعل لمن يتأخر موته ، ولهذا سمي الرقبى لان كل واحد منهما يرتقب موت صاحبه .
وقال أبو حنيفة: العمرى جائزة والرقبى باطلة، لان صورتها أن يقول: أرقبتك هذه الدار، فان مت قبلك كانت الدار لك ، وان مت قبلي كانت راجعة الي وباقية على ملكي كما كانت، وهذا تمليك بصفة ، كما اذا قال: اذا جاء رأس الشهر وهبت لك داري ، فان ذلك لا يصح .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا أعطى الانسان ولده ، أستحب له أن لا يفضل بعضهم على بعض ، سواء كانوا ذكوراً أو اناثاً وعلى كل حال ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي .

وقال أحمد واسحاق ومحمد بن الحسن : يفضل الذكور على الاناث على حسب التفضيل في الميراث .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل بالانخبار، منها ما روي عن ابن عباس أن النبي عليه السلام قال: سووا بين أولادكم في العطية ، ولو كنت مفضلاً أحداً لفضلت الاناث . وهذا نص .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا خالف المستحب، ففضل بعضهم على بعض

وقعت العطية موقعها ، و جاز له أن يسترجعها ويسوى بينهم اذا كانوا كباراً .
 وقال الشافعي : يصح استرجاعها على كل حال فان لم يسترجعها فلا شيء عليه
 وقال طاووس واسحاق : لا يصح تلك العطية ويكون باطلة . وقال ابن حنبل وداود
 يجب عليه أن يسترجعها اذا خالف المستحب .

والمعتمد عدم الرجوع بعد الايجاب والقبول والقبض ، سواء كانوا الاولاد
 صغاراً أو كباراً ، وقبل القبض يجوز في الكبار خاصة ، لان قبض الاب حاصل
 بعد الايجاب ، وهو عبارة عن قبضهم ، فليس له الرجوع به بعد ذلك .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا وهب الوالد لولده وان علا الوالد ، أو الام
 لولدها وان علت وقبضوا ان كانوا كباراً أو كانوا صغاراً ، لم يكن لها الرجوع فيه
 وبه قال أبو حنيفة وقال أيضاً مثل ذلك في كل ذى رحم محرم بالنسب ليس له
 الرجوع فيما وهب له .

قال الشيخ : وهذا عندنا مستحب ، والواجب في الولد فقط .

وقال الشافعي : للوالد والوالدة أن يسترجعا هبتهما على كل حال من الولد
 وذى رحم ، ذكراً كان أو أنثى .

وقال مالك : ان كان الولد قد انتفع بالهبة ، لم يكن له الرجوع وان لم ينتفع
 به بعد كان له الرجوع .

والمعتمد أن هبة الرحم لرحمه الرجوع فيها بعد القبض ان كان الموهوب كبيراً
 وان كان صغيراً فان كان الواهب أباً وان علا فلا رجوع بعد الايجاب لان قبض الواهب
 قبض الموهوب وهو مقبوض في يد الواهب . وان كان الواهب أمّاً أو أحد الارحام
 غيرها وكان الموهوب صغيراً ، فلا يلزم الهبة الا بعد قبض الولي عنه ، سواء كان
 أباً أو وصياً .

ولافرق بين أن يكون الرحم محرماً كالعمة والخالة ، أو غير محرّم كبنيتيها ،

ولابن الذكور والاناث ، وهو مذهب الشيخ في النهاية^(١) والمفيد وسلار وابن البراج ونجم الدين والعلامة والشهيد وابن فهد .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا وهب لاجنبي وقبضه ، أولذي رحم غير الولد كان له الرجوع فيه ، ويكره الرجوع في الهبة لذي الرحم .
وقال أبوحنيفة : يجوز الرجوع في هبة الاجنبي وكل قريب مالم يكن ذارحم محرم منه بالنسب ، واجرى الزوجية معجى الرحم المحرم بالنسب ، قال : اذا وهب أحد الزوجين الاخر لم يكن للواهب الرجوع ، وقد روى ذلك قوم من أصحابنا في الزوجين .

وقال الشافعي : اذا وهب غير الولد وقبض ، لزم ولم يكن له الرجوع بعد ذلك .

والمعتمد عدم جواز الرجوع بعد القبض في هبة ذى الرحم مطلقاً ، كما تقدم في المسألة الاولى . وأما هبة أحد الزوجين لصاحبه ، فقد اختار الشيخ الرجوع فيها ، وكذا ابن ادريس ونجم الدين ، ومنع العلامة في التذكرة ، وفخر الدين في شرح القواعد ، وابن فهد في المقتصر^(٢) من الرجوع ، وهو احوط . وأما الاجنبي فيجوز الرجوع مالم يتصرف .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : الهبات على ثلاثة أضرب : هبة لمن فوقه ، وهبة لمن دونه ، وهبة لمن هو مثله ، وكلها تقتضى عندنا الثواب . وقال جميع الفقهاء ان كانت لمن فوقه أو مثله لا تقتضى الثواب .

واذا كانت لمن دونه اختلفوا ، فقال أبوحنيفة : لا تقتضى الثواب ، وبه قال الشافعي في الجديد ، ونص عليه في الشفعة . وقال في القديم : انها تقتضى الثواب

(١) النهاية ص ٦٠٢ .

(٢) المقتصر لابن فهد - مخطوط .

وبه قال مالك .

قال العلامة في المختلف بعد ان نقل كلام الشيخ هذا وكلام أبي الصلاح :
وقال ابن ادريس : الهبة عندنا لا تقتضى الثواب الا مع الشرط واجماع أصحابنا
عليه ، قال العلامة : فكأنه لم يفهم مراد الشيخ من ذلك ، ودليل الشيخ يدل على
مراده ، وهي أنها لا تلزم الا بالثواب ، سواء كانت للاعلى أو الادنى أو المساوى^(١) .
والمعتمد أن الهبة لا تقتضى الثواب مطلقاً الامع الشرط ، كما قاله ابن ادريس .
مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا ثبت أن الهبة تقتضى الثواب ، فلا يخلو :
اما أن يطلق أو يشترط الثواب ، فان أطلق فأى ثواب تقتضى ، فانه يعتبر ثواب مثله
على ما جرت به العادة .

وللشافعي ثلاثة أقاويل على قوله انها تقتضى الثواب ، أحدها مثل ما قلناه
والثاني يشبهه حتى يرضى ، والثالث يشبهه بقدر قيمة الهبة أو مثلها .

والمعتمد أن الهبة لا تقتضى الثواب الا مع الشرط ، فاذا شرط فلا يخلو :
اما أن يشترط ثواباً مقدراً أو يطلق ، فان قدره بشيء يقدر وكان المتهب بالخيار
بين قبول الهبة ودفع الثواب ، وبين رد الهبة وان أطلق الشرط دفع المتهب ماشاء
فان كان يقدر قيمة الهبة لم يكن للواهب الاسترجاع ، وان كان أقل من ذلك كان
مخيراً بين قبول مادفع اليه وبين استرجاع الهبة .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا شرط الثواب ، فان كان مجهولاً صح ، لانه
وافق ما يقتضيه الاطلاق ، وان كان معلوماً كان صحيحاً أيضاً ، لانه لا مانع منه .
وللشافعي قولان : أحدهما يصح لانه اذا صح مجهولاً صح معلوماً على الاولى
والثاني لا يصح .

والمعتمد ما قدمناه في المسألة الاولى .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ: اذا تلف الموهوب في يد الموهوب له بطل الثواب ولا يرجع عليه بمثله ولا قيمته .

وللشافعي وجهان: أحدهما لا يرجع بشيء والاخر يرجع عليه بقيمته .
والمعتمد الرجوع، لانه لم يملكه مجاناً بل بشرط العوض، فان كان الثواب مقدراً رجح بأقل الامرين من المقدر وقيمة المثل، وان لم يكن مقدراً رجح بقيمة المثل، ولو كان مثلياً رجح مثله .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ: اذا وهب ثوباً خاماً^(١) لمن له الرجوع في هبته كالاجنبي على مذهبننا، والولد على مذهب الشافعي، فقصره الموهوب له لم يكن للواهب الرجوع .

وللشافعي قولان، ان قال القصاره بمنزلة الزيادة المتميزة، كان الواهب شريكاً للموهوب بقدر القصاره، وان قال القصاره بمنزلة الزيادة المتصلة، فالثوب للواهب ولا شيء للموهوب له .

والمعتمد أن مطلق التصرف مانع من الاسترجاع، سواء كان ناقلاً للملك أو لا مغبراً للصفة أولاً، وبالجملة كل تصرف يفتقر الى الملك فهو مانع من الرجوع .
مسألة - ١٨ - قال الشيخ: اذا وهب له شيئاً من حلي ذهباً أو فضة، فأثابه في المجلس قبل التفرق، أو بعده بجنسه أو بغير جنسه بقدره أو بزيادة أو نقصان كان ذلك جائزاً .

وقال الشافعي: حكم ذلك حكم الصرف، فما صح في الصرف صح ههنا وما فسد في الصرف فسد ههنا .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ: اذا كان له على غيره حق جاز بيعه ويكون مضموناً

(١) الخام من الثياب الذي لم يقصر وثوب خام غير مقصور.

ويجوز هبته ورهنه ، ولا يلزمان الا بالقبض .
 وللشافعي ثلاثة أوجه : أحدها يصح بيعه وهبته وتلزم الهبة بنفس العقد ،
 ولا يشترط القبض في لزومه ، ولا يصح رهنه . والثاني يصح البيع والهبة ، ولا تلزم
 الهبة الا بالقبض ، وكذلك الرهن وهو مثل قولنا . والثالث لا يصح بيعه ولا هبته
 ولا رهنه ، لانه غير مقدور على تسليمه ، فهو كالطير في الهواء .
 والمعتمد صحة بيعه ويكون مضموناً كما قاله الشيخ . وأما الهبة فلا تصح الا
 لمن هو عليه ، وهو مذهب نجم الدين ، والعلامة في القواعد^(١) والتحرير^(٢)
 والارشاد، واختار في المختلف^(٣) مذهب الشيخ ، وهو اختيار ابن ادريس . وأما
 الرهن ، فلا يصح لاشتراط كونه عيناً .
 مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا وهب في مرضه المخوف شيئاً وأقبضه ثم مات
 فمن أصحابنا من قال : لزمته الهبة في جميع الموهوب ولم يكن للورثة فيها شيء
 ومنهم من قال : تبطل فيما زاد على الثلث ، وبه قال جميع الفقهاء .
 والمعتمد وقوف ما زاد على الثلث على اجازة الورثة ، فان أجازوا لزمته في
 الجميع ، والا في قدر الثلث خاصة .

(١) قواعد الاحكام ٢٧٤/١ .

(٢) تحرير الاحكام ٢٨٢/١ .

(٣) مختلف الشيعة ص ٢٩ كتاب الهبات .

كتاب اللقطة

مسألة - ١ - قال الشيخ : اللقطة على ضربين : لقطة الحرم ، وغير الحرم .
فلقطة الحرم مسجيء ذكر الخلاف فيها ، ولقطة غير الحرم يعرف سنة ، ثم هو مخير
بعد السنة بين أن يحفظها على صاحبها ، وبين أن يتصدق فيها ويكون ضامناً إذا لم
يرض صاحبها ، وبين أن يملكها ويتصرف فيها وعليه ضمانها إذا جاء صاحبها ،
سواء كان غنياً أو فقيراً ، من تحل عليه الصدقة أولم تحل .

وقال الشافعي مثل قولنا الا الصدقة . وقال أبو حنيفة في الفقير وقيل حؤول
الحول مثل قول الشافعي ، وهو أنه مخير بين حفظها ، وبين أكلها وضمانها ، وبعد
الحول فلا يخلو : اما أن يكون فقيراً أو غنياً ، فان كان فقيراً فهو مخير في الثلاثة
الاشياء التي ذكرناها ، وان كان غنياً فهو مخير بين شيئين ، ولا يجوز له أكلها .
وقال مالك : يجوز للغني أن يأكلها ، ولا يجوز ذلك للفقير عكس مذهب
أبي حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : كلما يمتنع من الابل والبقر والبغال والحمير فليس

لاحد أخذه ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يجوز أخذه مثل سائر الضوال من الغنم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : روى أصحابنا أن أخذ اللقطة مكروه ، وبه قال مالك .

وللشافعي قولان : أحدهما يجب عليه أخذها اذا كان أميناً ويخاف ضياعها ،

والاخر لايجب غير أنه مستحب .

والمعتمد أن أخذها في صورة الجواز مكروه الا أن يخاف تلفها على صاحبها

مع عدم الاخذ ، فينبغي الكراهة حينئذ .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : يستحب لمن أخذ اللقطة أن يشهد عليها .

وللشافعي قولان : أحدهما يستحب ، والاخر يجب . وقال أبو حنيفة : ان أشهد

كانت أمانة ، وان لم يشهد كانت مضمونة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا عرفها سنة وأكلها بعد ذلك ، كان ضامناً لمثل

أو القيمة ، وبه قال جميع أهل العلم الا أهل الظاهر ، فانهم قالوا : لا يضمن .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا وجد كلباً للصيد ، وجب أن يعرفه سنة ، وبعدها

يجوز له أن يصيد به ، فان تلف ضمنه .

وقال الشافعي : لا يضمنه بناء على أصله من أن الكلب لقيمة له .

والمعتمد قول الشيخ مع جواز التقاطه ، وهو عند خوف ضياعه .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اللقطة اذا كان قيمتها درهماً فصاعداً وجب تعريفها

وان كان أقل من ذلك لايجب .

وقال الشافعي : يجب التعريف ، قليلة كانت أو كثيرة الا مالا يهبه الناس .

وقال أبو حنيفة : ان كان قيمتها ما يقطع فيه وجب تعريفها ، وان كان دون ذلك لا يجب ، وبه قال مالك ، غير أن أبا حنيفة قال : لا يجب القطع الا في عشرة دراهم قيمتها دينار ، ومالك يقول : يجب القطع بربع دينار ، ومالك يقول : لا يعرفها أصلا ، وأبو حنيفة يقول : يعرفها أقل من سنة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا وجد العبد لقطه جازله أخذها . وللشافعي قولان :

أحدهما يجوز ، والثاني لا يجوز .

والمعتمد قول الشيخ ، ويتولى التعريف السيد ان كان أذن بها ، ولا ضمان على السيد ان كان العبد أميناً ، وان لم يكن أميناً وعرف السيد ذلك هل يكون ضامناً ؟ قال الشيخ في المبسوط : يضمن السيد^(١) ، وظاهر العلامة في المختلف^(٢) والتحرير عدم ضمان السيد ، لان للعبد التسلط على اللقطة ، ولا يجب على السيد الانتزاع لانه لا يجب عليه حفظ مال الغير ، وهو قوي .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : من أخذ لقطه ، ثم ردها الى مكانها ، كان ضامناً لها

وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يزول ضمانه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا عرفها سنة لا يدخل في ملكه الا باختياره ، بأن

يقول : اخترت تملكها .

وللشافعي أربعة أوجه : أحدها مثل ما قلناه وهو أصحها عندهم ، والثاني

يدخل في ملكه بعد السنة بغير اختياره ، والثالث بمجرد القصد دون التصرف ،

والرابع بالقول والتصرف .

(١) المبسوط ٣/٣٢٥ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٢٧٤ كتاب الامانات .

والمعتمد أنها لا يدخل في ملكه الا باختياره ، ويكفى قصد التملك وان لم يتلفظ ولم يتصرف ، وهو اختيار العلامة في المختلف وفخر الدين وابن فهد ، واختار الشيخ في النهاية^(١) دخولها في ملكه بعد التعريف سنة بغير اختياره ، وبه قال ابن ادريس .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : يكره للفاسق أخذ اللقطة ، فأخذها فعل ما يفعله الامين .

وللشافعي قولان : أحدهما ينتزع من يده وسلم الى امين ، والاخر يضم الى يده يد آخر .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : لقطة الحرم يجوز أخذها ويجب تعريفها سنة ، وبعد ذلك يكون مخيراً بين أن يحفظها حتى يجيء صاحبها ، وبين أن يتصدق بها بشرط الضمان وليس له أن يملكها .

وقال الشافعي : ان أخذها بنية الحفظ على صاحبها كان جائزاً بلا خلاف في هذا ، وان أخذها بنية أن يملكها ، فعنده ليس له أن يلتقطها للتملك واليه ذهب عامة أهل العلم ، وذهب بعض الناس الى أنه يجوز التقاط لقطة مكة ، وذهب اليه بعض أصحاب الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لافرق بين لقطة الحرم وغيرها .
والمعتمد تحريم أخذها ، وهو مذهب الشيخ في النهاية والعلامة وابن فهد .
واعلم أن لقطة الحرم يخالف غيرها بأمر أربعة لا يخلو أخذها على الخلاف :
الاول : جواز أخذها ، وقد مضى البحث فيه .

الثاني : هل يجوز تملك ما نقص عن الدرهم من لقطة الحرم؟ جوزة ابن البراج

وابن ادريس والشهيد، ومنع منه الشيخ في النهاية والمفيد وابنا بابوية ، وهو ظاهر القواعد^(١) والارشاد ، والا لما حصل الفرق بين لقطة الحرم وغيرها ، ولا بأس به .
الثالث : هل يجوز تمليك لقطة الحرم بعد التعريف؟ منع منه أكثر الاصحاب وجوزه أبو الصلاح . والمعتمد المنع .

الرابع : اذا تصدق بها بعد التعريف ، فكره المالك هل يضمن أم لا ؟ قال الشيخ هنا وفي المبسوط^(٢) يضمن ، واختاره العلامة في المختلف^(٣) ، وقال المفيد وسلاروابن البراج وابن حمزة وابن فهد: لا يضمن ، وهو اختيار نجم الدين ، والضمان أحوط .

مسألة -١٣- قال الشيخ : يجوز للمكاتب أخذ اللقطة .

وللشافعي قولان : أحدهما يجوز ، والثاني أنه مثل العبد . وله في العبد قولان وله في المبعوض قولان .

والمعتمد جواز أخذها للمكاتب والمبعوض .

مسألة -١٤- قال الشيخ : من وجد لقطة ، فجاء رجل وصف عقاصها ووكاها ووزنها وعددها وحليتها ، وغلب في ظنه أنه صادق ، جاز أن يعطيها ، ولا يجب عليه الا ببينة ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال ابن حنبل وأهل الظاهر : يجب عليه دفعها ، وروى ذلك عن مالك . والمعتمد قول الشيخ ويضمن .

مسألة -١٥- قال الشيخ: متى وجد الذمي لقطة في دار الاسلام جاز له اخذها . وللشافعي قولان : أحدها يجوز ، والثاني لا يجوز ، لانه ليس بموضع أمانة .

(١) قواعد الاحكام ١٩٧/١ .

(٢) المبسوط ٣٢١/٣ .

(٣) مختلف الشيعة ص ٢٧٠ كتاب الامانات .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بعموم الاخبار .

مسألة ١٦- قال الشيخ: لم ينص أصحابنا على شيء من جعل اللقط والضوال الا على اباق العبد ، فانهم رووا انه اذا رده من خارج البلد استحق الاجرة أربعين درهماً قيمتها أربعة دنانير ، وان كان من البلد فعشرة الدراهم قيمتها دينار ، وماعدا ذلك يستحق الاجرة بحسب العادة .

وقال الشافعي : لا يستحق الاجرة على شيء من ذلك ، الا أن يجعله الجاعل سواء كانت قيمته قليلاً أو كثيراً ، معروفاً ببرد الضوال أو لم يكن ، من بعيد رده أو من قريب .

وقال مالك : ان كان معروفاً ببرد الضوال ، فانه يستحق الجعل ، وان لم يكن معروفاً لا يستحق .

وقال أبو حنيفة : ان كان ضوالاً أو لقطاً ، فانه لا يستحق شيئاً ، وان كان ابقاً فرده من مسيرة ثلاثة أيام وكان ثمنه أربعين درهماً وزيادة استحق أربعين درهماً ، وان نقص أحد الشرطين ، فان جاء به من مسيرة أقل من ثلاثة أيام فبحسابه ، فان كان من مسيرة يوم فثلث الاربعين ، فان كان مسيرة يومين فثلثا الاربعين .

وان كان قيمته أقل من الاربعين قال ابو حنيفة ومحمد : ينقص من قيمته درهم ويستحق الباقي ان كان قيمته أربعين يستحق تسعاً وثلثين وان كان قيمته ثلاثين يستحق تسعاً وعشرين .

وقال ابو يوسف : يستحق أربعين وان سوى عشرة الدراهم ، والقياس لا يستحق شيئاً ، ولكن اعطيناه استحساناً ، هكذا حكاه عنه الساجي .

والمعتمد اذا رد الانسان عبد غيره أو ضالته فلا يخلو : اما أن يذكر المالك جعلاً معيناً أو مجهولاً أم لا يجعل شيئاً . وان ذكر جعلاً معيناً لزم مع الرد ولا بحث وان جعل جعلاً لزم مع الرد اجرة المثل الا في رد العبد الا بق والبعير ، فان في رد كل

واحد منهما من المصبر دينار ، ومن خارج المصبر أربعة دنانير قيمة كل دينار عشرة دراهم ، وان رده من غير جعل معلوم ولا مجهول ، لا يلزمه في غير الابق والبعير شيء .

واختلف في رد الابق والبعير، فقال الشيخ في النهاية^(١) والمفيد وابن حمزة: يلزمه المقدر الشرعي ، ولم يوجب ابن ادريس شيئاً ، وهو اختيار أكثر المتأخرين وهو المعتمد ، وهو موافق لمذهب الشافعي .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا اختلفا فقال صاحب العبد الابق : شارطتك على رده بنصف دينار، وقال الذي رده: بل شارطتني بدينار ، فالقول قول الجاعل مع يمينه أنه لم يجعل له ديناراً ، ثم يستحق عليه أجره المثل . وقال الشافعي : يتحالفان ويستحق أجره المثل .

واعلم أن البحث هنا في موضعين :

الاول : في اليمين هل هي على الجاعل وحده ؟ لانه منكر لما يدعيه العامل من الزيادة ، أو يتحالفان كما قال الشافعي ، لان كل منهما مدعي عقداً مخالفاً لما يدعيه الاخر وينكر ما يدعيه الاخر ، فالاول قال الشيخ ونجم الدين والعلامة في الارشاد والتحرير وهو المعتمد ، وبالثاني قال العلامة في القواعد .

الثاني: في الثابت للعامل بعد اليمين ، وقد اختلف الاصحاب فيه، قال الشيخ وابن البراج: يثبت اجرة المثل ، وقال نجم الدين والعلامة وفخر الدين: يثبت له أقل الامرين من اجرة المثل وما يدعيه العامل ، وهو المعتمد .

وقال الفقيه محمد بن نما: اذا حلف الجاعل ثبت مدعاؤه، كما لو كان الاختلاف في الاجارة وقواه الشهيد ونسبه نجم الدين الى الخطاء ، قال : لان فائدة يمينه اسقاط ما يدعيه العامل لاثبوت ما يدعيه الحالف .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا أسلمت الام وهي حبلى من مشرك ، أو كان لها ولد غير بالغ ، فانه يحكم للولد والحمل بالاسلام ويتبعها ، وبه قال أهل العراق والشافعي . وقال مالك : يتبعها الحمل دون الولد .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : المراهق اذا أسلم حكم باسلامه ، فان ارتد بعد ذلك حكم بارتداده ، فان لم يثبت قتل ، ولا يعتبر اسلامه باسلام أبويه ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ، الا أنه قال : لا يقتل اذا ارتد ، لان هذا الوقت ليس بوقت التعذيب حتى يبلغ .

وقال الشافعي : لا يحكم باسلامه ولا ارتداده ، ويكون تبعاً لأبويه غير أنه يفرق بينه وبينهما لكي يفتناه ، وهذا هو المعتمد ، وهو الذي قواه في المبسوط^(١) ، واختاره المتأخرون .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا مات اللقيط ولم يخلف وارثاً ، فميراثه لبيت المال ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال قوم : ميراثه للملتقط .
واستدل الشيخ باجماع الفرقة .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : اذا ادعى أجنبيان اللقيط بأنه ولد لهما ، وكان مع كل واحد منهما بيعة فتعارضتا ، أو لا بيعة معهما ، أقرع بينهما فمن خرج اسمه الحق به .

وللشافعي اذا تعارضت بينتاهما قولان : أحدهما مثل ما قلناه من القرعة ، والثاني أنهما يسقطان فكأن ليس هناك بيعة وعرض على القافه ، فان قالت هو ابن لأحدهما الحق به ، وان لم يكن قافه أو أشكل عليهم أو قالوا : هو ابنهما أو ليس بابنهما فالأربع مسائل واحدة يوقف حتى يبلغ ويختار أيهما شاء .

والمعتمد قول الشيخ، وكذا لو كانا ملتقطين . وقال أبو حنيفة هنا: ان وصفه أحدهما بشيء على بدنه ، فانه يحكم له به ، لان ذلك يدل على يد سابقة .
 مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : اذا ادعى ذمي لقباً قبل اقراره ، فان أقام بينة على قوله حكم له به وحكم بكفره ، وان لم يقم بينة حكم أيضاً بدعواه والحق به . وللشافعي قولان : اذا أقام البينة أحدهما يقبل قوله بالنسب ولا يحكم بكفره والثاني يحكم بكفره وان لم يقم بينة حكم بالنسب أيضاً ، وهل يحكم بكفره ؟ على قولين .

والمعتمد أنه مع اقامة البينة يلحق النسب ويحكم بكفره ، ومع عدم اقامة البينة يلحق النسب ولا يحكم بكفره وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١) ، واختاره العلامة .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : الحر والعبد والمسلم والكافر في دعوى النسب سواء ، لامزية لاحدهم على الآخر ، وبه قال الشافعي .
 وقال أبو حنيفة الحر وأولى من العبد والمسلم أولى من الكافر ، وقواه الشيخ في المبسوط^(٢) ، وتوقف العلامة ونجم الدين ولم يرجح شيئاً ، ورجح فخر الدين المسلم على الكافر اذا كان اللقيط في دار الاسلام ، وظاهر الشهيد في الدروس^(٣) متابعتة وظاهره في شرح الارشاد متابعة الشيخ هنا .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ: اذا ادعت امرأة لقباً أنه ولده وأقامت بينة لحق بها وبالزوج بلاخلاف ، وان ادعته ولم يقم بينة ، فانه يقبل اقرارها على نفسها عندنا ، سواء كان معها زوج أو لم يكن .

(١) المبسوط ٣/٣٤٩ .

(٢) المبسوط ٣/٣٥٠ .

(٣) الدروس ص ٢٩٨ .

وللشافعي ثلاثة أوجه : أحدها عدم القبول بدون البينة ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ، سواء كان معها زوج أو لم يكن . والثاني يقبل قولها ويلحق بها ولا يلحق بالزوج وان كان معها الابالبينة أو باقراره . والثالث ان كان لها زوج لا يقبل اقرارها ويقبل ان لم يكن لها زوج ، والخلاف في الامة كالخلاف في الحرية سواء . والمعتمد عدم قبول دعوى الام البنوة الا مع البينة ، أو التصديق بعد البلوغ ولا فرق بين أن يكون معها زوج أو لم يكن .

كتاب الفرائض

مسألة - ١ - قال الشيخ: ميراث من لاوارث له ولامولى نعمة لامام المسلمين سواء كان مسلماً أو ذمياً . وقال جميع الفقهاء : يكون لبيت المال ، وهو لجميع المسلمين .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة - ٢ - قال الشيخ: اختلف الناس في توريث خمسة عشر نفساً: أولاد البنات ، وأولاد الأخوات ، وأولاد الأخوة من الام ، وبنات الأخوة من الاب والعمة ، وأولادها والخالة ، وأولادها والخال ، وأولاده والعم أخو الاب للام ، وأولاده وبنات العم وأولادهن والجد أبو الام والجددة أم أبي الام .

فعندنا أن كل هؤلاء يرثون على الترتيب الذي ذكرناه في النهاية ، ولا يرث مع واحد منهم مولى نعمة، وتحجب بعضهم بعضاً على ما بيناه وسنذكره فيما بعد وبه قال جماعة من الصحابة وأهل العراق .

وقال قوم : ان ذوي الارحام يرثون الا أنه يقدم المولى ، ومن يأخذ بالرد عليهم يقولون: اذا مات وترك بنتاً وعمة، فالمال للبنت النصف بالفرض والنصف

(١) تهذيب الاحكام ٣٨٦/٩ .

الآخر بالرد ، كما يقول الا أنهم يقدمون المولى على ذوى الارحام ويوافقونا على أن من يأخذ بالرد أولى من ذوى الارحام ، ويقولون : اذا لم يكن هناك مولى ولا من يأخذ بالفرض ولا بالرد ، كان لذوى الارحام ، فخالقونا في توريث المال معهم والباقي وفاق ذهب الى هذا أبو حنيفة وأصحابه .

وذهب الشافعي الى أنهم لا يرثون ولا يحجبون بحال ، فان كان للميت قرابة ، فالمال له ، وان كان مولى فالمال له ، وان لم يكن مولى ولا قرابة ، فميراثه لبيت المال ، وبه قال مالك والاوزاعي وأبو ثور .

والمعتمد قول الشيخ وعليه اجماع الفرقة .

مسألة ٣- قال الشيخ : اذا مات وخلف بنتاً أو أختاً أو غيرها ممن له سهم وزوجاً أو زوجة ، فللبنت أو الأخت النصف بالنسبة ، وللزوج أو الزوجة سهمهما والباقي رد على البنت أو الأخت ، ولا يرث على الزوج والزوجة بحال ، وليس للعصبة والمولى معهما شيء على حال ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه .

وقال الشافعي : للبنت النصف والباقي للعصبة ، وان لم يكن عصبة فللمولى ، فان لم يكن مولى فلبيت المال .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ٤ - قال الشيخ : قد بينا أن ذوى الارحام الاقرب أولى من الابدع ، ولو كان بينهما درجة ، اتفقت أنسابهم أو اختلفت ، فان أولاد الصلب وان نزلوا ذكوراً كانوا أو أنثاء أولى من أولاد الاب والام ، وان لم ينزلوا ، وأن أولاد الاب والاخ أولى من أولاد الجد منهما وان لم ينزلوا ، وان أولاد الابوين وان نزلوا يقاسمون الجد والجدة مسن قبل الابوين ، وكذا أولاد الجد والجدة وان نزلوا أولى من أولاد جد الاب وجد الام وان لم ينزلوا ، وعلى هذا التدرج كل من كان أقرب كان أولى .

وكان أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد يورثون ذوي الارحام على ترتيب العصابات فيجعلون ولد الميت من ذوي أرحامه أحق من سائر ذوي الارحام، وكذا ولد أبي الميت، ثم ولد جده، ثم ولد أبي الجد، الا أن أباحنيفة قدم أبا الام على ولد الاب وذكر عنه أنه قدمه على ولد الميت أيضاً .

وكان أبو يوسف ومحمد يقدمان كل أب على أولاده، أو من كان في درجة أولاده ويقدمان عليه ولد أب أبعد منه أو في درجتهم .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : ثلاث خالات مفترقات وثلاث أخوال مفترقين ، يأخذون نصيب الام للخال والخاله من الام الثلث بينهما بالسوية ، والباقي للخال والخاله من قبل الاب والام بينهما أيضاً بالسوية .

وفي أصحابنا من قال: بينهما للذكر مثل حظ الانثيين، ويسقط الخال والخاله من قبل الاب، وقال من تقدم ذكره للخال والخاله للاب والام المال كله ، فان لم يكن للخال والخاله من قبل الاب، فان لم يكن فلاولاد الام .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : العمات المفترقات يأخذون نصيب الاب، يقسم بينهم كالاخوات بالسواء ، وقال من تقدم ذكره: يقدم من كان للاب والام ، فان لم يكن فمن كان للاب ، فان لم يكن فالتى للام .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : بنات الاخوة المفترقين يأخذون نصيب آبائهم على ترتيب الاخوة المفترقين ، وكذلك اولاد الاخوات المفترقات .

وقال أبو يوسف في الفريقين : المال لمن كان للاب والام، ثم لولد الاب، ثم لولد الام، وكان محمد يورث بعضهم من بعض بعد أن يجعل عدد من يدلي باختم

اخوات ، وعدد من يدلي بأخ اخوة ، ثم يورثهم على سبيل توريث الاخوات المفترقات و الاخوة المفترقين ، كما نقول لكن لانراعى نحن العدد .
وعن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف ومحمد جميعاً ، وكانوا يورثون الاخوال و الخالات من الام و اولادهما للذكر مثل حظ الانثيين ، وكذلك الاعمام للام و العمات و اولادهما ، وكان أهل التنزيل لا يفضلون ذكورهم على أناثهم ، و أجمعوا على أن أولاد الاخوة و الاخوات من الام لا يفضلون ذكورهم على أناثهم .
وقال أبو عبد الله : لا يفضل الذكور على أحد في جميع ذوي الارحام .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اختلف من أهل العراق في أعمام الام و عماتها و أخوالها و خالاتها و أجدادها و جداتها الذين يرثون بالرحم و أحوال الاب و عماته و أجداده و جداته الذين يرثون بالرحم ، فروى عنهم عيسى بن أبان أن نصيب الام لقرابتها من قبل أبيها ، و نصيب الاب لقرابته من قبل أبيه .

وروى أبو سلمان الجوزجاني و اللؤلؤي أن نصيب الام ثلثاه لقرابتها من قبل أبيها ، و ثلثه لقرابتها من قبل أمها ، و أن نصيب الاب ثلثه لقرابته من قبل أمه و ثلثاه لقرابته من جهة أبيه ، و اذا اجتمع قرابة الام و الاب و كان بعضهم أقرب بدرجة ، كان المال كله لاقربهما .

قال الشيخ : وهذا هو الصحيح الذي نذهب اليه ، و استدل عليه باجماع الفرقة و هو المعتمد .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : عم لاب مع ابن عم لاب و ام ، المال لابن العم للاب و الام دون العم للاب ، و خالف جميع الفقهاء .
والمعتمد قول الشيخ ، و استدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : لا يرث المولى مع ذي رحم ، قريباً كان أو بعيداً .

وأبو حنيفة ومالك والشافعي يورثون ذا السهم سهمه ويجعلون الباقي للمولى
ويورثونه دون ذوي الارحام الذين لاسهم لهم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ١١ - قال الشيخ : الابن والاب والمجد والاخ والعم وابن العم والمولى
كلهم يأخذون بأية ذوي الارحام دون التعصيب ، والمولى يأخذ بالولاء .

