



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الحاج لخضر ر. جامعة باتنة 1



نيابة العمادة لما بعد التدرج والبحث العلمي
والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

كلية العلوم الإسلامية
تخصص: فقه وأصول

خلاف اللخمي للمذهب المالكي في الأحوال الشخصية

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية
تخصص: فقه وأصول

إشراف الدكتور:
أد/ مسعود فلوسي

إعداد الطالب:
محمد بوقطاية

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
نجيب بوحنيك	أستاذ	جامعة باتنة -1-	رئيسا
مسعود فلوسي	أستاذ	جامعة باتنة -1-	مقررا
جميلة قارش	أستاذ	جامعة باتنة -1-	عضوا
نذير حمادو	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة	عضوا
علي ميهوي	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة	عضوا
عز الدين كيجل	أستاذ	جامعة بسكرة	عضوا

السنة الجامعية: 1442 هـ - 4431 هـ / 2021م - 2022م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

إلى والدي الكريمين.

إلى كل المعلمين والأساتذة والمشايخ الذين درسوني، وكان لهم أن

يروا جهدهم يثمر نجاحا لدى طلابهم.

إلى كل من سبقتم بعلم الفقه وخاصة على المذهب المالكي.

أهدي هذا العمل.



شكر وتقدير

بسم الله، والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد:

فالحمد والشكر لله سبحانه على ما منّ علينا من نعم لا تحصى، الحمد لله الذي
بنعمته تتم الصالحات، اللهم لك الحمد حتى ترضى، ولك الحمد إذا رضيت، ولك
الحمد بعد الرضى أنت كما أثنت على نفسك لا نحصى ثناء عليك.

أوليتني نعماً أبوء بشكرها وكفيتني كل الأمور بأسرها
فلأشكرنك ماحييت وإن أمت فلتشكرنك أعظمي في قبرها

ثم الشكر لأحق الناس بالشكر - بعد شكر المولى ﷺ - والدي الكريمين اللذين بذلا
الوسع في تربيتنا و تعليمنا.

الشكر للشيخ الفاضل الأستاذ الدكتور مسعود فلوسي الذي حبب إلينا تراث الغرب
الإسلامي، وكان لنا مثالا في الجد، ونعم الموجه في هذا البحث، فجزاه الله عنا كل
خير.

الشكر لكل أساتذة وإداريي كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية والعلوم الإسلامية
بجامعة الحاج لخضر بباتنة.

والشكر موصول لكل من أسهم وساعد في إنجاز هذا البحث



مقدمة

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له.
وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله.

﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ ؕ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ﴾

﴿يَأْتِيهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَجِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا

كثِيرًا وَنِسَاءً ؕ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ ؕ وَالْأَرْحَامَ ؕ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾

﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ

ذُنُوبَكُمْ ؕ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾

ثم أما بعد: فإن المذهب المالكي قد عرف طريقه إلى المغرب الاسلامي منذ زمن تلاميذ الإمام مالك رحمه الله، وكان لرواية السنة المطهرة متمثلة في أقدم كتاب وصل إلينا من كتب السنة _ كتاب الموطأ _ أبلغ الأثر في ذلك، ثم ظهرت كتب السماعات التي نقلت فقه الإمام مالك وإجاباته في الفروع الفقهية مضافة إليها أقوال خاصة تلاميذه كعبد الرحمن بن القاسم وأشهب وغيرهم رحمهم الله جميعا، وأشهر هذه الكتب مدونة الإمام سحنون التي نقلها عن الإمام أسد بن الفرات ثم رحل بها إلى ابن القاسم فأصلح منها مواضع وأقر باقيها، ثم إن سحنون رحمه الله لما رجع بالمدونة نظر فيها فأضاف إليها كثيرا من الأدلة من مروياته خاصة عن ابن وهب ورتب منها مواضع وترك منها مواضع مختلطة دون ترتيب، وظهرت كذلك أمهات أخرى كالعتبية والموازية والواضحة، واستمر الناس في شتى الأقطار التي انتشر فيها المذهب يدرسون ما توفر وانتشر لديهم من هذه الأمهات بالإضافة إلى الموطأ، إلى أن جاء الإمام ابن أبي زيد القيرواني رحمه الله فجمع هذه الأمهات في كتاب واحد سماه النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، وذكر رحمه الله في بداية الكتاب أن من درس الكتاب مع المدونة تجتمع لديه الأمهات كلها، وقد اهتم أهل العلم بهذه الأمهات درسا وشرحا واختصارا إلا أن مدونة الإمام سحنون رحمه الله لقيت من الرواج والعناية ما لم تلقه



غيرها من المدونات حتى صارت كلمة "المدونة" علما عليها وذلك لمكانة ابن القاسم رحمه الله، وطول ملازمته للإمام مالك واختصاصه به، وكذلك سحنون رحمه الله وما جعله له المولى عز و جل من قبول في الأرض وبركة في العلم وذلك فضل الله يؤتيه من يشاء.

وقد تنوعت مقاصد أهل العلم في كتاباتهم على المدونة _مدونة سحنون_ وفق ما يرون الحاجة داعية إليه فمن شارح للغريب والمسائل المشككة كما فعل القاضي عياض رحمه الله في كتابه التنبهات المستنبطة، إلى من قصد الاختصار بغية التيسير على طلبة العلم كما فعل ابن أبي زيد القيرواني وبعده تلميذه البرادعي، إلى من قصد جمع الروايات عليها من غيرها من الأمهات كما ذكرنا سابقا عن ابن أبي زيد القيرواني، وربما بمزيد من التمهيص والتدليل كما فعل الإمام ابن يونس رحمه الله في كتابه الجامع لمسائل المدونة والمختلطة .

ومن العلماء من خط لنفسه طريقا مشابها لهذا الأخير من حيث المقصد مخالفا من حيث المنهجية، وذلك بمناقشة الروايات التي رويت في المذهب، والخلاف الوارد بينها على وفق ترتيب المدونة، مع الترجيح بينها في الغالب وفق ما فتح الله عليه من فهم في نصوص الكتاب والسنة كما فعل الإمام أبو الحسن اللخمي رحمه الله في كتابه التبصرة، الذي يعتبر من الكتب التي اهتمت بالخلاف أو الفقه المقارن داخل المذهب.

ورغم تقدم الإمام اللخمي رحمه الله في فحول المذهب وأهمية كتابه التبصرة الذي صار في ما بعد أمّا من أمهات المذهب المالكي، ومرجعا من مراجعه التي جمعت بين الرواية والدليل إلا أنه قد وجدت عليه بعض الملاحظات التي ربما تعد انتقادات عند البعض، ككونه كثير الخروج عن مذهب الإمام مالك في ترجيحاته وكونه مغرى بتخريج الخلاف مما يجعل هذه الملاحظات موضوع دراسة لطلبة العلم الشرعي خاصة في مرحلة ما بعد التدرج من حيث الوجود والأسباب وتأثيرها على اعتماد كتاب التبصرة في الفتوى في المذهب.

لهذه الأسباب كلها ولأن كتاب التبصرة لم يطبع كاملا إلا حديثا من طرف وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية في دولة قطر، مما يجعله أرضا خصبة للدراسات المتخصصة الهادفة، فقد اخترته موضوعا لأطروحتي للدكتوراه التي أسأل الله أن يوفقني فيها، واقتصرت منه على فقه الأحوال الشخصية لغزارة المادة العلمية التي فيه، وسميت الأطروحة :

" خلاف اللخمي للمذهب المالكي في الأحوال الشخصية "



أهمية الموضوع: يعتبر الموضوع ذا أهمية كبيرة من عدة نواح منها:

1. أهمية كتاب التبصرة من الناحية العلمية وخاصة لدارسي المذهب المالكي ويتضح ذلك

مما يلي:

- أ- غناه بالأدلة من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة والتابعين .
- ب- ارتباطه بالمدونة ومعروف ما للمدونة من أهمية في المذهب المالكي.
- ج- عناية اللخمي بتحرير المسائل وتقرير الخلاف داخل المذهب، مع ظهور شخصيته في الترجيح والاختيار وفق ما فتح الله عليه من فهم في نصوص الكتاب والسنة.
- د- أن كتاب التبصرة حفظ لنا نقولا عن كتب مفقودة كالمجموعة والواضحة والموازية والمبسوط .

2. أن اللخمي أحد الأئمة المحققين والفحول المقدمين في المذهب المالكي، وقد اعتمدت

اختياراته عند كبار فقهاء المالكية، كما في عقد الجواهر الثمينة، والذخيرة، والتوضيح ومختصر خليل وشروحه، وشروح الرسالة.

3. أن اللخمي قد وجدت عليه بعض الملاحظات كالخروج عن المذهب في اختياراته، قال

القاضي عياض: (وربما تبع نظره فخالف المذهب في ما ترجح عنده فخرجت اختياراته في الكثير عن قواعد المذهب).

وقال النابغة الغلاوي رحمه الله :

واعتمدوا تبصرة اللخمي ولم تكن لجاهل أمي
لكنه مزق باختياره مذهب مالك لدى امتياره

وهذه الدراسة لعلها تزيل الإشكال عن هذا النقد، وتجعله في نصابه الصحيح الذي قصده أصحابه رحمهم الله جميعا .



أسباب اختيار الموضوع:

- 1- الرغبة في بعث الفقه المالكي المؤصل بالدليل من جديد، خاصة بعد أن طبعت ووجدت كتب ذات قيمة علمية عالية كانت تعتبر عند الكثيرين مفقودة، كجامع ابن يونس وكتاب التوضيح للشيخ خليل بن اسحاق وتبصرة اللخمي ولا يخفى ما في هذه الكتب وغيرها من تأصيل ورد للفروع إلى أصولها، مما يوفر الجهد ويسهل على الباحثين عن معرفة معتمد هؤلاء الأئمة رحمهم الله في ترجيحاتهم واختياراتهم.
- 2- شخصية الإمام اللخمي التي جمعت بين النفس الفقهي والإمام الواسع بنصوص الكتاب والسنة بالإضافة إلى الاهتمام بربط الفروع بأصولها ويلمس ذلك من اطلع على كتاب التبصرة.
- 3- أن الموضوع متعلق بالمذهب المالكي مذهب بلاد المغرب التي نعز بالانتماء إليها قال صاحب المراقي:
وذاك بعد أن رأيت المذهباً رجحانه له الكثير ذهباً
وما سواه مثل عنقاً مغرباً في كل شبر من نواحي المغرب
- 4- شغفي بالتراث المالكي وخاصة تراث المحققين من أمثال الإمام اللخمي رحمه الله .



الدراسات السابقة:

توجد عدة دراسات حول اللخمي وكتابه التبصرة أكثرها في تحقيق الكتاب قبل أن يطبع كاملا منها :

● أحكام البيوع من خلال تبصرة اللخمي دراسة وتحقيق، أطروحة لنيل الدكتوراه، تمت مناقشتها بالمغرب عام 1423-1424هـ/2002م، من إعداد الطالب: عبد المجيد الكتاني، وإشراف: الدكتور لحسن اليوبي .

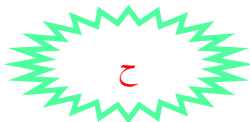
● ديوان التبصرة للإمام أبي الحسن اللخمي، دراسة وتحقيق قسم المعاملات (من كتاب تضمين الصناعات إلى آخر كتاب القراض)، أطروحة لنيل الدكتوراه من إعداد الطالبة: آسيا مستقيم، وإشراف: الدكتور محمد أبو الفضل، تمت مناقشتها بالمغرب في السنة الجامعية: 1423-1424هـ/2002-2003م.

● التبصرة لأبي الحسن اللخمي قسم الأحوال الشخصية (من كتاب النكاح الأول إلى آخر كتاب الرضاع)، دراسة وتحقيق، أطروحة لنيل الدكتوراه من إعداد الطالبة: سميرة الشقوري، وإشراف: الدكتور عبد الحق بن المجدوب الحسني، تمت المناقشة في السنة الجامعية: 1423-1424هـ/2002-2003م .

● التبصرة لأبي الحسن علي بن محمد الربيعي اللخمي من أول الكتاب حتى نهاية كتاب الصلاة الأول، دراسة وتحقيق: عمر بن شريف بن موسى، إشراف: الدكتور الشافعي عبد الرحمن، رسالة دكتوراه من جامعة أم القرى بمكة سنة 1423هـ.

● التبصرة من بداية كتاب الصلاة الثاني إلى نهاية كتاب الصيام، دراسة وتحقيق: سعيد بن حسن بن سعيد الغامدي، إشراف: الدكتور فرج زهران الدمرداش، رسالة دكتوراه من جامعة أم القرى بمكة 1423هـ .

● التبصرة من بداية كتاب النكاح الأول إلى نهاية كتاب الظهر، دراسة وتحقيق: ياسين بن كرامة الله مخدوم، إشراف: الدكتور محمد بكر إسماعيل، رسالة دكتوراه من جامعة أم القرى بمكة 1428هـ.



● اختيارات الإمام اللخمي الفقهية من بداية كتاب الزكاة إلى نهاية أبواب الفقه، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة سنة 1424هـ، إعداد: إبراهيم جالوا محمد، إشراف: الدكتور حمد بن حماد الحماد.

● الإمام اللخمي وجهوده في تأسيس المدرسة النقدية عند المالكية بالمغرب، أطروحة دكتوراه، من إعداد: محمد المصلح، وقد طبع هذا العمل ضمن إصدارات دار البحوث والدراسات الإسلامية وإحياء التراث بدبي.

● مخالفات الإمام اللخمي لمذهب المالكية من خلال كتاب التبصرة، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه (ل م د) في العلوم الإسلامية بكلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية - جامعة وهران، إعداد: حوباد أحمد، وإشراف: الأستاذ الدكتور أحسن زقور، وقد نوقشت سنة 2018م، وهي دراسة هدف صاحبها إلى توضيح أوجه خلاف اللخمي للمذهب، واعتمد في ذلك على أمثلة متفرقة من الفروع التي تناولها اللخمي في التبصرة مما رآه صالحا في الدلالة على مراده؛ وقد علمت بها وتحصلت على نسخة منها بعد أن انتهت من تحرير البحث.

وقد لاحظت على الرسالتين الأخيرتين ما يلي:

1. صاحب رسالة "الإمام اللخمي وجهوده في تأسيس المدرسة النقدية عند المالكية بالمغرب" جعل مجرد خروج اللخمي عن المذهب سببا من أسباب النقد الموجه إليه، ثم تساءل عن سبب هذا النقد رغم أن كثيرا من أقرانه ومن سبقه خرج عن المذهب، وأجاب عن ذلك بفرضيات استبعدتها جميعا ليخلص إلى أن السبب المرجح لديه أنه لم يحسن استعمال القواعد الأصولية للمذهب في نظر منتقديه، ومنطلقه في ذلك عبارة القاضي عياض: (وربما تبع نظره فخالف المذهب في ما ترجح عنده فخرجت اختياراته في الكثير عن قواعد المذهب)، وعزز ذلك ببعض الحجج، والذي بدا لي أن اللخمي لم يلاحظ عليه مجرد الخروج عن المذهب وإنما كثرة الخروج، وفرق بين الأمرين، فمجرد الخروج عن المذهب موجود لدى غير اللخمي من المجتهدين من أقران اللخمي وغيرهم، أما كثرة الخروج فهي التي ميزت اللخمي عن غيره، وهي



التي قد يخشى منها البعض التأثير في ثبات المذهب واستقراره، ومن طالع التبصرة وتأمل عبارة القاضي عياض اتضح له دلالتها على ذلك والله أعلم.

2. صاحب رسالة "مخالفات الإمام اللخمي لمذهب المالكية من خلال كتاب التبصرة" خلاص في الفصل الثالث من الرسالة وهو الفصل الذي عَونه ب: "مخالفاته في بنائية المذهب وتفريعه" أن اللخمي يقدم أحيانا دواوين المذهب على المدونة وأنه على خلاف ما استقر عليه المذهب من تقديم رواية ابن القاسم عند اختلاف الروايات، وأنه يخالف ما أسس عليه المذهب من أنه إن كان لإمام المذهب قول في مسألة لا يعدل عنه إلى غيره، وكل هذه الدعاوى أراها غير صحيحة وهي تشبه ما ذهب إليه صاحب رسالة "الإمام اللخمي وجهوده في تأسيس المدرسة النقدية عند المالكية بالمغرب" حيث اعتبر أن ما وضعه الفقهاء المتأخرون من شروط للترجيح بين الروايات لم يكن معتمدا عند اللخمي.

وأرى أن الخطأ في الاستنتاج تطرق للباحثين من عدم الانتباه إلى مقصد المؤلف في كتابه وهو مناقشة الأقوال من جهة الدليل لا من جهة الرواية عن الإمام، وعدم الانتباه كذلك إلى الفرق بين تحرير المجتهد للمذهب وبين تقريره لقوله ورأيه، لأن المجتهد قد يذكر القول الذي عليه المذهب، أو القول المقدم فيه وربما قرره هو ثم يخالفه لمعان ظهرت له وفق نظره في الأدلة.

فأما في تحرير المذهب -وهو الميدان الذي تُعمل فيه قواعد الترجيح بين الروايات عند تعارضها وتعذر الجمع بينها- فإن اللخمي من المعتبر قولهم في تعيين المذهب وتشهيره معتبر فيه، ولا يوجد في كتابه التبصرة الذي بناه على المدونة ما يدل على مساواته بين المدونة وغيرها من الدواوين في الرواية عن الإمام، فضلا عن تقديم غيرها عليها، ولم ينص هو على ذلك، ولم نر من نص على ذلك من المالكية، ومن ادعى غير ذلك فعليه البرهان، بل الأصل أن يحمل على ما كانت عليه مدرسة القيروان التي هو من أبرز أعلامها من الاعتماد على المدونة وتقديمها على غيرها من الأمهات -مما سوى الموطأ على خلاف في ذلك سيذكر في محله- حتى يثبت العكس بوجه لا مطعن فيه، أو يسكت عنه في ذلك فلا ينسب له رأي إلا بدليل



واضح، مع أن ظاهر صنيعه بينائه لكتابه على المدونة كما فعل ابن أبي زيد وابن يونس مع اختلاف مقاصدهم في التأليف قد يدل على عكس ما خلص إليه الباحثان والله أعلم.

وأما تقريره لرأيه واختياره فإن من في منزلة اللخمي له أن ينظر في المسائل وفق ما يؤديه إليه اجتهاده من النظر في الأدلة، وهو قد سار على ذلك فعمد في كتابه الذي نسجه على المدونة في غالبه إلى عرض الخلاف في المذهب، فيذكر رواية المدونة وغيرها من الروايات والأقوال في المذهب ليناقشها من جهة الدليل لا من جهة الرواية، وفي بعض الأحيان يذكر القول المتفق عليه في المذهب ثم يخالفه.

وأما دعوى أنه يخالف ما أسس عليه المذهب من أنه إن كان لإمام المذهب قول في مسألة لا يعدل عنه إلى غيره فهي أضعف مما سبق، إذ أن ذلك إنما يكون في حق أهل التقليد، وفي بيان القول المقدم في المذهب، ومن في منزلة اللخمي من أهل الاجتهاد غير ملزمين بذلك إذا أدى بهم اجتهادهم إلى المخالفة.

وكذلك فإن اللخمي لم ينفرد بهذا الأمر من بين نظرائه من مجتهدي المذهب، وإنما لوحظ عليه كثرة الخروج عن المذهب كما ذكرت سابقا وكما سيأتي بيانه وتفسيره من خلال البحث.

ومخالفات مجتهدي المذهب للمذهب في بعض اجتهاداتهم كثيرة جدا، ومن أمثلتها مخالفة عبد الحميد الصائغ قرين اللخمي للمذهب في ثلاث مسائل حلف بالمشي إلى مكة لا يفتي فيها بقول مالك، وهي: مسألة خيار المجلس في البيع، وقول الميت دمي عند فلان ولم يكن بالميت أثر جرح ونحوه، حيث اعتبرها الإمام لوثا يوجب القسامة، وهي المسألة المسماة التدمية البيضاء، ومسألة جنسية القمح والشعير، ومعتمد المذهب فيها أنهما جنس واحد لا يجوز التفاضل بينهما في البيع لتقارب منافعهما، واعتبرهما الصائغ تبعا لشيخه السيوري جنسان ووافقهم ابن عبد السلام لظاهر حديث: (البر بالبر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء... فإذا اختلفت هذه الأجناس...) أخرجه الشيخان.



ومن أحسن ما سمعت أبيات نافعة في ما ذكرته للشيخ محمد مولود بن أحمد فال يعقوبي
صاحب كفاف المبتدي عزاها له الشيخ محمد بن الحسن الخديم في مقدمة شرحه على الكفاف
وهي:

ردّ الأجلاء على الأجلالاً من الأبرين والشيوخ دلاً
مع قبول كل واحد نبه له على جوازه أو طلبه
رد على مالك ابن القاسم وابن ابن عاصم على ابن عاصم
وابن ابن مالك على ابن مالك ولم يعب صاحب نقل ذلك
كذا رهوني على رسوخه قد أكثر الرد على شيوخه
وذاك عندي أن حق الحق مقدم على حقوق الخلق

حملني على هذه الملاحظات ما يستدعيه البحث العلمي من بيان ما يلاحظ على البحوث
السابقة، ولا أدعي بذلك أفضلية أو تميزاً بل أسأل الله الإخلاص والصواب، وهذه الملاحظات
لا تنقص من قيمة الباحثين السابقين، ولا تحط من قيمة ما بذله الباحثان من جهد، خاصة
الرسالة الأولى منهما حيث اعتمد صاحبها على مخطوطات الكتاب قبل طبعه، ولا يخفى ما في
ذلك من جهد كبير.

إشكالية البحث:

الإمام اللخمي من مجتهدي المذهب المالكي ومحققه الذين كان لهم بالغ الأثر فيه، وقد
شاع عنه مخالفته للمذهب في اختياراته، وهذا يدعونا إلى طرح الأسئلة التالية:
ما حقيقة مخالفة اللخمي للمذهب؟

وهل يخالف المذهب بالكلية أم يخالف القول المقدم فيه؟

وما مدى هذه المخالفة؟ وهل يمكن تفسير أسباب ذلك؟



منهج البحث:

اعتمدت في هذا البحث على منهج يقوم على استقراء الأقوال والمقارنة بينها والتحليل لاستخلاص النتائج منها.

منهجية كتابة المذكرة:

حاولت الالتزام بالمنهجية المعتادة لكتابة مثل هذه البحوث قدر المستطاع، ولأنه لكل بحث ما قد يختص به من الأمور المنهجية التي ينبغي التنبيه عليها، فقد أردت الإشارة إلى ما بدا لي منها يحتاج إلى تنبيه:

- جعلت المسائل التي خالف فيها اللخمي المذهب وهي منصوصة في المدونة في بداية المباحث، ثم أتبعتها بالمسائل التي ذكرت متفرقة في غير المدونة من الأمهات، وجمعها متأخرو المذهب في مختصراته ونصوا على أن الفتوى عليها.

- اعتمدت في النقل عن المدونة في الغالب على مختصر البرادعي المسمى التهذيب في اختصار المدونة، وذلك لكون عباراته مختصرة تفاديا لطول النقول قدر المستطاع، ولكونه من الكتب المنصوص على اعتمادها في المذهب، وأحيانا أخالف ذلك فأنقل عن المدونة مباشرة لغرض أراه صالحا ككون النص المنقول عنها يفيد في فقه المسألة المراد مناقشتها.

- بعد ذكر النقل عن المدونة أذكر نص المسألة من كتب المتأخرين المعتمدة في الفتوى، لزيادة التأكيد على أن الفرع المذكور هو المقدم في الفتوى عند المالكية، وذلك أن المدونة مقدمة في الجملة على غيرها من الأمهات - باستثناء الموطأ على خلاف في ذلك - لكن فيها من الأقوال ما نص على تقييده أو تخصيصه، وفيها ما نص المحققون على أن المقدم في المذهب على خلافه.

- أعتمد في نقل المذهب عن المتأخرين في الغالب على مختصر الشيخ خليل بن إسحاق، ولكونه عباراته مغلقة لمبالغته في الاختصار فإني أتبعه في الغالب بنقل من شروحه يفك ذلك الإغلاق، وأحيانا تكون في الشرح زيادات محتاج إليها كالنص على أن القول المذكور هو المشهور، أو المعتمد أو غير ذلك من الفوائد.



- جعلت لكل مسألة خالف فيها اللخمي المذهب مطلباً خاصاً، أذكر في بدايته العنوان الذي تدرج تحته، ثم صورة المسألة، ثم حكمها في المذهب، ثم رأي اللخمي.

- بعد ذكر رأي اللخمي أذكر تعليقه لرأيه في فرع خاص إن تبين لي ما اعتمد عليه.

- إذا بدت لي فائدة، ورأيت أن إثباتها يخدم المسألة المدروسة فإني أجعلها في نهاية المطلب وأكتب قبلها كلمة "تعليق".

- هذا البحث يعالج موضوعاً محدداً في المذهب المالكي ولذلك فإني لم أتعرض فيه لأقوال بقية المذاهب ولو وافقها اللخمي، وما ذكر من أقوال غير المالكية تبعاً خلال النقول لم أتعرض لتخرجه من مصادره، وكل ذلك حفاظاً مني على الهدف من البحث.

- ترجمت لأغلب الأعلام المذكورين في البحث.

- قمت بذكر أسماء السور، وترقيم الآيات القرآنية، مع تخريج الأحاديث النبوية والآثار من مصادرها الأصلية، وذلك بذكر رقم الجزء والصفحة، ثم أتبعه برقم الحديث، وذلك لكون رقم الأحاديث عادة تكون ثابتة ولو تعددت الطبقات بخلاف رقم الصفحات، وهذا تسهيلاً للقارئ فقد لا تتوفر عنده نفس الطبقات التي اعتمدها.

- عند أول ذكر لي للكتاب المعتمد عليه في التخريج أو الترجمة أذكر ما يتوفر لدي من معلومات عنه كدار الطبع، ورقم الطبعة، وغير ذلك من المعلومات التي يتطلبها البحث الأكاديمي.

ولا أدعي أنني وفيت هذا البحث حقه، وما توفيقى إلا بالله.

الخطة:

قسمت البحث إلى مقدمة وأربعة فصول وخاتمة، وحافظت على تقسيم اللخمي للمواضيع

فجعلت لكل كتاب من كتب التبصرة المتضمنة في الدراسة مبحثاً خاصاً، فكانت الخطة

كالتالي:

مقدمة:



وتحتوي على بيان أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، والإشكالية المراد معالجتها، ومنهج البحث، ومنهجية كتابة المذكرة، وخطة البحث.

فصل تمهيدي في الخلاف الفقهي والأقوال المعتمدة في المذهب والتعريف بالإمام

اللخمي ومخالفته للمذهب وبالأحوال الشخصية: ويحتوي على ثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول: الخلاف الفقهي وأسبابه.

المبحث الثاني: الأقوال المعتمدة في المذهب ومعرفة منازلها، والترجيح بين الموطأ والمدونة عند تعارضهما.

المبحث الثالث: التعريف بالإمام اللخمي ومخالفته للمذهب، وبالأحوال الشخصية.

الفصل الأول: خلاف اللخمي للمذهب في باب الزواج.

وفيه ثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول: كتاب النكاح الأول.

المبحث الثاني: كتاب النكاح الثاني.

المبحث الثالث: كتاب النكاح الثالث.

الفصل الثاني: خلاف اللخمي للمذهب في باب الطلاق.

وفيه أربعة مباحث هي:

المبحث الأول: كتاب العدة وطلاق السنة.

المبحث الثاني: كتاب الأيمان بالطلاق.

المبحث الثالث: كتاب إرخاء الستور.

المبحث الرابع: كتاب التخيير والتمليك.



الفصل الثالث: خلاف اللخمي للمذهب في أحكام المفقود والظهار والإيلاء واللعان والرضاع والوصايا.

وفيه سبعة مباحث هي:

المبحث الأول: كتاب المفقود.

المبحث الثاني: كتاب الظهار.

المبحث الثالث: كتاب الإيلاء.

المبحث الرابع: كتاب اللعان.

المبحث الخامس: كتاب الرضاع.

المبحث السادس: كتاب الوصايا الأول.

المبحث السابع: كتاب الوصايا الثاني.

خاتمة: وفيها أهم نتائج البحث.



فصل تمهيدي

في الخلاف الفقهي والأقوال المعتمدة في المذهب
والتعريف بالإمام اللخمي ومخالفته للمذهب وبالأحوال
الشخصية

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الخلاف الفقهي وأسبابه

المبحث الثاني: الأقوال المعتمدة في المذهب ومعرفة
منازلها، والترجيح بين الموطأ والمدونة عند تعارضهما

المبحث الثالث: التعريف بالإمام اللخمي ومخالفته

للمذهب، وبالأحوال الشخصية

المبحث الأول: الخلاف الفقهي وأسبابه

المطلب الأول: تعريف الخلاف لغة واصطلاحاً:

الفرع الأول: تعريف الخلاف في اللغة: الاختلاف والخلاف والمخالفة كلها ترجع إلى معنى

واحد وهو عدم الاتفاق والتساوي.

قال ابن منظور: (وتخالف الأمران واختلفا: لم يتفقا، وكل ما لم يتساو فقد تخالف

واختلف)⁽¹⁾.

وقال الفيروز آبادي: (والخِلافُ: المخالفةُ)⁽²⁾.

الفرع الثاني: تعريف الخلاف الفقهي اصطلاحاً: يمكن تعريفه بأنه تباين أنظار المجتهدين

وعدم اتفاقهم في المسائل الفقهية الاجتهادية بسبب تعارض الأدلة أو خفاء بعضها. قال

الإمام الشاطبي⁽³⁾: (وبيان ذلك أن الشريعة راجعة إلى قول واحد كما تبين قبل هذا،

والاختلاف في مسائلها راجع إلى دورانها بين طرفين واضحين أيضا يتعارضان في أنظار

المجتهدين، وإلى خفاء بعض الأدلة وعدم الاطلاع عليه)⁽⁴⁾.

(1) لسان العرب لابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي الشهير بابن منظور، دار صادر - بيروت، ط: 3، 1414 هـ: 91/9.

(2) القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: مكتب التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط: 8، 1426 هـ - 2005 م: 808/1.

(3) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي، إمام حافظ جليل مجتهد من المحققين، كان شديداً على أهل البدع، من أشهر مؤلفاته: "الموافقات في أصول الشريعة"، توفي سنة 790 هـ. الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ط: 1، 1416 هـ - 1995 م: 291 / 2، والأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي الدمشقي، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، ط: 15، 2002 م: 75 / 1، ونيل الابتهاج بتطريز الديباج، أبو العباس أحمد بابا بن أحمد بن الفقيه الحاج أحمد بن عمر بن محمد التكروري التنبكي السوداني، عناية وتقديم: الدكتور عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكاتب، طرابلس - ليبيا، ط: 1، 2000 م: ص 48.

(4) الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط: 1، 1417 هـ - 1997 م: 218/5.

المطلب الثاني: الحكمة من كون علم الشريعة قابلا لوقوع الخلاف فيه:

إن من لطف الله تبارك وتعالى بعباده أن يسوق إليهم النعم من حيث لا يحتسبون، ولئن كانت النعم تتفاوت فيما بينها وفي تقدير الناس لها فإن نعمة تحمل علم الشريعة والنبوغ فيه وتبليغه للناس هي من أعظم النعم التي يتفضل الله بها على من شاء من عباده، قال عبد الله بن المبارك: (لا أعلم بعد النبوة أفضل من بث العلم)⁽¹⁾، ومن حكمة الله تعالى أن جعل علم الشريعة متفاوتا في طرق ثبوته وما يشترط فيها، وكذلك في ظهور معانيه وخفائها للناس، ليتفاوت الناس في إدراكه ويتنافس أصحاب الهمم في طلبه وتحصيله لعلمهم بما أعد الله لمن كان له حظ من ميراث النبوة من الدرجات العالية والشرف الرفيع في الدنيا والآخرة، قال أبو عبيد الجبيري: (فإن الله ﷻ لما امتحن عباده بأوامره ونواهيه، فرق بين وجوه العلم بها، فجعل منها باطنا خفيا، ومنها ظاهرا جليا، ليرفع الذين آمنوا منهم والذين أوتوا العلم درجات.

إذ لو كانت جليلة كلها لارتفع التنازع... لأن العلم حينئذ كان يكون طبعاً، ولو كانت كلها خفية، لم يبق سبيل إلى معرفة شيء منها، إذ الخفي لا يعلم بنفسه، ولو علم بنفسه لكان جلياً، قال الله سبحانه: ﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَبَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ﴾⁽²⁾. وإذا بطل أن يكون العلم كله جلياً، وبطل أن يكون كله خفياً، ثبت أن منه ما هو جلي، ومنه ما هو خفي، وإذا كان ذلك كذلك، وكان الخفي من النصوص غير مكتف بنفسه ولا مستغن عن جلي يدل عليه من غيره، وجب أن يتباين أهل الاستنباط في العلم حسب تباينهم في النظر المؤدي إليه)⁽³⁾

(1) سير أعلام النبلاء، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط: 3، 1405 هـ / 1985 م: 387 / 8.

(2) آل عمران: 7.

(3) من مقدمة التوسط بين مالك وابن القاسم في المسائل التي اختلفا فيها من مسائل المدونة، أبو عبيد قاسم بن خلف بن فتح بن عبد الله بن جبير الجبيري، تحقيق: باخو مصطفى، دار الضياء، مصر، ط: 1، 1426 هـ - 2005 م: ص =

المطلب الثالث: وقوع الاختلاف بين الصحابة الذين هم أفضل الخلق بعد الأنبياء عليهم الصلاة والسلام.

وأمثلة ذلك كثيرة في حياة النبي ﷺ وبعد وفاته، منها اختلافهم رضوان الله عليهم بحضرة النبي ﷺ لما استشارهم في أسرى بدر، (قال ابن عباس: فلما أسروا الأسارى، قال رسول الله ﷺ لأبي بكر، وعمر: «ما ترون في هؤلاء الأسارى؟» فقال أبو بكر: يا نبي الله، هم بنو العم والعشيرة، أرى أن تأخذ منهم فدية فتكون لنا قوة على الكفار، فعسى الله أن يهديهم للإسلام، فقال رسول الله ﷺ: «ما ترى يا ابن الخطاب؟» قلت: لا والله يا رسول الله، ما أرى الذي رأى أبو بكر، ولكني أرى أن تمكنا فنضرب أعناقهم، فتمكن عليا من عقيل فيضرب عنقه، وتمكني من فلان نسيبا لعمر فأضرب عنقه، فإن هؤلاء أئمة الكفر وصناديدها، فهوي رسول الله ﷺ ما قال أبو بكر، ولم يهو ما قلت، فلما كان من الغد جئت، فإذا رسول الله ﷺ وأبو بكر قاعدين يكيان، قلت: يا رسول الله، أخبرني من أي شيء تبكي أنت وصاحبك؟ فإن وجدت بكاء بكيت، وإن لم أجد بكاء تباكيت لبكائكما، فقال رسول الله ﷺ: «أبكي للذي عَرَضَ عَلَيَّ أَصْحَابُكَ مِنْ أَخَذِهِمُ الْفِدَاءَ، لَقَدْ عُرِضَ عَلَيَّ عَذَابُهُمْ أَدْنَى مِنْ هَذِهِ الشَّجَرَةِ» - شجرة قريبة من نبي الله ﷺ - وأنزل الله ﷻ: ﴿ مَا كَانَتْ لِنَبِيِّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أُسْرَى حَتَّى يُثَخِّنَ فِي الْأَرْضِ ﴾ (1) إلى قوله: ﴿ فَكُلُّوْا مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَالًا طَيِّبًا ﴾ (2) فأحل الله الغنيمة لهم (3)، وفي مسند الإمام أحمد بعد ذكر ما مر من القصة: (وقال عبد الله بن رواحة: يا رسول الله، انظر واديا كثير الحطب، فأدخلهم فيه، ثم أضرم عليهم نارا قال: فقال العباس: قطعت رحمك، قال: فدخل رسول الله ﷺ، ولم يرد عليهم شيئا، قال: فقال ناس: يأخذ بقول أبي بكر، وقال ناس: يأخذ بقول عمر، وقال ناس: يأخذ بقول عبد الله بن

15-16.

(1) الأنفال: 67.

(2) الأنفال: 69.

(3) صحيح مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، د. ت: 1383/3، باب الإمداد بالملائكة في غزوة بدر وإباحة الغنائم، حديث رقم: 1763.

رواحة، قال: فخرج عليهم رسول الله ﷺ، فقال: « إِنَّ اللَّهَ لَيَلِيْنُ قُلُوبَ رِجَالٍ فِيهِ، حَتَّى تَكُونَ
الَّذِينَ مِنَ اللَّبَنِ، وَإِنَّ اللَّهَ لَيَشُدُّ قُلُوبَ رِجَالٍ فِيهِ، حَتَّى تَكُونَ أَشَدَّ مِنَ الْحِجَارَةِ، وَإِنَّ مَثَلَكَ يَا أَبَا
بَكْرٍ كَمَثَلِ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قال: ﴿مَنْ تَبِعَنِي فَإِنَّهُ مِنِّي وَمَنْ عَصَانِي فَإِنَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (1)،
وَمَثَلَكَ يَا أَبَا بَكْرٍ كَمَثَلِ عِيسَى قال: ﴿إِنْ تُعَذِّبُهُمْ فَإِنَّهُمْ عَبَادُكَ وَإِنْ تَغْفِرْ لَهُمْ فَإِنَّكَ أَنْتَ
الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾ (2)، وَإِنَّ مَثَلَكَ يَا عُمَرُ كَمَثَلِ نُوحٍ قال: ﴿رَبِّ لَا تَذَرْنِي عَلَى الْأَرْضِ مِنْ
الْكٰفِرِيْنَ دِيَارًا﴾ (3)، وَإِنَّ مَثَلَكَ يَا عُمَرُ كَمَثَلِ مُوسَى، قال: رب ﴿أَشْدُدْ عَلَى قُلُوبِهِمْ فَلَا
يُؤْمِنُوا حَتَّى يَرَوْا الْعَذَابَ الْأَلِيمَ﴾ (4)، أَنْتُمْ عَالَّةٌ، فَلَا يَنْفَلِتَنَّ مِنْهُمْ أَحَدٌ إِلَّا بِفِدَاءٍ، أَوْ ضَرْبَةٍ
عُنُقٍ﴾ (5).

ومن أمثلة اختلاف الصحابة رضي الله عنهم بعد وفاة النبي ﷺ اختلاف المهاجرين والأنصار
ومسلمة الفتح في القدوم على الشام لما وقع بها الوباء، عن عبد الله بن عباس رضي الله
عنهما: (أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، خرج إلى الشام، حتى إذا كان بسرغ لقيه أمراء الأحناد، أبو
عبيدة بن الجراح وأصحابه، فأخبروه أن الوباء قد وقع بأرض الشام. قال ابن عباس: فقال
عمر: ادع لي المهاجرين الأولين، فدعاهم فاستشارهم، وأخبرهم أن الوباء قد وقع بالشام،
فاختلفوا، فقال بعضهم: قد خرجت لأمر، ولا نرى أن ترجع عنه، وقال بعضهم: معك بقية
الناس وأصحاب رسول الله ﷺ، ولا نرى أن تقدمهم على هذا الوباء، فقال: ارتفعوا عني، ثم

(1) هكذا في الحديث، والآية من سورة إبراهيم، وهي قوله ﴿فَمَنْ تَبِعَنِي فَإِنَّهُ مِنِّي وَمَنْ عَصَانِي فَإِنَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾

﴿إبراهيم: 36﴾

(2) المائة: 118.

(3) نوح: 26.

(4) هكذا في الحديث، والآية من سورة يونس، وهي قوله ﷻ ﴿وَأَشْدُدْ عَلَى قُلُوبِهِمْ فَلَا يُؤْمِنُوا حَتَّى يَرَوْا الْعَذَابَ الْأَلِيمَ﴾

﴿يونس: 88﴾

(5) مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، تحقيق: شعيب
الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط: 1،
1421 هـ - 2001 م: 138/6، مسند عبد الله ابن مسعود، حديث رقم: 3632.

قال: ادعوا لي الأنصار، فدعوتهم فاستشارهم، فسلخوا سبيل المهاجرين، واختلفوا كاختلافهم، فقال: ارتفعوا عني، ثم قال: ادع لي من كان ها هنا من مشيخة قريش من مهاجرة الفتح، فدعوتهم، فلم يختلف منهم عليه رجلان، فقالوا: نرى أن ترجع بالناس ولا تقدمهم على هذا الوباء، فنادى عمر في الناس: إني مصبح على ظهر فأصبحوا عليه، قال أبو عبيدة بن الجراح: أفراراً من قدر الله؟ فقال عمر: لو غيرك قالها يا أبا عبيدة؟ نعم نفر من قدر الله إلى قدر الله، أرايت لو كان لك إبل هبطت واديا له عدوتان، إحداهما خصبة، والأخرى جدبة، أليس إن رعيت الخصبة رعيتها بقدر الله، وإن رعيت الجدبة رعيتها بقدر الله؟ قال: فجاء عبد الرحمن بن عوف - وكان متغيباً في بعض حاجته - فقال: إن عندي في هذا علماً، سمعت رسول الله ﷺ يقول: « إِذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلَا تَقْدُمُوا عَلَيْهِ، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ»، قال: فحمد الله عمر ثم انصرف⁽¹⁾.

فهؤلاء أصحاب رسول الله ﷺ خيرة الناس بعد الأنبياء، رغم انحصار عددهم وقلته مقارنة بمن بعدهم، وتلقيهم جميعاً من معلم واحد هو رسول الله ﷺ، قد وقع بينهم الخلاف في الفقه بسبب تفاوت ما بينهم من الفهم في دين الله، والنظر في مقاصد الشرع، والاطلاع على أدلته وغير ذلك من أسباب الخلاف التي سنذكرها في ما بعد إن شاء الله.

(1) صحيح البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، ط: 1، 1422هـ: 130/7، باب ما يذكر في الطاعون، حديث رقم: 5729.

المطلب الرابع: وقوع الخلاف زمن التابعين رحمهم الله.

لقد تفرق أصحاب رسول الله ﷺ رضوان الله عليهم بعد وفاته في البلاد ينشرون الإسلام ويبلغون علم الشريعة كما ورثوه من رسول الله ﷺ، وكثر تلامذتهم من التابعين لهم بإحسان فكان منهم جهابذة مجتهدون حملوا لواء العلم بعد زمن الصحابة رضوان الله عليهم، وكان لبعض الصحابة أصحاب اختصاص بهم كأصحاب عبد الله بن مسعود في العراق، وعن هؤلاء تفرعت مدرسة أهل الرأي، وكان لعبد الله بن عباس أصحاب بمكة، ولعبد الله بن عمر أثر وتلاميذ بالمدينة وعن هؤلاء وغيرهم تفرعت مدارس أهل الحجاز من المالكية والشافعية والحنابلة، وتأثرت هذه المدارس بشخصيات مؤسسيها الأول من الصحابة وبالبيئات التي نشأت فيها، فكان بينها بعض الاختلافات المنهجية في المسائل الفقهية الاجتهادية التي أنتجت اختلافا في كثير من الفروع الفقهية، وازدادت رقعة الدولة الإسلامية زمن التابعين وأتباعهم وكثر الداخلون في الإسلام وازدادت الحوادث والنوازل، وازداد الخلاف الفقهي تبعا لذلك بين المدارس الفقهية فيما بينها، وفي كثير من الأحيان بين مجتهدي المدرسة الواحدة، وسأذكر مثلا واحدا عجيبا للخلاف وفقه التعامل معه عند التابعين رحمهم الله، قال ابن عبد البر: أخبرنا خلف بن القاسم وعبد الله بن محمد بن أسد قالوا: حدثنا محمد ابن عبد الله بن أشته الأصبهاني المقرئ قال: أخبرنا أبو علي أحمد بن محمد الصحاف قال: حدثنا عبد الله بن أيوب بن زاذان الضيرير قال: حدثنا محمد بن سليمان الذهلي قال: حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال: قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة⁽¹⁾ فسألت أبا حنيفة

(1) عبد الله بن شبرمة الضبي، أبو شبرمة، قاضي الكوفة وفقه العراق، الإمام العلامة، حدث عن أنس بن مالك، وأبي الطفيل، والشعبي، وطائفة، وقد حدث عنه الثوري، وابن المبارك، وخلق سواهما، وكان عفيفاً صارماً عاقلاً خيراً يشبه النساك، وكان شاعراً كريماً جواداً، وكان من أئمة الفروع، وأما الحديث، فما هو بالكثر منه، وقد وثقه غير واحد من الأئمة، وضعفه آخرون. مات سنة 144 هـ بخراسان. سير أعلام النبلاء: 6/ 347، وتهذيب التهذيب: 5/ 250، والفكر السامي: 482/1.

فقلت: ما تقول في رجل باع يبيعا وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال: البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال: البيع جائز والشرط جائز، فقلت: يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفتم في مسألة واحدة فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال: لا أدري ما قالوا حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن النبي ﷺ نهي عن بيع وشرط»⁽¹⁾ البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال لا أدري ما قالوا حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: «أمري رسول الله ﷺ أن أشتري بيرة فأعتقتها وإن اشترط أهلها الولاء فإنما الولاء لمن أعتق»⁽²⁾ البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال: ما أدري ما قالوا حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «بعت من النبي ﷺ ناقة وشرط لي حلابها أو ظهرها إلى المدينة»⁽³⁾ البيع جائز والشرط جائز⁽⁴⁾.

وقد جمع مالك رحمه الله بين هذه الأدلة فقسم الشروط في البيع إلى ثلاثة أقسام، قال البناي: (وعرف مالك رضي الله تعالى عنه الأحاديث كلها فاستعملها في مواضعها وتأولها على

(1) المعجم الأوسط، أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير الطبراني، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، د.ت: 4/335، حديث رقم: 4361، والحديث ضعيف، قال ابن القطان: علته ضعف أبي حنيفة في الحديث. ينظر: نصب الراية لأحاديث الهداية، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، ودار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة- السعودية، ط: 1، 1418هـ/1997م: 4/17-18.

(2) أخرجه البخاري: 3/73، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تجل، حديث رقم: 2168، ومسلم: 2/1142، باب إنما الولاء لمن أعتق، حديث رقم: 1504.

(3) أخرجه البخاري: 3/100، باب إذا وكل رجل رجلا أن يعطي شيئا، ولم يبين كم يعطي، فأعطى على ما يتعارفه الناس، حديث رقم: 2309، ومسلم: 3/1223، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، حديث رقم: 114.

(4) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية- المغرب، 1387 هـ: 22/186.

وجوهها ولم يعن غيره النظر ولا أحسن تأويل الأثر قاله ابن رشد رحمه الله ... ونظم ابن غازي رحمه الله تعالى هذه الأقوال فقال:

بيع الشروط الحنفي حرمه وجابر سوغ لابن شبرمه
وسوغت لابن أبي ليلى الأمه ومالك إلى الثلاث قسمه
وحاصل ما للإمام أن ما كان من الشروط من مقتضيات العقد أو من مصلحاته صح فيه البيع
والشرط وما كان منافياً للعقد أو يؤدي إلى الغرر والجهل بالمبيع فسد فيه البيع والشرط قال
الأبي وكان ابن عرفة يقول ما لا يفيد مصلحة في البيع ولا يفسد البيع ولا يزداد في الثمن ولا
ينقص منه لأجله فهو الذي يقول فيه أصحابنا يصح البيع ويبطل الشرط⁽¹⁾.

(1) حاشية البناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: 1، 1422 هـ -
2002 م: 160/5.

المطلب الخامس: أسباب الاختلاف الفقهي.

أسباب الاختلاف بين الفقهاء كثيرة منها ما يرجع إلى القراءات القرآنية، ومنها ما يرجع إلى الحديث، ومنها ما يرجع إلى لسان العرب، ومنها ما يرجع إلى اختلاف مدارك المجتهدين في فهم النصوص وما يستنبط منها، ويمكن تقسيمها إلى ما يلي:

أولاً: الاختلاف في القراءات القرآنية.

ومن أمثلتها الاختلاف في حكم الرجلين في الوضوء هل هو الغسل أو المسح، وذلك بسبب قراءة النصب والخفض في قوله تعالى "وأرجلكم" في آية الوضوء من سورة المائدة، ومذهب جماهير أهل العلم أن فرض الرجلين الغسل⁽¹⁾ على قراءة النصب، وروي⁽²⁾ المسح عن ابن عباس وأنس ابن مالك و عكرمة⁽³⁾ وقتادة⁽⁴⁾ والشعبي⁽⁵⁾ وقال به الإمامية من الشيعة⁽¹⁾

(1) التحرير والتنوير، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، الدار التونسية للنشر - تونس، 1984م: 131/6.

(2) المرجع السابق: 130/6.

(3) عكرمة أبو عبد الله المدني، مولى عبد الله بن عباس، بربري الأصل، أحد المفسرين المشهورين، وأحد الرواة المكثرين عن ابن عباس رضي الله عنهما، العلامة الحافظ المفسر، قيل لسعيد بن جبيرة: تعلم أحداً أعلم منك قال: نعم عكرمة، رحل في طلب العلم إلى اليمن ومصر والمغرب وخراسان وأصبهان. توفي بالمدينة سنة 105 هـ، وقيل غير ذلك. طبقات الفقهاء: ص 70، ووفيات الأعيان: 3/ 265، وتهذيب الكمال: 20/ 264، وسير أعلام النبلاء: 5/ 12، وشذرات الذهب: 2/ 32، والفكر السامي: 1/ 362، والأعلام: 4/ 244، ومعجم المؤلفين: 6/ 290، ومعجم المفسرين: 1/ 348.

(4) أبو الخطاب قتادة بن دعامة السدوسي، عالم أهل البصرة، روى عن أنس والحسن وغيرهما. وعنه أبو حنيفة والأوزاعي وغيرهما، روى عنه معمر روايته قوله: ما في القرآن من آية إلا وقد سمعت فيها شيئاً. مات بالطاعون سنة 117 هـ وقيل سنة 118 هـ. طبقات الفقهاء: ص 89، ووفيات الأعيان: 4/ 85، وسير أعلام النبلاء: 5/ 269، وشذرات الذهب: 2/ 80، والفكر السامي: 1/ 365، والأعلام: 5/ 189، ومعجم المؤلفين: 8/ 127، ومعجم المفسرين: 1/ 435.

(5) أبو عمرو عامر بن شراحيل الشعبي الحميري الكوفي، أحد أعلام التابعين، روى عن علي، وأبي موسى، وروى عنه جماعة، توفي سنة 104 هـ، وقيل غير ذلك. طبقات الفقهاء: ص 81، ووفيات الأعيان: 3/ 12، وسير أعلام النبلاء: 4/ 294، وشذرات الذهب: 2/ 24، والفكر السامي: 1/ 358، والأعلام: 3/ 251، ومعجم المؤلفين: 5/ 54، ومعجم المفسرين: 1/ 252.

ومعتمدتهم قراءة الجر، وقال⁽²⁾ ابن جرير الطبري بالتخيير بين الغسل والمسح جمعا بين القراءتين.

ثانيا: أسباب راجعة إلى ثبوت الحديث.

ومن أمثلتها ما ذكرناه من اختلاف المهاجرين والأنصار ومسلمة الفتح لما استشارهم عمر في الدخول على الوباء في الشام، فإنهم إنما اختلفوا في النظر قبل ثبوت الحديث فلما أخبرهم عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه بما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتفع الخلاف. ومن ذلك الاختلاف بسبب اعتماد بعض العلماء على حديث ضعيف كمسألة صلاة التسايح⁽³⁾، حيث ذهب بعض أهل العلم إلى استحبابها بينما يرى جماهير أهل العلم أن حديثها ضعيف وأنها غير مستحبة.

ومن ذلك أن يشترط بعض العلماء شروطا زائدة عن غيرهم في قبول الحديث كما فعل أبو حنيفة رحمه لما شاع الكذب في الحديث في العراق، وبالجملة فالاختلاف الراجع إلى ثبوت السنة والاستدلال بها من أكثر أسباب الخلاف الفقهي. **ثالثا: أسباب راجعة إلى الاختلاف في معاني النصوص.**

ومن ذلك ما هو راجع إلى الاختلاف في لسان العرب كمسألة القرء هل هو الحيض أو الطهر، ومنه الاختلاف في كثير من القواعد الأصولية التي أصلها اللغة العربية وما يترتب عنه من اختلاف في الفروع، ومنه ما هو راجع إلى تفاوت العقول والمدارك في التعليل والتأويل والاستنباط⁽⁴⁾.

(1) التحرير والتنوير: 131/6.

(2) المرجع نفسه.

(3) ينظر لمزيد من التفصيل: رسالة الخلاف بين العلماء أسبابه وموقفنا منه، محمد بن صالح بن عثيمين، المكتب الإسلامي، ط: 2، 1412هـ-1991م، ص: 25-26.

(4) ينظر لمزيد من البيان: قواعد الترجيح بين الروايات والأقوال في المذهب المالكي، عبد المجيد خلادي، دار ابن حزم

رابعاً: أسباب راجعة إلى تعارض الأدلة في نظر المجتهدين

ومن أمثلة ذلك ما ذكرناه سابقاً من اختلاف فقهاء الكوفة أبو حنيفة وابن شبرمة وابن

أبي ليلى في حكم البيع مع الشرط فقد حكم كل واحد منهم بما لديه من الدليل وأهمل ما لدى الآخرين بسبب معارضته لما عنده مما اعتقد عمومته، أو عدم قيام ما عنده غيره لمعارضة ما عنده، وقد وفق الله مالكا للجمع بين الأحاديث الثلاثة كلها وذلك فضل الله يؤتيه من يشاء. وقد اكتفيت في هذا المبحث بأمثلة قليلة للدلالة على المراد.

بيروت- لبنان، ط: 1، 1435هـ-2014م، ص: من 68 إلى 71.

المطلب السادس: أنواع الخلاف الفقهي من حيث نطاقه.

يقسّم العلماء الخلاف من حيث نطاقه إلى خلاف مذهبي وخلاف عالٍ، فأما الخلاف المذهبي فالمقصود به ما كان بين علماء المذهب الواحد من مذاهب أهل السنة، وأما الخلاف العالي فما كان بين علماء السلف من الصحابة والتابعين وكذلك بين المذاهب بعد ظهورها وتمايزها.

قال ابن جزى⁽¹⁾: (أما بعد فهذا كتاب في قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية على مذهب إمام المدينة أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي رضي الله عنه... ثم زدنا إلى ذلك التنبيه على كثير من الاتفاق والاختلاف الذي بين الإمام المسمى وبين الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي والإمام أبي حنيفة النعمان ابن ثابت والإمام أبي عبد الله بن حنبل لتكمل بذلك الفائدة ويعظم الانتفاع فإن هؤلاء الأربعة هم قدوة المسلمين في أقطار الأرض وأولو الأتباع والأشياء وربما نبهت على مذهب غيرهم من أئمة المسلمين كسفيان الثوري والحسن البصري وعبد الله بن المبارك وإسحاق بن راهويه وأبي ثور والنخعي وداوود بن علي إمام الظاهرية وقد أكثرنا من نقل مذهبه والليث بن سعد وسعيد بن المسيب والأوزاعي وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين فإن كل واحد منهم مجتهد في دين الله ومذاهبهم طرق موصلة إلى الله، واعلم أن هذا الكتاب ينيف على سائر الكتب بثلاث فوائد: الفائدة الأولى أنه جمع

(1) محمد بن أحمد بن جزى الكلبي، أبو القاسم، فقيه مالكي، مشارك في عدة علوم: الأصول والحديث والتفسير، له كثير من المؤلفات في فنون شتى منها: التسهيل في علوم التنزيل في التفسير، والقوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ووسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم، وتقريب الوصول إلى علم الأصول... وغيرها، توفي شهيداً في واقعة طريف سنة 741 هـ. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف، علق عليه: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط: 1، 1424 هـ - 2003 م: 306/1، والفكر السامي: 282/2، ومعجم المفسرين من صدر الإسلام وحتى العصر الحاضر، عادل نويهض، دم له: مُفتي الجمهورية اللبنانية الشيخ حسن خالد، مؤسسة نويهض الثقافية للتأليف والترجمة والنشر، بيروت - لبنان، ط: 3، 1409 هـ - 1988 م: 481/2، ومعجم المؤلفين، عمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة الدمشقي، مكتبة المثنى - بيروت، دار إحياء التراث العربي بيروت، د. ت: 11/9، والأعلام: 325/5.

بين تمهيد المذهب وذكر الخلاف العالي، بخلاف غيره من الكتب، فإنها في المذهب خاصة أو في الخلاف العالي خاصة⁽¹⁾.

وقال السيوطي مبينا لشروط الاجتهاد: (... الحادي عشر: علم الإجماع والخلاف وهذا يؤخذ من غضون الكتب وأول ما يحتاج فيه إلى ممارسة فقه المذهب حتى يحيط بمسائل القطع ومسائل الأقوال والوجوه ثم ينهض إلى مراجعة كتب بقية المذاهب والخلاف العالي ولا يشترط حفظ الكل بل يعرف مواقعه ليراجعه عند الحاجة)⁽²⁾.

(1) القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، أبو القاسم محمد بن أحمد ابن جزى الكلبي الغرناطي، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط: 1، 1434هـ-2013م: ص 7 بتصرف.

(2) تقرير الاستناد في تفسير الاجتهاد، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة - الاسكندرية ط: 1، 1403هـ، ص: 48-49.

المبحث الثاني: الأقوال المعتمدة في المذهب ومعرفة
منازلها، والترجيح بين الموطأ والمدونة عند تعارضهما

المطلب الأول: الأقوال المعتمدة في المذهب، ومعرفة منازلها عند تعارضها.

لما اتسع المذهب المالكي اتساعا كبيرا وكثرت الروايات عن الإمام وأقوال الجهابذة من أصحابه الذين صاروا منارات للهدى في البلاد التي تصدوا للتدريس والفتوى فيها، وكثر المجتهدون من بعدهم وكثرت أقوالهم وكان بين بعض هذه الروايات والأقوال شيء من التعارض، كانت الحاجة ماسة إلى ضبط الروايات والأقوال وتمييز الأشبه منها برأي الإمام ومذهبه لتكون صالحة للفتوى والقضاء بها في البلاد التي اختار أهلها تقليد مذهب إمام دار الهجرة وتقديمه على ما سواه، وكان أن قسم علماء المذهب ومجتهدوه الأقوال بحسب قوتها من جهة الدليل وكثرة القائلين بها من مجتهدي المذهب إلى مراتب ليسترشد بها من رام مذهب مالك من طلبة العلم والقضاة والمفتين، و في ما يلي مراتب الأقوال كما قسمها أهل العلم.

الفرع الأول: المتفق عليه

لغة: قال ابن منظور: (وفق: الوفاق: الموافقة. والتوافق: الاتفاق والتظاهر... ومنه الموافقة: تقول: وافقت فلانا في موضع كذا أي صادفته، ووافقت فلانا على أمر كذا أي اتفقنا عليه معاً⁽¹⁾).

وأما اصطلاحاً: فالمقصود به اتفاق علماء المذهب خاصة دون غيرهم على حكم فقهي، قال الخطاب⁽²⁾: (والمراد بالاتفاق اتفاق أهل المذهب وبالإجماع إجماع العلماء)⁽³⁾.

(1) لسان العرب: 382/10.

(2) محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيبي، المعروف بالخطاب، أندلسي الأصل، مكّي الدار والقرار، أحد أئمة المالكية في عصره، له مؤلفات كثيرة منها: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، وتحرير المقالة في شرح نظائر الرسالة، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام، توفي سنة 954 هـ. نيل الابتهاج: ص 592، وشجرة النور الزكية: 389/1، والفكر السامي: 319/2.

(3) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرعيبي المالكي، دار الرضوان، نواشوط-موريتانيا، ط: 2، 1434هـ-2013م: 59/1.

ويجب التثبت من نقل المتفق عليه لتساهل بعض أهل العلم في إطلاق لفظ الاتفاق على ما فيه خلاف، قال المقرئ⁽¹⁾: (وقال بعضهم احذر أحاديث عبد الوهاب والغزالي، وإجماعات ابن عبد البر، واتفاقات ابن رشد)⁽²⁾.

وحكم (المتفق عليه وهو في أعلى مرتبة من الأقوال المعتمدة، يقابل في معناه الجزئي داخل المذهب معنى الإجماع في معناه الكلي، إذ هو أصل للمذهب المالكي وغيره من المذاهب، فيقدم على غيره من الأدلة)⁽³⁾.

الفرع الثاني: الراجح.

الراجح في اللغة:

قال ابن منظور⁽⁴⁾: (رَجَحَ: الرَّاجِحُ: الوَازِنُ. وَرَجَحَ الشَّيْءَ بِيَدِهِ: رَزَنَهُ وَنَظَرَ مَا ثَقُلَهُ. وَأَرْجَحَ المِيزَانَ أَي أَثَقَلَهُ حَتَّى مَالَ. وَأَرْجَحْتُ لِفُلَانٍ وَرَجَّحْتُ تَرْجِيحاً إِذَا أَعْطَيْتَهُ رَاجِحاً. وَرَجَحَ الشَّيْءُ يَرْجَحُ وَيَرْجَحُ رُجُوحاً وَرَجَّحَاناً وَرُجَّحَاناً، وَرَجَحَ المِيزَانَ يَرْجَحُ وَيَرْجَحُ وَيَرْجَحُ رُجَّحَاناً: مَالَ. وَيُقَالُ: زَنَ وَأَرْجَحَ، وَأَعْطَى رَاجِحاً)⁽⁵⁾.

(1) أبو عبد الله بن محمد بن محمد بن أحمد المقرئ القرشي التلمساني الأصل الفاسي، له كتاب "القواعد" اشتمل على ألف ومائتي قاعدة للمذهب المالكي هي أصوله التي بني عليها، وله كتب في فنون شتى، وقال فيه ابن مرزوق: إنه وصل درجة الاجتهاد المذهبي والتخيير والترفيف من الأقوال. توفي سنة 858 هـ. الفكر السامي: 305/2، وشجرة النور الزكية: 334/1.

(2) القواعد، أبو عبد الله محمد بن محمد المقرئ، تحقيق: أحمد بن حميد، مطبوعات مركز إحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، د. ط، د. ت: 1/ 349 - 351.

(3) أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، الدكتور محمد رياض، دار النجاح الجديدة الدار البيضاء، ط: 4، 1431هـ-2010م، ص: 533.

(4) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، صاحب (لسان العرب): الإمام اللغوي الحجة. ولد بمصر (وقيل: في طرابلس الغرب) وخدم في ديوان الإنشاء بالقاهرة، توفي سنة 711 هـ. بغية الوعاة: 248/1، والأعلام: 108/7.

(5) لسان العرب: 445/2.

وهذه المعاني كلها تدل على الثقل والميل.

الراجع في الاصطلاح:

هو ما قوي دليله، ثم إن كان المفتي أهلاً للترجيح أفتى بما اقتضت القواعد ترجيحه عنده، وإلا قلد شيوخ المذهب في الترجيح فأفتى بما رجحوه.⁽¹⁾

قال القرافي⁽²⁾: (الحاكم إذا كان مجتهداً فلا يجوز له أن يحكم ويفتي إلا بالراجع عنده، وإن كان مقلداً جاز له أن يفتي بالمشهور في مذهبه وأن يحكم به وإن لم يكن راجحاً عنده مقلداً في رجحان القول المحكوم به إمامه الذي يقلده كما يقلده في الفتيا، وأما اتباع الهوى في الحكم أو الفتيا فحرام إجماعاً)⁽³⁾.

وقال ابراهيم اللقاني: (اعلم أن كلمتهم قامت على تعيّن الإفتاء والعمل بالراجع، وعبارة ابن عرفة: "العمل بالراجع واجب لا راجح" فالذي يفتي به هو المشهور أو الراجع، ولا تجوز الفتوى ولا الحكم بغير المشهور ولا بغير الراجع)⁽⁴⁾.

ومقابل الراجع يسمى الضعيف.

(1) نور البصر في شرح خطبة المختصر، أبو العباس أحمد بن عبد العزيز الهلالي الفلالي، مراجعة وتصحيح: محمد محمود ولد محمد الأمين، دار يوسف بن تاشفين - مكتبة الإمام مالك، نواكشوط-موريتانيا، ط: 1، 1428هـ-2007م: ص 125.

(2) أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي البهنسي المشهور بالقرافي والملقب بشهاب الدين، والصنهاجي نسبة إلى صنهاجة من قبائل البربر في المغرب، والقرافي نسبة إلى القرافة وهي المقبرة المجاورة لقبر الشافعي في مصر، ولد في مصر وفيها نشأ، وبرع في الفقه والأصول والتفسير وعلوم أخرى، وكان مالكي المذهب ذا إطلاع واسع في الأصول. توفي في القاهرة سنة 684هـ، من مؤلفاته: الذخيرة في الفقه، شرح التنقيح في أصول الفقه، وأنوار البروق في أنواع الفروق، ونفائس الأصول في شرح المحصول. الأعلام: 1/ 94، ومعجم المؤلفين: 1/ 158، ومعجم المفسرين: 1/ 28.

(3) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط: 2، 1416 هـ - 1995 م، ص: 92.

(4) منار أصول الفتوى وحكم الإفتاء بالأقوى، برهان الدين إبراهيم بن إبراهيم بن حسن اللقاني، تقديم وتحقيق: د عبد الله الهلالي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب، 1423هـ-2002م، ص: 269.

الفرع الثالث: المشهور.

المشهور في اللغة: هو الواضح والظاهر والمعروف. (1)

المشهور في الاصطلاح: هو ما كثر قائله كما يناسب معناه لغة، فالفرق بينه وبين الراجح مع أن كلا منهما له قوة على مقابله هو أن الراجح نشأت قوته من الدليل نفسه من غير نظر للقائل، والمشهور نشأت قوته من القائل، فإن اجتمع في قول سبب الرجحان والشهرة ازداد قوة وإلا كفى أحدهما. (2)

وتعريف المشهور بأنه ما كثر قائله -بالإضافة إلى كونه موافقا لمعناه في اللغة- هو الذي أخذ به أكثر علماء المذهب (3)، قال الدسوقي: (وقيل ما كثر قائله وهو المعتمد) (4).
وقيل في المشهور أنه ما قوي دليله، قال التسولي (5): (المشهور ما قوي دليله وقيل ما كثر قائله، والصحيح الأول... ابن خويز منداد (6): مسائل المذهب تدل على أن المشهور ما قوي دليله وأن مالكا رحمه الله كان يراعي من الخلاف ما قوي دليله لا ما كثر قائله) (1).

(1) انظر لسان العرب: 431/4-432.

(2) نور البصر في شرح خطبة المختصر: ص 125.

(3) أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي: ص 502.

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر، بيروت- لبنان، د.ت: 20/1.

(5) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، القاضي المالكي المدعو بمديش، من أهل فاس بالمغرب، أخذ عن الشيخ محمد بن إبراهيم وحمود بن الحاج وغيرهما، من تصانيفه: "البهجة في شرح التحفة"، و"شرح الشامل"، و"جمع فتاوى"، وحاشية على شرح الشيخ التاودي، توفي سنة 1258هـ. شجرة النور الزكية: 1/ 567، والأعلام: 4/ 299، ومعجم المؤلفين: 7/ 122.

(6) محمد بن أحمد بن عبد الله، الفقيه أبو بكر بن خويزمنداد الإمام العالم الأصولي، صاحب أبي بكر الأبهري، له مصنفات مفيدة. قال الصفدي: وكان يجانب الكلام وينافر أهله. وجعله صاحب شجرة الزكية من طبقة القاضي عبد الوهاب المالكي توفي سنة 390 هـ. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون اليعمرى، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمدى أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة: 2/ 229، والفكر السامي: 2/ 139، وشجرة النور الزكية: 1/ 154، ومعجم المفسرين: 2/ 793، وترتيب المدارك: 7/

وقيل أيضا في المشهور أنه قول ابن القاسم في المدونة، قال ابن فرحون: (قول ابن القاسم هو المشهور في المذهب إذا كان في المدونة)⁽²⁾، وانتقد هذا القول لاقتصاره في تعيين المشهور على المدونة دون غيرها من أمهات المذهب، قال أبو العباس الهلالي: (لا يخفى قصور هذا التعبير الأخير للمشهور، لاقتضائه أنه إذا لم يكن الحكم المذكورا في المدونة وكان مذكورا في غيرها، وكان فيه للإمام وأصحابه قولاً وشذ بعضهم فقال مقابله فلا يسمى الأول مشهوراً، ولا أظن أحداً ينفي عنه اسم المشهور، ولعل قائله قصد التعريف بالأخص على مذهب من جوزة، وكأنه على وجه التمثيل للمشهور، ولم يقصد قصره عليه)⁽³⁾.

ومقابل المشهور يسمى الشاذ.

ومقابل الأشهر مشهور دونه في الشهرة.

والعمل بالمشهور لازم للمقلد إلا أن يقلد شيوخ المذهب في اتباع الراجح إذا وُجد في المسألة قول راجح يخالف المشهور، قال التسولي: (قلت: فيفهم من هذا الكلام أن المقلد لا يعدل عن المشهور وإن صح مقابله وأنه لا يطرح نص إمامه للحديث وإن قال إمامه وغيره بصحته، وقد صرح بذلك ابن الصلاح وغيره وذلك لأنه لا يلزم من عدم اطلاع المقلد على المعارض انتفاؤه، فالإمام قد يترك الأخذ به مع صحته عنده لما منع اطلاع عليه وخفي على غيره)⁽⁴⁾.

.77

(1) البهجة في شرح التحفة، علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّشُولِي، ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ط: 1، 1418هـ - 1998م: 40/1 بتصرف.

(2) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، مكتبة الكليات الأزهرية، ط: 1، 1406هـ - 1986م: 71/1.

(3) نور البصر شرح خطبة المختصر: ص 125.

(4) البهجة في شرح التحفة: 40/1.

والإمام اللخمي من فحول المذهب المعتبر قولهم في التشهير، قال ابن فرحون: (وأما ما اختلف فيه التشهير بين المغاربة كاللخمي، وابن محرز⁽¹⁾، وابن أبي زيد⁽²⁾، وابن اللباد⁽³⁾، أو الباجي⁽⁴⁾، وابن عبد البر⁽⁵⁾، وابن رشد⁽¹⁾، وابن العربي⁽²⁾، أو القاضي عياض⁽³⁾، والقاضي

(1) أبو القاسم عبد الرحمن بن محرز القيرواني، الفقيه النبيل المحدث العالم الجليل، رحل للمشرق وسمع من مشايخ جلة وأخذ عنهم، تفقه بأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي والقابسي وأبي حفص العطار، وبه تفقه عبد الحميد الصايغ وأبو الحسن اللخمي، له تصانيف حسنة منها تعليق على المدونة سماه التبصرة وكتابه الكبير سماه بالقصد والإيجاز. مات في نحو 450 هـ. ترتيب المدارك: 68 / 8، وشجرة النور الزكية: 163 / 1.

(2) أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن القيرواني، فقيه مفسر من أعيان القيروان. مولده ومنشؤه ووفاته فيها، كان إمام المالكية في عصره، يلقب بقطب المذهب وبمالك الأصغر، تفقه بأبي بكر بن اللباد، وابن العسال، وسعدون بن أحمد الخولاني، وغيرهم، وأخذ عنه من أهل القيروان أبو القاسم البرادعي صاحب التهذيب، والليدي، وأبو عبد الله الخواص، وغيرهم، ومن الأندلسيين أبو بكر بن موهب المقبري أول شراح الرسالة، وأبو عبد الله بن الحذاء، وغيرهما، من تصانيفه: "كتاب النوادر والزيادات"، و"مختصر المدونة"، و"كتاب الرسالة". سير أعلام النبلاء: 10 / 17، وشذرات الذهب: 4 / 477، وشجرة النور الزكية: 143 / 1، ومعجم المفسرين: 312 / 1، ومعجم المؤلفين: 73 / 6.

(3) أبو بكر محمد بن محمد بن وشاح اللخمي مولاها الإفرقي، عرف بابن اللباد، العلامة مفتي المغرب، تلميذ يحيى بن عمر، وعليه عول، سمع من جميع الشيوخ الذين كانوا في وقته كأبي بكر بن عبد العزيز الأندلسي المعروف بابن الخراز، وحبيب بن نصر، وأحمد بن يزيد وأبي الطاهر محمد بن المنذر الزبيدي، وزيدان، وغيرهم. وعليه تفقه أبو محمد بن أبي زيد، وتخرج به أئمة. صنف "عصمة الأنبياء" و"كتاب الطهارة" و"مناقب مالك"، منعه بنو عبيد من الإقراء والفتيا إلى أن توفي سنة 333 هـ. ترتيب المدارك: 286 / 5، وسير أعلام النبلاء: 360 / 15، وشجرة النور الزكية: 126 / 1، والفكر السامي: 130 / 2، والأعلام: 19 / 7، ومعجم المؤلفين: 309 / 11، ومعجم المفسرين: 610 / 2.

(4) سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، أخذ عن أبي الأصبغ وأبي محمد مكي وغيرهم، وروى عن الحافظ أبي بكر الخطيب، وأخذ عنه ابن عبد البر، وبينه وبين ابن حزم مناظرات، قال القاضي عياض: حاز الرئاسة بالأندلس، فسمع منه خلق كثير، وتفقه عليه خلق، وممن تفقه عليه أبو بكر الطرطوشي، توفي سنة 474 هـ. شجرة النور الزكية: 178 / 1، وترتيب المدارك: 117 / 8، وسير أعلام النبلاء: 535 / 18، وشذرات الذهب في أخبار من ذهب، أبو الفلاح عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد الحنبلي، تحقيق: محمود الأرنؤوط، خرج أحاديثه: عبد القادر الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، ط: 1، 1406 هـ - 1986 م: 315 / 5، ومعجم المفسرين: 215 / 1، والفكر السامي: 252 / 2، والأعلام: 125 / 3.

(5) أبو عمر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، إمام عصره في الحديث والأثر، قال الباجي: "أبو عمر أحفظ أهل المغرب"، من مؤلفاته: التمهيد، والاستيعاب، وجامع بيان العلم وفضله، توفي سنة 463 هـ. شجرة النور الزكية: 176 / 1، ووفيات الأعيان: 66 / 7، ومعجم المفسرين: 746 / 2، وترتيب المدارك: 127 / 8، وسير

سند⁽⁴⁾ من المصريين، وغيرهم ممن يعين المشهور ويخالفه غيره فيه، فهذا محل اجتهاد للفقهاء، فإذا وجد الطالب اختلافاً بين أئمة المذهب في الأصح من القولين، ولم يكن أهلاً للترجيح بالدليل، فينبغي أن يفزع في الترجيح إلى صفاتهم الموجبة لزيادة الثقة بهم وبرأيهم، فيعمل بقول الأكثر والأورع والأعلم، فإذا اختص واحد منهم بصفة أخرى قدم الذي هو أخرى منهما بالإصابة، فالأعلم الورع مقدم على الأورع العالم، واعتبر ذلك في هذا كما اعتبروا في الترجيح عند تعارض الأخبار صفات رواتها⁽⁵⁾.

أعلام النبلاء: 153 / 18، ومعجم المؤلفين: 315/13، والأعلام: 240/8.

(1) محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي يكنى أبو الوليد القرطبي، له مؤلفات منها: البيان والتحصيل، وكتاب المقدمات لأوائل كتب المدونة وغيرها كثير، توفي سنة 520 هـ. الديباج المذهب: 248/2، والأعلام: 316 / 5، ومعجم المؤلفين: 228 / 8، وشجرة النور الزكية: 190 / 1.

(2) محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي، القاضي، أبو بكر ابن العربي، أحد كبار علماء المالكية، وكان عالماً بعلوم القرآن، والفقه، والأدب، والتاريخ، له مصنفات كثيرة، منها: عارضة الأحوذى شرح سنن الترمذي، وأحكام القرآن، والعواصم من القواصم وغيرها، توفي سنة 543 هـ بمدينة فاس. شجرة النور الزكية: 199/1، والفكر السامي: 258/2، ومعجم المفسرين: 558/2، ووفيات الأعيان: 296/4، وسير أعلام النبلاء: 197/20، ومعجم المؤلفين: 242/10.

(3) أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي، أخذ عن جلة كابن رشد والمازري، اجتمع له من الشيوخ بين من سمع منه وأجاز له نحو مائة شيخ ألف فيهم فهرسة سماها الغنية وألف تأليف مفيدة منها: إكمال المعلم في شرح مسلم، ومشارك الأنوار وترتيب المدارك، توفي سنة 544 هـ. شجرة النور الزكية: 205/1.

(4) سند بن عنان بن إبراهيم الأزدي، كنيته أبو علي، من شيوخ الطرطوشي وأبو الطل السلفي وأبو الحسن بن المشرف، كان من زهاد العلماء فقيهاً مالكيًا فاضلاً، من كتبه: "الطراز شرح المدونة" لم يكمل، وله تأليف في علم الجدول وغيره، توفي سنة 541 هـ بالإسكندرية ودفن بجانبه باب الأخضر. شجرة النور الزكية: 184 / 1، والديباج المذهب: 399 / 1، ومعجم المؤلفين: 283 / 4.

(5) كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب، إبراهيم بن علي بن فرحون، تحقيق: حمزة أبو فارس ود. عبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، ط: 1: 1990م: ص 69-70.

الفرع الرابع: القول المساوي لمقابله.

وهذه المرتبة تكون حين تستوي الأقوال من جهة دليلها أو قائلها⁽¹⁾، ولا يوجد في المسألة رجحان.⁽²⁾

واختلف في المفتي إذا استوت لديه الأقوال هل يخبر المستفتي بالأقوال وقائلها ويترك له الاختيار بنفسه كما لو كان القائلون أحياء معروفين للمستفتي، أو يحمله على أحد الأقوال؟ قال اللخمي: (وإن كان بالبلد فقهاء ثلاثة كل واحد منهم متمسك بقول منها ويرى غير رأي صاحبه وكلهم أهل للفتوى - جاز لهذا العامي أن يقلد أيهم أحب، وإن كان عالماً واحداً وترجحت عنده الأقوال جرت على قولين: أحدهما: أن للمفتي أن يحيله على أيهما أحب.

والثاني: أنه في ذلك كالناقل، وإنما يخبره بالقائلين، وهو يقلد أيهم أحب؛ بمنزلة لو كان القائلون أحياء)⁽³⁾ ونقل الحطاب عن ابن الفرات⁽⁴⁾ والجزولي⁽⁵⁾ أن العمل جرى على أن المفتي يذكر

(1) أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي: ص 509.

(2) نور البصر شرح خطبة المختصر: ص 126.

(3) التبصرة، أبو الحسن علي بن محمد الربيعي المعروف باللخمي، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط: 1، 1432 هـ - 2011 م: 460/2.

(4) أبو عبد الله أسد بن الفرات بن سنان مولى بني قيس، قاضي القيروان، وأحد القادة الفاتحين، تفقه على علي بن زياد بتونس وسمع منه "الموطأ" ثم ارتحل إلى المشرق فلقي مالكا وواظب عليه وسمع منه "الموطأ" وغيره، ثم ذهب إلى العراق فلقي أبا يوسف ومحمد بن الحسن وأسد بن عمرو، ثم أخذ عن ابن القاسم بمصر مسائل سُميت "الأسدية" قدم بها إلى القيروان وسمعها منه خلق كثير مع "الموطأ"، تولى قضاء إفريقية حتى خرج أميراً على جيش لفتح صقلية حيث استشهد سنة 213 هـ. طبقات علماء إفريقية وعلماء تونس، أبو العرب محمد بن أحمد بن تميم التميمي المغربي الإفريقي، دار الكتاب اللبناني، بيروت - لبنان، د.ت، د. ط: ص 81، وترتيب المدارك: 3/ 291، وسير أعلام النبلاء: 10/ 225، الأعلام: 1/ 298، معجم المؤلفين: 2/ 240.

(5) أبو زيد عبد الرحمن بن عفان الجزولي، فقيه مالكي معمر من أهل فاس، كان أعلم الناس في عصره بمذهب مالك، وكان يحضر مجلسه أكثر من ألف فقيه معظمهم يستظهر "المدونة"، وقيدت عنه على "الرسالة" ثلاثة تقايد أحدها في سبعة مجلدات، والثاني في ثلاثة، والآخر في اثنين. قال ابن القاضي: وكلها مفيدة انتفع الناس بها بعده. وقال: عاش أكثر من مئة وعشرين سنة وما قطع التدريس حتى توفي سنة 741 هـ. نيل الابتهاج: ص 244، وشجرة النور الزكية: 1/

القولين أو الأقوال ويترك الأمر للمستفتي، ونقل عن ابن غازي⁽¹⁾ جريان العمل بحمل المستفتي على أحد القولين، ثم حاول التوفيق بينهما فقال: (وذكر ابن الفرات أن عمل الشيوخ جرى على أن المفتي يحكي القولين أو الأقوال وكذا ذكر الجزولي في آخر شرح الرسالة، وهو خلاف ما ذكره ابن غازي أنه جرى به العمل، وينبغي أن يختلف ذلك باختلاف أحوال المستفتين، ومن لديه منهم معرفة، ومن ليس كذلك، والله أعلم)⁽²⁾.

قال أبو العباس الهلالي: (يعني أنه إذا كان ذا معرفة يمكنه معها الترجيح ولو بصفات القائلين أخبره بهم، وإلا حمّله على معين وهو توفيق حسن)⁽³⁾.

ويرى الإمام الشاطبي أنه ليس للعامي المقلد فضلا عن غيره الاختيار من القولين أو الأقوال دون مرجح، فإن لم يجد توقف في المسألة، قال الشاطبي: (وأیضا فالجتهدان بالنسبة إلى العامي كالدليلين بالنسبة إلى المجتهد فكما يجب على المجتهد، الترجيح أو التوقف كذلك المقلد، ولو جاز تحكيم التشهي والأغراض في مثل هذا؛ لجاز للحاكم وهو باطل بالإجماع)⁽⁴⁾.

314، ودرة الحجال في أسماء الرجال، أبو العباس أحمد بن محمد الكناسي الشهير بابن القاضي، تحقيق: الدكتور محمد الأحمد أبو النور، دار التراث - القاهرة، والمكتبة العتيقة - تونس، ط: 1، 1391 هـ - 1971 م: 3/ 79، والفكر السامي: 2/ 282، والأعلام: 3/ 316، ومعجم المؤلفين: 5/ 153.

(1) محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن علي، أبو عبد الله، العثماني، الكناسي، الفاسي. مقرئ، محدث، مؤرخ، فقيه، فريقي، مفسر. أخذ الفقه عن الأستاذ النيجي والقوري وغيرهما، وعنه عبد الواحد الونشريسي وابن العباس الصغير وأحمد الدقون والمفتي علي بن هارون وغيرهم. وولي خطابة مكناسة ثم بفأس الجديد ثم الخطابة والإمامة بجامع القرويين آخراً، ولم يكن في عصره أخطب منه. من تصانيفه: "شفاء الغليل في حل مقفل مختصر خليل"، و"إنشاد الشريد في ضوال القصيد في القراءات"، و"بغية الطلاب في شرح منية الحساب"، توفي سنة 919 هـ. نبيل الابتهاج: ص 581، ومعجم المؤلفين: 9 / 16، وشجرة النور الزكية: 1/ 398، ومعجم المفسرين: 2/ 794.

(2) مواهب الجليل: 1/ 54.

(3) نور البصر شرح خطبة المختصر: ص 126-127.

(4) الموافقات: 5/ 81.

الفرع الخامس: ما جرى به العمل.

هو الأخذ بقول ضعيف، أو شاذ، في مقابل الراجح أو المشهور لمصلحة، أو ضرورة، أو عرف أو غير ذلك من الأسس⁽¹⁾، فما جرى به العمل وإن كان في الأصل ضعيفا أو شاذًا إلا أنه صار من راجحا لدى من رجحه ممن تتوفر فيه أهلية الترجيح من شيوخ المذهب المعتبرين بوجه من وجوه الترجيح المعتبرة في المذهب، ثم جرى به عمل المفتين والحكام، وعليه فالعمل به عمل بالراجح، ويشترط فيه خمسة شروط⁽²⁾:

أولاً: ثبوت جريان العمل بذلك القول بنقل صحيح.

ثانياً: معرفة محل جريان العمل هل هو عام أم خاص بناحية من البلدان.

ثالثاً: معرفة زمان جريان العمل بذلك القول.

ومعرفة الزمان والمكان شرط لتعدية العمل إلى المكان المراد تعديته إليه لأن للأمكنة والأزمنة خصوصياتهما التي قد لا تتوفر في غير الزمان والمكان الذي عمل فيه بذلك القول.

رابعاً: معرفة كون من أجرى العمل من الأئمة المقتدى بهم في الترجيح، لأن العمل من المقلد بما جرى به العمل تقليد لمن أجره، ومن لم يعرف لم تثبت أهليته لذلك، وربما عمل بعض القضاة بالمرجوح لجهله أو جوره لا لموجب شرعي فيتبعه من بعد لنحو ذلك فيقال جرى به العمل⁽³⁾.

خامساً: معرفة السبب الذي لأجله عدلوا عن المشهور إلى مقابله، لأنه يمكن أن يكون سبب العدول عن المشهور غير موجود في البلد المراد تعديته العمل إليه.

(1) أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي: 513.

(2) انظر لمزيد من التفصيل: نور البصر شرح خطبة المختصر: ص 136 وما بعدها.

(3) نور البصر شرح خطبة المختصر: ص 136-137.

الفرع السادس: منازل الأقوال المعتمدة وترتيبها حسب قوتها والمقدم منها عند

تعارضها.

رتب علماء المذهب الأقوال المعتمدة فيه حسب قوتها على النحو التالي:

- **المرتبة الأولى:** القول المتفق عليه في المذهب.
- **المرتبة الثانية:** ما جرى به العمل ويقدم على الراجح والمشهور، إذا اطرده العمل به بالشروط اللازمة له⁽¹⁾.

وقد ذكرنا من قبل أن ما جرى به العمل وإن كان أصله ضعيفا أو شاذا إلا أنه رجح عن المشهور بوجه من وجوه الترجيح المعتمدة، فهو من جملة الراجح المقدم على المشهور، وهو مقدم على المنصوص على أرجحيته بسبب جريان العمل به، وهذا في حق المقلد وأما المجتهد فيتبع ما ترجح لديه.

■ **المرتبة الثالثة:** الراجح.

■ **المرتبة الرابعة:** المشهور.

■ **المرتبة الخامسة:** القول المساوي لمقابله.

وهذه المراتب الخمس هي التي تجوز بها الفتوى، قال صاحب نظم البوطليحية:

- فما به الفتوى تجوز المتفق عليه فالراجح سوقه نفاق
فبعده المشهور فالمساوي إن عدم الترجيح للتساوي⁽²⁾
- **المرتبة السادسة:** الضعيف والشاذ: ولا يفتى ولا يقضى بهما في مقابل الراجح والمشهور، ويجوز العمل بهما في حالة الضرورة لمن تحقق ضرورته في خاصة نفسه.

(1) أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي: 536.

(2) بوطليحية [نظم في المعتمد من الكتب والفتوى على مذهب المالكية]، محمد النابغة بن عمر الغلاوي، تحقيق ودراسة: يحيى بن البراء، المكتبة المكية - مكة المكرمة، مؤسسة الريان - بيروت، ط: 2، 1425هـ - 2004م: ص 70 -

قال المسناوي: -في⁽¹⁾- (ذكر الأقوال مع امتناع الحكم بغير المشهور أمران:

1. اتساع النظر ومعرفة مدار الأقوال.

2. ويعمل بالضعيف في نفسه إذا تحققت ضرورته.

ولا يجوز للمفتي أن يفتي بغير المشهور، لأنه لا يتحقق الضرورة بالنسبة لغيره كما يتحققها

من نفسه⁽²⁾.

والكلام عن الأقوال المعتمدة في المذهب والمقدم بينها يقودنا إلى الكلام على الرواية المقدمة

عن الإمام بين الموطأ والمدونة في المطلب التالي.

(1) كلمة "في" ليست من كلام المسناوي وإنما أضفتها ليستقيم المعنى.

(2) أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي: ص 543.

المطلب الثاني: الترجيح بين الموطأ والمدونة عند تعارضها.

الموطأ والمدونة هما أصلاً المذهب اللذان عليهما مداره، وهما مقدمان على غيرهما من أمهات المذهب المالكي، واختلف في المقدم من الرواية عن الإمام إذا وجدت متعارضة بينهما، وهذا ما نحاول توضيحه في هذا المطلب.

الفرع الأول: التعريف بالموطأ.

هو الكتاب الذي خطه مالك بيده وظل يُقرئه للناس عمره كله إلى أن انتقل إلى جواربه، وقد برزت فيه عبقرية مالك وإمامته في جوانب شتى منه، منها علو إسناده وصحة ما فيه من الأحاديث والآثار والاجتهادات الفقهية المستمدة من نور الوحي ومشكاة النبوة. ومنها سبقه في حسن الترتيب والتبويب وإبراز بناء الفقه على الحديث، وقد ظهر أثر ذلك في كتب السنة التي ألفت بعده⁽¹⁾.

وقد بارك الله فيه وعظّمه في القلوب، فلم يزل محبوباً معظماً منذ خطه مالك إلى يوم الناس هذا، قال القاضي عياض: (لم يعتن بكتاب من كتب الحديث والعلم اعتناء الناس بالموطأ فإن الموافق والمخالف اجتمع على تقديره وتفضيله وروايته وتقديم حديثه وتصحيحه)⁽²⁾، وقال أيضاً:

إذا ذكرت كتب العلوم فخيرها كتاب الموطأ من تصانيف مالك

(1) قال ابن العربي: (لما رأى مالك - رحمه الله - حديث جبريل عليه السلام في تقدير الأوقات بالظل لم يصح، أدخل حديث أبي مسعود المجل، وذلك قوله: «فصلّي، فصلّي رسول الله صلى الله عليه وسلم» ثم أدخل حديث أبي هريرة في الظلّ المفسر، فقال: "أنا - وأيم الله - أخبرك؛ صلّ الظهر إذا كان ظلك مثلك، والعصر إذا كان ظلك مثلك»؛ قال الإمام: وقد غاص البخاري على هذه المسألة فقلّبها، فصار يُترجم بما لم يصح عنده، ويعقبه بتفسير الصحيح، المسالك في شرح موطأ مالك، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي، قرأه وعلّق عليه: محمد بن الحسين السليمانى وعائشة بنت الحسين السليمانى، دار الغرب الإسلامي، ط: 1، 1428 هـ - 2007 م: 139/1.

(2) ترتيب المدارك وتقريب المسالك، أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي، تحقيق: ابن تاويت الطنجي وآخرون، ط: 1، مطبعة فضالة، الحمديّة - المغرب، 1983 م: 80/2.

أصح أحاديثاً وأثبت سنة
أسانيد أمثال الرواسي صحيحة
هو الحجة الغراء والعصمة التي
به يهتدى في كل أمر ويقتدى
عليه مضى الإجماع في كل أمة
وأول تصنيف تمّذب فاغتندى
بتأليف أشكال وحسن عبارة
فجاء كما جاء الوشام منظماً
فعنه فخذ علم الديانة خالصاً
وشد به كف الضنانة تحوي
ومن أهم ما كتب خدمة للموطأ:

■ التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد للحافظ أبي عمر ابن عبد البر النمري المتوفى سنة 463هـ، وقد اهتم فيه بما في الموطأ من المسند والمرسل شرحاً وإسناداً فلم يأت أحد بمثل ما جاء به، ورتبه على المسانيد.

■ الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار لابن عبد البر، أعاد فيه صياغة كتاب التمهيد فرتبه على أبواب الموطأ وحذف منه تكرار الطرق والشواهد، وأضاف إلى شرح مسند الموطأ ومرسله شرح أقوال الصحابة والتابعين، وذكر مذاهب فقهاء الأمصار ومواطن الإجماع والخلاف، فكان بحق موسوعة علمية في الفقه المقارن لا يستغني عنه طالب علم في مذهب مالك ولا في غيره من المذاهب.

■ المنتقى لأبي الوليد الباجي المتوفى سنة 474هـ وقد اهتم فيه بالتفريع الفقهي.

(1) ترتيب المدارك: 78/2-79.

- القبس على موطأ مالك بن أنس لأبي بكر بن العربي المتوفى سنة 543هـ، وهو شرح مختصر على كتاب الموطأ.
- المسالك في شرح موطأ مالك لابن العربي، وهو شرح وافي للموطأ ألفه بعد القبس انتصاراً للموطأ و رداً على الظاهرية في زمانه، وقصد فيه الجمع بين طريقة ابن عبد البر في الاهتمام بالأسانيد وطريقة الباجي في الاهتمام بالتفريع الفقهي، فأجاد وأفاد.
- شرح محمد بن عبد الباقي الزرقاني المتوفى سنة 1122هـ وهو ملخص لما سبقه من الشروح.

الفرع الثاني: التعريف بالمدونة.

أصلها سماع أسد بن الفرات من ابن القاسم وكانت تسمى الأسدية، "ومنعها أسد من سحنون، فتلطف سحنون حتى وصلت إليه، ثم ارتحل سحنون بالأسدية إلى ابن القاسم فيها شيء لا بد من تفسيره، وأجاب عما كان يشك فيه، واستدرك فيها أشياء كثيرة، لأنه كان أملاها على أسد من حفظه، قال ابن الحارث: رحل سحنون إلى ابن القاسم وقد تفقه في علم مالك، فكاشف ابن القاسم عن هذه الكتب مكاشفة فقيه يفهم، فهدبها مع سحنون، وحكي أن سحنون لما ورد على ابن القاسم سأله عن أسد فأخبره بما انتشر من علمه في الآفاق، فسّر بذلك، ثم سأله وأحله ابن القاسم من نفسه بمحل، وقال له سحنون: أريد أن أسمع منك كتب أسد فاستخار الله وسمعها عليه، وأسقط منها ما كان يشك فيه من قول مالك، وأجابه فيه على رأيه، وكتب إلى أسد أن عارض كتبك على كتب سحنون فإني رجعت عن أشياء مما رويتها عني... وذكر أن أسداً همّ بإصلاحها، فرده عن ذلك بعض أصحابه، وقال لا تضع قدرك تصلح كتبك من كتبه وأنت سمعتها قبله؟ فترك ذلك، وذكر أن ذلك بلغ ابن القاسم، فقال: اللهم لا تبارك في الأسدية. (1)

ونظر سحنون فيها نظراً آخر فهدبها، ويؤبها ودوّمها، وألحق فيها من خلاف كبار أصحاب مالك ما اختار ذكره، وذيل أبوابها بالحديث والآثار، إلا كتباً منها مفرقة، بقيت على

(1) ترتيب المدارك: 298/3-299.

أصل اختلاطها في السماع، فهذه هي كتب سحنون المدونة والمختلطة، وهي أصل المذهب المرجح روايتها على غيرها، عند المغاربة، وإياها اختصر مختصروهم وشرح شارحوهم، وبها مناظرتهم ومذاكرتهم، ونسيت الأصدية فلا ذكر لها الآن.⁽¹⁾

وقال فيها سحنون: (عليكم بالمدونة فإنها كلام رجل صالح، وروايته، وكان يقول: إنما المدونة من العلم بمنزلة أم القرآن من القرآن، تجزي في الصلاة عن غيرها، ولا يجزي غيرها عنها، أفرغ الرجال فيها عقولهم، وشرحوها وبينوها فما اعتكف أحد على المدونة ودارسها إلا عرف ذلك في ورعه، وزهده، وما عداها إلى غيرها إلا عرف ذلك فيه، ولو عاش عبد الرحمن أبدا ما رأيتموني أبدا)⁽²⁾.

وقد اعتنى بالمدونة عناية كبيرة وكثرت وتنوعت مقاصد المؤلفين عليها، فممن قصدها بجمع الزيادات عليها ابن أبي زيد القيرواني في كتابه النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، جمع فيه المؤلف ما تناثر في أمهات المذهب كالعتبية والمجموعة لابن عبدوس والواضحة وكتابي محمد بن المواز ومحمد بن سحنون ومختصر ابن عبد الحكم وغيرهم من زيادات على المدونة.

وممن قصدها بالشرح وجمع الروايات مع زيادة التمهيص والمقارنة والترجيح أحيانا ابن يونس الصقلي في كتابه "الجامع لمسائل المدونة".

وممن قصدها بالشرح والتأصيل ورد الفروع إلى أصولها من الكتاب والسنة محمد بن رشد في كتابه "المقدمات الممهيات لبناء ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية، والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات" المعروف اختصارا بالمقدمات الممهيات. وقصدها القاضي عياض بالشرح مع الاهتمام بالغريب وضبط أسماء الرجال واختلاف روايات ونسخ المدونة في كتابه المسمى "التنبيهات المستنبطة على كتب المدونة والمختلطة".

وقصدها بالاختصار ابن أبي زيد القيرواني في مختصره الذي اختصر فيه المدونة وزاد عليها من غيرها من الأمهات، ثم من بعده البرازعي في كتابه "التهذيب في اختصار المدونة" الذي

(1) المرجع نفسه.

(2) ترتيب المدارك: 300/3.

اقتصر فيه على المدونة وحذف ما زاده ابن أبي زيد، والذي قال عنه القاضي عياض: (وقد ظهرت بركة هذا الكتاب على طلبة الفقه، وتيمنوا بدرسه وحفظه، وعليه معول أكثرهم بالمغرب والأندلس)⁽¹⁾، وعليه اعتمد ابن الحاجب في مختصره الفرعي الذي هو أصل مختصر العلامة خليل.

وكان للحمي مقصد آخر في كتابه التبصرة سنذكره عند التعريف بالإمام اللخمي رحمه الله.

(1) ترتيب المدارك: 257/7.

الفرع الثالث: الرواية المرجحة عند تعارض الموطأ والمدونة.

الموطأ والمدونة خرجا من منبع واحد ومن مشكاة واحدة، ولذلك فلا غرابة أن تتطابق النصوص الفقهية بالمعنى وفي كثير من الأحيان باللفظ بين الأصلين، ويوجد قليل من الاختلاف في الرواية عن الإمام بينهما ولأشياخ المذهب في ذلك التعارض مسلكان:

■ المسلك الأول: تقديم الموطأ على المدونة.

وقال بهذا القول جماعة من محققي المذهب وجهابذته، منهم ابن شعبان⁽¹⁾ وابن رشد وابن العربي وقال به من المعاصرين الشيخ أحمد حماني.

قال ابن شعبان: (وقد رأيت كثيرا من أصحابه يخالف بعضهم بعضا في الروايات عنه في ما عدا الموطأ من المسائل التي سألوه عنها، وسئل فسمعوا ووعوا، ولا يختلفون في المنصوص عنه فيه من المسائل إلا في زيادة كلمة ونقصان أخرى بالشيء اليسير الذي لا يزيل معنى ولا يغير قولاً، فقام إجماعهم هناك بنفسه، واحتجت إلى الاختيار من اختلافهم في ما عداه بما أورده إلى إجماعهم، فعملت كتابي هذا)⁽²⁾.

وقال ابن رشد: (ورحل سحنون أيضا إلى ابن القاسم فكان مما قرأ عليه مسائل المدونة والمختلطة ودونها فحصلت أصل علم المالكيين، وهي مقدمة على غيرها من الدواوين بعد موطأ مالك)⁽³⁾.

وأما ابن العربي فكلامه كثير في كتبه ومنه قوله في مسألة الموقوذة إذا أدركت ذكاتها وهي تحرك يدا أو رجلا: (اختلف قول مالك في هذه الأشياء؛ فروي عنه أنه لا يؤكل إلا ما كان

(1) محمد بن القاسم بن شعبان، أبو إسحاق العماري، المصري، من ولد عمار بن ياسر، يعرف بابن القرطي نسبة إلى بيع القرط. روى عنه محمد ابن أحمد الخلاص وخلف بن القاسم، وعبد الرحمن بن يحيى العطار. قال الذهبي: كان صاحب سنة واتباع وابع مديد في الفقه مع بصر بالأخبار وأيام الناس مع الورع والتقوى وسعة الرواية، توفي سنة 355هـ. طبقات الفقهاء: ص 155، وترتيب المدارك: 5/ 274، وسير أعلام النبلاء: 16/ 78، والفكر السامي: 2/ 133، ومعجم المؤلفين: 11/ 140، وشجرة النور الزكية: 1/ 120، ومعجم المفسرين: 2/ 605، والأعلام: 6/ 335.

(2) الزاهي في أصول السنة، أبو إسحاق محمد بن القاسم بن شعبان المصري المالكي، تحقيق: د أحمد عبد الكريم نجيب، المكتبة التوفيقية، القاهرة، د. ت: ص 108.

(3) المقدمات الممهدة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط: 1، 1408 هـ - 1988 م: 1/ 44.

بذكاة صحيحة، والذي في الموطأ عنه أنه إن كان ذبحها ونفسها يجري وهي تطرف فليأكلها، وهذا هو الصحيح من قوله الذي كتبه بيده، وقرأه على الناس من كل بلد عمره، فهو أولى من الروايات الغابرة⁽¹⁾.

وقال الشيخ أحمد حماني: (الموطأ أول مصادر الفقه المالكي، وقد اعتمدته كل المذاهب لفضل الإمام على غيره في الحديث فهو إمام الأئمة فيه، روى عنه أبو حنيفة وهو أكبر منه، وروى عنه الشافعي ولازمه ثلاث سنوات، وأحمد تلميذ الشافعي).

بعد الموطأ تأتي المدونة من رواية الإمام سحنون عن ابن القاسم وغيره عن مالك، ودرجتها بعد الموطأ مباشرة لكنها أوسع منه في رواية الفروع⁽²⁾.

■ المسلك الثاني: تقديم المدونة على الموطأ.

ومن قال بهذا القول مفتي المالكية بالديار المصرية أبو الحسن الأبياري⁽³⁾ وابن فرحون ونسبه إلى شيوخ الأندلس وإفريقية⁽⁴⁾.

(1) أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: 3، 1424 هـ - 2003 م: 26/2.

(2) فتاوى الشيخ أحمد حماني، منشورات وزارة الشؤون الدينية-الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية-الجزائر 1993م: 17/1.

(3) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون البعمري، تحقيق: عثمان بن جمعة ضميرية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر، ط: 1، 1437هـ-2016م: 269/1.

(4) المرجع السابق: 275/1.

المبحث الثالث: التعريف بالإمام اللخمي ومخالفته
للمذهب وبالأحوال الشخصية

المطلب الأول: التعريف بالإمام اللخمي.

المصادر التي ترجمت للرخمي ووقعت بين أيدينا لم تذكر كثيرا من التفاصيل عن حياته، وإنما ذكرت أهم ما يُحتاج إليه من ذلك، وأهم من ترجم للرخمي القاضي عياض في كتابه ترتيب المدارك، وما كُتب بعد ذلك مما وقع في أيدينا من تراجم لا يكاد يختلف عما في كتاب القاضي عياض، وتشبه أن تكون منقولة عنه لتطابق ما بينها في اللفظ والمعنى⁽¹⁾ في أغلبها، وذلك يدل على قيمة كتاب القاضي عياض المكتسبة من شخصية مؤلفه وتقدمه في العلوم والمعارف، وهو أيضا أقرب من ترجم للرخمي عهدا به.

وسأذكر في هذا المطلب ترجمة اللخمي والتعريف بكتابه التبصرة وأقدم لذلك ببذة مختصرة عن عصر اللخمي دون توسع تفاديا لتكرار الجهد.⁽²⁾

الفرع الأول: عصر اللخمي.

لم يعرف الغرب الإسلامي قبل الاحتلال الأوروبي الحديث فتنة أعظم من فتنة استيلاء العبيدين عليه، ومحاولتهم تغيير عقيدة أهله إلى عقيدتهم المنحرفة عن الصراط المستقيم، وسلوكهم كل السبل المتاحة لهم في سبيل ذلك، ومن ذلك استباحتهم لدماء أهل السنة وخاصة العلماء العاملين الذين حمى الله بهم بيضة الإسلام في هذه الديار، والذين وقفوا سدا منيعا في وجه البدع والعقائد المنحرفة ومنها عقيدة العبيدين الإسماعيلية الباطنية يجاهدونهم بالسيف والعلم والحجة والبرهان، ويجرضون أهل السنة على رفضهم ورفض عقيدتهم.

(1) ينظر: ترجمة اللخمي في: الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب لابن فرحون، وشجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمخلوف، والحلل السندسية في الأخبار التونسية، ومعالم الإيمان في معرفة أهل القيروان لعبد الرحمن بن محمد الأنصاري الأسدي، وتراجم المؤلفين التونسيين، ونزهة الأنظار في عجائب التواريخ والأخبار، وكلها لا تكاد تخرج عما ذكر القاضي عياض باللفظ والمعنى.

(2) ينظر: رسالة دكتوراه بعنوان "الإمام أبو الحسن اللخمي وجهوده في تطوير الاتجاه النقدي في المذهب المالكي بالغرب الإسلامي" لمحمد المصلح، مطبوعة بدار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ببدي - دولة الإمارات العربية المتحدة، وفيها تحدث الباحث عن الحياة السياسية والعلمية في عصر اللخمي فأجاد وأفاد.

وبعد استيلاء العبيديين على مصر رحل ملوكهم إليها وصارت هي مقر حُكمهم وجمع قوتهم وشوكتهم، وخلفوا على بلاد المغرب عمالهم من الصنهاجيين الذين كانوا في بداية حكمهم للمغرب يوالون العبيديين، و ينتظرون الفرصة للانفصال عنهم والاستقلال عن دولتهم، وقد تحقق لهم ذلك في ولاية المعز بن باديس⁽¹⁾، واستغل عوام أهل السنة ذلك فاستأصلوا من بقي من أتباع العبيديين، وطهروا أرض المغرب من بقايا دعوتهم وضلالهم.

وانتقم العبيديون من الدولة الصنهاجية التي انفصلت عنهم، فحرضوا عليها قبائل الأعراب وهم بطون من بني هلال وبني سليم كانوا بصعيد مصر⁽²⁾، وعرفوا في ذلك الزمن بالسلب والنهب وإثارة الفوضى والقتل فاجتاحوا أرضها ونشروا الفوضى في ربوعها، وأضعفوا سلطانها فتمزق ملكها وصارت حالها شبيهة بحال الأندلس في عهد ملوك الطوائف.

وفي كلا الحالين كانت الحركة العلمية -على عكس الأوضاع السياسية- تسير في ثبات وترسم أهدافها وفق متطلبات العصر، ولعل ذلك راجع إلى استقلال دور العلم وأهله وعدم اعتمادهم على السلطة الحاكمة في زمانهم.

(1) المعز بن باديس بن المنصور الصنهاجي، من ملوك الدولة الصنهاجية بإفريقية. ولد بالمنصورية (من أعمال إفريقية) وولي بعد وفاة أبيه سنة 406 هـ، وأقره الحاكم الفاطمي صاحب مصر والمغرب، ولقبه بشرف الدولة؛ وساد الأمن في أيامه، وبني بنايات ومساجد أنفق عليها أموالا وافرة، وقرب العلماء وأكرمهم. وكانت خطبته للفاطميين، فقطعها سنة 440 هـ وجعلها للعباسيين، وهو أول من حمل الناس بإفريقية على مذهب مالك وكان الأغلب عليهم مذهب أبي حنيفة. توفي في المهديّة سنة 454 هـ. سير أعلام النبلاء: 140 / 18، وتاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، تحقيق: الدكتور بشار عوّاد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: 1، 2003 م: 54 / 10، وشذرات الذهب: 230 / 5، والأعلام: 269 / 7، ومعجم المؤلفين: 308 / 12.

(2) الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن خالد بن محمد الناصري السلاوي، تحقيق: جعفر الناصري، ومحمد الناصري، دار الكتاب - الدار البيضاء، د. ت، د. ط: 165/2.

وقد عاصر الإمام اللخمي الدولة الصنهاجية لما كانت تابعة للعبيديين، وشهد انفصالها عنهم وكانت فتنة الأعراب سبباً لخروجه من القيروان في جماعة من أهل العلم، وعاش ما لحق ذلك من فتن وفوضى وقضى بقية عمره في سفاقس⁽¹⁾ وتوفي بها ومسجده وقبره بها معروفان⁽²⁾. وكان اللخمي - كحال أهل العلم العاملين - متبصراً بزمانه، ويلاحظ ذلك في اختياراته التي بنى بعضها على سد الذريعة وحسم مادة الفساد بسبب فساد حال العامة في زمانه، ومنها اختياره وجوب الإشهاد في الديون، حيث قال: (وأرى ذلك اليوم واجباً لما حدث من فساد الناس، والفجور، وقلة الأمانة، فيجب الإشهاد حفظاً للأموال وللأديان، لترتفع الأيمان والتنازع)⁽³⁾.

وقال - في المحجور عليه يكون في ولاية وصي الأب أو من أقامه السلطان -: (واختلف إذا كان في ولاية وصي الأب أو من أقامه السلطان فقال ابن القاسم في العتبية في الوصي: إذا تبين له الرشد من يتيمه دفع إليه ما له، وإن شك في أمره لم يدفعه إلا بأمر السلطان. وقال مالك في كتاب محمد: من دفع إليه الإمام مال غلام مولى عليه فحسن حاله دفع إليه ماله وهو فيه كالوصي يتبين له حسن حال وليه.

(1) بفتح السين المهملة بعدها فاء وضم القاف، آخرها مثل أولها - مدينة من نواحي إفريقية على ضفة الساحل وبينها وبين القيروان ثلاثة أيام وجل غلاتها الزيتون. معجم البلدان، أبو عبد الله شهاب الدين ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي، دار صادر، بيروت، ط: 2، 1995 م: 3/223. وجاء في كتاب الروض المعطار في خبر الأقطار: ص 365: ومن الناس من يكتب صفاقس بالسين. وفي كتاب تراجم المؤلفين التونسيين: 5/149 [في الهامش]: كانت تكتب بالسين إلى القرن الثامن الهجري، ومن ذلك التاريخ صارت تكتب بالصاد كما تراه في رحلة التحاني، وتاريخ ابن خلدون، وكتابتها بالسين يوافق اللغة البربرية إذ لا صاد فيها، وكلمة صفاقس من أصل بربري لا صلة لها بسيفاكس، وإلى الآن في اللهجة الدارجة يقع النطق بالسين بدل الصاد.

(2) نزهة الأنظار في عجائب التواريخ والأخبار، محمود مقديش، تحقيق: علي الزواري، ومحمد محفوظ، دار الغرب الاسلامي، بيروت - لبنان، ط: 1، 1988 م: 2/276.

(3) التبصرة: 8/3541.

وقال القاضي أبو محمد عبد الوهاب: لا ينفك المحجر بحكم أو بغير حكم إلا بحكم الحاكم وسواء في ذلك الصبي والمجنون والبالغ والمفلس⁽¹⁾.

ثم قال: (قول مالك وابن القاسم هو الأصل في ذلك أن النظر في ذلك لمن هو في ولايته، فإذا علم حسن حاله دفع إليه ماله وهو مقتضى الآية، في قوله سبحانه: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ أَلْيَنْتُمُوهُنَّ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁽²⁾، فجعل الدفع لمن إليه الابتلاء وهو الذي إليه أمره والقول الآخر اليوم أحسن لفساد حال الناس وكثيراً ما يقام غير المأمون بينهم أن يقول رشيد لمن ليس برشيد ليصانعه، ويشهد له المولى عليه بالبراءة فلا يمكن من ذلك أحد اليوم، وإن أراد الولي حكماً من القاضي لم يحكم له بالرشد بمجرد قوله بالرشد إلا أن يثبت ذلك عنده⁽³⁾.

والمطالع لاختيارات اللخمي في التبصرة يلاحظ كثيراً من ذلك.

الفرع الثاني: اسمه ونسبه.

هو أبو الحسن علي بن محمد الربيعي المعروف باللخمي، سمي باللخمي نسبة إلى جده لأمه فهو ابن بنت اللخمي، القيرواني نزيل سفاقس.

الفرع الثالث: مولده ونشأته.

لم تذكر كتب التراجم شيئاً عن مولد الإمام اللخمي، وذكر القاضي عياض أنه بقي بعد أقرانه وهذا يدل على أنه طالت حياته، ولتلقية⁽⁴⁾ الإجازة من القابسي المتوفى سنة 403هـ يكون الإمام اللخمي مولوداً في بداية القرن الخامس الهجري أو قبل ذلك، وهو قيرواني الأصل

(1) التبصرة: 5588/12.

(2) النساء: 6.

(3) التبصرة: 5589-5588/12.

(4) المعجم المفهرس، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: محمد شكور الميادين، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: 1، 1418هـ-1998م: ص 39.

وبها نشأ ولم تذكر كتب التراجم له رحلة، وهذا يدل على أنه طلب العلم وتدرج في منازلته بمدينة القيروان و كانت من حواضر العلم التي يرحل إليها في ذلك الزمان. ولما حدثت فتنة الأعراب وغزوا القيروان وعاثوا فيها فساداً هجرها كثير من أهلها وكان اللخمي ممن خرج منها كحال كثير من العلماء، واختار سفاقس فقضى بها بقية حياته وانتفع به أهلها.

الفرع الرابع: شيوخه.

1. أبو الطيب عبد المنعم بن إبراهيم الكندي المعروف بابن بنت خلدون القيرواني المتوفى سنة 435هـ⁽¹⁾، أخذ عن أبي بكر بن عبد الرحمن، وأبي عمران الفاسي، وغيرهما، كان من النبلاء المتفنين، وكان له علم بالأصول والنظر وكانت له رحلة ودخل مصر، وله على المدونة تعليق مفيد.

وبه تفقه اللخمي، وأبو إسحاق بن منصور القفصي، وعبد الحق، وابن سعدون وغيرهم.

2. أبو إسحاق إبراهيم بن حسن التونسي المتوفى سنة 443هـ⁽²⁾، تفقه بأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي ودرس الكلام والأصول عن الأزدي؛ وكان جليلاً فاضلاً، إماماً صالحاً، منقبضاً متبتلاً، وبه تفقه جماعة من الإفريقيين، وأخذ عنه عبد الحق، وابن سعدون، وعبد العزيز التونسي، وابن أبي جامع وغيرهم من الجلة.

وله شروح حسنة على كتاب ابن المواز، وعلى كتاب المدونة.

3. أبو القاسم عبد الرحمن بن محرز القيرواني المتوفى نحو سنة 450 هـ⁽³⁾: تفقه بشيوخ القيروان، أبي بكر بن عبد الرحمن. وسمع من أبي عمران، وأبي حفص العطار؛ كان نبيلاً ذا رأي حسن ومروءة تامة، وابتلى آخر عمره بالجذام، وله تصانيف حسنة منها تعليق على المدونة سماه: التبصرة، وكتاب كبير سماه: القصد والإيجاز.

(1) تنظر ترجمته في: ترتيب المدارك: 66/8-67، وشجرة النور الزكية: 160/1، وتراجم المؤلفين التونسيين: 179/4.

(2) تنظر ترجمته في: ترتيب المدارك: 58/8، والدياج المذهب: 269 / 1، وشجرة النور الزكية: 161/1، وتراجم المؤلفين التونسيين: 200/1.

(3) سبقت ترجمته: ص 23.

4. أبو القاسم عبد الخالق بن عبد الوارث السيوري القيرواني المتوفى سنة 460 هـ⁽¹⁾: خاتمة علماء إفريقية وآخر شيوخ القيروان ذو الشأن البديع في الحفظ والقيام على المذهب والمعرفة بخلاف العلماء وكان فاضلاً نظاراً زاهداً أديباً وكان آية في الدرس والصبر عليه وله تعليقات على المدونة أخذ عنه أصحابه وعليه تفقه عبد الحميد واللخمي.

الفرع الخامس: تلاميذه.

1. أبو الطيب سعيد بن أحمد بن سعيد السفاقسي الينونشي⁽²⁾ المتوفى سنة 460 هـ⁽³⁾: من شيوخ القاضي عياض، وكان من المحققين بالفقه والكلام من أهل البلاغة والتأليف والنظم والنثر، تفقه بأبي الحسن اللخمي وطبقته. وكان من أهل الخير التام والفضل الكامل وسلوك طريق الزهد والورع والتقلل متواضعاً حسن الصحبة كريم العشرة، يزداد على الأيام فضلاً، وبعد صيته عند السلطان وغيره فلم يزد إلا خيراً وانقباضاً وتواضعاً ولم يتشبت بشيء من أمور الدنيا وخططها إلى أن توفي، رحمه الله، من سقطه سقطها من درج منزله.
2. أبو علي الحسن بن عبد الأعلى الكلاعي السفاقسي السبتي المتوفى سنة 505 هـ⁽⁴⁾: كان محققاً فقيهاً أصولياً متكلماً عارفاً بعلم الهندسة والحساب والفرائض وغير ذلك من المعارف، تفقه بأبي الحسن اللخمي وعليه كان اعتماده وأخذ أيضاً عن ابن سعدون والجيايي وغيرهما من مشايخ إفريقية والمغرب والأندلس، وأخذ عنه القاضي عياض.

(1) تنظر ترجمته في: ترتيب المدارك: 65/8، وسير أعلام النبلاء: 213/18، والديباج المذهب: 22/2، وشجرة النور الزكية: 172/1، والفكر السامي: 2/246.

(2) نسبة لينونش بالفتح وكسر النون الثانية من قرى إفريقية من ساحلها، ينظر: معجم البلدان، شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي، دار صادر، بيروت، ط: 2، 1995 م: 452/5، وتاج العروس من جواهر القاموس. للسيد مرتضى الحسيني الزبيدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، مراجعة محمد بهجت الأثري وعبد الستار أحمد فراج. مطبعة حكومة الكويت، 1407 هـ-1987 م: 472/17.

(3) تنظر ترجمته في: الغنية فهرست شيوخ القاضي عياض، أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن عمرو، تحقيق: ماهر زهير جرار، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط: 1، 1402 هـ - 1982 م: ص 210، وتراجم المؤلفين التونسيين: 5/149.

(4) الغنية: ص 140-141.

3. أبو الفضل يوسف بن محمد التوزري، المعروف بابن النحوي المتوفى سنة 513 هـ⁽¹⁾:
الإمام العالم العامل المحقق العمدة القدوة الفاضل، كان من أهل العلم والدين على هدى
السلف الصالح مجاب الدعوة، أصله من قلعة بني حماد، أخذ عن أبي الحسن اللخمي وأبي عبد
الله محمد المازري المعروف بالذكي وأبي زكريا الشقراطشي وعبد الجليل الربيعي، وعنه جماعة من
أهل إفريقية وفاس منهم أبو عمران موسى بن حماد الصنهاجي مفتي فاس، توفي عن ثمانين سنة
بموطنه قلعة بني حماد سنة 513 هـ.

4. أبو عبد الله محمد بن عبد الله الصقلي المتوفى سنة 518 هـ⁽²⁾:
صاحب الإمام اللخمي، واختلف إليه، وكان جارا له، وروى عنه كتاب التبصرة بإجازة منه له،
وقدم غرناطة وسمع منه ابن عطية بها كتاب التبصرة، وتوفي بها سنة 518 هـ.

5. أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المازري القيرواني المتوفى سنة 536 هـ⁽³⁾:
المعروف بالإمام، آخر المستقلين من شيوخ أفريقية بتحقيق الفقه ورتبة الاجتهاد ودقة
النظر، درس أصول الفقه والدين وتقدم في ذلك فجاء سابقاً، لم يكن للمالكية في أقطار
الأرض في وقته أفقه منه ولا أقوم لمذهبهم، وسمع الحديث وطالع معانيه واطلع على علوم كثيرة
من الطب والحساب والآداب وغير ذلك فكان أحد رجال الكمال في العلم في وقته وإليه كان
يفزع في الفتوى في الطب في بلده كما يفزع إليه في الفتوى في الفقه.

وكان حسن الخلق مليح المجلس أنيسه كثير إنشاد قطع الشعر والحكاية عن الصالحين ويقول
هي جند من جنود الله، أخذ عن أبي الحسن اللخمي وعبد الحميد الصائغ وغيرهما من شيوخ

(1) تنظر ترجمته في: نيل الابتهاج: ص 622، وشجرة النور الزكية: 185/1، والأعلام: 247 / 8، ومعجم المؤلفين:
334 / 13، وتراجم المؤلفين التونسيين: 19 / 5.

(2) تنظر ترجمته في: فهرس ابن عطية، أبو محمد عبد الحق بن عطية المحاربي الأندلسي، تحقيق: د. محمد أبو الأحفان
ومحمد الزاهي، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط: 2، 1402 هـ- 1983 م: ص 141.

(3) تنظر ترجمته في: الغنية: ص 65، ووفيات الأعيان: 285 / 4، وسير أعلام النبلاء: 104 / 20، وشذرات الذهب:
6 / 186، والديباج المذهب: 250 / 2، وشجرة النور الزكية: 186 / 1، والفكر السامي: 258 / 2، والأعلام:
277 / 6، ومعجم المؤلفين: 32 / 11، وتراجم المؤلفين التونسيين: 232 / 4.

أفريقية وعنه من لا يعد كثرة منهم أبو محمد عبد السلام البرجيني، وأبو عبد الله محمد بن عبد الرحيم يعرف بابن الفرس وأبو عبد الله بن تومرت، وأبو عبد الله الشلبي وأبو الحسن صالح بن أبي القاسم بن عامر وأبو الحسن علي المعروف بابن المقرئ وأبو زكريا يحيى بن الحداد وأبو الحسن بن صاعد وأبو مروان بن عيشون وأبو الحسن المعروف بابن الأوجقي وأبو الطاهر بن مجكان وأبو الطاهر بن الدمثة التونسي، وبالإجازة أبو محمد المعروف بابن عبيد الله وأبو بكر بن أبي حمزة وأبو بكر بن خير والقاضي عياض وعبد المنعم بن الفرس ووالده وابن قرقول وأبو بكر بن أبي العيش وأبو القاسم ابن القاضي الشهيد المعروف بابن الحاج، وكان قلمه في العلم أبلغ من لسانه، وألف في الفقه والأصول وشرح كتاب مسلم وكتاب التلقين للقاضي أبي محمد، وشرح البرهان لأبي المعالي الجويني، وألف غير ذلك.

6. أبو الطاهر إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير التنوخي، المتوفى بعد سنة 526 هـ: أخذ عن السيوري، وكان بينه وبين اللخمي قرابة، وتعقبه في كثير من اختياراته الواقعة في التبصرة، له كتاب "الأنوار البديعة في أسرار الشريعة" و"التنبيه على مبادئ التوجيه" و"التذهيب على التهذيب".

ذكر تتلمذه عن اللخمي مخلوف واعتبر محقق⁽¹⁾ كتاب "التنبيه على مبادئ التوجيه" لابن بشير أن ذلك وهم منه في قراءته لكلام ابن فرحون وأنه نقل عنه فأخطأ النقل⁽²⁾. وما قاله محقق كتاب التوجيه في تعقبه لمخلوف وجيه بالنظر لعبارتي مخلوف⁽³⁾ وابن فرحون⁽⁴⁾ والله أعلم.

(1) هو الدكتور محمد بلحسان، وقد اقتصر في تحقيقه على قسم العبادات من الكتاب.

(2) التنبيه على مبادئ التوجيه - قسم العبادات - أبو الطاهر إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير التنوخي المهدي، تحقيق:

الدكتور محمد بلحسان، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط: 1، 1428 هـ - 2007 م: ص 77-78.

(3) شجرة النور الزكية: 186/1.

(4) الديباج: 265/1-266.

7. أبو حفص عمر بن يوسف بن محمد الحذاء القيسي الصقلي المتوفى سنة 526 هـ: تفقه بعبد الحميد الصائغ واللخمي وغيرهما وله رحلة إلى المشرق، وكان (من مشاهير الزهاد وأعيان العباد وله محل كبير عند أهل صقلية وغرب الوسط باستحقاق فقد كان من أهل العلم ملازماً للثغر مذ سكنه لمسكنه غير متصرف في أمور الدنيا طول زمنه)⁽¹⁾.

8. عبد الحميد السفاقسي: ذكره ابن فرحون ومخلوف في ترجمتهما لللخمي ولم أعثر له على ترجمة، ووهم محقق² التبصرة فجعله عبد الحميد الصائغ المتوفى سنة 486 هـ، ومعتمده في ذلك ترجمة اللخمي في تاريخ الإسلام للذهبي⁽³⁾، حيث ذكر من تلاميذ اللخمي رجلاً يسمى عبد الحميد السفاقسي، والذي يُبين أن ذلك وهما من المحقق والله أعلم، أننا لم نجد في من ترجم لللخمي من ذكر عبد الحميد الصائغ من تلاميذه، ولا في من ترجم للصائغ من ذكر أخذه عن أبي الحسن اللخمي والذهبي الذي اعتمد عليه المحقق لم يذكر في ترجمة الصائغ⁽⁴⁾ أخذه عن اللخمي ولم ينسبه إلى سفاقس، بل إن ظاهر كلام القاضي عياض -والذي تبعه فيه ابن فرحون - يرد ذلك حيث قال في ترجمة عبد الحميد الصائغ: (أبو محمد عبد الحميد بن محمد المغربي المعروف بابن الصائغ، قيرواني سكن سوسة، أدرك صغيراً أبا بكر بن عبد الرحمن، وأبا عمران... وأصحابه يفضلونه على أبي الحسن اللخمي، قرينه، تفضيلاً كثيراً)⁽⁵⁾.

الفرع الخامس: وفاته.

بعد عمر طويل في خدمة العلم، توفي الإمام اللخمي سنة: 478 هـ بسفاقس، وقبره بها معروف رحمه الله.

(1) معجم السفر، صدر الدين أحمد بن محمد أبو طاهر، تحقيق: عبد الله عمر البارودي، المكتبة التجارية - مكة المكرمة، د. ت: ص 235-236.

2 هو الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب.

(3) تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، تحقيق: عمر عبد السلام التدمري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط: 2، 1413 هـ - 1993 م: 242/32.

(4) تاريخ الإسلام: 177/33.

(5) ترتيب المدارك: 105/8 بتصرف.

الفرع السادس: مكانة اللخمي وثناء العلماء عليه.

قال عنه القاضي عياض: (... ظهر في أيامه، وطارت فتاويه... وكان أبو الحسن فقيهاً فاضلاً ديناً مفتياً متفنناً، ذا حظ من الأدب والحديث، جيد النظر، حسن الفقه، جيد الفهم، وكان فقيهه وقته، أبعده الناس صيتاً في بلده، وبقي بعد أصحابه، فحاز رئاسة بلاد إفريقية جملة⁽¹⁾).

وقال ابن فرحون: (... ظهر في أيامه وطارت فتاويه... وكان أبو الحسن فقيهاً فاضلاً ديناً متفنناً ذا حظ من الأدب وبقي بعد أصحابه فحاز رئاسة إفريقية جملة⁽²⁾).

وقال عنه الخطاب: (... ظهر في أيامه وطارت فتاويه، وكان فقيهاً فاضلاً ديناً متفنناً ذا حظ من الأدب، وبقي بعد أصحابه فحاز رئاسة إفريقية⁽³⁾).

وقال مخلوف⁽⁴⁾: (... الإمام الحافظ العالم العامل العمدة الفاضل رئيس الفقهاء في وقته وإليه الرحلة⁽⁵⁾).

الفرع السابع: التعريف بكتاب التبصرة.

هي خلاصة ما جادت به قريحة اللخمي الذي لا يعرف له تأليف غيرها، وهي ليست شرحاً للمدونة بالمعنى المعروف في زماننا، ولا هي تأليف مستقل عنها بالكلية، وأقرب وصف أراه مناسباً لها من خلال مطالعتي للكتاب ما قاله الخطاب، حيث وصفها بأنها تعليق محاذ للمدونة، قال الخطاب في تعريفه باللخمي: (... له تعليق كبير محاذياً⁽⁶⁾ للمدونة سماه التبصرة

(1) المرجع السابق: 109/8.

(2) الديباج المذهب: 104/2-105 بتصرف.

(3) مواهب الجليل: 51/1.

(4) محمد بن محمد بن عمر بن علي بن سالم مخلوف المنستيري، فقيه تونسي مولده ووفاته في المنستير، تعلم بجامع الزيتونة، ودرّس فيه، ثم بالمنستير، وولي الإفتاء بقابس سنة 1313 هـ فالقضاء بالمنستير 1319 هـ فوظيفة "باش صفتي" فيها، أي المفتي الأكبر سنة 1355 هـ إلى أن توفي سنة 1360 هـ، اشتهر بكتابه شجرة النور الزكية في طبقات المالكية. انظر ترجمته في: الأعلام، للزركلي: 82/7.

(5) شجرة النور الزكية: 173/1.

(6) هكذا في الأصل.

حسن مفيد⁽¹⁾، وهي تعد بحق موسوعة في الخلاف أو الفقه المقارن داخل المذهب، قد اهتم فيها مؤلفها بإيراد الروايات والأقوال وردّها إلى أصولها ونقدها مع إبداء رأيه وحجته في الغالب. وقد نقل الونشريسي في المعيار⁽²⁾ عن صاحب نفع الطيب⁽³⁾ عن الأبلي أن أهل المئة السادسة وصدرا من السابعة كانوا لا يسوغون الفتوى من تبصرة اللخمي لكونها لم تصحح على مؤلفها، ولم تؤخذ عنه، وهذا الذي نقله لا يؤثر في منزلة التبصرة للأسباب التالية:

1. أنه قد ذكر أن سبب تركهم للتبصرة كونها لم تصحح عن مؤلفها ولم تنقل عنه، ورد ذلك الحجوي الثعالبي بقوله: (نقل المعيار عن المقرئ أن اللخمي لم يجره في حياته، فكان الشيوخ لا يستجيزون النقل منه كما يأتي في آخر الكتاب غير أنني رأيت في "جذوة الاقتباس" أن ابن النحوي لما أخذ عنه، طلب منه تبصرته، فقال له: تريد أن تحمل علمي على كفك إلى المغرب، فهذا يدل على تحريره لها، وأخذهم لها عنه في حياته⁽⁴⁾).
2. أن هذا التوقف عن النقل من التبصرة لم يكن عند جميع أهل ذلك العصر بدليل وجود النقل عنها في البيان والتحصيل لابن رشد وهو من أهم ما أنتج ذلك العصر من تراث المالكية، وكذلك إكثار ابن شاس⁽⁵⁾ النقل منها في كتابه عقد الجواهر الثمينة ونقل منها من بعده ابن الحاجب⁽⁶⁾ في مختصره الفرعي ولا تخفى قيمة هذين الكتابين في الفتوى في المذهب.

(1) مواهب الجليل: 51/1.

(2) المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، 1401هـ-1981م: 479/2.

(3) نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب، أحمد بن المقرئ التلمساني، تحقيق: الدكتور إحسان عباس، دار صادر، بيروت، 1388 هـ - 1968 م: 276/5.

(4) الفكر السامي: 250/2-251.

(5) نجم الدين الجلال أبو محمّد عبد الله بن محمّد بن شاس بن نزار الجذامي السعدي، كان فقيهاً فاضلاً في مذهبه عارفاً بقواعده. وصنف في مذهب الإمام مالك كتاباً نفيساً سماه الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، توفي مجاهداً في دمياط سنة 610هـ. شجرة النور الزكية: 238/1.

(6) أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس الكردي، الإمام العلامة المقرئ الأصولي النحوي المالكي صاحب التصانيف، كان من أذكى العالم، رأساً في العربية وعلم النظر، من تصانيفه: الإيضاح شرح المفصل للزخشري، والكافية في النحو، ومختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل، وجامع الأمهات، توفي سنة 646 هـ.

3. أن من أتوا بعد الذين ذكر الآبلي توقفهم في النقل من التبصرة قد اعتمدوا عليها ونقلوا عنها وعول عليها المحققون من أمثال ابن عرفة وخليل ابن إسحاق في توضيحه وفي مختصره الذي اقتصر فيه على ما به الفتوى في المذهب، حيث يقول في مقدمته: (...مشيرا بفيها للمدونة، وبأول إلى اختلاف شارحيها في فهمها وبالاختيار للحمي لكن إن كان بصيغة الفعل فذلك لاختياره في هو نفسه وبالإسم فذلك لاختياره من الخلاف)⁽¹⁾، وقد اعتمد متأخروا المالكية بعد خليل على مختصره لما تميز به خليل من المعرفة بالمذهب، والدقة في التحرير والنقل، واقتصاره على ما به الفتوى مع الاستيعاب الكبير لفروع المذهب، قال الخطاب: (وكان من أجل المختصرات على مذهب الإمام مالك مختصر الشيخ العلامة ولي الله تعالى خليل بن إسحاق، الذي أوضح به المسالك إذ هو كتاب صغر حجمه وكثر علمه وجمع فأوعى وفاق أضرابه جنسا ونوعا واختص بتبيين ما به الفتوى وما هو الأرجح والأقوى، لم تسمح قريحة بمثاله ولم ينسج ناسج على منواله، إلا أنه لفرط الإيجاز كاد يعد من جملة الألغاز)⁽²⁾.

وإذا سلمنا أن التبصرة لم تصحح على مؤلفها فإن ما يمكن أن يكون فيها من الخطأ يكون من جملة النادر الذي لا يكاد يسلم منه كتاب، والحكم للغالب لا للنادر، قال أبو العباس الهلالي في شرحه لخطبة مختصر خليل: (وفي المعيار عن أبي عبد الله المقرئ أن أهل المائة السادسة وصدر السابعة كانوا لا يسوغون الفتوى بتبصرته، لأنها لم تصحح عليه، ولم تؤخذ عنه. انتهى).

شجرة النور الزكية: 241/1، والفكر السامي: 270/2، والبلغة في تراجم أئمة النحو واللغة، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، دار سعد الدين للطباعة والنشر والتوزيع، ط: 1، 1421هـ-2000م: ص 196، و وفيات الأعيان، أبو العباس شمس الدين بن خلكان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، ط: 1، د. ت: 248/3، وسير أعلام النبلاء: 264/23، وغاية النهاية في طبقات القراء: ابن الجزري، عني بنشره: برجستراسر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 3، 1982 م: 1/ 508، والأعلام: 211/4

(1) مختصر العلامة خليل، ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى الجندي المالكي المصري، دار الفكر، بيروت- لبنان، د. ت: ص 3-4.

(2) مواهب الجليل: 1/1.

وقد عول من بعدهم عليها، وأكثر من نقل أصولها المحققون، كالمؤلف وابن عرفة وغيرهما
ولا يضرها ما لم يسلم منه غير المعصوم لأن ذلك نادر والحكم للغالب⁽¹⁾.

(1) نور البصر شرح خطبة المختصر: ص 194.

المطلب الثاني: مخالفة اللخمي للمذهب.

إذا تكلمنا عن فقه اللخمي واختياراته فإننا إنما نتكلم عن ما حواه كتابه التبصرة من مادة علمية غزيرة غزارة علم اللخمي رحمه الله، وهي خلاصة علم هذا الإمام الذي أودعه ما حباه الله به من درر وكنوز تجعل طالب العلم المتأهل للاستفادة منها على بصيرة في فقه الشريعة، وخاصة على طريقة المالكية ومذهبهم الذي هو من أصح مذاهب أهل السنة والجماعة وأوسطها لما تميز به الإمام مالك من جمع بين الإمامة في الفقه والإمامة في الحديث. وكتاب التبصرة -بالإضافة إلى كونه المؤلف الوحيد المعروف للخمي- هو الذي اعتمد عليه المتكلمون عن اللخمي وفقهه، من وافقه منهم ومن خالفه وما وجد في كتب الفتاوى كالمعيار وغيره من فتاويه كثير منها مأخوذ منه.

وقد تتبعت اختيارات اللخمي التي خالفت المذهب فوجدتها على نوعين:

1. اختيارات خرجت عن القول المقدم في المذهب، كمخالفته لقول الإمام مالك إلى قول بعض أصحابه، وهي كثيرة.
2. اختيارات خرجت عن المذهب بالكلية، وهي قليلة بالمقارنة مع التي سبقتها. ويمكن القول بأن اختيارات اللخمي تميزت بما يلي:

الفرع الأول: صيغ المخالفة لدى اللخمي.

الذي يقرأ كتاب اللخمي يلاحظ وضوحاً تاماً في تعبير اللخمي عن رأيه في المسائل، وقد استعمل اصطلاحات كثيرة في بيان ما يراه الأقوى والمرجح عنده وأكثرها استعمالاً لفظ: أحسن، كأن يقول: وهذا القول أحسن، أو وهو أحسن، ويليهِ في كثرة الاستعمال لفظ: أرى، والتعبير عن الراجح بموافقة القياس كأن يقول القياس كذا، أو يعبر بلفظ أقيس. وهناك اصطلاحات أخرى أقل استعمالاً كلفظ: أبين، أولى، الصحيح، أصح، الصواب، أصوب، أشبه، حسن ونحو ذلك.

الفرع الثاني: تعليل اللخمي لما يختاره.