وقال الشافعي : يأخذ هؤلاء كلهم بالتعصيب ، وبه قال باقي الفقهاء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ١٢ - قال الشيخ : كل موضع وجب المال لبيت المال عند الفقهاء
وعندنا للإمام ، ان وجد الامام العادل سلم اليه بلاخلاف ، وان لم يوجد وجب
حفظه عندنا ، كما يحفظ سائر أمواله التي يستحقها .

واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من قال : اذا فقد العادل سلم الى ذوي
الارحام ، ومنهم من قال : هذا لا يجوز لانه حق لجميع المسلمين ، فلا يجوز صرفه
الى ذوي الارحام ، لكن يفعل به ما يفعل في زكاة الاموال الظاهرة ، فالانسان
بالخيار بين أن يسلمه الى الامام الجائر ، وبين أن يضعه في مصالح المسلمين ،
وبين أن يحفظه حتى يظهر امام عادل .

والمعتمد أن مع غيبة الامام تصرف في الفقراء والمساكين ، جزم به أكثر
الاصحاب .

واعلم أن الشهيد (ره) قصر الاباحة على فقراء بلد الميت ، قال في باب الانفال من
دروسه : نعم لا يباح الميراث الا لفقراء بلد الميت ، وفي كلامه (ره) تصريح بمنع فقراء
غير بلد الميت ، ومنع اغنياء بلد الميت ، لانه لم يستثن من نفي الاباحة غير فقراء بلد
الميت ، فبقي الباقي على نفي الاباحة ، وهو الذي يقتضيه الاصل ، لانه مال غائب لم
يأذن فيه بشيء ، وانما جاز صرفه الى فقراء بلد الميت تبعاً لسيرته ، لان علياً عليه السلام كان

يفعل ذلك .

وقال الشهيد في البيان بعد تعديده الانفال : ومع وجوده لايجوز التصرف في شيء من ذلك بغير اذنه، ومع الغيبة فالظاهر اباحة ذلك لشيئته، وهل يشترط في المباح له الفقر ؟ ذكره الاصحاب في ميراث فاقد الوارث أما غيره فلا^(١) انتهى كلامه رحمه الله .

وفيه دلالة على أن اشتراط الفقر في المباح له اجماع، لانه أتى بالجمع المعروف باللام وهو الاستغراق .

مسألة -١٣- قال الشيخ : لا يرث الكافر المسلم بلاخلاف ، وعندنا أن المسلم يرث الكافر ، قريباً كان أو بعيداً . وقال الفقهاء : لا يرث المسلم الكافر .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة -١٤- قال الشيخ : الكفر ملة واحدة، فالذمي يرث الذمي، كما أن المسلم يرث المسلم، وبه قال الشافعي ومالك وأبو حنيفة وأصحابه . وقال أحمد : الكفر ملل فلا يرث الذمي من الذمي .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة -١٥- قال الشيخ : اذا أسلم الكافر قبل قسمة الميراث، شارك أهل الميراث في ميراثهم ، وان كان بعد قسمة لم يكن له شيء ، وبه قال أحمد واسحاق .

وقال الشافعي ومالك وأهل العراق : لا يشارك بالاسلام وان كان قبل القسمة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة -١٦- قال الشيخ : المملوك لا يرث منه بلاخلاف، لانه لا يملك، وهل يرث ؟ فيه خلاف ، فعندنا ان كان هناك وارث لا يرث الا ان يعقب قبل القسمة، فانه يشارك . وان لم يكن هناك وارث، استحق أن يشتري المملوك بذلك المال أو بعضه

ويعتق ويعطى الباقي ، وان لم يتسع المال لثمنه سقط هذا الحكم .

وقال الشافعي ومالك وأبو حنيفة: انه لا يرث .

والمعتمد مقاله الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة -١٧- قال الشيخ : العبد اذا كان نصفه حراً ونصفه مملوكاً ، ورث بحساب الحرية ، وحرّم بحساب الرقية ، وخالف الفقهاء كلهم في ذلك ، وقالوا : حكمه حكم القن .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة -١٨- قال الشيخ : اذا اكتسب هذا العبد مالا ، فانه يكون بينه وبين سيده فان مات يورث عنه مايخصه ولا يكون كله لسيده .
وللشافعي قولان : أحدهما يورث ، والثاني لا يورث ، لان كل معنى أسقط ارثه يسقط الارث له .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة -١٩- قال الشيخ : القاتل اذا كان عمداً ، فانه لا يرث المقتول بلا خلاف وان كان عمداً في طاعة ، فانه يرثه عندنا وفيه خلاف ، وان كان خطأ فانه لا يرث من دينه ويرث مما سواها وفيه خلاف ، وبه قال مالك والاوزاعي . وقال قوم انه يرث من ماله ودينه .

وقال الشافعي : القاتل لا يرث ، سواء كان كبيراً أو صغيراً مجنوناً أو عاقلاً عمداً أو خطأ لمصلحة ، مثل أن يسقيه دواءً ، أو يبط جرحه فيموت أو لغير مصلحة ، وسواء كان القتل مباشرة أو تسبياً ، وكذا لو كان عادلاً فرماه فقتله في المعركة ، وبه قال ابن حنبل ، ولاصحاب الشافعي هنا اختلاف أعرضنا عنه لطوله .

وقال أبو حنيفة : ان كان القتل بالمباشرة ، فانه لا يرثه الا في ثلاثة المجنون والصبي والعاقل ، اذا رمى في الصف وقتل واحداً من المقاتلة ، ولا فرق عند أبي

حنيقة في قتل المباشرة بين العمد والخطاء . فأما بالسبب كما لوحفر بشرأ فوقع فيه انسان فمات، أو نصب سكيناً فعثر فيه انسان فمات، أو ساق دابة أو قاده فرفست انساناً فقتلته ، فانه يرثه . فأما ان كان راكباً على الدابة ورفسها فقتلت انساناً، فانه لا يرثه .

وقال أبو يوسف ومحمد : يرث من الذي قتلته الدابة وان كان راكباً .
واعلم أن القتل ان كان عمداً أو خطأ، فالمعتمد ماقاله الشيخ هنا، وهو منع العامد وتوريث الخاطيء من غير الدية ، وهو المشهور عند أصحابنا ، واستدل الشيخ عليه باجماع الفرقة .

وأما شبيه العمد ، فكالعمد عند ابن الجنيدي، واختاره العلامة في القواعد^(١) وابنه في الشرح، وكالخطاء عند سلار، واختاره العلامة في التحرير، قال: والوجه الحاق شبيه الخطاء بالخطاء. وكذا من أمره العاقل ببط جراحة أو قطع سلعة فتلف أو قصد مصلحة موليه بماله فعله من سقي دواء أو بط جرح فمات، والساقط على انسان بغير اختياره وسائق الدابة وقائدها وراكبها والصبي والمجنون اذا قتلا غيرهما^(٢) انتهى كلامه في التحرير .

ومضمونه أن هذه الاسباب التي عددها كلها لاحقة بالخطاء .

وقال في القواعد : والقتل بالسبب مانع وكذا قتل الصبي والمجنون والنايم ولعل منذهب التحرير أقرب لعدم المؤاخذة .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ: المهذوم عليهم والغرقى اذا لم يعرف تقدم موت بعضهم على بعض ، فانه يورث بعضهم من بعض من نفس ماترك دون ما يرثه من صاحبه ، وبه قال الثوري والشعبي .

(١) قواعد الاحكام ١٦٣/٢ .

(٢) تحرير الاحكام ١٧٢/٢ .

وقال الشافعي: ان عرف سبق موت أحدهم يكون الميراث للباقي، وان عرف السابق ولكن نسي أيهم كان ، فان الميراث يكون موقوفاً رجاء أن يترك وارثاً تاماً أو ناقصاً ، وان كان أحدهما أسبق ولم يعرف عينه ، فان ميراثه يكون لورثة الحي ولا يرث الموتى عنه ، وبه قال أبو حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : القاتل والمملوك والكافر لا يحجبون ، وبه قال جميع الفقهاء والصحابة الا ابن مسعود، فانه انفرد بخمس مسائل هذه أولها، فانه قال : يحجبون حجباً مقيداً ، والمقيد ما يحجب من فرض الى فرض .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ: أولاد الام يسقطون مع الابوين ومع الاولاد، ذكوراً أو اناثاً، ومع ولد الولد ذكوراً واناثاً وسواء كان أولاد ابن أو أولاد بنت، ولا يسقطون مع الجد .

وقال الشافعي : يسقطون مع أربعة مع الاب والجد وان علا ، ومع الاولاد ذكوراً واناثاً ، ومع أولاد الابن ذكوراً أو اناثاً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : كلالة الام هم الاخوة والاخوات من قبل الام وكلالة الاب هم الاخوة والاخوات من قبل الاب والام، أو من قبل الاب خاصة وبه قال الشافعي وقال القتيبي: الكلالة الموالدان. وقال أبو عبيد: الموالدان والمولودون قال الساجي : قال أهل البصرة الكلالة الميت ، وقال أهل الحجاز وأهل الكوفة الكلالة الورثة ، وعلى هذا أهل اللغة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ: ام الام تسقط بالاب، وعند جميع الفقهاء لاتسقط

لانها تدني بالام لا بالاب .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : ام الاب لانثرت مع الاب ، وبه قال أبو حنيفة

ومالك والشافعي . وقال ابن حنبل : توث معه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : لا يحجب الام عن الثلث الا بأخوين أو بأخ وأختين

أو أربع أخوات .

وقال جميع الفقهاء : انها تحجب باختين أيضاً ، وقال ابن عباس : لاتحجب

بأقل من ثلاثة أخوة ، وهذه من جملة الخمس مسائل التي انفرد بها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : لاتقع الحجب بالاخوة والاخوات اذا كانوا من

قبل الام ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : زوج وأبوان عندنا للزوج النصف وللأم ثلث

الأصل والباقي وهو السدس للاب ، وبه قال ابن عباس ، وقال جميع الفقهاء : للام

ثلث ما بقي لائتلت الأصل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : زوجة وأبوان ، للزوجة الربع بلاخلاف ، وللأم

ثلث الجميع وللأب الباقي .

وقال الفقهاء : للام ثلث الباقي بعد حصة الزوجة ، كالمسألة الاولى سواء .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : زوج وأخت لاب وأم ، للزوج النصف وللأخت

النصف الاخر بالاخلاف، وان كان زوج وأختان لاب وأم أو لاب، فللزوجة نصف أصل المال والباقي للاختين ولاعول، والفقهاء يعولونها الى سبعة .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ٣١- قال الشيخ : زوج وأختان لاب وأم وام، للزوج النصف والباقي للام، ولا ترث معها الاختان، وعند الفقهاء أنها يعول الى ثمانية .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ٣٢ - قال الشيخ : زوج وأختان لاب وام وام وأخ للام، للزوج النصف والباقي للام ولا ترث معها الاختان، وعند الفقهاء أنها تعول الى ثمانية .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ٣٣- قال الشيخ : زوج وأختان لاب وام وام واخ للام، للزوج النصف والباقي للام، ولا شيء للاختين ولا للاخ وعند الفقهاء أنها تعول الى تسعة .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ٣٤- قال الشيخ : زوج واختان لاب وام واختان لام وام، للزوج النصف، والباقي للام، وعند الفقهاء يعول الى عشرة .

قال الشيخ : وهذه المسألة يقال لها أم الفروخ .

مسألة ٣٥ - قال الشيخ : زوج وبنات وام، للام السدس وللزوج أربع والباقي للبنين ولاعول، وعند الفقهاء يعول من اثني عشر الى ثلاثة عشر .

مسألة ٣٦- قال الشيخ : زوج وأبوان وبنات، للزوج الربع وللأبوين السدسان والباقي للبنين، وعندهم يعول الى خمسة عشر .

وإذا ثبت بطلان العول عندنا وإثباته عندهم، فلافائدة في تعداد هذه المسائل

لان المرجع فيها الى شيء واحد .

مسألة ٣٧- قال الشيخ : للبنين فصاعدا الثلثان، وبه قال عامة الفقهاء، ورويت

- رواية شاذة عن ابن عباس أن لهما النصف ، وللثلاثة فصاعدا الثلثان .
 والمعتمد قول الشيخ ، وعليه اجماع اهل العصر .
- مسألة -٣٨- قال الشيخ: بنت وبنت ابن وعصبة المال، للبنت النصف تسمية
 والثاني رداً .
- وقال الفقهاء : للبنت النصف ، ولبنت الابن السدس يكمله الثلثين والباقي
 للعصبة .
- والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
- مسألة -٣٩- قال الشيخ : بنت وبنات ابن وعصبة ، للبنت النصف بالفرض
 والباقي بالرد عليها .
- وقال الفقهاء: لها النصف ولبنات الابن السدس يكمله الثلثين والباقي للعصبة .
 والمعتمد قول الشيخ .
- مسألة -٤٠- قال الشيخ : بنتان وبنت ابن وعصبة ، للبنتين الثلثان تسمية
 والباقي يرد عليهما . وقال الفقهاء: للبنتين الثلثان وتسقط بنت الابن والباقي للعصبة .
 والمعتمد قول الشيخ .
- مسألة -٤١- قال الشيخ: بنتان واخت لاب وام أو لاب، الثلثان للبنتين فرضاً
 والباقي بالرد .
- وقال الفقهاء : الباقي للاخت ، لان الاخوات مع البنات عصبة . ولو كانت
 الاخت مع البنت كان للبنت النصف وللأخت النصف عندهم على أصلهم الذي
 أصلوه .
- مسألة -٤٢- قال الشيخ : بنوا الاخ يرثون مع الجد وان نزلوا ، ويقومون
 مقام آبائهم ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك وقالوا : انهم يسقطون مع الجد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .
 مسألة -٤٣- قال الشيخ : أخت من اب وام واخت من أب وعصبة للاخت
 من الاب والام النصف بلاخلاف والباقي عندنا يرد عليها لانها يجمع السبيين .
 وقال جميع الفقهاء : للاخت من الاب أو الاخوات السدس يكمله الثلثين
 والباقي للعصب .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
 مسألة -٤٤- قال الشيخ : اختان من أب وام واخت من أب وابن اخ من اب
 للاختين الثلثان بلاخلاف والباقي عندنا رد عليهما ويسقط الباقيون .
 وقال جميع الفقهاء : الباقي لابن الاخ ، لانه عصبة ، ولأشياء للاخت من
 الاب .

مسألة -٤٥- قال الشيخ : اختان من أب وام واخت وأخ من أب ، للاختين
 الثلثان بلاخلاف والباقي يرد عليهما .
 وقال جميع الفقهاء : الباقي بين الاخ والاخت للذكر مثل حظ الانثيين . وقال
 ابن مسعود : الباقي للاخ وتسقط الاخت للاب .

ولو اتخذت الاخت من الابوين وتعددت الاخوة والاخوات من الاب خاصة
 كان للاخت من الابوين عندنا النصف بالفرض والباقي بالرد، وعند الفقهاء الباقي
 بعد النصف للاخوة والاخوات من الاب الذكر مثل حظ الانثيين .

مسألة -٤٦- قال الشيخ : ثلاث أخوات متفرقات وعصبة ، للاخت من
 الابوين النصف، وللأخت من الام السدس، والباقي يرد على الأخت من الابوين
 ومن أصحابنا من قال: يرد عليهما ويسقط الأخت من الاب. وقال الفقهاء: للاخت
 من الاب السدس يكمله الثلثين والباقي للعصبة .

(١) تهذيب الاحكام ٣٠٩/٩ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٧ - قال الشيخ: لا يرث مع البنات ، واحدة كانت أو اثنتين أحد من الأخوات .

وقال الفقهاء: بنت وأخت وبنت واخوة وأخوات من قبل الأبوين أو من قبل الأب ، للبنت النصف والباقي للاخت أو الاخوة والاخوات ، لان الاخوات مع البنات عصبية ، وقالوا في بنت وبنت ابن واخت ، للبنت النصف ولبنت الابن السدس والباقي للاخت .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٨ - قال الشيخ: أبوان واخوة ، للام السدس والباقي للاب بلا خلاف الا ماروى عن ابن عباس أنه قال : السدس الذي حججوا به الام يكون للاخوة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٤٩ - قال الشيخ: بنت وأب ، للبنت النصف وللأب السدس والباقي يرد عليهما على قدر أنصاهما .

وقال الفقهاء : الباقي يرد على الأب بالتعصيب .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٥٠ - قال الشيخ: بنتان وأب ، للبنتين الثلثان وللأب السدس والباقي يرد عليهن . وقال الفقهاء : يرد على الأب خاصة .

مسألة - ٥١ - قال الشيخ : لا يرث واحدة من الجدات مع الاولاد . وقال الفقهاء : للجدة السدس مع الولد .

والمعتمد قول الشيخ ، وعليه اجماع الفرقة .

مسألة - ٥٢ - قال الشيخ: للجدة من قبل الام الثلث المسمى للام اذا لم يكن

غيرها ، والباقي يرد عليها كما يرد على الام . وان اجتمع جدة للام وجدة للاب ، كان للجدة من قبل الام الثلث ، وللجدة من قبل الاب الثلثان ، لكل منهما نصيب من يتقرب به .

وقال الفقهاء كلهم : لها السدس ، فان اجتمعنا كان السدس بينهما نصفين .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٥٣ - قال الشيخ : ام الام ترث وان علت بالاجماع ، وام أبى الام ترث أيضاً عندنا اذا لم يكن هناك من هو أقرب منها ويقاسم من هو في درجتها وعندهم لا ترث بالاجماع ، وام ام الاب ترث وان علت بالاجماع ، وام أب الاب ترث عندنا الا أن يكون هناك من هو أقرب منها .

وللشافعي قولان: أحدهما ترث وهو الصحيح عندهم ، وبه قال أهل الكوفة وأبو حنيفة وأصحابه وأهل البصرة . والثاني لا ترث ، وبه قال مالك وأهل الحجاز .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٥٤ - قال الشيخ : ام ام هي ام أب أب ، صورتها كان لها ابن ابن ابن وبنت بنت بنت ، فتزوج ابن ابن الابن في بنت بنت البنت ، فجاءت بولد فهي ام ام وام أب أب ، واذا مات المولود ترث بالنسبين معاً على حسب استحقاتهما .

وفي أصحاب الشافعي من قال : ترث بالنسبين معاً ثلثي السدس ، وبه قال محمد وزفر من أصحاب أبي حنيفة ، ومذهب الشافعي أنها لا ترث الثلثين ، وبه قال أبو يوسف .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٥ - قال الشيخ : ام أب الام ترث عندنا ، وبه قال ابن سيرين . وقال

جميع الفقهاء : لا ترث .

مسألة - ٥٦ - قال الشيخ : ام أب أب لاتسقط بام ام أب ، وعند الشافعي تسقط لانها جهة واحدة .

والمعتمد قول الشيخ ، لان درجتها واحدة ، فلاتسقط احديهما بالآخرى .

مسألة - ٥٧ - قال الشيخ : ام الام لاثرت عندنا مع وجود الاب . وقال الفقهاء لها السدس .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٥٨ - قال الشيخ : القول بالعصبة باطل عندنا ، ولا يورث بها في موضع من المواضع ، وانما يورث بالفرض المسمى أو القربى أو الاسباب التي يورث بها من الزوجية والولاء ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

وخالف جميع الفقهاء في ذلك واثبتوا العصبات من جهة الاب والابن ، ثم ذكر أدلة القوم وأجاب عنها .

مسألة - ٥٩ - قال الشيخ : العول عندنا باطل ، فكل مسألة تعول على مذهب المخالفين ، فالقول عندنا فيها بخلاف ما قالوه ، وأعمالها جميع الفقهاء الا داود فانه وافقنا على عدم العول .

مثال ذلك : زوج واختان ، للزوج النصف والباقي للاختين . وعندهم يعول الى سبعة معهم ام للزوج النصف والباقي للام ، وعندهم يعول الى ثمانية معهم أخ من ام يعول الى تسعة معهم اخوان من ام يعول الى عشرة ويقال لهذه المسألة ام الفروخ ، لانها يعول بالوتر وبالشفع أيضاً .

ومثل المسألة المنبرية وهي زوجة وأبوان وبتتان ، للزوجة الثمن ، وللأبوين السدسان ، والباقي للبتين وعندهم للبتين الثلثان يعول من أربعة وعشرين الى تسعة وعشرين .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة - ٦٠ - قال الشيخ: ابنا عم أحدهما أخ من الام، للاخ من الام السدس بالتسمية بلاخلاف ، والثاني رد عليه عندنا ، لانه أقرب من ابن العم .
وقال الفقهاء: الباقي بينهما نصفين بالتعصيب، وذهب ابن مسعود وابن سريج وابن سيرين الى أن الاخ من الام يسقط .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦١ - قال الشيخ : الولاء لا يثبت به الميراث مع وجود واحد من ذوي الانساب ، قريباً كان أو بعيداً ، ذا سهم كان أو غير ذي سهم ، عصبه كان أو غير عصبه وعلى كل حال .

وقال الشافعي: اذا لم يكن له عصبه، مثل الابن أو الاب أو الجد والعم وابن العم الذين يأخذون الكل بالتعصيب ، أو الذي يأخذ بالفرض جميع المال وهو الزوج والاخت ، أو من يأخذ بالفرض والتعصيب ، مثل بنت وعم واخت وعمة وبنت عم وابن عم وبنت أخ ، فان لم يكن أولئك فالمولى يرث .
والمولى له حالتان: حالة يأخذ جميع المال، وحالة يأخذ النصف، وذلك اذا كان معه من يأخذ النصف، مثل الاخت والبنت والزوج، فان لم يكن مولى فعصبه المولى، فان لم يكن عصبه المولى فالمولى المولى، فان لم يكن مولى المولى فعصبه مولى المولى ، فان لم يكن عصبه مولى المولى فلبيت المال .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦٢ - قال الشيخ: الولاء يجري مجرى النسب، ويرثه من يرث من ذوي الانساب على حد واحد الاخوة والاختوات من الام ، أو من يتقرب بها من الجد والجدة والخال والخالة وأولادهما ، ومن أصحابنا من قال : لا يرث

(١) تهذيب الاحكام ٢٤٧/٩ .

النساء من الولاء شيئاً ، وانما يرثه الذكور من الاولاد والعصبة .

وقال المشافعي : أولى العصبات مقدم ، ثم الاولى فالاولى على ما ذكر في النسب سواء ، وعنده الابن أولى من الاب وأقوى منه بالتعصيب ، ثم الاب أولى من الجدة ثم الجد أولى من الاخ ، ثم الاخ أولى من ابن الاخ ، وابن الاخ أولى من العم والعم أولى من ابن العم ، وبه قال أكثر الفقهاء ، ولا يرث أحد من البنات والاخوات مع الاخوة شيئاً .

وقال أبو يوسف وأحمد وإسحاق يرث الاب السدس ويكون الباقي للاخوة كالنسب . وقال الثوري : يكون بينهما نصفين .

اذا عرفت هذا : فاعلم أنه اذا مات المنعم وهو المباشر للمعتق ، فقد اختلف أصحابنا في انتقال الولاء على خمسة أقوال :

أحدها : انتقاله الى الاولاد الذكور والاناث ، وهو مذهب ابن بابويه .

الثاني : مثل هذا القول ان كان المعتق رجلاً ، وان كان امرأة فلعصبتها ، وهو مذهب الشيخ في هذا الكتاب .

الثالث : انه للاولاد الذكور دون الاناث ، وهو مذهب المفيد ، ولا فرق بين أن يكون المعتق رجلاً أو امرأة .

الرابع : انتقاله الى العاقلة الذين يتحملون دية الخطاء .

الخامس : انه للاولاد الذكور دون الاناث ان كان المعتق رجلاً ، وان كان امرأة فلعصبتها ، وهو مذهب الشيخ في النهاية^(١) ، وهو المشهور بين الاصحاب .

مسألة - ٦٣ - قال الشيخ : المعتق اذا كان امرأة فولاء مواليها لعصبتها دون اولادها ، سواء كانوا ذكوراً أو أنثى ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦٤ - قال الشيخ : ابن الابن لا يرث الولاء مع الابن للصلب ، وبه قال أكثر الفقهاء ، وقال شريح يرث ابن الابن مع الابن .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦٥ - قال الشيخ : الجسد والاخ يستويان ، وهما بمنزلة أخوين في الولاء يتقاسمان المال ، وهو أحد قولي الشافعي ، وبه قال أبو يوسف ومحمد وأحمد ، والقول الآخر الاخ أولى ويسقط الجسد ، وبه قال مالك .
وقال أبو حنيفة : الجسد أولى من الاخ في الميراث بالنسب وبالولاء .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦٦ - قال الشيخ : اذا خلف المولى آخ وأخوات أو أختاً واختاً ، فان الولاء بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ، وبه قال شريح وطاووس .
وقال الشافعي وعامة الفقهاء : المال للذكور دون الاناث ، ومن أصحابنا من قال بذلك .

وهذا هو المعتمد ، وهو اختيار الشيخ في النهاية^(١) وابن البراج ، وبه قال العلامة في القواعد ، قال : ولا يثبت الولاء لامرأة على رأي الا اذا باشرت المعتق^(٢) واختاره فخر الدين .

مسألة - ٦٧ - قال الشيخ : مولى مات وخلف ثلاث بنين ، ثم مات أحد البنين وخلف ابنين ، ثم مات الثاني وخلف ثلاث بنين ، ثم مات الثالث وخلف خمسة بنين ، ثم مات المعتق ، فان الولاء بينهم أثلاثاً لا اولاد كل واحد من البنين الثلث نصيب أبيهم وقال جميع الفقهاء : المال بينهم والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
مسألة - ٦٨ - قال الشيخ : المعتق لا يرث المعتق ، وبه قال أكثر الفقهاء .

(١) النهاية ص ٦٧٠ .

(٢) قواعد الاحكام ١٧٩/٢ .

وقال شريح وطاووس : يرث كل منهما صاحبه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦٩ - قال الشيخ : رجل زوج أمته من عبد، ثم اعتقها فجاءت بولد فان الولد حر بلاخلاف، ويكون ولاءولدها لمن أعتقها، فان أعتق العبد جر الولاء الى مولى نفسه، وبه قال الفقهاء الاربعة، وقال الزهري ومجاهد وعكرمة : لاينجر الولاء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٧٠ - قال الشيخ: عبد تزوج بمعتقة قوم فجاءت بولد، حكمنا بالولاء لمولى الام ، فان كان هناك جد واعتق الجد والاب حى ، فهل ينجر هذا الولاء من مولى الام ؟ عندنا انه ينجر اليه ، فان أعتق بعد ذلك الاب انجر الولاء الى مولى الاب ، وبه قال مالك وزفر .

وقال أبوحنيفة وأصحابه: لاينجر الى مولى الجد، ولاصحاب الشافعي قولان:

أحدهما مثل قولنا ، والاخر مثل قول ابي حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧١ - قال الشيخ : حر تزوج بأمة وجاءت بولد لسته أشهر فصاعداً فانه لايشب الولاء لاحد عليه ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان كان الرجل عربياً فلايشب الولاء، وان كان عجمياً يشب الولاء عليه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧٢ - قال الشيخ: عبد تزوج بمعتقة رجل، فأنت بولد، فانه يكون حراً ولمولى الام عليه الولاء ، فان عتق العبد ومات الولد ، فان ولائه ينجر الى معتق الاب ، فان لم يكن مولى الاب فعصبة مولى الاب، فان لم يكن عصبة مولا الاب ،

فولي عصبه مولى الاب، فان لم يكن مولى ولا عصبه فلبيت المال على ما مضى من
المخلاف بيننا وبينهم ، وبه قال جميع الفقهاء .

وقال ابن عباس : يكون الولاء لمولى الام لان الولاء كان له ، فلما جر مولى
الاب كان له ، فلما لم يكن عصبه للمولى عاد اليه .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧٣ - قال الشيخ : عبد تزوج معتقة رجل فاستولدها بنتين ، فهما
حرتان وولاهما المولى الام ، فاشترى أباهما فانه يعتق عليهما، كل ذلك بلاخلاف
فاذا مات الاب للبنتين الثلثان بحق النسب والباقي يرد عليهما .

وقال الفقهاء : الباقي لكل واحدة منهما نصف الثلث بحق الولاء ، فان مات
أحد البنتين فللشافعي قولان ، حكى الربيع والبويطي أن لهذه البنت سبعة أثمان
والباقي يرجع على مولى الام ، وبه قال محمد وزفر، ونقل المزني أن لها ثلاثة
أرباع والربع الباقي لمولى الام ، وبه قال مالك .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه لايجتمع الميراث عندنا بالنسب وأولاء .

مسألة - ٧٤ - قال الشيخ: الاخوة من الام مع الجدة يأخذون نصيبهم المفروض
وأباقي للجدة ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا المال للجدة ويسقطون
الاخوة من الام .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٧٥ - قال الشيخ: الجدة والجدة من قبل الام بمنزلة الاخ والاخت من قبلها
يقاسمون الاخوة والاخوات من قبل الاب والام، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٧٦ - قال الشيخ: اذا كان مع الجدة للاب اخوة من الابوين أو الاب
فانهم يقاسمونه ، وبه قال مالك والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد والشافعي وابن
حنبل .

وقال أبو حنيفة والمزني من أصحاب الشافعي : يستطون ولا يرثون شيئاً .
 والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
 مسألة - ٧٧ - قال الشيخ : ابن الاخ يقوم مقام الاخ في مقاسمة الجد اذا
 عدم الاخ ، وخالف الفقهاء في ذلك .
 والمعتمد قول الشيخ ، وعليه اجماع الفرقة .
 مسألة - ٧٨ - قال الشيخ : الجد يقاسم الاخوة ويكون كواحد منهم بالغاً ما بلغ .
 وقال الشافعي : يدفع الى الجد ما هو خير له من المقاسمة ، أو ثلث جميع
 المال .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .
 مسألة - ٧٩ - قال الشيخ : اذا كان اخوة من أب وام واخوة من أب وجد ،
 قاسم الجد الاخوة من الابوين .
 وقال الشافعي ومالك والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد : يقاسم الجد الاخوة
 من الابوين والاخوة من الاب ، فما حصل لولد الاب يرد على ولد الاب والام ،
 الا أن يكون اختا من أب وام ، فيرد عليها من ولد الاب تمام النصف ، فان بقي
 شيء يكون لولد الاب .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
 مسألة - ٨٠ - قال الشيخ : بنت واخت وجد ، للبنت النصف بالفرض والباقي
 بالرحم .

وقال الشافعي : للبنت النصف والباقي بين الجد والاخت .
 والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
 مسألة - ٨١ - قال الشيخ : زوج وام وجد ، للزوج النصف بلا خلاف ،

(١) تهذيب الاحكام ٣٠٥/٩ .

وللام الثلث بلا خلاف ، والباقي يرد عليها .

وقال الشافعي الباقي للجد . وهكذا في زوجة وام وجد ، للزوجة الربع وللأم الثلث والباقي يرد عليهما ، وقال الشافعي : الباقي للجد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٨٢ - قال الشيخ : اذا ارتد المسلم ومات على كفره أو قتل ، فميراثه لورثته المسلمين دون الكفار ، قريباً كان المسلم أو بعيداً ، سواء اكتسبه في حال كفره أو حال اسلامه ، وبه قال الاوزاعي وأبو يوسف ومحمد ، وذهب الشافعي الى أنه ينقل ماله الى بيت المال فيثماً ، سواء اكتسبه حال اسلامه أو حال ارتداده وسواء قال زال ملكه بالردة أو لم يقل ، وبه قال مالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة والثوري : ان ماله الذي اكتسبه حال اسلامه ، فهو لوارثه المسلم ، والمال الذي اكتسبه حال رده لبيت المال . وقال قتادة وعمر بن عبد العزيز : مال المرتد لاهل ملته الذي انتقل اليهم ان كانوا يهوداً أو نصارى . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٨٣ - قال الشيخ : المطلقة المطلقة الثالثة في حال المرض ترث ما بينها وبين سنة ، اذا لم يصح من ذلك المرض مالم تتزوج ، فان تزوجت فلا ميراث لها ، والرجل يرثها مادامت في العدة الرجعية . أما في البائنة ، فلا يرثها على حال . وللشافعي في المطلقة البائنة قولان : أحدهما انها لا ترث ، وهو القياس عندهم . والثاني أنها ترث ولم يفصلوا التفصيل الذي ذكرناه . وقال ابن أبي ليلى وعطاء : ترثه ما لم تتزوج ولم يقيدوا بسنة .

وكان أبو حنيفة وأصحابه والثوري يورثونها مادامت في العدة ، الا أن يكون الطلاق من جهتها ، فانها لا ترثه ، وهو أحد قولي الشافعي .

وقال مالك : ترثه سواء تزوجت أو لم تتزوج ، واتفقوا على أن المرأة اذا

ماتت لا يرثها الزوج ، واتفقوا على أن الطلاق الرجعي لا يقطع التوارث بين الزوجين .

والمعتمد قول الشيخ مالم يكن الطلاق من جهتها ، فانها لا يرثه لعدم التهمة حينئذ .

مسألة - ٨٤ - قال الشيخ : المشتركة زوج وام واخوان لام ، عندنا للزوج النصف والباقي للام الثلث بالفرض والباقي بالرد .

وقال الشافعي : للزوج النصف وللأم السدس يكمله الثلثين ، وللأخوين للام الثلث ، ويشركهم بنو الأب والام ولا يسقطون وصاروا بني ام معاً ، وبه قال مالك . وقال أبو حنيفة وابن حنبل وابن أبي ليلى : للزوج النصف وللأم السدس ، وللأخوين من الام الثلث ، ويسقط الاخوان من قبل الابوين . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨٥ - قال الشيخ : اذا مات ولد الملائنة وخلف امأ وأخوين لها ، يكون للام الثلث بالتسمية والباقي يرد عليها ويسقط الاخوان . وقال الشافعي : للام السدس وللأخوين الثلث والباقي لمولى الام ، فان لم يكن فلبيت المال .

وقال أبو حنيفة : للام السدس وللأخوين الثلث والباقي يرد عليهم . وقال ابن مسعود : المال كله للام لانها عصبه . وقال ابن أبي ليلى : الباقي عن فرض الام والاخوة لعصبه الام . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨٦ - قال الشيخ : الظاهر من مذهب أصحابنا أن ولد الزنا لا يرث أمه ولا ترثه هي ولا أحد من جهتها ، وذهب قوم من أصحابنا الى أن ميراثه مثل ميراث ولد الملائنة ، وسواء كان ولداً واحداً أو ولدين ، وأن احدهما لا يرث الاخر

الاعلى القول الثاني .