لعل من أبرز سمات منهج اللخمي في تبصرته الاهتمام بالاستدلال، ورد الفروع إلى أصولها من الكتاب والسنة والقواعد المستنبطة منهما، مع مراعاة الدقة في نقل الأحاديث من أمهاتها، والحكم عليها في كثير من الأحيان بالصحة أو الضعف إن احتاج الأمر إلى ذلك، وذلك ما سيتبين لنا من عرض المسائل التي خالف فيها المذهب في الأحوال الشخصية.

وأشير هنا إلى أن اللخمي ممن يرى بقاعدة مراعاة الخلاف وقد علل بها عدة فروع في التبصرة، وإنما خصصت هذه القاعدة بالذكر دون غيرها من أصول المالكية - التي هي معتمد اللخمي في فقهه - لما جاء عن الونشريسي أنه نسب للخمي أنه عاب هذه القاعدة في جماعة من محققي المالكية في كتابه إيضاح المسالك⁽¹⁾، وجعله في المعيار⁽²⁾ ممن يراعونها. وسأنقل أمثلة من مراعاة اللخمي للخلاف وأقدم لذلك بيان معنى هذه القاعدة وأدلتها:

أولاً: بيان معنى قاعدة مراعاة الخلاف.

من أصول المذهب التي فيها إنصاف وعدل والتي تدل على بعد نظر الإمام وإمامته في الفقه، وهي من محاسن مذهبه أصل مراعاة الخلاف، وهو ضرب من الاستحسان بنيت عليه كثير من الفروع في المذهب في العبادات والأنكحة وغيرها.

قال الإمام ابن رشد: (ومن الاستحسان مراعاة الخلاف، وهو أصل في المذهب، من ذلك قولهم إن الماء اليسير إذا حلت فيه النجاسة اليسيرة، ولم تغير أحد أوصافه إنه لا يتوضأ به ويتيمم ويتركه، فإن توضأ به، وصلى لم يعد إلا في الوقت مراعاة لقول من رآه طاهراً، ويبيح الوضوء به ابتداءً، وكان القياس على أصل قولهم أن يعيد أبداً إذا لم يتوضأ إلا بما يصح له تركه

(1) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، أحمد بن يحيى الونشريسي، دراسة وتحقيق: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط: 1، 1427 هـ - 2006 م: ص 68-69.

(2) المعيار المعرب: 37/12.

إلى التيمم؟ ومن ذلك قولهم في النكاح الفاسد الذي يجب فسخه، ولم يتفق على فساده إنه يفسخ بطلاق، وإنه يكون فيه الميراث، ويلزمه فيه الطلاق، وهذا المعنى أكثر من أن يحصى، وأشهر من أن يجهل أو يخفى⁽¹⁾.

وقد ضبط الإمام ابن عرفة تعريف أصل مراعاة الخلاف في حدوده فقال: (إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر)⁽²⁾.

ومعنى هذه القاعدة: أن المجتهد يعمل دليله في قوله الذي رآه راجحاً، ويعمل دليل القول المرجوح الذي روعي في الخلاف فيما يلزم ويترتب على القول المرجوح لو كان معتبراً. قال الشاطبي مبيناً منشأ هذه القاعدة: (ويمكن أن يقال: إن الجهتين معا عند المجتهد معتبرتان، إذ كل واحدة منهما يحتمل أن تكون هي المقصودة للشارع، ونحن إنما كلفنا بما ينقدح عندنا أنه مقصود للشارع، لا بما هو مقصوده في نفس الأمر، فالراجحة - وإن ترجحت - لا تقطع إمكان كون الجهة الأخرى هي المقصودة للشارع، إلا أن هذا الإمكان مطرح في التكليف إلا عند تساوي الجهتين، وغير مطرح في النظر، ومن هنا نشأت قاعدة مراعاة الخلاف عند طائفة من الشيوخ)⁽³⁾.

ثانياً: أدلة قاعدة مراعاة الخلاف.

من أدلتها ما يلي:

(1) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط: 2، 1408 هـ - 1988 م: 157/4.

(2) شرح حدود ابن عرفة، أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع التونسي المالكي، المكتبة العلمية، ط: 1، 1350هـ: ص 177.

(3) الموافقات: 52/2.

• قول النبي ﷺ في ابن وليدة زمعة: « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ⁽¹⁾، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ، وَاحْتَجِي مِنْهُ يَا سَوْدَةَ بِنْتَ زَمْعَةَ ⁽²⁾» ⁽³⁾، وقد تنازع هذه المسألة ديلان: دليل الأصل أن الولد للفراش ودليل الشبهه، فأعمل النبي ﷺ دليل الأصل فحكم به للفراش، لكنه لما رأى شبهه بعتبة أمر سودة بالاحتجاب منه، وهذا إنما هو اعتبار منه ﷺ للدليل الثاني في لازم الإلحاق الذي هو أن يصير هذا الولد أخوا لسودة يرى منها ما يرى الأخ من أخته، فلم يهمل ﷺ الدليل الثاني بالكلية.

• قوله ﷺ: « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوَالِيهَا ⁽⁴⁾، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»، ثلاث مرّات «فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَالْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا» ⁽⁵⁾، فحكم أولا ببطلان العقد وأكده بالتكرار ثلاثاً، فكان يقتضي ذلك عدم اعتبار هذا العقد جملة، لكنه عقبه باعتبار بعض آثاره عند وقوعه.

(1) عبد بن زمعة بن قيس القرشي العامري، وأمه عاتكة بنت الأحنف بن علقمة، أخو سودة أم المؤمنين. أسلم يوم الفتح، ثبت خبر مخاصمته هو وسعد بن أبي وقاص في ابن وليدة زمعة في الصحيحين، قال عنه ابن عبد البر في الاستيعاب: كان شريفاً سيداً من سادات الصحابة. الإصابة في تمييز الصحابة، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: 1، 1415 هـ: 322/4، والاستيعاب في معرفة الأصحاب، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق: علي محمد الجاوي، دار الجليل، بيروت، ط: 1، 1412 هـ - 1992 م: 820/2.

(2) سودة بنت زمعة بن قيس القرشية أم المؤمنين تزوجها ابن عمها السكران بن عمرو، وتوفي عنها فتزوجها رسول الله ﷺ، وكانت أول امرأة تزوجها بعد خديجة بمكة، توفيت في آخر زمن عمر بن الخطاب ﷺ وقيل غير ذلك. الإصابة في تمييز الصحابة: 196/8، والاستيعاب في معرفة الأصحاب: 4/1867.

(3) صحيح البخاري: 54/3، باب تفسير المشبهات، حديث رقم: 2053، وصحيح مسلم: 1080/2، باب الولد للفراش وتوفي الشبهات، حديث رقم: 1457.

(4) هذا لفظ أبي داود، وفي غيره: "وَلِيَّهَا"

(5) مسند الإمام أحمد بن حنبل: 243/40، مسند الصديقة عائشة بنت الصديق رضي الله عنها، حديث رقم: 24205، وسنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط: 1، 1430 هـ - 2009 م: 425/3، كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم: 2083، وسنن الترمذي، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ط: 2، 1395 هـ - 1975 م: 399/3،

• مسألة المرأة يكون لها وليان فيعقد كل واحد منهما لزوج ولا يعلم الآخر بتقدم نكاح غيره عليه إلا بعد البناء، وقد حكم في هذه المسألة عمر ومعاوية رضي الله عنهما بأنها تكون للأخير وتبين من الأول، والأصل أن عقد الأول صحيح وتلزم عليه آثاره، وأن عقد الثاني لم يصادف محلاً وغايته أنه خطأ يرفع عنه الإثم والعقوبة، وكذلك كان يكون الحكم لو لم يدخل جميعاً لكنهم لما لم يدخل الأول ودخل الثاني اعتبروا عقده وربوا عليه آثاره.

• ما قيل في زوجة المفقود أنه إن قدم قبل نكاحها أنه أحق بها، وإن قدم بعد نكاحها والدخول بها بانت، وإن كان قبل العقد وبعد البناء فقولان وكان يمكن أن يقال الحكم لها بالعدة من الأول إن كان قاطعاً للعصمة فلا حق له فيها وإن قدم قبل تزوجها.

قال أبو العباس القباب⁽¹⁾ _ بعد أن أورد الأدلة الثلاثة الأخيرة وغيرها في رسالته إلى الإمام الشاطبي _ : (ومثله في قضايا الصحابة كثير من ذلك)⁽²⁾.

ثالثاً: أمثلة من إعمال اللخمي لقاعدة الخلاف.

■ رجح قول ابن القاسم في مسألة نكاح الدرهمين إذا أتم لها ربع دينار قبل البناء بناء على قاعدة مراعاة الخلاف، قال اللخمي: (... فقال ابن القاسم إن لم يدخل فإن أتم لها ثلاثة

كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث رقم: 1102.

(1) أحمد بن قاسم بن عبد الرحمن الجذامي المعروف بالقباب، أبو العباس، من أهل فاس، فقيه جيد النظر، ولي الفتيا بفاس والقضاء بمجبل الفتح. أخذ عنه ابن القنفذ القسنطيني وابن الخطيب الأندلسي، وغيرهما، وله رحلة مشرقية لقي فيها ابن عرفة، له فتاوى نقل الونشريسي بعضها في المعيار. ومن تأليفه: شرح قواعد عياض، وشرح بيوع ابن جماعة، ومختصر أحكام النظر. توفي سنة 779 وقيل 780. درة الرجال في أسماء الرجال، أبو العباس أحمد بن محمد المكناسي الشهير بابن القاضي تحقيق: الدكتور محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث - القاهرة، والمكتبة العتيقة - تونس، ط: 1، 1391 هـ - 1971 م: 47 / 1، الإحاطة في أخبار غرناطة، محمد بن عبد الله بن سعيد السلماني اللوشي الأصل، الغرناطي الأندلسي، أبو عبد الله، الشهير بلسان الدين ابن الخطيب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1424 هـ: 71/1.

(2) الاعتصام، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، تحقيق ودراسة: د. محمد بن عبد الرحمن الشقير، ود سعد بن عبد الله آل حميد، ود هشام بن إسماعيل الصيني، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط: 1، 1429 هـ - 2008 م: 58/3-65.

دراهم وإلا فرق بينهما... وقال غير ابن القاسم: يفسخ قبل البناء ويثبت بعد، ولها صدق المثل. والأول أصوب فلا يفرق بينهما قبل البناء إن أتم لها ربع دينار لقوة الخلاف فيه⁽¹⁾ وقد قدمت ذكر هذه المسألة على اللتين بعدها وإن كانتا قبلها في التبصرة وفي كتب الفقه لأنها هي التي في موضوع دراستنا.

▪ من اجتهد في القبلة فأخطأها ثم بان له الخطأ بعد الفراغ من الصلاة: في المسألة تفصيل، فإنه إن كان انحرافه يسيراً أو كان أعمى استدار إليها وأتم صلاته، وإن كان بصيراً وانحرف انحرافاً كثيراً قطع وابتدأ، وإن علم بعدها أعاد الأخير في الوقت فقط، وهذا كله في من كان بغير مكة والمدينة.

وقد ردّ اللحمي القول بالإعادة في الوقت في هذا الفرع إلى أصل مراعاة الخلاف فقال: (وقد

يُحْمَلُ قول مالك في الإعادة في الوقت؛ مراعاةً للخلاف، لقوله سبحانه: ﴿وَلِلَّهِ الْمَشْرِقُ

وَالْمَغْرِبُ فَأَيْنَمَا تُولُوا فَثَمَّ وَجْهُ اللَّهِ﴾⁽²⁾ فقيل: نزلت في قوم صلوا في ليلة مظلمة مع النبي ﷺ ثم تبين أنهم صلوا إلى غير القبلة⁽³⁾.

▪ اختار القول بقضاء السورة التي مع أم القرآن في الركعة الثالثة لمن أدرك ركعة واحدة من الظهر مع الإمام على أصل مراعاة الخلاف، قال اللحمي: (...وأما قول مالك فيمن أدرك ركعة من الظهر فسلم الإمام وقام للقضاء، فإنه يقرأ بأُمّ القرآن وسورة فإذا ركع وسجد جلس؛ لأن ذلك وسط صلاته، ثم إذا قام أتى بركعة فقرأ فيها بأُمّ القرآن وسورة فإنما أجاب على القول

(1) التبصرة: 4 / 1940.

(2) البقرة: 115.

(3) التبصرة: 350/1.

أن الذي أدرك أولها. وأرى أن يحتاط في الركعة الثالثة بزيادة سورة مع أمّ القرآن؛ مراعاة للخلاف⁽¹⁾.

الفرع الثالث: مدى مخالفة اللخمي للمذهب في اختياراته وأسباب ذلك.

لا ينظر اللخمي في اختياراته في المسائل إلى قائل القول أو شهرته ولا إلى وجود القول في الموطأ أو المدونة أو غيرها من الأمهات بقدر ما ينظر إلى حجة القول ودليله، فتراه كثيرا ما يرجح قول غير الإمام مالك من أئمة المذهب على قول الإمام الموجود في المدونة إذا تبين له قوة ما ذهب إليه، وأحسب أنه ينطبق عليه قول من قال فيه⁽²⁾:

واظب على نظر اللخمي إن له فضلا على غيره للناس قد بانا
يستحسن القول إن صحت أدلته ويوضح الحق تبياننا وفرقاننا
ولا يبالي إذا ما الحق ساعده بمن يخالفه في الناس من كانا
حيث وصفه بأنه لا يبالي بمن يخالفه إذا تبين له صواب ما أداه إليه اجتهاده.

وقد تتبعت الفروع التي أدلى فيها برأيه في التبصرة واختار فيها فوجدتها تقارب الثلاثة آلاف، وفي أبواب الأحوال الشخصية اختار في قرابة الخمس مئة وثمانية وسبعين فرعا، خالف في مئة وستة وستين فرعا أي ما يقارب الثلث، والنسبة نفسها في كامل التبصرة تقريبا.

ويمكن القول بأن أسباب مخالفة اللخمي للمذهب ترجع إلى سببين هما:

1- عدم الالتزام بقواعد المذهب في التخريجات: وهذا السبب ذكره صاحب نشر البنود بقوله: (المجتهد المقيّد هو الملتزم مراعاة مذهب معين فصار نظره في نصوص إمامه كمنظر المطلق في نصوص الشارع فلا يتعداها إلى نصوص غيره على المشهور خلافاً للخمي فإنه يخرج

(1) التبصرة: 376/1.

(2) ذكر هذه الأبيات ابن غازي في فهرسته المسماة التعلل برسوم الإسناد ولم يسم القائل، لكن من قرأ التبصرة يعلم أن هذا القائل خبرها وعرفها جيدا. انظر: فهرست ابن غازي، محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن غازي العثماني، تحقيق: محمد الزاهي، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، ط: 1، 1984م: ص 67.

على قواعد غيره وقد عيب عليه ذلك⁽¹⁾، ومعنى ذلك أن اللخمي يخرج أحيانا المسائل غير المنصوطة بالقياس على أقوال غير المالكية، وليس معنى ذلك أنه يهمل التخريج على أصول المالكية ونصوصهم بالكلية، ومما يدل لذلك اعتماد خليل في مختصره الذي اقتصر فيه ما به الفتوى في المذهب على تخريجات اللخمي وهي التي يسميها في مقدمة المختصر ب"اختياره في نفسه" وكذلك فعل شراح المختصر بعد خليل، على أن ذلك مهما تكن نسبة اعتماد اللخمي على نصوص غير المالكية فيه لا يفسر خلاف اللخمي للمذهب في غير مسائل التخريجات، وهي التي حازت على النصيب الأكبر مما دونه اللخمي من فقهه في تبصرته.

2- كثرة إدلائه برأيه في المسائل: ومعنى ذلك أنه كلما ازدادت المسائل والفروع المبحوثة المبنية على الاجتهاد ازداد احتمال الاختلاف فيها بسبب اختلاف مدارك المجتهدين في فهم النصوص والاستنباط منها، وهذا السبب ذكره أبو العباس الهلالي بقوله في وصف اللخمي: (له تعليق كبير حاذى به المدونة سماه التبصرة، فيه علم غزير، وتقييد المطلقات وتخصيص العمومات... لكنه لكثرة اختياراته ربما خرج ببعضها عن المذهب)⁽²⁾، وهذا السبب الذي أراه واضحا من خلال النظر في التبصرة، ومن قارن بين اختيارات اللخمي واختيارات غيره ممن كثر تصرفهم في الاختيار في المذهب في دواوينهم المعتمدة كابن رشد وابن يونس والمازري⁽³⁾، علم أن اللخمي لم يكن أجرأهم على الاختيار فحسب، بل أكثر من الاختيار كثرة لا تكاد توجد لغيره من أهل المذهب ممن هم في مثل منزلته.

(1) نشر البنود على مراقي السعود، عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، مطبعة فضالة، المحمدية- المغرب، د.ت، د. ط: 322/2.

(2) نور البصر شرح خطبة المختصر: ص194.

(3) اختار خليل هؤلاء الثلاثة المذكورين واللخمي من جملة أهل التحقيق في المذهب في بنائه لمختصره لكثرة تصرفهم في الاختيار كثرة لم توجد لغيرهم، وقدم اللخمي لأنه أكثرهم إقداما على الاختيار، ذكر ذلك أبو العباس الهلالي عن ابن غازي في كتابه نور البصر شرح خطبة المختصر: ص 201.

والخلاصة أنه رغم كثرة خلاف اللخمي للمذهب إلا أن تلك الفروع التي تعتبر مخالفة لا تتجاوز ثلث اختياراته، فإذا أضفنا لذلك أن هذه الاختيارات المخالفة إنما خالفت المقدم في الفتوى في معظمها ولم تخالف المذهب بالكلية وأنها من إمام مالكي شهد له الأعلام المقدمون في المذهب بالتقدم في العلم والفقه في الدين، وأنه عند إدلائه برأيه يبين المذهب والأقوال التي فيه ثم يبرز رأيه هو بوضوح تام، علمنا أن دعوى من ادعى أنه مزق المذهب ليست دقيقة في إطلاقها في ميزان النقد العلمي، وأن صنيع الشيخ خليل ومن سبقه ومن لحقه من محققي المذهب في اعتمادهم على اللخمي وتبصرته نابع من معرفة تامة بالمذهب وبهذا الإمام وقيمته فيه.

الفرع الرابع: النقد الموجه للخمي في اختياراته.

من أكثر من إدلائه برأيه في المسائل، وتصرفه في الاختيارات الفقهية، سيزيد من مناقشة أهل العلم الذين هم حراس الشريعة له في ما ذهب إليه، إذ ليس ثمة إلا راد ومردود عليه، ولم يكن اللخمي -الذي هو من أكثر أهل المذهب تصرفاً في الاختيارات- استثناءً من ذلك، وقد ناقشه في بعض اختياراته تلميذه المازري وابن بشير وغيرهم، فوافقوه في بعض ذلك، واعترضوا عليه في بعضه، وذلك أمر عادي في ميدان العلم، وخاصة في الفروع الفقهية الاجتهادية المبنية على أدلة ظنية لا تقطع الخلاف.

ومما انتقد على اللخمي مما هو ظاهر في التبصرة -بالإضافة إلى كثرة خروجه عن المذهب- كثرة تخريجه للخلاف، ومعنى ذلك أنه ينشئ الخلاف في فروع لم يثبت الخلاف فيها بسبب إلزامه لبعض القائلين بما لم ينصوا عليه ونحو ذلك، وأول من ذكر ذلك القاضي عياض في ترجمته للخمي، ولم يره مؤثراً في قيمة التبصرة وفائدتها ضمن كتب المذهب، وإنما ذكره من باب وصف منهجية اللخمي بكل تجرد وحيادية، وعبارته في المدارك تدل على ذلك، حيث يقول فيه بعد الشناء على اللخمي وذكر تقدمه في العلم وشيء من سيرته: (وله تعليق كبير على المدونة سماه بالتبصرة، مفيد حسن، وهو مغرى بتخريج الخلاف في المذهب واستقراء

الأقوال، وربما اتبع نظره فخالف المذهب فيما ترجح عنده فخرجت اختياراته في الكثير عن قواعد المذهب⁽¹⁾.

وقد ذكرت في الفرع السابق أن صاحب نشر البنود ذكر أنه عيب على اللخمي تخريجه لبعض الفروع على غير قواعد مالك، على أن منع التخريج على غير أصول الإمام ليس من المسائل المتفق عليها بين علماء المذهب، وقد نص صاحب نشر البنود في النقل السابق أن ذلك إنما هو على المشهور.

(1) ترتيب المدارك: 109/8.

المطلب الثالث: تعريف الأحوال الشخصية.

مصطلح الأحوال الشخصية هو مصطلح جديد على الفقه الإسلامي، لكنه وجد مكانا له فيه وشاع استعماله في كتابات المعاصرين، ويطلق على الأحكام التي كانت تدرس قديما في كتاب النكاح والطلاق وما يتعلق بهما، وألحقوا بذلك بعض الأحكام التي لم تكن قديما تدرس متصلة بالنكاح والطلاق في الترتيب الفقهي، لكنها قريبة منهما من حيث موضوعها، جاء في الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت ما يلي: (الأحكام التي تنظم الأسرة من زواج وطلاق ونفقة وحضانة وولاية ونسب وما يتصل بذلك أطلق عليها الآن فقه الأحوال الشخصية، وألحقوا بها الوصايا والإرث لاتصالهما الوثيق بأحكام الأسرة)⁽¹⁾.

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، مجموعة من العلماء، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط: 1، 1423هـ-2002م: 48/1.

الفصل الأول:

خلاف اللخمي للمذهب في باب الزواج

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: كتاب النكاح الأول

المبحث الثاني: كتاب النكاح الثاني

المبحث الثالث: كتاب النكاح الثالث

المبحث الأول: كتاب النكاح الأول

المطلب الأول: في تقديم الوصي على بقية الأولياء في عقد النكاح.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا مات الأب وأوصى بولاية ابنته في النكاح لرجل أجنبي منها، وللأب أقارب أحياء يصلحون للولاية، فهل يقدم الوصي أم أوليائها الأقرباء في ولاية عقد نكاحها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب أن وصيَّ الأب على بناته يعقد عليهن النكاح، وينوب على الأب في ذلك ولو مع وجود غيره من الأولياء، وهو مقدم عليهم مثل تقدم الأب.

قال في تهذيب المدونة: (قال مالك: وللوصي أن يزوج البكر البالغ برضاها وإن كره الولي، ولو رضيت هي ووليها برجل وعقدا له لم يجز إلا برضى الوصي، فإن اختلفوا نظر السلطان، قال يحيى بن سعيد: الوصي أولى من الولي، ويشاور الولي).

قال مالك: ووصي الوصي في البكر وإن بعد كالوصي، ويزوج الولي الثيب برضاها، وإن كره الوصي، وإن زوجها الوصي برضاها أيضاً جاز، وإن كره الولي⁽¹⁾.

وقال ابن شاس -مبيناً أسباب الولاية في عقد النكاح-: (السبب الثاني: خلافة الأبوة:

فإذا فوض الأب الولاية في إنكاح بناته إلى الوصي ثبتت له الولاية وكان أحق من الولي)⁽²⁾.

وقال الشيخ خليل بن إسحاق⁽³⁾ في مختصره⁽¹⁾: (وجبر وصي أمره أب به أو عين له الزوج

(1) التهذيب في اختصار المدونة، خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي، دراسة وتحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط: 1، 1423 هـ - 2002 م: 144/2.

(2) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي، دراسة وتحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحر، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط: 1، 1423 هـ - 2003 م: 416/2.

(3) ضياء الدين أبو المودة خليل بن إسحاق بن موسى الجندي، من العلماء الجمع على فضله وديانته، مشاركاً في فنون

وإلا فخلافاً وهو في الثيب ولي⁽²⁾، ومعنى ذلك أن الوصي إذا أمره الأب بإجبار بناته على الزواج، أو عين له الزوج فإن له أن يجبرهن إن كن ممن يجبرن، فإن لم يأمره بالإجبار ولا عين له الزوج فقد اختلف هل له الإجبار حينئذ على قولين مشهورين.

وقال المجلسي عند قول خليل: (وهو في الثيب ولي) يعني أن الوصي في الثيب ولي من أوليائها يزوجهها برضاها وهو في مرتبة الأب يقدم على ابنها حيث كانت في حجر الوصي وإلا قدم ابنها عليه فيها، وإن زوج ولي الثيب جاز على الوصي كجوازه للأخ على الأب، وإن زوجها الوصي جاز على الولي⁽³⁾.

وفي المسألة قولان آخران في المذهب: أحدهما أنه كبقية الأولياء، والآخر لا ولاية له.

من العربية والحديث والفرائض فاضلاً في مذهب مالك، صحيح النقل تخرج بين يديه جماعة من الفقهاء الفضلاء، وتفقه بأبي عبد الله المنوفي، وكان من جملة أجناد الحلقة المنصورة يلبس زي الجندي المتقشفين من ذوي الفضل والزهد، ألف شرح جامع الأمهات لابن الحاجب شرحاً حسناً سماه التوضيح، وألف مختصراً في المذهب قصد فيه إلى بيان المشهور مجرداً عن الخلاف، وجمع فيه فروعاً كثيرة جداً مع الإيجاز البليغ، توفي سنة 776هـ. الفكر السامي: 286/2، والأعلام: 2/315، وشجرة النور الزكية: 1/321، ونيل الابتهاج بتطريز الديباج: ص 168.

(1) قال الخطاب: (...وكان من أجل المختصرات على مذهب الإمام مالك مختصر الشيخ العلامة ولي الله تعالى خليل بن إسحاق الذي أوضح به المسالك إذ هو كتاب صغر حجمه وكثر علمه وجمع فأوعى وفاق أضرابه جنساً ونوعاً واختص بتبيين ما به الفتوى وما هو الأرجح والأقوى ولم تسمح قريحة بمثاله ولم ينسج ناسج على منواله إلا أنه لفرط الإيجاز كاد يعد من جملة الألغاز)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: 2/1.

(2) مختصر خليل: ص 123.

(3) لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، محمد بن محمد سالم المجلسي، دار الرضوان نواقشوط - موريتانيا، ط: 1، 1436هـ - 2015م: 69/6.

قال المجلسي: (... في المسألة ثلاثة أقوال، أحدها وهو المشهور لأنه قول مالك وأصحابه المدنيين والمصريين أنه-أي الوصي- بمنزلة الأب يقدم على الابن إلا أن تكون غير محجورة، الثاني أنه كأحد الأولياء، الثالث لا ولاية له⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن الأولياء مقدمون على وصي الأب، وعلل ذلك بأن الوصي أجنبي، وأن ولاية الأب التي هي أصل ولاية الوصي قد انقطعت بالموت في عقد النكاح، قال: (واختُلف في الولي ووصي الأب، أيهما أحق بالعقد؟ فقال مالك وابن القاسم: الوصي أحق ويشاور الولي، وقال عبد الملك بن الماجشون في "مختصر ما ليس في المختصر"، ومحمد بن عبد الحكم: لا يزوّج الوصي إلا أن يكون وليًّا، وقال سحنون في "السليمانية": قال غير ابن القاسم من أصحابنا: الأولياء أولى بالعقد من الوصي.

وهذا القول أحسن؛ لأن الوصي أجنبي من الناس، وإنما هو وكيل على النظر في المال، فإن قيل: إن الأب استخلفه وأقامه مقامه، قيل: ولاية الأب في البضع قد انقطعت بموته، وإنما ولايته في ذلك ما كان حيًّا، ولو كان حقه في الولاية باقياً بعد موته لكان له أن يستخلف من يزوج الثيب من بناته متى أحبت التزويج وإن بعد عشرين سنة، ويستخلف من يزوج المزوجة منهن متى طلقت وأحبت التزويج⁽²⁾.

تعليق اللخمي لرأيه:

علّل اللخمي اختياره بانقطاع ولاية الأب بالموت، وبأن وصي الأب أجنبي قد انقطع سببه إلى الموصى عليها بوفاة الأب، وعلى ذلك يقدم الأقرباء عليه.

(1) لوامع الدرر: 69/6.

(2) التبصرة: 1785-1784/4.

تعليق: استظهر ابن عبد السلام⁽¹⁾ أن الوصي لا حق له في الولاية بعد وفاة الأب، ووافق الإمام اللحمي في تعليقه لما ذهب إليه، قال: (والظاهر: أن لا حق للوصي في الولاية، لما أشرنا إليه الآن من أن ولاية الأب مشروطة بحياته، إلا أن المشهور هو القول الأول وعليه فرعوا)⁽²⁾.

(1) أبو عبد الله محمد بن عبد السلام الهواري التونسي قاضي الجماعة بها، سمع أبا العباس النظري وأدرك جماعة من الشيوخ الآجلة كأبي عبد الله بن هارون، وابن جماعة، تخرج بين يديه جماعة منهم القاضي أبو حيدرة وابن عرفة وخالد البلوي، وأثنى عليه في رحلته كثيراً، وابن خلدون، من مؤلفاته شرح له على مختصر ابن الحاجب الفرعي، تولى التدريس والفتوى، وكانت ولايته القضاء سنة 734هـ، توفي سنة 749هـ عندما أصيب بمرض الطاعون الجارف.

شجرة النور الزكية: 301/1، والفكر السامي: 283/2، والأعلام: 205/6.

(2) شرح جامع الأمهات، أبو عبد الله محمد بن عبد السلام بن يوسف بن كثير الهواري التونسي، تحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر، ط: 1، 1437هـ - 2017م: 448/6.

المطلب الثاني: في تولي الأب المسلم نكاح ابنته النصرانية من مسلم.
الفرع الأول: صورة المسألة.

هل للأب المسلم تولي نكاح ابنته النصرانية من مسلم؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب أن الأب لا يتولى نكاح ابنته النصرانية من مسلم.

قال في تهذيب المدونة: (قال مالك: ولا يجوز لنصراني عقد نكاح مسلمة، ويعقد النصراني نكاح وليته النصرانية لمسلم إن شاء، ولا يعقده وليها المسلم، لقول الله تعالى في أهل الكفر: ﴿ مَا لَكُمْ مِنْ وَلِيَّتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ ﴾⁽¹⁾ إلا التي ليست من نساء أهل الجزية قد أعتقها رجل مسلم فيجوز)⁽²⁾.

وقال الشيخ خليل: (ومنع إحرام من أحد الثلاثة ككفر لمسلمة وعكسه)⁽³⁾.
وقال المجلسي - شارحا قول خليل -: (وعكسه: يعني أن المسلم لا يكون وليا للكافرة وهذا هو المشهور، وقيل ولايته عليها ثابتة، وفرق ابن وهب فقال: يزوجه من مسلم لا من كافر واحتج للأول بقوله تعالى: ﴿ مَا لَكُمْ مِنْ وَلِيَّتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ ﴾، أي: الذين ءامنوا ولم يهاجروا فيكون الكافر بطريق الأولى)⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي جواز تولي المسلم نكاح ابنته النصرانية من مسلم وهو رأي ابن وهب، قال: (وقال ابن وهب: الأب المسلم يعقد نكاحها من مسلم، وأهل دينها يعقدونه من كافر

(1) الأنفال: 72.

(2) التهذيب في اختصار المدونة: 150/2.

(3) مختصر خليل: ص 124.

(4) لوامع الدرر: 107/6.

وهذا قول أصبغ، وهو أحسن لتفرقة مالك بين نساء أهل الجزية وغيرهم، ولتسليم محمد ذلك في المعتقة، فإن كان المنع عنده لافتراق الدينين فلا يجوز ذلك في الكافر على حال⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بإبطال مستند القول المشهور والذي هو المنع من تولي المسلم نكاح الكافرة لاختلاف الدينين، أي إضعافا للكفر وقمعا له.

تعليل: تكلم ابن عبد السلام عن مسألة تولي المسلم نكاح قرييته الكافرة فذكر الأقوال فيها، ثم قال: (والأظهر من هذا كله سلب الولاية عنها إبعادا للكفر، ولا يبعد القول أن له أن يزوجه من مسلم بخلاف تزويجها من كافر)⁽²⁾.

(1) التبصرة: 1827/4.

(2) شرح جامع الأمهات: 509/6.

المطلب الثالث: في من تزوج امرأة على أن صداقها أحد عبيدين ويكون الخيار له يختار أيهما شاء.

الفرع الأول: صورة المسألة.

النكاح مما أصله المكارمة ويجوز فيه ما لا يجوز في البيع، فمن نكح امرأة على أن صداقها أحد عبيدين يملكهما ويختار هو لها أيهما شاء فهل له ذلك، أم أن حكم ذلك عدم الجواز في العدد القليل كالبيع؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا كان عدد العبيد الذي سيختار منه الزوج لزوجته في صداقها قليلا أي ثلاثة أو أقل منها لم يجز ذلك، وإن كان العدد كثيرا فلا فرق بين اختيارها واختياره. قال في تهذيب المدونة: (ومن نكح امرأة على أحد عبيده أيهما شاءت المرأة جاز ذلك، وإن كان أيهما شاء الزوج لم يجز، وكذلك البيع إذا كان الخيار للمشتري، وإن كان للبائع لم يجز)⁽¹⁾.

وقال خليل: (الصداق كالثمن، كعبد تختاره هي لا هو)⁽²⁾.

وقال المجلسي: (كعبد تختاره هي لا هو: مثال لما يجوز أن يكون صداقا أو ثمنا؛ يعني أنه يجوز للرجل ان يتزوج المرأة على عبد تختاره هي من عبيد له حاضرين أو غائبين ووصفوا فإن كانوا غائبين ولم يوصفوا فسد النكاح، وإنما جاز هذا لأنه دخل على أنها تختار الأرفع فلا غرر، بخلاف ما إذا كان ليختار لها هو عبدا من عبيده فلا يصح النكاح بذلك).

والتمييز بين اختيار الزوج من عبيده واختيار الزوجة نص البناني⁽³⁾ أنه مقيد بالعدد القليل وهو الثلاثة فأقل، أما الكثير فجائز ذلك ولا فرق فيه بين أن تختار الزوجة أو الزوج.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 164/2.

(2) مختصر خليل: ص 135.

(3) محمّد بن الحسن بن مسعود البناني، أبو عبد الله، فقيه مالكي، من أهل فاس، له كتب، منها: الفتح الرباني حاشية استدرك بما على الزرقاني ما ذهل عنه في شرحه على "مختصر خليل، حاشية على شرح السنوسي لمختصره في المنطق،

قال الشيخ محمد بن الحسن بناني: (التفريق بين اختيارها واختياره مقيد بالعدد القليل وهو الثلاثة فأقل، وهو مذهب ابن القاسم، وأما العدد الكثير يختار منه رأساً فيجوز اختيارها واختياره كما في البيع، ونص نكاحها الأول من نكح امرأة على أحد عبديه أيهما شاء هو لم يجز كالبيع)⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي في حالة عبدين يختار الزوج أحدهما الجواز، قال: (. . .) وإن كان الخيار في الصداق، فقالت: أتزوجك على أحد هذين العبدین إن شئت أو أردتهما لم يجز وعاد الأمر إلى ما تقدم من نكاح الخيار، وإن كان قد وجب أحدهما ويرد الآخر جاز إذا كان الخيار للمرأة.

واختلف إذا كان الخيار للزوج؛ فمنعه ابن القاسم، وأجازه سحنون في النكاح والبيع، وأرى أن يجوز في النكاح؛ لأنه مما أصله المكارمة، ويجوز فيه من الغرر في الصداق ما لا يجوز في البيع)⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي اختياره بالتفرقة بين أحكام البيع والصداق في النكاح، وبأن النكاح مما أصله المكارمة، ويجوز فيه من الغرر ما لا يجوز في البيع.

فهرسة في إسناد ما أخذه عن أشياخه، ويقال إنه عرف عند أهل المغرب بـ "بناني" من دون التعريف بـ "أل"، للتفريق بينه وبين "البناني" نزيل مصر، توفي سنة 1194هـ.

الفكر السامي: 347/2، الأعلام للزركلي: 91/6، ومعجم المؤلفين: 221/9.

(1) شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني (وهو حاشية العلامة محمد بن الحسن بن مسعود البناي)، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: 1، 1422 هـ - 2002 م: 4/4.

(2) التبصرة: 1861/4.

المطلب الرابع: في ما إذا عقد النكاح بشاهدين وأمرًا بالكتمان.

الفرع الأول: صورة المسألة:

هل يفسخ النكاح إذا عقد بشاهدين وأمرًا بكتمانه؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة، ومن ذلك أنها أمرت بالعفاف، وحرمت الفواحش، وضبطت أحكام النكاح للحفاظ على حقيقته مما قد يداخله من الصور التي يتوصل بها إلى غير مقصوده، وكل ذلك لصيانة الفرد المسلم والأسرة المسلمة والمجتمع الإسلامي من الانحراف عن الغاية التي خلقوا من أجلها، وهي تحقيق العبودية لله وحده وتحليل ما أحل الله وتحريم ما حرم الله سبحانه، ومن الصور التي حرّمها الله حفاظاً على حقيقة النكاح من أن يتوصل به إلى غير ما شرع له نكاح السر.

روى الإمام مالك في موطئه عن أبي الزبير المكي⁽¹⁾، أن عمر بن الخطاب أُتيَ بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال: هذا نكاح السر ولا أُجيزه ولو كنت تقدمتُ فيه لرجمتُ⁽²⁾. ويدخل في نكاح السر في مشهور المذهب خلافاً ليحيى ابن يحيى الليثي⁽³⁾ ما عقد بشاهدين وأمرًا بالكتمان، ويفسخ إذا نزل إلا أن يدخل ويطول، قال أبو عمر ابن عبد البر:

(1) أبو الزبير المكي محمد بن مسلم بن تدرُس - بفتح التاء وضم الراء - الأسدي مولى حكيم بن حزام: الثقة الصدوق روى عن جابر بن عبد الله وغيره وعنه مالك والسفيانان والليث وجماعة، روى له الجميع وله في الموطأ ثمانية أحاديث، مات سنة 126 هـ أو 128 هـ. تهذيب التهذيب، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، ط: 1، 1326هـ: 440/9، وشجرة النور الزكية: 71/1، وتهذيب الكمال في أسماء الرجال، أبو الحجاج جمال الدين يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف المزي، تحقيق: د. بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: 1، 1400 - 1980: 402/26، وسير أعلام النبلاء: 5 / 380.

(2) الموطأ، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي-الإمارات، ط: 1، 1425 هـ - 2004 م: 3 / 767، جامع ما لا يجوز من النكاح حديث رقم: 1960.

(3) أبو محمد يحيى بن يحيى بن كثير بن وسلاس بن شمال المصمودي، الإمام الكبير فقيه الأندلس، تلميذ الإمام مالك وناشر مذهبه في الأندلس، سمع منه مشايخ الأندلس في وقته ونال حظوة وجلالة ذكر، رحل إلى المشرق، وهو أحد رواة

=

(نكاح السر عند مالك وأصحابه أن يُسْتَكْتَمَ الشهودُ أو يكون عليه من الشهود رجل وامرأتان ونحو ذلك مما يقصد به إلى التستر وترك الإعلان)⁽¹⁾.

وقال ابن رشد: (واختلف إذا شهد على النكاح شاهدان وأمرًا بالكتمان فقليل: ذلك من نكاح السر ويفسخ قبل الدخول وبعده إلا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ ويكون فيه الصداق المسمى، وهو المشهور في المذهب، وقيل: النكاح صحيح لا فساد فيه، فيثبت قبل الدخول وبعده، ويؤمر الشهود بإعلان النكاح وينهوا عن كتمانهم، وإلى هذا ذهب يحيى بن يحيى⁽²⁾.

وجاء في تهذيب المدونة: (ومن عقد نكاحاً واستكتم البينة، وذلك حين العقد فالنكاح فاسد؛ قال ابن شهاب⁽³⁾: ويفرق بينهما وإن دخلا، ولها مهرها بالمسيس، وتقعده حتى تنقضي عدتها ثم إن شاءت نكحته بعد العدة، وإن فرق بينهما قبل البناء فلا صداق لها ويعاقب الزوجان والبينة)⁽⁴⁾.

وقال خليل: (وفسخ موصى وإن بكتم شهود من امرأة أو منزل أو أيام إن لم يدخل ويطل، وعوقبا والشهود)⁽⁵⁾.

"الموطأ" عن مالك، وكان مالك يسميه: عاقل الأندلس، توفي سنة 234 هـ.

شجرة النور الزكية: 301/1، وترتيب المدارك: 379/3، ووفيات الأعيان: 6/143، وسير أعلام النبلاء: 10/519، والفكر السامي: 2/115، والأعلام: 6/205.

(1) الاستذكار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1421 هـ - 2000 م: 5/470.

(2) البيان والتحصيل: 4/379.

(3) أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب القرشي الزهري المدني، ويعرف بابن شهاب والزهري، وهو أحد الأئمة الأعلام وعالم الحجاز والشام. روى عن ابن عمر، وسهل بن سعد، وأنس وغيرهم، وروى عنه أبو الزبير المكي، والأوزاعي، ومالك، وابن عيينة، توفي سنة 125 هـ. شجرة النور الزكية: 1/70، وتهذيب التهذيب: 9/445، وسير أعلام النبلاء: 5/326، وتذكرة الحفاظ: 1/83.

(4) التهذيب في اختصار المدونة: 2/163.

(5) مختصر خليل: ص 125.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن ما عقد بشاهدين على الكتمان يمضي إذا نزل، قال رحمه الله: (اختلف بعد القول بمنع ما عقد بشاهدين على الإسرار إذا نزل، فقال ابن الجلاب⁽¹⁾: يعلن في ثاني حال ولا يفسخ، وقال ابن حبيب⁽²⁾: يفسخ بطلقة، إلا أن يتناول فلا يفسخ، قال: وهو قول مالك وأصحابه، وقال مالك في "المبسوط": يفرق بينهما بطلقة، ولها صداقها إن كان أصابها، ففسخه بعد الدخول.

وأرى أن يمضي بالعقد، ومحمل الحديث على الندب، كالأمر بالوليمة والضرب بالدف، فإنما لم يفسد إذا أحل بهذين، فكذلك لا يفسد إذا أحل بهذا، والاتفاق على أنه إذا عقد بشاهدين ولم يأمر بالكتمان؛ أنه جائز مع كونه خارجًا عن الإعلان المندوب إليه، ومفهوم الحديث: «أعلنوه واجعلوه في المساجد»⁽³⁾ ألا يقتصر على شاهدين، وهو بعد ذلك صحيح بغير خلاف⁽⁴⁾.

(1) أبو القاسم عبد الرحمن بن عبيد الله بن الجلاب: شيخ المالكية، كان أفقه المالكية في زمانه، له كتاب "التفريع"، أخذ عن الأبهري وأخذ عنه العلم القاضي عبد الوهاب، وأبو الحسن الطائفي البصري وغالب المحاربي من أهل غرناطة، توفي سنة 378 هـ. شجرة النور الزكية: 1/ 137، وترتيب المدارك: 7/ 76، وسير أعلام النبلاء: 16/ 383، والفكر السامي: 2/ 139، والأعلام: 4/ 193.

(2) عبد الملك بن حبيب بن سليمان السلمي، أبو مروان الفقيه اللغوي المؤرخ وأحد أعلام المذهب، أخذ عن أصحاب مالك المدنيين والمصريين، وعنه بقي بن مخلد وابن وضاح والمغامي، توفي سنة 238 هـ. طبقات الفقهاء: ص 162، وسير أعلام النبلاء: 12/ 102، وشجرة النور الزكية: 1/ 111، وترتيب المدارك: 4/ 122، والفكر السامي: 2/ 111، والأعلام: 4/ 157، ومعجم المفسرين: 1/ 332.

(3) لم أجده بهذا اللفظ في حدود ما اطلعت عليه، والذي وقفت عليه هو: «أعلنوا هذا النكاح، واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف»، رواه الترمذي في سننه؛ ينظر: سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ط: 2، 1395 هـ-1975م: 3/ 390، باب ما جاء في إعلان النكاح، حديث رقم: 1089.

(4) التبصرة: 4/ 1867.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بكون الإعلان مندوبا إليه فقط، وحمل الأمر الذي في الحديث على الندب كالوليمة وضرب الدف، وما كان مندوبا إليه لا يورث تركه فسادا في العقد. تعليق: بين ابن عبد السلام سبب الخلاف، وحجة المذهب في إبطال المتواصي بكتمه، في تعليقه على قول ابن الحاجب: (ونكاح السر باطل والمشهور أنه المتواصي بكتمه وإن أشهد فيه).

قال ابن عبد السلام: (قوله: «ونكاح السر باطل» لا خلاف أعلمه في المنع منه، وإنما الخلاف في سبب المنع، والخلاف فيه مبني على الخلاف في تصوره، فمنهم من رأى أنه الذي لم يشهد فيه أو دخل على عدم الشهود. ومنهم من رأى أن سبب المنع أخص من هذا وهو الذي دخل فيه على ترك الإذاعة والإظهار إما مطلقا وإما من بعض الناس أو في بعض الأزمنة والأمكنة. وقوله: «والمشهور أنه المتواصي بكتمه وإن أشهد فيه» وإنما كان ذلك سببا للمنع، لأنه مناقض لمشروعية النكاح؛ ألا ترى أن النبي ﷺ لما سمع صوت الجوارى وضربهن بالغبال، قال: «هذا النكاح لا السّفاح»⁽¹⁾ أو كما قال، فنبه على أن الفارق بين المباح والحرام هو الإعلان)⁽²⁾.

المطلب الخامس: في اشتراط المرأة إسقاط ما تقتضيه حقوق الزوجية للزوج.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يجب الوفاء بالشروط إذا اشترطت المرأة إسقاط ما تقتضيه حقوق الزوجية للزوج، كأن لا يخرجها من بلدها ولا يتزوج عليها ولا يتسرى؟

(1) السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: 3، 1424 هـ - 2003 م: 473/7، باب ما يستحب من إظهار النكاح وإباحة الضرب بالدف عليه وما لا يستكر من القول، رقم الحديث: 14700.

(2) شرح جامع الأمهات: 520/6.

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

تنقسم الشروط في النكاح إلى ثلاثة أقسام⁽¹⁾:

أولاً: شروط تناقض المقصود الشرعي للنكاح، كمن اشترط على زوجته ألا تأتيه إلا نهاراً، وحكمها أن النكاح يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل.

ثانياً: شروط يقتضيها عقد النكاح كشرط إنفاق الزوج على زوجته، وهذا وجوده كعدمه، ويقضى به على كل حال وجد أم لا، ولا يؤثر اشتراطه خلافاً في العقد.

ثالثاً: شروط لا يقتضيها العقد ولا تنافيه، كأن لا يتزوج عليها، وحكمه أنه مكروه؛ لأن فيه تحجيراً ولا يفسخ، ويندب الوفاء به لقول النبي ﷺ: « أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحَلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ »⁽²⁾، ومحل عدم اللزوم في القسم الثالث حيث لم يعلق عليه طلاق أو عتق أو نحوهما وإلا لزم ما علق عند وقوع المعلق عليه.

قال في تهذيب المدونة: (ومن نكح امرأة على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى ولا يخرجها من بلدها جاز النكاح وبطل الشرط، وليس لما يفسد به النكاح من الشروط حد، وإن وضعت عنه لذلك من صداقها في العقد لم ترجع به وبطل الشرط إلا أن يكون فيه عتق أو طلاق⁽³⁾). وقال خليل: (... بخلاف ألف وإن أخرجها من بلدها، أو تزوج عليها فألفان، ولا يلزم الشرط وكره)⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

خالف اللخمي المذهب في النوع الأخير من الشروط، واختار وجوب الوفاء به، قال: (... والثاني: أن تشتترط أن يسقط ما تقتضيه له حقوق الزوجية: أن لا يخرجها من بلدها، ولا

(1) لوامع الدرر: 134-133/6 بتصرف.

(2) صحيح البخاري: 190/3، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، حديث رقم: 2721، وصحيح مسلم: 1035/2، باب الوفاء بالشروط في النكاح، حديث رقم: 1418.

(3) التهذيب في اختصار المدونة: 260/1.

(4) مختصر خليل: ص 137.

يتزوج عليها، ولا يَسْرَى، ولا يذكر في ذلك عتقًا ولا طلاقًا - فهذا مكروه؛ لأن فيه ضربًا من التحجير عليه، فإن نزل ذلك - جاز النكاح.

اختلف في الوفاء بالشرط؛ فقال مالك: الشرط باطل؛ وله أن يخرجها، ويتزوج ويتسرى عليها. ويستحب أن يفي بذلك من غير شرط، وقال ابن شهاب في كتاب محمد ذلك واجب، وإن لم يكن فيه عهد، قال: وكان من أدركته من العلماء يقضون بذلك، ويوجبون كل شرط كان عند النكاح لم يحرم، ويقضون به. وهو أحسن؛ لقول النبي ﷺ: «إِنَّ أَحَقَّ الشَّرْطِ أَنْ يُوفَى بِهِ، مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ» أخرجه البخاري ومسلم⁽¹⁾.

وقال: (واختلف فيمن تزوج على أن لا يخرجها من بلدها، أو لا يتزوج عليها في موضعين، أحدهما: هل يجب الوفاء به؟ والثاني: إذا لم يجب الوفاء به، هل يكون لها مقال في تمام صداق المثل؟ فقال مالك: يستحب الوفاء به ولا يجب، وقال ابن شهاب: كان من أدركت من العلماء يقضون به، وهذا أحسن، لقول النبي ﷺ: «إِنَّ أَحَقَّ الشَّرْطِ أَنْ يُوفَى بِهِ، مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»⁽²⁾.

(1) التبصرة: 4/1868.

(2) المصدر نفسه: 4/1925.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي اختياره بظاهر الحديث السابق.

تعليق: بين ابن العربي سبب الخلاف في هذا النوع من الشروط فقال: (هذه معضلة، اختلف الناس فيها قديما وحديثا، وتعارض فيها أصلا ن عظيمان: أحدهما قريب المرام؛ وهو ما روي عنه عليه السلام أنه قال: «إِنَّ أَحَقَّ الشَّرْطِ أَنْ يُوفَى بِهِ، مَا اسْتَحَلَّتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ».

والأصل الثاني: قوله: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ»⁽¹⁾، وهو بعيد الغور؛ لأن المراد بقوله: (ليس في كتاب الله) أي: في حكم الله، فأحال رسول الله صلى الله عليه وآله المجتهد على ملاحظة الشرط، وإن مضى، وإلا ارتد، فتباين العلماء في ذلك على وجوه بيأنها في "الكتاب الكبير" لبابه؛ أن علماءنا قالوا: إن خالف الشرط مقتضى العقد، فليس من كتاب الله وعلى، وإن وافقه أو لم يعترض عليه، فقد أذن الله وعلى فيه؛ لأنه إذا خالف الشرط مقتضى العقد صار تناقضا، والتناقض ليس من الشريعة، فركب على هذه المسألة مسألة سعيد بن المسيب الواقعة في هذا الباب: "إذا شرطت المرأة ألا يخرجها من بلدها"⁽²⁾ فإن هذا شرط يخالف القوامية التي فضل الله بها الرجال على النساء وخطت الدرجة التي أنزلهم فيها وقدمهم عليهن بها، فقال: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾⁽³⁾ الآية، فعلى هذا يكون الشرط ساقطا.

ونظر ابن شهاب وغيره إلى أنه شرط استحل به الفرج، فلزم الوفاء به بالحكم الواقع من صاحب الشرط، و«أحقَّ الشَّرْطِ أَنْ يُوفَى بِهِ. . .» الحديث المتقدم. فاختار علماءنا قول سعيد، وحملوا الشَّروط الواقعة في إحلال الفرج بما تعلق بالنكاح من صدقٍ ونحلة وجهاز شورّة، ممَّا تنمي معه الحالة، وتسكن معه الألفة، لا فيما يُنافر موضوعه ويخالف مقتضاه⁽⁴⁾.

(1) سبق ترجمته: ص 9.

(2) الموطأ: 3/ 758، باب ما لا يجوز من الشرط في النكاح، حديث رقم: 1939.

(3) النساء: 34.

(4) المسالك في شرح موطأ مالك: 4/ 479.

قال⁽¹⁾ ابن المنذر⁽²⁾ بعد أن ذكر مذاهب العلماء في هذا النوع من الشروط: (أصح ذلك قول من أبطل الشرط وأثبت النكاح، وذلك للثابت عن رسول الله ﷺ أنه قال في قصة بيرة حيث شرطوا على عائشة رضي الله عنها الولاء، فأبطل النبي ﷺ الشرط، وقال: « مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةً شَرْطٍ »⁽³⁾ .

فلما أبطل النبي ﷺ من الشروط ما ليس في كتاب الله، كان من اشترط شروطا خلاف كتاب الله أولى أن يبطل من ذلك، وذلك أن الله -جلّ ذكره- أباح للرجل أن ينكح أربعاً فقال: ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ الآية⁽⁴⁾، ومن ذلك أن الله -جلّ ثناؤه- أباح للمرأة وطء ما ملكت يمينه فقال -جل ذكره-: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۗ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾⁽⁵⁾، فإذا شرطت الزوجة تحريم ما أحل الله له أبطل ذلك الشرط وأثبت النكاح، وجاء الحديث عن رسول الله ﷺ أنه قال: « الْمُسْلِمُونَ عَلَىٰ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا »⁽⁶⁾ .

(1) نقل ابن بطال كلام ابن المنذر هذا بعبارات مقاربة في شرحه لصحيح البخاري عند كلامه على حديث: «أحقّ الشرط أن يُوفى به، ما استحلتتم به الفروج»، ينظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال: 269/7، وقد سبق تخريجه: ص 76.

(2) أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، فقيه مجتهد من الحفاظ كان شيخ الحرم بمكة، قال الذهبي: ابن المنذر صاحب الكتب لم يصنف مثلها منها: المبسوط في الفقه، والأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، والإجماع، واختلاف العلماء، وتفسير القرآن، وغير ذلك، توفي سنة 319هـ. الفكر السامي: 98/2، ومعجم المفسرين: 465/2، ووفيات الأعيان: 207/4، وسير أعلام النبلاء: 490/14، والأعلام: 294/5.

(3) سبق تخريجه: ص 9.

(4) النساء: 3.

(5) المؤمنون: 5-6.

(6) السنن الصغير للبيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي - باكستان، ط: 1، 1410هـ - 1989م: 81/3، باب الشرط في المهر والنكاح، حديث رقم: 2564، والسنن الكبرى: 405/7، باب الشروط في النكاح، رقم الحديث: 14432.

ولما كان للمرء إذا عقد نكاح امرأة أن ينقلها حيث يصلح أن ينقل مثلها إليه ويسافر بها كان اشتراطها عليه دارها بخلاف احكام المسلمين في أزواجهم، وكان ذلك غير لازم للزوج⁽¹⁾.

(1) الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: محمد سعد عبد السلام، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر، ط: 2، 1431هـ-2010م: 410/8-411.

المطلب السادس: في زوال عصمة الزواج إذا ارتد الزوج عن دين الإسلام.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الردة مما يوجب الفراق بين الزوجين، فإذا ارتد الزوج فهل يفرق بينه وبين زوجته بطلاق، أم يكون ذلك فسخا بغير طلاق؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معا عن دين الإسلام؛ فإنه بنفس الردة يكون ذلك طلاقاً بائناً، ولا رجعة له وإن تاب في عدتها، إلا إذا قصدت الزوجة بالردة فسخ النكاح فإنها تعامل بنقيض قصدها.

وكذلك الحكم إذا كانت الزوجة كتابية وارتد زوجها المسلم.

قال في تهذيب المدونة: (وردة أحد الزوجين مزيلة للعصمة حينئذ، وردة الزوج طلاقاً بائناً، وإن أسلم في عدتها فلا رجعة له، قال في كتاب العدة: وكذلك ردة المرأة طلاقاً بائناً وإن رجعت إلى الإسلام⁽¹⁾).

وقال خليل: (وفسخ لإسلام أحدهما بلا طلاق لا رده فبائنة)⁽²⁾.

وقال بهرام⁽³⁾ في شرحه الصغير على المختصر: ("لا رده" أي: لا ردة أحدهما فإن الفسخ معها بطلاق وهو المشهور، "فبائنة" أي: فطلقة بائنة)⁽⁴⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 299/1.

(2) مختصر خليل: ص 131.

(3) أبو البقاء بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري المالكي، أخذ عن الشيخ خليل وغيره، ودرس بالشيخونية وغيرها، من مصنفاته: "الشامل"، و"المناسك"، و"شرح مختصر خليل"، و"شرح مختصر ابن الحاجب"، و"شرح ألفية ابن مالك"، توفي سنة 805 هـ. شجرة النور الزكية: 344/1.

(4) الدرر في شرح المختصر (الشرح الصغير على مختصر خليل)، تاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، تحقيق:

د. حافظ عبد الرحمن خير، ود. أحمد عبد الكريم نجيب، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر، ط: 1، 1435هـ-2014م: 939/2.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

خالف اللخمي في الزوج إذا ارتد فجعله فسخا بغير طلاق، قال: (واختلف في ارتداد أحد الزوجين: هل هو فسخ أو طلاق؟ ويلزم على القول أنه طلاق أن يكون ملك أحد الزوجين الآخر طلاقاً. وأرى أن يكون ارتداده فسخاً، وارتدادها طلاقاً؛ لأن الطلاق للرجال، فإذا ارتد كان كافراً، والكافر لا يقع عليه طلاق، وإذا ارتدت وقع عليه الطلاق؛ لأنه مسلم)⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي اختياره بأن الزوج إذا ارتد كان كافراً، والكافر لا يقع عليه الطلاق، بخلاف المرأة إذا ارتدت فإنه يقع عليها الطلاق من زوجها المسلم.

(1) التبصرة: 1843/4.

المطلب السابع: في سقوط الإجماع في النكاح على من أصيبت بزنا أو غضب.

الفرع الأول: صورة المسألة.

للأب سلطة إجبار ابنته في النكاح إذا كانت بكرًا، وليس له ذلك في الثيب لما وصل إليها من علم بأمور النكاح، فهل من أصيبت بزنا أو غضب تكون مثل الثيب، أم أن ذلك لا يرفع عنها سلطة إجبار الأب لها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من ثبت بغضب أو زنا لا يرفع ذلك عنها إجبار الأب لها في النكاح ولو ولدت الأولاد. قال في تهذيب المدونة: (وإذا زنت البكر فحدث أو لم تحد فلأبيها أن يزوجه كما يزوج البكر، وإن زوجها تزويجا حراما فبني بها الزوج ثم طلقها أو مات عنها بالقرب لم يكن لأبيها أن يزوجه كما يزوج البكر، لأنه نكاح يلحق فيه الولد، ويدراً به الحد، وتعتد فيه في بيت زوجها الذي كانت تسكن فيه كما تعتد في النكاح الحلال)⁽¹⁾.

وقال خليل: (... ثم أب وجبر المجنونة والبكر ولو عانسا إلا لخصي على الأصح والثيب إن صغرت أو بعارض أو بحرام)⁽²⁾. وقال المجلسي: (أو بحرام: يعني أن الأب يجبر الثيب البالغة التي ثبت بزنا أو غضب ولو ولدت)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار الإمام اللخمي أن من أصيبت بحرام لا تجبر، قال: (واختلف إذا كانت الإصابة عن زنى أو غضب: فقال في "الكتاب": إذا زنت فحدثت يزوجه كما يزوج البكر، وقال القاضي

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 134/2.

(2) مختصر خليل: ص 122.

(3) لوامع الدرر: 64/6.

أبو محمد عبد الوهاب: الغضب والتطوع في ذلك سواء- تجبر، وقال أبو القاسم ابن الجلاب:
الثيب بنكاح أو زنا سواء -لا تجبر.

قال الشيخ: أرى أن تكون كالثيب بنكاح، وأن يكون إذنها صماتها كالبكر؛ فلا تجبر لوصول العلم إليها بما يراد من ذلك، ولمباشرتها فهي من هذا الوجه كالثيب، ولا فرق بين أن يكون ذلك عن حلال أو حرام، وكالبكر في صفة الإذن؛ لأنها تستحي أن تقول: نعم، وعليها من الحياء لما سبق لها ما تعذر به في النطق⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي رأيه بوصول العلم إليها بما يراد من ذلك، إلا أنه جعل إذنها صماتها كالبكر، لأن عليها من الحياء لما سبق لها ما تعذر به في النطق.

(1) التبصرة: 1797/4-1798.

المطلب الثامن: في اعتبار النسب في الكفاءة في النكاح.

الفرع الأول: تعريف الكفاءة.

الكفاء في اللغة: المماثلة، قال الفيروزآبادي: (كَافَأَهُ مُكَافَأَةً وَكَفَاءً: جَارَاهُ، وَفَلَانًا: مِثْلَهُ)⁽¹⁾.

وفي الاصطلاح، عرّفها ابن عرفة⁽²⁾ بتعريف قريب من المعنى اللغوي فقال: (هي المماتلة والمقارنة)⁽³⁾.

الفرع الثاني: صورة المسألة.

الكفاءة مطلوبة لتحصيل المودة والسكينة والألفة بين الزوجين، وتعين على تماسك الأسرة المسلمة لتقوم بدورها في بناء المجتمع الصالح الذي يحقق معاني العبودية لله، فهل منها أن يكون الرجل مكافئاً للمرأة في النسب؟

الفرع الثالث: حكم المسألة في المذهب.

الكفاءة عند المالكية: هي الدين والحال، والمقصود بالدين السلامة من الفسق، وأما الإسلام فالإجماع منعقد على حرمة زواج المسلمة من الكافر. والمقصود بالحال السلامة من العيوب التي توجب الخيار في الزوج. ولا مدخل للنسب والحسب في الكفاءة في مذهب مالك لأن المسلمين إنما يتفاضلون بالتقوى والعمل الصالح.

قال في تهذيب المدونة: (قال مالك: وإذا رضيت الثيب بكفاء في دينه وهو دونها في النسب والشرف والمال، أو رضيت بمولى ورده أب أو ولي، زوجها إياه الإمام، لأن نكاح الموالى

(1) القاموس المحيط: 50/1.

(2) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي ثم التونسي، إمام تونس وعالمها خمسين سنة، أخذ عن جلة منهم ابن عبد السلام وابن هارون وأخذ عنه من لا يعد من أهل المشرق والمغرب منهم: البرزلي وابن ناجي وابن فرحون، له تأليف منها: اختصار فرائض الحوفي، توفي سنة 803 هـ. شجرة النور الزكية: 326/1.

(3) شرح حدود ابن عرفة: ص 162.

في العرب لا بأس به، قيل: فإن رضيت بعدد؟ ، قال: قد قال مالك: المسلمون بعضهم لبعض أكفاء، إذ قيل له: إن بعض هؤلاء القوم قد فرقوا بين عربية ومولى، فاستعظم ذلك استعظماً شديداً، وقال: المسلمون كلهم بعضهم لبعض أكفاء لقول الله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَى﴾ (1) (2).

وقال القاضي عبد الوهاب (3): (والكفاءة المعتمدة هي الدين دون النسب خلافاً لأبي

حنيفة والشافعي في اعتبارهما للنسب، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَى﴾ فيبين أن المساواة شاملة وأن المفاضلة عند الله هي بالدين والتقوى، وقوله ﷺ: «إِذَا أَتَاكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَآمَانَتَهُ فَزُوجُوهُ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ» (4)، فاعتبر الدين والأمانة دون النسب، وقوله ﷺ: «تُنكح المرأة لِدِينِهَا وَجَمَاهَا وَمَالِهَا فَعَلَيْكَ بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَدَاكَ» (5) فأخبر عن أغراض النكاح فأمر بذات الدين وجعله العمدة، وقد علمنا أنه لا يأمرنا بغير الكفاءة (6).

وقال خليل: (والكفاءة الدين والحال، . . . والمولى وغير الشريف والأقل جاها كفاء، وفي العبد تأويلان) (7).

(1) الحجرات: 13.

(2) التهذيب في اختصار المدونة: 250/1.

(3) هو الإمام العلامة القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر التغلبي العراقي، أخذ عن الأبهري وكبار أصحابه كابن القصار وابن الجلاب، ودرس الفقه والأصول على الباقلاني وصحبه، له كتاب "التلقين" وغيره. توفي بمصر سنة 422هـ. ترتيب المدارك: 220/7، وشجرة النور الزكية 154/1، ووفيات الأعيان: 219/3، الأعلام: 184/4.

(4) أخرجه بهذا اللفظ سعيد بن منصور في سننه، ينظر: سنن سعيد بن منصور، أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، دار السلفية - الهند، ط: 1، 1403هـ - 1982م: 190/1، باب ما جاء في المناكحة، حديث رقم: 590.

(5) صحيح البخاري: 7/7، حديث رقم: 5090، ولفظه عنده: «تُنكح المرأة لأربع: لِمَالِهَا وَلِحَسْبِهَا وَجَمَاهَا وَلِدِينِهَا، فَاطْفَرُ بِذَاتِ الدِّينِ، تَرَبَّتْ يَدَاكَ»، ومسلم: 2/1086، باب استحباب نكاح ذات الدين، حديث رقم: 1466.

(6) المعونة على مذهب عالم المدينة، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، د. ت: 747/2.

(7) مختصر خليل: ص 127 بتصرف.

الفرع الرابع: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه ينظر في اشتراط النسب في الكفاءة إلى أهل كل زمان ومكان وما هم عليه، ولذلك فإنه اختار أن تزويج العربية (من بربري أو مولى لفقرها وهو مليء جائز، وإن كانت موسرة والعرف معرفتها به؛ فلها أو لأبيها منعه وإلا فلا)⁽¹⁾.

قال: (والحسب على ثلاثة أوجه: فإن كانت من العرب فدعت أو دعا أبوها إلى تزويجها من عربي - كان القول قول من دعا إليه، وإن كانت أشرف نسباً منه، وإن كانت من بيت الشرف؛ لأن تفاضل ما بينهما من باب أولى وليس تلحق منه معرفة.

وأما تزويجها من البربري والمولى: فإن كانت [صغيرة]⁽²⁾ زوجت منه؛ لأن حرمة النسب مع الفقر ساقطة عند الناس، وإن كانت موسرة نظر إلى عادة ذلك الموضع الذي هم فيه، فإن كانوا لا يرون في ذلك معرفة، وإنما يجرونه مجرى ما غيره أحسن منه - زوجت، وإن كان ذلك عندهم معرفة كان القول قول من أبي من أب أو ابنة)⁽³⁾.

وقال: (وإنما ينظر في كل زمان إلى ما أهله عليه، وكل بلد وموضع فيحملون عليه)⁽⁴⁾.

ورأى أن تزويج غير السوداء من الأسود تلحقها منه المعرفة فاختر منعه وفاقا لسحنون، قال: (قول سحنون في هذا أحسن، فيمنع من تزويجها الأسود لما يلحقها في ذلك من المعرفة)⁽⁵⁾.

(1) المختصر الفقهي، أبو عبد الله محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط: 1، 1435 هـ - 2014 م: 258/3.

(2) هكذا هذه الكلمة في المطبوع من الكتاب وليس للصغر مدخل ههنا بدليل ما بعده من الكلام، ولعلها في الأصل كلمة (فقيرة) إذ هي التي تناسب في المعنى ولتشابه اللفظتين في الخط، ولنقل ابن عرفة السابق: (. . . من بربري أو مولى لفقرها وهو مليء؛ جائز)، وقد تعمدت النقل منه رغم وجود الأصل بين أيدينا لبيان ما بدا لي أنه خطأ في هذه الكلمة، والله أعلم.

(3) التبصرة: 1820/4.

(4) المصدر نفسه: 1822/4.

(5) المصدر نفسه: 1823/4.

الفرع الخامس: تعليل اللّخمي لرأيه.

علّل اللّخمي ما ذهب إليه بدفع ضرر المعرة التي تلحق المرأة أو أهلها إن خالفوا ما عليه الناس.

المطلب التاسع: في رد البائع نكاح عبده قبل أن يُرد عليه، وهل يملك المشتري ذلك؟

الفرع الأول: صورة المسألة.

العبد لا يتزوج بغير بإذن سيده، فإن فعل ذلك كان السيد بالخيار في إمضاء النكاح أو رده، فإن باعه قبل رد نكاحه فهل له الرد وهو في ملك المشتري ليسلم من رد المشتري له بعيب التزويج؟ وهل للمشتري رد هذا الزواج الذي حدث قبل ملكه للعبد؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا تزوج العبد المملوك بغير إذن سيده فإن السيد بالخيار إن شاء أجاز النكاح، وإن شاء رده بطلقة واحدة بائنة لأنها تفي بالغرض ما دام العبد في ملكه، وأما إذا أعتقه أو باعه فليس له ذلك لخروجه من ملكه، ويكون المشتري بالخيار إن شاء تمسك به وإن شاء رده بعيب التزويج، وليس للمشتري رد زواجه.

قال في تهذيب المدونة: (وأما نكاح العبد بغير إذن سيده فإن أجازته السيد جاز، لأنه يعقد على نفسه بإذنه بخلاف الأمة... وإن أعتقه السيد قبل علمه بنكاحه جاز نكاحه ولم يكن للسيد رده، وإن باعه قبل علمه بنكاحه لم يكن للمبتاع فسخه فيما رضيه أو رده فيفسخ البائع نكاحه)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وللسيد رد نكاح عبده بطلقة فقط بائنة إن لم يبعه، إلا أن يرد به أو يعتقه)⁽²⁾.

وقال بهرام: ("وللسيد رد نكاح عبده" يريد ومكاتبه إذا تزوجا بغير إذنه وهو المشهور... "بطلقة فقط" وهو المشهور. "بائنة" لأنها هي التي تزيل ضرر السيد بخلاف الرجعية، "إن لم يبعه" أي: وأما إذا باعه فلا مقال له حينئذ، ويقال للمشتري إذا علمت بالزواج فلا

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 257/1-258.

(2) مختصر خليل: ص 126.

مقال لك، وإلا فلك الرد بعيب التزويج، فإن تمسك به فلا قيام له، وإن رد كان للبائع الفسخ، وإليه أشار بقوله "إلا أن يرد به" أي: فيعود للبائع فيه ما كان له أولاً⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن البائع له رد نكاح العبد في ملك المشتري قبل أن يرد عليه، وأن المشتري له أن يسقط النكاح، قال: (أرى إن أراد البائع رد النكاح قبل أن يرد عليه أن يكون ذلك له، وللمشتري أن يرد البيع، وأن يسقط النكاح؛ لأن تزويجه بغير إذن سيده عيب يخشى أن يعاود مثل ذلك، وقد حمل بعض أهل العلم قول ابن القاسم في "المدونة" أن ليس للبائع أن يرد النكاح وهو في ملك المشتري، وقوله في ذلك محتمل، والقياس أن ذلك له إذا رضي المشتري بعيب تعديه في النكاح خاصة)⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بالقياس على أحكام العيوب في البيع إذا رضي المشتري بالتمسك بالمبيع بعد علمه بالعيب.

(1) الدرر في شرح المختصر: 907/2-908.

(2) التبصرة: 1848/4.

المطلب العاشر: مهر الأمة إذا غرت بنفسها فتزوجت على أنها حرة ثم ردها الزوج بعد علمه بحالها.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا تزوجت الأمة على أنها حرة ثم علم بها الزوج فأراد فراقها وقد سمى لها مهراً، وصدّاق مثلها أكثر من المسمى، فهل يكون مهرها المسمى أو صدّاق مثلها أو غير ذلك؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا أذن السيد لأتمته بأن تستخلف رجلاً يعقد لها النكاح، وتزوجت على أنها حرة سواء كانت هي الغارة أو سيدها، ثم علم زوجها بحالها بعد أن دخل بها وأراد فراقها فإن عليه الأقل من مسمى مهرها وصدّاق مثلها.

قال في تهذيب المدونة: (ومن تزوج امرأة أخبرته أنها حرة ثم علم قبل البناء أنها أمة أذن لها السيد أن تستخلف رجلاً على إنكاحها، فللزواج الفراق ولا صدّاق لها، وإن كان قد بنى بها فلها المسمى، إلا أن يزيد على صدّاق المثل فلتزد ما زاد، فإن شاء رد، وإن شاء أمسك ولها المسمى⁽¹⁾).

وقال خليل: (وولد المغرور فقط حر، وعليه الأقل، من المسمى وصدّاق المثل)⁽²⁾.

وقال بھرام: (... ولا يلزم الزوج المغرور بالحرية إلا ما هو أقل من المسمى وصدّاق مثل الغارة؛ لأن الأقل إن كان هو المسمى فقد رضيت به على أنها حرة، فرضاها به على أنها أمة أخرى، وإن كان صدّاق المثل هو الأقل فلا يلزمه غيره؛ لأنه يقول لم أعط المسمى إلا بناء على أنها حرة، وحمل أكثرهم المدونة على هذا القول وهو قول ابن القاسم وأشهب، وقيل: عليه صدّاق المثل وإن زاد، وقيل: الأكثر من المسمى وصدّاق المثل)⁽³⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 263/1.

(2) مختصر خليل: ص 134.

(3) الدرر في شرح المختصر: 960/2.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه إن كان صدق مثلها أكثر من المسمى كمل لها صدق المثل، قال: (....والثاني: إذا كان صدق المثل أكثر من المسمى، فقال ابن القاسم: يكمل لها صدق المثل. وقال أشهب في "كتاب محمد": ليس لها سوى المسمى كما لو زنى بها طائعة، ولا ابن القاسم في العتبية مثله، وعلى القول الآخر؛ يكون لها ربع دينار. وقول ابن القاسم أحسن؛ لأن يبيعها تلك المنافع كيبيعها لخدمتها، فإن حابت كان للسيد أن يرد محاباتها في الخدمة وفي النكاح، ويتم لها صدق المثل، وليس كزناها؛ لأنه لو اغتصبها رجل لم يكن لها صدق المثل. وكذلك إذا زنت، فأصابته على وجه النكاح، مفارق للزنا وإنما في ذلك ما نقصها؛ فإن لم ينقصها فلا شيء عليه⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بقياس صدق الأمة على بقية منافعها، وذلك أن صدق الأمة من جملة منافعها التي هي ملك للسيد كمنفعة خدمتها، وهو له الرد إذا حابت في بيع خدمتها، فكذلك له الرد إذا حابت في صداقها لأنه من جملة منافعها.

(1) التبصرة: 1885/4-1886.

المطلب الحادي عشر: في الهزل في النكاح والطلاق.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا علم هزل المتكلم فهل يلزمه النكاح والطلاق؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب أن الجدل والهزل في النكاح والطلاق سواء.

قال في تهذيب المدونة: (وإن قال الخاطب للأب في البكر أو لولي مفوض إليه: زوجني فلانة بمائة، فقال: قد فعلت، ثم قال الخاطب: لا أرضى، لم ينفعه، ولزمه النكاح بخلاف البيع. قال سعيد بن المسيب⁽¹⁾: «ثلاثٌ ليس فيهنَّ لعبٌ، هَزُهُنَّ جِدُّ، النَّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ»⁽²⁾ (3).

وقال خليل: (وفي الهزل: في الطَّلَاقِ، والنِّكَاحِ، والعتق- ثالثها: إن قام عليه دليل لم يلزم يلحق بالثلاث الرجعة، والمشهور لزوم لما في الترمذي من حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاثٌ جَدَّهن جَدُّ، وهزهن جَدُّ، والنِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجْعَةُ»⁽⁴⁾ قال: وهو حسن غريب⁽⁵⁾).

(1) سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب أبو محمد القرشي المخزومي عالم أهل المدينة وسيد التابعين في زمانه، سمع عثمان، وعلياً، وزيد بن ثابت، وعائشة، وأبا هريرة، وابن عباس، وغيرهم ﷺ. روى عنه ابن شهاب الزهري، وبكير بن الأشج، وقتادة، وغيرهم. ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر ﷺ وقيل لأربع مضين منها بالمدينة، توفي سنة: 94 هـ، وقيل: 93 هـ. شجرة النور الزكية: 30/1، الفكر السامي: 353/1، ومعجم المفسرين: 465/2، وطبقات الفقهاء: ص 57، ووفيات الأعيان: 375/2، وسير أعلام النبلاء: 217/4، وتهذيب التهذيب: 84/4، والأعلام: 102/3.

(2) المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند- المكتب الإسلامي، بيروت، ط: 2، 1403 هـ: 6/135، باب ما يجوز من اللعب في النكاح والطلاق، حديث رقم: 10253.

(3) التهذيب في اختصار المدونة: 260/1-261.

(4) سنن الترمذي: 482/3، باب ما جاء في الجدل والهزل في الطلاق، حديث رقم: 1184.

(5) التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب: 356/4.

وقال ابن رشد: (مسألة وقال-أي ابن القاسم-: في رجل أحضر رجلا، فقيل: نراك تنصر هذا، ولقد بلغنا أنه خنتك، فقال: نعم أنصره، واشهدوا أنني قد زوجته ابنتي، فقيل له بكم؟ فقال بما شاء، ثم قام الرجل بعد ذلك فقال: امرأتي، فقال الأب: والله ما كنت إلا لاعبا، قال: يحلف الأب بالله ما كان ذلك منه، على وجه النكاح، ولا شيء عليه، قيل له: طلب ذلك بحدثانه أو بعد ذلك بيومين. قال: ذلك سواء.

قال محمد بن رشد: هذا من قول ابن القاسم، مثل ما حكى أبو عبيد عن مالك، ورواه الواقدي عنه من أن هزل النكاح هزل، ولا يجوز منه إلا ما كان على وجه الجد، بخلاف المشهور المعلوم من قول مالك وأصحابه في المدونة وغيرها، من أن هزله جد، على ما جاء في ذلك عن جماعة من السلف عمر بن الخطاب، وسعيد بن المسيب، وغيرهما⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

ذهب اللخمي إلى أنه إن علم الهزل لم يلزم نكاح ولا طلاق، قال: (وقد روى علي بن زياد عن مالك في "السليمانية" أنه قال: نكاح الهزل لا يجوز، وقال سليمان: إذا علم الهزل لم يلزم عتق، ولا نكاح، ولا طلاق، ولا شيء عليه من الصداق وإن لم يعلم فهو جائز، وهو أبين لقول النبي ﷺ: «الأعمال بالنيات. . .»⁽²⁾، فإن قام دليل الهزل - لم يلزم العتق، ولا نكاح، ولا طلاق، ولا شيء عليه من الصداق، وإن لم يقد دليل لذلك لزمه نصف الصداق ولم يمكن منها لإقراره على نفسه ألا نكاح بينهما⁽³⁾).

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي ما ذهب إليه من عدم لزوم الهزل في النكاح والطلاق بحديث الأعمال بالنيات، إذ ظاهره أنه لا يلزم الإنسان إلا ما قصده ونواه.

(1) البيان والتحصيل: 135/5.

(2) صحيح البخاري: 6/1، باب بدأ الوحي، حديث رقم: 1، وصحيح مسلم: 1515/3، باب قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنية»، وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال، حديث رقم: 1907.

(3) التبصرة: 1862/4.

تعليق: يمكن الإجابة عن استدلال اللخمي بحديث الأعمال بالنيات بأنه عموم عارضه
خصوص حديث: «ثلاثٌ جدّهن جدٌّ، وهزلهن جدٌّ» السابق ذكره، والله أعلم.

المطلب الثاني عشر: في نظر المكاتب والعبد الوغدين شعر سيدتهما؟

الفرع الأول: معنى الوغد في العبيد.

قال في القاموس: (الْوَعْدُ: الْأَحْمَقُ الضَّعِيفُ، الرَّذُلُ الدَّيُّ، أَوْ الضَّعِيفُ جِسْمًا)⁽¹⁾.

وأما في استعمال الفقهاء فيطلقون الوغد في العبيد على الذي منظره قبيح، أو لا منظر له، وهو قريب من معناه اللغوي.

الفرع الثاني: صورة المسألة.

كان الناس يملكون العبيد قديماً، ويحتاجون إليهم في العمل والتجارة وخدمة البيوت، ويتصرفون فيهم بيعا وشراء، وتملك المرأة منهم الذكر من الرجال وتستعمله في شؤونها، فهل له أن يرى منها ما يراه محارمها، أم هو كالأجانب في ذلك؟

الفرع الثالث: حكم المسألة في المذهب.

مذهب مالك أن العبيد الذكور البالغين إذا كان لهم منظر تتحفظ منهم السيدة المالكة لهم ولا يرون ما يراه المحارم منها، وأجاز ذلك إذا كان العبد أو المكاتب وغدا بشرط أن يكون ملكاً خالصاً لها لا شرك فيه لغيرها ولو لزوجها.

قال الإمام مالك: (العبد الفحل يرى شعر سيدته دون غيرها إن كان لا منظر له، وكذلك مكاتبها، فأما الحر أو العبد لها نصفه فلا، كان وغداً أو غير وغدا)⁽²⁾.

وقال خليل: (ولعبد بلا شرك ومكاتب وغدين نظر شعر السيدة كخصي وغدا لزوج)⁽³⁾.

الفرع الرابع: رأي اللخمي.

بين اللخمي أن الأصل في ملك اليمين من الرجال أن لهم الدخول على سيدتهم، ويرون منها ما يراه المحارم لضرورة تصرفهم عليهم ودخولهم إليهم، وأن مالكا إنما فرق بين من له منظر

(1) القاموس المحيط: 326/1.

(2) النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني، تحقيق: مجموعة من الأساتذة، دار الغرب الإسلامي، ط: 1، 1999 م: 623-622/4.

(3) مختصر خليل: ص 129-130.

ومن ليس له منظر حماية وسدا للذريعة، ثم أفتى بتعميم المنع في زمانه في الوغد وغيره لمن لا زوج لها، وأما من كان لها زوج فأجاز ذلك بحضرته لتغير حال الناس. قال: (والأصل في دخول

عبد المرأة عليها قول الله ﷻ: ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾⁽¹⁾.

ثم قال: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾⁽²⁾. . . وقد كان يدخل على عائشة رضي الله عنها المكاتب حتى يقضي كتابته، ولو كان دخول العبد ممنوعاً؛ ما أجازت ذلك، وهي أعلم بذلك. وأما تفرقة مالك بين الوغد وغيره فحماية. . . والصواب اليوم المنع فيمن لا زوج لها، وإن كان لها زوج فلا بأس في حين حضوره، ويمنع عبد الأجنبي جملة؛ لأنه لا فرق فيما يخشى منه بين الحر والعبد وإنما أبيع عبدها وعبد زوجها؛ لأن الضرورة تدعو إلى تصرفه عليهم ودخوله إليهم⁽³⁾.

الفرع الخامس: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي ما ذهب إليه بتغير حال الناس معتمداً في ذلك على أصل سد الذريعة. تعليق: هذه المسألة مثال على تغير الفتوى بسبب تغير الزمان وحال الناس، وهي في ظاهرها مخالفة لقول مالك، ويمكن اعتبارها غير مخالفة للمذهب والله أعلم، ونستفيد من هذه المسألة- التي هي غير مطروحة في زماننا لكون العبودية قد صارت ولله الحمد من الماضي- عدم التساهل في الاختلاط بين الجنسين، والانضباط بضوابط الشرع في ذلك فإذا كانت المرأة مأمورة بالتحفظ من ملك يمينها الذي هو دونها في المنزلة ولو كان وغداً، ويمكنها أن تبيعه كما تباع السلع، فتحفظها من غيره في هذا الزمان لا شك أنه أولى.

وكذلك بقية أحكام العبيد الموجودة في كتب الفقه-بالإضافة إلى كونها تعلمها ضروري لطالب العلم المتخصص لفهم كلام المتقدمين في غير أحكام العبيد للترابط بين الأحكام

(1) النور: 31.

(2) النور: 31.

(3) التبصرة: 1876/4-1877 بتصرف.

الفقهية في مختلف الأبواب وكثرة التمثيل بها- يمكن الاستفادة منها كذلك في هذا الزمان في
الدربة على الفقه في الدين، وبعضها يمكن أن يقاس عليه غيره من الفروع.

المطلب الثالث عشر: في من قال إذا مت فقد زوجت ابنتي من فلان.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل تصح وصية من قال في وصيته و هو في حال الصحة: إذا مت فقد زوجت ابنتي من فلان وقبل الموصى له؟ أم أن ذلك خاص بمن أوصى في مرض موته؟

الفرع الثاني : حكم المسألة في المذهب.

من قال إذا مت فقد زوجت ابنتي من فلان في مرضه، ومات من ذلك المرض، وقبل الزوج الذي أوصى له فإن نكاح ابنته الواقع بعد موته صحيح، وأما إن قال ذلك حال الصحة فقول ابن القاسم أن ذلك لا يصح.

قال خليل: (وصح إن مت فقد زوجت ابنتي من فلان بمرض)⁽¹⁾.
وقال عبد الباقي الزرقاني⁽²⁾: (ومفهوم "بمرض" أنه لو قال ذلك في صحته لم يصح النكاح وهو قول ابن القاسم وأصيح)⁽³⁾.
وقال أصبغ: (أهل العلم متفقون على إجازته وهو من أمر الناس ومن وصايا المسلمين في أمراضهم)⁽⁴⁾.

(1) مختصر خليل: ص 123.

(2) عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد بن علوان الزرقاني المصري المالكي الوفايي، ولد بمصر سنة 1020هـ، وتوفي بها سنة 1099هـ. من مؤلفاته: شرح مختصر خليل، شرح مقدمة العزية، ورسالة في الكلام على "إذا" في النحو. شجرة النور الزكية: 441/1، والفكر السامي: 337/2، والأعلام: 272/3، ومعجم المؤلفين: 76/5.

(3) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 310/3.

(4) الجامع لمسائل المدونة، أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى، توزيع: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط: 1، 1434 هـ - 2013 م: 58/9.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي قول أشهب خلافا لابن القاسم بصحة النكاح إذا قال ذلك في الصحة، قال: (اختلف إذا قال في صحته: إن مت فقد زوجت ابنتي من فلان، فأجازته أشهب، وقال ابن القاسم: لا يجوز إلا أن يوصي به في المرض، قال محمد: وهو أصوب؛ لأنه إذا كان في الصحة فكأنه إلى أجل، ولعل ذلك يطول كالذي يقول إذا مضت سنة فقد زوجت ابنتي من فلان.

والأول أحسن؛ لأن محمل الوصية بذلك بعد الموت على أحكام الوصايا، فالموصي بالخيار، وله أن يغير وصيته، وليس كالذي يقول إذا مضت سنة فقد زوجت؛ لأن محمله على البت وذلك فاسد⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي ما ذهب إليه أن الموصي له أن يغير وصيته، وهو بالخيار في ذلك، فإذا ثبت عليها ولم يغيرها حتى الموت كان كمن أوصى في مرض الموت، وتكون كالمسألة الأولى المتفق عليها.

تعليق: قد تكلم علماء المذهب في تأصيل مسألة الموصي في المرض، والفرق بينها وبين من أوصى في الصحة، قال خليل في مسألة الموصي في المرض: (... ولولا الإجماع الذي نقله أصبغ، وإلا فالقياس المنع لأن المرض قد يطول فيتأخر القبول عن الإيجاب بالسنة ونحوها، وكأنهم لاحظوا أن المريض مضطر إلى ذلك⁽²⁾، ومعنى ذلك أن الأصل في مثل هذه المسألة المنع وعدم الصحة ولكنها خرجت عن الأصل بالإجماع.

(1) التبصرة: 4/ 1853-1854.

(2) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط: 1، 1429 هـ - 2008 م: 524/3.

قال عبد الباقي الزرقاني في شرحه على المختصر: (ومفهوم "بمرض" أنه لو قال ذلك في صحته لم يصح النكاح وهو قول ابن القاسم وأصبع وابن المواز وصوبه ابن رشد⁽¹⁾ والفرق أن مسألة المرض خرجت عن الأصل للإجماع - كما مر - وبقي ما عداها عليه فإن صح المريض من مرضه بطلت وصيته⁽²⁾ .

(1) البيان والتحصيل: 27/5.

(2) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 310/3.

المطلب الرابع عشر: في إجبار العانس في النكاح.

الفرع الأول: معنى العانس.

العا نس هي: (التي طالت إقامتها عند أهلها، وعرفت مصالح نفسها قبل الزواج، وهل سنها ثلاثون سنة، أو ثلاث وأربعون، أو خمس وأربعون، أو أربعون، أو خمسون؟ أقوال)⁽¹⁾.

الفرع الثاني: صورة المسألة.

الإجبار للأبكار إنما هو حجر عليهن حماية ورعاية لهن، فإذا تأخر زواج البكر حتى صارت عانسا وعرفت مصالح نفسها فهل يزول عنها الإجبار؟

الفرع الثالث: حكم المسألة في المذهب.

المذهب أن الأب الرشيد يملك سلطة إجبار البكر البالغة غير المعنسة في النكاح بشرط عدم الضرر، وكذلك المعنسة على القول الذي عليه العمل والقضاء. قال خليل: (... ثم أب وجبر المجنونة، والبكر ولو عانسا)⁽²⁾.

وقال بهرام شارحا لقول خليل: ("والبكر" لا خلاف في ذلك إن كانت صغيرة، وأما البالغ غير المعنسة فلا يختلف أصحابنا أنه يملك عليها الإجبار لأنها بكر، "ولو عانسا" أي: أن الأب يجبر البكر البالغة ولو كانت معنسة، وهي رواية محمد وبها القضاء، وعليها العمل، قاله المتيطي⁽³⁾ (4).

(1) لوامع الدرر: 63/6.

(2) مختصر خليل: ص 122.

(3) أبو الحسن علي بن عبد الله بن إبراهيم الأنصاري يعرف بالمتيطي وبه اشتهر صاحب الوثائق المشهورة، ومتيطة قرية من أجوار الجزيرة الخضراء بالأندلس، لازم بمدينة فاس خاله أبو الحجاج المتيطي، وبين يديه تعلم عقد الشروط، واستوطن مدينة سبتة ولازم بها مجلس أبي محمد عبد الله بن القاضي أبي عبد الله ابن عيسى للمناظرة والتفقه، ألف كتاباً كبيراً في الوثائق سماه "النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام" اعتمده المفتون والحكام، واختصره أعلام منهم ابن هارون، توفي سنة 570هـ. شجرة النور الزكية: 234/1، والفكر السامي: 263/2، ومعجم المؤلفين: 129/7، ونيل الابتهاج: ص

(4) الدرر شرح المختصر: 884/2.

الفرع الرابع: رأي اللخمي.

اختار اللخمي عدم الإجمار في المعنسة وأنها تكون أملك لأمرها مثلها مثل الثيب في ذلك، قال: (اختلف عنه- يقصد اختلف عن مالك - في المعنسة هل تجبر؟ أو لا تجبر وتكون في هذا كحكم الثيب؟ وأن لا تجبر أحسن؛ لأن المعنسة يخلص إليها من العلم فيما يراد من ذلك مثل ما يخلص إلى الثيب تصاب مرة ثم تطلق، بل يتقرر في نفسها أكثر، وإذا كان كذلك كان الأمر إليها، فإن كرهت التزويج جملة لم تجبر عليه، وإن رغبت في غير من رغب فيه الأب زوجت منه إذا لم تدع إلى غير صواب)⁽¹⁾.

الفرع الخامس: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي ما ذهب إليه بأن العانس يخلص إليها من العلم بما يراد في أمر الزواج بسبب تقدم سنها عن المعتاد ما يجعلها عاملة بمصالحها.

تعليل: سبب الخلاف في هذه المسألة بينه خليل بقوله: (ومنشأ الخلاف هل العلة في الجبر البكارة وهي موجودة؟ أو الجهل بالمصالح وهذه عاملة بها؟)⁽²⁾.

ويقوي ما ذهب إليه اللخمي أن البكر المرشدة وهي التي رشدها أبوها بعد البلوغ بقوله أنت مرشدة أو أطلقت يدك ونحو ذلك لا تجبر على المشهور، والله أعلم.

(1) التبصرة: 1795/4.

(2) التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب: 517/3.

المطلب الخامس عشر: في ما إذا كانت الزوجة صغيرة بحيث لا تطبق الوطاء.

الفرع الأول: صورة المسألة.

حدد الشارع الحكيم عيوبها إذا وجدت في المرأة ردت بها في النكاح، فهل الصغر الذي لا تطبق معه الزوجة الوطاء كبنت أربع وخمس سنين يعتبر من العيوب التي ترد بها؟

الفرع الثاني: رأي المذهب.

ذكر الشيخ عبد الباقي الزرقاني في شرحه على مختصر خليل - الذي التزم فيه تبين ما به الفتوى - أنها لا ترد بذلك حيث لا شرط، قال: (ولا رد له أيضاً بكونها عجوزاً فانية أو صغيرة بنت نحو أربع سنين حيث لا شرط كما في الموازية خلافاً للحمي قاله ابن ناجي⁽¹⁾)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار الإمام اللخمي أن الصغر الذي لا تطبق معه الوطاء كبنت أربع سنين أو خمس وما أشبه ذلك من العيوب التي توجب الرد إلا أن تكون لهم عادة في الصبر بعد العقد إلى الوقت الذي تصلح فيه للابتناء. قال: (وأرى أن يرد إذا تبين أنها صغيرة مثل ابنة أربع سنين وخمس وما أشبه ذلك؛ لأن الوطاء ممتنع، فهي في ذلك كالرتقاء، وعليه في الصبر إلى أن تبلغ الوطاء مضرة، وإن كان الوقت الذي تصلح فيه لذلك لا يدرك في الصبر إليه مضرة ولم يرد⁽³⁾)، وقد تكون لهم عادة في الصبر ما بين العقد والابتناء كالسنتين والثلاث؛ مما يرى أن هذه تصلح حينئذ للابتناء، أو تزيد الأمر اليسير، فلا ترد⁽⁴⁾.

(1) قاسم بن عيسى بن ناجي أبو الفضل شارح المدونة والرسالة، الشيخ العالم الفقيه الحافظ الزاهد الورع القاضي، أخذ بالقيروان عن ابن عرفة وكثير من أصحابه كالأبي والبرزلي ولي القضاء بمواضع كباجة وجربة والقيروان، أخذ عنه الشيخ حلولو وغيره، توفي سنة 837هـ. شجرة النور الزكية: 352/1، والفكر السامي: 301/2، ومعجم المؤلفين: 110/8، ونيل الابتهاج: ص 364.

(2) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 424/3.

(3) هكذا في المطبوع بزيادة واو قبل "لم" ولعل الصواب حذفها.

(4) التبصرة: 1893/4.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي رأيه بما يلحق الزوج من مضرة الانتظار، لامتناع الوطاء مشبها حال الصغيرة التي لا تطيق الوطاء كبت خمس سنين أو أربع بالرتقاء.

المبحث الثاني: كتاب النكاح الثاني

المطلب الأول: في مهر من تزوجت على درهمين ثم طلقت قبل البناء.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من تزوج امرأة على صداق قدره درهمين، لم يصح النكاح لعدم تحقق أقل النصاب في الصداق، فإذا تم الفسخ بسبب ذلك، فهل يكون لها نصف المهر؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

أقلّ الصداق ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم من الفضة، فمن تزوج بدرهمين فإما أتم لها ثلاثة دراهم أو يفسخ النكاح لأنه حق لله تعالى ليس لأحد أن يسقطه. قال في تهذيب المدونة: (قال ابن القاسم: وأقل الصداق ربع دينار، فمن نكح بدرهمين أو بما يساويهما، فإما أتم لها ثلاثة دراهم وثبت النكاح، وإن أبي فسخ، إلا أن يدخل فيجبر على إتمامها⁽¹⁾).

فإن لم يتم لها ثلاثة دراهم وفرق بينهما كان لها نصف الدرهمين، مراعاة لخلاف من يرى ذلك الصداق جائزاً، وهو مذهب⁽²⁾: الشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين القائلين أن ليس لأقل الصداق حد مادام متمولاً.

وقال سحنون: (قلت لابن القاسم: رأيت إن طلقها قبل البناء بها، أتجعل لها نصف الدرهمين أم المتعة أم نصف ربع دينار؟ قال: لها نصف الدرهمين قلت: لم؟ قال: لأنه صداق قد اختلف فيه وإن الزوج لو لم يرض أن يبلغها ربع دينار لم أجبره على ذلك إلا أن يكون قد

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 270/1.

(2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث - القاهرة، د. ط، 1425هـ - 2004م: 45/3، والمجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، د. ط، د. ت: 326/16، وزاد المستنقع في اختصار المقنع، أبو النجا شرف الدين موسى بن أحمد الحجاوي، تحقيق: عبد الرحمن العسكر، دار الوطن، الرياض، ط: 1، 1425هـ - 2004م: ص 168.

دخل بها، فهو إذا طلق فليس لها إلا نصف الدرهمين لاختلاف الناس في أنه صدق، قال: ولا أرى لأحد أن يتزوج بأقل من ربع دينار⁽¹⁾.

وقال خليل: (...إلا نكاح الدرهمين فنصفهما)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن لا شيء للمرأة في حال الفراق، قال: (واختلف إذا لم يُتم قبل البناء ربع دينار وفرق بينهما، فقال محمد: لها نصف الدرهمين.

وقال ابن حبيب: لا شيء لها، وهو أصوب؛ لأن الحكم، مضى بأنه فاسد، وذلك العوض يرفع الخلاف، ولأنه إذا حيل بينه وبين ما اشتراه، وبذل له الثمن؛ لم يستحق العوض عنه)⁽³⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بعلتين:

- أولاهما: أن الحكم مضى بفساد هذا النكاح لعدم تحقق أقل النصاب في الصداق.
- وثانيتهما: أنه قد حيل بين الزوج وبين الزوجة التي كان سيدفع لها المهر وغلب على فراقها، ولم يطلقها هو باختياره.

تعليل: يمكن الإجابة عما ذهب إليه اللخمي بما يلي:

(1) المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، دار الكتب العلمية، ط: 1، 1415 هـ - 1994 م: 152/2.

(2) مختصر خليل: ص 126.

(3) التبصرة: 1940/4-1941.

أولاً: أما قوله أن الحكم مضى بأنه فاسد فإن ابن القاسم إنما اعتمد في قوله على مراعاة الخلاف، ومعنى ذلك أنه يحكم بالفساد إذا لم يتم لها أقل الصداق، مراعاة للقول الراجح عنده، ويحكم بنصف المهر في حالة الفراق مراعاة للازم القول المرجوح، الذي وإن كان مرجوحاً فإن دليله لم يهمل بالكلية لقوة الخلاف.

ثانياً: وأما قوله: (ولأنه إذا حيل بينه وبين ما اشتراه، وبذل له الثمن؛ لم يستحق العوض عنه)⁽¹⁾، فقال المجلسي -عند قول خليل: [وفسد إن نقص عن ربع دينار أو ثلاثة دراهم خالصة أو مقوم بهما، وأتمه إن دخل، وإلا فإن لم يتمه فسخ]⁽²⁾ -: (...فسخ بطلاق، ووجب نصف المسمى كما تقدم ووجب فيه النصف، وإن فسخ قبل البناء لأنه ليس بمغلوب على الفسخ، فإذا لم يتمه مع تمكنه من إتمامه ويثبت النكاح فكأنه طلق اختياراً، ومن طلق قبل البناء لزمه النصف كما هو معلوم)⁽³⁾، والله أعلم.

(1) المصدر السابق.

(2) مختصر خليل: ص 136.

(3) لوامع الدرر: 409/6.

المطلب الثاني: في غلة الشجر والحيوان والعبيد المسلمة في الصداق قبل البناء.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من قبضت مهرها من شجر أو حيوان أو عبيد مما له غلة بالعقد، ثم طلقت قبل البناء فلمن تكون الغلة؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

في ملك المرأة للصدّاق بالعقد قولان مشهوران في المذهب:

- **القول الأول:** أنّها تملك بالعقد النصف وهذا القول موافق لظاهر المدونة، وينبني عليه أنه إذا طلق قبل البناء تكون الزيادة لهما والنقص عليهما.

قال ابن القاسم في المدونة: (... وكذلك قال لي مالك فيما أصدق الرجل المرأة من العروض والحيوان والدنانير: إنه شريك لها في ذلك في النماء والنقصان، إلا ما باعت من ذلك أو اشترت للتجارة من صداقها أو لغير ما تجهزت به من صداقها، فإن ذلك لها نماءً وعليها نقصانه إن نقص أو تلف)⁽¹⁾.

- **القول الثاني:** أنّها لا تملك بالعقد شيئاً، وعليه فزيادته للرجل ونقصانه عليه إذا طلق قبل البناء.

قال خليل: (وهل تملك بالعقد النصف فزيادته كنتاج وغلة، ونقصانه لهما وعليهما أو لا خلاف)⁽²⁾، أي: خلاف في التشهير.

وقال بهرام في شرح كلام خليل السابق: (اختلف هل تملك المرأة بالعقد نصف الصداق،

(1) المدونة: 372/1.

(2) مختصر خليل: ص 140.

وهو ظاهر المدونة أو لا تملك شيئاً وهو المشهور عند ابن شاس⁽¹⁾ وابن راشد⁽²⁾، فعلى الأول إذا طلق قبل الدخول وقد تغيرت حال الصداق بزيادة كنتاج الحيوان وغلته وثمره الحائط ونحوه، أو نقص بموت الحيوان وتلف غيره ونحوه، فإن النقص يكون عليهما والزيادة لهما، وعلى الثاني يكون ذلك للرجل، وشهر جماعة مذهب المدونة⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

خالف الإمام اللخمي كلا القولين المشهورين واختار أنها تملك جميع الصداق بالعقد وأن الغلات لها، قال: (واختلف في غلة الحيوان والشجر والعييد، فقال مالك وابن القاسم: الغلات بينهما؛ لأن الضمان منهما، وقال عبد الملك بن الماجشون: الغلة للزوجة؛ لأنه يوم اغتلت ملك لها، وإن هلك كان منها، يريد أنه يبني بها، وهو أحسن؛ لأنها مالكة لجميعه حقيقة إلى يوم الطلاق، والرجوع بعد الطلاق شرع، فمن يوم الطلاق يملك الزوج النصف)⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

رأى اللخمي أن الزوجة تملك جميع الصداق من يوم العقد، وأن رجوع الزوج عليها بنصف الصداق في الطلاق إذا لم يدخل شرع يملك به الزوج نصف المهر من يوم الطلاق، ولا يؤثر في ملكها السابق، فتكون الغلات التي نتجت قبل الطلاق ملكاً لها دون الزوج.

(1) ينظر: عقد الجواهر الثمينة: 471/2.

(2) أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن راشد القفصي، الفقيه الأصولي المتفنن، أخذ عن أئمة من أهل المشرق والمغرب كابن الغماز وحازم وشهاب القراني وقرأ على ابن دقيق العيد مختصر ابن الحاجب الفرعي، تولى قضاء قفصة ثم صرف عنه أخذ عنه جماعة منهم ابن مرزوق الجد والشيخ عفيف الدين الناصري، له تأليف مفيدة منها: الشهاب الثاقب في شرح مختصر ابن الحاجب الفرعي، والمذهب في ضبط قواعد المذهب، والفائق في الأحكام والوثائق، والنظم البديع في اختصار التفرغ، توفي سنة 736 هـ. شجرة النور الزكية: 297/1، ومعجم المؤلفين: 213/10، ونيل الابتهاج: ص 392، والأعلام: 234/6.

(3) الدرر في شرح المختصر: 997/2.

(4) التبصرة: 1966/4.

المطلب الثالث: في فسخ نكاح المريض.

الفرع الأول: صورة المسألة.

المريض مرضا يخاف عليه منه الموت يحجر عليه في ماله، فهل يفسخ نكاحه وجوبا أم استحبابا، وهل يجوز إذا أذن الوارث؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

اختلف في المريض مرضا مخوفا وهو الذي لا ينفذ له في ماله إلا الثلث على قولين مشهورين ذكرهما خليل بقوله: (وهل يمنع مرض أحدهما المخوف وإن أذن الوارث، أو إن لم يحتج؟ خلاف)⁽¹⁾، وهذان القولان هما:

- القول الأول: أن مرض أحد الزوجين المخوف يمنع صحة النكاح سواء كان المريض محتاجا للاستمتاع أو الخدمة أو ليس محتاجا لذلك، وسواء أذن الوارث الرشيد أم لم يأذن لاحتمال موت الآذن ويصير الميراث إلى غيره.

ويتفرع على هذا القول أنه يعجل بفسخ هذا النكاح وجوبا إذا عثر عليه، إلا إذا صح المريض من الزوجين قبل الفسخ فيثبتان عليه، وكان مالك يقول يفسخ ولو صح ثم رجع إلى هذا القول.

قال خليل: (وعجل بالفسخ، إلا أن يصح المريض منهما)⁽²⁾.

قال في تهذيب المدونة: (قال مالك ولا يجوز نكاح المريض والمريضة، ويفسخ وإن دخلا، وإن بنى بها وهي مريضة ثم ماتت، فلها الصداق ولا يرثها. قال مالك: وإن بنى بها المريض كان صداقها في ثلثه مبدأ على الوصايا والعقود ولا ترثه، قال مالك: وإن صحا ثبت النكاح، دخلا أو لم يدخلا، ولها المسمى، وكان يقول: لا يثبت وإن صحا، ثم عرضته عليه فقال: المحم، وأرى إذا صحا أن يثبت النكاح، وإن فسخ قبل البناء فلا صداق لها ولا ميراث)⁽³⁾.

(1) مختصر خليل: ص 132.

(2) المصدر نفسه: ص 132.

(3) التهذيب في اختصار المدونة: 278/1.

- **القول الثاني:** أن المريض إنما يمنع من النكاح إذا لم يحتج له للاستمتاع أو للخدمة، ويفسخ كالأول، وأما إن احتاج لذلك فلا يمنع وإن لم يأذن الوارث.

الفرع الثالث: رأي اللخمي

اختار اللخمي أن الفسخ في نكاح المريض إنما هو على الاستحباب، قال: (واختلف بعد القول أنه يصح إذا صح المريض فعثر عليهما في المرض على ثلاثة أقوال: فقال محمد: يفسخ وإن دخل، وقال ابن كنانة في المبسوط: إن علم به قبل أن يمسه فسخ، وإن علم به بعد أن مس ترك، فإن صحَّ ثبتا عليه.

وقال الشيخ أبو الحسن بن القصار⁽¹⁾: الفرقة استحباب لقول مالك: إذا صحَّ ثبت النكاح، وهو أصوبهما، فيؤمران الآن ولا يجبران؛ لأننا لا نقطع أنه مرض موت، ويمكن أن يصح فيتبين أن العقد كان صحيحًا، فيتربص حتى ينظر ما ينكشف عنه أمره، ويوقف عنها⁽²⁾.
واختار أيضا الجواز إذا أذن الوارث، فقال: (وقال محمد في المريض يتزوج الحرة المسلمة بإذن ورثته: لا يجوز، لإمكان أن يموت الأذن، ويصير الميراث لغيره، وهذا أيضًا من النادر أن يموت الصحيح قبل المريض، وأرى أن يجوز ولا يراعى النادر)⁽³⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي ما ذهب إليه من كون الفسخ في نكاح المريض على الاستحباب بفتوى مالك بأنهما يثبتان عليه إن زال المرض، وبأنه لا يمكن القطع بموت المريض. وعلل اختياره الجواز إذا أذن الوارث بأن احتمال موت الوارث الصحيح قبل المريض في حكم النادر، ولا يراعى النادر.

(1) القاضي أبو الحسن، علي بن عمر بن أحمد البغدادي الأبهري الشيرازي المالكي، المعروف بابن القصار، الإمام الفقيه الأصولي الحافظ النظّار. كان من كبار تلامذة القاضي أبي بكر الأبهري، وممن تلمذ له القاضي عبد الوهاب، ومن تصانيفه الكتاب المشهور "عيون الأدلة"، توفي سنة 397 هـ. شجرة النور الزكية: 138/1، والفكر السامي: 144/2، وترتيب المدارك: 70/7، وطبقات الفقهاء: ص 168، وسير أعلام النبلاء: 107/17، ومعجم المؤلفين: 156/7.

(2) التبصرة: 2001/5.

(3) المصدر السابق: 2002/5.

المطلب الرابع: في المرض المسقط للنفقة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الزواج قائم على تبادل المنفعة بين الزوجين، فمن تزوج امرأة وهي سليمة البدن، فلما أراد الدخول وجدها مريضة، فما حد المرض المسقط لنفقتها على الزوج؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

المرض الذي يسقط وجوب النفقة هو بلوغ حد السياق قبل الدخول، وما دون ذلك لا يسقط وجوب النفقة إذا توفرت الشروط ولو لم يمكن معه الوطء.

قال خليل: (يجب لممكّنة مطيقة للوطء على البالغ، وليس أحدهما مشرفا...⁽¹⁾).

وقال بهرام: (أي: أن نفقة الزوجة وكسوتها وأجرة مسكنها يجب على الزوج بشروط أربع:

الأول: أن تمكنه من الدخول بها، فلو منعت من ذلك فلا شيء لها.

الثاني: أن تكون مطيقة للوطء فلا شيء للصغيرة من ذلك إذا لم تطق الوطء.

الثالث: أن يكون الزوج بالغاً، فلا نفقة على الصغير ولو كان مطيقاً على المشهور.

الرابع: أن لا يكون أحدهما مريضاً مرضاً أشرف معه على الموت فلا يكفي في الإسقاط

مجرد المرض، والمشهور أن النفقة لا تجب بمجرد العقد⁽²⁾.

جاء في المدونة: (قال مالك في المريضة إذا دعوه إلى الدخول بها وكان مرضها مرضاً يقدر

على الجماع فيه، فإن النفقة له لازمة... قلت: رأيت إن مرضت مرضاً لا يقدر الزوج فيه على

جماعها، فدعته إلى البناء بها وطلبت النفقة؟، قال: ذلك لها ولم أسمعه من مالك إلا أنه بلغني

ذلك عن مالك ممن أثق به أنه قال ذلك لها إذا كانت مريضة فلا بد له من أن يضمها وينفق

عليها وهو رأيي⁽³⁾.

(1) مختصر خليل: ص 182.

(2) الدرر في شرح المختصر: 1263/3.

(3) المدونة: 2/ 177.

ومنها أيضا: (قال مالك في رجل تزوج امرأة وهو صحيح، ثم مرض بعد ذلك فقالت المرأة أعطني نفقتي أو ادخل علي والزوج لا يقدر على الجماع لمرضه، قال مالك: ذلك للمرأة أن تأخذ نفقتها أو يدخل بها ولا يشبه هذا الصبي ولا الصبية).

قلت: وكذلك إن تزوجها وهي صحيحة ثم مرضت مرضا لا يستطيع الجماع معه، فقالت المرأة ادخل علي أو أعطني نفقتي فقال الزوج: لا أقدر على الجماع، قال مالك: ذلك لها ويلزم الزوج أن يعطيها نفقتها أو يدخل عليها في رأيي، وإنما ينظر في هذا إلى الصحة إذا وقع النكاح وهما جميعا يقدران على الوطاء حين وقع النكاح فلست ألتفت إلى ما أصابها بعد ذلك إلا أن يكون مرضا قد وقعت المرأة منه في السياق، فهذا الذي لا يدخل عليها إن دعت؛ لأن دخول هذا وغير دخوله سواء⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن المرض المانع من الوطاء يسقط وجوب النفقة، قال: (والثاني إذا كانت مريضة ودعي إلى الدخول، فقال مالك: إن كان مرضًا يقدر الزوج فيه على الجماع، لزمته النفقة. وقال ابن القاسم: تلزمه ما لم يكن في السياق، وقال سحنون في السليمانية: لا تلزمه نفقة إذا كانت مريضة لا منفعة له فيها، وهي كالصغيرة، وهذا أحسن، وهو المفهوم من قول مالك⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي ما ذهب إليه بموافقة سحنون في قياسه المريضة التي لا تطيق الوطاء على الصغيرة بجامع عدم المنفعة، واعتبر ذلك موافقا لرأي مالك لأنه يفهم من قوله. تعليق: قول اللخمي أن ما ذهب إليه سحنون هو المفهوم من قول مالك يمكن الإجابة عنه بأنه وإن كان مفهوما من بعض قول مالك فإنه عارضه منطوق بقية كلامه الذي فرق فيه بين حالة المرض والصغر، وصرح فيه بلزوم النفقة ما لم تبلغ حد السياق، والله أعلم.

(1) المدونة: 178/2.

(2) التبصرة: 2015/5.

المطلب الخامس: في المعتزض يدعي الإصابة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من تزوج امرأة واعترضه مانع من وطئها كسحر أو خوف أو غير ذلك ، ثم ادعى الإصابة في الأجل وكذبتة المرأة فهل يصدق في ما ادعاه، أم يكشف عنهما بغير ذلك لمعرفة الصادق منهما؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

يمهل المعتزض سنة قمرية لتمر عليه الفصول الأربعة، لأن بعض الناس ربما نفعه الدواء في فصل دون غيره.

فإن ادعى الوطاء في السنة وكذبتة المرأة صدق بيمينه.

قال في تهذيب المدونة: (قال مالك: والعين الذي يؤجل هو المعتزض عن امرأته - وإن أصاب غيرها من حرة أو أمة - يضرب له السلطان أجل سنة من يوم ترافعه، وقاله عمر وابن مسعود، فإن لم يصبها في الأجل فإما رضيت بالمقام وإلا فرق بينهما بتطليقة واعتدت ولا رجعة له، ولها جميع الصادق لطول المدة، قال مالك، وقال قوم: لها نصفه، وأنا أرى لها نصفه إذا طلقها هو بقرب البناء، وإذا قال المعتزض في الأجل: جامعتهما، دُيّن وحلف، فإن نكل حلفت وفرق بينهما، فإن نكلت بقيت له زوجة، وتوقف فيها مالك مرة إذ نزلت بالمدينة، وأفتى غيره بالمدينة أن تجعل الصفرة في قبلها، وقال ناس: يجعل النساء معها⁽¹⁾.

وقال خليل: (وأجل المعتزض سنة بعد الصحة من يوم الحكم وإن مرض، والعبد نصفها... وصدق إن ادعى فيها الوطاء بيمينه، فإن نكل حلفت، وإلا بقيت وإن لم يدعه طلقها)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار الإمام اللخمي أن المعتزض إن ادعى الوطاء وأنكر قول الزوجة لا يدين؛ قال: (لا أرى أن يُدين؛ لأنه يتوصل إلى معرفة الصادق منهما، فيعرف ذلك من البكر بما ذكرنا، وأما

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 284/1.

(2) مختصر خليل: ص 133.

الثيب فأرى أن تُسأل المرأة، فإن قالت: إنه لا ينتشر نظر إليه من فوق الثوب هل ينتشر، فإن قالت أنه ينتشر فإذا دنا منها ذهب ترجح أن يقال: لا تصدق؛ لأنها مقرة أنه على هيئة من يصيب، مدعية نزول علة بعد ذلك، ويصح ألا يدين؛ لأن بعض الرجال يعقد، فيعرض له ذلك، فيطلب دليل بصدق الصادق منهما، إما بامرأة كما روى الواقدي⁽¹⁾، وإما بالصفرة كما قال ابن شبرمة، أو بغير ذلك⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بإمكان أن يكشف عنهما بما يتوصل به إلى معرفة الصادق منهما.

تعليق: إذا اعتبرنا تغير حال الناس في الأمانة والصدق عن زمن الإمام مالك، وأمكن معرفة الصادق من الزوجين -ولعل طرق ذلك في هذا الزمن أكثر- فقد يكون ما ذهب إليه الإمام اللخمي أحفظ للحقوق، والله أعلم.

المطلب السادس: في حكم العدل بين الزوجات في النفقة والكسوة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من كان له زوجات متعدّدات هل له أن يتطوع لواحدة منهن بأكثر مما يجب لها من النفقة والكسوة؟

(1) محمد بن عمرو بن واقد أبو عبد الله الواقدي المدني ثم البغدادي. روى القراءة عن نافع بن أبي نعيم وعيسى بن وردان وغيرهما، وروى الحروف عن عدي بن الفضل عن أبي عمرو، صاحب التصانيف المشهورة والتي من أشهرها: كتاب المغازي قال عنه الذهبي في السير (9/454): أحد أوعية العلم على ضعفه المتفق عليه، وقال الإمام مسلم: متروك الحديث، وقال ابن معين: لا يكتب حديثه، وقال إسحاق بن راهويه: كان ممن يضع الحديث، مات سنة 209 هـ. طبقات الفقهاء: ص 168، وسير أعلام النبلاء: 454/9، ومعجم المؤلفين: 156/7، ووفيات الأعيان: 4/348، تذكرة الحفاظ: 1/254، والأعلام: 6/311.

(2) التبصرة: 5/2040.

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مذهب مالك أن العدل بين الزوجات إنما هو في المبيت فقط، فلا يطالب الرجل بالعدل في الوطاء، ولا في النفقة والكسوة إن قام لكل واحدة بما يجب لها بقدر حالها.

قال في تهذيب المدونة: (والقسم بين الزوجات يوم بيوم لا أكثر، ويعدل في المبيت)⁽¹⁾.

وقال خليل: (إنما يجب القسم للزوجات في المبيت وإن امتنع الوطاء شرعا أو طبعاً)⁽²⁾.

وقال الإمام ابن رشد: (هذا هو المعروف من مذهب مالك وأصحابه أنه إذا أقام لكل واحدة من زوجاته ما يلزمه لها من المطعم والملبس على قدر حالها، لم يكن عليه حرج في أن يوسع على من شاء منهن بما شاء من ماله، إذ ليس عليه أن يعدل بينهن إلا في الكون معهن والمبيت عندهن، وذهب ابن نافع إلى أنه يجب عليه أن يعدل بينهن في ماله بعد أن يقيم لكل واحدة منهن ما يلزمه لها على قدر حالها، والأول أظهر)⁽³⁾.

وبيّن القاضي عياض أن ذلك مقيد بما إذا لم يكن قصده الأثرة والميل، بل لسبب اقتضاه، أو معنى أوجبه، قال في كتابه المسمى "بغية الرائد لما تضمنه حديث أم الزرع من الفوائد": (وفيه من الفقه إكرام الرجل بعض نسائه بحضرة ضرائرها بما يراه من قول أو فعل، وتخصيصها بذلك ... وهذا إذا لم يكن قصده الأثرة والميل لها بذلك، بل لسبب اقتضاه، ومعنى أوجبه من تأنيس وحشة بدت منها، أو مكافأة جميل صدر عنها، وقد أجاز له بعض أهل العلم تفضيل إحداها على الأخرى في الملبس إذا وفي الأخرى حقها، وأن يتحف إحداها ويلطفها إذا كانت شابة، أو هي أبر به ومالك نحو من هذا ولأصحابه، قال ابن حبيب: والمساواة أولى والمكروه من ذلك كله ما قصد به الأثرة والميل والتفضيل لا لسبب سواه)⁽⁴⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 286/1.

(2) مختصر خليل: ص 145.

(3) البيان والتحصيل: 317/4.

(4) بغية الرائد لما تضمنه حديث أم الزرع من الفوائد، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية سنة: 1395هـ-1975م، ص 33-34 بتصرف.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي جواز المفاضلة في الشيء اليسير فقط، قال: (واختلف هل يتطوع لواحدة بأكثر مما يجب لها من النفقة والكسوة؟ فأجازه ابن حبيب، وقال مالك في كتاب محمد مرة: لا بأس أن يكسو إحداهن الخنز والحلي ما لم يكن على وجه الميل. وقال أيضاً: لا بأس بالشيء اليسير ما لم يكن على وجه الضرر والميل، وهذا أحسن؛ لقول النبي - ﷺ - في حديث النعمان⁽¹⁾: « أَكُلَّ وَكَذَلِكَ نُحَلَّتُهُ مِثْلَ هَذَا؟ » قال: لا؛ قال: «فأزجعه»⁽²⁾، فمنع التطوع بالهبة لأحد الأولاد، لما يدخل في ذلك من الفساد والشنآن والتحاسد والعقوق منهم له، ومعلوم أنه مطالب فيما بين نسائه لمثل ذلك، وأن الذي يدخل بينهن من الفساد عند ذلك أشد⁽³⁾).

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي ما ذهب إليه بالمفسدة المترتبة على المفاضلة بين النساء في النفقة والكسوة، قياساً على وجوب العدل بين الأولاد. تعليق: ما عليه المذهب من أن العدل غير واجب في النفقة والكسوة بعد أن يقوم لكل واحدة بما يجب لها بقدر حالها، قد بين القاضي عياض دليلاً في كلامه السابق، ومعلوم أنه إنما يلجأ إلى القياس عند عدم النص، وهو كذلك أوسع وأيسر لمريد تعدد الزوجات، والله أعلم.

(1) النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الأنصاري، الخزرجي، له ولأبويه صحبة، ثم سكن الشام، ثم ولي إمرة الكوفة، ثم قتل بحمص سنة 65 وله 64 سنة. الاستيعاب: 1496/4، وأسد الغابة: 550/4، والإصابة: 346/6، وتهذيب التهذيب: 447/10، وسير أعلام النبلاء: 411/3، والأعلام: 36/8.

(2) صحيح البخاري: 157/3، باب الهبة للولد، وإذا أعطى بعض ولده شيئاً لم يجز، حتى يعدل بينهم ويعطي الآخرين مثله، ولا يشهد عليه، حديث رقم: 2586، وصحيح مسلم: 1241/3، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة حديث رقم: 1623.

(3) التبصرة: 2046-2045/5.

المطلب السابع: في من أقام عند إحدى زوجاته مدة من الزمان فوق نصيبها، وأراد أن يحاسبها بها عند القسم مع غيرها.

الفرع الأول: صورة المسألة.

العدل بين الزوجات في المييت من العدل الذي أمر الله به، فمن أقام عند إحدى زوجاته مدة فوق نصيبها، فهل له أن يرجع عليها بما عند القسم مع غيرها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا خص الزوج إحدى زوجاته بأيام دون غيرها كأن كانت مسافرة معه، فلا يحاسبها بها وكذلك إن سافرت هي دونها، بل إن القسم يفوت ولو كان ظلم فيه.

قال في تهذيب الدونة: (وإن سافر لحاجة أو حج أو غزو، سافر بأيتها شاء بغير قرعة إذا كان على غير ضرر ولا ميل، وإن كانت القرعة ففي الغزو، لما روي أن النبي ﷺ فعله فيه، وإذا قدم ابتداء القسم، ولا يقاص التي كانت معه، ولو سافرت إحداهن للحج أو لضيعتها وأقام الزوج، لم تحاسبه بما سافرت وابتداء القسم، وإن تعمد المقام عند واحدة منهن شهراً حيفاً، لم يحاسب به وزجر عن ذلك وابتداء العدل، فإن عاد نُكِّل، كالعبد المعتق نصفه يَأْبَق لا يحاسب بخدمة ما أبق فيه)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وفات إن ظلم فيه)⁽²⁾، أي فات القسم ولو ظلم فيه فأحرى إن لم يظلم.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي جواز المحاسبة بالماضي، قال: (وقال في "السليمانية" في رجل له أربع نسوة، فأقام عند إحداهن شهرين، ورأى أن يدور على البواقي، فقالت التي أقام عندها شهرين: لا تزيد على ليلة ليلة، فقال: أقيم عندهن كما أقمت عندك ستة أشهر، وحلف ألا يطأها ستة

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 286/1.

(2) مختصر خليل: ص 145.

أشهر حتى يوفهن ما أقام عندها، قال: ليس في هذا إيلاء؛ لأنه لم يرد الضرر، وإنما أراد العدل، فأجاز المحاسبة بالماضي. وهو أحسن⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تعليل اللخمي لرأيه.

خرج اللخمي ما ذهب إليه على الرواية السابقة التي في السليمانية، واعتبر أن قول الإمام: (ليس في هذا إيلاء) ، إجازة منه للمحاسبة بالماضي.

تعليل: قد ناقش أهل العلم اختيار اللخمي هذا، فمنهم من رده كابن بشير وابن عرفة، وهم بذلك ينصرون مذهب المدونة، ومنهم من نصره واحتج له كابن عبد السلام في شرحه على جامع الأمهات⁽²⁾، وقد نقل ذلك كله ابن عرفة في مختصره، فقال: (وخرج اللخمي من رواية السليمانية من أقام عند إحدى نسائه الأربع شهرين فأراد مقاصتها فأبت فحلف لا وطئها حتى يقضي الباقيات ليس بمول لإرادته العدل لا الضرر، فأجاز المحاسبة بالماضي.

قال: وهو أحسن، ورده ابن بشير بأن عدم الحكم بإيلائه أعم من كونه مع ثبوت القسم للمحلف عليها ونفيه، وعبر ابن عبد السلام عن قول اللخمي بقوله: قال اللخمي: لو لم يلزم القضاء لكان مولياً وهو ظاهر، قال: ورد بأنه لم يقصد الضرر بذلك؛ بل أراد العدل فهو كمن حلف أن لا يطأ زوجته حتى تפטّم ولدها.

وأجيب بأن الموضع وإن لم يقصد ضررها فترك الوطء يعود بنفع على ولدها، ومسألة الزوجات لا يعود لها نفع ولا لولدها، ولذا لو حلف أن لا يطأ المرضع عامين لقصد نفي الضرر عن الولد فمات وقد بقي من العامين أكثر من أربعة أشهر كان مولياً.

قلت: يرد بأن موجب نفي الإيلاء في مسألة الفطام عند اللخمي الذي البحث معه إنما هو مجرد عدم قصد الضرر لا بقيد حصول النفع لها أو لولدها لقوله في كتاب الإيلاء: إن حلف على ترك وطئها لإرادة إصلاح جسده وضرره بالوطء، فإن كان ضعيف البنية وضرب أجلاً يرى فيه صلاحه لم يكن مولياً⁽³⁾.

(1) التبصرة: 2054/5.

(2) شرح جامع الأمهات: 17/8-18.

(3) المختصر الفقهي لابن عرفة: 74/4-75.

والحجة لمذهب المدونة أن المقصود من القسم تحصين المرأة ودفع الضرر، وهو يفوت بفوات زمنه.

قال بهرام -تعليقا على قول خليل [وفات إن ظلم فيه كخدمة معتق بعضه يابق]⁽¹⁾:-
(فإن ظلم بعضهن فيما وجب لها من القسم بأن بات عند ضرباتها دونها أو فوت ليلتها -وإن لم يبت عند غيرها منهن- فإنه يفوت، وهو مذهب المدونة والمنصوص⁽²⁾؛ لأن المقصود من القسم دفع الضرر الحاصل وحصين المرأة، وهو يفوت بفوات زمنه كالعبد المعتق بعضه يابق فإنه لا يلزمه أن يخدم سيده عوضا عما يفوته عليه من خدمته نصيبه في أيام إياقه)⁽³⁾.

(1) مختصر خليل: 145.

(2) لعله يشير بقوله المنصوص إلى أن ما يخالفه كقول اللخمي ليس بمنصوص وإنما هو استنتاج من مسألة السليمانية التي ذكرها اللخمي .

(3) الدرر في شرح المختصر: 1028/2.

المطلب الثامن: في من أراد أن يختار من نسائه من شاء منهن للسفر معه.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من كان له نساء متعدّدات وكلهن يصلحن للسفر، وأراد أن يسافر بإحداهن فهل له أن يختار أيتها شاء، أم ليس له ذلك وعليه أن يقرع بينهن ليحقق العدل المطلوب؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا أراد الزوج السفر له أن يختار من نسائه من شاء، بغير قرعة إلا إذا كان سفره لغزو أو حج لأن المشاحة تعظم فيهما لما يرجى من فضل الشهادة في سبيل الله والحج لبيت الله الحرام. قال في تهذيب المدونة: (وإن سافر لحاجة أو حج أو غزو، سافر بأيتها شاء بغير قرعة إذا كان على غير ضرر ولا ميل، وإن كانت القرعة ففي الغزو، لما روي أن النبي ﷺ فعله فيه)⁽¹⁾ وقال خليل: (وإن سافر اختار إلا في الغزو والحج فيقرع)⁽²⁾.

وقال الدردير⁽³⁾: ("وإن" "سافر" الزوج أي أراد السفر "اختار" من شاء منهن للسفر معه "إلا في" سفر "الحج والغزو فيقرع" لأن المشاحة تعظم في سفر القربات "وتؤوّلت بالاختيار مطلقاً" ولو في حج وغزو وهو اختيار ابن القاسم)⁽⁴⁾.

وقال القرافي: (... في السفر بمن في الكتاب إذا سافر لحج أو غزو أو حاجة سافر بأيتها شاء بغير قرعة إن كان غير ضرر ولا ميل فإن كانت القرعة ففي الغزو لما في مسلم: «كان ﷺ إذا أراد يخرج في سفر أقرع بين نسائه فأيتها خرج سهمها خرج بها معه» وكان ﷺ إنما يسافر

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 286/1.

(2) مختصر خليل: ص 146.

(3) أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، أبو البركات، فاضل من فقهاء المالكية. وتعلم بالأزهر، من تصانيفه: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، ومنح القدير شرح مختصر خليل، وتحفة الإخوان في علم البيان، توفي بالقاهرة سنة 1201 هـ. شجرة النور الزكية: 516/1، والفكر السامي: 348/2، ومعجم المفسرين: 76/1، ومعجم المؤلفين: 67/2، والأعلام: 244 /1.

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 343/2.

للحج، ولأن حقهن يسقط بالسفر فله أن يسافر ويتركهن ... قال ابن يونس وروي القرعة في السفر كله، والفرق للمشهور أن المشاحة تعظم في سفر القربات⁽¹⁾.
وقال الدسوقي: (واعلم أن المدونة قالت إن أراد الزوج سفراً اختار من نسائه واحدة للسفر معه فبعضهم أبقاها على ظاهرها من الاختيار مطلقاً وبعضهم حملها على ما إذا كان السفر لغير الحج والغزو، وأما لهما فيقرع فيهما وظاهر الذخيرة يدل على أن هذا هو المشهور)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي لزوم القرعة في كل سفر إذا كان النساء جميعاً يصلحن لذلك، قال (واختلف قول مالك في سفره بإحداهن، فقال مرة: يقرع بينهما، وقال مرة: يسافر بمن شاء من غير قرعة، وبه أخذ ابن القاسم).

والأول أحسن، لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: «كان رسول الله ﷺ إِذَا سَافَرَ أَفْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ فَأَيُّتُهُنَّ خَرَجَ سَهْمُهَا سَافِرًا بِهَا»⁽³⁾، لتساوي حقهن فيه، فلم يكن لواحدة أن تستبد به، ولم يكن له أن يخص بنفسه واحدة منهن، فكانت القرعة عدلاً بينهما، وهذا إذا كان جميعهن يصلح للسفر، وليس له أن يخلف التي هي القيمة بماله المدبّرة لأمره إذا كرهت المقام، وليس عليها أن تقيم للخدمة في ماله، ويؤثر غيرها، إلا أن تكون ثبطة لا تصلح للسفر، أو ذات عيال؛ لأن عليه ضرراً في خروجها بعيالها، أو خروجها دونهم⁽⁴⁾.

(1) الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، تحقيق: د محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط: 1، 1994 م: 464/4.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 343/2.

(3) صحيح البخاري: 159/3، باب هبة المرأة لغير زوجها وعنتها، إذا كان لها زوج فهو جائز، إذا لم تكن سفيهة، فإذا كانت سفيهة لم يجوز، حديث رقم: 2593، ولفظه: «فَأَيُّتُهُنَّ خَرَجَ سَهْمُهَا خَرَجَ بِهَا مَعَهُ» بدل: «سَافَرَ بِهَا»، وصحيح مسلم: 2129/4، باب في حديث الإفك وقبول توبة القاذف، حديث رقم: 2770.

(4) التبصرة: 2052/5.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

اعتمد اللخمي في ما ذهب إليه على ظاهر حديث عائشة السابق ذكره.

المطلب التاسع: في ما إذا قامت الزوجة بنفقتها على زوجها الغائب بعد قدومه، فقال كنت خلفت أو بعثت و كانت تذكره، أو تشكو إلى الجيران.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا كان الزوج غائباً وادعت الزوجة عليه عدم الانفاق عليها، وكانت تشكوه في غيبته أو تذكر أمره للجيران، ورافعته إلى الحاكم بعد عودته فقال كنت خلفت أو أرسلت إليها نفقتها، فهل يكون القول قولها لأنها كانت تشكوه وتذكر أمره في غيبته لجيرانها أم لا يكون كذلك إلا إذا رفعت أمره للحاكم في غيبته؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا تنازع الزوجان في إرسال النفقة فمشهور المذهب أنه إنما يكون القول قولها إذا رفعت أمره للحاكم في غيبته، لا لعدول أو جيران.

قال في تهذيب المدونة: (ومن أقام مع امرأته سنين بعد البناء بها وهو مليء، فادعت أنه لم ينفق عليها فلها أخذه بها إن صدقها، وإن أنكر فالقول قوله ويحلف، وكذلك الغائب يقدم فيقول: كنت أبعث بالنفقة، فتكذبه، فالقول قوله مع يمينه، إلا أن تكون المرأة رفعت ذلك إلى السلطان وأشهدت واستعدت في غيبته)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وفي إرسالها فالقول قولها إن رفعت من يومئذ لحاكم لا لعدول أو جيران، وإلا فالقول قوله كالحاضر)⁽²⁾.

وقال بهرام: (أي: فإن تنازع الزوجان في إرسال النفقة، فقال الزوج عندما قدم: أرسلتها إليك، وقالت هي: لم ترسل إلي شيئاً، وطلبت منه نفقتها؛ فإن القول في ذلك قولها إن رفعت أمرها إلى الحاكم، وإلا فالقول قوله مع يمينه، مالك في الموازية: وليس له أن يحلف أنه بعث

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 282/1.

(2) مختصر خليل: ص 185.

بذلك إليها وإنما يلحف أنها قبضته ووصل إليها ويبرأ، وما ذكره من أنها لا ترفع أمرها إلى جيران ولا لعدول هو المشهور وبه الفتوى والعمل⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنها إن ذكرت ذلك إلى الجيران، أو كانت تشكوه إليهم أو تسلفت لذلك يكون القول قولها كما لو رفعت إلى الحاكم. قال: (واختلف إذا قامت بعد قدومه فقال: كنت خلفت عندك النفقة، أو بعثتها إليك؛ على ثلاثة أقوال: فقال في المدونة: إن قال: بعثت بالنفقة، كان القول قوله، إن لم تكن استعدت في مغيبه، وقال مالك في مختصر ابن جلاب مثل ذلك، وقال أيضاً: القول قوله إذا خلف أو بعث وإن استعدت.

وقال في موطأ ابن وهب: وإن قال: كنت خلفت أو بعثت، كان القول قولها إن استعدت إلى السلطان، أو كانت تذكره أو تشكو إلى جيرانها، أو تسلفت لذلك، وإن لم يسمع ذلك منها ولا ذكرته فلا شيء لها، وهذا أصوب؛ لأن ذلك لا يُعلم إلا من قولها، فلا فرق بين قولها ذلك للسلطان ولا للجيران، ولأن كثيراً من النساء لا ترضى الرفع إلى السلطان، وتراه مَعْرَةً وفساداً مع زوجها إن قدم⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بما يلي:

- نفي الفرق بين رفعها أمرها للحاكم وذكرها أو شكواها بذلك للجيران بجامع أنها في كلا الحالين لا يعرف ذلك إلا من قولها.
- أن كثيراً من النساء يمنعهن من الرفع للسلطان خشية المعرة والفساد مع زوجها.

(1) الدرر في شرح المختصر: 1281/1.

(2) التبصرة: 2029/5-2030.

المطلب العاشر: في ما إذا أنفقت المرأة على زوجها المعسر وأرادت الرجوع عليه.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا أنفقت المرأة على زوجها وهو معسر فهل تملك الرجوع عليه بما أنفقت إذا أيسر، أم أن ذلك لا يكون منها إلا على وجه البر والصلة أو المكارمة وعليه فلا رجوع لها به؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا أنفقت المرأة على زوجها فلها الرجوع عليه بالمعتاد من النفقة من غير سرف ولو كان حين أنفقت عليه معسرا، إلا إذا كان ذلك منها على وجه الصلة والبر.

قال في تهذيب المدونة: (وما أنفقت على نفسها في حال حضرته أو غيبته وهو معدم فلا شيء لها، وإن أنفقت عليه في ذاته وهو حاضر مليء أو معدم، فلها اتباعه به إلا أن يرى أن ذلك بمعنى الصلة، وكذلك المنفق على أجنبي مدة، فله اتباعه به إلا أن يكون بمعنى الصلة والضيافة، ومن قضى له بذلك لم يأخذ ما أنفق من السرف كالدجاج والخرفان ونحوه، ولكن نفقة ليست بسرف)⁽¹⁾.

وقال خليل: (ورجعت بما أنفقت عليه غير سرف، وإن معسرا كمنفق على أجنبي إلا لصلة)⁽²⁾.

وقال بهرام: ("ورجعت بما أنفقت عليه" أي: أن المرأة إذا أنفقت على الزوج نفقة؛ فإنها ترجع عليه بالمعتاد من ذلك فلا ترجع بما هو سرف، كدجاج وخراف؛ لأنها قصدت بذلك التوسعة والعطية، ولم تقصد الرجوع به إلا أن تكون التوسعة في المواسم والأعياد فإنها ترجع. "وإن معسرا كمنفق على أجنبي" أي: إنها ترجع ولو كان زمن الإنفاق معسرا كما ترجع بذلك على الأجنبي، إلا أن تكون إنما أنفقت على الزوج أو الأجنبي على وجه الصلة والبر لهما فلا ترجع)⁽³⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 282 / 1.