وقال الشافعي : ان كان واحداً فحكمه حكم ولد الملائنة ، وان كانا ولدي زنا فمات أحدهما ، فانه لا يرثه الاخر لا بالامومة ولا بالابوة . وهكذا قال جميع الفقهاء والمعتمد قول الشيخ ، لان الميراث تابع للنسب الشرعي ، وليس ههنا نسب شرعي .

مسألة - ٨٧ - قال الشيخ : ولد الزنا اذا كان توأمًا ثم مات أحدهما ، فانه يرث الاخر منه من جهة الامومة دون الابوة ، على قول من قال من أصحابنا : ان حكمه حكم ولد الملائنة .

وللشافعي فيه وجهان : أحدهما أنه يرث بالامومة والابوة ، وبه قال مالك . والوجه الثاني يرث بالامومة حسب .

والمعتمد عدم توارثهما مطلقاً ، العدم النسب بينهما شرعاً .

مسألة - ٨٨ - قال الشيخ : اذا مات الانسان وخلف خنثى مشكل ، له ما للرجال وما للنساء ، اعتبر بالبول فان خرج من أحدهما أولاً ورث عليه ، فان خرج منهما اعتبر بالانقطاع وورث على ما انقطع عليه أخيراً ، فان اتفقا روى أصحابنا أنه تعد أضلاعه ، فان تساوا ورث ميراث النساء ، وان نقص أحدهما ورث ميراث الرجال والمعمول عليه أنه يرجع الى القرعة فيعمل عليها .

وقال الشافعي : ننزله بأسوء حالتيه فنعطيه نصف المال ، لانه اليقين والباقي يكون موقوفاً ، فان بان ذكراً أعطينا ميراث الذكر ، وان بان أنثى ، فقد أخذ حقه وأعطى الباقي العصبه .

وقال أبوحنيفة : نعطيه النصف والباقي يدفع الى عصبه . وقال أبو يوسف وجماعة من أهل الكوفة وجماعة من أهل الحجاز وأهل البصرة : يعطى نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الانثى .

وهذا هو المعتمد، وهو المشهور عند أصحابنا ، وهو اختيار الشيخ في النهاية^(١) والمبسوط^(٢)، وذلك بعد تحقق الاشكال ، وهو يتحقق بعد التساوي في البول أخذاً وانقطاعاً ، ولا عبرة بعد الاضلاع .

مسألة - ٨٩ - قال الشيخ : رجل مات وخلف أولاداً مسلمين ومشركين ، فان المسلمين يرثونه دون المشركين بلاخلاف، فان أسلم المشركون قبل القسمة قاسموهم المال ، فان أسلموا بعد القسمة فلا ميراث لهم . وقال جميع الفقهاء : لا ميراث لهم بحال ، سواء أسلموا قبل القسمة أو بعدها . والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٩٠ - قال الشيخ : مسلم وله أولاد بعضهم معه حضور وبعضهم مأسورون فالميراث للحاضرين والمأسورين ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال شريح : المأسورون أولى وقال النخعي : لا يرث المأسورون شيئاً . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩١ - قال الشيخ : اختلف أصحابنا في ميراث المجوس على ثلاثة أقوال : أحدها أنهم لا يرثون الا بنسب وسبب يسوغ في شرع الاسلام ، والاخر أنهم يرثون بالنسب على كل حال وبالسبب الذي يجوز في الشرع دون المالايجوز والثالث أنهم يرثون بالامرین معاً ، سواء كان جائزاً في الشرع أو لم يكن ، وهو الذي خيره في النهاية وتهذيب الاحكام .

وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والنخعي وابن أبي ليلى : المجوس يرثون بجميع قراباتهم التي يدلون بها ما لم يسقط بعضها بعضاً ، فاما اذا تزوج واحد منهم بمن يحرم عليه في شرع الاسلام، مثل أن يزوج بأمه أو بنته أو عمته أو خالته

(١) النهاية ص ٦٧٧ .

(٢) المبسوط ١١٤/٤ .

وبالجمله كل محرمة في الشرع ، فانه لا يثبت بينهم الميراث بالزوجية بلاخلاف عند الفقهاء ، لان الزوجية لم يثبت . والصحيح عندي أنهم يتوارثون بالزوجية . وقال الشافعي : كل قرابة اذا انفرد كل واحد منهما يرثه بجهة واحدة ، فاذا اجتمعا لا يرث بهما يعنى بجهتين ، مثال ذلك : مجوسي تزوج بنته فماتت هي ، فان الاب يرث بالابوة ولا يرث بالزوجية ، وهكذا ان مات الاب فانها ترث بالبنوة لا بالزوجية .

والمعتمد أنهم يورثون بالنسب الصحيح والفاسد ، والسبب الصحيح دون الفاسد ، وهو مذهب الفضل بن شاذان من أصحابنا ، وهو موافق لمذهب الفقهاء .

مسألة -٩٢- قال الشيخ : مجوسية ماتت وخلفت أمهي أخت لاب وام ، للام الثلث والباقي رد عليها . وقال الفقهاء : الباقي للعصبة . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٩٣- قال الشيخ : مجوسية ماتت وخلفت بنتاً هي أخت لاب ، للبننت النصف بالتسمية والباقي بالرد .

وقال أبو حنيفة : الباقي لها بالتعصيب ، لان الاخنت تعصب البننت . وقال أبو العباس : فيه قولان ، أحدهما مثل قول أبي حنيفة ، والاخر الباقي للعصبة . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٩٤- قال الشيخ : المولود اذا علم أنه حي حين ولادته بصياح ، أو حركة ، أو اختلاج ، أو عطاس بعد أن يتبين حيانه ، فانه يرث ، وبه قال الاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه .

الا ان من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ان المولود اذا خرج أكثره من الرحم وعلم حياته ، ثم خرج جميعه وهو ميت ، فانه يرث ويورث منه ، وكان مالك

لايورث المولود حتى يسمع صوته ، وهو مذهب النخعي .
 والمعتمد قول الشيخ ، واستدل عليه باجماع العرقة ، ومراده بالاختلاج هو
 الاختلاج الذي يعلم معه الحياة لا التقلص الطبيعي الذي لا يعلم معه الحياة .
 مسألة -٩٥- قال الشيخ : اذا مات ميت وخلف ورثة وامرأة حاملا ، فانه
 يوقف ميراث اثنين ويقسم الباقي ، وبه قال محمد بن الحسن ويؤخذ منهم ضمناً .
 وقال الشافعي ومالك : لايقسم الميراث حتى يضع ، الا أن يكون الحمل يدخل
 نقصاً على بعض الورثة ، فيدفع الى ذلك الوارث حقه معجلاً ويوقف الباقي . وكان
 أبو يوسف يقسم الميراث ويوقف نصيب واحد ويأخذ من الورثة ضمناً ، وهذا أيضاً
 جيد يجوز لنا أن نعتمده .

وكان شريك يوقف نصيب أربعة ، وهو قياس الشافعي . وروى ابن المبارك
 عن أبي حنيفة نحوه ، وروى اللؤلؤي عن أبي حنيفة أنه يوقف المال كله حتى يضع
 الحمل .

والمعتمد ان كان الوارث محجوباً كالأخوة ، لم يعطوا شيئاً حتى يظهر حال
 الحمل ، وان كانوا غير محجوبين بالحمل دفع الى من لاينقصه الحمل كمال ميراثه
 ومن ينقصه أقل ما يصيبه ، ويوقف له مع الاولاد نصيب ذكرين .

وأوجب الشيخ هنا الضمناً ، قال : لان العادة جرت بأن أكثر ماتلده المرأة
 اثنان وما زاد على ذلك شاذ خارج عن العادة ، ولتجوز ذلك أخذنا الضمناً ، وأكثر
 الاصحاب لم يشترط الضمناً ، وكلام الشيخ أحوط .

مسألة -٩٦- قال الشيخ : دية الجنين اذا تم خلقه مائة دينار ، واذا لم يتم فغرة
 عبداً وأمة ، وعند الفقهاء غرة عبداً وأمة على كل حال ، وهذه الدية ترثها المناسبين
 وغير المناسبين ، وبه قال جميع الفقهاء الا ربيعة قال : هذا العبد للام ، لانه قتل ولم
 ينفصل منها ، فكأنه أتلف عضواً منها .

والمعتمد أن دية الجنين اذا لم يلججه الروح توزع على أحواله ويأتي ذلك انشاء الله تعالى .

مسألة - ٩٧ - قال الشيخ : يرث الدية جميع الورثة ، سواء كانوا مناسبين أو غير مناسبين كالزوج والزوجة ، وبه قال جميع الفقهاء ، وعن علي عليه السلام روايتان احديهما مثل ماقلناه ، والثانية أن الدية للعصبة .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩٨ - قال الشيخ : يقضي من الدية الدين والوصايا ، وبه قال عامة الفقهاء ، الا أبا ثور فانه قال : لا يقضي منها الدين ولا الوصايا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ٣ .

مسألة - ٩٩ - قال الشيخ : يخص الولد الاكبر بثياب جلد الميت وسيفه ومصحفه دون باقي الورثة ، وخالف جميع الفقهاء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ^(١) ، ولقد استوفينا البحث في هذه المسألة في شرح الشرائع ، فمن أراده فليطلبه من هناك .

مسألة - ١٠٠ - قال الشيخ : اذا خلفت المرأة زوجاً ولاوارث لها سواه ، فالنصف له بالفرض والباقي له بالرد والزوجة الربع لها بلاخلاف والباقي لاصحابنا فيه روايتان : احديهما يرد عليهما كالزوج ، والثانية لبيت المال .

والمعتمد أنه يرد عليها في غيبة الامام ، وليت المال في حضوره ، وخالف جميع الفقهاء في المسألتين معاً ، وقالوا : الباقي لبيت المال .

مسألة - ١٠١ - قال الشيخ : لاترث المرأة من الرباع الدور والارضين شيئاً بل يقوم الطوب والخشب ويعطي حقها منه ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك وقالوا : بل ترث من جميع ذلك .

(١) تهذيب الاحكام ٢٧٥/٩ .

وأطلق الشيخ هنا منع المرأة ولم يقيد بغير ذات الولد ، كما أطلقه المفيد والمرضى ، وصرح ابن ادريس بحرمان ذات الولد كغير ذات الولد .
والمعتمد اختصاص الحرمان بغير ذات الولد ، وانما يحرم من رقبة الارض ويعطى من قيمة الاشجار والابنية ، وقد استوفينا هذه المسألة في شرح الشرائع فلتطلب من هناك .

مسألة - ١٠٢ - قال الشيخ : اذا تزوج رجل في حال مرضه ودخل ثم مات ورثته وان لم يدخل لآثرته .

وقال أبو حنيفة والشافعي وأهل البصرة : ترثه ولم يفصلوا . وقال مالك وأهل المدينة : لآثرته ولم يفصلوا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

قال العلامة في القواعد : ولو ماتت هي قبل الدخول ، ففي توريثه منها نظر قال : والمریضة كالصحيحة^(١) .

مسألة - ١٠٣ - قال الشيخ : المكاتب على ضربين : مشروط ومطلق ، فالمشروط بمنزلة الثمن ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يرث ، والمطلق يرث ويورث بقدر مات حر منه .
وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولم يفصلوا وعن ابن عباس اذا كتبت الصحيفة فهو حر ، وعن ابن مسعود اذا أدى ثلثاً أورباً فهو حر .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٠٤ - قال الشيخ : المعتقد بعرضه يرث ويورث بقدر ما فيه من الحرية ويمنع بقدر ما فيه من الرقبة ، وبه قال ابن أبي ليلى وعطا .

وقال مالك : ماله للمستمسك برقه ، وهو أحد قولي الشافعي .

(١) قواعد الاحكام ١٧٨/٢ .

وقال الشافعي : ماله كمال المكاتب يؤدي منه مكاتبته ، وان فضل منه شيء فهو لورثته ، ولا يورثونه مالم يكمل فيه الحرية ، وروي عن الشافعي أنه قال: يورث عنه بقدر ما فيه من الحرية ولا يرث . وقال الثوري وأبو يوسف ومحمد: المعتقد بعضه بمنزلة الحر في جميع أحكامه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ١٠٥- قال الشيخ: الأسير اذا علم حياته فانه يرث، واذا لم يعلم أحى هو أو ميت، فهو بمنزلة المفقود، وبه قال عامة الفقهاء، وروي عن سعيد بن المسيب أنه قال : لا يرث الأسير .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ١٠٦- قال الشيخ : لا يقسم مال المفقود حتى يعلم موته أو يمضي زمان لا يمكن أن يعيش مثله اليه بمجرد العادة ، وان مات من يرثه المفقود دفع الى كل وارث أقل ما يصيبه ويوقف الباقي حتى يعلم حاله ، وبه قال الشافعي، وقيل عن مالك نحو هذا .

وقال بعض أصحاب مالك : يضرب للمفقود سبعين سنة مع سنة يوم فقد ، فان علمت حياته والا قسم ماله. وقال بعض أصحابه : يضرب له مدة تسعين سنة وقال أبو يوسف : اذا مضى عليه مائة وعشرون سنة قسم ماله على ورثة الأحياء . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ١٠٧- قال الشيخ : ولاء الموالاة جائز عندنا، ومعناه أن يسلم رجل على يدرجل ويواليه فيصير مولاه ، وله أن ينقل ولائه الى غيره مالم يعقل عنه ، أو عن أحد من أولاده الذين كانوا صغاراً عند عقد الولاء ، وبه قال علي عليه السلام وأبو حنيفة وأصحابه .

وقال مالك والشافعي : لا ولاء الا للمعتق .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة ، وهذا الولاء هو ولاء يضمن الجريرة .

مسألة - ١٠٨ - قال الشيخ : حكم الرجل المجهول النسب حكم الذي يسلم على يد غيره اذا توالى اليه، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي: لا يجوز ذلك. والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠٩ - قال الشيخ : المعتق سائبة لولاء عليه، وله أن يوالي من شاء وبه قال مالك . وقال الشافعي وأهل العراق : ولاء لمعتقه . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١٠ - قال الشيخ : من أعتق عن غيره ، فان كان بأمره كان ولاءه للامر ، وان كان بغير أمره ، فان ولاءه لمعتقه دون المعتق عنه ، وبه قال الشافعي وأبو يوسف .

وقال أبو حنيفة: ولاءه للمعتق عنه ، أمر المعتق عنه أو لم يأمر، الا أن يأمره أن يعتق عنه بعوض ويرفع اليه العوض ، فان الولاء يكون له . وقال مالك : ولاءه للمعتق عنه على كل حال ، أمر أو لم يأمر . والمعتمد قول الشيخ ، جزم به العلامة في التحرير^(١).

مسألة - ١١١ - قال الشيخ : اذا مات المعتق وليس له مولى ، فميراثه لمن يتقرب الى مولاه من جهة أبيه دون أمه، الاقرب أولى من الابعد على تدريج ميراث المال .

وقال مالك والشافعي: ميراثه لاقرب عصبه مولاه . وكان شريح يورث الولاء كما يورث المال، فيقول اذا أعتق رجل عبداً ويموت ويخلف ابنين ويموت أحد الابنين ويخلف ابناً ، ثم يموت العبد المعتق ، فنصف المال لابن المولى ونصفه

(١) تحرير الاحكام ٢/١٦٩ .

لابن الابن، لانه ورث ذلك عن أبيه، وعلى قول الفقهاء يكون للابن لاغير، وكذا على مذهبنا، لانه أقرب .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة، وقوله **«الغلبا»** «الولاء لحمة كلحمه النسب»^(١).

مسألة - ١١٢ - قال الشيخ: اذا خلف المعتق أبا مولاه وابن مولاه، فلاب السدس والباقي لابن المولى .

وقال الشافعي ومالك وأهل العراق: الميراث للابن .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١٣ - قال الشيخ: اذا ترك جد مولاه وأخا مولاه، فالمال بينهما نصفين، وبه قال الاوزاعي والثوري وأحد قولي الشافعي، والقول الاخر للشافعي المال كله لاختي المولى .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١١٤ - قال الشيخ: اذا ترك ابن أخ مولاه وجد مولاه، فالمال لابن الاخ والجد، وعلى أحد قولي الشافعي ومالك المال لابن الاخ. وقال أبو حنيفة: المال للجد دون ابن الاخ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١٥ - قال الشيخ: الولاء لاتباع ولا توهب، وبه قال الفقهاء، وروي أن ميمونة وهبت ولاء سليمان بن بشار من ابن عباس، وروي أن ابن المسيب وعلته وعروة اختاروا بيع الولاء وهبته .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١١٦ - قال الشيخ: جدة الميت لا ترث مع ابنها، وبه قال الشافعي

(١) عوالى اللئالى ٣٠٧/٢ و ٥٠٧/٣ .

ومالك ، الا أن أصحابنا رويوا أنها تطعم السدس من نصيب ولدها طعمة دون الميراث وروي عن ابن مسعود وجماعة أنهم يورثون الجدة وابنها حي وهو أب الميت . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١١٧ - قال الشيخ : تورث من الجدات القربى دون البعدى من أي جهة كانت ، والمشهور عن زيد أنه ورث القربى اذا كانت من جهة الام ، وان كانت من جهة الاب أشرك بينهما في السدس ، وبه قال مالك والشافعي .

وروي عن ابن مسعود أنه ورث القربى والبعدى اذا كانتا من جهتين ، فان كانتا من جهة واحدة ورث أقربهما . وقيل : انه ورث القربى والبعدى من جميع الجهات وأجمعوا على أن الجدة يحجب أمهاتها فلا يرثن معها ، والجدة التي ورثها الصحابة هي التي لا يكون بينها وبين الميت أب بين امين اذا نسب اليه ، مثل ام أب الام . وعن ابن عباس أنه ورث ام أب الام . وكان مالك وأكثر أهل الحجاز لا يورثون أكثر من جدتين ام الام وام الاب وامهاتهما .

وكان الازاعي وابن حنبل لا يورثون أكثر من ثلاث جدات ام الام وام الاب وام جد الاب وورث سائر الفقهاء الجدات وان كثرن . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١٨ - قال الشيخ : انفرد ابن عباس بخمس مسائل : بطلان القول بالعلول وبه نقول ولم يجعل البنات مع الاخوات عصبه كما نقول ، ولم يحجب الام بدون الثلاثة من الاخوة ونحن نحجبها باثنين وقد مضى الخلاف فيه .

وانفرد ابن مسعود بخمس مسائل : كان يحجب الزوج والزوجة والام بالكفار والعيبد والقاتلين ، وروي عنه أنه أسقط الاخوات من الام بالولد المشترك والمملوك وروي عنه عدم الاسقاط ، وروي عنه أنه اسقط الجدة بالام المشتركة والمملوكة وروي أنه لم يسقطها .

وروى عن علي عليه السلام وزيد وفقهاء الامصار أنهم لا يحجبون الا بالحر المسلم غير القاتل، واذا استكمل الاخوات للام وأب الثلثين جعل الباقي للاخوة للاب دون أخواتهم ، واليه ذهب النخعي وأبو ثور .

وكان أكثر الصحابة وأكثر الفقهاء يجعلون الباقي بين الذكور والاناث، للذكر مثل حظ الانثيين ، وعندنا أن الباقي يرد على الاختين للاب والام وكان يقول في بنت وبنات ابن وبني ابن ، للبنت النصف ولبنات الابن الاضر بهن من المقاسمة والسدس والباقي لبني الابن، وكذلك في اخت لاب وام واخوة وأخوات لاب. وكان سائر الصحابة وفقهاء الامصار يجعلون الباقي بين الذكور والاناث للذكر مثل حظ الانثيين ، وقد مضى الخلاف فيه .

كتاب الوصايا

مسألة - ١- قال الشيخ: تصح الوصية للوارث، مثل الابن والابوين وغيرهم
وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : لاوصية لوارث .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم.
مسألة - ٢- قال الشيخ الاقارب الذين يرثون لكن معهم من يحجبهم ، مثل
الاخوة مع الاب ومع الولد، يستحب أن يوصى لهم وليس بواجب، وبه قال جميع
الفقهاء .

وقال قوم : انه واجب ، منهم الزهري وداود والضحاك .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣- قال الشيخ: اذا كان رجل له ابن وأوصى لاجنبي بمثل نصيب ابنه
كان ذلك وصية بنصف المال، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي . وقال مالك:
يكون وصية بجميع المال .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤- قال الشيخ : اذا قال أوصيت له بنصيب ابني كانت الوصية باطلة
وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يصح ويكون له جميع المال .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار العلامة في المختلف^(١) وابنه في شرح القواعد ، لانه أوصى بما يستحقه الغير ، فتكون الوصية باطلة ، كما لو أوصى بدار زيد، ولم يختر العلامة في القواعد والتحرير والارشاد شيئاً، بل قال احتمال الصحة والبطالان .

واعلم أنه على احتمال الصحة يكون بمنزلة من قال: له مثل نصيب ابني، نقله الشيخ في المبسوط^(٢) عن بعض اصحابه ، واختاره نجم الدين في الشرائع^(٣) . مسألة ٥-٥- قال الشيخ : اذا قال أوصيت له بضعف نصيب أحد ورثتي، فان عندنا يكون له مثلاً نصيب أقل ورثته ، لان الضعف مثلاً الشيء ، وبه قال جميع الفقهاء وأهل العلم . وقال أبو عبيدة : الضعف هو مثل الشيء . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٦-٦- قال الشيخ: اذا قال لفلان ضعفا نصيب أحد ورثتي يكون له ثلاثة أمثاله ، وبه قال جميع الفقهاء الا أبانور ، فانه قال : له أربعة أمثاله . قال الشيخ : ويقوى في نفسى مذهب أبي ثور ، لانا قد دللنا على أن ضعف الشيء مثلاً ، فاذا ثناه يجب أن يكون أربعة أمثاله . والمعتمد الاول ، لان ضعف الشيء ضم اليه مثله ، فاذا ثناه فكأنه ضم مثليه اليه ، وهو اختيار نجم الدين والعلامة .

مسألة ٧-٧- قال الشيخ: اذا قال لفلان جزء من مالي، فله السبع وقيل العشر . وقال الشافعي : ليس فيه شيء مقدر، والخيار الى الورثة يعطونه ما يقع عليه اسم ذلك .

(١) مختلف الشيعة ص ٥٣ ، باب الوصايا .

(٢) المبسوط ٤/٤ .

(٣) شرائع الاسلام ٢/٢٥٨ .

وبمذهب الشيخ هنا أفتى ابن ادريس والمفيد والسيد وسلاز وابن البراج والعلامة في القواعد والارشاد والتحرير ، وبالعشر أفتى الشيخ في التهذيب والاستبصار ، واختاره نجم الدين ، والعلامة في المختلف^(١) .

مسألة ٨ - قال الشيخ : اذا قال اعطوه كثيرا من مالي ، فانه يستحق ثمانين على مارواه أصحابنا في حد الكثرة .

وقال الشافعي مثل مقاله في المسألة الاولى ، وهو اختيار ابن ادريس والعلامة وابنه ، وهو المعتمد لاختصاص الثمانين بالندر .

مسألة ٩ - قال الشيخ : اذا قال لفلان سهم من مالي ، أو شيء من مالي كان له السدس .

وقال الشافعي : لا يتقدر بشيء . وقال أبو يوسف ومحمد : يدفع اليه مثل نصيب أقل الورثة اذا كان مثل الثلث أو دونه ، فان كان نصيب أقل الورثة أكثر فانه يعطى الثلث .

وعن أبي حنيفة روايتان : احديهما يعطى أقل الامرين من السدس ومن قدر نصيب أقل الورثة نصيباً ، والثانية اكثر الامرين منهما .

والمعتمد أنه ان أوصى له سهم فهو الثمن ، وان أوصى له بشيء فهو السدس .
مسألة ١٠ - قال الشيخ : لو أوصى لواحد بنصف ماله ، والآخر بثلث ماله ، والآخر بربع ماله ولم يجز الورثة ، أعطى الاول الثلث من التركة ، وسقط ما زاد عليه ويسقط الباقي ، ولو نسي من بدأ بذكره ، استعمل القرعة وأعطى ما ذكر له ، فان فضل كان لمن يليه في القرعة .

وقال الشافعي : هذه تعول من اثني عشر الى ثلاثة عشر ، لصاحب النصف ستة ، ولصاحب الثلث أربعة ، ولصاحب الربع ثلاثة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد

(١) مختلف الشيعة ص ٥٣ .

وأحمد ولم يفتلوا .

وقال أبو حنيفة : يقسط الزيادة على جميع المال ، ويكون الباقي على أحد عشر ، يكون لصاحب النصف الثلث أربعة ، ولصاحب الثلث أربعة ، ولصاحب الربع ثلاثة ، ووافق الشافعي اذا أجاز الورثة أنه يقسم على ثلاثة عشر . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١١ - قال الشيخ: اذا أوصى لرجل بكل ماله ولاخر بثلث ماله، فان بدأ بصاحب الكل وأجازت الورثة ، أخذ المال وسقط الاخر ، وان بدأ بصاحب الثلث وأجازت الورثة أخذ الثلث وأخذ الاخر الباقي، وان اشتبه استعمل القرعة وان لم يجز الورثة ، فان بدأ بصاحب الكل أخذ الثلث وسقط الاخر ، وان بدأ بصاحب الثلث أخذ الثلث وسقط الاخر ، وان اشتبه استخرج بالقرعة . وقال الشافعي: ان لم يجز الورثة، قسم الثلث بينهم على أربعة ثلاثة لصاحب الكل ، وواحد لصاحب الثلث .

وقال أبو حنيفة : يقسم بينهما نصفين ، وان أجازوا قسمه الشافعي على أربعة كما قسم الثلث مع عدم الاجازة . وعن أبي حنيفة روايتان : احديهما مثل قول الشافعي ، والاخرى لصاحب الثلث السدس والباقي لصاحب الكل . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : تصرف المريض فيما زاد على الثلث اذا لم يكن منجزاً لا يصح بلاخلاف، وان كان منجزاً مثل العتاق والهبة والمحابة، لاصحابنا فيه روايتان : احديهما أنه يصح ، والاخرى لا يصح ، وبه قال الشافعي وجميع الفقهاء ، ولم يذكروا فيه خلافاً ، وهذا هو المعتمد .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا أوصى بخدمت عبده أو بغلة داره، أو ثمره بستانه على التأبيد ، كان صحيحاً ، وبه قال عامة العلماء ، الا ابن أبي ليلى ، فانه

قال : هذه الوصية لا يصح ، لانها مجهولة .
والمعتمد الصحة .

مسألة -١٤- قال الشيخ : اذا أوصى لرجل بزيادة على الثلث في حال صحته أو مرضه ، وأجازها الورثة في الحال قبل موت الموصي ، صحت الوصية ، وبه قال عطاء والزهري وربيعة .

وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي وأحمد : هذه وصية باطلة . وقال مالك وابن أبي ليلى : الوصية في حالة الصحة لا يلزم ، وفي حال المرض يلزم .
وقال من أصحابنا ابن حمزة وابن الجنيد والعلامة في المختلف^(١) ونجم الدين في الشرائع^(٢) وابن فهد والمقداد بقول الشيخ . وقال المفيد وسالار وفخر الدين بعدم اللزوم .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا أوصى بثلث ماله في الرقاب ، فانه تصرف في المكاتبين والعبيد ، يشتركون ويعتقون .
وقال أبو حنيفة والشافعي : تصرف في المكاتبين . وقال مالك : يشتري بثلثه عبيد ويعتقون .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا قال اشترى بثلثي عبيداً وأعتقوهم ، ينبغي أن يشتري بالثلث ثلاثة فصاعداً ، لانه أقل الجمع ، ان بلغ الثلث قيمة الثلاثة ، وان لم يبلغ وبلغ اثنين وجزءاً من الثالث ، فانه يشتري اثنان ويعتقان ويعطيان بقية المال .

وللشافعي وجهان : أحدهما يشتري اثنان أعلاهما ثمانا ، والثاني أنه يشتري

(١) مختلف الشيعة ص ٥٢ ، الوصايا .

(٢) شرائع الاسلام ٢/٢٤٥ .

الاثنان وبعض الثالث . وهذا الوجه اختيار العلامة في القواعد^(١)، وهو المعتمد والشيخ استدل على مذهبه باجماع الفرقة .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ: اذا كان عليه حجة الاسلام ، فأوصى أن يحج عنه من ثلث ماله ، وأوصى بوصايا آخر ، قدم الحج على غيره من الوصايا . وللشافعي وجهان : أحدهما مثل ماقلناه ، والثاني يسوي بينه وبين الوصايا فان وفي الثلث بالكل فلا كلام ، وان كان ما يصيب الحج لا يكفيه ، تتم من رأس المال ، لان حجة الاسلام تجب من رأس المال ، استدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

واعلم أنه ان رتب الوصايا وبدأ بالحج ، فالمعتمد ما قاله الشيخ ، كما اذا قال : حجوا عني من ثلث مالي ، وتصدقوا بألف من ثلث مالي ، واعتقوا رقبة من ثلث مالي ، واعطوا زيدا كذا ، وان جمع الوصايا ، فان اشتمل على الجميع خبر واحد، كقوله : حجوا وتصدقوا واعتقوا عبداً من ثلث مالي، فهذه كالوصية الواحدة لا ترتيب بينها .

والمعتمد في هذه يأتي وجهي الشافعي ، ولو قال : حجوا وتصدقوا واعتقوا عبداً ولم يقل من ثلث مالي ، خبر شامل للجميع، فصار الكلام كله جملة واحدة لاشتمال خبر واحد عليه، وبهذا الضابط يحصل الفرق بين الوصايا المترتبة والمجموعة فاعرف ذلك .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ: اذا أوصى لرجل بشيء ، ثم مات الموصي، فانه ينتقل الى ملك الموصى له بوفاة الموصي .

وللشافعي ثلاثة أقوال : أحدها مثل ماقلناه ، والاخر ينتقل بشرطين الموت والقبول ، والثالث أنه مراعى ، فان قبل تبينا أنه انتقل اليه بوفاته ، وان رد تبينا

أنه انتقل الى ورثته بوفاته دون الموصى له .

واعلم أن مذهب الشيخ هنا أن الوصية تنتقل الى الموصى له بنفس موت الموصي ، ويدخل في ملك الموصى له قهراً كالميراث وان لم يقبل .
والمعتمد أن نقول : ان كانت لمن لا يمكن حصرهم ، كالفقراء والمساكين وبني هاشم مثلاً، أو لمسجد ، أو لمدرسة مثلاً ، انتقل الملك بنفس الموت، لعدم اعتبار القبول هنا . وان كانت لمعين لا ينتقل الا بالموت والقبول معاً ، لان القبول هنا معتبر ، هذا هو المشهور عند الاصحاب ، ولا يشترط القبول لفظاً ، بل يكفي الفعل الدال عليه ، نص عليه صاحب القواعد^(١).

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا قال رجل أوصيت بثلاث هذا العبد، أو بثلاث هذه الدار ، أو بثلاث هذا الثوب، وخرج ذلك من الثلاث صحت الوصية ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي .

وقال أبو ثور وأبو العباس بن سريج وزفر : على أن الوصية أنما تصح في ثلث ذلك الثلث .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا أوصى بثلاث ماله في سبيل الله ، فسبيل الله هم الغزاة المطوعة دون المرصدين للقتال الذين يستحقون أربعة أخماس الغنيمة وهو قول الشافعي .

وفي أصحابنا من قال: ان سبيل الله يدخل فيه جميع مصالح المسلمين، من بناء القناطر، وعمارة المساجد والمشاهد، والحج والعمرة، ونفقة الحاج والزوار وغير ذلك ، هذا هو المعتمد .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : اذا قبل الوصية ، فله ردها مادام الموصي باقياً ،

(١) قواعد الاحكام ٢٩١/١ .

فاذا مات فليس له ردها ، وبه قال أبو حنيفة ، الا أنه قال : ليس له ردها في حال الحياة ما لم يرددها في وجهه ، وبعد الوفاة ليس له ردها كما قلناه، الا أن يقرب بالمعجز أو بالخيانة كالوكالة .

وقال الشافعي : له ردها قبل الوفاة وبعدها .

والمعتمد أنه اذا قبل الوصية بالولاية لم يكن له ردها بعد الموت وقبل الموت له ردها بشرط أن يعلم الموصي الرد ، فان لم يعلم حتى مات بطل الرد ووجب على الوصي القيام بها ، فان امتنع جبره الحاكم على ذلك .

ولو لم يعلم بالوصية اليه الا بعد موت الموصي ، وجب القبول ما لم يكن عليه في ذلك ضرر، ويجبره الحاكم على القيام بها مع عدم الضرر ، ولا ينعزل بعد موت الموصي الا بالمعجز أو ظهور الخيانة ، فيعزله الحاكم ويقيم غيره ، وبعد الخيانة يصير ضامناً لما يتصرف به ، وان لم يعزله الحاكم ، لان الشرع قد عزله بنفس الخيانة .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : من أوصى له بأبيه ، يستحب له أن يتقبلها ولا يرد الوصية ، فان ردها لم يجبر على قبولها، وبه قال الشافعي . وقال قوم: يلزم قبولها. والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ: نكاح المريض يصح اذا دخل بها ، وان لم يدخل ومات من مرضه لم يصح النكاح .

واختلف الناس على أربعة مذاهب : قال الشافعي: نكاحه صحيح كنكاح غير المريض ، وينظر في المهر ، فان كان المسمى وفق مهر المثل ، فانها تستحق ذلك من أصل المال ، وان كان أكثر فقدر مهر المثل من رأس المال والزائد من الثلث ان كانت غير وارثة ، بأن تكون قاتلة أو ذمية، لانه تصح الوصية لها ، وان كانت وارثة، فانها لاتستحق الزيادة الا باجازة سائر الورثة، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه

وابن حنبل .

وقال ربيعة بن أبي عبد الرحمن : النكاح صحيح ، ولكن لاستحقاق الصداق

من الثلث .

وقال الزهري والاوزاعي : النكاح صحيح ، وتستحق المهر من أصل المال

الا أنها لا ترث . وقال مالك : النكاح باطل .

والمعتمد قول الشيخ ، واذا حصل الدخول فان كان المسمى بقدر مهر المثل

أو اقل كان من الاصل ، وان زاد فالزائد من الثلث ، ونكاح المريضة صحيح وان

لم يدخل ، لانه لو كان باطلا من أصله لما جاز الدخول بها ، وهو جائز بالاجماع

وانما يبطل بالموت في ذلك المرض ، فلو برأ من مرضه ، ثم مات قبل الدخول توارثا

وبه قال الشهيد .