(2) مختصر خليل: ص 184.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1275/3.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي عدم رجوع الزوجة على زوجها إن أنفقت عليه وهو معسر، قال: (وإن أنفقت عليه وعليها وهو موسر؛ رجعت بالنفقتين جميعاً، وإن كان معسراً؛ رجعت بما أنفقت عليه خاصة، وهذا قول ابن القاسم. قال الشيخ: وأرى ألا ترجع؛ لأن ذلك من الزوجات على وجه المكارمة، وقياساً على قوله إذا أسكنته دارها⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بما يلي:

- أن إنفاق الزوجة على زوجها المعسر لا يكون إلا على وجه المكارمة.
- القياس على قول الإمام بعدم رجوعها إذا أسكنته دارها.

(1) التبصرة: 2031/5.

المطلب الحادي عشر: في ما إذا أراد الزوج السفر وطلبت الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً

حميلاً بالنفقة خوف الحمل.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا كانت المرأة المطلقة طلاقاً بائناً فلا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً، فمن أراد السفر فهل لمطلقتها التي بانت منه ولم تنته عدتها مطالبتة بحميل بالنفقة خوف الحمل؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

ليس للمطلقة التي بانت من زوجها مطالبتة بحميل بالنفقة إن أراد السفر إلا أن يكون حملها ظاهراً.

قال في تهذيب المدونة: (ومن طلق وأراد سفراً فقالت له امرأته: إني أخاف حملاً فأقم لي بالنفقة حميلاً، لم يلزمه حميل إلا في حمل ظاهر)⁽¹⁾.

وقال عبد الباقي الزرقاني: (وللبائن الحامل طلب نفقة الأقل من مدة الحمل أو السفر فإن كان حملها غير ظاهر وخافته فلم ير لها مالك طلبه بحميل)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن لها ذلك إن لم تكن حاضت، قال: (وإن كانت غير حامل والطلاق بائناً، فلا نفقة لها، واختلف إن طلبت حميلاً خوف الحمل، فلم ير ذلك لها مالك، وقال أصبغ في كتاب محمد: ذلك لها. والأول أحسن إن كان قيامها بعد حيضة؛ لأن الظاهر البراءة وإن كان حملٌ فنادر، وإن لم تكن حاضت أقام حميلاً بالأقل من مدة الحمل أو الوضع إن ظهر

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 282/1.

(2) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 459/4.

حمل؛ لأن الوجه الذي من أجله منعت الأزواج هو الوجه الذي تطلب به الحميل؛ لأن وطأه أوجب شكًا، هل هناك حمل⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي ما ذهب إليه بما يلي:

- لأنها في حالة شك بسبب وطئه.
- ولأن الوجه الذي منعت به من الأزواج هو الوجه الذي طلبت به الحميل.

(1) التبصرة: 2027/5-2028.

المطلب الثاني عشر: في القضاء بأعدل البيتين في النكاح.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا ادعى رجلان نكاح امرأة وأقاما البينة وكانت كلتا البيتين عادلة وإحدهما أعدل فهل يقضى بأعدل البيتين في ذلك؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب أنه لا يقضى بأعدل البيتين في النكاح بخلاف البيع.

قال في تهذيب المدونة: (وإذا ادعت امرأة نكاح رجل أو ادعاه هو عليها فلا يمين على المنكر، إذ لا يقضى بنكوله، وإذا ادعى رجلان امرأة، كل واحد منهما يدعي أنها زوجته وأقاما البينة، ولم يعلم الأول منهما، والمرأة مقرة بأحدهما أو بهما أو منكراً لهما، فإن عُدلت البيتان فسخت نكاحيهما وكانت طليقة، ونكحت من أحبت منهما أو من غيرهما، فإن كانت إحدى البيتين عادلة والأخرى غير عادلة قضيت بالعادلة.

قيل: فإن كانت واحدة أعدل من الأخرى وكلهم عدول؟ قال: يفسخان جميعاً بخلاف البيوع⁽¹⁾.

وقال خليل: (وأعدلية متناقضتين ملغاة ولو صدقتها المرأة)⁽²⁾؛ وقال أيضاً: (ولو ادعاهما رجلان فأنكرتهما أو أحدهما وأقام كل البينة فسخا)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي القضاء بأعدل البيتين إن كانتا عن مجلس واحد، فقال: (وإن ادعى رجلان نكاح امرأة وأنكرتهما، فأقاما البينة، فإن تكافئا في العدالة فسخ النكاحان عند مالك، واختلف إذا كان أحدهما أعدل فقال ابن القاسم: يفسخ النكاحان كالأول بخلاف البيع، وقال سحنون: هي للأعدل والنكاح والبيع سواء، وقال غيره: لا ينظر إلى الأعدل في النكاح، ولا في

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 279/1.

(2) مختصر خليل: ص 125.

(3) المصدر نفسه: ص 143.

البيع، وهو أحسن، إذا كانت الشهادة عن مجلسين؛ لأنه ليس بتكاذب، ويجوز أن تكون الشهاداتان صحيحتين، وإن كانت الشهادة عن مجلس قضي بالأعدل؛ لأنه تكاذب⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بأن تناقض الشهاداتين وهما عن مجلس واحد من التكاذب، وعليه فيرجح في ذلك بمزيد العدالة.

تعليل: بين ابن شاس حجة مشهور المذهب بقوله: (والمشهور أنه لا يرحح ههنا بمزيد العدالة، بخلاف البيع، إذ لا يثبت النكاح بالشاهد واليمين، ويثبت به البيع، فمزيد العدالة ههنا كشهادة شاهد واحد)⁽²⁾.

(1) التبصرة: 1997/5.

(2) عقد الجواهر الثمينة: 427/2.

المطلب الثالث عشر: في تنازع الزوجين في ما يشبه أن يكون لهما.

الفرع الأول: صورة المسألة.

متاع البيت إما معتاد للرجال أو للنساء أو لهما جميعاً، فإذا تنازع الزوجان في ما يشبه أن يكون لهما من متاع البيت فلمن يكون؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا تنازع الزوجان في متاع البيت فللمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين، وأما المعتاد للرجال أو ما يشبه أن يكون لهما فللرجل بيمين؛ لأن البيت بيته، وسواء كان تنازعهما في ذلك مع بقاء العصمة أو بعد زوالها.

قال في تهذيب المدونة: (وإذا اختلف في متاع البيت زوجان عند طلاق أو خلع أو لعان أو فراق، بإيلاء أو غيره، أو ماتا أو أحدهما فاختلف الورثة، والزوجان حران أو عبدان، أو أحدهما عبد أو مكاتب والآخر حر، أو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً، فإن لم تقم بينة قضى للمرأة بما يعرف أنه للنساء، وللرجل بما يعرف أنه للرجال أو للرجال والنساء، لأن البيت بيته⁽¹⁾).

وقال خليل: (وفي متاع البيت للمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين وإلا فله بيمين)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن ما يشبه أن يكون للرجل والمرأة يكون بينهما بعد أيمانهما، قال: (إذا اختلف الزوجان في الملابس: فما كان من لباس الرجال فالقول قوله فيه، وما كان من لباس النساء فالقول قولها فيه، وكذلك الفرش والغطاء والمواعين، فما كانت العادة أنه للرجل يأتي به أو يشتره، فالقول قوله فيه، وما كانت العادة أن المرأة تأتي به أو تكسبه فالقول قولها فيه. قال ابن حبيب: مع يمينه أو يمينها، وقال سحنون: لا يمين على واحد منهما).

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 285/1.

(2) مختصر خليل: ص 144.

واختلف فيما كان يشبه أن يأتي به الرجل والمرأة أو يكسباه، فقال مالك: هو للرجل مع يمينه؛ لأن البيت بيته، وقال المغيرة وابن وهب في العتبية: هو بينهما بعد أيماهما، وهو أشبه⁽¹⁾.

(1) التبصرة: 2042/5.

المطلب الرابع عشر: في العلامات التي تزيل إشكال الخنثى.

الفرع الأول: صورة المسألة.

للخنثى علامات يلحق بها بالذكور أو الإناث فهل من هذه العلامات النظر إلى مخرج بوله؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مخرج البول معتبر في إزالة إشكال الخنثى، فإذا بال من مخرج بول الذكر، أو الأنثى، أو كان بوله من أحدهما أكثر، أو أسبق، أو نبت له لحية، أو ثدي، أو حصل منه حيض، أو مني؛ فلا إشكال في أمره ويحكم له بهذه العلامات إما ذكرا أو أنثى.

قال في تهذيب المدونة: (قال ابن القاسم: ويحكم في الخنثى بمخرج البول في نكاحه وميراثه وشهادته وغير ذلك، وما اجترأنا على سؤال مالك عنه)⁽¹⁾.

وقال المواق⁽²⁾: (قال الطرطوشي: الخنثى هو الذي له ذكر وفرج أو لا يكونان له ولكن له ثقب يخرج منه البول، والجمهور على أنه قد يوجد الخنثى بحيث يلتبس علينا ميزه فينظر إلى مباله، فإن بال من الذكر فهو ذكر، وإن بال من الفرج فهو أنثى، فإن بال منهما جميعا نظر إلى أيهما أكثر فله الحكم وهل يكال أو يوزن فإن تكافأت أموره فهو مشكل في حال الصغر، ثم ينظر في كبره وبلوغه فإن نبت له - أي اللحية - ولم ينبت له ثدي فهو رجل لأن اللحية علامة الذكر، وإن لم ينبت له لحية وخرج ثدي فهو امرأة، فإن لم ينبتا أو نبتا جميعا نظر؛ فإن حاضت من فرجها فهي امرأة، وإن احتلم من ذكره فهو ذكر، فإن احتلم وحاض أو لم يكن من ذلك شيء فهو مشكل. وثم قول شاذ أنه ينظر إلى أعداد أضلاعه)⁽³⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 279/1.

(2) محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدي أبو عبد الله المواق الغرناطي، عالم غرناطة ومفتيها وإمامها وصالحها في وقته من فقهاء المالكية، أخذ عنه أبو عبد الله المنتوري، من مصنفاته: التاج والإكليل شرح مختصر خليل، توفي سنة 897 هـ. نيل الابتهاج: ص 561، وشجرة النور الزكية: 1/ 378، والفكر السامي: 2/ 311، ومعجم المفسرين: 2/ 806، والأعلام: 7/ 154.

(3) التاج والإكليل لمختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدي الغرناطي الشهير

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه لا ينظر إلى مخرج البول في الخنثى، قال: (... وقوله: إن المراعى ما يكون منه الولد -صحيح، وقوله: مخرج البول- ليس بصحيح؛ لأن مخرج البول غير مخرج الحيض، ولا يصح أن يكون في مخرج البول منها وطاء، ولا يخرج منه ولد، والوطء والولد في مخرج الحيض، وكذلك الرجل، مخرج البول منه غير مخرج المنى، وهو في المرأة أبين، وإنما يراعى الماء الدافق والحيض، فإن كان الماء الدافق- كان رجلاً، وإن كان حيضاً كانت امرأة، وإن كان⁽¹⁾ جميعاً وكانت لحيمة- كان رجلاً، وإن كان ثديان من غير لحيمة- كانت امرأة⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لاختياره.

لم يراع اللخمي مخرج البول لأن المعتبر عنده ما يكون منه الولد والوطء في النساء وهو مخرج الحيض، ويرى المعتبر في الرجال خروج الماء الدافق ومخرجه غير مخرج البول.

بالمواق المالكي، دار الكتب العلمية، ط: 1، 1416هـ-1994م: 620/8.

(1) هكذا في المطبوع، ولعل الصواب وإن كانا جميعاً بثنية الفعل "كان" لعوده على الماء الدافق والحيض والله أعلم.

(2) التبصرة: 2011/5-2012.

المطلب الخامس عشر: في النكاح على الغائب من الصداق بشرط الدخول قبله.

الفرع الأول: صورة المسألة.

النكاح على الغائب من الصداق كمسيرة شهر ونحوه جائز، فهل يصح اشتراط الدخول قبله؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

يفسد النكاح إذا كان الصداق شيئاً معيناً غائباً غيبة بعيدة ومثلوا له قديماً كخراسان من الأندلس، وأما مسيرة شهر ونحوه فجائز ومثلوا له بمصر من المدينة بشرط ألا يشترط الزوج الدخول قبل قبض الغائب، ويجوز الشرط في القريب جداً.

قال خليل: (...أو بمعين بعيد كخراسان من الأندلس-أي يفسد الصداق بذلك- وجاز كمصر من المدينة لا بشرط الدخول قبله إلا القريب جداً)⁽¹⁾.

وقال بهرام: ("لا بشرط الدخول قبله" أي: أن الجواز فيما بين مصر والمدينة ونحوهما مقيد بأن لا يشترط الزوج الدخول قبل قبض الغائب، ابن بشير⁽²⁾ وهو المشهور)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

خالف الإمام اللخمي مشهور المذهب بقوله: (...واختلف ابن القاسم وابن حبيب إذا اشترط الدخول، وقول ابن حبيب ها هنا أحسن أن النكاح بخلاف البيع؛ لأن منع شرط النقد في البيع الغرر إن لم يوجد الغائب انفسخ البيع؛ فكان سلفاً وإن وجد كان بيعاً. والنكاح إن لم يوجد الغائب، أعطيت قيمته، ولم يفسخ النكاح)⁽⁴⁾.

(1) مختصر خليل: ص136.

(2) هو إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير، أبو الطاهر، التنوخي، المالكي. فقيه، عالم، أخذ عن الإمام السيوري وغيره، وتفقه عليه أبو الحسن اللخمي وغيره. شجرة النور الزكية: 186/1، ومعجم المؤلفين: 48/1.

(3) الدرر في شرح المختصر: 975/3.

(4) التبصرة: 1918/4.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لاختياره.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بالفرق بين النكاح والبيع، وأن الوجه الذي منع به شرط القبض في بيع الغائب - وهو تردد الصفقة بين السلف والبيع - غير موجود في النكاح.

المطلب السادس عشر: في صداق المرأة إذا قامت بالفراق قبل الدخول للعجز عن
الصداق والنفقة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا قامت المرأة بالطلاق بسبب عيب في الزوج يوجب الخيار قبل الدخول فلا شيء لها
من الصداق، فهل مثل ذلك إذا كان قيامها بسبب العجز عن الصداق أو النفقة أم يكون لها
نصف الصداق؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

للرأة فسخ النكاح بطلاق بسبب عسر الزوج بالصداق والنفقة قبل الدخول، ويكون لها
نصف الصداق، وأما إن كان القيام بسبب عيب يوجب الخيار به أو بها فلا شيء لها.
قال خليل: (وإن لم يجده -أي الصداق- أجل لإثبات عسره ثلاثة أسابيع ثم تلوم بالنظر
وعمل بسنة وشهر وفي التَّلَوُّم لمن لا يرجى وصحَّح وعدمه: تأويلان ثم طلق عليه ووجب
نصفه، لا في عيب)⁽¹⁾.

وقال المجلسي: ("ووجب نصفه": يعني أن الزوج إذا طلق عليه لعسره، أو طلق هو بنفسه
فإنه يجب عليه نصف الصداق لاثامه أنه أخفى مالا، وكلامه-أي كلام خليل- صريح في أن
هذا قبل البناء)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن الطلاق بسبب العسر بالصداق والنفقة والعيب سواء في ألا شيء لها،
قال: (واختلف إذا كان الطلاق لعدم الصداق أو لعجز عن النفقة، فقال ابن القاسم في
العتيبة: لها نصف الصداق، وقال ابن نافع: إن جن أو عجز عن الصداق فلا شيء لها.

(1) مختصر خليل: ص 136.

(2) لوامع الدرر: 397/6.

وأرى أن قيامها بالفراق لحدوث العيب والفقر سواء، ولأنها بمنزلة من باع سلعة فأعسر المشتري بالثمن، فالبايع بالخيار بين أن يأخذ سلعته ولا ثمن له، أو يسلمها ويتبعه بالثمن⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

قاس اللخمي المرأة إذا قامت بالفراق للعجز عن الصداق والنفقة على من باع سلعة فأعسر المشتري بالثمن فيكون بالخيار بين أخذ سلعته ولا شيء له، أو يسلمها ويتبع المشتري بالثمن.

تعليل: ذكر هذه المسألة ابن رشد فبين حجة ابن القاسم، ثم وافق اللخمي في أن القول ألا شيء لها هو القياس، قال: (مسألة قال: وسألت ابن القاسم عن الرجل يتزوج المرأة ثم يجن قبل أن يدخل، فتختار فراقه، فيفرق بينهما، قال: قال مالك: لا شيء لها من المهر. قلت: فالرجل يعسر بالصداق أو بالنفقة فيفرق بينهما؟ قال: تتبعه بنصف الصداق.

قال محمد بن رشد: الفرق عند ابن القاسم بين المسألتين أن الله تعالى يقول: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصَفْ مَا فَرَضْتُمْ﴾⁽²⁾، والذي يجن فتختار امرأته فراقه لم يكن منه طلاق، ولكن الفراق من قبلها، والذي يعسر بالصداق أو بالنفقة، يحتمل أن يكون الفراق من قبله؛ لأنه يُتهم على أنه أراد الطلاق، فأخفى ماله لتطلق المرأة نفسها، فلا يكون عليه شيء من الصداق، وابن نافع لا يرى لها شيئاً من الصداق كمن جن فطلق عليه قبل البناء؛ لأن الفراق جاء من قبلها وهو القياس⁽³⁾.

(1) التبصرة: 1952/4-1953.

(2) البقرة: 237.

(3) البيان والتحصيل: 50/5.

المطلب السابع عشر: في من تزوج أمة على أنها حرة وولدت منه ثم علم بالغرر.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا زوج السيد أمته فولدت من زوجها الحر فولدها تبع لها في الرق وهو ملك للسيد، وأما إذا غر السيد الزوج وزوجه على أنها حرة فإن ولده يكون حرا ولا يكون رقيقا لسيد الأمة، لكن هل يطالب الزوج بدفع ثمنه للسيد الذي غره، أم لا شيء له لأنه هو الذي سلطه عليها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من غر بأمة فولدت منه فإن ولده يكون حرا وعليه قيمته لسيد الأمة.
قال خليل: (وولد المغرور الحر فقط حر، وعليه الأقل من المسمى وصدّاق المثل، وقيمة الولد دون ماله يوم الحكم)⁽¹⁾.
وأما حجتهم في ذلك فقال بهرام: (لأن الزوج مباشر لإتلاف الولد وهو مقدم على الولي المتسبب)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن لا شيء للسيد، قال: (ولو غره السيد وزوجه على أنها ابنته، ثم ثبت أنها أمته، كان ولدها حُرًا.
ويختلف هل للسيد على الأب قيمة الولد؟ فقال ابن حبيب: له قيمته.
وقال مطرف فيمن باع أم ولده فولدت من المشتري: فلا شيء للبائع من قيمة الولد؛ لأنه أباح له فرجها بالبيع فكأنه أذن له في إيلادها. وقال ابن الماحشون: عليه قيمة الولد.
وقول مطرف في هذا أحسن، ولا شيء له في هذه، ولا في التي زوجها على أنها ابنته؛ لأنه سلطه على ذلك)⁽³⁾.

(1) مختصر خليل: ص 134.

(2) الدرر في شرح المختصر: 960/2.

(3) التبصرة: 1974/4-1975.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بأن لا شيء للسيد الغار بأنه هو الذي سلطه عليها فكأنه أذن له في إيلادها.

المطلب الثامن عشر: في حالة ما كان بعض الصداق مؤجلاً ثم تأخر الدخول حتى حل الأجل.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا كان بعض الصداق يحل بعد الدخول فلم يدخل حتى حل فهل للزوجة منع الزوج من الدخول حتى تقبضه؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا لم يكن الصداق معيناً كدار بعينها أو ثوب بعينه وكان مضموناً في الذمة وتنازعا في التبدئة، فأرادت المرأة أن تستلمه قبل أن تمكّنه من نفسها، وأراد الزوج أن تمكّنه أولاً فإن لها أن تمنعه من الدخول والوطء بعده والسفر بها إلى أن يسلمها ما حل، وسواء في ذلك ما حل أصالة، أو كان مؤجلاً وتأخر الدخول حتى حل قبله.

قال ابن الحاجب: (التسليم: ويجب تسليم حاله وما يحل منه بإطاعة الزوجة الوطاء وبلوغ الزوج لا بلوغ الوطاء على المشهور)⁽¹⁾.

قال خليل في التوضيح شارحاً لكلام ابن الحاجب: (أي: ويجب تسليم حال المهر وما كان منه مؤجلاً)⁽²⁾.

وقال في المختصر: (ووجب تسليمه إن تعين، وإلا فلها منع نفسها وإن معيبة من الدخول، والوطء بعده، والسفر إلى تسليم ما حل)⁽³⁾.

وقال الخطاب: (وقوله: -أي خليل- "ما حل" تقدم في التوضيح أنه شامل لما كان حالاً من الأصل ولما كان مؤجلاً فحل، أما الأول فلا كلام فيه، وأما الثاني ففيه خلاف، والذي شهره ابن الحاجب وغيره، ورواه اللخمي عن مالك؛ وجوب تسليمه قبل البناء)⁽⁴⁾.

(1) جامع الأمهات، أبو عمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس الشهير بابن الحاجب الكردي المالكي، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأحمري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، ط: 2، 1421هـ - 2000م: ص 280.

(2) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: 20/4.

(3) مختصر خليل: ص 135.

(4) مواهب الجليل: 330/4.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

واختار اللخمي أن ما كان مؤجلا وتأخر الدخول إلى أن حل له أن يبني بها قبله فقال: (واختلف إذا كان بعض الصداق يحل بعد الدخول، فلم يدخل حتى حل، فقال مالك: القول قول الزوج أنه دفع قبل أن يدخل؛ لأنه يقول: لها أن تمتنع من البناء حتى تقبض المؤجل إذا حل قبل، وهي عاملة أن ذلك لها.

وقال محمد بن عبد الحكم: له أن يبني بها وتطالبه.

وفي السليمانية: له أن يبني وإن تبين عسره بالمهر قبل البناء. وهو أبين؛ لأنها رضيت أن تسلم نفسها، وتتبع الذمة، ولو باع رجل سلعة بثمن إلى أجل فحلَّ الأجل قبل تسليم السلعة، ثم تبين عسر المشتري، كان للبائع ألا يسلمها، بخلاف النكاح؛ لأنه لو كان سلمها كان له الآن أن يرتجعها، فيأخذها في الفلوس، وليس كذلك النكاح إذا بنى ثم أعسر بالمهر، لم يكن لها أن تمتنع نفسها⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي ما ذهب إليه بأنها رضيت من البداية اتباع الذمة، وبين الفرق بين حكم النكاح إذا كان الصداق مؤجلا وحل قبل البناء فأرادت أن تمتنع نفسها، وحكم من باع سلعة بثمن مؤجل فلما حل الأجل تبين عسر المشتري، وذلك أن البائع لو سلم سلعته قبل تبين عسر المشتري يمكنه استردادها في الفلوس بعكس المرأة التي لو دخل بها ثم أعسر بالصداق لم يكن لها منع نفسها.

(1) التبصرة: 1988/5-1989.

المطلب التاسع عشر: في ما إذا أجل المعترض سنة فمرض بعد التأجيل.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من اعترض عن زوجته فإنه يؤجل سنة ليعالج نفسه ولتمر عليه فصول السنة المختلفة لعله ينتفع بذلك، فإذا أصيب المعترض بمرض خلال الأجل فهل يزداد له في الأجل تعويضا له عما أخذه منه المرض، أم لا يراعى ذلك ويطلق عليه إذا لم يصب بانقضاء السنة؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا أجل المعترض سنة فمرض بعد التأجيل طلق عليه بعد انقضاء السنة ولم يزد له في الأجل.

قال خليل: (وأجل المعترض سنة بعد الصحة من يوم الحكم وإن مرض)⁽¹⁾.
وقال بهرام: ("وإن مرض" هو مذهب ابن القاسم، قال: إذا ضرب له الأجل فمضت السنة وهو مريض أو مرض بعضها فإنه يطلق عليه بعد انقضائها ولم يضرب له الأجل)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه إن مرض يزداد له في الأجل، قال: (واختلف فيمن ضرب له أجل سنة ومرض؛ فقال ابن القاسم: إن مضت السنة وهو مريض، أو مرض بعد السنة، طلق عليه عند انقضاء السنة، ولم يستأنف أجل، وقال أصبغ: إن مضت السنة وهو مريض، لم يطلق عليه، ويستأنف السنة، وقال ابن الماجشون: إن مضى بعض السنة وهو مريض، لم تطلق عليه عند انقضائها.

وأرى أن يستأنف السنة إن مرض جميعها، وإن مرض ستة أشهر من أولها ثم صح استأنف سنة من يوم صح، وإن صح ستة أشهر، ثم مرض ستة أشهر استأنف سنة، ولم يحتسب بالسته الأشهر الأول؛ لأنه قد يكون في فصلين من السنة، خاصة، ولم يعم الفصول الأربع)⁽³⁾.

(1) مختصر خليل: ص133.

(2) الدرر في شرح المختصر: 953/2.

(3) التبصرة: 2039-2038/5.

تعليق: لم يبين اللخمي مستنده في ما ذهب إليه صراحة، ويبدو لي من خلال سياق الكلام أنه عذره بالمرض، وأن الغاية التي شرع لأجلها الأجل لا يمكن تحققها فيه، والله أعلم.

وقد وافق ابنُ رشد اللخميَّ في الزيادة في الأجل إذا كان المرض لا يقدر معه على الوطاء، قال: (ومن كتاب الصلاة وسئل عن المعترض عن امرأته ترفع أمرها إلى السلطان وهو مريض، فقال: لا يضرب له أجل المعترض من امرأته حتى يصح، قيل له: فإن كان صحيحا حين رفعت أمرها إلى السلطان، فلما أجله السلطان مرض، قال: يمضي حكم السلطان فيه، ولا يزداد في الأجل بعد من أجل مرضه.

قال محمد بن رشد: وهذا إذا كان قد صح أكثر السنة، أو كان مرضه مرضا قد يقدر معه على معالجة الوطاء وأما لو مرض بحدثان ما ضرب له الأجل مرضا شديدا لا حراك به، ولا قدرة له معه على الإمام بأهله حتى ينقضي الأجل؛ لانبغي أن يزداد في الأجل مقدار ما فرض، والله أعلم⁽¹⁾.

(1) البيان والتحصيل: 440/5.

المطلب العشرون: في أجل العبد المعتزّض.

الفرع الأول: صورة المسألة.

كثيرا ما تكون أحكام العبيد مختلفة عن أحكام الأحرار في النكاح، فإذا اعتزّض العبد عن زوجته فهل يؤجل سنة كالحر؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب أن أجل العبد في الاعتراض نصف سنة.

قال خليل: (وأجل المعتزّض سنة بعد الصحة من يوم الحكم وإن مرض، والعبد نصفها)⁽¹⁾.

وقال بهرام: ("والعبد نصفها" أي فإن كان المعتزّض عبداً أجل نصف سنة بعد الصحة من يوم الحكم وهو المشهور)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن أجله سنة كالحرّ فقال: (وأجل الحرّ سنة، سواء كانت زوجته حرّة أو أمة.

واختلف في العبد له زوجة حرّة أو أمة، فقال مالك: الأجل ستة أشهر على النصف من الحرّ. وقال أبو بكر بن الجهم⁽³⁾: سنة كالحر. وهو أبين؛ لأن السنة جعلت ليختبر في الفصول

(1) مختصر خليل: ص 133.

(2) الدرر في شرح المختصر: 953/2.

(3) محمد بن أحمد بن محمد بن الجهم أبو بكر المروزي البغدادي المعروف بابن الورّاق، صحب إسماعيل القاضي، وتفقه معه ومع أصحابه ابن بكير وغيره، وروى عن إبراهيم بن حماد، ومحمد بن عبدوس، وعبد الله بن محمد النيسابوري، وعبد الله بن أحمد بن حنبل، وروى عنه أبو بكر الأبهري، وأبو إسحاق الدّينوري، وغيرهما، وألّف كتباً على مذهب مالك، منها: الرّدّ على محمد بن الحسن، ومسائل الخلاف، والحجة لمذهب مالك، وشرح مختصر ابن عبد الحكم الصغير، وبيان السّنّة، توفي سنة 327 هـ وقيل: 329 هـ، وقيل: 332 هـ. شجرة النور الزكية: 1/ 118، والديباج المذهب: 2/ 185، ومعجم المؤلفين: 3/9.

الأربع، فقد ينفع الدواء في فصل دون فصل، وهذا يستوي فيه الحرّ والعبد⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بأن السنة جعلت لاختبار العلاج في الفصول، ولا فرق بين الحرّ والعبد في ذلك.

(1) التبصرة: 2039/5.

المطلب الحادي والعشرون: في دخول الزوج على إحدى زوجاته في غير يومها.
الفرع الأول: صورة المسألة.

من كان زوجات متعدداً فإنه يقسم بينهن بالسوية؛ يوماً وليلة لكل واحدة إلا أن يرضين بالزيادة على ذلك، فهل له الدخول على إحداهن في غير يومها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من كان له نساء متعدداً فليس له الدخول على إحداهن في غير يومها إلا الحاجة كمنأولة ثوب، قال خليل: (ولا يدخل على ضرثها في يومها إلا الحاجة)⁽¹⁾.
وقال بهرام: (أي: غير الاستمتاع بها كمنأولة ثوب وشبهه)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن لا يدخل على إحداهن في غير يومها إلا للضرورة، قال: (واختلف هل يدخل لقضاء حاجة؟ فأجاز مالك في كتاب محمد أن يأتي عائداً أو الحاجة أو ليضع ثيابه عندها، وليس عند الأخرى شيء من ثيابه إذا كان ذلك منه على غير ميل ولا ضرر، وقال أيضاً: لا يقيم عند إحداهما إلا من عذر لا بد منه من اقتضاء دين، أو تجارة، أو علاج، وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: لا بأس أن يقف بباب إحداهن ويسلم من غير أن يدخل، وأن يأكل مما تبعت به إليه، وهذا أحسن، فلا يدخل لإحداهما في يوم الأخرى إلا لضرورة تنزل؛ لأن الغالب أن منزلة الزوجتين تختلف، فإذا سوغ أن يضع ثيابه أو تجارته عند إحداهن قصد بذلك من له إليها ميل، وصار بذلك إلى ما يحبه، ولم يتحصل القسم)⁽³⁾.

(1) مختصر خليل: ص 145.

(2) الدرر في شرح المختصر: 1029/2.

(3) التبصرة: 2048/5.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بسد الذريعة المفضية إلى عدم المساواة في القسم، بسبب اختلاف منزلة الزوجات.

المطلب الثاني والعشرون: في من أغلقت إحدى نساءه بابها دونه في ليلتها.

الفرع الأول: صورة المسألة.

العدل في المبيت بين الزوجات واجب على الزوج، فهل لمن أغلقت إحدى نساءه بابها دونه في ليلتها أن يذهب لبييت عند ضررتها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

يجوز للزوج أن يبيت عند إحدى نساءه في غير نوبتها إذا أغلقت صاحبة النوبة بابها دونه، ولم يقدر أن يبيت بمرفق بيت ذات النوبة، أو ملحقاته، لخوف برد أو غيره. قال خليل: (والبيات-أي وله ذلك- عند ضررتها إن أغلقت بابها دونه ولم يقدر يبيت بحجرتها)⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه لا يذهب إلى غيرها إلا أن يتكرر ذلك منها ويرى أنه لا يصدها عن ذلك إلا كونه عند ضررتها، قال: (واختلف إذا أغلقت إحداهن دونه بابها، فقال مالك في كتاب محمد: إن قدر أن يبيت في حجرتها وإلا يذهب إلى الأخرى، وقال ابن القاسم: يؤدبها، ولا يذهب إلى الأخرى وإن كانت هي الظالمة، وقال أصبغ: إلا أن يكون يكثر ذلك منها، ولا مأوى له سواها، وهو أحسن؛ لأنها وإن ظلمت فلم تأذن أن تعطي حقها لضررتها، إلا أن يتكرر ويرى ألا يصدها عن ذلك إلا كونه عند ضررتها)⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي ما ذهب إليه بأنها وإن كانت هي الظالمة في إغلاق الباب دونه فإنها لم تأذن بالذهاب إلى ضررتها، وأما إذا تكرر ذلك منها ورأى أنه لا يعالجها إلا كونه عند ضررتها فإنه يكون كالمضطر إلى علاجها به.

(1) مختصر خليل: ص 146.

(2) التبصرة: 2048/5-2049.

المطلب الثالث والعشرون: في تخلف العروس عن صلاة الجماعة والجمعة.

المطلب الأول: صورة المسألة.

للجمعة والجماعة أعذار تسقطهما عن المطالب بهما، فهل من هذه الأعذار كون الرجل عروساً؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

الجماعة في صلاة الفريضة غير الجمعة سنة في مشهور المذهب، وتجب الجمعة بتوفر شروطها وانتفاء أعذارها، وليس من الأعذار المبيحة للتخلف عن الجماعة كون الرجل عروساً، وليس ذلك عذراً في التخلف عن الجمعة كذلك في مشهور المذهب، قال خليل (وعذر تركها-أي الجمعة-والجماعة شدة وحل ومطر، أو جذام، ومرض، وتمريض، وإشراف قريب ونحوه، وخوف على مال، أو حبس، أو ضرب... لا عرس)⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن العروس له التخلف عن الجماعة والجمعة، قال: (وقال مالك في العتبية: لا يتخلف العروس عن الصلوات في جماعة ولا عن الجمعة، وقال سحنون: قال بعض الناس: لا يخرج، وذلك حق لها، وقال ابن حبيب: يتصرف في حوائجه وإلى المسجد. والعادة اليوم ألا يخرج لحاجة، ولا لصلاة وإن كان خلواً من غيرها، وعلى المرأة في ذلك عند النساء وَصْمٌ إن خرج، وأرى أن يلزم العادة)⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

جعل اللخمي الوصم الذي تتعرض له المرأة عذراً في التخلف عن الجماعة والجمعة كالخوف على المال، ونحوه من الأعذار.

(1) مختصر خليل: ص 49.

(2) التبصرة: 2051/5.

وفي كتاب "الصلاة الثاني" من "التبصرة" جعل تخلف العروس عن الجمعة لا يصح إلا على القول أنها فرض كفاية قال: (واختلف في تخلف العروس، فقال مالك: لا يتخلف عن الجمعة ولا غيرها، وقال سحنون: قال بعض الناس: يتخلف ولا يخرج، وهذا حق لها بالسنة. وهذا لا يصح، إلا أن يقول: إنها من فروض الكفاية)⁽¹⁾.

والمذهب على أن الجمعة واجبة على الأعيان عند تحقق الشروط وانتفاء الموانع، ولم يخالف اللخمي في ذلك، وإنما تكلم في كتاب "الصلاة الثاني" في تخريج قول من أباح للعروس التخلف عن الجمعة الذي ذكره سحنون، وفي كتاب "النكاح الثاني" رجّح تخلف العروس لما يلحق المرأة من الوصم للعادة الطارئة في زمانه، وطرو هذه العادة يجعل فتواه الأخيرة في حال غير التي ذكرها في قول سحنون والله أعلم.

تعليق: ردّ ابن بشير تخريج اللخمي مسألة تخلف العروس على القول بأن الجمعة فرض كفاية فقال: (وقد اختلف في مسائل هل تنتهض عذرا أم لا؟ منها مسألة العروس، يأتي الجمعة وهو في أسبوعه؛ فالمشهور من المذهب أنه يخرج إليها، والشاذ إسقاطها عنه، وأراد أبو الحسن اللخمي أن يجعل القول بالسقوط على القول بأن الجمعة فرض على الكفاية لا على الأعيان، وهذا لا يقوله أحد من أهل المذهب، وإنما يقوله أهل الظاهر وبعض أصحاب الشافعي، وجمهور الأمة على خلافه، والخلاف في التخلف على مقابلة لزوم حق المرأة ولزوم فرض الجمعة)⁽²⁾.

(1) التبصرة : 555/2.

(2) التنبيه على مبادئ التوجيه [قسم العبادات]، أبو الطاهر إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير التنوخي المهدي، تحقيق: الدكتور محمد بلحسان، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط: 1، 1428 هـ - 2007 م: 635/2.

المبحث الثالث: كتاب النكاح الثالث

المطلب الأول: في جمع المرأتين في عقد واحد وصدّاق واحد دون تسمية صدّاق لكل واحدة منهما.

الفرع الأول: صورة المسألة.

يجوز جمع المرأتين في عقد واحد إذا سمي لكل واحد صدّاقها، فهل كذلك الأمر إذا جمعتهما في عقد واحد وصدّاق واحد دون أن يسمي لكل واحدة ما يكون لها من ذلك الصدّاق؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من المدونة قال سحنون: (قلت لعبد الرحمن بن القاسم: أيجوز في قول مالك أن يتزوج الرجل امرأتين في عقدة واحدة؟ قال: لا أحفظ عن مالك في هذا شيئاً ولا يعجبني ذلك إلا أن يكون سمي لكل واحدة منهما صدّاقها على حدة)⁽¹⁾.

وقد اختلف علماء المذهب في معنى قول ابن القاسم: (لا يعجبني ذلك)، فحمله أكثر أشياخ المذهب على المنع، وقال بعضهم بالكراهة. قال خليل: (ولا يعجب جمعهما والأكثر على التأويل بالمنع والفسخ قبله، وصدّاق المثل بعد، لا الكراهة)⁽²⁾.

وقال بهرام: (المراد بالجمع هنا أن يجمعهما في عقد واحد وصدّاق واحد من غير تسمية لكل واحدة منهما، وإنما قال "لا يعجب" مراعاة لقوله في المدونة: ولم يعجبني؛ فحمله أكثر الأشياخ على المنع، وعليه اختصر البرادعي وهو أيضاً ظاهر نقل ابن يونس، وحمله بعضهم على الكراهة وإليه أشار بقوله: "لا الكراهة" أي: فإن الأكثر على خلافها)⁽³⁾.

وقال المجلسي: (وتأول الأكثر المدونة على المنع لأن هذه اللفظة أكثر ما يستعملها الإمام في المنع)⁽⁴⁾.

(1) المدونة: 193/2.

(2) مختصر خليل: ص 137.

(3) الدرر في شرح المختصر: 977/2.

(4) لوامع الدرر: 427/6.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

وافق اللخميُّ أكثر علماء المذهب في تأويل كلام ابن القاسم على المنع، واختار هو الجواز، قال: (نكاح المرأتين في عقد واحد جائز إذا سمي لكل واحدة صداقها، واختلف إذا لم يسم، فقال ابن القاسم: لا يجوز ذلك، قيل له: فإن طلق، أو مات قبل الدخول، أيقسم المسمى على قدر مهرهما؟ فقال: لا أرى أن يجوز، إلا أن يكون سمي لكل واحدة صداقها. وقال ابن دينار وابن نافع وأصيح: يجوز، وتفض التسمية على قدر مهرهما، وهو أحسن؛ لأن القصد في النكاح المكارمة، وقد اختلف قول ابن القاسم في جمع السلعتين لمالكين في البيع، وهو في النكاح أخف)⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بما يلي:

- أن النكاح مما أصله المكارمة.
- أن ابن القاسم القائل بالمنع قد اختلف قوله في ما يشبه هذه الصورة في البيع وهو في النكاح أهون.

(1) التبصرة: 2061/5.

المطلب الثاني: في نكاح الحرة مع الأمة في عقد واحد وفيه حق للحرة خاصة.

الفرع الأول : صورة المسألة.

إذا كان الزوج الحر ممن يجوز له نكاح الإماء، وتزوج حرة مع أمة في عقد واحد، ولم تعلم الحرة أنها أمة فرضت المقام معه بسبب ذلك، فهل يكون لها الخيار في نفسها؟ أم يخير الزوج أولاً فإن تمسك بالأمة خيرت هي بعده؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

نكاح الأمة مع الحرة جائز بشرطين:

1. أن تعلم الحرة أنها أمة.

2. أن يكون الزوج ممن يجوز له نكاح الإماء بأن لا يكتفي بالحرة ولا يجد طولاً لأخرى.

فإن احتل أحد الشرطين منع لحق الله، أو لحق الزوجة، أو لتعلق الحقين به جميعاً. فإذا كان الزوج ممن يجوز له نكاح الإماء، وتزوج حرة مع أمة في عقد واحد، ولم تكن الحرة قد علمت بذلك ودخلت عليه، فإنه يتعلق بهذا النكاح حق للزوجة الحرة خاصة وتخبر في نفسها، فإن شاءت أقامت معها وإن شاءت طلقت نفسها بطلقة بائنة، ومثل ذلك إذا تقدم نكاح الأمة أو تأخر.

قال في تهذيب المدونة: (وإذا نكح أمة وحرّة في عقدة وسمى صداق كل واحدة، قال مالك: يفسخ نكاح الأمة، ويثبت على الحرّة، ثم قال: إن علمت الحرّة جاز ولا خيار لها، وإن لم تعلم خيرت بين أن تقيم أو تفارق)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وخيرت الحرّة مع الحرّ في نفسها بطلقة بائنة، كتزويج أمة عليها)⁽²⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 288/1.

(2) مختصر خليل: ص 130.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن يبدأ في الخيار بالزوج فإن فارق الأمة سقط خيار الحرّة، وإن تمسك بالأمة خير الحرّة، قال: (واختلف إذا كان الحق للزوجة خاصة، هل يكون لها الخيار في نفسها فتقيم أو تفارق، أو في الأمة؟ فذكر ابن القاسم في ذلك قولين. وأرى ألا يكون لها خيار في نفسها، ولا في الأمة، وأن يبدأ بخيار الزوج، فإن فارق الأمة، سقط خيار الحرّة، وإن أحب تمسك بالأمة، وقال للحرّة: إن شئت أقمت على ذلك، وإن شئت فارقتك⁽¹⁾).

(1) التبصرة: 2063/5-2064.

المطلب الثالث: في الإصابة الفاسدة هل تحصن وتحل المبتوتة؟

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا تزوجت المرأة زوجها صحيحاً وأصابها زوجها فيه إصابة فاسدة كأن يصيبها في الحيض أو أحدهما محرم أو معتكف فهل تحصن هذه الإصابة من لم يكن محصناً من الزوجين؟ وهل تحل المرأة لزوجها الأول إذا كان طلقها ثلاثاً؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

الوطء الفاسد بعد عقد صحيح لا يحصن، ولا يحل المبتوتة كذلك على المشهور من المذهب.

قال في تهذيب المدونة: (ولو صح العقد وفسد الوطاء ما أحصن ولا أحل كوطء الحائض أو أحدهما معتكف أو صائم في رمضان أو محرم، وكل وطاء نهي الله عنه لا يحصن ولا يحل)⁽¹⁾ وقال خليل: (والمبتوتة-أي ولا تحل المبتوتة- حتى يوجب بالغ قدر الحشفة بلا منع ولا نكرة فيه بانتشار في نكاح لازم)⁽²⁾.

وقال بهرام: ("بلا منع" أي: يشترط كونه مباحاً، احترازاً من الوطاء في الحيض أو الصيام أو الإحرام فإنه لا يحلها وهو المشهور)⁽³⁾.

وقال خليل في باب "الزنا" مبيناً شروط الرجم والتي من بينها كون الزاني محصناً: (يرجم المكلف الحر المسلم، إن أصاب بعدهن-أي بعد الإسلام والتكليف والحرية-بنكاح لازم صح)⁽⁴⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 293/1.

(2) مختصر خليل: ص 129.

(3) الدرر في شرح المختصر: 927/2.

(4) مختصر خليل: ص 326.

قال المجلسي: ("صحّ" يعني لا بد في الإحصان من أن يكون الوطاء الذي وقع به الإحصان صحيحاً أي حلالاً، واحترز بذلك مما إذا وطئها وطئاً غير حلال كفي الحيض أو الصوم أو الإحرام أو الاعتكاف)⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن الإصابة الفاسدة تحل وتحصن، قال: (...وقال في الإصابة الفاسدة كالحائض، والمحرمة، والمعتكفة: لا يحل ولا يحصن، وقال المغيرة، وابن دينار: يحصن، ولا يحل. وقال عبد الملك: يحصن ويحل. وكذلك إذا كان الزوج محرماً، أو معتكفاً، أو صائماً فعلى الخلاف المتقدم، وأرى أن يحصن ويحل، ولا وجه لقول المغيرة، فإن كان عنده لا يحل فأحرى أن لا يحصن)⁽²⁾.

(1) لوامع الدرر: 450/13.

(2) التبصرة: 2090/5-2091.

المطلب الرابع: في مهر النصرانية إذا نكحها نصراني على خمر فلم تقبضها، أو على إسقاط الصداق، ثم أسلما قبل الدخول.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا عقد النصراني والنصرانية النكاح على صداق فاسد كخمر ولم تقبضه، أو على إسقاط المهر وأسلما قبل الدخول، لزمهما صداق جديد عوضاً عن الفاسد لإتمام النكاح فكيف نقدره؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

يخير الزوج بين أن يدفع صداق المثل أو يفارق في كلا الحالتين.

قال في تهذيب المدونة: (وإن نكح نصراني نصرانية بخمر أو خنزير أو بغير مهر وشرطاً ذلك وهما يستحلانه، ثم أسلما بعد البناء، ثبت النكاح، فإن كانت قبضت قبل البناء ما ذكرنا فلا شيء لها غيره، وإن لم تكن قبضته وقد بنى بها فلها صداق المثل، وإن كان لم يبن بها حتى أسلما، وقد قبضت ما ذكرنا أو لم تقبض، نُخَيَّر بين إعطائها صداق المثل ويدخل بها، أو الفراق وتكون طليقة، ويصير كمن نكح على تفويض⁽¹⁾).

وقال خليل: (ومضى صداقهم الفاسد أو الإسقاط إن قبض ودخل وإلا فكالـتفويض⁽²⁾)⁽³⁾.

وقال بهرام: (... فأما إن دخلا على الإسقاط فإن النكاح يَمْضِي إذا دخل بها قبل الإسلام ولها صداق المثل وهو قول ابن القاسم... وقال ابن المواز: لا شيء لها... وإن أسلما قبل

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 294/1.

(2) عرّف ابن أبي زيد نكاح التفويض بقوله: (ونكاح التفويض جائز وهو أن يعقده ولا يذكران صداقاً ثم لا يدخل بها حتى يفرض لها فإن فرض لها صداق المثل لزمها وإن كان أقل فهي مخيرة فإن كرهته فرق بينهما إلا أن يرضيها أو يفرض لها صداق مثلها فيلزمها)، ينظر: الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري، المكتبة الثقافية - بيروت، د. ت، د. ط: ص 456-457؛ وزاد خليل قيد عدم عقده بلفظ الهبة، فقال: (وجاز نكاح التفويض والتحكيم: عقد بلا ذكر مهر، بل وُهَيْت)، ينظر: مختصر خليل: ص 139.

(3) مختصر خليل: ص 131.

الدخول -أي وعقدا على إسقاط المهر- فلا يدخل بها حتى تقبض مهر مثلها ولا يجبر عليه الزوج، وهو مستفاد من قوله: "وإلا فكالتمفويض" وأما إن دخلا على الصداق الفاسد فإن قبضت المرأة الصداق ودخل بها الزوج قبل الإسلام مضى النكاح لأنها مكنته من نفسها وقبضت العوض في وقت يسوغ لها أخذه، وإن لم تقبض ولم يدخل فمذهب المدونة إن شاء دفع صداق المثل أو فارق بطلقة ويصير كنكاح التمفويض⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن ما عقد على خمر ولم تقبضه ولم يدخل حتى أسلما يكون لها قيمة الخمر، قال: (وإذا تزوج نصراني نصرانية على خمر ثم أسلما بعد الدخول وبعد أن قبضت الخمر تركا على نكاحهما، ولا شيء لها... واختلف إذا أسلما قبل البناء على أربعة أقوال: فقال ابن القاسم: يخير الزوج بين أن يدفع صداق مثلها، أو يفرق بينهما بطلقة، ولا شيء لها، وسواء قبضت الخمر أو لم تقبض، وقال غيره: إن كانت قبضت الخمر دخل بها، ولا شيء لها عليه؛ لأنها قبضتها في حال هي لها ملك، وقال أشهب في "كتاب محمد": يعطيها ربع دينار، ويدخل وإن لم تكن قبضت الخمر، وإن لم يعطها ربع دينار، فسخ.

وقال محمد بن عبد الحكم: القياس أن لها قيمة الخمر بمنزلة من تزوج بشمر لم يبد صلاحها، فلم يجز حتى أزم أن النكاح لا يفسخ، ولها قيمة ذلك، وهو أحسن فإن كانت قيمة الخمر عشرين، وصداق مثلها عشرة، لم يلزمها قبول عشرة؛ لأنها دون ما رضيت به، وإن كان صداق مثلها ثلاثين لم يلزمه ثلاثون؛ لأنها فوق ما رضيت به، وإنما ينبغي أن يجري على حكم الاستحقاق، ولا يلزمها ما قال أشهب أن لا شيء لها إذا دفع ربع دينار؛ لأنها بمنزلة ما لو باع سلعة بخمر، فأسلما قبل أن يقبض الخمر وقبل أن تقبض السلعة، فليس عليه أن يسلم السلعة بغير عوض⁽²⁾.

واختار في حالة عقدهما على إسقاط الصداق وقد أسلما قبل الدخول ألا يكون لها إلا ربع دينار؛ لأنه حق لله لا يجوز إسقاطه، و باقي الصداق من حقها ولها تركه، قال: (ويختلف إذا

(1) الدرر في شرح المختصر: 940/2 بتصرف.

(2) التبصرة: 2100/5-2101 بتصرف.

تزوج على أن لا صداق، فقول ابن القاسم: لها صداق المثل بعد البناء، ويخير الزوج قبل البناء بين أن يدفع صداق المثل أو يفارق لأنه قال إذا تزوجت بخمر: هما بمنزلة من تزوج على غير تسمية فيعطيها صداق المثل. وإلا فرق بينهما.

وأرى ألا شيء لها إلا ربع دينار، لحق الله تعالى، وما بعد ذلك فهو حق لها يصح تزكُّها له⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي رأيه بقياسه حالة الصداق الفاسد على من عقد على شيء واستحق من يده فلا يكون عليه إلا قيمته، وأما حالة إسقاط الصداق فاستثنى منها أقل الصداق لحق الله ورأى أنها هبتها لباقيه صحيحة.

(1) المصدر السابق: 2102/5.

المطلب الخامس: في الزواج بإماء أهل الكتاب.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يجوز الزواج بالأمة الكتابية عند خوف العنت وعدم الطول كالأمة المسلمة؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

يكره للمسلم الزواج من الحرة الكتابية لما تتغذى به من الخمر والخنزير، وتغذي ولدها به، وليس له منعها من ذلك ومن الذهاب إلى الكنيسة، وتتأكد الكراهة بدار الحرب خشية من ترك ولده بها، ومن تربيتها لولدها على دينها، وأما الأمة الكتابية فلا يجوز الزواج بها عند خوف العنت، ويجوز الاستمتاع بها بملك اليمين.

قال في تهذيب المدونة: (ويطأ الأمة الكتابية بالملك، ولا يجوز بنكاح مسلم حر أو عبد كانت لمسلم أو ذمي، ولا يزوجه سيدها من غلام له مسلم)⁽¹⁾.
وقال خليل: (... والكافرة إلا الحرة الكتابية بكره، وتأكد بدار الحرب، ولو يهودية تنصرت، وبالعكس، وأمتهم بالملك)⁽²⁾.

وقال بهرام: (والمعنى لا يجوز وطء الكافرة إلا الحرة الكتابية بالنكاح والأمة الكتابية بالملك)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي جواز نكاح الأمة الكتابية، قال: (وأما من منع وطء الأمة الكتابية على وجه الزوجية فاحتج بآية النساء⁽⁴⁾ بشرط الله سبحانه بالإيمان وبآية المائدة⁽⁵⁾ بشرط الله تعالى

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 296/1.

(2) مختصر خليل: ص 130.

(3) الدرر في شرح المختصر: 932/2.

(4) يقصد الآية رقم: 25 من سورة النساء، وهي قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ

الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنْ فَنَيْتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ۚ

(5) يقصد قول الله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ ۚ﴾ الآية رقم: 5

الحرية، ولا حجة في الجميع، فأما آية النساء فإنها تضمنت الانتقال من الحرية المؤمنة إلى الأمة المؤمنة، وظاهرها يقتضي منع الكافرة، حرة كانت أو أمة. ونحن نقول بجواز نكاح الحرة الكتابية مع القدرة على نكاح الأمة المؤمنة، وهذا يغني عن سقوط الاحتجاج بذلك، إذ ليس عليه العمل، بل يقدم نكاح الحرة الكتابية على الأمة المؤمنة، لئلا يرق ولده وإن لم يخش عنتًا وإن كان واجدًا الحرية المؤمنة، وأما آية المائدة فإنها نزلت على ما يجوز نكاحه اختياريًا من غير عذر ولا ضرر، ولأن نكاح الأمة المسلمة لا يجوز إلا بشرط عدم الطول، وخشيان العنت، وكذلك الأمة الكتابية لا يجوز إلا بمثل ذلك من الشرط، فذكر الله سبحانه نكاح الحرة الكتابية؛ لأنها لا تحتاج إلى شرط⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بإبطال الاستدلال بآيتي النساء والمائدة على منع نكاح الأمة الكتابية بتأولهما على غير ظاهرهما والله أعلم. تعليق: القول بجواز نكاح إماء أهل الكتاب قد ضعفه الإمام ابن عبد البر بقوله: (وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس بنكاح إماء أهل الكتاب لأن الله تعالى قد أحل الحرائر منهن والإماء تبع لهن، وروي عن أبي يوسف أنه قال أكره نكاح الأمة الكتابية إذا كان مولها كافرًا والنكاح جائز؛ وقال محمد بن الحسن يجوز نكاحها للعبد. قال أبو عمر لا أعلم لهم سلفًا في قولهم هذا إلا أبا ميسرة عمرو بن شرحبيل فإنه قال إماء أهل الكتاب بمنزلة الحرائر منهن، ولهم في ذلك احتجاجات من المقاييسات عليهم مثلها سوى ظاهر النص⁽²⁾.

من سورة المائدة.

(1) التبصرة: 2112/5-2115.

(2) الاستذكار: 493/5.

المطلب السادس: في ميراث أولاد النصراني إذا أسلم وله أولاد صغار ثم مات وهم على النصرانية، ثم أسلموا قبل البلوغ أو عند البلوغ.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا أسلم النصراني وله أولاد صغار ثم مات وهم على النصرانية، ثم أسلموا بعد موته عند سن البلوغ أو قبله فهل يكون لهم حق في ميراث أبيهم الميت على الإسلام.

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا أسلم الأب وله أولاد صغار فإن كانوا لم يبلغوا سن التمييز فإنه يحكم بإسلامهم تبعاً لإسلام أبيهم، وكذلك الحكم فيمن بلغ سن التمييز، وأما المراهق وهو الذي قارب البلوغ فإنه لا يحكم بإسلامه تبعاً لإسلام أبيه، وكذلك من غفل عنه فلم يحكم بإسلامه حتى بلغ سن المراهقة.

فإذا مات الأب ورثه من حكم بإسلامه، وأما المراهق والذي غفل عنه حتى بلغ سن المراهقة فيوقف حظهم من الميراث حتى البلوغ، فمن أسلم منهم ورث، وإلا كان المال للمسلمين إن لم يكن له وارث غيرهم.

قال في تهذيب المدونة: (ومن أسلم وله ولد صغار فأقرهم حتى بلغوا اثني عشرة سنة أو شبه ذلك فأبوا الإسلام، فلا يجبروا، وقال بعض الرواة: يجبرون وهم مسلمون، وهو أكثر مذاهب المدنيين، ومن أسلم وله ولد مراهق من ابن ثلاث عشرة سنة وشبه ذلك، ثم مات الأب أوقف ماله إلى بلوغ الولد، فإن أسلم ورث الأب وإلا لم يرث، وكان المال للمسلمين، ولو أسلم الولد قبل احتلامه لم يتعجل أخذ ذلك حتى يحتلم، لأن ذلك ليس بإسلام، ألا ترى أنه لو أسلم ثم رجع إلى النصرانية أكره على الإسلام ولم يقتل. ولو قال الولد: إني لا أسلم إذا بلغت، لم ينظر إلى ذلك، ولا بد من إيقاف المال إلى احتلامه، ولو كان الولد لا يعقل دينه ابن خمس سنين أو ست، فهم مسلمون بإسلام الأب ويرثونه مكانهم، وقاله أكثر الرواة⁽¹⁾).

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 297/1.

وقال خليل: (وحكم بإسلام من لم يميّز لصغر أو جنون بإسلام أبيه فقط، كإن ميّز، إلا المراهق والمتروك لها-أي المتروك للمراهقة_ فلا يجبر بقتل إن امتنع، ووقف إرثه)⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه لا يرث إلا من أسلم قبل وفاة الأب، قال: (...وأما إن مات الأب وهم كبار لم يكونوا في حكم الإسلام بإسلام أبيهم، واختلف في موضعين:

أحدهما: إذا أسلموا هل يعد ذلك إسلامًا أم لا؟

والثاني: إذا لم يسلموا أو مات الأب وهم على النصرانية، ثم أسلموا بعد موته قبل البلوغ، أو عند البلوغ؛ فلم ير في "المدونة" إسلامهم إسلامًا، وقال أيضًا: هو إسلام، وإن كانت جارية مجوسية حل وطؤها له، وعلى هذا يرث وتورث، وقال: إذا مات ولم يسلموا، ثم أسلموا بعد موته وثبتوا على ذلك حتى بلغوا، أو أسلموا بعد الاحتلام ورثوا آباءهم.

وأنكر ذلك سحنون ورأى أن لا ميراث لهم إلا أن يكونوا أسلموا قبل موته، وهو أصوب فمن مات عنه وهو نصراني لم يرثه إن أسلم بعد ذلك، ومن مات عنه وهو مسلم ورثه وإن ارتد بعد ذلك؛ لأن المعرفة بالله سبحانه تصح ممن لم يحتلم، وإذا صحت منه المعرفة كان مؤمنًا حقيقة؛ يرث به، ويستحق الجارية به، وإن رجع قبل البلوغ لم يقتل؛ لأن إسلامه كان في موضع لم يتوجه عليه الخطاب بالعقوبة عليه، فلا يقتل إلا بما كان من الإسلام بعد البلوغ، وإذا لم يقتل فإن كان أبوه ذميًا كان ولده ذميًا، وسواء مات أبوه على دينه نصرانيًا، أو أسلم ولم يسلم ولده)⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

سبب الخلاف يرجع إلى الخلاف في المراهق هل يحكم بإسلامه إذا أسلم وأسلم أبوه، فاللخمي يرى أنه ما دامت المعرفة تصح منه يحكم بإسلامه، ويؤيد⁽³⁾ ما ذهب إليه اللخمي

(1) مختصر خليل: ص323.

(2) التبصرة: 2119/5-2120.

(3) ينظر: شرح جامع الأمهات لابن عبد السلام: 387/16، قال: (...إذا اعتبر إسلام المميز لأجل تمييزه فالمرهق أشد

صحة إسلام المميز الذي لم يصل سن المراهقة، لأن المراهق أقوى تمييزاً، ولا يقدر في صحة إسلامه عنده كونه إن رجع عن الإسلام لم يقتل به؛ لأن إسلامه كان في وقت لم يتوجه إليه فيه الخطاب بالعقوبة.

وحجة عدم الحكم بإسلام المراهق أنه قريب من البلوغ والبالغ لا يتبع أباه بل مستقل بنفسه، ولأنه لا يجبر بالقتل إلا بعد البلوغ، فدل ذلك على أن الحكم بإسلامه متعلق به، وأن إسلامه قبل ذلك لا يحكم به إلا إذا ثبت عليه بعد البلوغ، إذ القتل هو حكم المسلم إذا ارتد عن دينه، والله أعلم.

تميزاً...)

المطلب السابع: في إحلال وطء المجنون المبتوتة لزوجها الأول.

الفرع الأول: صورة المسألة.

المبتوتة لا تحل لزوجها الأول إلا أن تتزوج زواجا صحيحا ويطأها زوجها وطئا صحيحا جائزا لا نكرة فيه، ويشترط علم الزوجة في المفتى به في المذهب فلو وطئت وهي مجنونة أو نائمة أو مغمى عليها لم تحل، فإن كانت صحيحة ووطئها زوجها وهو مجنون فهل يحلها ذلك لزوجها الأول؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

المشترط في الإحلال علم الزوجة فقط به، وأما الزوج فلا يشترط علمه، فلو وطئها وهو مجنون لحلت.

قال خليل: (...وعلم خلوة وزوجة فقط)⁽¹⁾.

وقال المجلسي: (يعني أنه إنما يشترط علم الزوجة بالوطء وحدها، فلا يشترط علم الزوج فلو وطئها وهو مجنون لحلت، قاله ابن القاسم)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنها لا يحلها إلا أن يكونا عاقلين، قال: (واختلف في المجنون والمجنونة على ثلاثة أقوال: فذهب ابن القاسم أن المراعى الزوجة، فإن كانت عاقلة، حلت وإن أصابها في حال جنونها، وإن أصيبت في حال جنونها، لم تحل وإن كان عاقلاً. وذهب أشهب إلى أن المراعى الزوج، فإن كان عاقلاً، أحلها وإن كان أصابها في حال جنونها، وإن كان مجنوناً؛ لم يحلها وإن كانت عاقلة. وقال عبد الملك: إذا صح العقد كان إحلالاً وإن كانا في حالة الإصابة مجنونين، أو أحدهما.

(1) مختصر خليل: ص 129.

(2) لوامع الدرر: 225/6.

ولا أرى أن يحلها إلا أن يكونا عاقلين، لقول النبي ﷺ لرفاعة وقد أرادت الرجوع إلى الذي طلقها قبل ميسيس الثاني: «لا، حتى تدوقي عُسَيْلَتَهُ، ويدوق عُسَيْلَتَكَ»⁽¹⁾ أخرجه البخاري ومسلم، وهذا يقتضي أن يكونا عاقلين، إلا أن تكون وسوسة، ولم يبلغ إلى فقدان التمييز⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

استند اللخمي فيما ذهب إليه إلى ظاهر حديث «لا، حتى تدوقي عُسَيْلَتَهُ، ويدوق عُسَيْلَتَكَ».

تعليل: بين المجلسي حجة قول ابن القاسم -الذي اقتصر عليه خليل في مختصره الذي التزم فيه ما عليه الفتوى في المذهب- بقوله: (وجهه أن الحلية وعدمها من وصف المرأة فكانت هي المعتبرة، ويقوي ذلك أن الله تبارك وتعالى أضاف الإحلال لها بقوله: ﴿حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁽³⁾ (4).

(1) صحيح البخاري: 168/3، باب شهادة المختبي، حديث رقم: 2639، وفي 56/7، باب إذا طلقها ثلاثا، ثم تزوجت بعد العدة زوجا غيره، فلم يمسه، حديث رقم: 5317، وصحيح مسلم: 1055/2، : باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره، ويطأها، ثم يفارقها وتنقض عدها، حديث رقم: 1433.
(2) التبصرة 2089/5.
(3) البقرة: 230.
(4) لوامع الدرر: 226/6.

المطلب الثامن: في لزوم الانتشار في الوطاء الذي يحل المبتوتة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

عرفنا في المطالب السابقة بعض شروط الوطاء الذي يحل المبتوتة، فهل من هذه الشروط انتشار ذكر الواطئ أم يكفي فيه وجود اللذة من المرأة ولو من غير انتشار؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب أن الوطاء الذي يحل المبتوتة لا بد فيه من قيام الذكر ويسمى الانتشار والإنعاض.

قال خليل: (والمبتوتة حتى يوجب بالغ قدر الحشفة بلا منع، ولا نكرة فيه، بانتشار في نكاح لازم وعلم خلوة وزوجة فقط)⁽¹⁾.

وقال بهرام: ("بانتشار" أي: يشترط في الإحلال انتشار الذكر وهو المشهور)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنها إن وجدت اللذة بدون انتشار حلت، قال: (وقال ابن القاسم في "كتاب ابن حبيب": إذا أوج ذلك منه ميت لم يحل، وقال في "كتاب محمد": يحل ويحصن. والأول أحسن للحديث: «حتى تذوق عُسَيْلَتَهُ، ويدوق عُسَيْلَتِكَ» إلا أن تكون تجد عند ذلك لذة)⁽³⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

العسيلة المذكورة في الحديث كناية⁽⁴⁾ عن لذة الجماع، واللخمي يرى أنها قد تكون من غير انتشار، وما دامت هي المقصودة فمتى وجدت حلت المرأة.

(1) مختصر خليل: ص 129.

(2) الدرر في شرح المختصر: 927/2.

(3) التبصرة: 2095/5.

(4) شرح صحيح البخاري لابن بطال، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك الشهير بابن بطال، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، ط: 2، 1423 هـ - 2003 م: 479/7.

وحجة المشهور أن اللذة لا تكون إلا مع انتشار الذكر، قال خليل: (الانتشار شرط في المشهور، لأن العسيلة لا تحصل إلا به)⁽¹⁾.

(1) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: 46/4.

المطلب التاسع: في المبتوته النصرانية يرتد زوجها ثم يعود إلى الإسلام.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الردة محببة للأعمال ولا تسقط طلاق الزوجة المسلمة، فمن كانت زوجته نصرانية فطلقها ثلاثاً ثم ارتد عن الإسلام ثم رجع إليه فهل يسقط عنه ما مضى من الطلاق أم لا يسقط كما لو كانت مطلقة مسلمة؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

الردة لا تسقط الطلاق؛ فمن طلق زوجته ثلاثاً أو أقل ثم ارتد ثم عاد إلى الإسلام لم يسقط عنه ما كان منه من الطلاق بسبب الردة، وظاهر قولهم أنه لا فرق بين كون الزوجة مسلمة أو كتائية.

قال خليل: (وأسقطت-أي الردة- صلاة، وصياماً، وزكاة، وحجاً تقدم... لا طلاقاً⁽¹⁾).
وقال بهرام: ("لا طلاقاً" أي: فإن الردة لا تسقطه، ولهذا إذا طلق زوجته ثلاثاً ثم ارتد ثم عاد إلى الإسلام فإنه لا يجوز له تزوجها إلا بعد زوج)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن الردة تسقط طلاق الثلاث إذا كانت الزوجة نصرانية، قال: (ويختلف إذا ارتد الزوج، والزوجة نصرانية، فقال ابن القاسم: لا تحل له إذا رجع إلى الإسلام إلا أن تنكح زوجاً غيره مسلمًا لا نصرانيًا، وهذا إنما يصح على القول أنهم مخاطبون بفروع الإسلام، والصحيح أنهم غير مخاطبين بذلك، إلا بعد تقدم الإسلام، فتحل من غير زوج)⁽³⁾.

(1) مختصر خليل: ص323.

(2) الدرر في شرح المختصر: 2347/5.

(3) التبصرة: 2095/5.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بأن القول بعدم حلية النصرانية المبتوتة إذا رجع زوجها إلى الإسلام مبني على القول بأن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة، ثم رد ذلك بتصحيحه أنهم غير مخاطبين بها إلا بعد تقدم الإسلام.

المطلب العاشر: في إبطال الردة إحلال المبتوتة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من طلقت ثلاثا ثم تزوجت زواجا تحل به للأول ثم ارتدت قبل أن تعود إليه ثم عادت إلى الإسلام، هل تبقى على إحلالها ويمكنها على ذلك العودة إلى زوجها الأول، أم أن الردة تبطل ذلك الإحلال الواقع قبلها كما تبطل الإحصان؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب أن الردة تبطل الإحلال؛ فمن كانت مبتوتة ثم نكحت نكاحا يحل المبتوتة ثم ارتدت ثم رجعت إلى الإسلام، لم تحل لزوجها الأول إلا بنكاح جديد بعد توبتها من الردة. قال خليل: (...وردة مُحَلَّل-أي لا تبطل ردتُه إحلاله-بخلاف ردة المرأة)⁽¹⁾. وقال بهرام: (أي فإنها تبطل إحلالها فإذا طلقها زوجها ثلاثا فتزوجت غيره ثم ارتدت فإن إحلالها يسقط وتصير كمن لم تتزوج بعد الطلاق الأول، فإذا تابت فليس لها أن ترد له إلا بعد زوج؛ لأنها أبطلت إحلالها كما أبطلت نكاحها الذي أحصنها وهو المشهور)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن ردتها لا تبطل إحلالها فقال: (...وكذلك إن ارتدت هي بعد أن أحلها ففي "كتاب محمد" أنها لا تحل بذلك لزوج قبله، وعلى قول غيره تحل، وهو أحسن في المسألتين جميعًا)⁽³⁾.

(1) مختصر خليل: ص323.

(2) الدرر في شرح المختصر: ص2348.