مسألة -٢٤- قال الشيخ : اذا أوصى بثلثه لقرابته ، فمن أصحابنا من قال :

يدخل فيه كل من يتقرب اليه الى أخوات في الاسلام .

واختلف الناس في القرابة ، قال الشافعي : اذا أوصى لقرابته ولاقربائه والذي

رحمه ، فالحكم واحد ، فانها تنصرف الى المعروفين من أقاربه في العرف ، فيدخل

فيه كل من يعرف في العادة أنه من قرابته ، سواء كان وارثاً أو غير وارث . وهذا

قريب يقوي في نفسي ، وليس لأصحابنا فيها نص عن الائمة عليهم السلام .

وقال أبوحنيفة : يدخل فيه كل ذي رحم محرم ، ومن ليس بمحرم فلا يدخل

وان كان له رحم مثل بني الاعمام وغيرهم .

وقال مالك : هذه الوصية للوارث من الاقارب ، ومن ليس بوارث فلا يدخل فيها .

والمعتمد ما قواه الشيخ ، وهو مذهب الشافعي .

مسألة -٢٥- قال الشيخ : اذا أوصى لجيرانه ، فهو لمن يكون بينه وبين

داره أربعون ذراعاً من أربع جوانب ، وروى أربعون داراً .

وقال الشافعي : يفرق فيمن يكون بينه وبينه أربعون داراً من كل وجه .
وقال أبوحنيفة: جيرانه الجار الملاصق. وقال أبو يوسف: جيرانه أهل دربه
وقال محمد : أهل محلته . وقال ابن حنبل : أهل مسجده وجماعته ، ومن سمع
الاذان من مسجده ، وفي الناس من قال : من سمع الإقامة .
واستدل الشيخ باجماع الفرقة ورواياتهم ، وبقوله قال المفيد وابن حمزة
وابن زهرة وابن البراج وسلار وابن ادريس .
والمعتمد الرجوع الى العرف، وهو مذهب نجم الدين والعلامة. وهنا فروع
وتحقيقات ذكرناها في شرح الشرايع ، فلتطلب من هناك .
مسألة - ٢٦ - قال الشيخ: الوصية لاهل الذمة جائزة بلاخلاف، وفي أصحابنا
خاصة من قيدها اذا كان من قرابته ، ولم يشرط الفقهاء ذلك . فأما الحربي ، فانه
لاتصح الوصية له ، وبه قال أبوحنيفة . وقال الشافعي : تصح للحربي .
ومذهب الشيخ هنا هو المشهور عند أصحابنا، وهو اختيار ابن ادريس ونجم
الدين والعلامة، لانها نوع عطية، وهي جائزة للذمي، ومنع ابن البراج من الوصية
للذمي مطلقاً ، لتحريم مودة الكافر ، وظاهر سلار وأبي الصلاح الفرق بين الاجنبي
والرحم ، وهو قول المفيد أيضاً .
مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : يصح أن يوصي للقاتل ، وبه قال مالك وأهل
الحجاز ، وهو أحد قولي الشافعي ، والقول الاخر لا يصح ، وبه قال أبوحنيفة .
والمعتمد قول الشيخ ان كانت الوصية بعد فعل ما يوجب القتل ، وان كانت
الوصية قبل القتل ، ثم قتله بعدها منع من الوصية كمنعه من الميراث، وهو اختيار
العلامة في المختلف^(١) .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : اذا أوصى بثلث ماله لرجل ، ثم أوصى بثلث

(١) مختلف الشيعة ص ٥٩ ، باب الوصايا .

ماله لآخر ، كانت الوصية الثانية دافعة للاولى وناسخة لها ، وبه قال طاووس وعطاء وداود .

وقال الشافعي ومالك وأبو حنيفة وأصحابه : لا يكون رجوعاً ، وهو اختيار العلامة في المختلف^(١) ، وابنه في شرح القواعد ، لاصالة بقاء الاولى .
والوصية الثانية لاتنافيها ، لان مع اجازة الورثة يصح الوصيتان اجماعاً ، ولو كانت الثانية مبطللة للاولى لم يؤثر الاجازة شيئاً ، لانه لو أوصى لزيد بشيء ثم رجع عنه واجازت الورثة بعد الرجوع لم يؤثر الاجازة شيئاً ، لان الاجازة يتقيد لفعل الموصى لا ابتداء عطية .

ولما صححت الوصيتان مع الاجازة علمنا أن الاولى لم تبطل بالثانية ، فعلى هذا مع عدم الاجازة تبطل الثانية دون الاولى ، ولو ردها صاحب الاولى صححت الثانية ، وعلى القول الاول لو ردها صاحب الثانية صححت الاولى ، واستدل الشيخ باجماع الفرقة .

أما لو كانت الوصية بمعين ، مثل أن قال : العبد الفلاني مثلاً لزيد ، ثم أوصى به بعد ذلك لعمره ، فانه يكون رجوعاً قطعاً ، والشيخ حمل المطلق على المقيد .
مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : اذا ضرب الحامل الطلق ، كان ذلك مرضاً مخوفاً سواء كان ذلك قبل الطلق أو بعده أو معه .

وقال الشافعي : ما يضر بها قبل الطلق لا يكون مخوفاً ، وما يضر بها مع الطلق فعلى قولين ، وما يضر بها بعده فعلى ضربين .
وقال مالك : اذا بلغ الحمل ستة أشهر كان مخوفاً . وقال سعيد بن المسيب : الحمل من ابتدائه الى انتهائه حالة الخوف .

واعلم أن نجم الدين والعلامة لم يعدا ضرب الطلق من الامراض ، لتجرده

(١) مختلف الشيعة ص ٥٦ .

عن اسم المرض .

قال العلامة في القواعد : أما لومات الولد معها فهو مخوف^(١) ولا فرق عنده بين المرض المخوف وغيره ، بل كل مرض اتفق فيه الموت ، كانت الوصية فيه من الثلث ، سواء كان مخوفاً أو غير مخوف ، وهو المعتمد .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : اذا أعتق ثم حابا فى مرض الخوف ، كان ذلك من الثلث بلاخلاف ، ويقدم العتق على المحاباة ، وبه قال الشافعي السابق فالاسبق . وقال أبو حنيفة : يسوي بين العتق والمحاباة ، ووافقنا أنه اذا بدأ بالمحاباة ثم العتق يقدم الاول فالاول . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اذا جمع بين عطية منجزة وعطية مؤخره دفعة واحدة ولم يخرج من الثلث ، فانه يقدم المنجزة على المؤخره ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لاتقدم احديهما على الاخرى ويسوى بينهما ، لانه يعتبر كله من الثلث .

والمعتمد تقديم المنجزة على المؤخره ، وان تأخرت المنجزة عن المؤخره نص على ذلك صاحب الدروس وغيره .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : اذا أوصى لاهل بيته ، دخل فيه أولاده وآبائه وأجداده . وقال تغلب : لايدخل الاولاد فيه ، وهو الذي اختاره أصحاب الشافعي ، ولم يذكروا فيه خلافاً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وبقوله تعالى « انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت »^(٢) ولاخلاف انه كان فيهم الحسن والحسين

(١) قواعد الاحكام ١/٣٣٥ .

(٢) سورة الاحزاب : ٣٣ .

وفاطمة امهما عليهما السلام ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم لما جللهم بالعباء : « اللهم هؤلاء أهل بيتي »^(١) يدل على ذلك .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : اذا أوصى لعترته ، كان ذلك لذريته الذين هم أولاده وأولاد أولاده، كذلك قال تغلب وابن الأعرابي . وقال القتيبي : عترته عشيرته وحكى أصحاب الشافعي القولين معاً ، وضعفوا قول القتيبي ، واستدل الشيخ باجماع الفرقة .

ونقل ابن فهد عن العلامة في شرح خطبة المختصر أن عترة الرجل الأقرب إليه نسباً ، فعلى هذا يكون للأولاد دون أولادهم ، والمشهور قول الشيخ .
مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : اذا أوصى لمواليه وله موال من أعلى وموال من أسفل ولم يبين ، اشتركوا كلهم فيه .

وللشافعي ثلاثة أوجه : أحدها مثل ما قلناه ، والثاني لمواليه من أعلى ، والثالث تبطل فيهما معاً ، وهذا هو المعتمد .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : ولو أوصى لمواليه وله موال ولابيه موال ، كان مصروفاً الى مواليه دون موالي أبيه ، قال : ولم أجد لاحد من الفقهاء فيه نصاً ، والذي يقتضيه مذهبهم أن يكون مثل الاول سواء .

والمعتمد أنه لمواليه دون موالي أبيه ، واستدل الشيخ عليه باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : اذا أوصى لرجل بعبد له وله مال غائب ، فانه يسلم الى الموصى له ثلث العبد على كل حال ، وللشافعي وجهان : أحدهما مثل ما قلناه والثاني لا يسلم اليه .

وقال مالك : الورثة بالخيار ان شاءوا أجازوه ، وان شاءوا فسخوه ، ويصبر

(١) خبر متواتر بين الفريقين ، رواه جماعة من أعلام القوم .

حق الموصى له متعلقاً بجميع ماله ، قال : وهكذا اذا أوصى له بمال ناض وله عقار ، أو أوصى بعين وله دين ، أو أوصى بمال ناض وله غائب ، فان الورثة يتخيرون بين الفسخ والاجازة ، واذا فسخوا تعلق حق الموصى له في جميع ماله . والمعتمد قول الشيخ ، ثم ان حصل من الغائب شيء ملك من العبد بقدر ثلثه . مسألة ٣٧- قال الشيخ : لا يجوز للمملوك أن يكون وصياً ، سواء كان عبد الموصى أو عبد غيره وسواء كان في الورثة كباراً أو لم يكن ، وبه قال الشافعي ومحمد وأبو يوسف . وقال مالك : يجوز أن يكون وصياً على كل حال . وقال الاوزاعي وابن شبرمة : ان كانت الوصية الى عبد نفسه فانه يجوز ، وان كان الى عبد غيره فلا يجوز . وقال أبو حنيفة : الوصية الى عبد غيره لا يصح ، والى عبد نفسه فان كان في الورثة كبار فلا تصح ، والاصححت .

والمعتمد صحة الوصية الى عبد الغير مع اجازة مالكة لا بدون الاجازة ، ولا تصح الى عبد نفسه ، لتعذر اجازة المالك بعد الموت لكونهم اطفالاً ، وحكم المدير والمكاتب والمعتمق بعضه وام الولد حكم القن ، وجوز المفيد الوصية الى المدير والمكاتب وهو ضعيف .

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : يجوز أن تكون المرأة وصياً ، وبه قال جميع الفقهاء الا عطاء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٣٩ - قال الشيخ : اذا أوصى الى رجلين ، فلا يخلو من ثلاثة أحوال : أحدها أن يوصى اليهما على الاجتماع والانفراد . والثاني أن يوصى اليهما على الاجتماع وينهاهما عن الانفراد . والثالث أن يطلق .

فالاول متى انفرد أحدهما بالتصرف جاز ، وان اجتمعا جاز ، وان تغير حال أحدهما بمرض أو كبير ، أقام الحاكم أميناً يقوى يده ويكون الوصى كما كان ، وان

مات أحدهما فليس للحاكم أن ينصب وصياً آخر ، لان للميت وصياً .
والثاني أن ينهيهما عن الانفراد ، فمتى انفرد أحدهما لم يصح ، وان تغير حال
أحدهما ، فليس للذي لم يتغير أن يفرد بالتصرف ، وللحاكم أن يضم الى الباقي
آخر ، واذا رأى الحاكم أن يفوض الامر الى الذي بقي هل له ذلك أم لا ؟ على
وجهين ، فان تغير حالهما معاً ، فعلى الحاكم أن يقيم رجلين مقامهما ، وهل له أن
يقيم واحداً ؟ على وجهين ، وهذا الفصلان لاخلاف فيهما .

والثالث اذا اطلق ، فالحكم فيه كالحكم في الثاني في جميع الوجوه ، وبه
قال الشافعي . وقال أبو يوسف : يجوز الانفراد مع الاطلاق .

وقال أبو حنيفة ومحمد : القياس يوجب أن لايجوز أن يفرد أحدهما بالتصرف
لكن جوزنا في خمسة أشياء أن يفرد كل واحد منهما بالتصرف استحساناً : شراء
الكفن ، وحفر القبر والدفن ، وتفرقة الثلث ، وقضاء الديون ، ورد الوديعة ،
والنفقة على عياله مثل الطعام . أما الكسوة ، فوافقنا أنه لايجوز أن يفرد أحدهما .
والمعتمد أنه ان اطلق أو شرط الاجتماع ، لم يجز لاحدهما الانفراد ، بل
يجب عليهما التشاور في كل تصرف ، فان تشاحا لم ينفذ ما تصرف به أحدهما
منفرداً الا ما لا بد منه ، كاكل اليتيم وكسوته .

قال العلامة في القواعد : ويحتمل عندي مع نهي الموصي عن التفرد بضمين
المنفق ، ويحمل قول علمائنا على ما اذا أطلق ، فانه يفرد بالانفاق خاصة^(١) .

وهذا لا بأس به ، ويجبرهما الحاكم على الاجتماع ، فان تعذر استبدل بهما
واذا مات أحدهما أوفسق وجب ضم آخر الى الباقي ، ولايجوز تفويض الامر اليه
لان الموصي لم يرض برأيه منفرداً . أما لوماتا أو فسقا ، فانه يجوز نصب واحد
بدلها .

(١) قواعد الاحكام ١/٢٩٥ .

والفرق أن في الصورة الاولى الباقي منهما منصوب الموصي، وهو لم يرص برأيه وحده، وفي الثانية قد انتطح نظر الموصي وصار النظر الى الحاكم، فله نصب ما شاء، وهو اختيار الشهيد، والاحوط نصب اثنين ان تبرعا أو أحدهما والا كان الواحد أولى .

مسألة - ٤٠ - قال الشيخ : لا يجوز أن يوصي السى أجنبي أن يتولى أمر أولاده مع وجود أبيه، ومتى فعل لم تصح الوصية، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يصح ذلك .

والمشهور بين الاصحاب قول الشيخ، نعم له نصيب غيره في أداء الحقوق وقول الشيخ مشكل مع فسق الاب، ولو قيل تجوز الوصية الى الاجنبي العدل مع فسق الاب لكان حسناً .

مسألة - ٤١ - قال الشيخ : الام لاتلي على أولادها الابوصية من أبيهم، وبه قال الشافعي وأكثر أصحابه .

وقال أبو سعيد الاصطخري : هي تلي أمرهم بنفسها من غير وصية أبيهم .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٢ - قال الشيخ : اذا أوصى اليه بجهة، مثل أن يوصي اليه بفرقة ثلثه أو رد وداعه، فليس له أن يتصرف بغير ذلك، وبه قال الشافعي ومحمد وأبو يوسف .

وقال أبو حنيفة : اذا أوصى اليه بجهة من الجهات له أن يتصرف بجميع الجهات .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٣ - قال الشيخ : اذا أوصى الى غيره وأطلق ولم يقل فاذا مت أنت فوصي فلان، ولاقال من أوصيت اليه فهو وصيي، فلاصحابنا فيه قولان : المروي

أن له أن يوصى الى غيره ، وبه قال ابو حنيفة وأصحابه ومالك .

قال أبو حنيفة : ولو أوصى هذا الوصي الى رجل في أطفال نفسه ، كان هذا الوصي الثاني وصياً في أطفال الموصي الاول ، لان عنده الوصية لاتتبعض ، وهذا لانقوله نحن .

وقال بعض أصحابنا : ليس له أن يوصى ، فاذا مات أقام الناظر في أمر المسلمين من ينظر في تلك الوصية ، وبه قال الشافعي وأحمد ، وهذا هو المعتمد ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة - ٤٤ - قال الشيخ : اذا أوصى اليه ، وقال من أوصيت اليه فهو وصيي فهذه وصية صحيحة .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل ما قلناه ، وبه قال أبو حنيفة ومالك . والثاني لا يصح .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٥ - قال الشيخ : اذا أوصى بعبد نفسه صحت الوصية ، وقوم العبد واعتق ان كان ثمنه أقل من الثلث ، وان كان ثمنه أكثر من الثلث استسعى فيما يبقى للورثة . وقال جميع الفقهاء : لاتجوز الوصية لعبد نفسه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٤٦ - قال الشيخ : لاتصح الوصية لعبد الغير . وقال جميع الفقهاء : تصح . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٤٧ - قال الشيخ : اذا أوصى بثلث ماله ، اعتبر حال الموت لاحال الوصية ، وبه قال الشافعي نصاً ، وقال بعض أصحابه : يعتبر حال الوصية . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٨ - قال الشيخ : الوصية للميت باطلة ، سواء علم موته أو ظن أنه

حي ثم ظهر موته ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال مالك : ان ظن أنه حي ، فاوصى له فبان أنه ميت ، فالوصية لا تصح ،
وان علم موته ثم أوصى له ، فانه تصح ويكون لورثته .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٩ - قال الشيخ : من ليس له وارث قرب أو بعد ولا مولى نعمة ، فانه
لا يصح أن يوصى بجميع ماله ، ولا يوصى أكثر من الثلث ، وبه قال مالك والشافعي .
وقال أبو حنيفة وأصحابه : له أن يوصى بجميع ماله ، وروي ذلك في أحاديثنا .
والمعتمد قول الشيخ .

كتاب الوديعة

مسألة - ١ - قال الشيخ : ليس للمستودع أن يسافر بالوديعة، سواء كان الطريق مخوفاً أو آمناً، وسواء كانت المسافة بعيدة أو قريبة مع الاختيار، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : ان كان الطريق مخوفاً ، فليس له أن يسافر بها ، وان كان آمناً كان له ذلك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : اذا شرط في الوديعة أن تكون مضمونة، كان الشرط باطلاً ولا نصير مضمونة بالشرط، وبه قال جميع الفقهاء الا عبد الله بن الحسن العنبري فانه قال : لاتصير مضمونة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا أودع المستودع الوديعة عند غيره ضمن، سواء أودع زوجته أو من يعوله أو غيرهما ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : ان أودع زوجته لم يضمن ، وان أودع غيرها ضمن .

وقال أبو حنيفة : ان أودعها عند من يعوله لم يضمن، وان أودعها غيره ضمن .
والمعتمد قول الشيخ ، لان صاحبها لم يؤتمن عليها غيره ، فاذا أودعها عند

غيره يكون قد تعدى بها ، فيصير ضامناً .

مسألة ٤- قال الشيخ : اذا تعدى في الودیعة فضمنها ، لا تبرىء بردها الى الحرز ، وانما تبرىء بردها الى صاحبها أو حدوث استیمان آخر مجدد ، وبه قال الشافعي . وقال مالك وأبو حنيفة : تبرىء بردها الى حرزها .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٥- قال الشيخ : اذا قال له رب الودیعة بعد أن تعدى فيها وضمنها : أبرأتك من ضمانها وجعلتها أمانة عندك واثمنتك على حفظها ، فانه يزول ضمانها . وظاهر مذهب الشافعي أنه لا يزول الضمان بالبراء ، وفي أصحابه من قال : يزول ضمانه .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الضمان حق للمالك ، فله اسقاطه متى شاء .

مسألة ٦- قال الشيخ : اذا أخرج الودیعة لمنفعة نفسه ، مثل أن كان ثوباً فأراد أن يلبسه ، أو دابة فأراد أن يركبها ، فانه يضمن بنفسه الاخراج ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يضمن بالاخراج ، بل بالانتفاع مثل أن يلبس أو يركب .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٧- قال الشيخ : اذا نوى أن يتعدى لا يضمن بنفس النية حتى يتعدى . واختلف أصحاب الشافعي ، فقال بعضهم : لا يضمن بالنية ، وقال أبو العباس : يضمن .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٨- قال الشيخ : اذا أودع غيره حيواناً ولم يأمره بسقيه ولا بعلفه ولانها ، لزمه الانفاق عليه وسقيه ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يلزمه ذلك .
والمعتمد قول الشيخ ، ويرجع بقيمة العلف وأجرة السعي على المالك ولو

اشترى الماء رجع بقيمته .

مسألة -٩- قال الشيخ : اذا أودعه وديعة وقال له : ادفعها الى فلان أمانة ، فادعى المودع الدفع اليه وأنكر المودع ، فالقول قول المودع ، وبه قال أبو حنيفة .
والشافعي وجهان : أحدهما اذا قال يلزمه الاشهاد ولم يشهد يكون مفراطاً ، وان قال لا يلزمه الاشهاد يكون القول قوله ، لانه أمين ، وهذا هو المعتمد .

مسألة -١٠- قال الشيخ : اذا أودعه صندوقاً فيه مال ، وقال : لا ترقد عليه ولا تقفله ، فنام عليه أو قفله ، فانه لا يكون ضامناً ، وبه قال الشافعي وأكثر أصحابه ومنهم من قال : يضمن ، وبه قال مالك ، لانه نبه عليه اللصوص بأن فيه مالا .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه بالغ في الحفظ ، وما قالوه من تنبيه اللصوص باطل لانه لو صرح وقال فيه مال ، فانه لا يضمن ، فعدم الضمان مع التنبيه أولى .

مسألة -١١- قال الشيخ : اذا خلط الوديعة بماله خلطاً لا يتميز ، فانه يضمن سواء خلطها بمثلها أو أرفع أو أدون ، وبه قال أبو حنيفة وأهل العراق .
وقال مالك : لا يضمن الامع الخلط بالادون .

والمعتمد قول الشيخ ، لحصول التعدي ، لانه لا يمكنه أخذ ماله بعينه .

مسألة -١٢- قال الشيخ : اذا أودعه دراهم أو دنانير ، فأنفقها المودع ، ثم رد مكانها غيرها لم يزل الضمان ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : يزول الضمان .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٣- قال الشيخ : اذا كانت عنده وديعة فادعاها نفسان ، فقال المودع : هي لاحدهما ولا أعلم صاحبها بعينه ، وادعى كل واحد منهما علمه بذلك ، لزمه يمين واحدة أنه لا يعلم لايهما هي ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يحلف لكل واحد منهما يميناً .

والمعتمد قول الشيخ، وهو اختيار العلامة في القواعد والمختلف^(١)، واختار في التحرير مذهب أبي حنيفة، واختاره الشيخ في المبسوط^(٢) أيضاً .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا حلف وأخرجت الوديعه من يده وبذل كل واحد من المتداعيين اليمين اليها له اقرع بينهما، فمن خرج اسمه احلف وسلمت اليه ، أو يقسم بينهما نصفين .

وللشافعي قولان: أحدهما يقسم بينهما نصفين ، والاخر يوقف حتى يصطلحا . استدل الشيخ باجماع الفرقة على أن كل أمر مشكل فيه القرعة .

قال العلامة في المختلف : قوى في المبسوط ابقاءها في يده ، ويشعر قوله في الخلاف أنها تنزع . والوجه الامر في ذلك الى الحاكم^(٣) . هذا اخر كلامه . ولم يختر في التحرير شيئاً ، بل ذكر أنه يحتمل القرعة ، ويحتمل القسمة بينهما ولم يذكر في القواعد الحكم بعد يمين المستودع، وقال ابن الجنيد : يوقف حتى يصطلحا ، أو يقوم بها بينة لاحدهما .

وقول الشيخ هنا قوي ، ولا بأس بقول ابن الجنيد .

(١) مختلف الشيعة ص ٢٦٨ كتاب الامانات .

(٢) المبسوط ١٤٩/٤ .

(٣) مختلف الشيعة ص ٢٦٨ .

كتاب الفيء وقسمة الغنيمة

مسألة - ١ - قال الشيخ : ما يؤخذ بالسيف قهراً من المشركين تسمى غنيمة
بلاخلاف ، وعندنا أن ما يستفيده الانسان من أرباح التجارات والمكاسب والصنایع
يدخل أيضاً فيه ، وخالف جميع الفقهاء .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : الفيء كان لرسول الله ﷺ خاصة ، وهو لمن يقوم
مقامه من الائمة ﷺ .

وقال الشافعي : كان الفيء يقسم على عهد رسول الله ﷺ على خمسة وعشرين
سهماً : أربعة أخماس للنبي ﷺ ، وذلك عشرون سهماً ، وله أيضاً خمس ما بقي
يكون أحد وعشرين سهماً تبقى أربعة أسهم بين ذي القربى واليتامى والمساكين
وابن السبيل .

وقال أبو حنيفة : الفيء كله وخمس الغنيمة يقسم على ثلاثة ، لانه كان يقسم
على خمسة ، فلما مات رسول الله ﷺ رجع سهم النبي ﷺ وسهم ذي القربى
الى أصل السهمان ، فصار تقسم على ثلاثة .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : حكم الفيء بعد النبي ﷺ حكمه في أيامه في أنه خاص لمن قام مقامه .

وللشافعي في أربعة أخماسه وخمس الخمس الذي هو حقه قولان : أحدهما يكون للمقاتلة ، والثاني يكون للمصالح ويبدأ بالاهم فالاهم ، وأهم الامور الغزاة والمرابطون وخمس خمس الغنيمة في مصالح المسلمين قولاً واحداً .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : ما كان للنبي ﷺ ينتقل الى ورثته ، وهو موروث وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وبالآيات^(١) الدالة على توريث الانبياء .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : كان للنبي عليه السلام من خمس الغنيمة سهم الله وسهم رسوله وسهم ذى القربى ثلاثة من ستة . وقال الفقهاء : له سهم من خمسة .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : ما كان للنبي ﷺ من الصفايا قبل القسمة ، فهو لمن قام مقامه . وقال الفقهاء : ان ذلك يبطل بموته .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : ما يؤخذ من الجزية والصلح والخراج وميراث من لا وارث له ومال المرتد لا يخمس ، بل هو لجهالة المستحقة لها ، وبه قال عامة الفقهاء .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل ما قلناه ، والاخر ذكره في الجديد أنه يخمس ، وهو الصحيح عندهم .

(١) راجع سورة النمل : ١٦ ومريم : ٦ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : السلب لا يستحقه القاتل الا أن يشترط له الامام ،
وبه قال أبو حنيفة ومالك .

وقال الشافعي : هو للقاتل وان لم يشترط له الامام ، وبه قال أحمد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا شرط له الامام السلب ، لا يحسب عليه من الخمس
ولا يخمس .

وقال أبو حنيفة : يحسب عليه من الخمس . وقال الشافعي : لا يخمس . وقال
ابن عباس : يخمس السلب قليلا كان أو كثيراً . وقيل : ان كان قليلا لا يخمس ،
وان كان كثيراً خمس .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا شرط الامام السلب اذا قتل ، فانه متى قتله استحق
سلبه على أي حالة قتله .

وقال الشافعي وباقي الفقهاء : السلب لا يستحقه الا بشروط ثلاثة : أحدها أن
يقتله مقبلا والحرب قائمة ، ولا يقتله منهزماً أو قد انقضت الحرب . والثاني أن لا
يكون مشخنا بالجراح . والثالث لا بد أن يغرر بنفسه ، فلو رمى سهماً من صف
المسلمين الى صف المشركين فقتل مشركاً ، فلا يستحق سلبه لعدم التعزيز ، وهذا
اختيار العلامة .

وزاد في القواعد^(١) اشتراط كون القاتل غير كافر ولا مخذل ، وأن لا يكون
القتل محرماً ، فلو قتل امرأة فلا يستحق سلباً ، وهذا هو المعتمد .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا أخذ أسيراً ، كان الامام مخبراً بين قتله والمن

(١) قواعد الاحكام ١٠٧/١ .

عليه واسترقاقه ومفادته ، فاذا فعل ذلك كان سلبه وثمانه ان استرقه ، وفداه ان فداه من الغنيمة ولا يكون للذي أسره .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والآخر للذي أسره .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : يجوز للامام أن ينفل بلاخلاف ، وانما ينفل مما يخصه من الفيء ومن جملة الغنيمة .

وقال الشافعي : ينفل من سهم النبي ، وهو خمس الخمس .
والمعتمد قول الشيخ ، لما روي أن النبي ﷺ جعل في البدأة الربح ، وفي الرجعة الثلث ، وذلك أكثر من خمس الخمس بلاخلاف .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : يجوز للامام أن يقول قبل لقاء العدو : من أخذ شيئاً من الغنيمة فهو له ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحد قولي الشافعي ، والآخر أنه لا يجوز .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الامام عندنا معصوم ، فاذا فعل شيئاً كان جائزاً .
مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا دخل قوم دار الحرب ، أو قاتلوا بغير اذن الامام وغنموا شيئاً ، كان ذلك كله للامام ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : الاسير على ضربين : أسير يؤخذ قبل أن تضع الحرب أوزارها ، والامام مخير فيه بين أن يقتله أو يقطع يديه ورجليه ويتركه حتى ينزف . وأسير يؤخذ بعد أن تضع الحرب أوزارها ، والامام مخير فيه بين المن والفداء والاسترقاق .

وقال الشافعي : هو مخير بين أربعة أشياء ، وأضاف القتل الى الثلاثة التي ذكرها الشيخ ، ولم يفصل قبل أن تضع الحرب أو بعد أن تضع .

وقال أبو حنيفة : هو مخير بين القتل والاسترقاق دون المن والمفاداة . وقال أبو يوسف ومحمد: هو مخير بين القتل والاسترقاق والمفاداة بالرجال دون المال وأجمع أهل العراق على أن المفاداة بالمال لا تجوز . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم على جواز المفاداة بالمال والرجال ، وعلى ما اختاره من التفصيل .

مسألة -١٦- قال الشيخ: ما لا ينقل ولا يحول من الدور والعقارات والارضين عندنا يؤخذ منه الخمس لأهله والباقي للمسلمين ، من حضر القتال ومن لم يحضر فيصرف ارتفاعه الى مصالحهم ، وعند الشافعي أن حكمه حكم ما ينقل ويحول . وقال أبو ثور : الامام مخير بين أن يقسمه على الغانمين ، وبين أن يقفه على المسلمين ، وهو مذهب الثوري . وقال أبو حنيفة وأصحابه : الامام مخير بين ثلاثة أشياء: بين أن يقسمه على الغانمين وبين أن يقفه على المسلمين ، وبين أن يقر أهلها عليهم ويضرب عليهم الجزية باسم الخراج ، فان شاء أقر الذين كانوا فيها ، وان شاء أخرجهم وجاء بقوم غيرهم من المشركين . وقال مالك: يصير ذلك وفقاً على المسلمين بنفس الاستغنام ، ولا يفتقر الى وقف الامام ، ولا يجوز بيعه ولا شراؤه . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة -١٧- قال الشيخ : سواد العراق ما بين الموصل وعبادان طولا ، وما بين حلوان والقادسية عرضاً ، فتحت عنوة فهي للمسلمين قاطبة على ما قدمنا القول فيه . وقال الشافعي: كانت غنيمة للغانمين ، فقسمها عمر بين الغانمين ثم اشتراها منهم ووقفها على المسلمين ثم أجرها منهم ، وهذا الخراج هو أجرة . وقال أبو حنيفة : هذه الارضون أقرها عمر في يد أهلها المشركين ، وضرب عليهم الجزية باسم الخراج ، فهذا الخراج هو تلك الجزية ، وعنده لا يسقط ذلك بالاسلام . وقال مالك : صارت وفقاً بنفس الاستغنام .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : الصبيان يسهم مع الرجال، وبه قال الاوزاعي، وكذا من يولد قبل القسمة . وأما النساء والكفار والعبيد، فلا يسهم لهم، وان شاء الامام أن يرضخ لهم فعل، وعند الشافعي أنه يرضخ للصبيان أيضاً . وقال الاوزاعي يسهم للنساء والكفار .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة - ١٩ - قال الشيخ: من يرضخ لهم من العبيد والنساء والكفار عندنا، والصبيان أيضاً عند الشافعي انما يرضخ لهم من أصل الغنيمة قبل الخمس . وللشافعي ثلاثة أقوال: أحدها مثل قولنا ، والثاني من أربعة أخماس المقاتلة والثالث من خمس الخمس سهم النبي ﷺ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ: للراجل سهم، ولل فارس سهمان سهم له وسهم لفرسه وبه قال أبو حنيفة ، ومن أصحابنا من قال : للفارس ثلاثة سهم له وسهمان لفرسه، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد .

والمعتمد القول الاول .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ: يسهم لاي فرس كان، عربياً كان أو عجمياً ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي: يسهم له سهمان على اختلاف أنواعه . وقال الاوزاعي: ان كان عربياً فله سهمان ، وان كان عجمياً فلا يسهم له وان كان هجيناً أو مقرفاً فله سهم واحد .

وقال ابن حنبل : يسهم للعربي سهمان ، ولماعداه سهم .

(١) تهذيب الاحكام ١٤٨/٦ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ: اذا كان مع الرجل أفراس، أسهم لفرسين منها ولا يسهم لما زاد ، وبه قال أحمد والأوزاعي .

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : لا يسهم الا لفرس واحد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : اذا قاتل على فرس مغضوب لم يسهم له .

وقال الشافعي : يسهم له ، ومن يستحق سهمه فيه قولان : أحدهما للفارس ،

والثاني للمغضوب منه .

والمعتمد ان كان صاحب الفرس حاضراً كان السهم له ، وان لم يكن حاضراً

لم يسهم للفارس وعلى الغاصب أجرة الفرس ، فان كان صاحب الفرس حاضراً وأخذ

السهم احتسب الاجرة من السهم ، فان قصر السهم عن الاجرة وجب الاكمال قاله

صاحب القواعد^(٢) .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ: لا ينبغي للامام أن يترك فرساً حطماً وهو المنكس

ولا قحماً وهو الذي لا يمكن القتال عليه لكبره ، ولا ضعيفاً ، ولا ضرعاً وهو الذي

لا يمكن القتال عليه لصغره ، ولا أعرج وهو المهزول ، ولا رازحاً وهو الذي

لا حراك به أن يدخل دار الحرب للقتال عليه، فان دخل وقاتل عليه أو لم يقاتل فانه

يسهم له .

وللشافعي قولان : أحدهما يسهم ، والآخر لا يسهم .

والمعتمد قول الشيخ ، لعموم الاخبار .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ: اذا دخل دار الحرب راجلاً، ثم وجد فرساً، فكان

(١) تهذيب الاحكام ١٤٧/٦ .

(٢) قواعد الاحكام ١٠٨/١ .

عند تقضي الحرب فارساً اسهم له ، وان دخلها فارساً وعند تقضي الحرب كان راجلا ، فان باعه أو وهبه أو آجره لم يسهم له ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : اذا دخل الدار فارساً اسهم له ، وان خرجت الدابة من يده بأي وجه كان وان دخلها راجلا لم يسهم له . وان صار عند تقضي الحرب فارساً فالاعتبار عنده بدخول الدار ، وعندنا وعند الشافعي بحال الحرب .