(3) التبصرة: 2095/5.

الفصل الثاني:

خلاف اللخمي للمذهب في باب الطلاق

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: كتاب العدة وطلاق السنة

المبحث الثاني: كتاب الأيمان بالطلاق

المبحث الثالث: كتاب إرخاء الستور

المبحث الرابع: كتاب التخيير والتمليك

المبحث الأول: كتاب العدة وطلاق السنة

المطلب الأول: في عدة الأمة التي لم تر الحيض لصغرها، واليائسة في الطلاق.

الفرع الأول: صورة المسألة.

العبيد لهم بعض الأحكام التي تخصهم دون الأحرار في أحكام النكاح فإذا طلقت الأمة وهي صغيرة لم تر الحيض أو يائسة من الحيض فهل تكون عدتها مثل الحرة؟ أم غير ذلك؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من لم تر الحيض لصغرها واليائسة عدتها في الطلاق ثلاثة أشهر بنص القرآن، ولا فرق في ذلك بين الحرة والأمة في مشهور المذهب.

قال في تهذيب المدونة: (وعدة الأمة وأم الولد ومن فيها بقية رق في الطلاق إذا كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر ومثلها يوطأ وقد دخل بها ثلاثة أشهر، وإن كانت ممن تحيض فحيضتان كان الزوج في ذلك حراً أو عبداً⁽¹⁾).

وقال خليل: (... وإن لم تميز أو تأخر بلا سبب، أو مرضت تربصت تسعة أشهر ثم اعتدت بثلاثة كعدة من لم تر الحيض واليائسة ولو برق)⁽²⁾.

وقال بهرام: (يعني أن الثلاثة أشهر التي تمكثها غير المميزة ومن معها بعد التسعة الأشهر هي كعدة الصغيرة التي لم تر الحيض واليائسة التي قعدت، فلا خلاف أن عدة هاتين ثلاثة أشهر، وسواء كانت حرة أو أمة، ولهذا قال "ولو برق" وهو المشهور)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن الأمة الصغيرة التي لم تحض واليائسة تعتدان في الطلاق شهرين وخمس ليال، قال: (واختلف إذا عدت-أي الأمة- الحيض على ثلاثة، فليل: تعتد بشهرين وخمس ليال، وإن كانت شابة يخشى منها الحمل، وهو قول ابن القاسم في العتبية، وقيل: لا يبرئها إلا

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 371/1.

(2) مختصر خليل: ص 173.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1205-1204/3.

ثلاثة أشهر، وهو أحد قولي مالك، والثالث: أنها إن كانت ممن يخشى منها الحمل فثلاثة أشهر، وإن كانت صغيرة أو يائسة... فشهران وخمس ليال على النصف، وهو أحسنها⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

اختار اللخمي القول الوسط بين الأقوال التي ذكرها، ففي حالة كون الأمة ممن لا يخشى منها الحمل راعى اللخمي كونها مخالفة للحرمة في أحكام عدتها فلم ير تطويل العدة عليها، وفي حال كونها يخشى منها الحمل غلب جانب الاحتياط للأنساب فجعل عدتها كالحرمة اليائسة ثلاثة أشهر وهي أقل مدة يتبين فيها الولد في الحمل.

(1) التبصرة: 2205/5 بتصرف.

المطلب الثاني: في عدة زوجة المفقود.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا انتهى الأجل الذي ضرب للمفقود ولم يعد اعتدت زوجته لتحل للأزواج، فما هو مقدار عدتها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

لزوجة المفقود أن ترفع أمرها إلى القاضي، أو الوالي أو من ينوب عنه، فإذا رفعت أمرها واجتهد القاضي أو من رفعت إليه أمرها في الكشف عنه فلم يظهر خبره ضرب له أجل أربع سنين من يوم العجز عن خبره إن كان حراً وله مال ينفق منه عن زوجته في مدة الأجل، ثم تعد كعدة المتوفى عنها زوجها وسواء في ذلك بنى بها أم لا.

قال في تهذيب المدونة: (ولا يضرب السلطان لامرأة المفقود أجل أربع سنين إلا من يوم ترفع إليه، وإن لم تقم إلا بعد سنين، ولا تعد أربع سنين بغير أمره، وإنما يضرب هذا بعد الكشف عنه، فإن علم إلى أي جهة خرج كتب إليها في الكشف عنه، فإذا يئس من علم خبره ضرب من يومئذ للحر أربع سنين وللعبد حولين، ثم تعد هي بعد ذلك دون أمر الإمام كعدة الوفاة، كان قد بنى بها أم لا، وعليها الإحداد)⁽¹⁾.

وقال خليل: (ولزوجة المفقود الرفع للقاضي، والوالي، ووالي الماء، وإلا فلجماعة المسلمين فيؤجل الحر أربع سنين إن دامت نفقتها، والعبد نصفها من العجز عن خبره، ثم اعتدت كالوفاة)⁽²⁾.

وقال بهرام: ("ثم اعتدت كالوفاة": هو مذهب المدونة وغيرها وسواء دخل بها أم لا)⁽³⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 381/1.

(2) مختصر خليل: ص 175.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1217-1216/3.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن زوجة المفقود تعد بأقصى الأجلين: أربعة أشهر وعشر مع ثلاث حيض؛ لأن أمره محتمل للوفاة فتكون عدة وفاة، ومحتمل للحياة فتكون عدة طلاق، قال: (وأرى أن تعد بأقصى الأجلين أربعة أشهر وعشرًا مع ثلاث حيض؛ لأن أمره متوقف بين ثلاثة أوجه: إما أن يكون حيًّا فهو طلاق، أو ميتًا وهي الآن في عدة منه فتعد عدة الوفاة، أو قد انقضت عدتها فلا شيء عليها)⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بمراعاة الاحتمالين؛ احتمال حياته فتكون في عدة طلاق منه، واحتمال وفاته فتكون في عدة وفاة.
تعليق: حجة مذهب المدونة في اعتداد امرأة المفقود كعدة الوفاة قضاء أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه⁽²⁾.

(1) التبصرة: 2207/5.

(2) المدونة: 31/2، والموطأ: 4/828، باب ما جاء في عدة التي تفقد زوجها، حديث رقم: 2134.

المطلب الثالث: في إحداد امرأة المفقود على زوجها.

الفرع الأول: صورة المسألة.

المفقود زوجته تعتد في قضاء عمر بن الخطاب والفتى به من المذهب كعدة المتوفى عنها زوجها، فهل عليها الإحداد كذلك رغم عدم تيقن وفاة زوجها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مذهب المدونة أن زوجة المفقود يجب عليها الإحداد كالمتوفى عنها زوجها.

قال في تهذيب المدونة: (... فإذا يئس من علم خيره ضرب من يومئذ للحر أربع سنين وللعبد حولين، ثم تعتد هي بعد ذلك دون أمر الإمام كعدة الوفاة، كان قد بنى بها أم لا، وعليها الإحداد)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وتركت المتوفى عنها فقط-أي دون المطلقة- وإن صغرت ولو كتابية ومفقودا زوجها التزين)⁽²⁾.

ومعنى كلام خليل أن الفتى به في المذهب- وهو إما الراجح وإما المشهور- أن زوجة المفقود عليها الإحداد لكنه أتى به بعد لفظ "لو" إشارة إلى وجود خلاف مذهبي في المسألة⁽³⁾

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي بأنها ليس عليها الإحداد، قال: (وقال أشهب في كتاب محمد في المفقود تعتد زوجته أربعة أشهر وعشرًا: عليها الإحداد، وقال عبد الملك في المبسوط: لا إحداد عليها؛ لأن الإحداد إنما يقع بحقيقة الموت، ولعله في المفقود طلاق، وهذا أحسن والأول أحوط، لإمكان أن يكون وافقت هذه الأشهر الموت)⁽⁴⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 381/1.

(2) مختصر خليل: ص 175.

(3) للاستزادة تنظر مقدمة مختصر خليل حيث بيّن فيها رحمه الله اصطلاحاته فيه.

(4) التبصرة: 2205/5.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

راعى اللخمي كون الوفاة غير متيقنة فلم يوجب عليها الإحداد وفاقا لعبد الملك، ورأى احتمال الموت وارد فجعل الإحداد أحوط لها على القول الآخر ومعلوم أن الاحتياط لا يكون واجبا.

المطلب الرابع: عدة المستحاضة غير المميزة في الطلاق.

الفرع الأول: صورة المسألة.

المستحاضة التي ليس لها تمييز بين دم الاستحاضة ودم الحيض ما عدتها في الطلاق؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

المستحاضة إما مميزة تميز بين دم الحيض ودم الاستحاضة وهذه تعدد بالقروء.

وإما غير مميزة فهذه تمكث تسعة أشهر استبراء، ثم ثلاثة أشهر عدة.

قال في تهذيب المدونة: (ويطلق المستحاضة متى شاء وعدتها سنة، كان في ذلك يطؤها أم لا، وله رجعتها ما لم تنقض السنة، فإذا مضت السنة حلت للأزواج، إلا أن ترتب فتنقيد إلى زوال الرية، وإن كان لها قرء يعرف تحراه فطلقها عنده)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وإن لم تميز أو تأخر بلا سبب أو مرضت تربصت تسعة أشهر ثم أعتدت بثلاثة)⁽²⁾.

وقال بهرام: (أي وإن لم تكن المستحاضة مميزة بين الدمين تربصت تسعة أشهر استبراء ثم ثلاثة أشهر عدة)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنها تعدد بثلاثة أشهر، فقال: (سعيد بن المسيب: عدة المستحاضة سنة. وإليه ذهب عبد الملك في المبسوط، قيل: أتعد تسعة أشهر ثم ثلاثة؟ قال: بل سنة. وقال ابن القاسم في "المدونة": عدتها ثلاثة أشهر بعد التسعة الاستبراء. وقيست المرتابة عليها، وقد اختلف الناس فيهما جميعاً، فقال عكرمة وقتادة والشافعي: عدة المستحاضة ثلاثة أشهر. وذكر الداودي⁽¹⁾ في "النصيحة" قولاً آخر: أنها تعدد بستة أشهر تختبر بثلاثة، فإن لم تر دمًا اعتدت بثلاثة أشهر.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 371/1.

(2) مختصر خليل: ص 173.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1203/3.

والقول إن العدة في ذلك ثلاثة أشهر أحسن؛ لأن الله ﷻ أباح المعتدة إذا لم تكن حاملاً بوجهين: بالحيض لأنه دليل على براءة الرحم، فإن لم يكن فبمضي مدة يتبين فيها الحمل، وهو ثلاثة أشهر، فإن مضت هذه المدة ولم يتبين حمل كان دليلاً على براءة الرحم وحلت فيه، وهذا يستوي فيه معهن المرتابة والمستحاضة، فأما أن تنتظر تسعة أشهر وهو أمد الوضع، فإذا لم تر شيئاً رجعت إلى ثلاثة أشهر وهو أمد الظهور - فلا وجه له⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

رأى اللخمي أن المستحاضة التي لم تميز في معنى التي لم تحض وأنه ليس عليها إلا ثلاثة أشهر وهي أقل ما يتبين فيه الحمل، وضَعَفَ القول بأنها تنتظر تسعة أشهر ثم تعد بثلاث. تعليق: ذكر اللخمي في هذه المسألة قول عكرمة وقتادة والشافعي واختاره، وهذا على غير عادته في كتابه التبصرة فإنه نادراً ما يتعرض للخلاف خارج المذهب.

(1) أحمد بن نصر الداودي أبو جعفر الأزدي، أخذ عنه أبو عبد الله البويهي، وأبو بكر ابن أبي محمد بن أبي زيد القيرواني، وأبو علي بن الوفاء وغيرهم، وكان من أئمة المالكية بالمغرب، بطرابلس ثم تلمسان، وكان فقيهاً فاضلاً عالماً متيقظاً، له حظٌّ في اللسان والجدل، وله تأليف منها: النامي في شرح الموطأ أملاه بطرابلس، وشرح صحيح البخاري، والراعي في الفقه، وكتاب الأموال والإيضاح في الرد على البكرية، وكتاب الأصول، وكتاب البيان وغير ذلك، توفي سنة 402 هـ. ترتيب المدارك: 102 / 7، وشجرة النور الزكية: 1 / 110، والديباج المذهب: 1 / 165، ومعجم المؤلفين: 2 / 194.

(2) التبصرة: 2194/5-2195.

المطلب الخامس: عدة المرضع والمريضة في الطلاق.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا تأخر حيض المرأة بسبب الرضاع أو المرض فكيف تكون عدتها في الطلاق؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من تأخر حيضها بسبب الرضاع فإنها تنتظر أقرائها ولو تأخر ذلك إلى ما بعد الفطام.

قال خليل: (تعتد حرة... بثلاثة أقرء... ولو اعتادته في كالسنة أو أرضعت)⁽¹⁾.

وقال بهرام: ("أو أرضعت" ابن المواز⁽²⁾: لم يختلف قول مالك وأصحابه أن المرضع لا تعتد بالسنة وعليها أن تنتظر الأقرء الثلاثة ما دامت ترضع حتى تطفم ولدها أو ينقطع رضاعها فتأتنف ثلاث حيض)⁽³⁾.

وأما التي ارتفع حيضها بسبب المرض فاختلف فيها⁽⁴⁾ فقليل تمكث تسعة أشهر ثم تعتد بثلاثة وهو قول ابن القاسم وابن عبد الحكم وأصبع وروي مثله عن مالك، وهذا القول هو الذي اقتصر عليه خليل في مختصره، قال: (وإن لم تميز أو تأخر بلا سبب أو مرضت تربصت تسعة أشهر ثم اعتدت بثلاثة)⁽⁵⁾.

وقال أشهب هي كالمرضع، واختاره ابن المواز.

(1) مختصر خليل: ص 173 بتصرف.

(2) محمد بن إبراهيم بن زياد أبو عبد الله الإسكندري المعروف بابن المواز، كان راسخاً في الفقه والفتيا عالماً في ذلك، من أشهر فقهاء المالكية، تفقه بابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبع، وله كتابه المشهور الكبير المعروف بالموازية وهو من أجل أمهات كتب المالكية، توفي سنة 269هـ، وقيل سنة 281 هـ. ترتيب المدارك: 4 / 167، وشجرة النور الزكية: 102/1، والديباج المذهب: 2 / 166، وسير أعلام النبلاء: 6/13.

(3) الدرر في شرح المختصر 3/1203.

(4) المصدر نفسه: 3/1204.

(5) مختصر خليل: ص 173.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

سوّى اللخمي بين المستحاضة والمريضة والمرضع في العدة فقال: (ويلزم من قال في المستحاضة: إن عدتها ثلاثة أشهر، أن يقول مثل ذلك في المريضة والمرضع)⁽¹⁾، وتقدم في الفرع السابق أن اللخمي يرى عدة المستحاضة غير المميزة ثلاثة أشهر.

(1) التبصرة: 2195/5.

المطلب السادس: عدة المستحاضة والمرتابة في الوفاة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملا، فإذا حدث للمرأة ما يجعلها في شك من براءة الرحم كأن يتأخر حيضها أو تستحاض فلا تميز أو غير ذلك من أنواع الريبة فهل تكفي بالأربعة أشهر وعشر؟ أم تعدد بغير ذلك؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

عدة الحرة غير الحامل في الوفاة أربعة أشهر وعشر ليال بأيامها، ويستثنى من ذلك حالات بسبب الشك في براءة الرحم، كالتى عادتھا أنها تحيض في الأربعة أشهر وعشر وتأخر حيضها، أو استحيضت ولم تميز، أو ارتابت في الحمل، وحكم هؤلاء أنهن ينتظرن تسعة أشهر أو الحيضة.

قال خليل: (... وإلا فأربعة أشهر وعشر، وإن رجعية إن تمت قبل زمن حيضتها، وقال النساء لا ريبة بها، وإلا انتظرتها إن دخل بها)⁽¹⁾:

وقال المجلسي: ("وإلا" تتم العدة قبل زمن حيضتها بأن كانت تحيض أثناءها ولم تحض، أو استحيضت ولم تميز، أو تأخرت لمرض على ما مر لابن رشد أنه الراجح، أو تمت قبل زمن حيضتها، لكن قال النساء بها ريبة حمل-ومثله إن لم يقلن شيئا-أو ارتابت هي من نفسها "انتظرتها" أي الحيضة، فإن حاضت قبل تمام تسعة أشهر حلت، فإن مضت لها تسعة أشهر ولم تحض حلت إن لم تزد الريبة)⁽²⁾.

وقال بهرام: (يريد: أن كون المتوفى عنها تحل بمضي أربعة أشهر وعشر مقيد بما إذا كانت تلك المدة قد تمت قبل أن تنقضي عادتھا التي من شأنها أن ترى الحيض فيها، لأنها حينئذ لا استرابة عندها، فإذا كان من شأنها أن ترى الحيض في كل ستة أشهر فتوفى عنها زوجها بإثر طهرها نظر النساء فإن قلن لا ريبة بها حلت، وإن كان من شأنها أن ترى الحيض في أقل من

(1) مختصر خليل: ص 174.

(2) لوامع الدرر: 528/7.

مقدار أمد العدة فلم تر في الأربعة أشهر والعشر شيئاً انتظرت الحيضة، يريد: أو تسعة أشهر، وهذا هو المشهور⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن المستحاضة والمرتابة تعتدان أربعة أشهر وعشر، قال: (واختلف في ثلاث مسائل: المستحاضة، والمرتابة بتأخر الحيض، ومن عادتھا الحيض لأبعد من أربعة أشهر وعشر. فقبل في المستحاضة، والمرتابة بتأخر الحيض: تعتد أربعة أشهر وعشرًا، وقيل: تسعة أشهر، وهو أمد الوضع، والأول أحسن لوجهين، أحدهما: عموم الآية في قوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ﴾ الآية⁽²⁾

والثاني: أنها إنما ألزمت التربص إلى أمد حركة الولد، فلا يلزمها أن تنتظر أمد الوضع. واختلف أيضا في التي عادتھا أتمّا تحيض في كل خمسة أشهر أو ستة أو أبعد من ذلك حيضة، هل تحل بمضي أربعة أشهر وعشر، أو تنتظر الحيضة؟ والأول أحسن؛ لأنها إنما ألزمت أن تطلب دليلاً واحداً وهو الحركة فلا يلزمها أن تطلب دليلاً آخر وهو الحيض⁽³⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي رأي.

احتج اللخمي لما ذهب إليه بعموم النص في آية العدة التي نصت على الأربعة أشهر وعشر في كل متوفى عنها زوجها، ولم يستثن الحامل لأنه لا يتوهم دخولها للنص عليها، ورأى أن هؤلاء المعتدات إنما هن مطالبات بدليل واحد وهو حركة الجنين وهي تبين في هذه المدة فلا يلزمهن غيره.

(1) الدرر في شرح المختصر: 3/1211-12123.

(2) البقرة: 234.

(3) التبصرة: 5/2202-2203.

المطلب السابع: في عدة زوجة من كان قائم الذكر ذاهب الأنثيين.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من كان خصياً قائم الذكر ذاهب الأنثيين وطلق زوجته بعد أن دخل بها فهل على زوجته أن تعتد لطلاقه؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

المقصود الأعظم من العدة معرفة براءة الرحم، ومن كان ذاهب الأنثيين قائم الذكر أشكل أمره على أهل العلم قديماً هل يولد له أم لا يولد له؟ لذلك فإن الإمام مالك عندما سئل عن من هذه حاله هل يلحق به الولد أحال على أهل المعرفة⁽¹⁾، والعدة في الطلاق تبع لإمكان حصول الولد، ولذلك فإن الصبي الذي لا يولد لمثله لا تعتد امرأته ولو كان دخل ووطء. وقد بحث القاضي عياض هذه المسألة وبين فيها المذهب، قال: (وأما الخصي فإن كان قائم الذكر كما قال في كتاب النكاح، أو معه بعضه كما يفهم من كلام أشهب هنا - وهو مقطوع الأنثيين أو باقيهما أو أحدهما أو اليسرى منهما على اختيار ابن حبيب - فهذا هو الخصي الذي قال في الكتاب: يسأل أهل المعرفة إن كان يولد لمثله؛ لأنه يشكل إذا قطع بعض الذكر دون الأنثيين، أو الأثيان أو أحدهما دون الذكر، فهل ينسل وينزل أم لا؟ وإن كان ابن حبيب فصل هذا فقال: إن كان ممسوحاً فلا عدة عليها ولا يلحق به ولد، وتحد امرأته إن جاءت بولد، وإذا بقي معه أنثياه أو اليسرى منهما وبقي معه من العسيب بعضه فالولد لاحق به؛ لأنه يرى أن الماء من الأنثيين والولد من اليسرى منهما، وما بقي معه من العسيب يمكنه به الوطاء.

وانظر قول أشهب هنا: (لأنه يصيب بما بقي من ذكره)، هل "من" للتبعيض، ويكون بعضه؟ أو للبيان، ويريد جميعه؟ وكلاهما على مذهب الكتاب ومذهب ابن حبيب سواء، وإنما

(1) المدونة: 26/2.

يختلف في نقص الأنثيين أو أحدهما؛ فمذهب الكتاب الإحالة على سؤال أهل المعرفة عن صفة حاله من الحاجة للنساء، وابن حبيب الاحتمال على علم أهل الطب وعلم التشريح⁽¹⁾.
واختصر خليل على مذهب المدونة فقال: (وروجع النساء في قدر الحيض هنا هل هو يوم أو بعضه؟ وفي أن المقطوع ذكره أو أنثياه يولد له فتعتد زوجته أو لا؟)⁽²⁾.
وقد اعترض على خليل في ذكره للنساء بدل أهل المعرفة، وأجاب⁽³⁾ مصطفى الرماسي أن المعرفة في هذا الشأن ترجع للنساء وأنه لا مخالفة بين قول عياض وقول خليل لأن عياض جعل قول ابن حبيب بالرجوع إلى أهل الطب والمعرفة خلاف مذهب المدونة فلم يبق إلا معرفة الولادة وهذا باب النساء.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

يرى اللخمي أن مقطوع الأنثيين لا عدة على مطلقته، قال: (واختلف إذا كان قائم الذكر ذاهب الأنثيين فطلق بعد البناء، فقليل: عليها العدة لأنه يصيب. وقال ابن حبيب: لا يولد له. وهذا هو المعلوم وما علم أنه وُلد لمن ذكر، وإذا كان ذلك لم يكن عليها عدة؛ لأن العدة إنما كانت لما يخشى من الحمل ليس بمجرد الوطاء، ولو كان ذلك لوجبت العدة من وطاء الصبي، فهو يصيب اليوم ثم يطلق فلا يكون عليها عدة، ويصيب غدًا، وقد احتلم فتكون عليها العدة)⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرايه.

رأى اللخمي أن الملاحظ والمعلوم من حال الناس أن مقطوع الانثيين لا يولد له وعليه فلا عدة على مطلقته.

(1) التبيهاات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن يحيى السبتي، تحقيق: الدكتور محمد الوثيق، والدكتور عبد النعيم حميتي، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط: 1، 1432 هـ - 2011 م: 759/2-760.

(2) مختصر خليل: ص 174.

(3) انظر شرح الزرقاني على خليل وحاشية البناي: 363/4.

(4) التبصرة: 2216/5.

تعليق: ما ذهب إليه اللخمي له ما يبرره في علم الأحياء، غير أن إرجاع الأمر إلى أهل المعرفة وهم في زماننا أهل الطب والتشريح كما اختار ابن حبيب أفضل لأن حالات الأمراض كثيرة ومتشعبة، وأحيانا تكون الفروق فيها دقيقة جدا، وعليه فالإرجاع إلى أهل الاختصاص والخبرة الموثوقين في ذلك أفضل وأقطع للنزاع، والله أعلم.

المطلب الثامن: في اختلاف الزوجين في الطلاق هل هو في الحيض أم في الطهر؟
الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا اختلف الزوجان في الطلاق فقالت المرأة طلقني في الحيض وقال الرجل أنه طلقها في الطهر فمن يقبل قوله؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

لا يجوز الطلاق في الحيض، فإن طلق فيه وقع وأجبر على الرجعة.
وإذا اختلف الزوجان في الطلاق فقالت المرأة طلقني وأنا حائض، وقال الرجل طلقتك وأنت طاهر فإن القول قول المرأة، قال خليل: (وصدقت أنها حائض)⁽¹⁾.
وهذا الذي ذكره خليل هو قول ابن القاسم وسحنون، ولابن القاسم قول آخر: أنه مصدق عليها.

قال خليل - عند قول ابن الحاجب [والقول قولها أنها حائض، ولا تكشف]⁽²⁾ -: (يعني: إذا اختلفا فقالت: طلقني وأنا حائض، فقال: بل وأنت طاهر، فلا تكشف بالاتفاق، قاله ابن عبد السلام، واختلف هل تصدق عليه كما في عيوب الفرج ويجبر على الرجعة؟ وإليه ذهب ابن القاسم وسحنون.
أو لا تصدق عليه ويكون القول قوله؟ وهو أيضاً لابن القاسم ووجهه أنه ادعى حلالاً وادعت حراماً)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن القول قول الزوج فقال: (واختلف إذا اختلفا، فقالت: طلقني وأنا حائض، وقال: طلقتك وأنت طاهرة فقال ابن القاسم في العتبية: القول قول الزوج، وقال

(1) مختصر خليل: ص 151.

(2) جامع الأمهات: ص 292.

(3) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: 322/4.

سحنون في السليمانية: القول قولها، ويجبر على الرجعة؛ لأنها مؤتمنة على دينها وحيضها وهو لا يعلم حيضها إلا بما أخبرته، وأنكر قول ابن القاسم أن يكون القول قوله. وأرى أن يقبل قوله، ولأنه لا يخفى على الزوج الوقت الذي تكون فيه طاهرًا من الوقت الذي تكون فيه حائضًا، فكان القول قوله إنه أوقع ذلك في وقت جائز له، وهي مدعية أن لها عليه في ذلك حقًا⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي ما ذهب إليه بأن الزوج لا يخفى عليه الوقت الذي تكون فيه الزوجة طاهرا أو حائضا، وأما هي فيضعف قولها لأنها مدعية أن لها عليه حقا.

(1) التبصرة: 2189/5-2190.

المطلب التاسع: في حلول أجل المولي في الحيض.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا حل أجل المولي في الحيض فهل تطلق عليه زوجته فيه أم ينتظر بها الطهر؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من حلف على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر، فإنه يمهل أربعة أشهر من يوم حلفه، فإن أبي الوطاء فلزوجته أن ترفعه إلى القاضي ليأمره بالفيئة، فإن أبي فإنه يطلق عليه عند تمام الأجل ولو كانت الزوجة حينئذ حائضاً إذا بقيت الزوجة على طلبها ولم ترض بالمقام معه بلا وطء، وإذا طلق على المولي في الحيض فإنه يجبر على الرجعة، وهذا هو المشهور في المذهب.

قال خليل: (وعجل فسخ الفاسد في الحيض والطلاق على المولي وأجبر على الرجعة)⁽¹⁾

وقال المجلسي: (يعني أن المولي إذا حل أجل إيلائه وامرأته التي آلى منها حائض ولم يف بالوعد إذ فيئته بالوعد فإنه يعجل عليه الطلاق بالكتاب رواه ابن القاسم، ابن المواز وبه أقول، وإذا طلق عليه أجبر على الرجعة بالسنة... وما درج عليه المص-أي المصنف خليل-صرح ابن عرفة وغيره أنه المشهور⁽²⁾ (3)).

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه لا يعجل طلاق المولي في الحيض، فقال: (واختلف عن مالك في المولي هل تطلق عليه في الحيض؟ وألا تطلق عليه أحسن؛ لأن الطلاق عند تمام الأربعة الأشهر من حق الزوجة، فهي إذا قامت بالطلاق فطلق عليه أجبر على الرجعة وبقيت في العصمة حتى تطهر فلم يفدها ذلك الطلاق شيئاً، وفيه على الزوج ضرر)⁽⁴⁾.

(1) مختصر خليل: ص 151.

(2) المختصر الفقهي لابن عرفة: 321/4.

(3) لوامع الدرر: 87/7 بتصرف.

(4) التبصرة: 2188/5.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي في ما ذهب إليه أن الزوج يجبر على الرجعة فلا تستفيد المرأة من الطلاق، وفيه ضرر على الزوج.

المطلب العاشر: في حكم الخلع من غير شأن بين الزوجين.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا كان كلا الزوجين مؤد لحق صاحبه فهل يكون الخلع بينهما جائزاً أم مكروهاً؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

الخلع جائز في مشهور المذهب، قال خليل: (جاز الخلع)⁽¹⁾.

وقال المجلسي: (يعني أن الخلع جائز من غير كراهة على المشهور خلافاً لابن القصار

القائل بكراهته، والحجة للمشهور قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ

إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾⁽²⁾.

وقال الشارح-أي بهرام-: (المذهب جوازه... لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ

بِهِ﴾⁽³⁾، ولما في الموطأ من حديث⁽⁴⁾ حبيبة زوجة ثابت بن قيس⁽⁵⁾، فلولا أنه جائز لما أباح له

النبي ﷺ الأخذ منها)⁽⁶⁾.

وقال القرطبي⁽⁷⁾: (والذي عليه الجمهور من الفقهاء أنه يجوز الخلع من غير اشتكاء ضرر،

(1) مختصر خليل: ص 147.

(2) النساء: 128.

(3) البقرة: 229.

(4) الموطأ: 4/809، باب ما جاء في الخلع، حديث رقم: 2082.

(5) حبيبة بنت سهل بن ثعلبة بن الحارث بن زيد بن ثعلبة بن غنم بن مالك بن النجار، الأنصارية. الإصابة: 81/8،

والاستيعاب: 4/1809.

وزوجها الصحابي الجليل ثابت بن قيس بن شماس بن مالك بن امرئ القيس الخزرجي، أبو عبد الرحمن ويقال أبو

محمد المدني، خطيب النبي ﷺ. روى عن النبي ﷺ، وروى عنه أولاده وأنس بن مالك. شهد له النبي ﷺ بالجنة، شهد

بدرأ والمشاهد كلها. أسد الغابة: 1/275، والإصابة: 1/511، وتهذيب التهذيب: 2/12.

(6) لوامع الدرر: 2/7.

(7) محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري، أبو عبد الله القرطبي، الإمام المفسر، كان زاهدا عابدا حسن التصنيف،

رحل إلى المشرق، واستقر بمصر، من كتبه: الجامع لأحكام القرآن، والتذكرة بأحوال الموتى وأمور الآخرة، توفي سنة

671هـ. شجرة النور الزكية: 1/282، ونفح الطيب للمقري: 2/210، ومعجم المفسرين: 2/479، والأعلام:

كما دل عليه حديث البخاري⁽¹⁾ وغيره، وأما الآية⁽²⁾ فلا حجة فيها، لأن الله ﷻ لم يذكرها على جهة الشرط، وإنما ذكرها لأنه الغالب من أحوال الخلع، فخرج القول على الغالب، والذي يقطع العذر ويوجب العلم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي كراهة الخلع إذا كان كل واحد من الزوجين مؤدياً لحق صاحبه، وقصر الجواز على حالة الشنآن، قال: (وأجاز مالك الخلع، وهو طليقة بائنة، وذكر أبو الحسن ابن القصار في تضاعيف كلام له أن ذلك يكره، وهو أحسن إذا كان كل واحد من الزوجين مؤدياً لحق صاحبه، وإن كان على غير ذلك من الشنآن وفساد الدين لم يكره، ولا يعترض إذا كان على غير ذلك بحديث⁽⁵⁾ ثابت بن قيس بن شماس؛ لأنها ذكرت أنها لا تستطيع المقام معه، وقالت: أخاف الكفر بعد الإيمان⁽⁶⁾).

322/5، ومعجم المؤلفين: 239/8.

(1) يقصد الحديث السابق في قصة امرأة ثابت بن قيس؛ وقد أخرجه البخاري: 46/7، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، حديث رقم: 5273.

(2) يقصد قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ البقرة: 229.

(3) النساء: 4.

(4) الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط: 2، 1384هـ - 1964م: 140/3.

(5) قولها: "أخاف الكفر بعد الإيمان" وردت بلفظ: "إِلَّا أَيْ أَخَافُ الْكُفْرَ"، ذكره البخاري في نفس باب الخلع وكيف الطلاق برقم: 5276.

(6) التبصرة: 2148/5.

المبحث الثاني: كتاب الأيمان بالطلاق

المطلب الأول: في من قال لزوجته إذا حضت فأنت طالق.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من قال لزوجته إذا حضت فأنت طالق، فهل تطلق عليه بنفس اللفظ أم أن الأمر يُحتاج فيه إلى حكم الحاكم؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من علق طلاق امرأته على أمر غالب الوقوع كقوله لها: إن حضت أو إذا حضت فأنت طالق طلقت مكانها إن كانت ممن تحيض، أو ممن يتوقع منها الحيض في المستقبل كالصغيرة التي لما تحض بعد.

قال في تهذيب المدونة: (وإن قال لها: إذا حضت أو إن حضت فأنت طالق، لزمه الطلاق مكانه)⁽¹⁾.

وقال خليل: (أو غالب كإن حضت)⁽²⁾.

وقال الدردير: ("أو" علق على "غالب" وقوعه "كإن حضت" أو إذا حضت فأنت طالق فينجز عليه بمجرد قوله ذلك تنزيلا للغالب منزلة المحقق إذا كانت ممن تحيض أو يتوقع حيضها كصغيرة لا آيسة)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من قال إذا حضت فأنت طالق لا يلزمه الطلاق مكانه بنفس اللفظ إلا أن يرفع إلى حاكم لأنه مختلف فيه، قال: (واختلف إذا قال: إذا حضت فأنت طالق، فقال مالك وابن القاسم: يلزمه الطلاق مكانه حين تكلم بذلك فأوقع الطلاق بنفس اللفظ من غير حكم، وقال أشهب في كتاب محمد: لا شيء عليه حتى تحيض وهو قول المخزومي وابن وهب وابن عبد الحكم، وقيل في هذا الأصل: لا يقع عليه الحنث بنفس اللفظ إلا أن يرفع ذلك إلى

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 340/1.

(2) مختصر خليل: ص 157.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 391/2.

حاكم فيحكم عليه بالطلاق، وهو أحسن؛ لأنه أمرٌ مختلف فيه، والحكم يرفع الاختلاف، وقد اختلف أهل العلم في الطلاق إلى أجل هل يعجل؟⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي ما ذهب إليه بوقوع الخلاف في المسألة في المذهب وعليه فلا بد من الرجوع إلى حكم حاكم يرتفع به الخلاف.

(1) التبصرة: 2601/6.

المطلب الثاني: في من قال لزوجته في طهر مسها فيه إذا حملت فأنت طالق.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من قال لزوجته إن حملت فأنت طالق وهي في طهر مسها فيه وأنزل فهل تطلق مكانها أم لا تطلق حتى يتبين أمرها من الحمل وعدمه؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من كانت هذه حالها طلقت مكانها للشك في العصمة بسبب الشك في الحمل. قال في تهذيب المدونة: (وإن قال لها: إذا حملت فأنت طالق، لم يُمنع من وطئها مرة واحدة، ثم تطلق حينئذ)⁽¹⁾.

وقال خليل: (أو إن حملت إلا أن يطأها مرة، وإن قبل يمينه)⁽²⁾.

وقال الدردير: ("أو" قال لها "إن حملت" فأنت طالق فلا شيء عليه لتحقق عدم حملها "إلا أن يطأها" وينزل وهي ممكنة الحمل "مرة" وأولى أو أكثر "وإن" كان الوطاء "قبل يمينه" ولم يستبرئها فينجز عليه لحصول الشك في العصمة)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنها لا تطلق مكانها ويوقف عنها حتى يتبين أمرها ولا ترفع العصمة بالشك، ولأن في طلاقها بالشك إباحتها لآخر بالشك فكان بقاؤها أولى، قال: (ومن قال: إن كنت حاملاً فأنت طالق، أو إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق، فإن كانت في طهر لم يمس فيه أو مس ولم ينزل كان محلها على البراءة من الحمل... واختلف إذا أنزل ولم يعزل على أربعة أقوال، فقال مالك في المدونة: هي طالق مكانها لأنه في شك من حملها، وسواء قال: إن كنت حاملاً أو إن لم تكوني حاملاً. وقال مطرف في كتاب ابن حبيب في هذا: الأصل لا يقع عليها طلاق إلا أن يوقعه الحاكم، وقول أشهب: لا شيء عليه الآن، ويؤخر أمرها حتى ينظر

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 341/1.

(2) مختصر خليل: ص 158.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 395/2.

هل هي حامل أم لا؟ وفرق أصبغ بين أن يكون على بر أو على حنث، فإن قال: إن كنت حاملاً، لم يقع عليها طلاق؛ لأنه على بر حتى يعلم أنها حامل، فإن قال: إن لم تكوني حاملاً عجل الطلاق لأنه على حنث، وأرى أن يوقف أمرها في الوجهين جميعاً، ويوقف عنها حتى يستبين أمرها، وليس من كل الماء يكون الولد، وقد سأل بعض الصحابة النبي ﷺ عن العزل لرغبتهم في الفداء، فقال: «لَا عَلَيْكُمْ أَنْ لَا تَفْعَلُوا»⁽¹⁾، فلو كان محمل الإنزال على الحمل لم يقل ذلك، فإذا أشكل الأمر لم يعجل بالطلاق ولم ترتفع عصمته بالشك، ولأن في مقابلة طلاقها بالشك إباحتها لآخر بالشك فكان بقاؤها أولى من إباحتها بالشك⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

رأى اللخمي أن طلاقها بالشك في العصمة مؤداه إلى إباحتها لغير زوجها الأول بالشك فكان بقاؤها مع الأول أولى.

(1) صحيح البخاري: 83/3، باب بيع الرقيق، حديث رقم: 2229، وصحيح مسلم: 1061/2، باب حكم العزل، حديث رقم: 1438.

(2) التبصرة: 2607/6-2608 بتصرف.

المطلب الثالث: في من قال لزوجته إذا وضعت فأنت طالق.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من قال لزوجته إذا وضعت فأنت طالق فهل تطلق مكانها أم بعد الوضع؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من علق طلاق زوجته الحامل بالوضع طلقت مكانها.

قال في تهذيب المدونة: (...أو قال لها وهي حامل: إذا وضعت فأنت طالق لزمه الطلاق في ذلك كله مكانه)⁽¹⁾.

وقال خليل: (...كإن حملت ووضع)⁽²⁾.

وقال الدردير: ("كإن" قال لها إن "حملت ووضع" فأنت طالق فلا شيء عليه إلا أن يطأها مرة وإن قبل يمينه ولم يستبرئ وإلا نبز عليه كما لو كانت ظاهرة الحمل نظرا للغاية الثانية)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من قال لزوجته إذا وضعت فأنت طالق لا شيء عليه حتى تضع، قال: (واختلف إذا قال لزوجته: إذا وضعت فأنت طالق، فقال مالك في المدونة: هي طالق حين تكلم بذلك، وقال في كتاب محمد: لا شيء عليه حتى تضعه، وهو أحسن للاختلاف في الطلاق إلى أجل، وإمكان أن يكون ريجًا أو يموت قبل الوضع)⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي في اختياره أن الطلاق إلى أجل مختلف فيه، وأن الوضع قد لا يقع بأن يتبين أن الحمل ليس حملا حقيقيا وإنما هو ريج أو يموت الجنين قبل الوضع.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 342/1.

(2) مختصر خليل: ص 158.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 396/2.

(4) التبصرة: 2609/6.

المطلب الرابع: في من قال لزوجته: أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق، وقال: أردت واحدة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يُنوى من قال لزوجته: أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق، وقال: أردت واحدة؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من أوقع الطلاق على زوجته مكرراً للفظه عاطفاً له بحروف العطف الواو أو الفاء أو ثم تكرر عليه الطلاق، فإن كرر ذلك ثلاث مرات فهو طلاق الثلاث ولا ينظر إلى نيته. قال في تهذيب المدونة: (وإن قال لامرأته: أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق، أو ثم ثم ثم فهي ثلاث ولا ينوى، قال مالك: وفي النسق بالواو إشكال، قال ابن القاسم: ورأيت الأغلب من قوله أنها مثل ثم ولا ينويه، وهو رأيي)⁽¹⁾. وقال خليل: (وإن كرر الطلاق بعطف بواو أو فاء أو ثم فتلاث إن دخل)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من قال: أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق ينوى إن أتى مستفتياً وقال: أردت واحدة، قال: (واختلف إذا قال: أنت طالق، وأنت طالق، وأنت طالق، هل يُنوى إن قال: أردت واحدة؟ فقال مالك: فيها إشكال، ووقف فيها، وقال ابن القاسم: لا ينوى، وأرى أنه لا يعطف الشيء على نفسه، وأرى أن ينوى إذا أتى مستفتياً، وليس قبح ذلك في أنه لا يعطف الشيء على نفسه مما يوجب عليه طلاقاً؛ لأنه لم ينوه؛ لأنه يقول: نويت بالثانية والثالثة الأولى، وألا يكون ثانية ولا ثالثة، فهو طلاق بغير نية)⁽³⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 343/1.

(2) مختصر خليل: ص 156.

(3) التبصرة: 2617/6.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

رأى اللخمي أن الزائد على الواحدة لفظ بلا نية فلا يلزم، وهو في ذلك على أصله في اشتراط نية الطلاق، وقد ذكرنا مذهبه في ذلك واستدلاله في مسألة الهزل في النكاح والطلاق في كتاب النكاح الأول.

المطلب الخامس: في من طلق إحدى زوجتيه وأنسي من هي منهما.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من طلق إحدى زوجتيه وأنسيها فماذا يترتب عليه في ذلك؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من طلق إحدى امرأتيه وأنسي التي طلقها منهما طلقنا عليه جميعا من غير وقف.

قال في تهذيب المدونة: (ومن قال: إحدى نسائي أو امرأة من نسائي طالق، أو كان ذلك في يمين حنث بها، فإن نوى واحدة طُلقَت التي نوى خاصة، وصُدق في القضاء⁽¹⁾ والفتيا، وإن لم ينوها أو نواها فأنسيها طلقن كلهن بغير ائتناف طلاق)⁽²⁾.

وقال خليل: (وإن شك: أهد هي أم غيرها؟ أو قال: إحداكما طالق أو أنت طالق بل أنت: طلقنا)⁽³⁾، قال عبد الباقي الزرقاني: ("وإن" أوقع الطلاق على إحدى زوجتيه بعينها و "شك أهد هي" الموقع عليها "أم غيرها" أو حلف بطلاقها فحنث ثم شك طلقنا معًا ناجزًا من غير إمهال أي وقف وقيل يمهل ليتذكر فإن ذكرها لم تطلق غيرها)⁽⁴⁾.

وقال المجلسي: (... وما مر من أن المرأتين تطلقان عن الشك هو من غير وقف، وهذا هو المذهب)⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه يمهل لعله يتذكر التي نواها، قال: (ومن قال لزوجتيه إحداكن طالق، وقال: نويت هذه صدق... ويختلف هل يطلق عليه إذا قامتا، إذ لا فائدة في الصبر، أو يتربص حتى ينقضي أجل الإيلاء، رجاء أن تصبر بعد أو يحدث لها رأي، والصبر ها هنا أحسن؛ لأنه

(1) في نسخة "دار الغد" من التهذيب لفظة [القصد] بدل [القضاء]، والمصححة من طبعة "نجيبويه".

(2) التهذيب في اختصار المدونة: 345/1.

(3) مختصر خليل: ص 160.

(4) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 219/4.

(5) لوامع الدرر: 281/7.

يرجو أن يتذكر، فإن هو طلق ونوى التي لم يكن طلق - حلنا للأزواج، وإلا طلق عليه السلطان
وئوي التي لم يكن طلق⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

رأى اللخمي أن في التربص مصلحة وهي إمكان تذكر التي طلقها فتطلق وحدها دون
الأخرى، وهو على أصله في مثل هذا أن العصمة لا تزول بالشك.
تعليل: قال الشبراخيتي⁽²⁾ رادا لكلام اللخمي: (والمذهب أنهما تطلقان بمجرد الشك، وتفصيل
اللخمي ضعيف)⁽³⁾.

(1) التبصرة: 2628/6-2629 بتصرف.

(2) برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن مرعي بن عطية الشبراخيتي، أخذ عن الأجهوري وغيره، وعنه جماعة منهم الشيخ
علي النوري، له مؤلفات منها: شرح على مختصر خليل؛ وشرح على العشماوية؛ وشرح على ألفية العراقي، مات غريقا في
النيل سنة 1106 هـ. شجرة النور الزكية: 1/ 459، والأعلام: 73/1، ومعجم المؤلفين: 111/1.

(3) لوامع الدرر: 282/7.

المطلب السادس: في من حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها إلى أجل كذا مما يرى أنه يعيش إليه.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من كان في سن الشباب وحلف بطلاق كل امرأة يتزوجها إلى أجل سماه مما يرى أنه يعيش إليه، لكنه يفوت عليه سن الشباب فهل يلزمه ذلك؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها إلى أجل كذا، وسمى أجلا مما يرى أنه يعيش إليه في الظاهر لزمه ذلك، ولو فوت عليه ذلك مرحلة الشباب والفتوة التي هو أحوج فيها إلى النساء إذا أبقى من الزمان ما ينتفع فيه بالزواج.

قال في تهذيب المدونة: (وإن قال: كل امرأة أتزوجها إلى ثلاثين سنة أو أربعين فهي طالق، فذلك يلزمه إذا أمكن أن يحيا ما أجّل من الأجل، فإن حشي العنت في التأجيل ولم يجد ما يتسرر به، فله أن ينكح ولا شيء عليه، وإن قال: إلى مائتي سنة، أو كان شيخاً فضرِبَ أجلاً يعلم أنه لا يبلغه، فلا شيء عليه)⁽¹⁾.

وقال خليل: (... كأن أبقى كثيرا بذكر جنس أو بلد أو زمان يبلغه عمره ظاهرا)⁽²⁾.

وقال بهرام: (أي: وكذا يلزمه الطلاق إذا التزمه فيما ذكر... واحترز بقوله: "يبلغه عمره ظاهرا" مما إذا ذكر ما لا يبلغه عمره من طول الزمان كمئتي سنة ونحوها مما لا يعيش إلى مثله فإنه لا شيء عليه؛ لأنه حرج ومشقة)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه إن عم المعتك من العمر و زمان الشيبية الذي هو فيه أحوج إلى النساء ويشق عليه الصبر فيه لم يلزمه شيء، قال: (وقال مالك فيمن حلف ألا يتزوج إلى أجل كذا مما

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 346/1.

(2) مختصر خليل: ص 152.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1066/2-1067.

يرى أنه يعيش إليه لزمه، وإلا لم يلزمه، وقال في غلام له عشرون سنة حلف في سنة ستين ومائة أن كل امرأة يتزوجها إلى سنة مائتين طالق، إن اليمين لازمة له، والقياس في هذا أن لا شيء عليه؛ لأنه قد عم المعتك من العمر، وزمن الشببية الوقت الذي يحتاج إليه في مثل ذلك، ويشق عليه الصبر فيه، ولم يبق إلا الموت أو قلة حراك.

وأرى: أنه لو قال: كل امرأة أتزوجها بعد ثلاثين سنة أو أربعين سنة، وهو ابن عشرين سنة، أنه يلزمه؛ لأنه أبقى لنفسه الزمن الذي يحتاج إليه لذلك، وعم زمنًا لا يلحقه في مثله مشقة، والمضرة التي تلحقه إذا حلف أنه لا يتزوج إلى أربعين سنة أعظم من المضرة التي تلحقه إذا أبقى لنفسه هذه السنين، وعلق المنع بما بعدها⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي رأيه برفع الحرج والمشقة التي تدرك الحالف بسبب منعه لنفسه من الزواج في السن التي هو فيها أحوج للنساء وهي سن الشباب.

تعليق: ردّ ابن عبد السلام كلام اللخمي بقوله: (وأشار بعض الشيوخ إلى أنه لا يعتبر في هذا الباب مبلغ العمر عادة، وإنما المعتبر عنده الزمن الذي ينتفع فيه بالجماع عادة، ويقوى الإنسان عليه؛ إذ زمن الشيخوخة لا منفعة للرجل فيه بالجماع لعدم القدرة عليه.

وهذا الكلام صحيح لو كان المعتبر عند أهل المذهب إنما هو الجماع ولم يعتبروه كما بينا، ألا ترى أنهم ما ألزموه حكم الطلاق إذا قال: كل امرأة أتزوجها وإن كان قد أبقى لنفسه التسري⁽²⁾.

(1) التبصرة: 2641/6.

(2) شرح جامع الأمهات: 154/8.

المطلب السابع: في الأمة تمكن زوجها المملوك من نفسها بعد العتق وتدعي جهلها بأن لها الخيار.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا أعتقت الأمة وهي تحت عبد كان لها الخيار في البقاء زوجة له أو مفارقتة ما لم تمكنه من نفسها، فإن مكنته وادعت جهلها بسقوط الخيار بذلك فهل تبقى على خيارها أو يسقط ما بيدها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا مكنت الأمة من نفسها بعد علمها بالعتق سقط خيارها ولو جهلت أن لها الخيار على المشهور من المذهب.

قال في تهذيب المدونة: (وإذا أعتقت الأمة تحت عبد حيل بينهما حتى تختار... ولو وطئها بعد علمها بالعتق وجهلت أن لها الخيار أو علمت فلا خيار لها بعد ذلك)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وصدقت إن لم تمكنه أنها ما رضيت)⁽²⁾.

وقال بهرام: ("أو تمكنه" أي: من نفسها حتى استمتع بها، يريد بعد علمها بالعتق والحكم فلو علمت بالعتق وجهلت الحكم فالمشهور أيضا أن خيارها يسقط وقيل لا وصححه بعض المتأخرين)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنها إن ادعت الجهل بالحكم صدقت ولم يسقط خيارها، قال: (واختلف إن قالت: علمت بالعتق وجهلت أن لي الخيار، فقال في المدونة: لا تصدق، وقال في مختصر ابن عبد الحكم: تصدق، وهو أحسن، ولعل حديث بريرة مشهور عندهم بالمدينة، ولا يحكم الآن بأنها علمت، ولا يعرف ذلك إلا أهل العلم، ولا يعرفه العوام من الرجال، وقد قال في

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 349/1 بتصرف.

(2) مختصر خليل: ص 135.

(3) الدرر في شرح المختصر: 965/2.

الذي يطلق زوجته ثلاثاً ثم يصيبها ويدعي الجهل أو يعتق أم ولده ثم يصيبها ويدعي الجهل إنه يعذر بذلك، ولا حد عليه، فإذا عذر من ادعى جهل ذلك مع اشتهاار الثلاث كانت الأمة أعذر⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بتغير حال الناس في زمانه عن زمن الإمام مالك حتى صار لا يعلم هذا الحكم إلا أهل العلم ولا يعلمه العوام.
تعليل: هذه المسألة وإن كانت في ظاهرها مخالفة لمشهور المذهب إلا أنها تعتبر مثالا لتغير الفتوى بتغير الزمان والمكان.

(1) التبصرة: 2677/6-2678.

المطلب الثامن: في ما إذا شهد رجلان على رجل بأنه طلق إحدى نسائه ونسيها.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا شهد شاهدان على رجل بأنه طلق امرأة معينة من نسائه ونسيها فماذا يترتب على الرجل في نسائه؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا شهد شاهدان على رجل بأنه طلق امرأة معينة من نسائه ونسيها لم تقبل شهادتهما ويحلف الزوج ما طلق واحدة ثم لا شيء عليه.

قال في تهذيب المدونة: (وإن شهد رجلان على رجل أنه طلق واحدة من نسائه معينة وقال: نسيها، لم تجز الشهادة إن أنكر الزوج ويحلف بالله ما طلق واحدة منهن)⁽¹⁾.
وقال خليل: (وإن شهدا بطلاق واحدة ونسيها لم تقبل وحلف ما طلق واحدة)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه يحال بينه وبين نسائه ويسجن حتى يقر بالمطلقة، قال: (وقال ابن القاسم في رجلين شهدا على رجل أنه طلق إحدى نسائه الأربع، وقال نسيها، فلا تجوز شهادتهما، ويحلف الزوج ما طلق واحدة منهن، وقال محمد: لا يمين عليه، وقال ابن القاسم في شك الشهود ونسيانهم لمن سمي في العتق يجوز بعد الموت، وقال أصبغ: رجع عنه فلا يجوز في الحياة ولا بعد الموت فأسقط الشهادة لأن كل واحدة منهن لا تدري أهى المطلقة أم لا، ولأنها لو علمت لم يصح أن يحلف أنها المطلقة.

وأرى أن يحال بينه ويسجن حتى يقر بالمطلقة لأن البينة قطعت بأن واحدة عليه حرام)⁽³⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 352/1.

(2) مختصر خليل: ص 160.

(3) التبصرة: 2691/6.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي أن البيئة قطعت بتحريم واحدة ولم تشك في ذلك، وإنما نسيا عينها ولذلك يوقف ويسجن حتى يقر بالمطلقة.

المطلب التاسع: في من قال لزوجته إن خالعتك فأنت طالق ثلاثاً.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من قال لزوجته إن خالعتك فأنت طالق ثلاثاً ثم خالعتها فهل يمضي طلاق الثلاث أو الخلع، وإذا كانت الثلاث فهل يرد لها ما أخذ منها في الخلع.

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من قال لزوجته إن خالعتك فأنت طالق ثلاثاً ثم خالعتها، فإنه يرد لها ما أخذ منها مقابل الخلع، ويمضي طلاق الثلاث.

قال في تهذيب المدونة: (وإن خالعتها على مال، ثم تبين له أنه قد أبتها قبل ذلك، أو حلف بطلاقها البتة ألا يخالعتها، أو أنه قد نكحها وهو محرم، أو أنها أخته من الرضاعة، أو ما يُقرآن عليه، أو انكشف أن بالزوج جنوناً أو جذاماً، فالخلع ماضٍ، وترجع عليه بما أخذ منها، لأنها كانت أملك بفراقه)⁽¹⁾.

وقال خليل: (ورُد المال بشهادة سماع على الضرر... أو قال: إن خالعتك فأنت طالق ثلاثاً)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من قال إن خالعتك فأنت طالق ثلاثاً ثم خالعتها مضى الخلع ولا شيء عليه في الطلاق المعلق عليه، قال: (وقد اختلف فيمن قال لعبد: إن بعتك فأنت حر، أو لزوجته: إن خالعتك فأنت طالق البتة، فباع أو خالعت، فقيل: يحنث فيهما فيعتق العبد ويرد ما أخذه في الخلع، والعتق والحنث يَسْبِقُ البيع والخلع، وقيل: لا شيء عليه؛ لأن البيع والخلع قبل العتق والحنث وهو أحسن)⁽³⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 365/1.

(2) مختصر خليل: ص 149.

(3) التبصرة: 2613/6.

وقال أيضا: (وقال مالك فيمن حلف بطلاق الثلاث إن صالح زوجته ثم صالحها: رجعت بما صالحت، وقد بانت منه، قال محمد بمنزلة من قال: إن بعثك فأنت حر، ورأى أن الحنث بالثلاث سبق الصلح وفي المنتخبة: فيمن قال: أنت طالق إن صالحتك، فصالحها حنث بطلقة اليمين، ثم وقعت عليها طلقة الصلح وهي في عدة منه يملك رجعتها، فلذلك لم يرد ما أخذ منها، وهذا مثل الأول أن طلقة الحنث سبقت الصلح.

وقد اختلف في هذا الأصل، فقيل فيمن قال: إن بعثك فأنت حر، لا شيء عليه إن باعه؛ لأن البيع سبق الحنث، والعتق وقع فيه بعد أن انتقل ملكه، وهو أحسن؛ لأنَّ الفاء في قوله: "إن صالحتك فأنت طالق" تضمنت التعقيب، وأن الطلاق إنما يقع بعد الصلح، وتضمنت الشرط، وإنما يلزم الشرط، وهو الطلاق بوجود المشروط وهو الصلح، وإذا كان ذلك لم يكن عليه أن يرد المال، وإن كانت يمينه بالثلاث⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي أن الخلع سبق الحنث وعليه فطلاق الحنث واقع على غير زوجة فلا يلزم. تعليق: وافق اللخمي ابن رشد في هذه المسألة وبين تأصيلها بقوله: (وأما إذا قال لامرأته: أنت طالق البتة أو أنت طالق واحدة وهي غير مدخول بها إن صالحتك فصالحها فذهب ابن القاسم إلى أنه يجب عليه أن يرد عليها ما أخذ منها بالمصالحة بمنزلة من قال لعبد: أنت حر ولم يقل إلى سنة إن قاطعتك فقاطعه أنه يرد عليه ما أخذ منه في المقاطعة، وحكى البرقي عن أشهب أنه لا يرد في ذلك على الزوجة شيئا مما أخذ في الصلح ولا على العبد شيئا مما أخذ منه في المقاطعة، قال: وكان يعجب بها ويقول: إنما رضي بالحنث لمكان ما أخذ منها، وكذلك أقول إنه الصحيح في النظر والقياس؛ لأنه إذا قال لامرأته أنت طالق البتة إن صالحتك فصالحها إنما يقع الطلاق عليه بالمصالحة التي جعلها شرطا لوقوعه فكانت المصالحة هي السابقة للطلاق إذ لا يكون المشروط إلا تابعا لشرطه، فإذا كانت المصالحة سابقة للطلاق مضت ولم يجب على الزوج رد ما أخذ منها، وبطل الطلاق واحدة كان أو ثلاثا لوقوعه بعد الصلح في غير زوجة،

(1) المصدر نفسه: 2542/6-2543.

وكذلك القول في قول الرجل لعبده أنت حر إن قاطعتك تمضي المقاطعة إن قاطعه لتقدمها الحرية.

ووجه ما ذهب إليه ابن القاسم على ما فسره عيسى أنه جعل الطلاق سابقا للمصالحة، فإن كان الطلاق واحدة في المدخول بها مضت المصالحة لوقوعها في العدة وملكت المرأة بها نفسها، وإن كان الطلاق واحدة أو ثلاثا في التي لم يدخل بها بطلت ورد الزوج ما أخذ فيها لأنها وقعت فارغة في غير زوجة، وهذا منكسر من قوله إذ لو تقدم الطلاق المصالحة لوجب أن يقع عليه بالمصالحة طليقة بئنة إذا كان الطلاق واحدة في التي قد دخل بها وهذا ما لا يقوله هو ولا غيره.

وجعل ابن القاسم في هذه المسألة الشرط تابعا للمشروط وإنما بناه والله أعلم على قول مالك فيمن قال لعبده إن بعتك فأنت حر فباعه أنه حر على البائع، وليس ذلك بصحيح؛ لأن قول مالك في هذه المسألة استحسان على غير قياس، والقياس فيها قول من قال: إنه لا شيء على البائع لأن العتق إنما وقع من البائع بعد حصول العبد للمشتري بالشراء، وإنما ينبغي أن تقاس هذه المسألة على قولهم فيمن قال إن اشتريت فلانا فهو حر أو إن تزوجت فلانة فهي طالق أن الحرية تلزمه بالشراء والطلاق بالتزويج لوقوع الحرية بعد الشراء والطلاق بعد النكاح على الأصل الصحيح في وقوع المشروط عقيب الشرط وباللغة التوفيق⁽¹⁾.

(1) البيان والتحصيل: 242/6-243.

المطلب العاشر: في من قال لزوجته أنت طالق واحدة إلا واحدة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الاستثناء من أساليب العرب في الكلام وله تأثيره فيه، فمن قال لزوجته أنت طالق واحدة إلا واحدة فهل ينفعه ذلك في عدم طلاقها، أم يلزمه الطلاق لأنه استغرق ما قاله أولاً فخرج عن معنى الاستثناء وكان كمن طلق و أراد الرجوع عن ذلك؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من طلق زوجته واستثنى فله ذلك إن اتصل المستثنى بالمستثنى منه ولم يستغرقه.

قال خليل: (وصح استثناء بإلا إن اتصل ولم يستغرق)⁽¹⁾.

وقال الدردير: ("وصح" استثناء" في الطلاق "بإلا" وأخواتها "إن اتصل" المستثنى بالمستثنى منه فإن انفصل اختياراً لم يصح فلا يضر الفصل بكسعال "ولم يستغرق" المستثنى بالمستثنى منه فإن استغرقه نحو أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً بطل ويلزمه الثلاث ولا بد أن يقصد وأن ينطق به ولو سرا لا إن جرى على لسانه من غير قصد ولا إن لم يتلفظ به)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من جاء مستفتياً صح استثناءه الجميع، قال: (الاستثناء بالطلاق يصح فيما كانت النية فيه قبل أو حدثت قبل تمام الطلاق وانعقاده، وإذا كان كذلك فلا يخلو المستثنى أن يكون مستفتياً أو عليه بينة، فإن كان مستفتياً صح استثناء الأكثر والجميع، ولو قال: أنت طالق واحدة إلا واحدة لم يلزمه شيء إذا قال: نويت ذلك قبل النطق بالطلاق أو بعد في موضع لو سكت لم يكن طلاقاً؛ لأنه طلاق بنطق من غير نية)⁽³⁾.

(1) مختصر خليل: ص 157.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 388/2.

(3) التبصرة: 2636/6.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي أنه طلاق بنطق من غير نية، وذلك على أصله في عدم لزوم الطلاق من غير نيته.

المطلب الحادي عشر: في من قال كل حرة أتزوجها فهي طالق.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من عم جميع النساء فقال كل امرأة أتزوجها طالق ليس عليه شيء للحرَج والمشقة، ومن قال كل حرة أتزوجها فهي طالق فهل يلزمه ما قال لأنه أبقى لنفسه نكاح الإماء، أم لا يلزمه شيء لأنه عم الحرائر جميعاً.

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من عم الحرائر فإن التعليق يلزمه وله نكاح الإماء لأنه صار يمينه كعدم الطول.

قال خليل: (وله نكاحها ونكاح الإماء في كل حرة)⁽¹⁾.

وقال الدردير: ("و" له "نكاح الإماء في" قوله "كل حرة" أتزوجها طالق؛ لأنه صار يمينه كعدم الطول حيث خاف الزنا)⁽²⁾.

وقال بهرام: (قوله: "ونكاح الإماء" أي: وكذلك له نكاح الإماء في قوله: كل حرة أتزوجها فهي طالق، ويلزمه اليمين في الحرائر، وقاله ابن القاسم في العتبية، وبه قال ابن حبيب. وقال محمد: لا يلزمه إن كان ملياً عند من يقول بالطول؛ إذ لا سبيل له إلى الحرائر اللاتي حرمنه، وقول ابن القاسم هو المشهور)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من قال كل حرة أتزوجها طالق لا يلزمه شيء، قال: (واختلف إذا قال: كل حرة أتزوجها طالق، وأرى أن لا شيء عليه، وسواء كان ذا طول أم لا؛ لأن الاقتصار على

(1) مختصر خليل: ص 152.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 373/2.

(3) تجبير المختصر وهو الشرح الوسيط على مختصر خليل في الفقه المالكي لبهرام رحمه الله، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم

نجيب . د. حافظ بن عبد الرحمن خير، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى سنة: 1434 هـ

- 2013 م، ص: 178/3.

الإماء مما يدرك به الحرج، قياسًا على عموم النكاح إذا أبقى التسري، ولأن المعرة تدرك بتزويج الإماء، ولا تدرك بتسريهن، فكان النكاح في ذلك أشد، وتدركه المعرة أيضًا بإرقاق ولده⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي أن الاقتصار على الإماء مما يدرك به الحرج وتكون منه المعرة، فكان كمن عم جميع النساء.

(1) التبصرة: 2638/6.

المطلب الثاني عشر: في من حلف ليتزوجن على امرأته هل يبر بما يفسخ من النكاح أو بتزوج غير الأكفاء؟

الفرع الأول: صورة المسألة.

من حلف ليتزوجن على امرأته فتزوج من غير النساء اللاتي شأنه أن يتزوج منهن بأن كانت أقل منهن منزلة، أو تزوج أمة، أو تزوج زواجا فاسدا فهل يبر بذلك؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من حلف ليتزوجن على امرأته فتزوج من غير النساء اللاتي شأنه أن يتزوج منهن بأن كانت أقل منهن منزلة، أو تزوج أمة، أو تزوج زواجا فاسدا يفسخ أبدا أو اطلع عليه قبل امضائه ففسخ لم يبر في يمينه ولا (يبر إلا بعقد صحيح ووطء مباح في مشبهة لنسائه)⁽¹⁾. قال خليل: (وما يفسخ أو بغير نسائه في لأتزوجن)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من حلف ليتزوجن على امرأته يبر بتزوج الأمة والوضيعة وقال القياس أنه يبر بالنكاح الفاسد، قال: (ومن حلف ليتزوجن على زوجته فتزوج حرة مثلها من مناكحة تزويجا صحيحا وبني بها قبل أن يطلقها- بر في يمينه قولاً واحداً، واختلف إذا انخرم أحد هذه الشروط الأربعة فتزوج من غير الأكفاء أو أمة أو نكاحاً فاسداً، فدخل أو نكح نكاحاً صحيحاً وطلق قبل البناء، فقال ابن القاسم: إذا كان النكاح فاسداً لم يبر به، يريد: وإن دخل إذا كان مما يفسخ بعد الدخول، وإن كان مما يثبت بعد بر به، والقياس أن يبر، وإن فسخ بعد لأنه إنما حلف ليتزوجن فقد تزوج، ولأن القصد أن يسوءها بمباشرة غيرها، وقد فعل ولا فرق عند الأولى أن يكون ذلك عن صحة أو فساد، وأيضاً فإن الحالف لا يعرف صحيح ذلك من فاسده، والوجه الذي فعله هو الذي أراد بيمينه... وإن تزوج أمة لم يبر على قول مالك، وقال

(1) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 150/3.

(2) مختصر خليل: ص 107.

ابن القاسم: يبر إذا كان لا يجد طولاً للحرة، وإن كان واجداً⁽¹⁾ عاد الخلاف المتقدم هل يبر بالنكاح الفاسد.

وقول ابن القاسم في هذا أحسن؛ لأن المراد نكايتهَا بذلك، وذلك يَحْصُلُ بالشريفة والوضيعة، ولأن العادة جارية عند اليمين بمثل ذلك تزويج الدنية ومن لا رغبة في المقام معها ويقول: أفعَل ذلك لأبر في يميني⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجّة اللخمي أن قصده إنما هو أن يسوء امرأته بمباشرة غيرها.

(1) في النسخة المطبوعة من التبصرة كلمة "واحدا" بدل "واجدا" ولعله خطأ في الطباعة والله أعلم.

(2) التبصرة: 2652/6-2653.

المطلب الثالث عشر: في الأمة المعتقة توقف عن الخيار حتى تطهر من الحيضة ثم

يعتق زوجها قبل أن تختار.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا أعتقت الأمة تحت عبد فوُقتت عن الخيار بسبب الحيض، ثم أعتق زوجها قبل خيارها فهل يسقط خيارها لأن زوجها صار حراً قبل أن تختار؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا أعتقت الأمة فلها الخيار في فراق زوجها المملوك إلا أن يعتق قبل اختيارها فليس لها ذلك لزوال سبب الخيار الذي هو الرق، وأما إذا وقفت عن الخيار بسبب الحيض بعد عتقها فلا يسقط خيارها ولو أعتق الزوج قبل أن تختار.

قال خليل: (أو عتق قبل الاختيار إلا لتأخير الحيض)⁽¹⁾.

وقال الدردير: ("أو عتق" زوجها بعد عتقها و"قبل الاختيار" فلا خيار لها لزوال سببه وهو رق الزوج "إلا" إن حصل عتقه قبل اختيارها "لتأخير الحيض" فلا يسقط حقها بعتقه لجرها شرعاً على التأخير، إذ لا يجوز اختيار في زمنه)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه لا خيار لها إذا وقفت عن الخيار بسبب الحيض فأعتق قبل أن تختار، قال: (وقال ابن القاسم في العتبية: إذا وقفت عن الخيار حتى تطهر من الحيضة ثم أعتق زوجها فهي على خيارها، وفي هذا نظر، والصواب ألا خيار لها لأنها زوجة بعد حين أعتق)⁽³⁾.

(1) مختصر خليل: ص 135.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 293/2.

(3) التبصرة: 2676/6.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

لم يعتبر اللخمي جبرها على تأخير الاختيار عذرا لها في بقاءه بيدها إذا أعتق زوجها قبل أن تختار، وإنما نظر إلى كونها حين طهرها من الحيض زوجة لحر فلا خيار لها في البقاء تحته.

المبحث الثالث: كتاب إرخاء الستور

المطلب الأول: في العدة من خلوة الزيارة مع نفي المسيس.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من عقد النكاح على امرأة ثم طلقها بعد أن خلا بها خلوة زيارة واتفقا على نفي المسيس فهل يلزمها العدة لذلك؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

العدة تجب بالخلوة التي يمكن معها الوطء، سواء كانت خلوة زيارة أو خلوة اهتداء وسواء اتفقا أو اختلفا على نفي المسيس لحق الله تعالى، وتكون العدة من وطء البالغ لا الصغير الذي لا يولد لمثله وإن قوي على الجماع.

قال في تهذيب المدونة: (وإن خلا بها في بيت أهلها قبل دخول البناء، صدق في إنكاره الوطء ولها نصف الصداق، وإن أقرّ هاهنا بالوطء فأكذبتة فلها أخذ جميع الصداق بإقراره أو نصفه، ولا بد لها من العدة للخلوة)⁽¹⁾.

وقال خليل: (تعتد حرة وإن كتابية أطاقت الوطء بخلوة بالغ غير محبوب أمكن شغلها منه وإن نفيها)⁽²⁾.

وقال بهرام: (أي: تجب على المرأة بخلوة أمكن شغلها من الزوج فيها وإن تصادقا على نفي الوطء لحق الله تعالى في العدة)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن العدة لا تجب إذا تصادقا على نفي المسيس في خلوة الزيارة وإنما تكون مستحبة فقط، قال: (العدة تجب في ثلاثة مواضع متفق عليها، واختلف في حالين، فتجب في خلوة البناء تصادقا على المسيس أو على نفيه، وفي خلوة الزيارة أيضًا إذا تصادقا على المسيس أو اعترفت هي بذلك وأنكر.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 356/1.

(2) مختصر خليل: ص 173.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1202/3.

واختلف إذا كانت خلوة زيارة وتصادقا على نفي المسيس أو ادعى ذلك وأنكرته، فقال مالك وابن القاسم: عليها العدة للخلوة، وقال مطرف وعبد الملك في ثمانية أبي زيد: لا عدة عليها. وهو أبين؛ لأن الخلوة لم تكن ليصيب، وإذا كان ذلك حُملا على ما دخلا عليه حتى يظهر خلافه.

وأرى العدة إذا تصادقا على نفي الإصابة مستحبة، فإن تزوجت قبل ذلك لم أفسخه، وإن ادعى الإصابة كانت واجبة وإن أنكرت، فإن تزوجت قبل ذلك فسخ؛ لأن دعواه شبهة له، وله حق في النسب إلا أن تكون بكرًا وترضى أن ينظر إليها النساء فتوجد قائمة البكارة، فلا عدة عليها⁽¹⁾.

(1) التبصرة: 2490/6-2491.

المطلب الثاني: في الرجعة بالقول مجردا عن النية.

الفرع الأول: صورة المسألة.

مشهور المذهب أن الجد والهزل في النكاح سواء، فهل تلزم الرجعة بالقول من غير نية؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

تصح الرجعة بالقول المحتمل مع النية، وتصح بالقول الصريح المجرد عن النية في الظاهر في مشهور المذهب، فلتزم الرجل النفقة وبقية أحكام الزوجية من قسم مع غيرها وغير ذلك، ولا تحل له فيما بينه وبين الله تعالى.

قال في تهذيب المدونة: (وإن قال لها: قد ارتجعتك، ثم قال: لم أرد بقولي رجعة وإنما كنت لاعبا، لزمته الرجعة إن كانت في عدتها، وإن انقضت عدتها فلا رجعة له إلا أن تقوم على ذلك بينة)⁽¹⁾.

وقال خليل: (أو بقول ولو هزلا في الظاهر لا الباطن)⁽²⁾.

وقال بهرام: (واختلف هل يكون القول بمجرد كافي في ذلك وهو المشهور أم لا؟ وهو قول أشهب، والأول أظهر؛ لأن القول يدل بالوضع، ولأنه لو قال: ارتجعتك ولم ينو الرجعة فإما أن يكون كاذبا في نيته فتلزمه الرجعة، وإما أن يكون هازلا وهزله جد كالطلاق)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن لا رجعة بالقول إلا بالنية، قال: (واختلف في القول والفعل بغير نية، فقال أشهب في كتاب محمد: ليستا برجعة، وفرق في المدونة بين الوطاء والقول، فأسقط ذلك في الوطاء إذا كان بغير نية، وألزمه في القول إذا قال راجعتك، ثم قال: كنت لاعبا، ولا بينة على قوله راجعتك، فهي رجعة، وهذا مبني على أحد قولي مالك أن هزل النكاح كجده، وعلى رواية علي بن زياد عنه أن النكاح لا يلزم لا تصح رجعته، وكذلك إذا خرج ذلك القول على

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 357/1.

(2) مختصر خليل: ص 162-163.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1131/2.

سبق اللسان بغير نية، فهو على الخلاف في الطلاق بمجرد اللفظ بغير نية، وجعل الليث وابن وهب الوطاء بغير نية رجعة.

والقول أن لا رجعة في الوجهين جميعًا أحسن، ولا عمل ولا قول إلا بنية⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

لم يخالف اللخمي أصله في هذه المسألة وهي اشتراط النية في ألفاظ الزواج والطلاق ومنها الرجعة.

(1) التبصرة: 2498/6-2499.

المطلب الثالث: في القرء هل هو الطهر أم الحيض؟

الفرع الأول: صورة المسألة.

المطلقة تتربص بنفسها بنص القرءان ثلاثة قروء، فما هي القروء؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مذهب مالك أن القرء هو الطهر.

قال في تهذيب المدونة: (والأقراء هي الأطهار)⁽¹⁾.

وقال خليل: (تعتد حرة وإن كتابية أطاقت الوطاء بخلوة بالغ غير محبوب أمكن شغلها منه

وإن نفيها وأخذها بإقرارها لا بغيرها إلا أن تقر به أو يظهر حمل ولم ينفه بثلاثة أقراء أطهار)⁽²⁾.

وقال بھرام: ("أطهار" هو مذهبنا ومذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة الأقراء الحيض)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن الأقراء الحيض؛ لأنها هي التي تدل على براءة الرحم، قال: (واختلف

الصدر الأول ومن بعدهم في الأقراء، فذكر النخاس في الناسخ والمنسوخ عن أحد عشر

صاحبًا، أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، وابن عباس، وابن مسعود، ومعاذ، وعبادة، وأبي

الدرء، وأبي موسى الأشعري، وأنس، رضي الله عنهم أجمعين: أنها الحيض.

وعن سعيد بن المسيب، وسعيد بن جبیر، وطاوس، وعطاء، والضحاك، وابن سيرين، والشعبي،

والحسن، وقتادة، والأوزاعي، والثوري، وإسحاق، وأبي عبيد، رضي الله عنهم أجمعين، مثل ذلك

أنها الحيض، وبه قال من فقهاء الأمصار أبو حنيفة.

وعن عائشة رضي الله عنها أنها الأطهار، قال وقد: اختلف فيه عن ابن عمر، وزيد بن

ثابت: هل هي الحيض أو الأطهار؟ وعن القاسم، وسالم، وسليمان بن يسار، وأبي بكر بن

عبد الرحمن، وأبان بن عثمان، ومالك، والشافعي، وأبي ثور: أنها الأطهار.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 351/1.

(2) مختصر خليل: ص 173.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1203/3.

ويجري في كثير من مسائلنا بأن يقال: عدة الحرة ثلاث حيض، والأمة حيضتان؛ لأن عدتها حيضة ونصف، على النصف من عدة الحرة، فتكمل حيضة؛ لأن الحيضة لا تنقسم، وهذا القول وإن كان خلاف المشهور من المذهب، فهو أقيس؛ لأن العدة جعلت طلباً لما يدل على براءة الرحم، والذي يدل على البراءة الحيض لا الطهر، ألا ترى أنها إن لم تره ما طلبت الدليل بمدة يظهر فيها الحمل، وهي ثلاثة أشهر، فعلم بذلك أن الذي يدل على البراءة الحيض وأنه المطلوب⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بأن الحيض هو الذي يدل على براءة الرحم، وأن أهل المذهب أحياناً يطلقون لفظ الحيض على القرء كما في عدة الإماء.

تعليق: ما اعتمد عليه اللخمي من إطلاقهم لفظ الحيض على القرء في المذهب كقولهم: عدة الأمة حيضتان؛ لأن عدتها حيضة ونصف، على النصف من عدة الحرة، فتكمل حيضة؛ لأن الحيضة لا تنقسم، قد رده ابن بشير بأنه إطلاق مجازي وساقه ابن عرفة مساق المقر له فقال: (والمعتدات ست: الأولى معتاد حيضها في كل شهر دون دم غيره، ولو اتلف قدره ثلاثة قروء للحرة وقرآن لغيرها، والمنصوص القرء الطهر، واستقراء اللخمي من إطلاقه في المذهب على الحيض أنه الحيض، ورجحه ورده ابن بشير بأنه مجاز)⁽²⁾.

وقد ذكر اللخمي في هذه المسألة اختلاف الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء الأمصار، وهذا الصنيع يعتبر منه نادراً في كتابه التبصرة، على كثرة ما فيه من المسائل التي بين فيها رأيه، إذ الغالب فيه الاقتصار على مناقشة الأقوال داخل المذهب ولا يذكر أقوال غير المالكية ولو وافقت بعض أطراف الخلاف الذي يناقشه داخل المذهب.

(1) التبصرة: 2511/6-2512.

(2) المختصر الفقهي لابن عرفة: 403/4.

المطلب الرابع: في الخلع لأجل مجهول.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من خالع زوجته إلى أجل مجهول هل يعجل فيكون حالاً، أم يبقى على تأجيله؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من خالع زوجته على مال إلى أجل مجهول فإنها تعجل له المال، ويعجل الخلع. قال في تهذيب المدونة: (وإن خالعهما على مال إلى أجل مجهول كان حالاً كمن باع إلى أجل مجهول، فالقيمة فيه حالة في فوت السلعة)⁽¹⁾. وقال خليل: (وعجل المؤجل بمجهول)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي عدم التعجيل في المؤجل بأجل مجهول، قال: (وقال ابن القاسم فيمن خالع على مال إلى أجل مجهول: إنه يكون حالاً، قال: لأن مالاً قال: من باع إلى أجل مجهول إن القيمة إذا فاتت السلعة حالة، ولا أرى لتعجيله وجهاً، وفي ذلك ظلم على المرأة، ولأن الخلع مختلف فيه، فقيل: جائز، وقيل: مكروه، فإن نزل مضى، فعلى هذين القولين لا يكون عليها تعجيل دون الوقت الذي جعلت القضاء إليه)⁽³⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بأن في التعجيل ظلم للمرأة، وبكون الخلع بالغرر⁽⁴⁾ مختلف فيه فقيل بالجواز والكراهة وعلى هذين القولين لا يكون عليها تعجيل المؤجل بأجل مجهول لدخوله في معنى الخلع بالغرر.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 361/1.

(2) مختصر خليل: ص 147.

(3) التبصرة: 2532/6.

(4) لزيادة الاستيضاح ينظر: التبصرة: 2531/6-2532 بعد قوله: فصل في الخلع بالغرر.

المطلب الخامس: في البينونة في الخلع.

الفرع الأول: صورة المسألة.

البينونة في الخلع هل هي شرع أم باختيار الزوجين المتخالعين؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

الحكم في الخلع أن المرأة تبين من زوجها به، وليس للزوجين خيار في ذلك.

قال في تهذيب المدونة: (وإذا كان النشوز من قبل المرأة جاز للزوج ما أخذ منها بالخلع وإن كان أكثر من الصداق إذا رضيت، ولم يضر بها وهي طليقة بائنة)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وبانت ولو بلا عوض نص عليه أو على الرجعة)⁽²⁾.

وقال بهرام: ("وبانت ولو بلا عوض نص عليه" يريد: أن حكم طلاق الخلع البينونة ولو وقع بغير عوض؛ أي: إذا صرح بلفظ الخلع ولم يذكر عوضاً، ولا خلاف في وقوع الطلاق وهو بائن عند مالك وابن القاسم ورجعي عند مطرف وأشهب وابن عبد الحكم "أو على الرجعة" أي: وكذلك يقع الطلاق بائناً إذا وقع النص على الرجعة؛ يريد: مع العوض، والتفصيل يدل على هذا فإذا اعطته شيئاً على أن يطلقها طليقة رجعية ففعل ذلك فالمشهور أنها بائن؛ لأن حكم الطلاق على العوض البينونة فلا ينتقل عنه)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن البينونة في الخلع ليست بشرع وأن للزوج أن يبقى حقه في الرجعة، قال: (واختلف عن مالك في كون الطليقة بائنة هل ذلك شرع أم لا لأنه قصد المخالع؟ فقال فيمن أعطت زوجها شيئاً على أن يطلق طليقة رجعية: كانت بائناً، والشرط باطل؛ لأن سنة الخلع إذا لم يشترط فهي بائنة، وشرطه لا يحيل سنة الخلع.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 360/1.

(2) مختصر خليل: ص 148.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1042/2.

وذكر أبو محمد عبد الوهاب: أن له شرطه، ورأى أن ذلك من حقوق الزوجين ليس بشرع، وهو أبين، والزوج بالخيار بين أن يقبل العوض على أن يوقع طلاقه، ويبقى حقه في الرجعة، أو على أن يسقط حقه في الرجعة وتكون بائنة⁽¹⁾.

(1) التبصرة: 2522/6.

المطلب السادس: في من خالع على أن على الزوجة نفقة الولد فمات.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من خالع على أن على الزوجة نفقة الولد فمات، فهل له الرجوع بما كانت تنفقه عليه؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا شرط الزوج على زوجته في خلعهما منه نفقة ولده منها فمات، فليس له الرجوع بما كانت تنفقه عليه في مشهور المذهب.

قال في تهذيب المدونة: (وإن خالعهما على أن عليها نفقة الولد ورضاعه ما دام في الحولين جاز ذلك، فإن ماتت قبل استكمال الرضاع كان الرضاع والنفقة في مالها، وإن مات الولد قبل الحولين فلا شيء للزوج عليها، قال مالك: ولم أر أحداً طلب ذلك)⁽¹⁾.
وقال خليل: (وسقطت نفقة الزوج أو غيره وزائد شرط كموته)⁽²⁾.
وقال بهرام: ("كموته" أي: إن الولد إذا مات قبل انقضاء المدة التي خالعت المرأة زوجها عليها فإن الباقي منها يسقط ولا يلزمها ذلك وهو المشهور)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنها تغرم ما كانت تشتري للصبى من طعام أو غيره مما هو خارج عن الرضاع، قال: (واختلف عن مالك إذا خالعهما على رضاعه، ولم يشترط ثبات ذلك إن مات ولا سقوطه فمات الولد قبل حولين، فقال: لا شيء له عليها، وعلى هذا يدخله الغرر، وقال أيضاً: لو أتبعها لكان له في ذلك قول، وروى أبو الفرج أنه قال: يتبعها، وإن ماتت هي أخذ ذلك من تركتها، ولو انقطع لبنها وكانت عديمة استأجر لها ورجع عليها.
وقول مالك أن لا شيء عليها صواب؛ لأن الباقي اللبن، وليس هو شيئاً يبيعه ولا يأخذ له ثمنًا، وعليها أن تغرم ما كانت تشتريه له خارجًا عن الرضاع من طعام أو غيره)⁽¹⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 364/1.

(2) مختصر خليل: ص 149.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1048/2.

المطلب السابع: في الخلع على أن تنفق المرأة على الولد بعد الحولين؟ الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يجوز الخلع على أن تنفق المرأة على الولد بعد الحولين؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من خالغ زوجته على أن تنفق على ولده بعد الحولين لم يلزمها ذلك، ولا يجوز الإقدام عليه ابتداءً.

قال في تهذيب المدونة: (وإن شرط عليها نفقة الولد بعد الحولين أمداً سميهاً أو شرط عليها الزوج نفقة نفسه سنة أو سنتين، تم الخلع ولزمها نفقة الولد في الحولين فقط، ولا يلزمها ما ناف على الحولين من نفقة الولد، ولا ما شرط الزوج من نفقة نفسه، وقال المخزومي: يلزمها جميع ذلك كالخلع بالغرر)⁽²⁾.

وقال خليل: (وجاز شرط نفقة ولدها أو غيره مدة رضاعه فلا نفقة للحمل، وسقطت نفقة الزوج أو غيره وزائد شرط كموته)⁽³⁾.

وقال الدردير: ("و" سقط "زائد" على مدة الرضاع "شرط" كنفقتها على ولدها الصغير مدة بعد مدة الرضاع ولا يجوز الإقدام على ذلك ابتداءً)⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي جواز الخلع على نفقة الولد مدة أربع سنين ونحوها، قال: (وإن خالغها على أن ترضع ولدها وتنفق عليه من عندها إلى فطامه جاز.

(1) التبصرة: 2533/6-2534.

(2) التهذيب في اختصار المدونة: 363/1.

(3) مختصر خليل: ص 149.

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 357/2.

واختلف إذا زادت على ذلك وشرط عليها أربع سنين أو نحوها، فقال مالك: لا يجوز ذلك، قال: وإنما النفقة على الأم في الرضاع والحمل، قال ابن القاسم: ولا شيء للزوج عليها فيما سقط من شرطه.

وقال المغيرة وأشهب وعبد الملك: ذلك جائز، قال المغيرة: لأن الخلع بالغرر يجوز، وهو أحسن⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي وفاقا للمغيرة جواز الخلع بالزائد على الحولين من نفقة الولد بجواز الخلع بالغرر.

تعليل: ما اختاره اللخمي رغم كونه مخالفا لقول ابن القاسم وروايته عن مالك، إلا أنه موافق لقول كثير من الشيوخ حتى إنهم اعتبروه المذهب، وضعفوا قول ابن القاسم وروايته عن مالك، قال عبد الباقي الزرقاني - بعد أن ذكر قول خليل في سقوط شرط الزائد على الحولين من نفقة الولد في الخلع - : (ما ذكره المصنف من السقوط في هذه المسائل قول ابن القاسم وروايته عن مالك وقال الأكثر لا يسقط عنها ما زاد على نفقة الولد وصوبه الأشياخ وبه العمل حتى قال ابن لبابة الخلق كلهم على خلاف قول ابن القاسم وروايته عن مالك)⁽²⁾.

وقال الدردير: (ما ذكره المصنف من سقوط ما ذكر وعدم لزومه للزوجة وإن كان هو رواية ابن القاسم عن مالك ضعيف والمعول عليه أنه لا يسقط عنها بل يلزمها ذلك قطعا حتى قال ابن لبابة الخلق كلهم على خلاف قول ابن القاسم وروايته عن مالك)⁽³⁾.

(1) التبصرة: 2533/6.

(2) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 134/4.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 357/2.

المطلب الثامن: في الخلع على إسقاط حضانة المرأة لولدها؟

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يجوز للرجل أن يخالغ زوجته على أن تسقط حضانتها لولدها منه بعد افتراقهما؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب جواز الخلع على إسقاط المرأة المختلعة حضانتها لولدها، وسواء أثمر الصبي أو لم يصل سن الإثغار.

قال في تهذيب المدونة: (قال مالك: وإذا خالغها على أن يكون الولد عنده فالخلع جائز وله شرطه، إلا أن يضر ذلك بالصبي ويخاف عليه إن نزع منها، مثل: أن يكون يرضع وقد علق بها فلا سبيل له إليه حتى يخرج من حد الإضرار به والخوف عليه، فيكون له حينئذ أخذه⁽¹⁾. وقال خليل: (...وعلى نفقة حمل إن كان، وبإسقاط حضانتها)⁽²⁾.

وقال بهرام: (أي: يجوز الخلع بنفقة حمل وبإسقاط حضانة من المرأة لولدها، وهو المشهور)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي عدم جواز اشتراط إسقاط الحضانة في الخلع، فإن وقع بطل الشرط ومضى الخلع، قال: (وإن اختلعت على أن تسلم الولد لأبيه لم يجز، إذا كان الولد قد علق بأمه أو كان عليه في ذلك ضرر من غير رضاع.

واختلف إذا كان الصبي لا ضرر عليه، فأجاز ذلك مالك وابن القاسم، وقال ابن الماجشون في كتاب ابن حبيب: الشرط باطل، ولها أن تأخذه، ورأى أن في ذلك حَقًّا للولد، وقاله مالك في كتاب المدنين، وهو أحسن إذا كان رضيعًا أو فطيمًا وهو صغير؛ لأن الغالب أنه يضيع ولا أحد يقوم مقام أمه، وإن كان قد أثمر فالوفاء بالشرط أحسن، وإذا بقي عندها لم

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 363/1.

(2) مختصر خليل: ص 147.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1039/2.

يكن له عليها عن ذلك شيء؛ لأن الخلع لم يكن بمال ولا بما يباع، وإنما هو من باب طرح المشقة عنه، وهو لا يطلب من تلك الحضانة بشيء⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي فيما ذهب إليه أن الحضانة يتعلق بها حق للصبي وأن الغالب أنه يضيع إذا فارق أمه ولا أحد يقوم مقامها.

(1) التبصرة: 2534/6-2535.

المطلب التاسع: في حضانة الأم الكافرة لولدها من زوجها المسلم.
الفرع الأول: صورة المسألة.

هل للأم الكافرة حق في حضانة ولدها من زوجها المسلم؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

ليس من شروط الحضانة كون الحاضن مسلمة في مشهور المذهب.

قال في تهذيب المدونة: (والذمية إذا طلقت، أو المجوسية يسلم زوجها وتأبى هي الإسلام، فيفرق بينهما، فإن لها من الحضانة كما للمسلمة إن كانت في حرز، وتمنع أن تغذيهم بخمر أو خنزير، فإن خيف أن تفعل بهم ذلك ضمت إلى ناس من المسلمين، ولا ينزع منها إلا أن تبلغ الجارية وتكون عندها في حرز)⁽¹⁾.

وقال خليل: (... لا الإسلام، وضمت -إن خيف- لمسلمين وإن مجوسية أسلم زوجها)⁽²⁾.

وقال المجلسي: (يعني أنه لا يشترط في الحاضن أن يكون مسلماً، فلا يشترط ذلك في أم ولا غيرها بحال، وهذا هو المشهور، والشاذ لابن وهب: لا حق للكافرة)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي ما ذهب إليه ابن وهب، قال: (اختلف في حضانة الكافرة، فقال في المدونة في الأم تكون يهودية، أو نصرانية، أو مجوسية: لها الحضانة، وإن خيف أن تغذيهم الخمر ولحوم الخنازير ضمت إلى المسلمين، وبه قال سحنون في العتبية في الجدة والخالة، وقال ابن وهب في كتاب محمد: لا حق للأم النصرانية؛ لأن الأم المسلمة إذا كانت يثنى عليها ثناء سوء، نزعوا منها، فكيف بنصرانية! وهذا أحسن وأحوط للولد، وليس حفظ الأب فيما تدخل

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 369/1.

(2) مختصر خليل: ص 187.

(3) لوامع الدرر: 768/7.

الأم على الولد، وهي في العصمة مثل المطلقة؛ لأنَّ الأب مع بقاء العصمة مترقب لما يجري في داره وبيته مع ما يخشى عند انقطاعه إليها أن تقذف في قلبه شرًّا فيعتقده ويتدين به⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي لما ذهب إليه بالفساد في الدين الذي قد يلحق الولد من انقطاعه للأم الكافرة.

تعليل: من نظر إلى اشتراط الأمانة في الحاضن - في المذهب - والسلامة من الفسق، وتعليلهم لذلك بأن لا يدخل على المحضون الفساد يظهر له وجاهة ما ذهب إليه اللخمي وقبله ابن وهب والله أعلم.

(1) التبصرة: 2570/6.

المطلب العاشر: في الخلع على أيا مسكن للمرأة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من خالعت على أيا سكنى لها وكانت في مسكن الزوج هل يرجع عليها بكراء المسكن مدة العدة؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

لا يجوز الخلع على أن تخرج المرأة من مسكن الزوج الذي هي فيه وقت الخلع وتعتد في غيره، فإن وقع ذلك ردها الإمام إليه وتعتد فيه ولا تدفع شيئاً لزوجها الذي خالعتها، وإن خالعتها على أن تدفع أجرة المسكن جاز.

قال في تهذيب المدونة: (وإن خالعتها على أن لا سكنى لها عليه، فإن أراد إلزامها كراء المسكن جاز ذلك إن كان المسكن لغيره، أو كان له وسمى الكراء، وإن كان على أن تخرج من مسكنه، تم الخلع ولم تخرج، ولا كراء له عليها)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وخروجها من مسكنها)⁽²⁾.

وقال المجلسي: (يعني أنه لا يجوز للزوج والزوجة أن يتخالعا على أن تخرج من مسكنها الذي هي ساكنة فيه وقت الخلع وتعتد في غيره؛ لأن ذلك حق لله تعالى لا يجوز لأحد إسقاطه... فإن وقع ذلك بأن تخالعا على خروجها من المسكن وأنها تعتد في سواه، فإنه يقع الطلاق بائنا ويردها الإمام إلى مسكنها الذي طلقت فيه، وتعتد فيه دون شيء تدفعه للزوج)⁽³⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 363/1.

(2) مختصر خليل: ص 148.

(3) لوامع الدرر: 20/7.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه إن تخالعا على خروجها من مسكنه رجع عليها بالأقل من كراء ذلك المسكن أو ما كانت تكتري به، قال: (وقال⁽¹⁾ في التي خالعت على ألا سكنى لها، إن كانت في مسكن الزوج لم تخرج، ولا شيء للزوج عليها قال: لأن مالكا قال: إذا وقع الخلع بحرام مضى الخلع، وردَّ الحرام.

وأرى أن يرجع عليها بالأقل من كراء هذا المسكن، أو ما كانت تكتري به؛ لأن أخذ العوض عن السكنى يجوز وهو بمنزلة من خالعت على شيء فاستحق من يده⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي.

علل اللخمي اختياره بجواز الخلع على كراء المسكن، وبالقياس على من خالعت على شيء فاستحق من يده.

(1) القائل هو ابن القاسم، وقد تقدم ذكره في نص التبصرة قبل هذه المسألة.

(2) التبصرة: 2532/6-2533.

المطلب الحادي عشر: في الخلع عن السفية الذكر البالغ.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يخالغ الأب والوصي والسلطان عن السفية الذكر البالغ؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

ليس لأب السفية الذكر البالغ أن يخالغ عنه في مشهور المذهب، وكذا الوصي والسلطان، لأن الطلاق بيده، وهو قول ابن القاسم في المدونة، قال سحنون: (قلت: فإن كبر اليتيم واحتلم وهو سفية أو كان عبداً زوجه سيده بغير أمره وذلك جائز عليه أو بلغ الابن المزوج وهو صغير، بلغ الحلم وهو سفية أو زوج الوصي اليتيم وهو بالغ سفية بأمره؟ قال: إن كان بالغاً عبداً أو يتيماً أو أتياً بالطلاق ويكرهه ويكون ممن لو طلق ووليه أو سيده أو أبوه كارها يمضي طلاقه ويلزمه فعله منه لم يكن للسيد في العبد ولا للأب في الابن ولا للوصي في اليتيم أن يخالغ عنه لأن الخلع إنما يكون بطلاق وهو ليس إليه طلاق)⁽¹⁾. وقال خليل: (لا أب سفية وسيد بالغ)⁽²⁾، أي: ليس له أن يخالغ عنه. وقال في التوضيح: (وليس لولي السفية ولو كان أباً أن يخالغ عنه على المشهور؛ لأن الطلاق بيد السفية)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن الأب والوصي والسلطان يخالغ عن السفية البالغ، قال: (الفراق من الأب والوصي والسلطان يجوز عند مالك على الذكر بشرطين: أحدهما: أن يكون على وجه الخلع بشيء يأخذه له يرى أن فيه حسن نظر. والثاني: أن يكون الزوج غير بالغ؛ لأنه حينئذٍ ليس بيده طلاق.

(1) المدونة: 252/2.

(2) مختصر خليل: ص 148.

(3) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: 274/4.

واختلف إذا كان سفيهاً بالغاً، فمنع ابن الماجشون⁽¹⁾ في المدونة أن يخالع عليه، وأجاز ابن القاسم في العتبية، وهو أحسن، وليس كون الطلاق بيده إذا امتنع من إيقاعه مما يمنع أن يوقع عليه إذا كان الطلاق من حسن النظر، وإن لم تبذل الزوجة شيئاً، وقد يكون في بقاء العصمة فساد عليه، وقد يظهر بعد العقد ما لو علمه الأب والوصي لم يزوجه إياها، أو يحدث منها ما يكون الفراق صواباً فقد تكون الزوجة غير محمودة الطريقة، أو تكون متلفة لحال دارها فيطلق عليه بغير عوض يؤخذ له، وسواء كان صغيراً أو بالغاً؛ إلا أن يعلم من البالغ علوق بها فينظر فيه⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

رأى اللخمي أن كون الطلاق بيد السفية البالغ لا يمنع من إيقاعه عليه إذا كان فيه حسن نظر له.

(1) الذي في المطبوع من المدونة أن هذا القول لابن القاسم، ينظر: 252/2، وقد سبق تخريجه في بداية المسألة؛ وذكره ابن رشد عنه، ونسب مثله لابن الماجشون في الواضحة، ينظر: البيان والتحصيل: 143/16؛ وأشار إلى ذلك محقق التبصرة، ينظر: التبصرة: 2549/6؛ وقال خليل في التوضيح: (والذي شهرة المصنف في السفية هو مذهب المدونة، لكن نص اللخمي على أنه من قول ابن الماجشون)، ينظر: التوضيح: 278/4.

(2) التبصرة: 2549/6-2556.

المطلب الثاني عشر: في خلع السيد عن عبده الصغير.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يجوز خلع السيد عن عبده الصغير؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

يجوز أن يخالع ولي الصغير عنه سواء كان الولي سيّداً، أو أباً، أو السلطان.

قال في تهذيب المدونة: (وإذا زوج السيد عبده الصغير لم يطلق عليه إلا بشيء يأخذه له، وروى ابن نافع عن مالك فيمن زوج وصيفه ووصيفته ولم يبلغا أنه جائز، فإن فرق السيد بينهما على النظر والاجتهاد جاز ذلك، ما لم يبلغا)⁽¹⁾.

وقال خليل (أو ولي صغير أباً، أو سيّداً، أو غيرهما)⁽²⁾.

وقال بهرام: (أي: ويجوز أن يخالع ولي الصغير عنه ولو كان أباً، أو سيّداً، أو غيرهما وهو السلطان، أو من يقيمه إذا كان على وجه النظر. قال بعضهم: ولا خلاف فيه)⁽³⁾⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن خلع السيد عن عبده الذكر الصغير يرفع إلى السلطان فإن رآه حسن نظر للعبد أمضاه وإلا رده، قال: (واختلف في السيد يخالع عن عبده أو أمته إذا كانا صغيرين، فروى ابن نافع عن مالك أنه أجازه، وأنكر ذلك سحنون. وأرى أن يجوز ذلك في الأمة؛ لأنّ الطلاق بيد الزوج، وقد كان للسيد أن ينتزع مالها، وإن كان ذلك الذي يخالع به من صداقها فلا مقال للأمة فيه، وإنما المقال فيه للزوج مع بقاء العصمة بخلاف العبد؛ لأنه يتهم أن يفرغ عبده، فإن فعل رُفِع الأمر إلى السلطان، فإن رأى أن ذلك حسن نظر للعبد مضى، وإلا ردّ)⁽⁵⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 361/1.

(2) مختصر خليل: ص 148.

(3) هذا القول الذي نقله بهرام قد نقل اللخمي الخلاف فيه وخالف فيه هو، ينظر: التبصرة: 2551/6.

(4) الدرر في شرح المختصر: 1042/2.

(5) التبصرة: 2556/6.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بأن السيد يتهم أنه يريد أن يفرغ عبده، ولذلك رأى أن يرفع للسلطان ليرى هل فيه حسن نظر للعبد فيمضيه أو غير ذلك فيرده.

المطلب الثالث عشر: في البعد الذي إذا انتقلت إليه الأم تسقط حضانتها.

الفرع الأول: صورة المسألة.

ما حد البعد الذي إذا انتقلت إليه الأم تسقط حضانتها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا انتقلت الأم عن المكان الذي فيه وليّ المحضون أكثر من ستة برد سقطت حضانتها، وكذلك إذا انتقل الأب هذه المسافة قيل للأم إما أن تنتقلي بولدك قريهم أو تسقط حضانتها. من المدونة قال سحنون: (قلت: رأيت إن طلقها والولد صغار فكانوا في حجر الأم، فأراد الأب أن يرتحل إلى بعض البلدان فأراد أن يأخذ أولاده ويخرجهم معه وإنما كان تزوج المرأة في الموضع الذي طلقها فيه جميعا من أهل تلك البلدة التي تزوجها فيها وطلقها فيها؟

قال: قال مالك للأب أن يخرج ولده معه إلى أي بلد ارتحل إليه إذا أراد السكنى، قال مالك: وكذلك الأولياء هم في أوليائهم بمنزلة الأب، لهم أن يرتحلوا بالصبيان حيثما ارتحلوا تزوجت الأم أو لم تتزوج إذا كانت رحلة الأب والأولياء رحلة نقلة، وكان الولد مع الأولياء أو مع الوالد في كفاية، ويقال للأم إن شئت فاتبعي ولدك وإن أبيت وأنت أعلم، قال مالك: وإن كان إنما يسافر ويذهب ويجيء فليس بهذا أن يخرجهم معه عن أمهم؛ لأنه لم ينتقل، قال مالك: وليس للأم أن تنقلهم عن الذي فيه والدهم وأولياؤهم إلا أن يكون ذلك إلى موضع قريب البريد ونحوه حيث يبلغ الأب والأولياء خبرهم.

قلت: وتقيم في ذلك الموضع الذي خرجت إليه إذا كان بينهم وبين الأب البريد ونحوه؟ قال: نعم⁽¹⁾.

وقال خليل: (وأن لا يسافر ولي حر عن ولد حر وإن رضيعا أو تسافر هي سفر نقلة لا تجارة وحلف ستة برد وظاهرها بريدان إن سافر لأمن وأمن في الطريق ولو فيه بحر إلا أن تسافر هي معه لا أقل)⁽²⁾.

(1) المدونة: 259/2.

(2) مختصر خليل: ص 187.

وقال بهرام: ("سنة برد وظهرها بريدين إن سافر لأمن، وأمن في الطريق" أي: لا دون ذلك، ابن شعبان: وبه مضت الفتوى، أبو إسحق: وظاهر المدونة أن سفر البريدين يسقط حقه)⁽¹⁾.

وقال المجلسي: (وما قررته به هو على الراجح من أن سفر النقلة المسقط للحضانة هو ما كان مسافة ستة برد)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي عدم التحديد بالأميال أو البرد، وإنما ينظر الى الموضع الذي إليه الانتقال هل ينقطع خبرهم فيه عن أوليائهم؟ قال: (واختلف في حد القرب الذي يمنع الأب أو الولي الانتقال به ولا تمنع المرأة من الخروج به، فقال في المدونة: البريد ونحوه قريب حيث يبلغ الأب والأولياء خبرهم، وقال أصبغ في كتاب محمد: في الكَرِيُون موضع من الإسكندرية، وهو يريد أن ليس للأم أن تنتجع بولدها إليه، وقال أشهب: في ثلاثة بُرد هو بعيد، وقال مالك: مسيرة يوم قريب للأم أن تخرج بالولد إليه، وقال مرة: حدُّ البعد مرحلتان، وقال أيضاً: إذا كان موضعاً لا ينقطع خبرهم فهو قريب، من غير أن يحده بأميال، وهو أبين، فربَّ بعيد لا ينقطع خبر الولد منه، واستعلام حاله؛ لكثرة ترداد أهله بين الموضعين، ورُبَّ قريب ينقطع فيه معرفة حالة الولد، لقلة التصرف فيما بين الموضعين، فيكون له حكم البعيد)⁽³⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي عدم تحديد المسافة التي تسقط الحضانة بالأميال ونحوها بأن المقصود إنما هو معرفة أخبارهم، وإمكان الوصول إليهم، وبأن طول المسافة وقصرها لا يدل دائماً على إمكان ذلك وعدمه.

(1) الدرر في شرح المختصر: 1293-1297/3.

(2) لوامع الدرر: 778/7.

(3) التبصرة: 2574/6-2575.

تعليق: الذي يلاحظ ما صار عليه الناس في هذا الزمان من تقارب المسافات بسبب تطور وسائل المواصلات من جهة، ووجود الحدود السياسية بين الدول التي قد تفصل بين المتقاربين من جهة أخرى وتقطع التواصل أو تجعله صعبا، يتبين له أن ما اختاره الإمام اللخمي في هذه المسألة قد يكون أقرب إلى واقع الناس في هذا الزمان، وخاصة إذا لاحظنا أن الإمام مالكا علل مقدار الانتقال الذي يسقط الحضانة في المدونة بكونه يقطع خير الأولاد عن أوليائهم، والله أعلم.

المطلب الرابع عشر: في خلع الوصي عن الصغيرة التي لم يُجعل إليه إجبارها.
الفرع الأول: صورة المسألة.

هل للوصي أن يخالع عن الصغيرة التي لم يأمره الأب بإجبارها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

ليس للوصي الذي لم يأمره الأب بالجبر أن يخالع عن التي لو تأيمت وكان لها أب لجبرها، وذلك جار في البكر والثيب الصغيرة.

قال في تهذيب المدونة: (وللأب أن يخالع على ابنته الصغيرة وإن كان على إسقاط جميع المهر، وذلك جائز عليها، وليس للوصي أو غيره أن يخالعها من زوجها، بخلاف مبارأة الوصي عن يتيمة، والفرق بينهما أن الوصي يزوج يتيمة ولا يستأمره ولا يزوج يتيمة إلا بإذنها ورضائها)⁽¹⁾ قال خليل: (وجاز من الأب عن المجبرة بخلاف الوصي)⁽²⁾.

وقال بهرام: ("بخلاف الوصي" أي: فإنه لا يخالع عن البكر التي في إيصائه، الباجي: وهو المشهور من قول ابن القاسم، وروايته عن مالك، وقال مرة له ذلك، ورواه ابن نافع عن مالك)⁽³⁾.

وقال المجلسي: (قوله: "بخلاف الوصي" جار في البكر والثيب الصغيرة، فيجري في من لو تأيمت وكان لها أب لجبرها، هذ إذا لم يكن الأب أمره بالجبر، وأما لو أمره بالجبر فيخالع عنها بغير إذنها لجبره لها لو تأيمت)⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن الوصي له أن يخالع عن الصغيرة إذا كان ذلك حسن نظر لها، قال: (... وقال مالك في المبسوط: يجوز مبارأة الوصي عن يتيمة الصغيرة ما لم تبلغ. واختلف فيه

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 366/1.

(2) مختصر خليل: ص 147.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1038/2.

(4) لوامع الدرر: 10/7.

عن ابن القاسم، فقال عيسى في كتاب المدنين: رجع ابن القاسم إلى أن مبارأة الوصي والسلطان جائزة على الصغيرة إذا كان ذلك حُسن نظر، وهو أحسن، وقد يفرق بينهما لما يصل إليها من الإساءة، ويعجز عن إثبات ذلك، أو لما يعلم من كثرة أيمانه بالطلاق، وأنها معه حرام، أو يتوسل إلى مالها ويتلفه، ولا يعترض هذا بالنكاح في ثاني حال؛ لأننا لا نمنع أجنبياً يعطي الزوج شيئاً على الخلع، وإن كان ذلك يؤدي إلى حاجتها إلى زوج غيره.

وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب في الوصي يخال عمن في ولايته بأقل من نصف الصداق قبل البناء على وجه النظر لفساد وقع أو ضرر بيّن: فذلك جائز عليها، ولم يفرق بين بالغ ولا غيرها، وكذلك روى ابن نافع عن مالك أنه قال: لا بأس أن يبارئ الوصي عن يتيمته، وإن كان أبوها زوجها من قبل أن يوصي إليه.

قال الشيخ: وهذا صواب؛ لأنه الناظر لها فيما يكون من مصالحها في نفس أو مال، فأبي ذلك رآه صواباً فعله⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي أن الوصي ناظر لها في مصالحها في نفسها و مالها، فأبي ذلك رآه صواباً فعله.

(1) التبصرة: 2550/6-2551.

المطلب الخامس عشر: في تقديم جدة الأم على الخالة، والخالة على الجدة للأب وعلى الأخت، وسقوط حضانة الأم إذا تزوجت.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل تقدم جدة الأم على الخالة في الحضانة؟ وهل تقدم خالة الخالة على الجدة للأب وعلى الأخت؟ وهل تسقط حضانة الأم إذا تزوجت أم يرجع في ذلك كله إلى نظر الإمام؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

أولى القرابة بالحضانة الأم ما لم تتزوج ويُدخل بها، فإن تزوجت بمحرم للصبي، أو وليا له، أو لم يقبل الولد غيرها؛ بقيت على حقها في الحضانة، ثم يلي الأم أمها، ثم جدة الأم، ثم الخالة، ثم خالتها، ثم جدة الأب ثم الأب ثم الأخت، ثم العمة... ثم بقية القرابة على ما هو منصوص في كتب المذهب.

قال في تهذيب المدونة: (والأم أحق بحضانة الولد في الطلاق والوفاة، حتى يبلغوا ما وصفناه، فإن ماتت الأم أو نكحت فالحضانة لمن هي أقعد بالأم إذا كانت ذات محرم من الصبيان. فالجدة للأم أحق وإن بعدت بعد الأم، ثم الخالة ثم الجدة للأب. والأب أولى من الأخوات والعمات وبنات الأخ، فإذا لم يكن الأب فالأخت ثم العمة ثم بنات الأخ ثم العصبية، والأولياء هم العصبية⁽¹⁾).

وقال خليل: (وحضانة الذكر: للبلوغ والأنثى: كالفقعة للأم ولو أمة عتق ولدها أو أم ولد وللأب: تعاهده وأدبه وبعثه للمكتب ثم أمها ثم جدة الأم إن انفردت بالسكنى عن أم سقطت حضانتها ثم الخالة ثم خالتها ثم جدة الأب ثم الأب ثم الأخت ثم العمة... وشرط الحاضن العقل... وللأنثى الخلو عن زوج دخل إلا أن يعلم ويسكت العام أو يكون محرما وإن لا حضانة له: كالخال أو وليا كابن العم أو لا يقبل الولد غير أمه⁽²⁾).

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 369/1.

(2) مختصر خليل: ص 186-187 بتصرف.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اعترض اللخمي على تقدمه جدة الأم على الخالة، وعلى تقدمه خالة الخالة على الجدة للأب وعلى الأخت، ورأى أنه يرجع في هذه الحالات وفي حالة تزوج الأم إلى نظر الإمام لينظر في كل نازلة حال نزولها، وحيث رأى خيرا للمحضون جعله عند من هو أفضل له، قال: (وفي تقدمه ابن القاسم جدة الأم على الخالة نظرًا، وكذلك خالة الخالة على الجدة للأب وعلى الأخت، والأظهر أن الأخت أعطف وأرف بأخيها من خالة الخالة، وقال مالك في كتب المدنيين في رجل توفي وترك زوجته وابنته وأخاه فتزوجت الأم وأراد العم أن يضم بنت أخيه إليه، قال: ينظر الإمام في ذلك، فحيث رأى خيرا للابنة جعلها عند من هو خير لها، فأدخل في ذلك نظر الإمام، وهذا أصوب، فينبغي أن ينظر في كل نازلة حين نزولها)⁽¹⁾.

(1) التبصرة: 2559/6.

المطلب السادس عشر: في أمد الحضانة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

متى ينتهي أمد الحضانة ويكون للأب أن يأخذ ولده ممن جعلت له الحضانة أولاً؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب أن أمد الحضانة يستمر إلى البلوغ في الذكور، وفي الإناث حتى يتزوجن ويدخلن.

قال في تهذيب المدونة: (ويترك الغلام في حضانة الأم حتى يحتلم ثم يذهب حيث شاء. وللأب تعاهد الولد عند أمهم، وأدبهم وبعثهم إلى المكتب، ولا يبيتوا إلا عندها، إلا أن تتزوج الأم والولد صغير يرضع أو فوق ذلك، فإنه ينزع منها إذا دخل بها زوجها، لا قبل ذلك، ثم لا يرد إليها إن طلقت، ولا حق لها فيه إذا أسلمته مرة.

وتترك الجارية في حضانة الأم في الطلاق والموت حتى تبلغ النكاح، فإذا بلغت نظر فإن كانت الأم في حرز وتحصين فهي أحق بها أبداً حتى تنكح وإن بلغت أربعين سنة⁽¹⁾.

وقال خليل: (وحضانة الذكر للبلوغ والأنثى كالنفقة للأم)⁽²⁾.

وقال بهرام: (المشهور أن الحضانة في الذكور للاحتلام، وهو مذهب المدونة، ولا بن شعبان حتى يحتلم الغلام صحيح العقل والبدن، وفي الإناث حتى يتزوجن ويدخلن وقاله في المدونة وهو معنى قوله: "كالنفقة"⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن أمد حضانة الذكر للإثغار، وللأب أو وليه أن يضمه إليه عندئذ من غير خيار والخيار أفضل.

(1) التهذيب: 368/1.

(2) مختصر خليل: ص 186.

(3) لوامع الدرر: 1290/3.

وأما البنت فوافق المشهور في أمد حضانتها إلا أنه اختار أنها قد تخير إن كانت عند غير الأم.

قال: (اختلف عن مالك في أمر الحضانة للذكران، فقال في المدونة: الاحتلام. وقال ابن شعبان: يحتلم الغلام صحيح العقل والبدن. وقال في مختصر ابن عبد الحكم وأبي مصعب: الإثغار، وقال أبو الحسن بن القصار: قول مالك في الذكر أن الإثغار يسقط حضانة الأم، ويملك حضانة نفسه.

وهذا يشبه قول الشافعي أنه يُخير بين أن يكون عند أبيه أو أمه بمنزلة لو بلغ، وليس قوله بالبين؛ لأن مالكا لم يقل يملك حضانة نفسه بعد الإثغار، وإنما أراد أن للأب أن يأخذه حينئذ فيصح أن يسقط حق الأم في الحضانة بالإثغار، ولا يخير الولد؛ لأنه لم يرشد، وللأب أو وليه أن يضمه إليه من غير خيار، غير أن التخيير في مثل ذلك أحسن؛ لأننا نجد الأولاد مختلفين فمنهم من يركن إلى الأم، ومنهم من يركن إلى الأب، وفي منعه ممن هو متعلق النفس به مضرة عليه، وقد روى الترمذي عن النبي ﷺ حديثاً حسن السند: «خَيْرَ عَلَامًا بَيْنَ أَبِيهِ وَأُمِّهِ»⁽¹⁾ وأما الإناث فالأم أحق بحضانتهم ما لم يتزوجن، ويدخل بهن، وكذلك كل من له حق في حضانتهم من النساء.

ولا أرى أن تخير البنت في الانتقال عن الأم إلى الأب؛ لأنها أصون لها، وقد تخير إذا كانت عند غير الأم، وقال مالك في كتاب المدنيين في رجل أوصى بابنته إلى رجل، وللبنت عمه وجدته من قبل الأب فلم تطلبها الجدة، وكانت عند العمه فتزوجت العمه قبل بلوغ الجارية فطلبتها الجدة وأبت الجارية وأحبت أن تفر مع العمه قال: تترك عندها إذا أحبت الجارية، وهذا نحو ما ذهب إليه القاضي أبو الحسن بن القصار أن الولد يخير بين أبويه⁽²⁾.

(1) سنن الترمذي: 630/3، باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا، حديث رقم: 1357، وقال عنه: حديث حسن صحيح.

(2) التبصرة: 2572/6.

المطلب السابع عشر: في أجرة الحاضن؟:

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل تستحق الحاضن أجرة مقابل قيامها بالحضانة لمحضونها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

الحضانة حق للحاضن وليس لها أجرة عليها.

قال خليل: (ولا شيء لحاضن لأجلها)⁽¹⁾.

وقال الدردير: ("ولا شيء لحاضن" زيادة على السكنى "لأجلها" أي الحضانة وأما بقطع

النظر عن الحضانة فقد يجب لها شيء كالأم الفقيرة في مال ولدها المحضون والله أعلم)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن للأم أجرة الحضانة إلا أن يكون للولد من يخدمهم، أو استأجرت هي

من يقوم بخدمتهم، وتقوم هي بالنظر فيما يصلح الولد فقط، قال: (وإذا كان الولد يتامى كان

للأم أجر الحضانة إذا كانت فقيرة والولد مياسير؛ لأنها تستحق النفقة في ما لهم لو لم تحضنهم.

واختلف إذا كانت موسرة، فقال مالك: لا نفقة لها، وقال مرة: لها النفقة إذا قامت عليهم

بعد وفاة الأب، وقال أيضا: تنفق بقدر حضانتها إذا كانت لو تركتهم لم يكن لهم بدٌّ من

حضانة، فجعل لها في هذا القول الأجرة دون النفقة.

وأرى إن هي تأيمت لأجلهم، وكانت هي الخادمة، والقائمة بأمرهم - أن تكون لها النفقة،

وإن كانت أكثر من الأجرة؛ لأنها لو تركتهم وتزوجت أتى من ينفق عليها، فكان من النظر

للولد كونهم في نظرها وخدمتها.

(1) مختصر خليل: ص 187 بتصرف.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 534/2.

وإن لم تكن تأيئت لأجلهم، أو كانت في سن من لا يتزوج، كان لها الأجرة وإن كانت دون نفقتها، وإن كان لهم من يخدمهم أو استأجرت من يقوم بخدمتهم وإنما هي ناظرة فيما يصلح الولد فقط، لم أر لها شيئاً⁽¹⁾.

(1) التبصرة: 2578/6-2579.

المطلب الثامن عشر: في حق الجدة للأُم في الحضانة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل للجدة للأُم حق في الحضانة؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

نصَّ خليل في مختصره الذي التزم فيه ما عليه الفتوى في المذهب أن الجدة لأُم ليس له حق في الحضانة، قال بعد أن ذكر من لهم حق الحضانة وترتيبهم في ذلك: (لا جد لأُم)⁽¹⁾، وهو كذلك قول ابن رشد، قال في المقدمات الممهديات: (وقد تقدم أن الحضانة إذا كان لها زوج أجنبي سقطت حضانتها، فإن كان زوجها ذا رحم من المحضون فلا يخلو من وجهين: أحدهما: أن يكون محرماً عليه، والثاني: أن لا يكون محرماً عليه، فإن كان محرماً عليه فسواء كان ممن له الحضانة كالعم والجدة للأب أو ممن لا حضانة له كالخال والجدة للأُم لا تأثير له في إسقاط الحضانة)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن الجدة لأُم من جملة من له الحضانة، قال: (ولم أر للجدة لأُم في الحضانة نصاً، وأرى له في ذلك حقاً؛ لأن له حناناً وعطفاً، ولهذا غلظت الدية فيه، وأسقط عنه القود. وقال النبي ﷺ في الحسن: «إن ابني هذا سيّد»⁽³⁾، ولم يختلف أنه داخل في عموم قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾⁽⁴⁾، وأن ابن البنت داخل في عموم قوله جل ذكره: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ﴾⁽⁵⁾ فإن انفردت له الحضانة، وإن

(1) مختصر خليل: ص 186.

(2) المقدمات الممهديات: 569/1.

(3) أخرجه البخاري: 186/3، في باب قول النبي ﷺ للحسن ابن علي رضي الله عنهما: «ابني هذا سيّد...» من كتاب الصلح برقم: 2704.

(4) النساء: 22.

(5) النساء: 23.

شاركه في ذلك أحد نظر أيهما أعطف وأرفق، ولا يعترض ذلك بكونه غير عاصب لتسليمهم للأخ للأم، وتبديته على من له تعصيب كالأخ للأب والعم⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بكون الجد للأم له حنان وعطف على أحفاده، ولهذا غلظت فيه الدية، وأسقط عنه القود.

تعليل: قال ابن عرفة - بعد أن نقل كلام اللخمي في أن الجد للأم له الحضانة لأن له عطفًا وتغلظ فيه الدية-: (قلت: قول ابن الهندي: الجد للأب أولى من الجد للأم، دليل حضانته)⁽²⁾. وقال المجلسي: (وعلى أن له الحضانة فيلي مرتبة الجد للأب، كما فهم التتائي⁽³⁾ من قول الوثائق: إذا اجتمع الجدان فالجد للأب أولى من الجد للأم)⁽⁴⁾.

(1) التبصرة: 2560/6-2561.

(2) المختصر الفقهي لابن عرفة: 52/5.

(3) أبو عبد الله شمس الدين محمد بن إبراهيم التتائي نسبته إلى "تتا" من قرى المنوفية بمصر، أخذ عن السنهوري والبرهان واللقاني، له شرحان على المختصر وشرح على ابن الحاجب، وله شرح على إرشاد ابن عساكر والجلاب ومقدمة ابن رشد وغيرها، توفي سنة 937 وقيل 942 هـ. شجرة النور الزكية: 393/1، ونيل الابتهاج: ص 588، والأعلام: 302 / 5، ومعجم المؤلفين: 8 / 194.

(4) لوامع الدرر: 763/7.

المطلب التاسع: في دعوى البكر الميسس.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل تصدق البكر إذا ادعت أن زوجها أصابها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب أن البكر تصدق إذا ادعت أن زوجها أصابها، و لا ينظر إليها النساء ليشهدن له أو لها.

قال خليل: (وصدق في الاعتراض: كالمراة في دائها أو وجوده حال العقد أو بكارتها وحلفت هي أو أبوها إن كانت سفيهة ولا ينظرها النساء)⁽¹⁾.

وقال المجلسي: ("ولا ينظرها النساء" هذا كالتأكيد لقوله: "كالمراة في دائها" إلخ يعني أن المرأة تصدق في نفي داء فرجها وبقاء بكارتها، وأنها كانت بكرا وأزالها الزوج فلا ينظرها النساء ليشهدن له أو لها، وهذا هو المشهور)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن البكر ينظرها النساء فإن وجدتها بكرا صدق عليها، وإن رأى أثر افتضاض صدقت عليه، قال: (فأما البكر فقال مالك مرة: هي كالثيب يقبل قولها إذا كانت خلوة بناء، وروى عنه ابن وهب، وإسماعيل بن أبي أويس: أنه قال: لا تصدق وينظر إليها النساء، فإن كانت بكرا صدق عليها، وإن رأى أثر افتضاض صدقت، وهو أحسن؛ لأن وجود البكارة دليل له، وعدمها دليل لها)⁽³⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

رأى اللخمي أن البكارة دليل يمكن من خلاله معرفة الصادق من الزوجين فلا يعدل إلى الاعتماد على قول المرأة مع وجوده.

(1) مختصر خليل: ص133.

(2) لوامع الدرر: 331/6.

(3) التبصرة: 2482/6.

تعليق: هذا الذي اختاره اللخمي هو قول سحنون، وجرى به العمل في فاس، قال الشيخ محمد بن الحسن بناني: ("ولا ينظرها النساء" الذي تلقيته من بعض شيوخنا المفتين أن العمل جرى بفاس بقول سحنون ينظرها النساء)⁽¹⁾.

(1) شرح الرُّزقاني على مختصر خليل ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني: 431/3-432.

المطلب العشرون: في نفقة الحامل إذا خالعت على إسقاط نفقة الولد.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من خالعت وهي حامل على إسقاط نفقة الولد إذا ولدته هل يكون لها نفقة الحمل؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من خالعت على ألا نفقة للولد إذا ولدته سقطت نفقة حملها.

قال خليل: (وجاز شرط نفقة ولدها مدة رضاعه فلا نفقة للحمل)⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن نفقة الحمل لا تسقط، قال: (واختلف إذا اشترط ألا نفقة للولد إذا ولدته هل يكون لها الآن نفقة الحمل؟ فقال مالك في كتاب محمد: لا نفقة لها الآن، وقال ابن القاسم في كتاب ابن سحنون، والمغيرة وابن الماجشون في مختصر ما ليس في المختصر: لها نفقة الحمل؛ لأنها لم تذكر إسقاطه، وهو أحسن؛ لأن لها حقين خالعت على أن أسقطت أحدهما، ولم يسقط الآخر)⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي أن لها حقين أسقطت أحدهما ولم تسقط الآخر.

تعليل: نقل عبد الباقي الزرقاني عن التتائي تصويب الصقلي للقول بعدم سقوط نفقة الحمل، قال بعد أن ذكر قول اللخمي: (الصقلي وقاله سحنون وهو الصواب قاله تت)⁽³⁾.

وقال الدردير: (وقال ابن القاسم بل لها نفقة في حمله لأنهما حقان أسقطت أحدهما فيبقى الآخر ورجح)⁽⁴⁾.

(1) مختصر خليل: ص 149.

(2) التبصرة: 2535/6.

(3) شرح الزرقاني على مختصر خليل ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني: 133/4.

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 357/2.

المطلب الواحد والعشرون: في لزوم ما خالعت به الصغيرة والسفينة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يلزم الصغيرة والسفينة التي ليست في ولاء ما خالعتا به؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

يشترط في الملتزم للعرض في الخلع أن يكون أهلاً للالتزام المال، ولذلك فإن الصغيرة والسفينة لا يلزمهما ما التزمه في الخلع، فإن كان الزوج قد أخذ منهما شيئاً فعليه رده، وتكون طلقة بائنة مع رد المال.

قال خليل: (جاز الخلع وهو: الطلاق بعوض وبلا حاكم وبعوض من غيرها إن تأهل لا من صغيرة وسفينة وذو رق ورد المال وبانت)⁽¹⁾.

وقد نقل المجلسي عن بهرام أن ما ذكره خليل في الصغيرة هو المشهور، قال: (قال الشارح: وما ذكره المص في الصغيرة هو المشهور، المتيطي: وبه العمل، ابن اللباد: وهو المعروف)⁽²⁾.

وذكر الرجراجي⁽³⁾ أن مشهور المذهب أن السفينة المهملة لا يجوز خلعه، قال: (فإن كانت بالغة سفينة، فلا تخلو من أن تكون ذات أب أو ذات وصي أو مهملة... فإن كانت مهملة، فهل يجوز خلعه ويسوغ للزوج ما أخذ منها أو لا يجوز؟ فالمذهب على قولين:

أحدهما: الجواز، وهو قول سحنون في اليتيمة البالغة تفتدي من زوجها قبل البناء قال: ذلك جائز، وله ما أخذ ولا رجوع لها فيه. والثاني: أن ذلك لا يجوز، وهو المشهور)⁽⁴⁾.

(1) مختصر خليل: ص 147.

(2) لوامع الدرر: 6/7-7.

(3) عمر بن محمد أبو علي الرجراجي الفاسي المالكي، وصفه ابن غازي بالشيخ الصالح المتفق على علمه وصلاحه، وقال السخاوي عنه: إمام جامع الأندلس في فاس، كان الغالب عليه الزهد والورع مع تقدمه في الفقه، أخذ عن جماعة من مشيخة فاس منهم: أبو عمران العبدوسي، والقباب، والوانغليي الضرير مفتي فاس. وعنه جلة منهم: ابن الخطيب القسنطيني، وابن علال المصمودي، توفي سنة 810 هـ. نيل الابتهاج: ص 303، شجرة النور الزكية: 359/1.

(4) مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، أبو الحسن علي بن سعيد الرجراجي، اعتنى به: أبو الفضل الدميّاطي - أحمد بن علي، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط: 1، 1428 هـ - 2007 م: 131/4 - 132 بتصرف.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه ينظر في الصغيرة والسفينة المهملة إذا خالعتا في حال الزوجين، فإن كان بقاء الزوجة زوجة أحسن رد المال ومضى الطلاق، وإن كان الفراق أحسن مضى الخلع، قال: (اختلف في خلع الصغيرة إذا لم تكن في ولاء فأجاز ابن القاسم في العتبية، ومنعه أصبغ وقال: الخلع ماضٍ، والمال مردود، وأرى أن ينظر إلى حالهما، فإن كان بقاؤها زوجة أحسن رُدَّ المال ومضى الطلاق، وإن كان الفراق أحسن مضى الخلع؛ لأن الزوج لا يقدر أن يرُدَّ العصمة، ولو ترافعا قبل إلى الحاكم لفعل ما فعلت إلا أن يكون فيه فضل عن خلع مثلها فيرد الفضل)⁽¹⁾.

وقال في السفينة المهملة: (ويختلف في خلع الثيب السفينة إذا لم تكن في ولاء قياسا على بيعها وشرائها، وأرى أن ينظر في حال الزوجين حسب ما تقدم)⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي في مضي الخلع وعوضه إذا كان الفراق أحسن أن الزوج لا يقدر على رد العصمة، وأنهما لو رفا أمرهما إلى الحاكم لأمضاه لأنه الأفضل لهما.

(1) التبصرة: 2548/6.

(2) المصدر نفسه: 2549/6.

المبحث الرابع: كتاب التخيير والتمليك

تمهيد:

قال ابن جزى موضحا معاني التوكيل والتملك والتخيير في الطلاق ما يلي: (أما التوكيل فهو أن يوكل الرجل المرأة على طلاقها فلها أن تفعل ما وكلها عليه من طلقة واحدة، أو أكثر، وله أن يعزلها ما لم تفعل ذلك.

وأما التملك فهو أن يملكها أمر نفسها وليس له أن يعزلها عن ذلك خلافا للشافعي ولها أن تفعل ما جعل بيدها من طلقة واحدة أو أكثر، وله أن يناكرها فيما زاد على الطلقة الواحدة إذا أطلق القول، ويظهر قبولها للتملك بالقول أو بالفعل، أما القول فهو أن توقع الطلاق بلفظها، وأما الفعل فهو أن تفعل ما يدل على الفراق مثل نقل أثاتها أو غير ذلك، فإن ظهر منها ما يدل على خلاف ذلك من قول أو فعل سقط تملكها، وإن سكنت ولم يظهر منها قول ولا فعل لم يبطل تملكها حتى يوقفها السلطان أو تتركه يظأها، وروي عن مالك أنه يبطل إن افترقا من المجلس وفاقا للشافعي.

وأما التخيير فهو أن يخيرها بين البقاء معه أو الفراق فلها أن تفعل من ذلك ما أحببت فإن اختارت الفراق كان طلاقها بالثلاث، فإن قالت اخترت واحدة أو اثنتين لم يكن لها وسقط خيارها إلا أن يخيرها في طلقة واحدة أو طلقتين خاصة فتوقعها⁽¹⁾.

وقال المجلسي: (يتحصل من كلامهم هنا أن التوكيل ما دل على أن الزوج جعل الغير نائبا عنه في إنشاء الطلاق مع أن للزوج منعه من ذلك قبل إيقاعه له بأي لفظ كان، وأن التخيير ما دل على أن الزوج جعل للمرأة أحد أمرين إما أن تبين منه أو تقيم معه بأي لفظ كان، وأن التملك وهب لها ما له من إنشاء الطلاق، والأصل أن ملك الإنسان لا ينتقل عنه إلا بمحقق فلذا ناكرا مطلقا، والمعتبر ما دل على ذلك بأي لفظ كان والله أعلم⁽²⁾).

وقد بين الإمام القرافي أن التخيير إنما أفتى فيه الإمام مالك بناء على عرف كان في زمانه، وأنه من جهة اللغة من ألفاظ الكناية التي لا يلزم فيها شيء إلا بالنية، قال المجلسي: (واعلم أن الشافعي وأبا حنيفة وأحمد اتفقوا على أن التخيير كناية لا يلزم فيه شيء إلا بالنية، لأن لفظ التخيير يحتمل التخيير في الطلاق وغيره، وإن أراد الطلاق فيحتمل الوحدة والكثرة، والأصل

(1) القوانين الفقهية: ص 155.

(2) لوامع الدرر: 297/7.

بقاء العصمة حتى ينوي. القرافي: والصحيح الذي يظهر أن قول الأئمة الثلاثة هو مقتضى اللفظ لغة لا مربية في ذلك، وأن مالكا أفتى بالثلاث بناء على عادة كانت في زمانه أوجبت نقل اللفظ عن مسماه اللغوي إلى هذا المفهوم فصار صريحاً فيه، ويلزم على هذا بطلان الحكم اليوم ووجوب الرجوع إلى اللغة، ويكون كناية محضة كما قاله الأئمة لتغير العرف حتى لم يصر أحد يستعمل هذا اللفظ إلا في غاية الندور، والقاعدة أن اللفظ متى كان الحكم فيه مضافاً لنقل عادي بطل ذلك الحكم عند بطلان العادة، وتغيره إلى حكم آخر إن شهد له عادة أخرى، هذا هو الفقه المتجه. ابن الشاط: ما قاله أن مالكا رضي الله عنه إنما بنى على عرف زمانه هو الظاهر، وما قاله من لزوم تغير الفتوى عند تغير العرف صحيح⁽¹⁾.

(1) المصدر السابق: 297/7-298.

المطلب الأول: في من خير امرأته فطلقت واحدة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من خير امرأته فطلقت واحدة فهل يبطل ما بيدها أم لها أن ترجع فتختار مرة أخرى؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا خير الرجل امرأته فقضت بالبتات بانت منه، فإن قضت بواحدة واثنين بطل ما بيدها من الخيار.

قال في تهذيب المدونة: (ومن قال لامرأته بعد البناء: اختاري نفسك، فقالت: قد اخترت نفسي، فهي ثلاث ولا منكرة للزوج، وإن قالت: قد قبلت أمري، سئلت: ما الذي قبلت؟ فإن قالت: ما جعل لي من الخيار ولم أطلق، قيل لها: فطلقي إن أردت أو زدي، فإن طلقت ثلاثاً لزمه ولا منكرة له، وإن طلقت دون البتات لم يلزمه شيء، وإنما لها أن تطلق ثلاثاً أو ترد ذلك⁽¹⁾).

وقال خليل: (وبطل في المطلق إن قضت بدون الثلاث)⁽²⁾.

وقال بهرام: (المطلق هو العاري عن التقييد بطلقة أو طلقتين ونحو ذلك كقوله: اختاري أو خيرتك ونحو ذلك، فلو قضت بدون الثلاث بطل لعدولها عما جعله الشرع لها وهو المشهور)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنها إن قضت بواحدة في التخيير المطلق لم يسقط ما بيدها، ولها أن ترجع فتقضي بالثلاث، قال: (واختلف إذا قضت في التخيير بواحدة على القول أنها ليس لها أن تقضي إلا بالثلاث، فقال مالك: يسقط ما بيدها.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 314/1.

(2) مختصر خليل: ص 161.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1122/2.

قال محمد: ما لم يتبين منه الرضا بذلك فتكون طليقة له فيها الرجعة. وقال أشهب: لها أن ترجع فتقضي بالثلاث، وهو أحسن لأنَّ النساء لا يميزن أحكام هذه الألفاظ، وإنما يقع عندها أنها فعلت ما جعل لها فينبغي أن يبين لها ثم ينظر إلى ما تعمل بعد ذلك⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل رأيه في هذه المسألة بأن النساء لا يميزن بين أحكام هذه الألفاظ، وعليه فتعذر المرأة بجهلها في ذلك ويبين لها، ثم ينظر إلى ما تعمد إليه بعد ذلك.

(1) التبصرة: 2705/6.

المطلب الثاني: في تحليف من قال لزوجته اختاري في أن تطلقني نفسك طلقة واحدة وفي أن تقيمي.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من قال لزوجته اختاري في أن تطلقني نفسك طلقة واحدة وفي أن تقيمي هل يحلف أنه ما أراد إلا واحدة؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من خير زوجته في أن تطلق واحدة أو تقيم معه فإنه يحلف ما أراد إلا واحدة، لأنه لما جعل الواحدة مقابلة لأن تقيم معه دل أنه لم يرد حقيقة الطلقة الواحدة، فإن حلف لزمته وتكون رجعية وإن نكل لزمه ما قضت به.

جاء في المدونة: (قلت: رأيت إن قال الرجل لامرأته اختاري في أن تطلقني نفسك تطلقه واحدة وفي أن تقيمي، فقالت قد اخترت نفسي أيكون ذلك ثلاثاً أم لا؟ قال: نزلت بالمدينة وسئل مالك عنها فقال لزوجها أتخلف بالله ما أردت بقولك ذلك حين قلت: " اختاري في واحدة " إلا واحدة، قال الزوج: نعم، والله ما أردت إلا واحدة، قال مالك: أرى ذلك لك وهي واحدة وأنت أملك بها.

قلت: وكيف كانت المسألة التي سألوا مالكا عنها؟

قال: سألوا مالكا عن رجل قال لامرأته اختاري في واحدة، فأجابهم بما أخبرتك⁽¹⁾.

وقال خليل: (وحلف في اختاري في واحدة، أو في أن تطلقني نفسك طلقة واحدة)⁽²⁾.