والمعتمد قول صاحب القواعد ، قال : والاعتبار بكونه فارساً عند الحيابة التي القسمة ، فلو دخل المعركة راجلا ، فملك بعد انقضاء الحرب فارساً قبل القسمة اسهم لها ، ولو قاتل فارساً ثم نفقت فرسه أو باعها أو أخذها المشركون بعد الحيابة قبل القسمة لم يسهم له^(١) .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : اذا دخل الصحيح دار الحرب مجاهداً ، ثم مرض فانه يسهم له ، سواء أخرجه المرض عن كونه مجاهداً أو لم يخرججه ، وهو نص الشافعي .

وقال قوم من أصحابه : ان أخرجه المرض عن كونه مجاهداً كالأغماء وغير ذلك فانه لا يسهم له ، وان لم يخرججه كالصداع والحمى فانه يسهم له . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة على أن كل من حضر القتال أسهم له على كل حال .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : اذا استأجر الرجل أجيراً ودخلا دار الحرب اسهم للاجير سواء كانت اجارة في الذمة أو معينة ، ويستحق مع ذلك الاجرة .

وقال أبو حنيفة : ان قاتل اسهم له ، وان لم يقاتل لم يسهم له . وقال أصحاب الشافعي : ان كانت الاجارة في الذمة اسهم له ، وان كانت معينة فيه ثلاثة أقوال : أحدها مثل ما قلنا ، والثاني لا يسهم له كالعبد ، والثالث أنه مخير بين فسخ الاجارة

زمان الجهاد ويسهم له ولا يستحق أجره ، وبين الإقامة على الاجارة ولا يسهم له .
والمعتمد قول الشيخ ، لان السهم يستحق بالحضور ، والاجرة يستحق بالعمل
وقد عمل هذا استدلاله .

مسألة -٢٨- قال الشيخ: اذا انفلت أسير من يدي المشركين ولحق المسلمين
بعد تقضي القتال وحيازة المال قبل القسمة ، فانه يسهم له ، وعند الشافعي لا يسهم له
وفصل العلامة في المختلف قال : والاقرب عندي أن الاسير ان لحق بالمسلمين
طلباً للمعاونة استحق السهم اذالحق قبل القسمة ، وان لحق للاحتفاظ لا للمقاتلة
لم يستحق لانه ليس بمجاهد ولاحضر للجهاد^(١) ولا بأس بهذا التفصيل .

قال الشيخ : دليلنا اجماع الفرقة على ان من يجيئهم مدداً قبل القسمة يسهم
له وهذا منهم . وهو موافق لتفصيل العلامة ، لان الممدد هو المعاون .
واذا لحق بهم بعد تقضي الحرب وقبل حيازة المال ، قال الشيخ: عندنا يسهم
له ، وللشافعي قولان : أحدهما يسهم ، والاخر لا يسهم . وقال أبو حنيفة : ان قاتل
اسهم له والا فلا .

والمعتمد تفصيل صاحب المختلف المذكور .

مسألة -٢٩- قال الشيخ : تجار العسكر من الخباز والطباخ والبيطار وأمثالهم
ممن حضر للجهاد لا يسهم لهم .

وقال أبو حنيفة : ان قاتل اسهم له ، وكذا نقول نحن . وان لم يقاتل لم
يسهم له .

وللشافعي قولان : أحدهما لا يسهم لهم ، والثاني يسهم لهم لانهم حضروا ،
والغنيمة بالحضور . وهذا أيضاً قوي اذا اعتبرنا الحضور لاغير في استحقاق
السهم .

(١) مختلف الشيعة ص ١٥٨ كتاب الجهاد .

والمعمءء التفصفل المءكوء؁ وهو اءءفار العلامء فف القواعء^(١) والمءءلف. مسألة - ٣٠ - قال الشفء: اذا لءق الغانمفن مءء قبل قسمة الغنفة شار كوءم. وقال أبو ءنفة : اذا لءق الغانمفن المءء بعء تقضف القءال وءفازة المال فشر كوئفم؁ الافف ءلاءة مواضع: أءءما أن فلءقوا بهم بعء الغنفة فف ءار الءرب لأن عءءه لا فءوز القسمة فف ءار الءرب الا انه اذا فعل صءء؁ والءانف اذا لءقوا بعء أن باع الامام الغنفة الءالء؁ أن فلءقوا بعء رءوع الغانمفن الى ءار الاسلام. والمعمءء قول الشفء.

مسألة - ٣١ - قال الشفء: اذا أءرء الامام ءفشاً الى ءهة من الءهء وأمر علفها أمفر؁ أو رأى الامفر المصلءة أن فءءم سرفة الى العءو فقءمها فغنمء السرفة فان الءفء فشارك السرفة فف ءلك الغنفة؁ وبه قال الفقهاء.

وقال الءسن البمفرى : لا فشارك الءفء السرفة ولا السرفة فشارك الءفء. والمعمءء قول الشفء وعلفه الاجماع.

مسألة - ٣٢ - قال الشفء: عءءنا أن الءمس فقسمة سءة أقسام: سهم لله وسهم لرسل الله ﷺ؁ وسهم لءوئ القربى؁ فهءه الءلاءة كانت للئبى ﷺ؁ وبعءه لمن فقوم مقامه من الائمة ﷺ؁ وسهم الءتامى؁ وسهم المساكفن؁ وسهم أبناء السبفل من آل محمد ﷺ لا فبشر كءهم ففهم ءفرهم.

واءءلف الفقهاء فف ءلك؁ فءهب الشافعى الى أن ءمس الغنفة فقسمة على ءمسة أسهم: سهم لرسل الله؁ وسهم لءئ القربى؁ وسهم الءتامى؁ وسهم المساكفن وسهم أبناء السبفل. أما سهم الرسول ﷺ؁ ففبصرف الى مصلء المسلمفن.

وءهب مالك الى أن ءمس الغنفة وأربعة أءماس الففء مفوض الى نظر الامام وءهب أبو ءنفة الى أن ءمس الغنفة وأربعة أءماس الففء فقسمة على ءلاءة أسهم

سهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لابناء السبيل ، لانه كان مقسوماً على عهد رسول الله ﷺ على خمسة ، فلما مات ﷺ سقط سهمه ، وسهم ذي القربى ، وبقي الاصناف الثلاثة فصرف اليهم .

ثم اختلف أصحابه في سهم ذي القربى ، فمنهم من قال : كانوا يستحقون بالقرابة ثم سقط بموتهم ، ومنهم من قال : لم يكونوا يستحقون شيئاً ، وانما كان رسول الله ﷺ يتصدق عليهم لقرابتهم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : سهم ذي القربى ثابت ، لم يسقط بموت النبي عليه السلام ، وهو لمن قام مقامه .

وقال الشافعي : سهم ذي القربى وهو خمس الخمس ثابت تصرف الى أقاربه الغني منهم والفقير ، ويستحقونه بالقرابة .

وقال أبو حنيفة : سهم ذي القربى سقط بموت النبي ﷺ ، الا أن يعطيهم الامام شيئاً بحق الفقر والمسكنة ، ولا يعطي الاغنياء منهم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : عندنا أن سهم ذي القربى للامام ، وعند الشافعي هو لجميع ذي القربى البعيد والقريب الذكر والانثى للذكر مثل حظ الانثيين وقال المزني وأبو ثور : الذكر والانثى فيه سواء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

وقال الشافعي : سهم ذي القربى يفرق في شرق الارض وغربها ، ولا يخص به أهل بلد دون بلد . وقال أبو اسحاق : ذلك يشق فيخص به البلد الذي يوجد الغنيمة فيه وما يقرب منه .

(١) تهذيب الاحكام ١٢٥/٤ .

قال الشيخ : وذلك يستقط عنا ، غير أنا نقول في سهم اليتامى والمساكين وابن السبيل منهم ما قاله أبو اسحاق .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : الثلاثة أسهم التي هي لليتامى والمساكين وابن السبيل من الخمس يختص بها من كان من آل الرسول ﷺ دون غيرهم ، وخالف في ذلك جميع الفقهاء ، وقالوا : هي لفقراء المسلمين ومساكينهم وأبناء سبيلهم . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : ما يؤخذ من الجزية والصلح والاعشار من المشركين للمقاتلة المجاهدين .

والشافعي وجهان : أحدهما أنه لمصالح المسلمين ، ويبدأ بالاهم فالاهم ، والاهم الغزاة والمجاهدين ، هذا اذا قال : انه لا يخمس أما اذا قال : يخمس فأربعة أخماسه تصرف الى هذين النوعين على القولين ، والمصالح مقدمة عندهم . والمعتمد أنها تصرف في مصالح المسلمين ، ولا يختص بها المجاهدين والغزاة .

كتاب قسمة الصدقات

مسألة - ١ - قال الشيخ : الكفار عندنا مخاطبون بالعبادات ، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي . وقال شذاذ منهم : ليسوا مخاطبين الا بعد الاسلام ، وبه قال العراقيون .

وهذه المسألة من أصول الفقه لافروعه ، فليس هذا موضعها .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : لا يجوز أن يعطي شيء من الزكاة الا للمسلمين ، ولا يعطي الكفار زكاة الاموال ولا الفطرة ولا الكفارات ، وبه قال الشافعي ومالك وابن حنبل . وقال أبو حنيفة : لا يعطون من زكاة الاموال ويعطون من زكاة الفطرة والكفارات . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : الظاهر من مذهب أصحابنا أن زكاة الاموال لا يعطي الا العدول دون الفساق ، وخالف جميع الفقهاء وقالوا : اذا أعطى الفاسق برأت الذمة ، وبه قال قوم من أصحابنا ، وهذا هو المعتمد .
وانما الخلاف في غير السعاة والمؤلفة ، لان السعاة تعتبر فيهم العدالة اجماعاً ، والمؤلفة لا تعتبر فيهم اجماعاً .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : الاموال الباطنة لاخلاف أنه لا يجب دفعها الى الامام وصاحبها بالخيار بين أن يفرقها بنفسه أو يدفعها الى الامام . وأما الاموال الظاهرة

فعدنا أنه يجوز أن يدفعها بنفسه ومن أخرجها بنفسه فقد سقط عنه فرضها ، وبه قال الشافعي في الجديد .

وقال في القديم: يجب دفعها الى الامام، فان تولاه بنفسه وجب عليه الاعادة وبه قال أبو حنيفة ومالك ، وعندنا متى طلب الامام ذلك وجب الدفع اليه ، فان لم يفعل وفرقها بنفسه لايجزيه ، وبه قال الشافعي أيضاً .
وأوجب المفيد وأبو الصلاح من أصحابنا حملها الى الامام ابتداءً. والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٥- قال الشيخ : اذا أخذ الامام صدقة الاموال، أستحب له أن يدعو لصاحبها وليس بواجب ، وبه قال جميع الفقهاء الا داود ، فانه قال بالوجوب . والمعتمد قول الشيخ ، وله قول آخر بالوجوب .
مسألة ٦ - قال الشيخ: صدقة الفطرة يدفع الى أهل صدقة الاموال من الاصناف الثمانية ، وبه قال جميع الفقهاء الا الاصطخري من أصحاب الشافعي، فانه قال : يختص بها الفقراء .

والمعتمد قول الشيخ ، لكن لايعطى غير المؤمن .

مسألة ٧- قال الشيخ: الاصناف الثمانية محل الزكاة، ولايلزم التفرقة على كل فريق منهم بالسوية ، بل لو أعطى جميع زكاته لواحد من الاصناف كان جائزاً وبه قال مالك وأبو حنيفة وأصحابه ، الا أن مالكا يقول : يخص بها أمسهم حاجة .
وقال الشافعي : يجب تفريقها على من وجد منهم، ولايجوز الدفع الى صنف واحد دون الاخر ، وأقل ما يعطي من كل صنف ثلاثة فصاعداً ، فان أعطي اثنين ضمت نصيب الثالث ، وكم يضمن ؟ على وجهين : أحدهما الثلث، والاخر جزؤه واحد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة - ٨ - قال الشيخ : لا يجوز نقل الزكاة من بلد الى بلد مع وجود المستحق في البلد، فان نقلها والحال هذه كان ضامناً ان هلك، وان لم يهلك أجزاءه . ولو لم يكن في البلد مستحقاً لم يكن ضامناً .

وللشافعي قولان : أحدهما متى نقل الى بلد أجزاءه ولم يفصل ، وبه قال أبو حنيفة . والآخر لا يجزيه ، وبه قال مالك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا أعطى الصدقة الغارمين والكاتبين ، لا اعتراض عليهم فيما تصرفونه به .

وقال الشافعي : يراعى ، فانصرفه في الدين أو مال الكتابة ، والا استرجع منهم .

والمعتمد ان أخذوا من سهم الفقراء والمساكين ، فالحق ما قاله الشيخ ، وان أخذوا من سهم الغارمين والمكاتبين ، فالمشهور عند أصحابنا ما قاله الشافعي .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : الفقير أسوأ حالاً من المسكين ، لان الفقير هو الذي لا عنده شيء ، أو عنده شيء لا يعتد به . والمسكين هو الذي له شيء فوق ذلك غير أنه لا يكفيه ، وبه قال الشافعي وجماعة من أهل اللغة .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : المسكين أسوأ حالاً ، فالمسكين عنده على صفة الفقير عندنا ، والفقير على صفة المسكين ، وبهذا قال جماعة من أهل اللغة ، ولا ثمره مهمة في تحقيق ذلك .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : الاستغناء بالكسب يقوم مقام الاستغناء بالمال في حرمان الصدقة ، فان القوي المكتسب لا يحل له الصدقة ، وبه قال الشافعي وأبو ثور .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لانحرم الصدقة على المكتسب ، وانما تحرم على من يملك نصيباً من المال الذي تجب فيه الزكاة ، أو قدر النصاب من المال الذي لا تجب فيه الزكاة .

وقال محمد : أكره دفع الصدقة الى المكتسب، الا أنه يجزىء ، وبه قال قوم من أصحابنا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا طالب من ظاهره القوة والفقير ، ولا يعلم أنه قادر على التكسب أعطي من الزكاة بلايين .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر أنه يطالب بالبينة على ذلك . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : لا يجوز لاحد من ذوي القربى أن يكون عاملاً في الصدقات ، لان الزكاة محرمة عليهم، وبه قال الشافعي وأكثر أصحابه ، ومنهم من قال : يجوز لانه يأخذ على جهة المعاوضة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : تحل الصدقة لال محمد ﷺ عند فوت خمسهم وبه قال الاصطخري من أصحاب الشافعي .

وقال الباقر : لاتحل لهم، لانها حرمت عليهم تشريفاً لهم وتعظيماً ، وذلك حاصل مع منعهم الخمس .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : موالى آل محمد لانحرم عليهم الصدقة ، وبه قال

الشافعي وأكثر أصحابه ، ومنهم من قال : تحرم لقوله ﷺ : موالى القوم منهم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : سهم المؤلفة يسقط بعد النبي ﷺ ، ولا يعرف مؤلفة الاسلام ، وبه قال أبو حنيفة ومالك .

وقال الشافعي : المؤلفة على ضربين : مؤلفة الشرك ، ومؤلفة الاسلام . ومؤلفة الشرك على ضربين ، ومؤلفة الاسلام على أربعة أضرب ، وهل يسقطون أم لا؟ على قولين : أحدهما يسقطون، والآخر لا يسقطون . وقسم العلامة المؤلفة الى ما قسمهم الشافعي .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : سهم الرقاب يدخل فيه المكاتبون والعبيد اذا كانوا في شدة ، يشتركون ويعتقون .

وقال الشافعي : الرقاب هم المكاتبون اذا كانوا جيران الصدقات لاخير ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال مالك وأحمد : هم العبيد حسب يشتركون ويعتقون . والمعتمد أنه يدخل فيه المكاتبون والعبيد، سواء كانوا تحت شدة أولم يكونوا وسواء وجد المستحق أولم يوجد .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : الغارم الذي عليه الدين وأنفقه في طاعة أو مباح ولا يعطى من الصدقة مع الغنى . وللشافعي وجهان : أحدهما يعطى، والآخر لا يعطى . والمعتمد أن الغارم ان استدان لمصلحته وأنفقه في غير معصية لا يعطى الامع عدم الغنى ، وان استدان لاطفاء الفتنة ، سواء كانت في مال أو قتل ، فان هذا يعطى وان كان غنياً ، وهو اختيار الشيخ في المسألة الرابعة من هذه المسألة .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا أنفقه في معصية ثم تاب منها، لا يجب أن يقضى عنه من سهم الصدقة .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والآخر يقضى عنه .

والمعتمد جواز الدفع اليه من سهم الفقراء دون سهم الغارمين ، وكذا لولم

يتب على القول بعدم اشتراط العدالة .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : سبيل الله يدخل فيه الغزاة فى الجهاد والحاج وقضاء الديون عن الاموات وبناء القناطر وكل المصالح .

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى : يختص بالمجاهدين . وقال احمد : سبيل الله هو الحج .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : ابن السبيل هو المجتاز دون المنشئ سفره من بلده ، وبه قال مالك .

وقال أبو حنيفة والشافعى : يدخلان جميعاً فيه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : خمسة أصناف من أهل الصدقات لا يعطون الامع الفقر بلا خلاف ، وهم : الفقراء ، والمساكين ، وفى الرقاب ، والغارم لمصلحة نفسه ، وابن السبيل المنشئ لسفره ، والعامل يعطى مع الغنا والفقر بلا خلاف .

وهندنا وعند الشافعى يأخذ صدقة دون الاجرة ، وعند أبي حنيفة يأخذ أجره وامؤلفة تسقط سهمهم هندنا . وعند أبي حنيفة والغارم لمصلحة ذات البين لا يعطى الامع الحاجة عند أبي حنيفة ، وعند الشافعى يعطى مع الغنى وهو الصحيح ، وحكم الغازي كذلك ، وابن السبيل المجتاز يعطى مع الغنى فى بلده بلا خلاف .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : حد الغنا الذي يحرم معه الزكاة أن يكون له كسب يعود عليه بقدر كفايته لنفقته ونفقة من يلزمه نفقته ، أو يكون له عقار يعود عليه ذلك القدر ، أو مال يكتسب به ذلك القدر .

وفى أصحابنا من أحله لصاحب السبعمائة ، وحرمه على صاحب الخمسين بالشرط الذي قلناه ، وذلك على حسب حاله ، وبه قال الشافعى الا أنه قال : ان

كان في بعض معاشه يحتاج الى أن يكون عنده ألف دينار أو ألفا دينار متى نقص عنه لم يكفه لاكتساب نفقته ، جاز أخذ الصدقة ، وروي عن علي عليه السلام من ملك خمسين درهماً حرمت عليه الصدقة ، وبه قال أحمد والثوري .

وقال أبو حنيفة: حد الغناء الذي يحرم معه الصدقة أن يملك نصاباً يجب فيه الصدقة، فان ذلك من الأموال التي لا تجب فيها الصدقة ، كالعبيد والثياب والعقار فان كان محتاجاً الى ذلك لم يحرم عليه الصدقة ، وان لم يكن محتاجاً نظر فيما يفضل عن حاجته ، فان كان نصاباً حرمت عليه الصدقة ، وان قصر عنه حلت له وذهب قوم من أصحابنا الى أن من ملك النصاب حرمت عليه الزكاة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بالاجاب .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : يجوز للزوجة أن يعطى زكاتها زوجها من سهم الفقراء اذا كان فقيراً ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجوز .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : صدقة بني هاشم بعضهم على بعض غير محرمة وان كانت فرضاً ، وخالف جميع الفقهاء وسوا بينهم وبين غيرهم .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : اذا دفع صاحب المال الصدقة الى من ظاهره الفقر ، فبان غنيا في الباطن لاضمان عليه ، وبه قال أبو حنيفة .
وللشافعي قولان : أحدهما لاضمان ، والثاني يضمن .
والمعتمد قول الشيخ .

ولو بان المدفوع اليه كافراً أو عبداً أو هاشمياً فلاضمان ، سواء كان المعطي الامام أو رب المال .

وقال أبو حنيفة: عليه الضمان في جميع ذلك . وللشافعي قولان، والذي عليه

أكثر أصحابه أنه لافرق بين هؤلاء وبين الفقير اذا ظهر غنياً، ومنهم من قال : ان كان المفرق رب المال لزمه الضمان قولاً واحداً ، وان كان الامام فعلى قولين .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٢٧- قال الشيخ : لايتعين أهل السهمان بالاستحقاق من أهل الصدقة حتى لو مات أحدهم انتقل الى ورثته .

وقال الشافعي : ان كان البلد صغيراً أو قرية ، فانهم يتعينون وقت الوجوب حتى لو مات واحد منهم بعد الوجوب وقبل التفرقة انتقل نصيبه الى ورثته ، وان خاب أحد منهم لم يسقط حقه بغيبته، وان دخل ذلك الموضع أحد من أهل السهمان لم يشارك من فيه . وان كان البلد كبيراً مثل بغداد وغيرها ، فانهم لايتعينون باستحقاق الصدقات الى وقت القسمة، ولاشيء لورثة الميت منهم بعد الوجوب وقبل القسمة وان خاب سقط حقه، وان دخل أحد من أهل السهمان ذلك الموضع شارك أهله .
والمعتمد قول الشيخ .

كتاب النكاح

مسألة - ١ - قال الشيخ : كل امرأة تزوجها النبي ﷺ ومات عنها، لا يحل لاحد أن يتزوجها بلاخلاف ، دخل بها أولم يدخل ، وعندنا أن حكم من فارقتها في حياته حكم من مات عنها .

وللشافعي فسى هذه ثلاثة أوجه : أحدها مثل قولنا . والثاني أنها تحل لكل أحد دخل بها أولم يدخل . والثالث لا تحل ان دخل بها وتحل ان لم يدخل بها . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢ - قال الشيخ: النكاح مستحب للرجال والنساء غير واجب ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي . وقال داود : انه واجب على الرجال والنساء . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وعند داود لا يكفي ملك اليمين عن الزوجية بالعمد ، ويجب عنده نكاح الحررة مع القدرة ، وان عمز عمدة على أمة الغير .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : يجوز النظر الى امرأة يريد أن يتزوجها اذا نظر الى ما ليس بعورة ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ، الا أن عندنا وعند مالك ما ليس بعورة الوجه والكفان .

وعن أبي حنيفة روايتان: أحدهما مثل قولنا ، والثانية والقدمان أيضاً. وقال المزني : لا يجوز أن ينظر الى شيء منها أصلاً . وقال داود : ينظر الى كل شيء من بدنها وان تعرت .

والمعتمد قول الشيخ ، بشرط امكان النكاح عرفاً وشرعاً فحينئذ يجوز النظر الى وجهها وكفيها مكشوفين ، والى جميع جسدها من وراء الثياب، وله تكرار النظر قائمة وقاعدة وماشية وعلى كل حال .

مسألة ٤- قال الشيخ: يكره للرجل أن ينظر الى فرج امرأته حالة الجماع وليس بمحظور .

وللشافعي وجهان: أحدهما مكروه ، والاخر محظور، وبه قال ابن حمزة من أصحابنا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ٥ - قال الشيخ: اذا ملكت المرأة فحلاً أو خصياً أو مجبوياً لا يكون محرماً لها ، فلا يجوز له أن يخلوبها ولا يسافر معها .

وللشافعي وجهان: أحدهما مثل قولنا ، قالوا وهو الاشبه بالمذهب . والاخر أنه يصير محرماً لها ، لقوله تعالى « أو ما ملكت أيمانكم »^(١) .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، قال : وأما الآية فقد روى أصحابنا أن المراد بها الاماء دون العبيد .

وقال العلامة في المختلف : والحق عندي ان الفحل لايجوز له النظر الى مالكنه اما الخصي فيه احتمال اقربه الجواز على كراهية^(٢) .

مسألة ٦ - قال الشيخ : اذا بلغت المرأة رشيدة ملكت العقد على نفسها

(١) سورة النساء : ٣ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٨٦ ، كتاب النكاح .

وزالت ولاية الاب والجد عنها الا اذا كانت بكراً ، فان الظاهر من روايات أصحابنا أنه لا يجوز لها ذلك .

وفي أصحابنا من قال : ان البكر أيضاً تزول ولايتها عنها ، فأما غير الاب والجد ، فلا ولاية لاحد عليها ، سواء كانت بكراً أو ثيباً ، والامر اليها تزوج نفسها بمن شئت أو توكل في ذلك بغير خلاف بين أصحابنا ، غير أن الافضل لها أن يرد الامر الى أخيها أو ابن أخيها او عمها أو ابن عمها ، وليس ذلك شرطاً في صحة العقد .

وقال الشافعي : اذا بلغت الحرة رشيدة ملكت كل عقد الا النكاح ، فانه يفتقر الى الولي ، وهو شرط لا ينعقد الا به على كل حال ، سواء كانت كبيرة أو صغيرة ، عاقلة رشيدة أو مجنونة ، بكراً أو ثيباً ، دنية أو غير دنية ، موسرة أو معسرة ، فان عتمدها لا ينعقد بدون الولي ، فان كان لها ولي مناسب ، مثل الاخ وابن الاخ أو العم وابن العم أو الاب والجد ، فهو أولى ، فان لم يكن فمولاها المعتق ، فان لم يكن فالحاكم والولي يملك أن تزوجها بنفسه وان توكل وكيلا تزوجها ، فان أذن لها أن يعقد على نفسها لم يجز ، وكذلك لا يجوز للمرأة أن تزوج غيرها باذن وليها ، ولا ان يوكلها رجل بأن يتزوج له وجملمته أنه لا ولاية للنساء في عقد النكاح ولا وكالة ، وبه قال ابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق .

وقال أبو حنيفة : اذا بلغت المرأة رشيدة ، فقد زالت ولاية الولي عنها كما زالت عن مالكها ، ولا يفتقر الى اذنه ، بل لها أن تزوج نفسها ، ولها أن يعقد على نفسها فاذا تزوجت نظرت ، فان وضعت نفسها مع كفو لزم وليس للولي سبيل ، وان وضعت نفسها في غير كفو كان له الفسخ .

وقال محمد وأبو يوسف : النكاح يفتقر الى اذن الولي ، ولكنه ليس بشرط فان تزوجت نفسها صح ، فان وضعت نفسها عند غير كفو كان للولي الفسخ ، وان وضعت

نفسها عند كفو وجب عليه أن يجيزه ، فان فعل والأجازه الحاكم .
وقال مالك : ان كانت عربية ونسبية ، فان نكاحها يفتقر الى الولي ولا ينعقد الا
به ، وان كانت معتقة دنية لا يفتقر اليه .

وقال داود : ان كانت بكرأ افتقر نكاحها الى الولي وان كانت ثيبأ لا يفتقر اليه .
وقال أبو ثور كقول الشافعي الا أنه قال : لو أذن لها الولي ، فعقدت على
نفسها جاز ، خالفه في هذا لاغير .

والمعتمد زوال الولاية عن البالغة الرشيدة ، سواء كانت بكرأ أو ثيبأ ، ويستحب
لها اذن الولي وليس ذلك شرطاً ولا اعتراض عليها ، سواء تزوجت بكفو أو غير
كفو ، بمهر المثل أو أقل أو أكثر .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : قد بينا أن النكاح بلاولي جائز صحيح ، وليس على
الزوج اذا وطئها شيء .

واختلف أصحاب الشافعي ، فقال أكثرهم : لاحد عليه ، سواء كان عالماً أو
جاهلاً ، وسواء كان حنفياً يعتقد اباحته أو شافعيأ يعتقد تحريمه لانه شبهة . وقال
أبو بكر الصيرفي : ان كان عالماً معتقداً تحريمه وجب عليه الحد .

وهذا فرع ساقط عندنا ، وظاهر الشيخ أنه على القول بمذهبهم لاحد عليه ،
لانه عقد مختلف فيه فهو شبهة وقال عليه السلام : درؤ الحدود للشبهات .

قلت : العالم بالتحريم العائد لاشبهة في حقه ، فيكون الاقوى قول الصيرفي .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا نكح بغير ولي وطلقها كان الطلاق واقعا ، فان

كانت ثالثة فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره .

وقال الشافعي وأكثر أصحابه : لا يقع طلاقه ، ولو كان ثالثاً جاز له النكاح بعد

ذلك . وقال ابو اسحاق : يقع الطلاق احتياطاً . وقال أحمد : الطلاق يقع في

النكاح الفاسد .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا أوصى الى غيره أن يزوج ابنته الصغيرة كان له تزويجها ، سواء عين الزوج أو لم يعين ، وان كانت كبيرة لم تصح الوصية .
وقال الشافعي : الولاية في النكاح لا تستفاد بالوصية ، صغيرة كانت أو كبيرة عين الزوج أو لم يعين ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه .

وقال مالك : ان كانت كبيرة صح ، عين الزوج أو لم يعين ، وان كانت صغيرة صح ان عين ، ولا تصح ان لم يعين .

واختار العلامة في المختلف ^(١) قول الشيخ هنا ، وفي التواعد والتحرير اختار عدم صحة الوصية ، وهو المعتمد .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : البكر اذا كانت كبيرة ، فالظاهر في الروايات أن للاب والجد جبرها على النكاح ، ويستحب له أن يستأذنها ، واذنها صماتها ، وان لم يفعل فلا حاجة به اليها ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد .

وقال قوم من أصحابنا : ليس لوليها اجبارها على النكاح كالثيب الكبيرة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والاوزاعي والثوري ، فاعتبر أبو حنيفة الصغر والكبر وفرق بينهما ، واعتبر الشافعي الثبوة والبراءة .

والمعتمد ما نقله الشيخ عن قوم من أصحابنا ، وهو المشهور عند متأخري الاصحاب .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : النكاح لا يقف على الاجازة ، وبه قال الشافعي وأحمد .

وقال مالك : ان أجازته عن قرب صح ، وان أجازته عن بعد بطل .

وقال أبو حنيفة : يقف على اجازة الزوج والزوجة والولي ، وهذا هو المعتمد .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : يصح للفاسق أن يكون ولياً للمرأة في التزويج ،

(١) مختلف الشيعة ص ٩٢ - ٩٣ ، كتاب النكاح .

سواء كان له الاجبار مثل الاب والجد في البكر ، أو لم يكن له كالأب والجد في حق الثيب الكبيرة وسائر العصابات في حق كل أحد ، وبه قال أبو حنيفة .
وقال الشافعي : لا يصح للفاسق أن يكون ولياً ، سواء كان له الاجبار أو لم يكن ، وهو الصحيح عندهم .

وقال ابو اسحاق : ولي الاجبار يزول ولايته بالفسق ، وغيره لانزول لانه بمنزلة الوكيل . وفي الصحابة من قال : الفسق لا يقدح في الولاية ، كقول ابي حنيفة وقولنا ، وليس بشيء عندهم .

والمعتمد أن الولاية لا يزول بالفسق اذا كانت ولاية اجبار على غير البالغ الرشيد ولا ولاية على البالغ الرشيد للعدل وللناسق .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : لا يفتقر النكاح في صحته الى شهود ، وبه قال أهل الظاهر .

وقال الشافعي : لا يصح الا بشاهدين عدلين ذكرين ، وبه قال ابن حنبل . وقال مالك : من شرطه أن لا يتراضوا بالكتمان ، فان تراضوا به بطل ، وان حضره شهود ، وان لم يتراضوا به صح وان لم يحضره شهود ، هكذا حكاه الابهرى .

وقال أبو حنيفة : من شرطه الشهادة ، وليس من شرط شهوده العدالة ولا الذكورة فيجوز بفاسقين وامرأتين .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وقوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء »^(١) ولم يذكر الشهود ، وبالأخبار^(٢) عن أهل البيت عليهم السلام والشهود شرط في ثبوته لا في صحته .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : الثيب اذا كانت صغيرة قد ذهبت بكارتها : اما بالزوج

(١) سورة النساء : ٣ .

(٢) تهذيب الاحكام ٧ / ٣٧٨ .

أو بغيره قبل البلوغ ، حكمها حكم البكر الصغيرة ، وبه قال ابو حنيفة .
وقال الشافعي : ليس لاحد اجبارها على النكاح ، وينتظر بها البلوغ ثم تزوج
باذنها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، ولأنهم رووا أن الصغيرة ليس
لها مع أبيها أمر ولم يفصلوا .

مسألة -١٥- قال الشيخ : من ذهب عذرتها بالزنا لاتزوج الاباذنها اذا كانت
بالغا ، ويحتاج في اذنها الى نطقها ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : اذنها صماتها .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٦- قال الشيخ : الذي له الاجبار على النكاح الاب والجد مع وجود
الاب وان علا ، وليس للجد مع عدم الاب ولاية .

وقال الشافعي : لهما الاجبار ولم يعتبر حياة الاب ، وبه قال الثوري . وقال
أحمد : الاجبار للاب دون الجد . وقال مالك : الاب يجبر الصغيرة دون الكبيرة .
وقال أبو حنيفة : كل وارث له الاجبار اذا كان عصبه كالأب والجد وان علا
والاخوة وابناؤهم والاعمام وابناؤهم ، فاذا جبرها على النكاح نظرت ، فان كان
الاب أو الجد ، فإختيار لها بلاخلاف بينهم وان كان غيرهما قال أبو حنيفة ومحمد :
لها الخيار بعد البلوغ .

وقال أبو يوسف : لإختيار لها كالأب والجد ، أما من قرب من غير تعصيب
كالاخوة من الام والأخوال والخالات والعمات والامهات عنه روايتان : احديهما
لهما الخيار كالأعمام ، والثانية لا يجبرون أصلا .

والمعتمد عدم اشتراط بقاء الاب في ولاية الجد ، وهو مذهب المقيد والمرضى
وعليه المتأخرون من أصحابنا ، ولا اجبار لاحدهما على البالغين الرشيدين وانما
الاجبار على الصغيرين .

مسألة -١٧- قال الشيخ : لايجوز للعبد أن يتزوج بغير اذن مولاه ، فان فعل كان مولاه بالخيار بين فسخه واجازته ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : العقد باطل . وقال مالك : العقد صحيح ، وللسيد فسخه .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : للسيد اجبار العبد على النكاح ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في القديم ، وقال في الجديد : ليس له اجباره ، وبه قال أكثر أهل العلم .
والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا طلب العبد التزويج لايجبر المولى على تزويجه . وللشافعي قولان : أحدهما لايجبر ، والثاني يجبر .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : للسيد أن يجبر ام ولده على التزويج من غير رضاها .

وللشافعي ثلاثة أقوال : أحدها كما قلناه ، والثاني له انكاحها برضاها ، والثالث ليس له ذلك وان رضيت كالأجنبية .

والمعتمد قول الشيخ ، لانها مملوكة .

مسألة -٢١- قال الشيخ : اذا قال لمملوكته اعتقتك على أن أتزوج بك وعتقتك صدأقك ، أو استدعت هي بأن قالت : أعتقتني على أن أتزوج بك وصدأقتي ففعل فانه يقع العتق ويثبت التزويج ، وبه قال أحمد .

وقال الشافعي : يقع العتق ، وهي بالخيار بين أن يتزوج به أو يدع . وقال الاوزاعي : يجب عليها أن يتزوج به ، لانه عتق بشرط ، فيجب أن يلزمها الشرط كما لو قال : أعتقتك على أن تخط لي هذا الثوب . وقال الشيخ : استدل باجماع

الفرقة وأخبارهم .

والمعتمد أنه لا يثبت التزويج الا مع عدم التعليق على شرط ، مثل أن يقول
أعتقتك وتزوجتك وجعلت عتقك صداقك ، واذا قالت : أعتقتني على أن أتزوج بك
فاعتقها عتقت ذلك ، ولم يقل تزوجتك لم يثبت التزويج ، بل يجب عليها الاجابة
الى ايقاع العقد ، كما قاله الاوزاعي . وكذا اذا قال : أعتقتك على أن أتزوجك
فانه يجب عليها .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : اذا اجتمع الاب والجد كان الجد أولى .

وقال الشافعي : الاب أولى ، وبه قال جميع الفقهاء .

والمعتمد أن العقد عقد السابق منهما ، فان اقترفا ثبت عقد الجد وبطل عقد
الاب ، ولو اختار كل منهما رجلا قدم من اختاره الجد .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : اذا اجتمع أخ الاب وام مع أخ الاب ، كان الاخ

من الاب والام مقدماً في الاستيدان عندنا ، وان لم يكن له ولاية .

وقال أبو حنيفة : الولاية له دون الآخر ، وهو أصح قولي الشافعي . وقال

في القديم : هما سواء ، وبه قال مالك .

والمعتمد قول الشيخ ، ولوقيل تقدم أرجحها عقلا ومعرفة كان أولى .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : الابن لا يزوج امه بالبنوة ، وان وكلته جاز .

وقال الشافعي : لا يزوجه بالبنوة ، ويجوز أن يزوجه بالتعصيب ، بأن يكون

ابن ابن عمها أو مولى نعمتها .

وقال مالك وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد واسحاق : له تزويج امه .

ثم اختلفوا ، فقال مالك وأبو يوسف واسحاق : الابن وان سفل أولى من

الاب . وقال محمد وأحمد : الاب والجد وان علا أولى من الابن . وقال أبو حنيفة

أبوها وابنها في درجة سواء كأخويها . وهذا فرع ساقط عنا .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : الكفاءة معتبرة في النكاح ، وهي عندنا شيثان أحدهما الايمان ، والاخر امكان القيام بالنفقة .

وقال الشافعي : شرائط الكفاءة ستة : النسب والحرية والدين والصناعة والسلامة من العيوب واليسار ، ولم يعتبر أبو حنيفة وأصحابه الحرية ، ولا السلامة من العيوب . ثم اختلفوا فأبو يوسف حذف من الستة الحرية والسلامة من العيوب واعتبر الاربعة الباقية وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة ، والاخرى أن الشرائط ثلاثة فحذف الصناعة أيضاً .

وقال محمد الشرائط ثلاثة ، وأثبت الصناعة وحذف الدين ، فقال : اذا كان الامير يشرب الخمر يكون كفواً للعفيفة قال بلى ان كان يشرب ويسكر ويخرج الى بر أو يعدو الصبيان خلفه ليس بكفو ، لانقصان دينه بل لسقوط مروته . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : يجوز للعجمي أن يتزوج العربية والقرشية والهاشمية اذا كان من أهل الدين واليسار .

وقال الشافعي : العجم ليسوا أكفاءاً للعرب ، والعرب ليسوا أكفاءاً لقريش وقريش ليسوا أكفاءاً لبني هاشم .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : قريش كلها أكفاء ، وليس العرب أكفاء لقريش . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : يجوز للفاسق أن يتزوج بالعفيفة ، وان كان تركه أفضل ، وبه قال محمد بن الحسن .

وقال الشافعي : الفاسق ليس بكفو للعفيفة .

والمعتمد قول الشيخ .

(١) تهذيب الاحكام ١٧ / ٣٩٤ .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : لا مانع من تزويج أرباب الصنایع الدنية ، كالحياكة والحجامة والحراسة والقيم والحمامي بأهل المروات والنيابة ونحو ذلك ، وبه قال أبو حنيفة في إحدى الروایتين . وقال الشافعي : الصناعة معتبرة .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : يجوز للحره أن يتزوج بالعبد .
وقال الشافعي : العبد ليس بكفو للحره ، ومتى تزوجت بعبد كان لها ولأولياؤها الفسخ . وقال أبو حنيفة : ليس لهم فسخه .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : اليسار المرعى ما يمكنه معه القيام بمؤنة المرأة وكفايتها .
وقال أبو حنيفة : الفقير ليس بكفو للغنية ، وكذا قال أصحابه ، وهو أحد وجهي الشافعي ، والمرعى ما يكون معدوداً به من أهل اليسار دون اليسار العظيم ، ولا يرعى أن يكون أيسر منها ، ويجوز أن يكون دونها . والوجه الثاني للشافعي أن الفقير كفو لغنية ، لان الفقر ليس عيباً ، فعلى هذا لا يكون لها الخيار كما قلناه .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اذا رضي وصي الولاة والزوجة بمن ليس بكفو فوقع العقد على من دونها فسي النسب والحريه والدين والصناعة والسلامة من العيوب واليسار ، كان العقد صحيحاً ، وبه قال جميع الفقهاء .

وقال عبد الملك بن الماجشون من أصحاب مالك : الكفاءة شرط في الصحة فمتى لم يكن كفوياً لم يصح العقد ، وان رضيت الزوجة والأولياء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، والمراد بمن دونها بالدين هو أن يتزوج العفيفة بالفاسق ، لا المؤمنة بالمخالف .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : ليس للأولياء اعتراض في قدر المهر ، فمتى

رضيت بكفو لزمهم أن يزوجوها منه بما رضيت من المهر ، سو آءكان مهر المثل أو أقل ، فمتى منعوها واعترضوا على قدر مهرها و لت أمرها من شاءت .
وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد: يكون قد أعضلها ويكون وليها السلطان.
وقال أبو حنيفة : للولي الاعتراض في قدر المهر ، فمتى نكحت بأقل من مهر المثل ، فللولي أن يقول اما أن يبلغ مهر المثل والا فسخت عليك النكاح ، فأجرى المهر مجرى الكفاءة .

والمعتمد قول الشيخ لو قلنا بثبوت الولاية على البالغة الرشيدة .
مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : اذا زوجت نفسها بأقل من مهر المثل ، فالنكاح صحيح وليس للاوصياء الاعتراض عليها .
وقال أبو حنيفة : النكاح صحيح وللوليء الاعتراض . وقال الشافعي : النكاح باطل .

والمعتمد قول الشيخ .
مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : اذا كان أولى الاولياء مفقوداً أو غائباً غيبة منقطعة على مسافة قريبة أو بعيدة ، وكلت وزوجت نفسها ، ولم يكن للسلطان تزويجها ولم يكن لمن هو أبعد منه تزويجها .
وقال أبو حنيفة : ان كانت الغيبة منقطعة كان لمن هو أبعد منه تزويجها . قال محمد : المنقطعة من الكوفة الى الرقة ، وغير المنقطعة من الكوفة الى بغداد .
وهذه فروع ساقطة عنا ، لعدم الولاية عندنا لغير الاب والجد وولايتهما غير البالغة الرشيدة ، ومع غيبة أحدهما فالولاية للآخر ، ومع غيبتهما لا يتزوج حتى يبلغ ويرشد ويزوج نفسها حينئذ بما شاءت .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : اذا عضلها وليها ، وهو أن لا يزوجها بكفو مع رضاها به ، كان لها أن توكل من تزوجها ، او تزوج نفسها اذا كانت بالغاً .

وقال الشافعي : للسلطان أن يزوجها مع ذلك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : من ليس له الاجبار من الاولياء ، ليس له أن يوكل

في تزويجها الا باذنها .

وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني له أن يوكل بغير اذنها ولا

يعقد الا باذنها .

والمعتمد أن ولي الاجبار ليس له التوكيل بغير اذنها ، الامع عدم البلوغ

والرشد ، ومعهما لا يوكل الا باذنها .

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ : اذا كان له أمة كافرة وهو مسلم ، كان له ولاية التزويج .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر لا ولاية عليها كالحرة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : اذا كان لها وليان في درجة واحدة وأذنت لهما في

التزويج اذنا مطلقاً ولم يعين الزوج ، فزوجاها معاً ، نظر فان كان أحدهما متقدماً

والاخر متأخراً بطل المتأخر ، دخل بها الزوج أو لم يدخل ، وبه قال أبو حنيفة

وأصحابه والشافعي وأحمد .

وقال مالك : ينظر فان لم يدخل بها واحد منهما ، او دخل كل واحد ، أو دخل

الاول خاصة بطل الثاني ، وان دخل بها الثاني دون الاول بطل الاول وصح الثاني .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٩ - قال الشيخ : امرأة المفقود اذا لم يعرف خبره اذا لم يكن

هناك ناظر للمسلمين ، فعليها ان تصبر أبداً فهي مبتلاة ، وان كان هناك سلطان ، فهي

بالخيار بين أن تصبر أبداً ، وبين أن ترفع أمرها اليه ، فاذا رفعت نظر فان كان له

ولي ينفق عليها ، فعليها أن تصبر أبداً ، وان لم يكن له ولي ينفق عليها أجلها أربع

سنين وكتب الى الافاق وبحث عن امره ، فان كان حياً لزمها الصبر، وان لم يعرف أمره بعد أربع سنين أمرها أن يعتد عدة الوفاة ويتزوج ان شاءت بعد ذلك .
وقال الشافعي في القديم: يضرب لها أربع سنين ثم يفرق الحاكم بينهما ويحكم بموته ، فاذا انقضت عدة الوفاة جاز لها النكاح .

وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد : تصبر أبداً ولم يفصلا .
واعلم أن الشيخ أباح لها التزويج بعد العدة ولم يذكر الطلاق ، ومثله قول المفيد وابن البراج وابن ادريس ونجم الدين . وقال ابن بابوية من أصحابنا : يأمر السلطان الولي بالطلاق ، فان لم يطلق طلق الحاكم . واختاره العلامة وفخر الدين وابن فهد ، وهو المعتمد .

مسألة - ٤٠ - قال الشيخ : اذا تزوجت المرأة فسي عدتها ودخل بها ، فرق بينهما ولم تحل له أبداً ، وهو قول الشافعي في القديم ، وقال في الجديد : لا تحرم عليه ، والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤١ - قال الشيخ : اذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً ، ثم راجعها قبل انقضاء عدتها وأشهد على نفسه بذلك ولم يعلم المرأة بالرجعة ، فقضت العدة على الظاهر ثم تزوجت ، كان نكاح الثاني باطلاً ، دخل بها أو لم يدخل ، وهو قول علي عليه السلام واختاره الشافعي قولاً واحداً .

وقال عمر بن الخطاب : ان دخل الثاني ، كان نكاحه صحيحاً .
والمعتمد قول الشيخ ، لان عقد الثاني وقع على زوجة الغير ، فيكون باطلاً .
مسألة - ٤٢ - قال الشيخ : اذا كان للمرأة ولي يحل له نكاحها ، مثل أن كانت بنت عمه ، أو كان له أمة فأعتقها فأراد نكاحها ، جاز أن يتزوجها من نفسه باذنها ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأصحابه .

وقال الشافعي : ليس له أن يتزوجها عن نفسه ، بل يتزوجها السلطان . وهذا

الفرع ساقط عنا .

مسألة - ٤٣ - قال الشيخ : اذا جعل الاب أمر بنته البكر الى أجنبي ، وقال له : زوجها من نفسك ، فانه يصح ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال الشافعي : لا يصح .

والمعتمد الصحة اذا لم يكن بالغة رشيدة ، فان كانت كذلك افتقر الى اذنها .
مسألة - ٤٤ - قال الشيخ : للاب أن يزوج بنته الصغيرة بعبد أو مجنون أو مجهول أو مجذوم أو أبرص أو خصي . وقال الشافعي : ليس له ذلك .
والمعتمد قول الشيخ ، فان كان هناك مصلحة فلاخيار لها بعد البلوغ ، والا كان لها الخيار .

مسألة - ٤٥ - قال الشيخ : اذا زوجها بو احد ممن ذكرناه صح العقد ، وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لا يصح .
والمعتمد الصحة . وأما اللزوم ، فهو منوط بالمصلحة وعدمها كما تقدم .
مسألة - ٤٦ - قال الشيخ : اذا كان للحررة أمة ، جاز لها أن تزوجها ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يجوز .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
مسألة - ٤٧ - قال الشيخ : يجوز للعبد أن يكون وكيلافي الايجاب والقبول .
وقال الشافعي : لا يجوز في الايجاب ، وفي القبول على وجهين .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٨ - قال الشيخ : اذا تزوج العبد باذن سيده ، فقال انه حر ، ثم بان أنه كان عبداً كانت بالخيار ، وبه قال أبو حنيفة .
وللشافعي قولان : أحدهما النكاح باطل ، والآخر النكاح صحيح .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة -٤٩- قال الشيخ : اذا تزوج العبد على أنه حر فبان عبداً، أو انتسب الى قبيلة فبان بخلافها، سواء كان أعلى مما ذكر أو أدنى، وكذا لو ذكر أنه على صفة فبان بخلافها ، من طول أو قصر أو حسن أو قبح أو سواد أو بياض ، كان النكاح صحيحاً والخيار الى الحرية ، وبه قال أبو حنيفة .
وللشافعي قولان: أحدهما مثل قولنا ، وهو اختيار المزني، والآخر النكاح باطل .

والمعتمد ان شرط ذلك في متن العقد فبان بالمخلاف كان لها الفسخ .
مسألة -٥٠- قال الشيخ : اذا كان الغرور من جهة الزوجة : اما بالنسب، أو بالحرية ، أو بالصفة كان له الفسخ .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والآخر النكاح باطل .
والمعتمد ما قدمناه في المسألة الاولى .

مسألة - ٥١ - قال الشيخ : يجوز للمرأة أن تزوج نفسها، وأن تكون وكيلة في الإيجاب والقبول ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : كل ذلك لا يجوز .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٥٢ - قال الشيخ : لا ينعقد النكاح بلفظ البيع ولا التملك ولا الهبة ولا العارية ، فلو قال : بعثتها أو ملكتها أو وهبتها ، كل ذلك لا يصح ، سواء ذكر في ذلك المهر أو لم يذكر ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يصح سواء ذكر المهر أو لم يذكر . وقال مالك: ان ذكر المهر فقال بعثتها بمهر كذا ، أو ملكتها بمهر كذا صح ، لان ذكر المهر يخلص العقد للنكاح .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٥٣ - قال الشيخ : اذا قال الولي زوجته أو أنكحتكها ، فقال

الزوج : قبلت ولم يزد انعقد العقد .

ولاصحاب الشافعي ثلاث طرق ، منهم من قال : لا يجزىء قولاً واحداً ، ومنهم من قال : يجزىء قولاً واحداً ، ومنهم من قال : المسألة على قولين ، وهو الأشبه عندهم .

والمعتمد قول الشيخ ، قال : لأن الجواب متضمن للإيجاب ، فإذا قال زوجته وقال قبلت معناه قبلت التزويج .

مسألة - ٥٤ - قال الشيخ : متى شرط خيار الثلاث في النكاح ، كان العقد باطلاً ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يبطل الشرط والنكاح بحاله .

والمعتمد قول الشيخ ، واختاره العلامة في المختلف^(١) ، واختار ابن ادريس مذهب أبي حنيفة .

مسألة - ٥٥ - قال الشيخ : الخطبة قبل عقد النكاح مسنونة ، وبه قال جميع الامة الا داود ، فانه قال : هي واجبة .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٦ - قال الشيخ : لأعرف نصاً لاصحابنا في استحباب الخطبة التي يتخللها العقد .

وقال الشافعي : يستحب للولي أن يخطب بكلمات عند الإيجاب ، ويستحب للزوج مثل ذلك عند القبول .

قال في المبسوط : وأما التي تتخلل العقد ، فيقول الولي : بسم الله والحمد لله وصلى الله على رسوله ، أوصيكم بتقوى الله زوجته فلانة ، ويقول الزوج : بسم الله والحمد لله وصلى الله على رسوله أوصيكم بتقوى الله قبلت هذا النكاح

(١) مختلف الشيعة ص ٩١ .

وقال: هذا قول بعض المخالفين ، ولأعرف ذلك لأصحابنا^(١).

مسألة - ٥٧ - قال الشيخ : لايجوز لاحد أن يتزوج أكثر من أربع ، وبه قالت الامة بأجمعها ، وحكوا عن القاسم بن ابراهيم أنه أجاز العقد على تسع ، واليه ذهب القاسمية من الزيدية .

قال الشيخ: هذه حكاية الفقهاء عنهم، ولم أجد أحداً من الزيدية يعرف بذلك فإذا المسألة اجماع .

مسألة - ٥٨ - قال الشيخ: لايجوز للبعد أن يتزوج أكثر من حرتين وأربع اماء . وقال الشافعي : لايزيد على اثنتين ، حرتين كانتا أو أمتين ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأحمد . وقال مالك : هو كالحر .

والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥٩ - قال الشيخ : يجوز الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها إذا رضيت العمه والخالة بذلك .

وقال جميع الفقهاء : لايجوز الجمع ولا تأثير لرضاهما ، وقالت الخوارج: يجوز ذلك على كل حال .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦٠ - قال الشيخ : اذا بان زوجته بخلع أو فسخ أو مباراة ، جاز له أن يتزوج باختها وعمتها وخالتها قبل أن تخرج العدة، وبه قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة وأصحابه : لايجوز ذلك الا بعد الخروج من العدة ، وهكذا الخلاف لو كان تحته أربع فطلق واحدة ، أو طلقهن كلهن ، أو كان تحته واحدة فطلقها ، فان له أن يتزوج واحدة أو أربعاً قبل انقضاء عدة المطلقة والمطلقات وقال أبو حنيفة : لايجوز .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٦١ - قال الشيخ : اذا قتلت المرأة نفسها قبل الدخول لايسقط بذلك مهرها ، حرة كانت أو أمة .

واختلف أصحاب الشافعي ، فقال أبو العباس : فيها قولان ، أحدهما يسقط حرة كانت أو أمة ، والآخر لايسقط حرة كانت أو أمة ، وهو اختيار المزني . وقال أبو اسحاق وغيره : يسقط مهر الاب ولايسقط مهر الحرة قولاً واحداً .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦٢ - قال الشيخ : اذا تزوج الرجل أمته كان له بيعها بلاخلاف واذا باعها كان بيعها طلاقها ، والمشتري بالخيار بين فسخ العقد وامضائه . وقال جميع الفقهاء : ان العقد بحاله .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٦٣ - قال الشيخ : الاب اذا كان فقيراً صحيحاً يجب على الولد نفقته ، ولايجب عليه اعفاه ، وبه قال أبو حنيفة وأكثر أهل العلم .
وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والآخر تجب نفقته واعفاه .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦٤ - قال الشيخ : يجوز للاب اذا كان فقيراً عادماً للطول أن يتزوج بأمة ابنته . وقال الشافعي : لايجوز .

والمعتمد الجواز اذا لم يظأها الابن ، سواء عدم الطول أو لم يعدمه ، لان المشهور عدم اشتراط عدم الطول في نكاح الاماء .

مسألة - ٦٥ - قال الشيخ : اذا كانت عنده زوجة فزنت ، لاينفسخ العقد والزوجة باقية ، وبه قال جميع الفقهاء .

وقال الحسن البصري : تبين منه ، وروي ذلك عن علي عليه السلام ، واستدل الشيخ

باجماع الفرقة ، مع أن ابن حمزة قال : ينفسخ نكاحها على قول بعض الاصحاب
وقال المفيد : يحرم عليه ولكن لا تبين الا بالطلاق .

والمشهور مذهب الشيخ ، وهو المعتمد .

مسألة - ٦٦ - قال الشيخ : اذا زنا بامرأة جاز له نكاحها فيما بعد ، وبه قال
هامة أهل العلم .

وقال الحسن البصري : لا يجوز . وقال أحمد : ان تابا جاز والا لم يجوز
وروي ذلك في أخبارنا^(١) .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة . والمراد به الزنا الذي ليس
في عدة ولا تحت بعل .

مسألة - ٦٧ - قال الشيخ : لاعدة على الزانية ، حاملا كانت أو حائلا ، ويجوز
لها أن تتزوج ، غير أنه ينبغي أن لا يطأها حتى يوضع أو تحيض حيضة استحباباً
وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي .

وقال مالك وأحمد وإسحاق : عليها العدة حاملا كانت أو حائلا . وقال أبو
يوسف وابن شبرمة وزفر : ان كانت حاملا فعليها العدة ، ولاعدة على الحائل .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦٨ - قال الشيخ : اذا حصل بين صبيين رضاع يحرم مثله ، فانه ينشر
الحرمة الى اخوتهما وأخواتهما ، والى من هو في طبقتها ومن فوقها من آبائهما
وقال جميع الفقهاء خلاف ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وقوله «لأن الرضاع يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٢) .

(١) تهذيب الاحكام ٣٢٧/٧ .

(٢) عوالي اللئالي ٤٤/١ ، برقم : ٥٥ .

مسألة - ٦٩ - قال الشيخ : كل امرأتين لايجوز الجمع بينهما في النكاح لايجوز الجمع بينهما في الوطى بملك اليمين ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال داود وأصحابه : يحل ذلك بملك اليمين .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٧٠ - قال الشيخ : اذا تزوج بامرأة حرمت عليه جميع امهاتها وان لم يدخل بها، وبه قال جميع الفقهاء الا أن للشافعي قولين ، ورووا عن علي عليه السلام أنه قال : لايحرم الام بالعقد ، وانما يحرم بالدخول كالرببية ، ولا فرق بين الطلاق والموت .

وقال زيد بن ثابت : ان طلقها جاز له نكاح الام، وان ماتت لم يحل له نكاح امها لجعل الموت كالدخول .

وقال ابن ابي عمير ومحمد بن بابويه من أصحابنا: لايحرم الاب بالدخول كالبنات . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧١ - قال الشيخ: اذا دخل بالام حرمت البنات، سواء كانت في حجره أو لم يكن، وبه قال جميع الفقهاء، وقال داود: ان كانت في حجره حرمت والا فلا . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٧٢ - قال الشيخ: اذا ملك امه فوطئها، ثم تزوج اختها، صح النكاح ^٢ وجرمت عليه الاولى ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال مالك : لايصح ، لان الاولى فراشه ، كما لو سبق النكاح . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧٣ - قال الشيخ: يجوز للرجل أن يجمع بين المرأة وامرأة أبيها اذا لم يكن امها ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال ابن ابي ليلى : لايجوز . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة -٧٤- قال الشيخ : اختلف روايات أصحابنا في الرجل اذا زنا بامرأة، هل يتعلق بهذا الوطىء تحريم نكاح أم لا؟ فروى أنه لا يتعلق به تحريم، ويجوز له أن يتزوج بناتها وامهاتها، وبه قال مالك والشافعي .

وروي أنه يتعلق به التحريم ، كما يتعلق بالوطىء المباح ، وهو الاكثر في الروايات ، وهو الذي اخترناه في النهاية ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأحمد . وقال أبو حنيفة : اذا نظر الى فرجها بشهوة ، أو قبلها بشهوة ، أو لمسها بشهوة ، فهو كما لو زنا بها في تحريم النكاح ، قال : ولو قبل ام امرأته بشهوة ، حرمت عليه امرأته ، ولو قبل رجل زوجة أبيه بشهوة انفسخ نكاحها .

والمعتمد أن الزنا السابق على العقد يحرم بنات المزني بها وامهاتها، وتحرم هي على أبي الزاني وابنه، وهو اختيار الشيخ في النهاية^(١)، وأبي الصلاح وابن زهرة وابن حمزة، والعلامة في المختلف^(٢)، وقواه فخر الدين في شرح القواعد واختاره ابن فهد في المقتصر^(٣) لأنه أحوط، ولأن حكم خطر النكاح عظيم ، واختار المفيد والسيد المرتضى وابن ادريس ، ونجم الدين في المختصر^(٤) ، والعلامة في الارشاد عدم التحريم ، ولم يختر في القواعد والتحرير شيئاً .

مسألة -٧٥- قال الشيخ: اذا فجر بغير غلام فأوقبه، حرمت عليه ام الغلام وبنته واخته ، وبه قال الاوزاعي ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة -٧٦- قال الشيخ: اللمس بشهوة مثل القبلة واللمس اذا كان مباحا او

(١) النهاية ص ٤٥٢ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٧٤ ، كتاب النكاح .

(٣) المقتصر في شرح المختصر - مخطوط .

(٤) مختصر النافع ص ٢٠١ .

لشبهة ، ينشر التحريم وتحريم الام وان علت والبنت وان نزلت ، وبه قال أكثر أهل العلم أبو حنيفة ومالك ، وهو المنصوص للشافعي ، وخرج أصحابه قولاً آخر أنه لا ينشر حرمة المصاهرة ، فالمسألة مشهورة بالقولين .

والمعتمد أنه لا ينشر التحريم ، وهو اختيار متأخري الأصحاب .

مسألة - ٧٧ - قال الشيخ : اذا نظر الى فرجها تعلق به تحريم المصاهرة ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : لا يتعلق به ذلك ، وهو المعتمد .

مسألة - ٧٨ - قال الشيخ : اذا زنا بامرأة وأنت ببنت يمكن أن تكون منه ، ثم تلحق به بلا خلاف ، ولا يجوز له أن يتزوجها ، وبه قال أبو حنيفة .

واختلف أصحابه فقال المتقدمون : لانها بنت من قد زنا بها ، والزنا يثبت به تحريم المصاهرة ، قال الشيخ : هذا قوي اذا قلنا الزنا ينشر تحريم المصاهرة ، وقال المتأخرون : وعليه المناظرة ، لانها مخلوقة من مائه . وقال الشافعي : يجوز له أن يتزوجها .

والمعتمد قول الشيخ ، لانها بنت المزني بها ، ولانها بنته لغة وان لم يلحق به شرعاً .

مسألة - ٧٩ - قال الشيخ : المحصلون من أصحابنا يقولون : لا يجوز نكاح من خالف الاسلام ، لا اليهود ولا النصارى ولا غيرهم . وقال قوم من أصحاب الحديث من أصحابنا : يجوز ذلك ، وأجاز جميع الفقهاء التزويج في الكتابيات . وأعلم أن البحث هنا في الدائم ، أما المنقطع فهو جائز عند الشيخ هنا ، نص عليه في آخر المسألة ، والذي أجاز نكاح الكتابيات بجميع أنواع النكاح من أصحابنا ابنا بابويه وابن أبي عقيل .

والذي منع منه بجميع أنواع النكاح السيد المرتضى والشيخ في كتابي الاخبار ،

وهو أحد قولي المفيد، وقواه ابن ادريس ، واختاره فخر الدين، قال: وهو الذي استقر عليه رأي والدي، وهو اختيار ابن فهد في كتابيه، وجوزه سلار وأبو الصلاح في المتعة وملك اليمين دون الدائم ، وهو ظاهر نجم الدين ، واستقر به العلامة في القواعد^(١) والتحرير^(٢). والاحوط المنع مطلقاً .

مسألة - ٨٠ - قال الشيخ : لا يجوز مناكحة المجوس بلا خلاف الا أبا ثور فانه قال : يحل مناكحتهم ، وغلط أصحاب الشافعي وقال أبو اسحاق : هذه مبنية على القولين ، فان قلنا انهم أهل كتاب جازت مناكحتهم والا فلا، وغلطه أبو حامد. والمشهور عند أصحابنا أن حكمهم حكم أهل الكتاب .

مسألة - ٨١ - قال الشيخ : لا يجوز للحر المسلم تزويج الامة الا بثلاثة شروط: ان تكون مسلمة ، وأن لا يجد طولاً، وان يخاف العنت، وبه قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يحل له الا بشرط واحد ، وهو أن لا يكون عنده حرة ، وبه قال قوم من أصحابنا . وقال الثوري : اذا خاف العنت حل ، سواء وجد طولاً أو لم يجد . وقال قوم : يجوز نكاحها مطلقاً كالحرة . والمعتمد ما حكاه عن قوم من أصحابنا ، وهو جواز نكاحها ما لم يكن عنده حرة ، فان كانت عنده اشترط رضاها قبل العقد ، أو اجازتها بعده .

مسألة - ٨٢ - قال الشيخ : اذا كانت عنده حرة وأذنت له فسي تزويج الامة جاز عند أصحابنا ، وخالف الفقهاء في ذلك ، وقالوا : لا يجوز وان أذنت . والمعتمد الجواز، واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٨٣ - قال الشيخ : يجوز للحر أن يتزوج بأمتين ولا يزيد عليهما . وقال الشافعي : لا يجوز له أكثر من واحدة ، ولو نكح اثنتين بعقد واحد

(١) قواعد الاحكام ١٨/٢ .

(٢) تحرير الاحكام ١٦/٢ .

بطل العقد .

وقال أبو حنيفة : اذا لم يكن تحته حرة ، جازله أن ينكح من الاماء ما جازله أن ينكح من الحرائر .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة - ٨٤ - قال الشيخ : للعبد أن ينكح أربع اماء أو حرتين ، أو حرة وأمتين ولا يجوز له أن ينكح أربع حرائر ، ولا أن ينكح أمة على حرة الا برضاها .

وقال الشافعي : له أن ينكح أمة وأمتين ، وله أن ينكح حرة على أمة وأمة على حرة .
وقال أبو حنيفة : اذا كان تحت حرة ، لم يجز نكاح الامة كالحرة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٨٥ - قال الشيخ : اذا تزوج الحر حرة وأمة في عقد واحد ، بطل العقد على الامة ، ولا يبطل على الحرة .

والمعتمد صحة عقد الحرة والامة ان أجازته ، وان أبطلته بطل .

مسألة - ٨٦ - قال الشيخ : اذا تزوج أمة لوجود الشرطين عدم الطول وخوف العنت ، ثم زال الشرطان أو أحدهما لم يبطل العقد ، وبه قال جميع الفقهاء .

وقال المزني : متى وجد الطول للحرة ، بطل عقد الامة .

والمعتمد عدم اشتراط أحد الشرطين ابتداءً ، فيسقط هذا الفرع .

مسألة - ٨٧ - قال الشيخ : متى تزوج حرة على أمة ، كانت الحرة بالخيار

بين الرضا بذلك وبين فسخ نكاح نفسها ان تكن عالمة بالامة حال العقد .

وقال جميع الفقهاء : العقد صحيح ، ولا يبطل احدهما الا احمد ، فانه قال :

متى تزوج حرة بطل نكاح الامة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

(١) تهذيب الاحكام ٣٣٤/٧ .

مسألة - ٨٨ - قال الشيخ : الصابئة لا تجرى عليهم أحكام أهل الكتاب ،
وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني أن الصابئة يجرى عليهم حكم النصارى
والسامرة يجرى عليهم حكم اليهود ، وهو أشهر قولييه .

والمعتمد قول الشيخ ، واحتج باجماع الفرقة .

مسألة - ٨٩ - قال الشيخ : لا يحل للمسلم نكاح أمة كتابية ، حرراً كان أو عبداً
وبه قال مالك والشافعي وأحمد . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك للمسلم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩٠ - قال الشيخ : اذا صرح بالتزويج للمعتدة ، ثم تزوجها بعد
خروجها من العدة ، لم يبطل النكاح وان فعل حراماً بذلك التصريح ، وبه قال
الشافعي وأبو حنيفة .

وقال مالك : متى صرح ثم فعل ، فسخت النكاح بينهما .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩١ - قال الشيخ : اذا تزوجها في عدتها مع العلم بذلك ولم يدخل
بها ، فرق بينهما وحرمت عليه أبدأ ، وبه قال مالك ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٩٢ - قال الشيخ : اذا تزوجها في حال احرامها جاهلاً ودخل بها ،
فرق بينهما ولم يحل له أبدأ . وكذا ان كان عالماً وان لم يدخل ، وخالف جميع
الفقهاء في ذلك .

والمشهور بين أصحابنا انها تحرم عليه مؤبداً مع العلم بالتحريم ، سواء ان
دخل أو لم يدخل ، ومع الجهل بالتحريم مؤبداً سواء دخل أو لم يدخل ، بل ينفسخ
ذلك العقد وله العقد عليها بعد الاحلال ، وهو المعتمد .

مسألة - ٩٣ - قال الشيخ : اذا طلقها تسع تطليقات للعدة يتزوجها بينها زوجان

حرمت عليه أبدأ ، وهو أحد الروایتين عن مالك ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٩٤ - قال الشيخ : كل موضع قلنا بالمنع من الخطبة على خطبة غيره ، بأن يكون قد أجابت ورضيت أو أجابت وليها ورضي ، فانه اذا خالف وفعل ، كان النكاح صحيحا ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال داود : النكاح باطل .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩٥ - قال الشيخ : اذا تزوج الكافر بأكثر من أربع ثم أسلم اختار منهن أربعاً ، سواء أسلمن أو لم يسلمن اذا كن كتابيات ، وان لم يكن كتابيات وأسلمن معه اختار أربعاً ، وان لم يسلمن لم يحل له واحدة منهن ، سواء تزوجهن بعقد واحد أو بعقود متعددة ، وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : ان كان تزوجهن بعقد واحد بطل نكاح الكل وان تزوج واحدة واحدة أو اثنتين اثنتين أو أربعاً أربعاً ، ثبت نكاح الاول وبطل نكاح البواقي ، وليس للزوج سبيل الى الاختيار .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٩٦ - قال الشيخ : اذا كانت عنده يهودية أو نصرانية ، وانتقلت الى دين لا يقر أهله عليه ، لا يقبل منها الا الاسلام أو الدين الذي خرجت منه .
وللشافعي ثلاثة أقوال : أحدها مثل قولنا ، والثاني لا يقبل الا الاسلام ، والثالث يقبل منها كل دين يقر أهله عليه .

والمعتمد أنه لا يقبل منها الا الاسلام ، وحكم نكاحها انفساخ العقد في الحال ان لم يدخل ، ووقوفه على انقضاء العدة ان دخل ، فان انقضت ولم تعد الى الاسلام انفسخ نكاحها .

مسألة - ٩٧ - قال الشيخ : اذا كانا وثنيين أو مجوسيين ، أو أحدهما مجوسياً

والاخر وثنياً فأيهما أسلم ، فان كان قبل الدخول انفسخ العقد في الحال ، وان كان بعده وقف على انقضاء العدة ، فان أسلم الاخر قبل انقضائها فالنكاح بحاله ، وهكذا اذا كانتا كتابيين فأسلمت الزوجة ، سواء كان في دار الحرب أو دار الاسلام ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : أن أسلمت الزوجة مثل قولنا ، وان أسلم الزوج وقع الفسخ في الحال ، سواء كان قبل الدخول أو بعده .

وقال أبو حنيفة: ان كان في دار الحرب وقف على مضي ثلاث حيض ان كانت من أهل الاقراء أو ثلاثة شهور ان كانت من أهل الشهور ، فان لم يسلم المتأخر منهما وقع الفسخ وكان عليها استيناف العدة ، سواء كان قبل الدخول أو بعده . وان كان في دار الاسلام يعقد دمه أو معاهده ، فمتى أسلم أحدهما لم يقع الفسخ في الحال ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ، ولا يقف على انقضاء العدة، فلو بقيا سنين ، فهما على النكاح لكنها لا يقران على الدوام على هذا النكاح، بل يعرض الاسلام على المتأخر منهما ، فان أسلم فهما على النكاح والافرق بينهما ، فان كان المتأخر هو الزوج فالفرقة طلاق، وان كان المتأخر الزوجة فالفرقة فسخ. والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٩٨ - قال الشيخ : اذا اختلفت الدار بالزوجين فعلا وحكما لم يتعلق به فسخ النكاح ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان اختلفت بهما فعلا وحكما وقع الفسخ في الحال ، وان اختلفت فعلا لاحكما أو حكما لافعلا ، فالنكاح بحاله ، أما اختلفا فهما فعلا وحكما فبأن يكونا ذميين في دار الاسلام فلحق الزوج بدار الحرب ونقض العهد ، فقد اختلفت الدار بهما فعلا ، لان أحدهما في دار الحرب ، وحكما أيضاً لان حكم الزوج حكم أهل الحرب يسبى ويسترق ، وحكم الزوجة حكم أهل الذمة في دار الاسلام

لاتسبى ولا تسترق .

وكذلك لو كان الزوجان في دار الحرب، فدخل الزوج الينا بعقد الذمة لنفسه أو دخل الينا فأسلم عندنا ، فقد اختلفت الدار بهما فعلا وحكماً وبانت الزوجة في الحال ، أما العدة فان دخل هو الينا مسلماً بانته زوجته التي في دار الحرب ولا عدة عليها في قولهم جميعاً .

وان كان الذي دخل الينا مسلماً هو الزوجة ، ولاعدة عليها على قول أبي حنيفة ان كانت حائلا ، وعليها العدة ان كانت حاملا . وقال أبو يوسف ومحمد: عليها العدة في كل حال ، لانها بانته في دار الاسلام .

وأما اختلفا بهما فعلا لاحكماً، فان يدخل الذمي دار الحرب في تجارة وزوجته في دار الاسلام ، أو يدخل الحربى الينا في تجارة وزوجته في دار الحرب ، فقد اختلفت بها فعلا لاحكماً ، فهما على النكاح بلاخلاف .

وأما اختلفا بهما حكماً لافعلا ، فان يسلم أحد الزوجين في دار الحرب، فقد اختلفت حكمها فان أحدهما يسبى ويسترق دون الآخر ، ولم يختلف بهما الدار فعلا فهما على النكاح ولا يقع الفسخ في الحال ، ويقف على انقضاء العدة ، فان انقضت ولم يسلم الآخر فقد وقع الفسخ، فالخلاف معهم اذا اختلفت الدار فعلا وحكماً هل يقع الفسخ أم لا ؟ والكلام في العدة هل تجب أم لا ؟
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٩٩ - قال الشيخ : اذا جمع بين الام والبنت حال الشرك في عقد

واحد ثم أسلم ، كان له امسك أيتها شاء ويفارق الاخرى .

وللشافعى قولان : أحدهما مثل قولنا ، وهو أقواهما عنده . والاخر يمسك

البنت ويخلي الام ، وهو اختيار المزنى ، وهو المعتمد ، وهو اختيار العلامة في

القواعد^(١) جزماً .

مسألة - ١٠٠ - قال الشيخ : اذا أسلم وعنده أربع زوجات اماء وهو واجد للطول ولا يخاف العنت ، جاز أن يختار ثنتين .

وقال الشافعي : ليس له أن يختار واحدة منهن . وقال أبو ثور: له أن يختار واحدة منهن ، كما له أن يختار واحدة اذا لم يكن واجداً للطول وخاف العنت . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠١ - قال الشيخ : اذا اعتقت الامة وهي تحت عبد، كان لها الخيار على الفور .

وللشافعي قولان : أحدهما على الفور ، والثاني على التراخي . وكم مدة التراخي فيه ثلاثة أقوال : أحدها ثلاثة أيام ، الثاني حتى يتمكن من الوطء أو تصرح بالرضا ، الثالث أن يكون منهما ما يدل على الرضا . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠٢ - قال الشيخ : المرتد على ضربين : أحدهما مرتد عن فطرة الاسلام ، وهذا يجب قتله وتبين امرأة في الحال وعليها عدة الوفاة ، والآخر من أسلم ثم ارتد وقد دخل بزوجه ، وهذا تبين زوجته اذا انقضت العدة ولم يعد الى الاسلام ، وان رجع في العدة فهما على النكاح ، وبه قال الشافعي ، لكنه لم يقسم المرتد .

وقال ابو حنيفة : يفسخ النكاح في الحال ولم يفصل .

والمعتمد التفصيل المذكور .

مسألة - ١٠٣ - قال الشيخ : انكحة المشركين صحيحة ، وبه قال الشافعي

والاوزاعي والثوري .

(١) قواعد الاحكام ١٩/٢ .

وقال مالك : أنكحتهم فاسدة وطلاقهم غير واقع ، فلو طلق المسلم زوجته الكتابية ، ثم تزوجت بمشرك ودخل بها لاتبيحها للمسلم .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٠٤ - قال الشيخ : اذا تزوج الكتابي مجوسية أو وثنية ، ثم ترافعوا اليها قبل الاسلام ، أقرناهم على نكاحهم ، وبه قال جميع أصحاب الشافعي .
وقال الاصطخري : لانقرهم .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠٥ - قال الشيخ : كل فرقة حصلت من جهة اختلاف الدين ، فهي فسخ لاطلاق ، سواء أسلم الزوج أولاً أو الزوجة ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : ان اسلم الزوج أولاً مثل قولنا ، وان أسلمت الزوجة أولاً عرض عليه الاسلام ، فان أبا فسحنا العقد بينهما .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠٦ - قال الشيخ : يكره اتيان النساء بأدبارهن وليس ذلك بمحظور وأكثر الفقهاء على تحريمه ، وعن مالك روايتان .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٠٧ - قال الشيخ : نكاح الشغار باطل ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد غير أن مالكا أفسده من حيث فساد المهر ، وأفسده الشافعي من حيث أنه ملك لبضع كل واحد من الشخصين .

وقال أبو حنيفة : نكاح الشغار صحيح ، وبه قال الثوري ، وانما فسد فيه المهر ، والنكاح لا يفسد بفساد المهر . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٠٨ - قال الشيخ : نكاح المتعة عندنا جائز مباح ، وصورته : أن يعقد عليها مدة معلومة بمهر معلوم ، وعليه اجماع الطائفة .

مسألة - ١٠٩ - قال الشيخ : اذا تزوج امرأة قد طلقها زوجها ثلاثاً ، بشرط أنه متى أحلها للأول طلقها كان التزويج صحيحاً والشرط باطلا ، وهو أحد قولي الشافعي ، والآخر العقد باطل ، وهو قول مالك ، وهو المعتمد ، لأنه عقد لم يحصل فيه التراضي بدون سلامة الشرط ، والمسألة مبنية على أن الشرط الفاسد هل يفسد العقد أم لا ؟

مسألة - ١١٠ - قال الشيخ : اذا نكحها معتقداً أنه يطلقها اذا أباحها ، أو أنه اذا أباحها فلا عقد بينهما ، أو اعتقدت هي أو الولي أو هما والولي ، ثم تعاقدتا من غير شرط كان مكروهاً ، ولا يبطل العقد ، وبه قال الشافعي .
وقال مالك : انه يبطل و - كى أبو اسحاق عن أبي حنيفة أنه يستحب ، لأنه يدخل السرور على الأول .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١١ - قال الشيخ : اذا نكحها نكاحاً فاسداً لا يحل للأول .
وللشافعي قولان : أحدهما لا يحل قاله في الجديد ، لأنه نكاح لا يثبت فيه الاحصان .
والآخر يحل قاله في القديم ، لأنه نكاح بلحق فيه النسب ويدرأ به الحد ، ويجب بالوطىء المهر .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١٢ - قال الشيخ : يفسخ النكاح عندنا بالعيب ، فالمرأة تفسخه بالعنة والجنون والعجب ، والرجل يفسخه بستة أشياء الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن والافضاء ، وفي أصحابنا من ألحق به العما وكونها محدودة ، ولا يحتاج معه الى الطلاق .

وقال الشافعي : يفسخ النكاح من سبعة ، اثنان يخص بالرجال العجب والعنت ، واثنان يخص بالنساء الرتق والقرن ، وثلاثة يشتركان فيها الجنون والجذام والبرص

وبه قال مالك .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : النكاح لا يفسخ بالعيب أصلاً ، لكن ان كان الرجل مجنوناً أو عنيماً ثبت لها الخيار .

والمعتمد أن عيوب الرجل خمسة باضافة الخصي والجدام الى ماعده الشيخ وعيوب المرأة الستة المذكورة .

مسألة - ١١٣ - قال الشيخ : اذا كان الرجل مسلولاً لكنه يقدر على الجماع غير أنه لا ينزل ، أو كان خنثى حكم له بالرجولية ، أو كانت المرأة خنثى حكم لها بالمرأة فانه لا يرد أحدهما بالعيب .

وللشافعي قولان : أحدهما لا خيار ، والثاني لها الخيار ، كذلك له الخيار . قلت : أما الحكم بالخنثى فالمعتمد ما قاله الشيخ ، وأما الخصي فالظاهر أن للمرأة الفسخ ، سواء أمكنه الجماع أولاً ، لان عدم الانزال عيب اذا صاحبه الخصي لما فيه من انقطاع النسل .

قال العلامة في القواعد : ولو وطىء الخصي ، فلها المهر كاملاً والفسخ . مسألة - ١١٤ - قال الشيخ : اذا دخل بها ثم وجد بها عيباً ، فلها المهر ويرجع على من دلسها وغره .

وللشافعي قولان : أحدهما ذكره في القديم مثل قولنا ، والاخر يستقر عليه ولا يرجع على أحد .

والمعتمد قول الشيخ ، فان كانت هي المدلسة رجع الا بأقل ما يمكن أن يكون مهراً ، ولا يرجع على الغار الا بعد أن يغرم للمرأة أو السيد ، لانه انما يرجع بما غرمه ، قاله صاحب القواعد^(١) . وكذا حكم الضمان والرجوع على الشاهد الراجع عن شهادته .

(١) قواعد الاحكام ٣٥١٢ .

مسألة - ١١٥ - قال الشيخ : اذا حدث بالرجل جب أو جنون أو جذام أو برص لم يكن في حال العقد، فانه لا يرد الا الجنون اذا لم يعقل أوقات الصلوات فانه يرد به . وقال الشافعي : يرد به قولاً واحداً .

والمعتمد أن الجب والجنون ان كان أدواراً يبيحان الفسخ ، وان تجددا بعد الوطء وكذا الجذام على القول بأنه عيب .

مسألة - ١١٦ - قال الشيخ : اذا حدث بالمرأة أحد العيوب التي يرد به ولم يكن حالة العقد ، فانه يثبت به الفسخ .

وللشافعي قولان : أحدهما لاختيار له قاله في القديم ، والاخر له الخيار قاله في الجديد .

والمعتمد عدم الفسخ، وهو مذهب ابن ادريس ونجم الدين والعلامة وفخر الدين .

مسألة - ١١٧ - قال الشيخ : اذا دخل بها مع العلم بالعيب ، فلا خيار له بعد ذلك بلا خلاف ، فان حدث بعد ذلك فيها عيب آخر فلا خيار له .

وقال الشافعي : ان كان الحادث في مكان آخر ثبت به الخيار، وان كان الحادث زيادة في المكان الذي كان فيه فلا خيار له، وهذا تفريع على ثبوت الفسخ بالمتجدد بعد العقد ، وعلى القول به فالعمل على ما قاله الشافعي ، وهو اختيار العلامة في القواعد .

مسألة - ١١٨ - قال الشيخ : اذا تزوجها على أنها مسلمة فبانت كتابية ، كان العقد باطلا .

وللشافعي قولان : أحدهما يبطل ، والاخر يصح . والمعتمد قول الشيخ، لظهور كفرها، فلو تراضيا به ماصح عندنا، فمع الغرور

أولى .

مسألة - ١١٩ - قال الشيخ : اذا عقد على أنها كتابية فبانت مسلمة كان العقد باطلا، ومن أجاز نكاح الكتابيات من أصحابنا يجب أن يقول العقد صحيح ولا خيار . وللشافعي قولان : أحدهما باطل ، والثاني أنه صحيح . فاذا قال صحيح هل له الخيار أولا ؟ قال : ليس له الخيار قولا واحداً .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه أوقع عقداً يعتمد بطلانه فيكون باطلاً أما على قول من يجيزه فالعقد صحيح ولا خيار ، وكذا لو كان متعة على القول بجواز المتعة . مسألة - ١٢٠ - قال الشيخ : اذا عقد الحر على امرأة على أنها حرة فبانت أمة فالعقد باطل .

وللشافعي قولان : أحدهما الصحة ، والثاني البطلان . والمعتمد الصحة وثبوت الخيار .

مسألة - ١٢١ - قال الشيخ : بيع الامة طلاقها . وقال الفقهاء أجمع : النكاح بحاله ويقوم المشتري مقام البايع في ملك رقبته .

والمعتمد ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ والامضاء .

مسألة - ١٢٢ - قال الشيخ : اذا أعتقت الامة تحت حر ، فالظاهر من روايات أصحابنا أن لها الخيار ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، وفي بعض روايات أصحابنا لا خيار لها ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك . والمعتمد ثبوت الخيار .

مسألة - ١٢٣ - قال الشيخ : العنة عيب ويثبت لها الخيار ، ويضرب لها المدة سنة ، فان جامع فيها والافرق بينهما ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال الشافعي : لأعلم خلافاً فيه . وقال الحكم : لا يضرب له مدة ولا يفسخ به النكاح ، وبه قال أهل الظاهر .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٢٤ - قال الشيخ : فسخ العنين ليس بطلاق ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة ومالك : هو طلاق .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٢٥ - قال الشيخ : اذا قال انه عنين ، فتزوجته على ذلك ، فظهر
كما قال لم يكن لها الفسخ بعد ذلك .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا قاله في القديم ، والاخر لها الفسخ قاله في
الجديد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢٦ - قال الشيخ : اذا كان له أربع نسوة ، فعن عن واحدة ولم
يعن عن الثلاث لم يكن لها الخيار ولا يضرب لها الاجل .

وقال الشافعي : لها حكم نفسها ، ويضرب لها الاجل ، ويثبت لها الخيار .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٢٧ - قال الشيخ : اذا اختلفا في الاصابة ، بأن قال أصبتها وأنكرت
فان كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه عند أبي حنيفة وأصحابه والشافعي .

وقال الاوزاعي : يخلى بينهما ويكون بالقرب منهما امرأتان من وراء الحجاب
فاذا قضى وطره بادرتا اليها ، فان كان الماء في فرجها فقد جامعها ، وان لم يكن
فما جامعها ، ومثله قول مالك الا أنه أقتصر على امرأة واحدة .

وروى أصحابنا أنها تؤمر المرأة ان يحشى قبلها خلوقاً ، فاذا ظهر على ذكره
أثر الخلق علم أنه أصابها والا فلا ، وهذا هو المعول عليه .

والمعتمد أن القول قوله مع يمينه ، ولا يعول على الرواية ، وهو اختياره
في النهاية^(١) ، واختيار ابن أبي عقيل ونجم الدين والعلامة .

مسألة - ١٢٨ - قال الشيخ : العزل عن الحرة لا يجوز الا برضاها ، ومتى
 عزل بغير رضاها أثم ، وكان عليه عشر دية الجنين عشرة دنانير .
 وللشافعي وجهان : أحدهما أنه محظور مثل قولنا ، غير أنه لا يوجب الدية
 والمذهب أنه مستحب وليس بمحظور .

والمعتمد أنه مكروه وان قلنا بوجوب الدية، كما هو مشهور بين الأصحاب .
 مسألة - ١٢٩ - قال الشيخ: اذا تزوج الحر بأمة فرزق منها ولدأ كان حراً .
 وقال الشافعي : ان كان عربياً فالولد على قولين : أحدهما يكون حراً ، وبه
 قال أبو حنيفة ، والاخر يكون رقاً . وان كان غير عربي فهو رق قولاً واحداً .
 والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٣٠ - قال الشيخ : اذا غاب رجل عن امرأته فقدم رجل ، فقال
 لها انه طلقها طلاقاً بانته منه ، وذكر لها أنه وكله في استئناف النكاح عليها وان
 تصدقها ألفاً يضمنها لها ففعلت ذلك، ثم قدم الزوج وأنكر الطلاق والوكالة، فالقول
 قوله والنكاح الاول بحاله والثاني لا ينعقد ، ولا يلزم الوكيل ضمان ما ضمنه ، وبه
 قال أبو حنيفة والشافعي، على ما حكاه عنه الساجي . وقال في الاملاء: على الوكيل
 نصف المسمى .

وقال مالك وزفر : يلزمه ضمان ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، لان النكاح الاول باق فلاوجه لما قالوه .

كتاب الصداق

مسألة - ١ - قال الشيخ : اذا عقد على مهر فاسد ، مثل الخمر والخنزير والميتة وما أشبهه ، فسد المهر ولم يفسد النكاح ، ووجب لها مهر المثل ، وبه قال جميع الفقهاء ، الا مالكا فانه عنه روايتين : احديهما مثل قولنا ، والاخرى يفسد النكاح وبه قال قوم من أصحابنا .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : المهر ما تراضيا عليه مما يصح أن يكون ثمناً لمبيع أو أجرة لمكثري ، قليلا كان أو كثيراً ، وبه قال الشافعي وأحمد .

وقال مالك : يتقدر بأقل ما يجب فيه القطع ، وهو ثلاثة دراهم .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : يتقدر بعشرة دراهم ، فان عقد النكاح على أقل من عشرة وصحت التسمية وكملت عشرة ، فيكون كأنه عقد بعشرة ، وهذه التسمية تمنع وجوب مهر المثل .

وقال زفر : يسقط المسمى ويجب مهر المثل ، وهو القياس على قولهم . وقال ابن شبرمة : أقله خمسة الدراهم . وقال النخعي : أقله أربعون درهما . وقال سعيد ابن جبير : أقله خمسون درهماً .

فالمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة ٣- قال الشيخ : يجوز أن يكون منافع الحر مهراً ، مثل تعليم قرآن أو شعر مباح أو بناء أو خياطة ثوب ، أو غير ذلك مما له أجره ، واستثنى أصحابنا الاجارة فقالوا : لا يجوز ، لانه كان يختص بموسى عليه السلام ، وبه قال الشافعي ، ولم يستثن الاجارة بل أجازها .

ومنع من ذلك أبو حنيفة وأصحابه وقالوا : لا يجوز أن يكون منافع الحر مهراً ، وعندهم لا يكون المهر الا مالا أو ما يوجب تسليم المال كسكنى دار أو خدمة عبد سنة مثلاً .

والمعتمد الجواز مطلقاً الاجارة وغيرها ، والمراد بالاجارة الممنوع منها اجارة الزوج نفسه مدة معينة ، أما الاجارة على عمل مضمون في الذمة ، كتعليم السورة وبناء البيت وخياطة الثوب وما أشبه ذلك ، فهو جائز قطعاً عند أصحابنا .
مسألة ٤ - قال الشيخ : اذا أصدقها تعليم سورة ، فلقنها فلم يحفظ شيئاً أو حفظها غيرها ، أو أصدقها عبداً فهلك قبل القبض ، كان لها بدل الصداق وهو أجره مثل تعليم السورة وقيمة العبد ، وبه قال الشافعي في القديم . وقال في الجديد يسقط المسمى ويجب مهر المثل .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٥ - قال الشيخ : اذا أصدقها تعليم سورة ، ثم طلقها قبل الدخول وقبل تعليمها ، جاز أن يلقنها النصف الذي استقر عليه .
وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر ليس له ذلك ، لانه لا يؤمن الافتنان بها .

والمعتمد أن لها نصف أجره المثل ان كان الطلاق قبل الدخول ، وجميع

اجرة المثل ان كان الطلاق بعده، وهو اختيار العلامة، وعلى القول بالتعليم تقسم الايات بالحروف، قاله صاحب التحرير^(١).

مسألة ٦- قال الشيخ: اذا أصدقها صداقاً ملكته بالعقد كله، وكان من ضمانه ان تلف قبل القبض، ومن ضمانها ان كان التلف بعده، فان دخل استقر وان طلقها قبل الدخول رجع بنصف العين دون النمی، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي. وقال مالك: يملك النصف بالعقد، فان قبضه كان نصف الزوج في يدها أمانة لا يضمن الا مع التفريط.

والمعتمد قول الشيخ.

مسألة ٧- قال الشيخ: ليس للمرأة التصرف في الصداق قبل القبض، وبه قال جميع الفقهاء. وقال بعضهم: لها ذلك، وهذا هو المعتمد، جزم به أكثر الاصحاب.

مسألة ٨- قال الشيخ: اذا أصدقها شيئاً بعينه، كالثوب والعبد والبهيمة، ثم تلف قبل قبضه فالنكاح بحاله، ولها مثل العين ان كان له مثل، وقيمه ان لم يكن له مثل.

والشافعي قولان: أحدهما مثل قولنا قاله في القديم، والاخر يكون لها مهر المثل قاله في الجديد وعليه أكثر أصحابه. والمعتمد قول الشيخ.

مسألة ٩- قال الشيخ: اذا أصدقها عبداً مجهولاً أو داراً مجهولة روى أصحابنا أن لها عبداً وسطاً وداراً وسطاً.

وقال الشافعي: يبطل المسمى ويجب لها مهر المثل، واختاره فخر الدين وهو المعتمد. والمشهور عند أصحابنا قول الشيخ، وادعى عليه الاجماع.

مسألة -١٠- قال الشيخ : اذا أصدقها خلا فبان خمراً ، كان لها قيمة الخمر عند مستحليه .

وقال الشافعي : يبطل المسمى ولها مهر المثل ، وهو المعتمد ، وهو اختيار العلامة في القواعد^(١) .

مسألة -١١- قال الشيخ : اذا عقدا في السر بمهر ذكراه ، وعقدا في العلانية بخلافه ، فالمهر هو الاول . وللشافعي قولان ، الا شهر الذي عليه أصحابه مثل قولنا وقال المزني : العلانية أولى وذكر أنه نص الشافعي .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة -١٢- قال الشيخ : اذا تزوج بأربع نسوة بعقد واحد ممن له الولاية عليهن ، فالنكاح صحيح ، وكذلك عند الشافعي . وقال المزني : العقد باطل والمهر عندنا صحيح ، وعند الشافعي على قولين .

وهكذا لو خالعهن دفعة واحدة بعقد واحد بألف صح الخلع بلاخلاف ، والبذل عنده على قولين ، وكذا لو كان له أربعة أعبد فكاتبهم بألف الى نجمين ، صح عندنا وعنده في صحة الكتابة قولان ، فالقولان في الكتابة في أصل العقد ، وفي النكاح والخلع في البذل دون العقد .

والمعتمد صحة الجميع ، ويقسط ذلك على مهر المثل وقيمة المثل .

مسألة -١٣- قال الشيخ : اذا زوج الرجل ابنة الصغير على مهر معلوم ، فان كان الولد موسراً تعلق المهر بذمة الولد ولزمه في ماله بلاخلاف ، وان كان معسراً تعلق في ذمته ويكون الاب ضامناً . وللشافعي في ضمان الاب قولان .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة -١٤- قال الشيخ : اذا تزوج المولى عليه لسفه أو صغر بغير اذن وليه

كان النكاح باطلا بلاخلاف ، فان دخل بها لم يلزمه المهر .
 وللشافعي قولان : أحدهما عندهم مثل قولنا ، وقال في القديم : يلزمه مهر
 المثل ، واجازه العلامة في القواعد والتحرير ، وهو المعتمد .
 واعلم أن السفية لا يزوجه وليه الا مع الحاجة ، ولا يزيد على واحدة ، ولو لم
 يزوجه مع الحاجة زوجه الحاكم ، وكذا لو لم يكن له ولي ، فانه يزوجه الحاكم .
 قال صاحب القواعد : المحجور عليه للسفه لا يتزوج الا مضطراً ، فان تزوج
 من غير حاجة كان العقد فاسداً ، ومع الحاجة يأذن له الحاكم فيه مع تعيين الزوجة
 وبدونه ، وليس الاذن شرطاً ، فان زاد عن مهر المثل بطل الزائد .
 ثم قال في موضع آخر من الكتاب : والسفيه لا يجبر لانه بالغ ، ولا يستقل
 لانه سفية ، لكن يتزوج باذن الولي مع الحاجة ، ولا يزيد على مهر المثل ، فان تزوج
 بغير اذن بطل ، فان وطئ ووجب مهر المثل على اشكال ، ولو لم يأذن له الولي مع
 الحاجة أذن السلطان ، فان تعذر ففي صحة استقلاله نظر^(١) . ففي الاول قال : وليس
 الاذن شرطاً ، وفي الثاني قال : وفي صحة استقلاله نظر ، مع أن المسألة واحدة
 وقد يكون الفرق وجود الولي في الثانية وعدم وجوده في الاولى ، وهو متجه .
 مسألة - ١٥ - قال الشيخ : المفوضة اذا طلقها زوجها قبل الفرض وقبل الدخول
 بها ، فلامهر لها لكن يجب لها المتعة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي .
 وقال مالك : لامهر لها ولا نفقة ، ويستحب أن يمتعها استحباباً .
 والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بقوله تعالى « لاجنح عليكم ان تطلقتم النساء
 ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة وتمسوهن على الموسر قدره وعلى المقتر
 قدره »^(٢) .

(١) قواعد الاحكام ٦/٢ .

(٢) سورة البقرة : ٢٣٦ .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : المتعة على الموسر خادم ، وعلى الأوسط ثوب أو مقنعة ، وعلى الفقير خاتم وما أشبهه .

وقال الشافعي : المستحب من ذلك خادم ، فان لم يقدر فمقنعة ، فان لم يقدر فثلاثون درهماً ، والواجب منه ما يراه الامام ومن أصحابه من قال : أقلها ما يقع عليه الاسم ولو كان قيراطاً ، والاول أظهر ، والاعتبار باليسار في الرجل دونها . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني الاعتبار بيسارها واعسارها وجمالها لانه يدل على مهر مثلها .

وقال أبو حنيفة : قدر المتعة ثلاثة أثواب درع وخمار وملحفة تمام ثيابها ، فان كان نصف مهر مثلها أقل من ذلك نقصنا منه ما نشاء ما لم يبلغ النقص الى أقل من خمسة دراهم وهو نصف أقل ما يكون صداقاً ، فكأنه قال : لا ينقص عن خمسة دراهم . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : مفوضة البضع اذا فرض لها المهر بعد العقد فان اتفقا على قدر المهر مع علمها بقدر مهر المثل ، أو ترفعا الى الحاكم ففرض لها المهر ، كان كالمسمى بالعقد تملك المطالبة به ، فان دخل بها أو مات استقر ذلك وان طلقها قبل الدخول سقط نصفه ولها نصفه ولا متعة عليه ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : اذا فرض لها وطلقها قبل الدخول سقط المفروض ووجب المتعة ، كما لو طلقها قبل الفرض . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا مات أحدهما قبل الدخول وقبل الفرض فلامهر لها ، وبه قال مالك والأوزاعي ، وهو أحد قولي الشافعي ، والآخر لها مهر مثلها ، وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد .

والمعتمد قول الشيخ ، لان مهر المثل عندنا لا يجب بالعقد ، وانما يجب

بالدخول مع التفويض، أو فساد العقد، أو الوطء بالشبهة، أو الاكراه على الزنا .
مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا اتفقا على مقدار ما ، أو شبيء بعينه مع الجهل
بمبلغ مهر المثل ، صح ما اتفقا عليه .

وللشافعي قولان : أحدهما يصح قاله في القديم والاملاء ، والثاني لا يصح
قاله في الام .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : مفوضة المهر هو أن يذكر مهرأ ولا يذكر مبلغه
مثل أن يقول : زوجتك على أن يكون المهر ماشئنا أو ماشاء أحدنا ، فاذا تزوجها على
ذلك فان قال على ماشئت أنا فمهما قال وجب عليها الرضا به ، قليلا كان أو كثيراً ، وان
قال على ماشئت أنت لزمه أن يعطيها ما قالت مالم تزيد على خمسمائة درهم . وقال
الفقهاء كلهم : يلزمه مهر المثل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : ان دخل بمفوضة المهر ، استقر ما يحكم به واحد
منهما على ما فصلناه ، وان طلقها قبل الدخول وجب نصف ما يحكم به واحد منهما .
وعند الشافعي يستحق نصف مهر المثل ، وعند أبي حنيفة يسقط بالطلاق قبل
الدخول ويستحق المتعة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : حكم الصغيرة اذا زوجها وليها الذي له الاجبار
على النكاح مفوضة حكم الكبيرة ، ولا يجب مهر المثل بنفس العقد .
وقال الشافعي : ههنا يجب مهر المثل بنفس العقد .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، لاعتبار المصلحة المنوطة بنظر الولي ، فيصح

التفويض .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : مهر المثل في الموضع الذي يجب يعتبر بنساء أهلها ، من امها وخالتها وعمتها وغير ذلك ، ولا يجاوز بذلك خمسمائة درهم .
وقال الشافعي : يعتبر بنساء عصبته دون نساء أرحامها ، ونساء بلدها ، ونساء عصابات أحواتها وبنات الاخوة وعماتها وبنات الاعمام وعمات الاب وبنات أعمام الاب وعلى هذا أبدا .

وقال مالك : يعتبر بنساء بلدها . وقال أبو حنيفة : يعتبر بنساء أهلها من العصبات غيرهم ومن أرحامها . وقيل : هذا مذهب ابن أبي ليلى ، ومذهب أبي حنيفة مثل مذهب الشافعي .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار ابن ادريس ، والعلامة في المختلف^(١) والتحرير^(٢) ، وجزم في القواعد بعدم اعتبار الام ، قال : لانها ليست من نسبها^(٣) ، واستشكل في اعتبار العصبات .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : اذا اختلفا في قدر المهر ، مثل أن قال الزوج : تزوجتك بألف فقالت : بل بألفين ، أو في جنسه مثل أن قال : تزوجتك بألف درهم فقالت : بل بألف دينار ، فالقول قول الزوج ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ، وبه قال النخعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى .

وقال أبو حنيفة والشافعي : يتحالفان ويجب مهر المثل . وقال مالك : ان كان الاختلاف بعد الدخول ، فالقول قول الزوج لانه عازم ، وان كان قبل الدخول تحالفا كما قاله الشافعي ، الا انه قال : اذا تحالفا بطل النكاح ، بناءً على أصله من أنه اذا فسد المهر بطل النكاح .

(١) مختلف الشيعة ص ١٠٠ كتاب النكاح .

(٢) تحرير الاحكام ٣٥/٢ .

(٣) قواعد الاحكام ٣٩/٢ .

وقول الشيخ هو المشهور عند الاصحاب ، وجزم به العلامة في التحرير^(١).
وقال في القواعد بعد أن أفتى بقول الشيخ هذا: وليس بيعيد من الصواب تقديم
من يدعى مهر المثل، فان ادعى النقصان وادعت الزيادة تحالفا وردا اليه، ولو
ادعى الزيادة عليه المختلفة احتمال تقديم قوله، لانه أكثر من مهر المثل ومهر المثل
ولو ادعى النقصان احتمال تقديم قولها ومهر المثل^(٢). هذا كلامه في القواعد وفيه
قوة .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : اذا تحالفا فسد المهر عندهم ، وجب لها مهر
المثل على كل حال ، عند جميع أصحاب الشافعي الا ابن خيران ، فانه قال: ان
كان ما ادعت المرأة قدر مهر مثلها أو أكثر ، وجب لها مثل المثل . وان ادعت
أقل من مهر مثلها ، لزمه ما تدرهه .

وقال أبو حنيفة ومحمد : ان كان مهر مثلها مثل ما قال الزوج أو أقل فلها مهر
مثلها ، وان كان مثل ما ادعت أو أكثر فلها ما ادعت ، وان كان مهر مثلها فوق ما قال
الزوج ودون ما قالت ، فلها مهر مثلها .

وهذا التفصيل هو الذى ذكره صاحب القواعد، الا ان هؤلاء أوجبوا التحالف
فى جميع الصور ، وصاحب القواعد لم يوجب التحالف الا فى صورة ما
اذا ادعت أكثر من مهر المثل وادعى هو أقل منه . أما باقى الصور تحلف من كان
القول قوله دون الآخر .

قال الشيخ: وهذا التفصيل سقط عنا ، لما بيناه فى المسألة الاولى ، لانه مبنى
على التحالف .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : اذا اختلفا فى قبض المهر فالقول قولها ، سواء

(١) تحرير الاحكام ٣٩/٢ .

(٢) قواعد الاحكام ٤٤/٢ .

كان قبل الزفاف أو بعده ، قبل الدخول أو بعده ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي .

وقال مالك : ان كان بعد الزفاف ، فالقول قوله ، وان كان قبله فالقول قولها .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : اذا أمهرها ألفاً فأعطاها ألفاً ، واختلفا فقال : قلت خذيه مهرأ ، وقالت : قلت خذيه هدية ، أو قالت خذيه هبة ، فالقول قول الزوج على كل حال ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال مالك : أن كان المقبوض مما جرت العادة بهدية مثله كالمقنعة والخاتم فالقول قولها ، والا فالقول قوله .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : اذا تزوج امرأة ودخل بها ثم خالها ، فلزوجها نكاحها في عدتها ، فان فعل وأمهرها مهرأ ثم دخل بها استقر المهر ، وان طلقها قبل الدخول ثبت نصف المهر ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : لا يسقط شيء ، ولها المهر كله .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : اذا أصدقها ألفاً على أن لا يبيها ألفاً ، فالنكاح صحيح بلاخلاف ، وماسماها لها يجب عليه الوفاء به ، وماسماها لا يبيها فهو بالخيار .
وقال الشافعي : المهر فاسد ولها مهر المثل ، هذه نقلها المعزني من الام .
وقال في القديم : لو أصدقها ألفاً على أن لا يبيها ألفاً ولا مهرها كان الكل للزوجة وبه قال مالك .

قال ابن الجنييد من أصحابنا : ويعم ما قال ان شرطته الزوجة في نفس العقد لزم ، لانه صار بعض الصداق ، وهذا هو المعتمد ، والعلامة في القواعد تابع الشيخ

هنا ، قال : ولو سمي لها شيئاً ولايها شيئاً لزم مسمائها خاصة ، ثم قال : ولو أمهرها شيئاً وشرط أن يعطى أباهما منه شيئاً قبل لزم الشرط^(١).

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : اذا أصدقها ألفاً ، وشرط أن لايسافر بها ولايتزوج عليها ، كان النكاح صحيحاً والصداق صحيحاً والشرط باطلا .

وقال الشافعي : النكاح صحيح ، والصداق فاسد ، ويجب مهر المثل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اذا أصدقها داراً ، وشرط في الصداق ثلاثة أيام

شرط الخيار ، صح الصداق والشرط معاً والنكاح صحيح .

وللشافعي في صحة النكاح قولان : أحدهما يبطل ، والاخر يصح ، فاذا قال :

يصح فله في الصداق ثلاثة أوجه : أحدها يصح المهر والشرط كما قلناه ، والثاني

يبطلان معاً ، والثالث يبطل الشرط دون الصداق .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : الذي بيده عقدة النكاح هو الاب أو الجد ، وبه

قال مالك وأحمد والشافعي في القديم ، الا ان عندنا له أن يعفون بعضه وليس

له العفون الجميع . وقال في الجديد : هو الزوج ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٢).

واعلم انما تصح عفو الولي بشروط :

الاول أن تكون المرأة صغيرة ، سواء كان بكرأ أو ثيباً .

الثاني أن لا يكون الزوج قد وطأها ، لان بالوطىء يتلف بذل المهر .

الثالث أن يكون بعد الطلاق ولايصح قبله .

(١) قواعد الاحكام ٢٨/٢ .

(٢) تهذيب الاحكام ٣٩١/٧ .

الرابع أن يكون العفو عن بعض النصف لاعنه كله .

الخامس كون الولي أباً أو جداً له دون غيرهما .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : اذا أصدقها صداقاً ، ثم وهبته له ، ثم طلقها قبل الدخول ، فله أن يرجع عليها بنصفه ، وبه قال الشافعي في الجديد ، وهو أصح القولين عندهم . وقال في القديم : لا يرجع ولا فرق بين أن يهبه له قبل القبض أو بعده .

وقال أبو حنيفة: ان وهبته له بعد القبض رجع عليها بالنصف ، وان كان قبله لا يرجع بشيء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : اذا أصدقها عبداً ، فوهبت له نصفه ، ثم طلقها قبل الدخول ، فانه يرجع عليها بنصف العبد .

وللشافعي ثلاثة أقوال : أحدها لا يرجع بشيء ، وبه قال أبو حنيفة ، الثاني يرجع بنصف الموجود وهو ربع العبد ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، الثالث يرجع بالنصف الباقي كما قلناه ، وهو المعتمد .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : اذا زوج الاب أو الجد من له اجبارها على النكاح بدون مهر المثل ، ثبت المسمى ولا يجب مهر المثل ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : يبطل المسمى ويجب مهر المثل .

والمعتمد قول الشيخ ، ان كان الزواج لمصلحة ، والافسد المسمى ، ومع فساده استشكل العلامة فساد العقد من التمسك بالعقد الذي لا يشترط فيه المهر ولا ذكره ومن بعد الرجوع الى مهر المثل دون رضاها وما تبعابه ، هكذا قاله في باب المهور من القواعد ، ثم قال : والاقوى أن مع فساد المسمى يثبت الخيار في

فسخ العقد وامضائه^(١) انتهى كلامه . وهو جيد .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : اذا وجب لها مهر المثل فأبرأته منه ، فان كانت عالمة بمقداره صح البراء ، وان لم يكن عالمة لم يصح ، وكذا ضمان المجهول لا يصح ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ضمان المجهول والبراء من المجهول يصحان ، وبه أفتى العلامة في التحرير^(٢) ، وهو المعتمد .

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ : اذا سمى الصداق ودخل بها قبل أن يعطيها شيئاً لم يكن لها بعد ذلك الامتناع من تسليم نفسها حتى يستوفي ، بل لها المطالبة بالمهر ويجب عليها تسليم نفسها ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لها أن تمتنع ، لان المهر مقابل كل وطئ في النكاح .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : اذا أصدقها ألفاً ، ثم خالعتها على خمسمائة قبل الدخول ، فانه يسقط عنه جميع المهر .

وقال الشافعي : اذا أصدقها شيئاً وخالعته قبل الدخول على بعضه ، فما بقي فعليه نصفه ، وظاهره ان لها نصف الخمسمائة الباقية .

واختلف أصحابه على ثلاث طرق ، قال أبو اسحاق : معناه أنه يصير الجميع له مثل ما قلناه ، وقال ابن خيران : ينعقد الخلع بمائتين وخمسين ، ويسقط عن الزوج مائتان وخمسون ، ويبقى خمسمائة يسقط عنه نصفها ويبقى عليه نصفها ، ومن أصحابه من قال : الفقه على ما قاله ابن خيران وخالفه في التعليل .

والمعتمد قول الشيخ .

(١) قواعد الاحكام ٢/٣٨ - ٣٩ .

(٢) تحرير الاحكام ٢/٣٩ .

مسألة - ٣٩ - قال الشيخ: من وطىء امرأة فأفضاها، ومعنى ذلك صير مجرى البول ومدخل الذكر واحداً ، فان كان قبل تسع سنين لزمه نفقتها مادامت حية ، وعليه مهرها وديتها كاملة ، وبعد تسع سنين لم يكن عليه شيء غير المهر ، هذا اذا كان في عقد صحيح أو عقد شبهة ، فأما اذا كان مكرهاً لها ، فانه يلزمه ديتها على كل حال ولا مهر لها ، وسواء كان البول مستمسكاً أو مسترسلاً .

وقال الشافعي : عليه ديتها ومهرها ، ولم يفصل بين التسع وبعدها .

وقال أبو حنيفة: لا يجب بأفضاء الزوجة شيء ، وان كانت اجنبية نظرت ، فان كان في نكاح فاسد ، فان كان البول مسترسلاً فلها مهر مثلها ولها كمال الدية ، وان كان مستمسكاً فلها المهر وثلث الدية كالجائفة . وان أكره امرأة على هذا ، فلا مهر لها ولها الدية كما قلناه . وقال مالك : عليه حكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٤٠ - قال الشيخ: اذا طلقها بعد أن خلا بها وقبل أن يمسه، اختلف الناس على ثلاث مذاهب :

أحدها : أن وجود هذه الخلوة وعدمها سواء، وهو الظاهر من روايات أصحابنا وبه قال الشافعي وأبو ثور .

الثاني : ان هذه الخلوة كالدخول يستقر بها المسمى ويجب عليها العدة ، وبه قال قوم من أصحابنا وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي في القديم .

الثالث: ان كانت خلوة تامة، فالقول قول من يدعي الاصابة، وبه قال مالك. والمعتمد الاول، وهو اختيار نجم الدين والعلامة في أكثر كتبه وفخر الدين فان ادعت الاصابة بعد الخلوة ، فالقول قوله على ما هو مشهور بين الاصحاب ، وقيل: القول قولها، واختاره ابن فهد في كتابه، لان الظاهر من حال الصحيح السليم اذا خلى بالزوجة المواقعة .

والمعتمد هو المشهور .

مسألة - ٤١ - قال الشيخ : المدخول بها اذا طلقها لامتنعة لها سواء سمي لها مهراً أو لم يسم ، فرض لها أو لم يفرض ، وبه قال أبو حنيفة .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا قاله في القديم ، والآخر لها المتعة قاله في الجديد ، وروى ذلك قوم من أصحابنا ، إلا أنهم قالوا هذه متعة مستحبة .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٢ - قال الشيخ : الموضع الذي يجب فيه المتعة أو يستحب فإنها يثبت ، سواء كان الزوج حراً أو عبداً ، وسواء كانت الزوجة حرة أو أمة ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال الأوزاعي : ان كانا عبيدين أو أحدهما فلا متعة .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٤٣ - قال الشيخ : كل فرقة تحصل بين الزوجين ، سواء كان من قبله أو قبلها أو قبلهما أو قبل أجنبي ، فلا تجب لها متعة إلا الطلاق .
وقال الشافعي : ان كانت الفرقة من جهته بطلاق أو ارتداد أو اسلام ، أو من جهتهما مثل الخلع واللعان ، أو من جهة أجنبي مثل أن يرضع المرأة أم الزوج ، أو من يجري مجراها ممن يحرم عليه تزويجها ، فإنه يجب لها المتعة ، وإنما يسقط المتعة اذا كان بشيء من جهتها .

والمعتمد قول الشيخ ، لان المتعة انما أوجبها للمطلقات ، والحق غير الطلاق بهن قياس لا نقول به .

مسألة - ٤٤ - قال الشيخ : اذا أصدقها انائين فأنكسر أحدهما ، ثم طلقها قبل الدخول ، كان لها نصف الموجود ونصف قيمة التالف .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والآخر هي مخيرة بين ما قلناه وبين أن يأخذ نصف قيمتها .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا أصدقها صداقاً فأصابت به عيباً ، كان لها رده

بالعيب سواء كان العيب يسيراً أو كثيراً ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان كان يسيراً لم يكن لها الرد ، وان كان كثيراً فلها رده .

والمعتمد قول الشيخ .

كتاب الوليمة

مسألة - ١ - قال الشيخ : الوليمة مستحبة وليست واجبة . وللشافعي قولان :
أحدهما مستحبة ، والاخر واجبة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : من دعي الى الوليمة استحب له حضورها، وليس
بواجب أي وليمة كانت ، وظاهر مذهب الشافعي وجوب الاجابة في جميع الولايم
وهل هو من فروض الكفاية أو فروض الاعيان ؟ على وجهين ، وله وجه آخر أنه
مستحب .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا اتخذ الذمي وليمة ودعا الناس اليها لايجوز
للمسلم أن يحضرها .

وللشافعي قولان : أحدهما يجب لعموم الخبر ، والاخر لايجب .

والمعتمد قول الشيخ ، لتحريم ذبايحهم ونجاسة طعامهم الذي يباشرونه .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : من حضر الوليمة لايجب عليه الاكل بل يستحب

ذلك .

وللشافعي وجهان : أحدهما وهو الاظهر عندهم أنه لا يجب ، والاخر يجب .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : نثر اللوز والسكر أخذه مكروه ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : هو مباح وان كان يؤخذ بخلصة

والمعتمد أن أخذه مباح ، وهو على ملك أربابه ولهم استرجاعه مادامت هيئته

باقية .

كتاب القسمة بين الزوجات

مسألة - ١ - قال الشيخ: النبي ﷺ اذا بنى بواحدة من نسائه لم يجب عليه القسمة للباقيات ، وبه قال الاصطخري من أصحاب الشافعي .

وقال باقي أصحابه : يجب عليه القسمة كغيره ، وجزم العلامة في القواعد^(١) بعدم وجوب القسمة عليه ﷺ ، واستقر في التحرير^(٢) وجوبها عليه .

استدل الشيخ بقوله تعالى « ترجى من تشاء منهم وتؤي اليك من تشاء »^(٣) قال: وهو عام . قال نجم الدين في الشرائع: وهو ضعيف، لان للاية احتمالا يدفع دلالتها ، اذ يحتمل أن تكون المشية في الارجاء متعلقة بالواهبات^(٤) . ولائمة مهمة في تحقيق ذلك .

مسألة - ٢ - قال الشيخ: من كان عنده ذمية وحررة مسلمة ، كان له أن يقسم للحررة المسلمة ليلتين وللذمية ليلة ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : عليه التسوية .

(١) قواعد الاحكام ٤٥١٢ .

(٢) تحرير الاحكام ٤٠١٢ .

(٣) سورة الاحزاب : ٥١ .

(٤) شرائع الاسلام ٢٧٢٢/٢ .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا كان عنده حرة وأمة زوجة ، كان للحرة ليلتان وللأمة ليلة ، وبه قال جميع الفقهاء ، إلا مالكا فإنه قال : عليه التسوية بينهما .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٢).

مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا كان له زوجتان ، جاز له أن يبيت عند واحدة ثلاث ليال وعند واحدة ليلة ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : تجب التسوية بينهما .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٣).

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا سافرت المرأة وحدها باذن الزوج ، لا يسقط نفقتها ولا قسمتها ، وللشافعي قولان : أحدهما يسقط ، والاخر لا يسقط . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا كان عنده زوجتان أو ثلاث ، فتزوج بأخرى ، فان كانت بكرأ فإنه يخصها بسبعة ويقدمها ، فلها حق التخصيص والتقديم ، وان كانت ثيبأ فلها حق التخصيص والتقديم بثلاثة أيام ، أو سبعة أيام ويقضيها في حق الباقيات وهي بالخيار بين ان يختار ثلاثة أيام خاصة لها ، أو سبعة أيام ويقضيها في حق الباقيات وبه قال الشافعي ومالك وأحمد .

وقال سعيد بن المسيب والحسن البصري : البكر يخص بليلتين ، والثيب بليلة ولا تقضى .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : للجديدة حق التقديم دون حق التخصيص ، فان

(١) تهذيب الاحكام ٤٢١/٧ .

(٢) تهذيب الاحكام ٤٢١/٧ .

(٣) تهذيب الاحكام ٤٢٠/٧ .

كانت بكرأ قدمها بسبع ثم تقضى ، وان كانت ثيباً قدمها بثلاث ثم تقضى .
والمعتمد وجوب التخصيص والتقديم للبكر بسبع وللبنث بثلاث من غير
قضاء .

مسألة ٧- قال الشيخ : اذا سافر ببعض نسائه من غير قرعة ، فعليه أن يقضي
لمن بقي بقدر غيبته مع التي خرج بها، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة: لا قضاء عليه كما لو خرج معها بقرعة. والاحوط قول الشيخ .
مسألة ٨ - قال الشيخ : اذا نشزت المرأة، حل ضربها بنفس النشوز دون
الاضرار .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لا يحل حتى يضر ويقيم عليه .
واختار العلامة في القواعد مذهب الشيخ هنا، قال: فان تحقق النشوز وامتنعت
من حقه جاز له ضربها بأول مرة^(١).

وقال في التحرير: اذا صرحت بالامتناع ولم يحصل بعد اضرار كان له هجرها
ويحتمل جواز ضربها لعموم الآية، وعدمه لجواز الرجوع بالهجر، ويصير تقدير
الآية: فعظوهن ان وجدتم امارات النشوز، واهجروهن ان امتنعن، واضربوهن
ان أصبردن^(٢).

والمعتمد مذهب القواعد .

مسألة ٩ - قال الشيخ : بعث الحكمين على سبيل التحكيم لاعلى سبيل
التوكيل ، وهو أحد قولي الشافعي ، والاخر أنه على سبيل التوكيل ، وبه قال
أبو حنيفة .

(١) قواعد الاحكام ٤٨/٢ .

(٢) تحرير الاحكام ٤٢/٢ .

والمعتمد قول الشيخ، لقوله تعالى « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها »^(١) ولم يقل فابعثوا وكيلاً .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : فإذا ثبت أنهما على جهة التحكيم ، فليس لهما أن يفرقا ولا أن يخالعا الا بعد الاستئذان، ولهما أن يجمعا من غير استئذان . وقال الشافعي : على هذا القول لهما جميع ذلك من غير استئذان . والمعتمد قول الشيخ .

تم الجزء الثاني من كتاب تلخيص الخلاف و خلاصة الاختلاف، وتتلوه انشاء الله بالجزء الثالث كتاب الخلع .

فرغت من تسويده اليوم الثالث والعشرين من شهر ربيع الاول سنة ثلاث وستين وثمانمأة هجرية، وكتب الفقير الى الله تعالى مفلح بن حسن بن رشيد حامداً ومصلياً على محمد وآله الطاهرين .

وتم تحقيق الكتاب وتصحيحه حسب الوسع والتعليق عليه في اليوم الخامس عشر من شهر رمضان المبارك سنة ألف وأربعمائة وثمان هجرية في مشهد مولانا الامام الرضا عليه آلاف التحية والثناء على يد العبد الفقير السيد مهدي الرجائي .

فهرس الكتاب

٥	كتاب البيوع
٦	أحكام الخيار في البيع
٧	مايجري فيه الخيار
١٢	ثبوت العقد بنفس الايجاب والقبول
١٦	جواز خيار الشرط بحسب ماينفقان عليه
١٧	أحكام خيار الشرط
٢٢	القول في خيار الغبن
٢٢	القول في بيع الدراهم
٢٣	أحكام الربا ومايجرى فيه الربا
٢٥	جواز بيع الطعام بالدقيق اذا كان من جنسه
٢٩	القسمة تمييز الحقين وليست بيعاً
٣٣	اللحمان أجناس مختلفة
٣٦	مايدخل في البيع
٣٨	مالو باع ثمرة منفردة عن الاصل

- ٣٩ مالو بدا صلاح بعض الجنس
- ٤١ مالايجوز من البيع وما نهى عنه
- ٤٣ أحكام القبض في المبيع
- ٤٥ القول في التصرية
- ٤٨ ما لو حدث في المبيع عيب في يد البايع
- ٤٩ احكام بيع العبيد والاماء
- ٥٥ مالو اشترى ثوباً فصبغه ثم علم أنه كان به عيب
- ٥٧ وجوب الاستبراء في الجارية على البايع
- ٥٩ كراهة بيع المرابحة بالنسبة الى أصل المال
- ٦٠ مالو باع وقبض المشتري ولم يقبض البايع الثمن
- ٦١ مالو اشترى سلعتين بثمن واحد
- ٦٢ مالو اختلف المتبايعان في قدر الثمن
- ٦٥ اذا تلف المبيع قبل القبض
- ٦٨ مالو جمع بين البيع والاجارة في صفقة واحدة
- ٦٩ اذا باع زرعاً بشرط أن يحصده
- ٧٣ جواز بيع الاعمى وشراؤه
- ٧٤ القول في القرض
- ٧٨ القول فيما يجوز بيعه ومالايجل
- ٨٣ كتاب السلم
- ٩٢ كتاب الرهن
- ٩٣ لزوم الرهن بالايجاب والقبول
- ٩٨ حكم رهن أرض الخواج

- ١٠٢ ما اذا رهن ما يسرع اليه الفساد
- ١٠٣ الرهن غير مضمون
- ١٠٥ عدم جواز القسمة بالرهن للعدلين
- ١٠٦ منفعة الرهن للراهن دون المرتهن
- ١٠٧ اذا شرط في الرهن شروطاً فاسدة
- ١٠٨ مالو ادعى المرتهن هلاك الرهن
- ١١٠ كتاب التفليس
- ١١٣ للمحاكم أن يحجر على من عليه الدين
- ١١٤ لاتحل الديون المؤجلة بالحجر
- ١١٤ من مات وعليه دين مؤجل حل عليه بموته
- ١١٥ ما لو ادعى المفلس على غيره مالا
- ١١٦ قبول البينة على اعسار الانسان
- ١١٩ كتاب الحجر
- ١٢٢ كتاب الصلح
- ١٢٦ كتاب الحوالة
- ١٢٩ كتاب الضمان
- ١٣٠ صحة ضمان مال المسابقة
- ١٣١ عدم صحة ضمان المجهول
- ١٣٢ القبول في الكفالة
- ١٣٤ كتاب الشركة
- ١٣٩ كتاب الوكالة
- ١٤٢ ما لو أطلق الوكالة في البيع

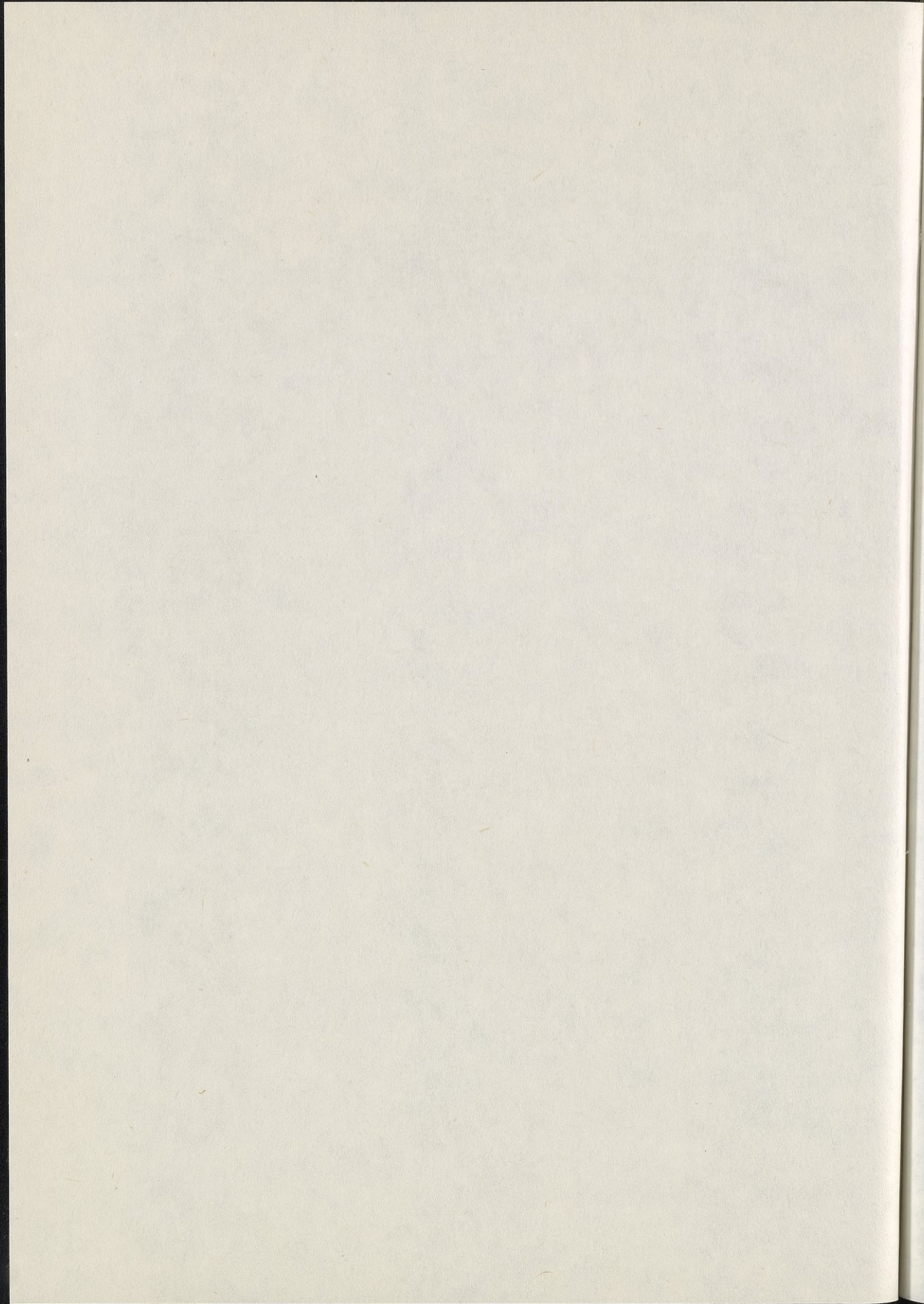
- ١٤٦ كتاب الاقرار
 ١٥١ اذا أقر لحمل وأطلق
 ١٥٨ كتاب العارية
 ١٦١ كتاب الغصب
 ١٦٢ مالوجنى على ملك غيره جنابة لها أرش
 ١٦٥ المنافع تضمن بالغصب
 ١٦٦ مالو غصب ثوباً فصبيه
 ١٦٧ مالو غصب شيئاً ثم غيره عن صفته
 ١٦٩ مالو غصب دابة أو عبداً أو فرساً
 ١٧٠ اذا غصب ماله مثل
 ١٧٢ اذا غصب حباً فزرعه
 ١٧٤ كتاب الشفعة
 ١٧٧ الشفعة لا يورث
 ١٨١ ما لو باع شقصاً بشرط الخيار
 ١٨٦ كتاب القراض
 ١٩٢ كتاب المساقاة
 ١٩٣ اذا ساقاه بعد ظهور الثمرة
 ١٩٥ كتاب الاجارات
 ١٩٦ اذا أطلقا عقد الاجارة
 ١٩٧ الموت تبطل الاجارة
 ١٩٨ جواز الاجارة الى أي وقت شاء
 ٢٠٠ احكام اجارة المرضعة

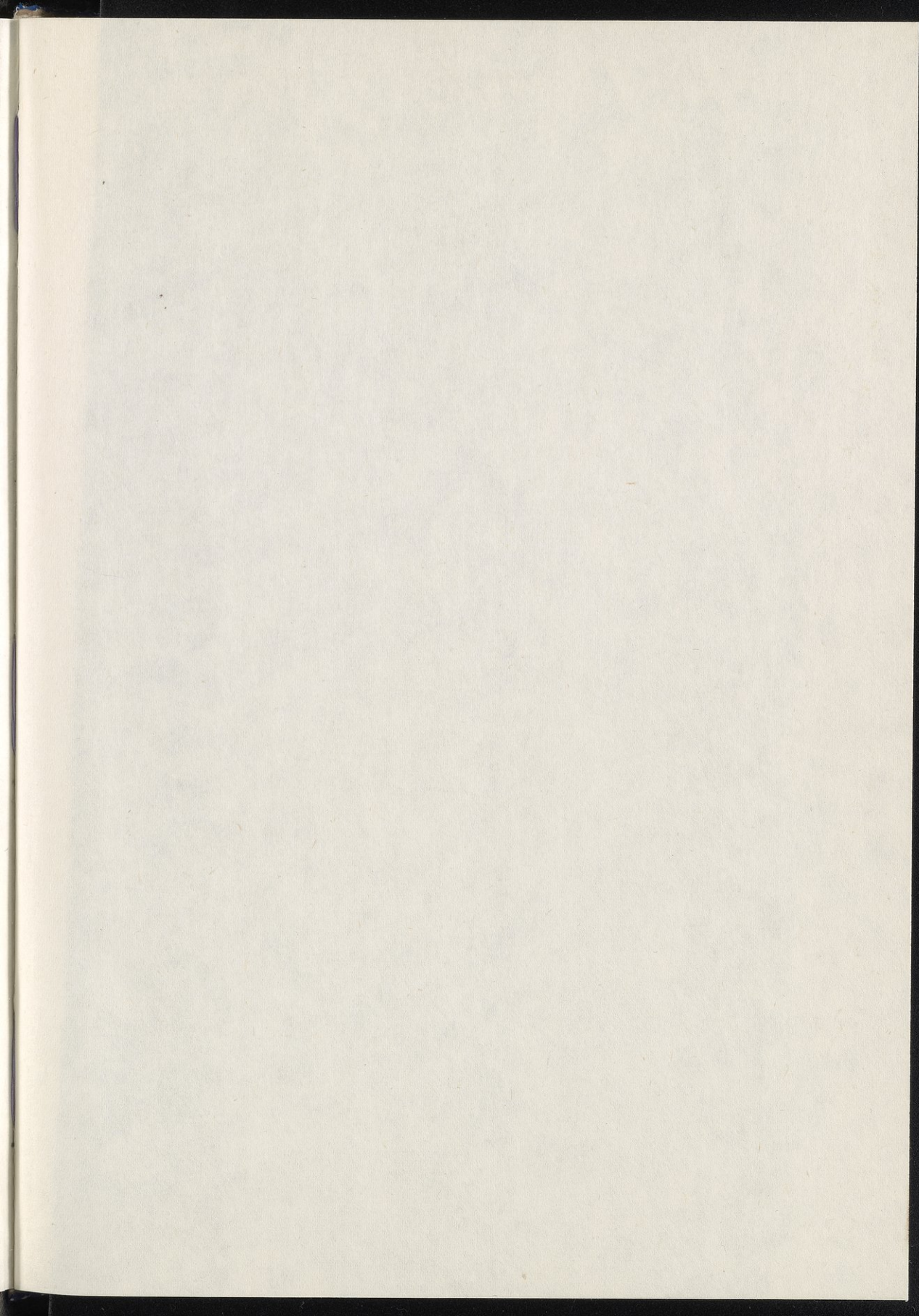
- ٢٠١ مالو آجر أب أو الوصي الصبي
- ٢٠٦ جواز اجارة الدراهم والدنانير
- ٢٠٨ كتاب المزارعة
- ٢١٢ كتاب احياء الموات
- ٢١٤ ما حماه الرسول لايجوز حله
- ٢١٥ مالو ملك البئر بالاحياء وخرج ماءها
- ٢١٦ كتاب الوقوف والصدقات
- ٢١٨ اذا وقف على من يصح انقراضه بالعادة
- ٢١٩ اذا وقف في سبيل الله
- ٢٢٣ كتاب الهبات
- ٢٢٦ اذا وهب الوالد لولده
- ٢٢٧ أقسام الهبات
- ٢٢٩ اذا تلف الموهوب في يد الموهوب له
- ٢٣١ كتاب اللقطة
- ٢٣٣ مالو اذا عرف اللقطة سنة
- ٢٣٤ جواز أخذ لقطة الحرام ووجوب تعريفها
- ٢٣٨ اذا ادعى أجنبيان اللقيط بأنه ولدهما
- ٢٤١ كتاب الفرائض
- ٢٤٢ ذوي الارحام الاقرب أولى من الابعد
- ٢٤٣ بنات الاخوة المفترقين يأخذون نصيب آباؤهم
- ٢٤٥ وجوب تسليم المال الى الامام العادل في مواضع
- ٢٤٦ مالو أسلم الكافر قبل قسمة الميراث

- ٢٤٧ عدم توريث القاتل اذا كان عمداً
- ٢٤٩ من هم الكلاله ؟
- ٢٥٦ بطلان العصبه والعول عندنا
- ٢٥٧ أحكام الولاء في الميراث
- ٢٦٣ توريث المطلقة الثلاث في حال المرض
- ٢٦٤ حكم ميراث ولد الزنا
- ٢٦٥ حكم ميراث الخنثى المشكل
- ٢٦٦ أحكام ميراث المجوس
- ٢٦٨ اذا مات وخلف ورثة وامرأة حاملا
- ٢٦٩ ما يخص الولد الاكبر
- ٢٧١ لا يقسم مال المفقود حتى يعلم موته
- ٢٧٦ كتاب الوصايا
- ٢٧٩ ما لو أوصى لرجل بكل ماله ولاخر بثلث ماله
- ٢٧٩ حكم تصرف المريض فيما زاد على الثلث
- ٢٨١ تقديم الحج على غيره من الوصايا
- ٢٨٢ ما لو أوصى بثلث ماله في سبيل الله
- ٢٨٣ اذا قبل الوصية فله ردها مادام الموصي باقياً
- ٢٨٤ اذا أوصى بثلثه لقرابته
- ٢٨٥ حكم من أوصى لجيرانه
- ٢٨٧ اذا أوصى لاهل بيته
- ٢٨٨ اذا أوصى لعترته
- ٢٨٩ يجوز أن تكون المرأة وصياً

- ٢٨٩ اذا أوصى الى رجلين
 ٢٩١ اذا أوصى الى غيره وأطلق
 ٢٩٢ اعتبر جال الموت في الوصية بالثلث
 ٢٩٤ كتاب الودیعة
 ٢٩٥ ما لو أودع غيره حیواناً ولم يأمره بسقيه
 ٢٩٦ اذا أودعه صندوقاً فيه مال
 ٢٩٦ اذا خلط الودیعة بماله خلطاً لا یتمیز
 ٢٩٨ كتاب الفیء وقسمة الغنیمة
 ٢٩٩ حکم الفیء بعد النبی ﷺ
 ٢٩٩ ما كان للنبی ﷺ یتقل الی ورثته
 ٣٠٠ أحكام السلب
 ٣٠١ أحكام الاسیر
 ٣٠٢ حکم ما لا ینقل ولا یحول
 ٣٠٣ الصبیان بسهم مع الرجال
 ٣٠٤ اذا كان مع الرجل أفراص
 ٣٠٤ اذا دخل دار الحرب راجلاً ثم وجد فرساً
 ٣٠٧ أحكام الخمس
 ٣١٠ كتاب قسمة الصدقات
 ٣١٢ عدم جواز نقل الزکاة من بلد الی بلد آخر
 ٣١٤ ما یشرط فی المستحقین
 ٣١٥ اشتراط الفقر فی بعض أصناف أهل الصدقات
 ٣١٨ كتاب النکاح

- ٣١٩ اذا بلغت المرأة رشيدة ملكت العقد على نفسها
- ٣٢٣ عدم افتقار النكاح في صحته الى الشهود
- ٣٢٧ اعتبار الكفاءة في النكاح
- ٣٣٣ ما ينعقد به النكاح
- ٣٣٥ عدم جواز التزويج بأكثر من أربع
- ٣٣٩ حكم من زنا بامرأة
- ٣٤٠ حكم تزويج من خالف الاسلام
- ٣٤٥ مالو أسلم أحد الزوجين
- ٣٤٧ انفساخ النكاح بالارتداد
- ٣٤٨ بطلان نكاح الشغار
- ٣٤٩ انفساخ النكاح بالغيب
- ٣٥٣ مالو اختلفا في الاصابة
- ٣٥٥ كتاب الصداق
- ٣٦٢ مالو اختلفا في قدر المهر
- ٣٦٣ مالو اختلفا في قبض المهر
- ٣٦٨ مالو وطىء امرأة فأفضاها
- ٣٧١ كتاب الوليمة
- ٣٧٣ كتاب القسمة بين الزوجات
- ٣٧٥ حكم المرأة اذا نشزت
- ٣٧٥ بعث الحكامين على سبيل التحكيم
- ٣٧٧ فهرس الكتاب





COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES



0053100328

COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE



CU01842021