وقال بهرام: (هكذا هو ظاهر كلام ابن القاسم في المدونة أنه سوى بين قول الزوج لزوجته اختاري في واحدة وبين قوله: اختاري في أن تطلقني نفسك تطلقه واحدة، فإنه يحلف ما أراد إلا واحدة، وعليه تأولها ابن أبي زيد وغيره)⁽³⁾.

(1) المدونة: 272/2.

(2) مختصر خليل: ص 161.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1122/2.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من قال لزوجته اختاري في أن تطلقني واحدة وفي أن تقيمي ليس عليه يمين، قال: (وإن قال: اختاري في واحدة حلف أنه لم يرد إلا طلقة ولا يمين عليه في شيء من ذلك لإمكان أن يكون أراد بقوله في واحدة أي في مرة واحدة، وأحلفه ابن القاسم إذا قال: اختاري في أن تطلقني نفسك واحدة وفي أن تقيمي وألا يمين عليه أحسن)⁽¹⁾.

(1) التبصرة: 2706/6.

المطلب الثالث: في من قال لزوجته اختاري في تطليقتين فقضت بواحدة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من قال لزوجته اختاري في تطليقتين فقضت بواحدة فما الذي يلزمه.

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من قال لزوجته اختاري في تطليقتين فقضت بواحدة لم يلزمه شيء.

جاء في تهذيب المدونة: (وإن قال لها: اختاري تطليقتين، فاخترت واحدة، أو قال لها:

طلقي نفسك ثلاثاً، فقالت: قد طلقت نفسي واحدة، لم يقع عليها شيء)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وبطل إن قضت بواحدة في اختاري تطليقتين أو في تطليقتين)⁽²⁾.

وقال بهرام: (أي وبطل ما قضت به إذا قال لها اختاري تطليقتين أو في تطليقتين فاخترت

واحدة لم يقع عليها شيء)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن يسأل الزوج عما أراد، فإن قال أردت أنها تختار أو تترك حلف على

ذلك، ثم يكون لها أن تستأنف الخيار، قال: (واختلف إذا قال: اختاري في تطليقتين فقال في

المدونة: تقضي بها فإن قضت بواحدة لم يلزمه شيء، وقال ابن سحنون: لها أن تقضي

بواحدة.

وقوله "في تطليقتين" يحتمل أن يريد في أن تقضي أو تترك لعدتها أو تختار في الأعداد،

فأرى أن يسأل عما أراد إذا قضت بواحدة فإن قال: أردت الأعداد لزمته الواحدة، وإن قال:

أردت أنها تقضي أو تترك حلف على ذلك، ثم يكون لها أن تستأنف الخيار؛ لأنها تقول:

ظننت أنه أراد العدد ولو علمت أنه لم يرد ذلك لقضيت بالاثنتين)⁽⁴⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 314/1.

(2) مختصر خليل: ص 161.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1122/2.

(4) التبصرة: 2706/6-2707.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بأن قول الزوج اختاري في تطليقتين محتمل لمعان مختلفة وعليه
فيسأل عما أراد، ثم يكون الحكم تبعاً لذلك.

المطلب الرابع: في قول الزوج لزوجته طلقي نفسك.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا قال الزوج لزوجته طلقي نفسك فهل يعد ذلك تمليكاً؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا قال الزوج لزوجته طلقي نفسك فقد ملكها ما كان بيده من أمر الطلاق، ولها أن تقضي بما شاءت، وليس له رد ذلك إلا أن يدعي أنه له نية فيبادر فيناكرها ويحلف على ذلك. قال في تهذيب المدونة: (وإن قال لها: طلقي نفسك أو طلاقك بيدك، فذلك كالتملك إن طلقت نفسها ثلاثاً أو قضت بالبتات، فإن قال الزوج: أردت واحدة، فالقول قوله إذا ردّ عليها مكانه ويحلف وإلا فالقضاء ما قضت)⁽¹⁾.

وقال ابن الحاجب: (والتملك: مثل: ملكتك أمرك، أو أمرك بيدك وطلاقك بيدك، وطلقي نفسك)⁽²⁾.

وقال المجلسي: (وصيغة التملك نحو: أمرك بيدك، وملكتك أمرك، وطلقي نفسك)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن قول الزوج طلقي نفسك ليس من صيغ التملك وليس لها أن تقضي إلا بواحدة، قال: (واختلف إذا قال: طلقي نفسك، فجعله ابن القاسم في المدونة تملكاً، وقال محمد: ليس لها أن تطلق إلا واحدة ولو طلقت أكثر فلم ينكر ولم يرد حلف أنه لم يسكت رضاً منه بما طلقت، وهو أبين وليس قوله طلاقك بيدك بمنزلة قوله: طلقي نفسك)⁽⁴⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 319/1.

(2) جامع الأمهات: ص 302.

(3) لوامع الدرر: 298/7.

(4) التبصرة: 2709/6.

المطلب الخامس: في من أطلق التخيير أو التمليك ولم يقيده بأجل والزوجة حاضرة ثم تفرقا قبل أن تقضي.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من أطلق التخيير أو التمليك ولم يقيده بأجل والزوجة حاضرة ثم تفرقا قبل أن تقضي فهل يسقط ما بيدها بعدم اختيارها في المجلس أم تمهل مدة لترى رأيها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا تفرقا من المجلس قبل أن تقضي، أو طال المجلس حتى يرى أنهما قد تركا الكلام في ذلك الموضوع وخرجا منه إلى غيره سقط ما جعل للمرأة من التخيير أو التمليك إلا أن تقول قبلت أمري أو نحوه مما يدل على أنها لم تترك ما بيدها، فإن قالت ذلك بقي ما جعل لها بيدها حتى توقف أو توطأ.

قال في تهذيب المدونة: (وإن قال لها: اختاري اليوم كله فمضى اليوم ولم تختري فلا خيار لها، وكذلك إن خيرها ولم يوقت يوما ثم افترقا من المجلس قبل أن تختار، فلا خيار لها في قول مالك الأول، وبه أخذ ابن القاسم وعليه جماعة من الناس، وقوله الآخر إن لها أن تختار وإن مضى الوقت أو تفرقا ما لم توقف أو توطأ)⁽¹⁾.

وقال خليل: (ورجع مالك إلى بقائهما بيدها في المطلق ما لم توقف أو توطأ كمتى شئت وأخذ ابن القاسم بالسقوط)⁽²⁾.

وقال المجلسي: ("وأخذ ابن القاسم بالسقوط" هذا مقابل لقوله "ورجع مالك إلى بقائهما بيدها ما لم توقف أو توطأ" يعني أن ابن القاسم أخذ بالقول المرجوع عنه وهو سقوطهما أي التخيير والتمليك المطلقين بانقضاء المجلس أو الخروج عنه لكلام غيره. المتيطي: وبه القضاء

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 314/1-315.

(2) مختصر خليل: ص 162.

وعليه جمهور أصحاب مالك، ورجع له الإمام ثانياً وبقي عليه إلى أن مات، وهو الراجح، فلو اقتصر عليه المصنف لكان أحسن⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنها تمهل ثلاثة أيام لترى رأيها، قال: (التخيير والتملك على وجهين، مطلق ومقيد بأجل، فإن أطلق ذلك والزوجة حاضرة حين التخيير كان لها أن تقضي في المجلس.

واختلف عن مالك إذا لم تقض حتى تفرقا هل يسقط ما بيدها من ذلك أم لا؟ وقال ابن القاسم: ليس لها أن تقضي، وقال سحنون وغيره: ذلك بيدها، ويختلف على هذا في وقف الزوج لها، وعلى القول الأول يوقفها الآن، وعلى القول الآخر لا يوقفها، ولها أن تفارق المجلس وترى رأيها.

وأرى أن تمهل ثلاثة أيام لتنظر في ذلك، وبه قال مرة فيمن وجبت له الشفعة: يؤخر ثلاثة أيام، ليرى رأيها، وقيل في الذي يرى الحمل وهو ينكره: له فسخه في ذلك بعد الوضع، وفي الحديث في المصراة أنه بالخيار ثلاثة أيام وذلك ليرى رأيها في الأخذ أو الرد؛ لأنَّ حالها في الحلاب يعلم دون ذلك، ومن اشترى سلعة بالخيار يمهل ويضرب له من الأجل بقدر ما يختار في مثلها، وكذلك التخيير والتملك قد جعل لها فيه الاختيار، والحاجة إلى ما تؤامر فيه نفسها وتشاور، فمشقة الفراق أشد من ذلك⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بالقياس على إمهال من اشترى شاة مصراة ثلاثة أيام ليرى رأيها بالأخذ أو الرد، وكذلك بالقياس على القول أن من وجبت له الشفعة يؤخر ثلاثة أيام ليرى رأيها. **تعليل:** هذا الذي اختاره اللخمي قد رده ابن عبد السلام وتلميذه ابن عرفة، قال ابن عبد السلام: (وخرج بعض الشيوخ قولاً آخر ببقاء ذلك بيدها ثلاثة أيام من أحد القولين في

(1) لوامع الدرر: 314/7-315.

(2) التبصرة: 2712/6-2713.

الشفعة إذا أوقف المشتري الشفيع على الأخذ أو الترك، فطلب الشفيع أن يمهل لينظر، فالمشهور أنه لا يمهل، والشاذ أنه يمهل ثلاثة أيام، وهذا التخريج ضعيف؛ لأن الزوج بتملكه طالب للجواب، وشأن الجواب أن يكون يآثر السؤال، وحق الشفيع بالشرع لا بإعطاء المشتري واستدعائه للجواب، ولذلك قيل في الشفعة أن الشفيع باق على حقه في الشفعة أبداً، وإن كان المشهور غير هذا⁽¹⁾.

وقال ابن عرفة: (...قلت: بعض المتأخرين هو اللخمي، وتخرجه على الشفعة رده ابن عبد السلام بأن المشتري غير مخاطب للشفيع والزوج مخاطب للمرأة، والخطاب يقتضي الجواب الحالي أحسن، ويرد بأن العصمة لا تقبل التأخير في احتمال حلها ملزمة الخيار وشبهه نكاح المتعة.

قلتُ: اختيار ابن القاسم قوله الأول انقضاءه بانقضاء المجلس وعليه جماعة الناس، الشيخ لأشهب في المجموعة: إنما قال مالك: لها ذلك بعد المجلس مرة ثم رجع إلى أن مات. الباجي: وروى يحيى بن يحيى القول الأول في الموطأ وهو آخر من روى عنه، وهذا يدل أن مالكا كان يترجح فيه، وأخذ أبو علي بن خيران بقوله الثاني. أبو عمر: المشهور المعمول به الأول⁽²⁾.

(1) شرح جامع الأمهات: 347/8-348.

(2) المختصر الفقهي لابن عرفة: 263/4.

المطلب السادس: في من خير زوجته إلى أجل.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من خير زوجته إلى أجل فهل تمهل إلى أجلها الذي أجله لها؟ أم توقف مكانها لتقضي أو ترد؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من خير زوجته أو ملكها إلى أجل فإنها توقف مكانها، يوقفها الحاكم أو من يقوم مقامه لتقضي بالطلاق أو ترد ما بيدها وإلا أسقطه.

قال في تهذيب المدونة: (قال مالك: وإن قال لها: أمرك بيدك إلى سنة، فإنها توقف متى ما علم بذلك ولا تترك تحته، وأمرها بيدها حتى توقف فتقضي أو ترد)⁽¹⁾.

وقال خليل: (... ووقفت وإن قال إلى سنة متى علم فتقضي وإلا أسقطه الحاكم)⁽²⁾.

وقال المجلسي: (يعني أن الزوجة توقف في التخيير والتمليك أي يوقفها الحاكم ويمهلها وسواء أطلق فيهما أو قيد بأجل، كقوله أمرك بيدك إلى سنة، أو أنت مخيرة إلى سنة)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي جواز الصبر إلى الأجل، قال: (واختلف إذا ضرب أجلا شهرا أو سنة، فقال مالك: ذلك بيدها إلى ذلك الأجل إلا أن توقف قبل ذلك فتقضي أو ترد أو يصيبها زوجها قبل ذلك فيبطل ما بيدها.

وقال في مختصر ما ليس في المختصر: إن خير زوجته أو ملكها إلى أجل فذلك، قال: وقال بالقول الآخر، يريد: قوله في المدونة.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 320/1.

(2) مختصر خليل: ص 160-161.

(3) لوامع الدرر: 300/7.

وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: توقف مكانها فتقضي أو ترد وإن لم توقف حتى وطئها لم يسقط ما بيدها؛ لأنه كذلك جعله بيدها حين قال: إلى شهر أو سنة فقد رمى مرمى يكون الوطاء قبله وبعده.

وقول مالك في جواز الصبر إلى الأجل أحسن بخلاف الطلاق إلى أجل؛ لأنَّ الطلاق يقع بنفس انقضاء الأجل، وهذا الأمر فيها مشكوك فيه لا يدرى هل يحسن عندها الرضا بالزوجية أو الفراق؟ فأشبهه من قال: أنت طالق إلى قدوم فلان أنه لا يعجل عليها بالطلاق وقد أباح له الإصابة حتى يقدم، وكذلك الزوجة تقول: من حقي التأخير ولي مهلة النظر إلى ذلك الأجل، وإن كانت الإصابة عندكم لا تجوز فامنعوه مني ولا يعترض هذا بالميراث؛ لأنها زوجة فالميراث بينهما قائم حتى يقع الطلاق⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج ببقاء الأجل في الخيار بالترقية بين هذه الحالة وحالة الطلاق إلى أجل؛ بأن الطلاق إلى أجل يقع بنفس الأجل، والخيار إلى أجل لا يدرى ما تختار فيه وقد تختار البقاء على الزوجية.

(1) التبصرة: 2714-2713/6.

المطلب السابع: في الخيار يجعل بيد رجل حاضر فانصرف قبل أن يقضي بشيء.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا جعل الخيار بيد رجل حاضر فانصرف قبل أن يقضي بشيء فهل يسقط الخيار الذي جعل له بذلك؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا جعل الخيار بيد رجل حاضر فانصرف قبل أن يقضي بشيء فإنه يسقط ما جعل له مثله مثل الزوجة في ذلك.

قال في تهذيب المدونة: (وإذا ملكها أمرها أو ملك أمرها لأجنبي ثم بدا له، فليس له ذلك، والأمر إليهما، فإن قاما من المجلس قبل أن تقضي المرأة أو الأجنبي فلا شيء لهما بعد ذلك في قول مالك الأول، وبه أخذ ابن القاسم)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وله التفويض لغيرها... وصار كهي إن حضر)⁽²⁾.

وقال المجلسي: ("وصار كهي إن حضر" يعني: أن الزوج إذا فوض أمر امرأته إلى غيرها فإن ذلك الغير يصير مثلها في التخيير والتملك ومناكرة المملكة مطلقا والمخيرة قبل الدخول وفي جواز التخيير وكراهته، وفي قوله: ورجع مالك إلى بقائهما بيدها إلخ، وغير ذلك مما مر)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه إذا جعل الخيار بيد رجل حاضر فانصرف قبل أن يقضي بشيء لم يسقط الخيار إلا أن تسقطه المرأة أو تمكنه من نفسها، قال: (واختلف أيضا إذا جعل ذلك بيد رجل حاضر معه فانصرف قبل أن يقضي حسب ما تقدم إذا كانت الزوجة حاضرة، والقول الأول ألا يسقط إلا أن تسقطه أو تمكنه منها أحسن)⁽⁴⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 320/1.

(2) مختصر خليل: ص 162 بتصرف.

(3) لوامع الدرر: 322/7.

(4) التبصرة: 2714/6.

المطلب الثامن: في من خير امرأته فقالت قد فعلت أو قد شئت أو اخترت أمري.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من خير امرأته فقالت قد فعلت أو قد شئت أو اخترت أمري، فهل تسأل عما أرادت بقولها ذلك ويقبل منها ما تفسر به قولها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا أجابت المرأة المفوض لها بكلام يحتمل الرد وغيره قبل منها ما فسرت به قولها. قال في تهذيب المدونة: (قال ابن القاسم فإن قال لها: أنت طالق إن شئت، فكأنه تفويض وذلك بيدها وإن افترقا ما لم توطأ، وأرى أن توقف فتقضي أو ترد، وإن قال لها: اختاريني أو اختاري نفسك... وإن قالت: قد فعلت أو قبلت أمري، أو اخترت أو اخترت أمري، سئلت ما أرادت بذلك؟، فإن قالت: لم أرد به الطلاق، صدقت، وإن أرادت به طلاقاً دون البتات لم يلزمه، وإن أرادت البتات لزم ولا منكرة له، وتُسأل المرأة في جوابها بماله وجوه تتصرف ما أرادت به في خيار أو تمليك؟ إلا أنه يناكرها في التمليك خاصة إن ادعى نية ويُحلف على ما نوى، فإن لم تكن له نية حين ملكها فقضت بالثلاث لزمه، ولا منكرة له⁽¹⁾. وقال خليل: (وقبل تفسير قبلت، أو قبلت أمري، أو ما ملكتني برد أو طلاق أو بقاء)⁽²⁾. وقال المجلسي: (وكذا يقبل منها تفسير اخترت، واخترت أمري، أو شئت، أو فرغت)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من أجابت في التخيير بقولها قد فعلت أو قد شئت، أو قد اخترت أنها ثلاث و لا تسأل عما أرادت، قال: (وقال محمد بن عبد الحكم في مختصر ما ليس في المختصر: إذا قالت: قد فعلت هي ثلاث ولا تسأل، وعلى قوله إذا قالت: قد شئت أو قد اخترت أنها ثلاث ولا تسأل، وهو أحسن، وقولها فعلت واخترت وشئت: جوابٌ لامثال ما

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 316/1.

(2) مختصر خليل: ص 161.

(3) لوامع الدرر: 303/7.

جعل لها وليس كقولها رضيت؛ لأنَّ مفهوم رضيت لقبول ما جعل لها إلا أن تقول: رضيت فاخترت نفسي⁽¹⁾.

واختار في التي تجيب في التخيير بقولها اخترت أمري أنها لا تصدق في عدم إرادة الطلاق، وتنوى في العدد، قال: (واختلف إذا قالت: اخترت أمري، فقال مالك في المدونة فيمن قال لامرأته: اختاري، فقالت: قد اخترت أمري أو تقول: اخترت، ولم تقل أمري، تسأل، فإن قالت: لم أرد طلاقاً، كان القول قولها، وإن قالت: أردت واحدة، لم يكن لها شيء، وإن قالت: أردت الثلاث، فُبل قولها، وقال محمد: لا تكاد المرأة تفرق بين اخترت أمري وبين الطلاق. يريد: أنها لا تصدق أنها لم ترد طلاقاً، وقال عبد الملك: لا تصدق، وإن قالت: لم أرد طلاقاً؛ لأن ذلك عند النساء طلاق ولو كنت أعلم ذلك لصدقت، قال محمد: فرأيت من مذهبه أنه عنده طلاق البتة.

وقال ابن القاسم: وإن قالت: أردت الصلح، فإنه صلح ولا يراجعها إلا بنكاحٍ جديدٍ، وسواء خيَّرها أو ملكها إذا رضي الزوج، قال محمد: ولو أنكروا الزوج في التملك وقال: لم أنوِ إلا طلاقاً، حلف وكانت له الرجعة.

قال الشيخ رضي الله عنه: لا أرى أن تصدق أنها لم ترد طلاقاً؛ لأنَّ أمرها هو الطلاق، فإذا قالت: اخترت أمري فقد اختارت الطلاق وليست كالتى تقول: قبلت أمري؛ لأنها تقبل لترتيبي، وأمَّا إن اختارت فقد قبلت وتنوى فيما تقول: إنها أرادت من العدد كالتى تقول: اخترت طلاقاً⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي أن قولها فعلت واخترت وشئت: جوابٌ لامثال ما جعل لها من الطلاق، وكذلك رأى أن قولها اخترت أمري جواب منها معناه قبولها ما جعل لها من أمر الطلاق وإنما تنوى في عدده.

(1) التبصرة: 2718/6.

(2) التبصرة: 2720/6.

المطلب التاسع: في من خير امرأته فقضت بواحدة بئنة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من خير امرأته التي دخل بها فقضت بواحدة بئنة فما الذي يلزمهما من الطلاق؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

المشهور في التخيير أنه مقتضى للثلاث في المدخول بها وأن لها أن تطلق ثلاثاً أو تجيب بما يقتضي الثلاث أو ترد ذلك.

قال في تهذيب المدونة: (ومن قال لامرأته بعد البناء: اختاري نفسك، فقالت: قد اخترت نفسي، فهي ثلاث ولا منكرة للزوج، وإن قالت: قد قبلت أمري، سئلت: ما الذي قبلت؟ فإن قالت: ما جعل لي من الخيار ولم أطلق، قيل لها: فطلقني إن أردت أو رُدِّي، فإن طلقت ثلاثاً لزمه ولا منكرة له، وإن طلقت دون البتات لم يلزمه شيء، وإنما لها أن تطلق ثلاثاً أو ترد ذلك⁽¹⁾).

وقال أيضاً: (وإن قال لها: أنت طالق ثلاثاً إن شئت، فذلك كالخيار ولا تلزمه الواحدة إن قضت بها)⁽²⁾.

وقال ابن الحاجب: (والتخيير: مثل - اختاريني أو اختاري نفسك - وهو كالتمليك إلا إنه للثلاث في المدخول بها على المشهور نويًا أو لم ينويًا ما لم يقيد فيتعين ما قيد... وقيل: بئنة، وقيل: رجعية كالتمليك، وله منكرتها فيما زاده)⁽³⁾.

وقال ابن عبد السلام: (قول المؤلف "وقيل: بئنة، وقيل: رجعية كالتمليك وله منكرتها فيما زاد" لما ذكر القول المشهور وما يلزم عليه ذكر بقية ما في المذهب من الخلاف في التخيير، والقول الأول من هذين القولين لابن الجهم، والقول الثاني لسحنون)⁽⁴⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 314/1.

(2) المصدر نفسه: 319/1.

(3) جامع الأمهات: ص 302-303 بتصرف.

(4) شرح جامع الأمهات: 355/8.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنها إن قضت بواحدة بائنة لزمه ما قضت به، قال: (وإن قال: أنت طالق ثلاثاً إن شئت، فقالت: قد شئت واحدة، لم يلزمه شيء إلا أن تقول بائنة، فيختلف في ذلك فمن قال: إنها تكون ثلاثاً لزمه الثلاث، ومن قال: إنها تكون واحدة رجعية لم يلزمه شيء، ومن قال: إنها تكون واحدة بائنة لزمه ما قضت به وهو أحسن أن يكون كما قضت به، وقد تقدم ذلك)⁽¹⁾.

(1) التبصرة: 2731/6.

المطلب العاشر: في من قال لزوجته أنت علي حرام، و من قال ذلك و قال أردت الظهار.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من قال لزوجته هي عليه حرام فماذا يلزمه؟ وهل يقبل منه أنه أراد بذلك الظهار إن ادعاه؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من قال لزوجته هي عليه حرام فهي ثلاث تطليقات، إلا أن تكون غير مدخول بها ونوى أقل، ولا يقبل منه أنه أراد به الظهار. من المدونة: (قلت: رأيت إن قال لامرأته أنت علي حرام، وقال لم أرد به الطلاق، إنما أردت بهذا القول الظهار؟

قال: سمعت مالكا يقول في الذي يقول لامرأته أنت طالق ألبتة، ثم زعم أنه إنما أراد بذلك واحدة، إن ذلك لا يقبل منه، قال مالك: وإنما يؤخذ الناس بما لفظت به ألسنتهم من أمر الطلاق، قال ابن القاسم: والحرام عند مالك طلاق فلا يدين في الحرام كما لا يدين في الطلاق⁽¹⁾.

وقال خليل: (...والثلاث إلا أن ينوي أقل إن لم يدخل بها في كالميتة والدم ووهبتك ورددتك لأهلك، أو أنت أو ما أنقلب إليه من أهل حرام)⁽²⁾.

وقال القرطبي في معرض ذكره لأقوال العلماء في من حرم زوجته، في تفسير سورة التحريم: (وثامنها: أنها ثلاث تطليقات، قاله علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت أيضا وأبو هريرة. وتاسعها: هي في المدخول بها ثلاث، وينوي في غير المدخول بها، قاله الحسن وعلي بن زيد والحكم، وهو مشهور مذهب مالك)⁽³⁾.

(1) المدونة: 286/2.

(2) مختصر خليل: ص 154.

(3) الجامع لأحكام القرآن: 181/18.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه إن نوى بلفظ التحريم الظهار يكون ظهاراً، قال: (...فقال ابن القاسم: إذا قال أردت بقولي: أنت عليّ حرام الظهار لا تنفعه نيته وهو طلاق. وقال سحنون في العتبية: لا يعجبني ذلك ورأى أنه ظهار، وهو أحسن إذا لم تكن عليه بيعة أو كانت عليه بيعة، وقال في نسق قوله ذلك أردت الظهار فقوله لأن تحريم الزوجة يصح بهذين الوجهين: بالظهار والطلاق فإذا قال أردت أحدهما صدق⁽¹⁾. واختار اللخمي أن من حرم زوجته يريد بذلك الطلاق فإنها تكون قبل الدخول واحدة؛ لأنها بها تحرم.

واختار أن من أتى مستفتياً وقال أردت واحدة لا يلزمه غيرها لأن الزائد لفظ بلا نية. قال: (...فقال ابن القاسم: إذا قال أردت بقولي: أنت عليّ حرام الظهار لا تنفعه نيته وهو طلاق...واختلف إذا أراد الطلاق فيما يلزمه من عدده، فقال مالك وابن القاسم: هو ثلاث قبل وبعد وينوى أنه أراد واحدة قبل البناء ولا ينوى بعد.

وقال عبد الملك في المبسوط: هو ثلاث ولا ينوى قبل ولا بعد، وقال أبو مصعب ومحمد بن عبد الحكم: هو في التي لم يدخل بها واحدة وللمدخول بها ثلاث، وذكر ابن خوازمناد عن مالك أنها واحدة بائنة، وإن كان مدخولاً بها، وقال عبد العزيز بن أبي سلمة في كتاب ابن سحنون: محمله على واحدة رجعية.

والقول: إنها قبل الدخول واحدة حسن؛ لأنها بالواحدة حرام، وإذا كان ذلك الاسم يقع عليها بواحدة لم يلزمه أكثر منها...وأرى إذا أتى مستفتياً وقال: أردت واحدة ألا يلزمه غيرها، وكان الزائد لفظاً بغير نية وعكسه لو أراد أن يقول: أنت حرام فقال: أنت طالق، يختلف هل يلزمه ما نوى أو ما نطق به؟ وقد قال ابن القاسم فيمن أراد أن يقول: أنت طالق، فقال: ادخلي الدار فقد عوفي، فجعل الأمر إلى ما نطق به دون ما نوى، فكذلك لو أراد أن يقول: أنت طالق، فقال: أنت حرام⁽²⁾.

(1) التبصرة: 2736/6-2737.

(2) المصدر السابق: 2736/6-2737-2738 بتصرف.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي لاختياره أن من حرم الزوجة وقال أردت الظهر يقبل قوله بأن تحريم الزوجة يصح بهذين الوجهين: بالظهار والطلاق فإذا قال أردت أحدهما صدق، ورأى كذلك أن من حرم زوجته قاصدا الطلاق وقال أردت واحدة لا يلزمه غيرها، لأن الزائد لفظ بغير نية فلا يلزم على أصله في عدم لزوم لفظ الطلاق من غير نيته.

المطلب الحادي عشر: في من قال لزوجته: حبلك على غاربك، أو أنت خلية، أو برية، أو بائن، أو وهبتك إلى أهلك، أو رددتك إلى أهلك، أو وهبتك نفسك، أو وهبت لك نفسك أو خلّيت سبيلك.

الفرع الأول: صورة المسألة.

ما الذي يلزم من قال لزوجته حبلك على غاربك، أو أنت خلية، أو برية، أو استعمل غير ذلك من صيغ الطلاق السابقة؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من قال لزوجته حبلك على غاربك فهي ثلاث سواء دخل بها أم لم يدخل و لا يُنوّى.

قال في تهذيب المدونة: (وإن قال لها: حبلك على غاربك فهي ثلاث ولا ينوّى)⁽¹⁾.

وقال خليل: (والثلاث في بنة وحبلك على غاربك)⁽²⁾.

وقال المجلسي: (يعني أن الزوج إذا قال لزوجته: حبلك على غاربك تلزمه ثلاث، ولا ينوى دخل أم لا... وقال الشبراخيتي: الحبل كناية عن العصمة والملك الذي بيد الزوج، فإذا قال حبلك على غاربك فقد أقر بخروجه من يده، وهو يقتضي أن لا رجعة له فيها وذلك لا يكون إلا بالثلاث أو بآخرها، والغارب أسفل السنام من العنق، وقد كانوا إذا أرادوا أن تنتهي الدابة في الرعي ألقوا حبلها على غاربها)⁽³⁾.

ومن قال لزوجته: أنت خلية، أو برية، أو بائن، أو وهبتك إلى أهلك، أو رددتك إلى أهلك، أو وهبتك نفسك، أو وهبت لك نفسك فهي ثلاث تطليقات إلا أن ينوي أقل في التي لم يدخل بها.

وقال في تهذيب المدونة: (وإن قال لها: أنت خلية أو برية أو بائنة، قال: مني أو أنا منك، أو لم يقل، أو قال: وهبتك أو رددتك إلى أهلك، قال عبد العزيز: أو إلى أبيك، فذلك في

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 322/1.

(2) مختصر خليل: ص 154.

(3) لوامع الدرر: 159/7 بتصرف.

المدخول بها ثلاث، ولا ينوى في دونها قبل الموهوبة أهلها، أو ردوها، وله نيته في ذلك كله إن لم يدخل بها في واحدة فأكثر منها، وإن لم يكن له نية فذلك ثلاث فيهن⁽¹⁾.

قال خليل: (والثلاث إلا أن ينوي أقل إن لم يدخل بها في: كالميتة والدم ووهبتك ورددتك لأهلك أو أنت أو ما أنقلب إليه من أهلي: حرام أو خلية أو بائنة أو أنا)⁽²⁾.

وقول خليل "وهبتك" يدخل فيه من قال لزوجته وهبتك لنفسك أو لأهلك، قال المجلسي: (... وثالثها قوله: "وهبتك" نفسك أو طلاقك أو لأبيك أو قال لأهلها وهبتها لكم)⁽³⁾

ومن قال لزوجته: خلعت سبيلك فهي ثلاث تطليقات إلا أن ينوي أقل، وسواء في ذلك دخل أو لم يدخل.

وقال في تهذيب المدونة: (وإن قال لها: قد خلعت سبيلك وقد بنى أو لم يبن فله نيته في واحدة فأكثر منها فإن لم تكن له نية فهي ثلاث)⁽⁴⁾.

وقال خليل: (وثلاث إلا أن ينوي أقل مطلقا في خلعت سبيلك)⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من قال لزوجته: حبلك على غاربك، أو أنت خلية، أو برية، أو بائن، أو وهبتك إلى أهلك، أو رددتك إلى أهلك، أو وهبتك نفسك، أو وهبت لك نفسك كل ذلك واحدة قبل الدخول، قال: (واختلف إذا قال: أنت خلية، أو وهبتك نفسك، أو برية، أو بائن، أو حبلك على غاربك، أو وهبتك إلى أهلك، أو رددتك إلى أهلك، أو وهبتك نفسك، أو وهبت لك نفسك، فقليل: يلزمه في أي هذه الألفاظ الثلاث وينوى إن قال: أردت واحدة قبل الدخول ولا ينوى بعد، وهذا هو المشهور من قول مالك وأصحابه... وفي قوله حبلك على غاربك فقال في المدونة: لا ينوى؛ لأن هذا لا يقوله أحد وقد أبقى من الطلاق شيئاً، وهذا

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 322/1.

(2) مختصر خليل: ص 154.

(3) لوامع الدرر: 160/7.

(4) التهذيب في اختصار المدونة: 323/1.

(5) مختصر خليل: ص 154.

يقتضي ألا ينوى قبل ولا بعد، وفي كتاب محمد: ينوى قبل... وأرى أن يحمل كل هؤلاء قبل الدخول مع عدم النية على واحدة؛ لأنها بالواحدة خلية وبرية وحبلها على غاربها وموهوبة ومردودة، وأمّا بعد الدخول فيحمل على الثلاث؛ لأن بها تبين إلا على القول أنها تكون بائنة وإن لم يكن معها فداء⁽¹⁾.

واختار اللخمي أيضا في "خليت سبيك" أنها واحدة قبل الدخول، قال: (وأما قوله: خليت سبيك فهي عبارة عن الطلاق والمراد طلقتك، وكذلك أرى في قوله خليتك، ولا يصدق أنه لم يرد طلاقا، وأن يحمل في جميع ذلك قبل الدخول على واحدة)⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي أنها قبل الدخول تبين بالواحدة ولذلك تحمل عليها الألفاظ المذكورة.

(1) التبصرة: 2744/6-2745-2746 بتصرف.

(2) المصدر نفسه: 2748/6.

المطلب الثاني عشر: في من قال لزوجته أنت طالق يريد من وثاق ولم تكن في وثاق، أو أراد أن يقول طالق فقال البتة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من قال لزوجته أنت طالق يريد من وثاق ولم تكن في وثاق، أو أراد أن يقول طالق فقال البتة فهل يؤخذ بما لفظ به من الطلاق، أم تنفعه نيته؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من قال لزوجته أنت طالق ثم قال لم أنو الطلاق وإنما أردت من وثاق، لم تنفعه نيته، إلا أن تكون هناك قرينة تشهد له، ككونها كانت موثقة وطلبت منه أن يطلقها، ومن أراد أن يقول طالق فقال طالق البتة فهي الثلاث، ولا ينفعه أنه لم ينو ذلك، ويؤخذ الناس في أمر الطلاق بما يصدر منهم من لفظ، إلا أن يكون ذلك جواباً لكلام سابق.

قال في تهذيب المدونة: (قال مالك: وإن قال لزوجته: أنت طالق البتة، فقال: والله ما أردت بقولي البتة طلاقها، وإنما أردت واحدة، فزل لساني لفظت بالبتة، فهي ثلاث... قال ابن القاسم: وإن قال لها: أنت طالق، وقال: نويت من وثاق ولم أرد الطلاق ولا بينة عليه وجاء مستفتياً، فهي طالق، كما لو قال لها كلاماً مبتدأ: أنت برة، ولم ينو به الطلاق، فهي طالق.

قال مالك: ويؤخذ الناس في الطلاق بألفاظهم، ولا تنفعهم نياتهم في ذلك، إلا أن يكون جواباً لكلام كان قبله⁽¹⁾.

وقال خليل: (وصدق في نفيه إن دل البساط على العد أو كانت موثقة فقالت: أطلقني وإن لم تسأله: فتأويلان والثلاث في: بتة⁽²⁾).

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 324/1 بتصرف.

(2) مختصر خليل: ص 154.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من قال لزوجته أنت طالق ولم يرد الطلاق، وقال أردت من وثاق، وليست في وثاق، أو أراد أن يقول طالق فقال البتة تنفعه نيته في ذلك، إلا أن تكون على الزوج حين قال ذلك بينة ولم يصدق أنه أخطأ، قال (وقال ابن القاسم فيمن قال: أنت طالق ولم يرد الطلاق، وإنما أراد من وثاق وليست في وثاق كانت طالقاً، وقال مالك فيمن قال أنت طالق فزل لسانه فقال: البتة قال: هي ثلاث فألزم الطلاق باللفظ من غير نية.

وقال سحنون: لا شيء عليه في ذلك وهو أحسن، لقوله ﷺ: «الأعمال بالنيات»⁽¹⁾، ولأن الطلاق يتعلق به حق لآدمي وحق لله تعالى، فحقها أنه أعطاها نفسها، ومن أراد أن يقول لرجل: بعتك عبدي فقال: وهبتك إياه لم تلزمه هبة، والحق لله تعالى؛ لأنها لو رضيت أن تسقط حقها فيما أعطاها، لم يجز ولم يتوجه الحق لله تعالى إذا زل لسانه، فقال: أنت طالق أو قال البتة، ولقول الله سبحانه: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾⁽²⁾، ولقول النبي ﷺ: «تَجَاوَزَ اللَّهُ عَنَّا أُمَّتِي أَلْحَقًا...»⁽³⁾ الحديث إلا أن يكون على الزوج في حين قوله بينة ولا يصدق أنه أخطأ⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي أن ألفاظ الطلاق لا تلزم إلا مع نية الطلاق، وقد بنى على هذا الأصل كثيراً من الفروع التي خالف بها المفتي به في المذهب في الطلاق.

(1) سبق تخرجه: ص93.

(2) الأحزاب: 5.

(3) أخرجه المستدرک علی الصحیحین، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: 1، 1411هـ-1990م: 216/2، كتاب الطلاق، حديث رقم: 2801، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه، وأقره الذهبي، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى: 104/10، باب جامع الأيمان من حنث ناسيا ليمينه أو مكرها عليه، حديث رقم: 20013.

(4) التبصرة: 2752/6-2753.

المطلب الثالث عشر: في من قال لزوجته أنت طالق بائعة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من قال لزوجته التي دخل بها أنت طالق واحدة بائعة فماذا يلزمه؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من قال لزوجته أنت طالق واحدة بائعة فهي ثلاث إن كانت مدخولا بها.

قال في تهذيب المدونة: (وإن قال لها بعد البناء: أنت طالق واحدة بائعة فهي ثلاث، وكذلك إن قال لها: التحقي أو استبرئي أو ادخلي أو اخرجي، يريد بقوله واحدة بائعة فهي ثلاث⁽¹⁾).

وقال خليل: (والثلاث في: بنة وحبلك على غاربك أو واحدة بائعة أو نواها: بخليت سبيلك أو ادخلي⁽²⁾).

وقال عبد الباقي الزرقاني: (... قال لها أنت طالق "واحدة بائعة أو نواها" أي الواحدة البائعة "بخليت سبيلك أو ادخلي" وهذه الثلاث مسائل يلزم فيها ثلاث في المدخول بها وواحدة في غيرها إلا أن ينوي أكثر كما يفيدده الشيخ سالم وهو المعتمد⁽³⁾).

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من قال لزوجته أنت طالق بائعة تلزمه واحدة بائعة حسب ما نواه، قال: (واختلف فيمن قال: أنت طالق طلاق الصلح، أو طلاقة بائعة، أو طلاقة لا رجعة فيها، فقيل في قوله طلاق الصلح هي ثلاث؛ لأن طلاق الصلح بائن والبينونة لا تصح بواحدة إلا أن يكون معها فداء، وقيل: واحدة رجعية لأنه إنما التزم من العدد واحدة فلا يلزم أكثر منها وله الرجعة؛ لأن سقوطها إنما يكون مع الفداء أو ما يمنع من ذلك لحق الزوجة مثل أن يطلق لعدم النفقة أو لعيب يحدث به ولا تصح الرجعة مع بقاء الوجه الذي لأجله وقع الطلاق،

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 323/1.

(2) مختصر خليل: ص 154.

(3) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 172/4.

وقيل: هي طلقة بائنة حسب ما نوى؛ لأن الرجعة من حقه فإذا أسقط عنها حقه فيها لزمه وهو أبين⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي في ما ذهب إليه أن الرجعة من حق الزوج فإذا أسقط حقه لزمه ذلك.

(1) التبصرة: 2756/6.

الفصل الثالث :

خلاف اللخمي للمذهب في أحكام المفقود
والظهار والإيلاء واللعان والرضاع والوصايا

وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: كتاب المفقود

المبحث الثاني: كتاب الظهار

المبحث الثالث: كتاب الإيلاء

المبحث الرابع: كتاب اللعان

المبحث الخامس: كتاب الرضاع

المبحث السادس: كتاب الوصايا الأول

المبحث السابع: كتاب الوصايا الثاني

المبحث الأول: كتاب المفقود

المطلب الأول: في من مات وترك زوجته في مسكن أجره ولم ينقد كراءه، فهل تكون سكنها في مال الميت؟

الفرع الأول: صورة المسألة.

من مات وترك زوجته في مسكن أجره ولم ينقد كراءه، فهل تكون سكنها في مال الميت؟
الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من ترك زوجته في مسكن كراء ولم ينقده فلا سكنى لها في ماله، ولا تخرج وتؤدي من مالها إلا أن يخرجها صاحب الدار.

قال في تهذيب المدونة: (وللمتوفى عنها زوجها السكنى في العدة إن كانت دار الميت، أو بكراء وقد نقده، وهي أحق بسكنى دار الميت من غرمائه، وتباع ويشترط سكنها وهي أحق منهم بما نقد كراءه، وإن كانت الدار بكراء ولم ينقد الزوج الكراء وهو موسر فلا سكنى لها في ماله، وتؤدي الكراء من مالها، ولا تخرج إلا أن يخرجها رب الدار أو يطلب ما لا يشبه من الكراء)⁽¹⁾.

وقال خليل: (...السكنى وللمتوفى عنها إن دخل بها والمسكن له أو نقد كراءه لا بلا نقد)⁽²⁾.

وقال بهرام: (أي: وللمتوفى عنها أيضا السكنى إن كان مدخولا بها وكان المسكن للمتوفى أو نقد كراءه، وهذا هو المشهور وهو مذهب المدونة، وإنما ألحق المنقود كراءه لأنه يملك منه المنفعة المقصودة من الملك و هو السكنى غالبا)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن لها السكنى ولو لم ينقد الكراء، قال: (...وإن كانت العدة عن وفاة فأخرجها أهل المسكن، لم يكن لها في ذمة الميت شيء، موسرا كان أو معسرا).

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 381/1.

(2) مختصر خليل: ص 176.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1223/3.

وإن كان المسكن بإجارة ونقد الزوج الكراء كانت أحق بذلك في الفلوس والموت، وإن لم يكن نقد الكراء، افترق الجواب، فإن كانت العدة من طلاق وهو موسر، كان عليه أن ينقد وتسكن.

واختلف إذا كانت العدة من وفاة، فقال مالك: لا شيء لها في مال الميت، وإن كان موسراً، ولكن تكتري من مالها، قال: وإن كانت في عدة من طلاق بائن ثم مات الزوج قبل أن ينقد؛ نقد من ماله و كانت أحق به، قال: وهذه مخالفة للمتوفى عنها زوجها؛ لأنه حق واجب لها عليه في حياته فلا يضعه عنه موته، والمتوفى عنها وهي زوجته إنما وجب لها الحق في مال الميت بعد موته وهي وارثته، وروى ابن نافع عنه أنه قال: هما سواء، طلق ثم مات أو مات ولم يطلق.

وقال أبو الحسن ابن القصار: والقياس عندي أن سكنى المتوفى عنها في ذلك لا تجب؛ لأنه بالموت يزول ملكه، وبعد الموت تجب العدة.

قال: وقد روى ابن نافع عن مالك في المطلقة يكون لها السكنى ثم يموت الزوج في العدة أن السكنى تسقط بموته كما تسقط نفقة الحمل بموته، وهذه الرواية تؤيد ما ذهب إليه أن لا سكنى للمتوفى عنها جملة؛ لأنه إذا سقطت السكنى بالوفاة مع تقدم الطلاق كان إذا وجبت العدة بالوفاة من غير طلاق أولى ألا يكون لها شيء، وقد ذكر ابن خويزمنداد ذلك عن مالك أنه قال مرة: لا سكنى للمتوفى عنها.

والأول أولى، لحديث⁽¹⁾ الفريعة⁽¹⁾، وذلك إذا تقدم الطلاق ولم ينقد، أو وجبت العدة

(1) رواه مالك في الموطأ في كتاب الطلاق: 851/4، مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل، حديث رقم: 2193، وسنن أبي داود: 608/3، باب في المتوفى عنها تنتقل، حديث رقم: 2300، والترمذي: 499/2، باب ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها؟، حديث رقم: 1204، وسنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، ومحمد كامل قره بللي، وعبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، بيروت - لبنان، ط: 1، 1430 هـ - 2009 م: 190/3، باب أين تعتد المتوفى عنها زوجها، حديث رقم: 2031، والسنن الصغرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني الشهير بالنسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب

بالوفاة ولم ينقد فإنها أحق بجميع ذلك؛ لأن المسكن للمتوفى بنفس عقد الكراء، وإنما مات وفي ذمته مال فليس السكنى من باب الوصايا فتسقط بالموت⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بأن المسكن للزوج بنفس عقد الكراء، فإذا توفي صار ثمنه في ذمته، وبأن السكنى ليست وصية للزوجة فتسقط بالموت.

المطبوعات الإسلامية، حلب- سوريا، ط: 2، 1406هـ-1986م: 6 / 199، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل، حديث رقم: 3529، وأحمد: 28 / 45، حديث رقم: 27087، والحاكم 2 / 226، حديث رقم: 2833، وأقره الذهبي، ونقل تصحيحه عن محمد بن يحيى الذهلي.

وقد استأذنت الفريعة رضي الله عنها من النبي ﷺ أن ترجع إلى أهلها لأن زوجها توفي وتركها في مسكن لا يملكه ولا نفقة، فقال ﷺ: « امْكُثِي فِي بَيْتِكَ، حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ »، وقالت الفريعة في هذا الحديث أن عثمان ﷺ سألها في خلافته عن هذا الحديث فأخبرته به، فاتبعه وقضى به.

(1) الفريعة بنت مالك بن سنان، الخدرية الأنصارية، أخت أبي سعيد الخدري رضي الله عنهما، ويقال لها: الفارعة، شهدت بيعة الرضوان مع رسول الله ﷺ، روى لها أصحاب السنن الأربعة. الإصابة: 8 / 280، والاستيعاب: 4 / 1903، وتهذيب الكمال: 35 / 266.

(2) التبصرة: 5 / 2262-2265.

المطلب الثاني: في فوات امرأة المفقود هل هو بالعقد أم بالدخول؟

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا تزوجت امرأة المفقود بعد ضرب الأجل وانقضاء عدتها منه، ثم جاء زوجها المفقود أو تبين أنه حي فهل يفيتها عليه عقد الثاني أم دخوله بها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

امرأة المفقود تفوت عليه بدخول الثاني وهو غير عالم بحياة المفقود، فإن لم يدخل عادت زوجة للأول ولا يفيتها انقضاء العدة ولا العقد.

وكان الإمام مالك يرى أن العقد يفيتها، ثم رجع إلى هذا القول وبه أخذ ابن القاسم.

ففي المدونة قال سحنون: (قلت-أي: لابن القاسم-: رأيت المرأة ينعى لها زوجها فتعتد منه ثم تتزوج والمرأة يطلقها زوجها فتعلم بالطلاق ثم يراجعها في العدة وقد غاب عنها فلم تعلم بالرجعة حتى تنقضي العدة فتتزوج وامرأة المفقود تعتد أربع سنين بأمر السلطان ثم أربعة أشهر وعشرا فتتكح أهؤلاء عند مالك محملهن محمل واحد؟ قال: لا، أما التي ينعى لها فهذه يفرق بينها وبين زوجها الثاني وترد إلى زوجها الأول بعد الاستبراء وإن ولدت منه أولادا، وأما امرأة المفقود والتي طلقت ولم تعلم بالرجعة فإنه قد كان مالك يقول مرة: إذا تزوجتا ولم يدخل بهما زوجها فلا سبيل إليهما، ثم إن مالكا وقف قبل موته بعام أو نحوه في امرأة المطلق إذا أتى زوجها فقال مالك: زوجها الأول أحق بها، قال: وسمعت أنا منه في المفقود أنه قال: هو أحق بها ما لم يدخل بها زوجها الثاني، وأرى أنا فيهما جميعا أن زوجها إذا أدركاها قبل أن يدخل بهما زوجها هؤلاء الآخرون فالأولان أحق وإن دخلا فالآخرون أحق⁽¹⁾.

وقال خليل في امرأة المفقود: (... فإن جاء أو تبين أنه حي أو مات فكالولي⁽²⁾).

(1) المدونة: 29/2.

(2) مختصر خليل: ص 175.

قال بهرام: (أي: فإن ظهر الأمر على خلاف ما بنى⁽¹⁾ عليه حال المفقود بأن يأتي أو تثبت حياته أو أنه قد مات بعد العقد وقبل الدخول، فإن حكمها حينئذ يصير حكم ذات الوليين يزوجها كل منهما بزواج، فإذا دخل الثاني ولم يعلم فهي له وإلا فهي للأول)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن امرأة المفقود تفوت بالعقد، قال: (أرى أن يكون العقد في امرأة المفقود فوتاً؛ لأن الحاكم أباح لها الأزواج مع إمكان حياته، وما كشف الغيب شيئاً أكثر من الذي كان يظن، وقد قال الأبهري وغيره من البغداديين: إن الطلاق عليه للضرر الذي يدركها في عدم الوطاء. وعلى هذا لا يكون أحق بها وإن لم تتزوج فيها)⁽³⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي في فوات امرأة المفقود بالعقد أن الحاكم أباح لها الأزواج مع إمكان حياته، وأن الغيب ما كشف إلا ما كان متوقعا ومع ذلك أبيحت معه.

(1) هكذا في النسخة المطبوعة بنى بالألف المقصورة وعليه ففاعل بنى ضمير مستتر يعود على القاضي وقد تقدم ذكره في نص خليل .

(2) الدرر في شرح المختصر: 1217/3.

(3) التبصرة: 2231/5-2234.

المطلب الثالث: في المطلقة تتزوج بعد انقضاء عدتها ثم يظهر أنها زوجها الأول راجعها في العدة، والنصرانية تسلم وزوجها غائب ثم يثبت أن زوجها أسلم قبلها أو في عدتها .
الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا تزوجت المطلقة بعد انقضاء عدتها ثم ظهر أن زوجها الأول راجعها في العدة، أو أسلمت النصرانية وتزوجت وزوجها غائب ثم ثبت أن زوجها أسلم قبلها أو في عدتها فهل تفوتان بدخول الثاني؟
الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

ذكرتُ في الفرع السابق عن ابن القاسم في المدونة أن مالكا رجوع إلى القول بأن التي لا تعلم بالرجعة حتى تتزوج إنما يُفيتها دخول الثاني.
قال خليل: (وإن لم تعلم بها-أي بالرجعة-حتى انقضت وتزوجت أو وطئ الأمة سيدها فكالوليين)⁽¹⁾.

وكذلك الحكم في زوجة النصراني تسلم ثم تتزوج ثم يثبت أنه أسلم قبلها أو في عدتها؛ قال عبد الباقي الزرقاني في شرحه على مختصر خليل في باب زوجة المفقود: (بقي عليه-أي على خليل- مسألتان الأولى إذا أسلمت زوجة النصراني وتزوجت ثم ثبت أنه أسلم قبلها أو بعدها في العدة كان أحق بها ولو ولدت من الثاني، الثانية الأسير يتنصر ولا يدري أنه كان طائعا أو مكرها ثم تتزوج امرأته ثم يقدم فيثبت أنه كان مكرها فإنها ترد إليه وإن دخل بها الثاني قاله الجدي وهو ضعيف فيهما والمذهب أنها تفوت بالدخول في المسألتين)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنهما لا تفوتان ولو ولدتا من الثاني، قال: (أرى أن يكون العقد في امرأة المفقود فوتاً؛ لأنَّ الحاكم أباح لها الأزواج مع إمكان حياته، وما كشف الغيب شيئاً أكثر من الذي كان يظن، وقد قال الأبهري وغيره من البغداديين: إن الطلاق عليه للضرر الذي يدركها

(1) مختصر خليل: ص 163-164.

(2) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 383/4.

في عدم الوطاء، وعلى هذا لا يكون أحق بها وإن لم تتزوج فيها، وليس كذلك امرأة المرتجع؛ لأنه لم يكن فيها أمر ولا قضية من حاكم، فوجب أن يكون أحق بها وإن تزوجت. ويجري فيها قول ثالث أنه أحق بها وإن دخل الآخر، قياسًا على أحد الأقوال في النصرانية تسلم وزوجها غائب.

وذكر الشيخ أبو محمد بن أبي زيد عن ابن الماجشون أنه قال: إن ثبت أنه أسلم قبلها أو بعدها في العدة كان أحق بها وإن ولدت من الثاني، وهذا أحسن؛ لأن الإسلام والرجعة هدمتا حكم الطلاق، وألا تباح للأزواج، فصارت بمنزلة امرأة ذات زوج تزوجت ولها زوج⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بأن الإسلام والرجعة هدمتا حكم الطلاق فصارت كذات الزوج تتزوج، وفرق بين المرتجعة وامرأة المفقود بأن المرتجعة ليس فيها أمر ولا قضية من حاكم بخلاف امرأة المفقود.

تعليق: ناقش عبد الباقي الزرقاني قياس اللخمي المطلقة التي تتزوج ثم تعلم بالرجعة على التي تتزوج وهي في عصمة زوج بأن بينهما فرقا في أن المطلقة في عصمتها خلل بخلاف التي لم تطلق وتزوجت وهي في عصمة زوجها، قال: (وقاس اللخمي تزوج الرجعية هنا على التي تزوجت بحضرة زوجها في نفي اللزوم، وقد يفرق على تسليم كلامه هناك وهنا بأن المقيس عليه لم يحصل في عصمتها خلل بخلاف ما هنا)⁽²⁾.

(1) التبصرة: 2231/5-2232.

(2) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 258/4.

المطلب الرابع: في من لم يُعلم زوجته بالرجعة ثم حضر زواجها من غيره فلم ينكر.
الفرع الأول: صورة المسألة.

من لم يعلم زوجته بالرجعة ثم حضر زواجها من غيره فلم ينكر فهل تفوت عليه بذلك؟
الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

حضور الزوج وعدم انكاره لزواج مطلقته الرجعية يعد تكذيبا لبينته الشاهدة بالرجعة،
وعليه فإنها تفوت عليه بذلك.

قال المجلسي: (فإن لم يحصل إلا عقد الثاني لم تفت على من ارتجعها إلا أن يحضر عقدها
على الثاني فتفوت لأنها زوجت بحضرتها وهو ساكت، وحينئذ فيكون عقد الثاني
صحيحا... وضح عقد الثاني هنا، لأن حضور الأول عقد الثاني يكذب بينته الشاهدة
بالرجعة)⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

خالف اللخمي ما رواه عن الإمام مالك فاختر أن حضور الزوج وعدم انكاره لا يعد فوتا
في مطلقته التي راجعها قبل ذلك ولم يخبرها، قال: (وقال مالك في كتاب محمد: إذا كان الزوج
الذي ارتجعها حاضرا فلم يعلمها برجعته حتى تزوجت، ودخل بها أنها تمضي زوجة للثاني
والحاضر أعظم ظلما، وليس هذا أيضا بالبين).

ولو رأى رجل زوجته تتزوج ولم ينكر عليها لم يكن ذلك طلاقا، ولو عُدّ ذلك من المرتجع
طلاقا لاحتسب بطلقة أخرى، وفرق بينها وبين الثاني، واستأنفت العدة من الأول)⁽²⁾.

(1) لوامع الدرر: 343/7.

(2) التبصرة: 2232/5.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بأن من رأى زوجته تتزوج ولم ينكر لا يعد طلاقاً، وبأن المرتجع الذي لم ينكر زواج زوجته إذا قلنا بفواتها منه فإن ذلك يكون طلاقاً أخرى عليه، تعتد منه بها، ويفرق بينها وبين الثاني، وتستأنف العدة من الأول، ولم يقولوا بذلك.

المطلب الخامس: في الطلاق على العبد المفقود بسبب إباقه.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا كان فقد العبد بسبب إباقه فهل يضرب له أجل المفقود؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا فقد العبد ضرب له أجل المفقود بعد رجوع الكشف بعدم العلم وهو نصف أجل الحر سنتين في مشهور المذهب، ويدخل في ذلك ما إذا كان فقدته بسبب إباقه، قال الحطاب: (قال المتيطي: وسواء كان مغيبه بإباق أو بيع فغاب به مشتره، وانقطع خبره)⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن العبد الآبق يطلق عليه بعد رجوع الكشف بعدم العلم، قال: (وقال محمد في العبد يهرب من سيده فتطول إقامته، ومن يهرب من دم وهو حر أو عبد: إنه كالمفقود... وأرى أن يطلق على هؤلاء عند رجوع الكشف بعدم العلم، بخلاف المفقود؛ لأنهم فروا اختياراً، ومعلوم أنهم قاصدون للتخلف عن الرجوع)⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي في التفريق بين المفقود والعبد الآبق أن الآبق قاصد للتخلف باختياره فلا يمهل كبقية المفقودين.

(1) مواهب الجليل: 157/4.

(2) التبصرة: 2242/5 بتصرف.

المبحث الثاني: كتاب الظهار

المطلب الأول: في من جعل لظهاره أجلا معيناً.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من قال لزوجته أنت علي كظهر أمي إلى شهر أو سنة وخرج الأجل قبل أن يعود فهل يكون مظاهراً؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من قال لزوجته أنت علي كظهر أمي اليوم، أو في هذا الشهر، أو هذه السنة فإن الظهار يتأبد عليه ولا يختص بالزمن الذي عيّنه ولا يرفعه عنه إلا الكفارة.

قال في تهذيب المدونة: (وإن قال لها: أنت علي كظهر أمي اليوم أو هذه الساعة، فهو مظاهر منها وإن مضى ذلك الوقت، ولا يطؤها حتى يكفر، كما لو قال لها: أنت طالق اليوم أو هذه الساعة كانت طالقا أبداً)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وبوقت تأبد)⁽²⁾.

وقال بهرام: (وإن وقته بمؤقت كقوله: أنت علي كظهر أمي في هذا العام أو في هذا الشهر ونحوه فإنه يتأبد عليه بحيث إن العام أو الشهر لو انقضى لم يزل على حكم الظهار، وهو المشهور فيها)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من ضرب لظهاره أجلا معيناً ينحل عنه بمرور ذلك الأجل إذا مر قبل أن يعود، قال: (فإن قال: أنت علي كظهر أمي من الآن إلى شهر أو إلى سنة كان في المسألة قولان، فقال في المدونة: يلزمه الظهار، وإن خرج ذلك الوقت، يريد: وإن لم يعد قبل ذلك في الأجل).

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 302/1.

(2) مختصر خليل: ص 167.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1158/3.

وروى عنه مطرف في مختصر ما ليس في المختصر أنه قال: لا شيء عليه إذا خرج الأجل قبل أن يعود، وفرَّق بينه وبين الطلاق.

وذكر عن ابن عباس مثل ذلك، وهو أحسن، لحديث سلمة بن صخر⁽¹⁾ أنه ظاهر من زوجته حتى يمضي رمضان، فلما مضى النصف وقع عليها ليلاً، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال له: «أَعْتَقَ رَقَبَةً» الحديث، وهذا حديث صحيح، رواه الترمذي في جامعه⁽²⁾، فهذا صاحبٌ كان يرى ذلك، أن يضرب للظهار أجلاً، وذكر ذلك للنبي ﷺ فلم ينكره عليه، ولو كان الأمر بخلافه لأعلمه النبي ﷺ⁽³⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي لاختياره بفعل الصحابي سلمة ابن صخر رضي الله عنه وعدم انكار النبي ﷺ عليه.

(1) سلمة بن صخر بن سلمان بن الصمة بن الحارث بن زيد مناة بن حبيب بن عبد حارثة بن مالك بن غضب بن جشم بن الخزرج الخزرجي - كان يقال له البياضي، لأنه كان حالفهم، ويقال: اسمه سلمان، وسلمة أصح، وهو الذي ظاهر من امرأته، قال البغوي: لا أعلم له حديثاً مسنداً إلا حديث الظهار، رواه عنه سعيد بن المسيّب، وسليمان بن يسار، وأبو سلمة، وسمك بن عبد الرحمن، ومحمد بن عبد الرحمن بن ثوبان. الإصابة: 3 / 126-127، والاستيعاب: 2 / 641-642.

(2) سنن الترمذي: 2 / 495، باب ما جاء في كفارة الظهار، حديث رقم: 1200، وقال: هذا حديث حسن.

(3) التبصرة: 2299/5-2300.

المطلب الثاني: في التكفير بمقطع الأصبع من الرقاب في الظهر.
الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يجزئ التكفير بمقطع الأصبع من الرقاب في الظهر؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

يشترط في الرقبة المجزئة في كفارة الظهر أن تكون مؤمنة سالمة من العيوب التي تمنع الإجزاء، ومن ذلك سلامتها من قطع أصبع.

قال في تهذيب المدونة: (ولا يجزئ في الظهر أو غيره من الكفارات إلا رقبة مؤمنة سليمة، ولا يجزئ اقطع اليد الواحدة أو أصبعين أو أصبع أو الإبهام أو الإبهامين)⁽¹⁾.

وقال خليل: (سليمة عن قطع أصبع)⁽²⁾.

وقال بهرام: (أي سليمة عن قطع أصبع وهو المشهور)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن قطع أصبع واحد إذا لم يذهب معظم الانتفاع باليد أو كثيرا منها لا يمنع الإجزاء، ولو كان قطع معه أصبع من رجل، قال: (... ولا يجزئ المقطوع الأصبعين واختلف في الأصبع الواحد، فقال ابن القاسم: لا يجزئ، وقال غيره: يجزئ، وقال ابن الماجشون في "كتاب محمد": يجزئ، وإن كانت الإبهام وليس بالبين، وإن كان الخنصر وما والاها رأيت أنه يجزئ.

قال الشيخ رضي الله عنه: الأصابع مختلفة المنفعة، فإن كان الذاهب قد أذهب معظم الانتفاع باليد أو كثيرا منها لم يجزئ، وإن كان معظم الانتفاع قائما أجزأ، وأما الأصبعان من يد أو رجل فهو يوهنها ويقبح شأنها فلا يجزئ، ولو كان أحدهما من يد والآخر من رجل أجزأه فوجه منع الإجزاء إذا كان العيب له قدر وبال ولا يمنع السعي قياسا على الهدايا والضحايا؛

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 310/1.

(2) مختصر خليل: ص 168.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1168/3.

لأن جميعها قرب يتقرب بها إلى الله تعالى، ولا يتقرب إليه بمعيب، ووجه الإجزاء أنّ المقصود من بني آدم الدين والصلاح ولا يلزم على هذا أن يجزئ ذاهب اليد ولا الرجل، ولا ما أشبه ذلك؛ لأنه معتق لبعض عبد⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي اختياره بأن المقصود من بني آدم الدين والصلاح، وفرّق بين ذاهب الأصبع وذاهب عضو كامل كاليد والرجل بأن فاقد العضو الكامل معتقه معتق لبعض عبد.

(1) التبصرة: 2333/5-2334.

المطلب الثالث: في المراعى في كفارة الظهار هل هو عيش المظاهر أو عيش أهل البلد؟

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل المراعى قوت المكفر أو قوت أهل بلده في كفارة الإطعام في الظهار؟
الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

المراعى في كفارة الظهار عيش أهل البلد الذي يقيم فيه المكفر لا عيش المكفر نفسه إن خالف أهل البلد.

قال في تهذيب المدونة: (والإطعام في الظهار ستون مسكينا لكل مسكين مد من حنطة بمد هشام، وهو مدان إلا ثلث بمد النبي ﷺ، فإن كان عيش بلدهم تمرا أو شعيرا أطعم منه في الظهار عدل شبع مد هشام من الحنطة)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وإن اقتاتوا تمرا أو مخرجا في الفطر فعده)⁽²⁾.

وقال الدردير: (" وإن اقتاتوا " أي أهل بلد المَكْفَرِ)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن المراعى قوت المكفر نفسه، قال: (واختلف في الجنس الذي يطعم، فقال في المدونة: من عيش أهل البلد، وقال في كتاب محمد وابن حبيب: من عيش المكفر. وقال ابن حبيب: إلا أن يأكل الشعير بخلا وشحّا على نفسه من غير ضيق، ومثله مستطيع على القمح، فلا يجزئه.

والقول أن المراعى قوت المكفر أحسن، لقول الله سبحانه: ﴿مَنْ أَوْسَطَ مَا تَطْعَمُونَ

أَهْلِيكُمْ﴾⁽⁴⁾، والخطاب يتوجه للمكفر وأهله)⁽¹⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 308/1.

(2) مختصر خليل: ص 170.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 454/2.

(4) المائة: 89.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بأن الخطاب في قوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾⁽²⁾ يتوجه للمكفر وأهله.

تعليق: يمكن أن يجاب عن ما ذهب إليه اللخمي بأن معنى الآية محتمل لتوجه الخطاب للمكفر، ومحتمل أيضا توجهه لعموم الناس المخاطبين، قال ابن جزري في تفسير هذه الآية: (وأما الصنف فاختلف هل يطعم من عيش نفسه، أو من عيش أهل بلده؟ فمعنى الآية على التأويل الثاني من أوسط ما تطعمون أيها الناس أهليكم على الجملة، وعلى الأول يختص الخطاب بالمكفر)⁽³⁾ والله أعلم.

(1) التبصرة: 2350/5.

(2) المائة: 89.

(3) التسهيل لعلوم التنزيل، أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزري الكلبي الغرناطي، تحقيق: الدكتور عبد الله الخالدي، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت- لبنان، ط: 1، 1416 هـ: 242/1.

المطلب الرابع: في من ضرب له أجل أربعة أشهر ليكفر عن ظهاره ثم قال لما انقضت أمهلوني لأصوم؟

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يمهل من ضرب له أجل أربعة أشهر ليكفر عن ظهاره فلم يفعل، ثم لما انقضت المدة قال: أمهلوني لأصوم؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من قال أمهلوني لأصوم بعد انقضاء الأجل فإنه يمهل ولا يعجل عليه بالطلاق، وهو في ذلك كالمولي إذا أوقف بعد انقضاء الأجل فقال أفىء.

قال في تهذيب المدونة: (فإن امتنع من الكفارة وهو قادر عليها دخل عليه الإيلاء، لأنه مضار ووقف لتمام أربعة أشهر من يوم التظاهر، فإما كَفَّرَ أو طَلقت عليه، فإن كَفَّرَ زال عنه حكم الإيلاء وإن لم يَطَأ، وإن قال: أنا أكفّر، ولم يقل: أنا أطاء، فذلك له، لأن نيته الكفارة وليس الوطاء، فإذا كَفَّرَ كان له أن يَطَأَ بلا كفارة، وإن كان لا يعلم منه ضرر وكان يعمل في الكفارة فلا يدخل عليه الإيلاء، وإذا كان من أهل الصوم فمضت أربعة أشهر ولم يصم فلها إيقافه، وروى غيره أن وقفه لا يكون إلا بعد ضرب السلطان له الأجل، وكل لملك، والوقف بعد ضرب الأجل أحسن، فإذا أوقفته فقال: أنا أصوم شهرين عن ظهاري، أو كان ممن يقدر على عتق أو إطعام فقال: أخروني حتى أعتق أو أطعم، اختبره الإمام مرتين أو ثلاثاً فإن لم يأخذ في ذلك بعد التلوم فرق بينهما، لأنه مضار كالمولي إذا أوقف فقال: أنا أفىء، فاختبره الإمام مرة بعد مرة، فلم يف وعرف كذبه ولم يكن له عذر طلق عليه⁽¹⁾.

قال خليل في المولي إذا أوقف: (وطلق إن قال لا أطاء بلا تلوم، وإلا اختبر مرة ومرة)⁽²⁾.

والمظاهر مثله إذا ضرب له الأجل ويفترقان في أن المولي مطالب بالوطء وهو فيئته، والمظاهر مطالب بالكفارة.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 305/1-301.

(2) مختصر خليل: ص 166.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن المظاهر إذا انقضى الأجل الذي ضرب له ولم يكفر لا يزداد له في الأجل، قال: (واختلف إذا انقضت الأربعة الأشهر ولم يصم هل تطلق عليه أو يصبر عليه ليصوم؟ فقال ابن القاسم: يكون لها أن توقفه، قال سحنون: وروى غيره أن وقفه لا يكون إلا من بعد ضرب السلطان الأجل.

وقال ابن القاسم أيضاً: إذا قال بعد مضي الأربعة أشهر: دعوني أصوم شهرين إنه يؤخر. والقول الأول أحسن، ولا يزداد في الأجل فوق ما جعل الله ﷻ له إلا أن يكون الزوج ممن يجهل الحكم ولم يبين له، فقد يعذر⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

رأى اللخمي أن مقدار الأجل قد حدده الله فلا يمكن أن يزداد عنه.

(1) التبصرة: 2315/5.

المطلب الخامس: من كان عالماً بموجب الظهار ونوى به الطلاق.

الفرع الأول: صور المسألة.

من كان عالماً بموجب الظهار ونوى به الطلاق، فماذا يلزمه؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من ظاهر من امرأته بلفظ الظهار الصريح ونوى به الطلاق، وهو ممن يعلم حكم الظهار فإنه يكون مظاهراً ولا يقع عليه به الطلاق، وهذا على المشهور من المذهب. قال خليل: (ولا ينصرف للطلاق)⁽¹⁾.

وقال بهرام: (أي أن الظهار الصريح وهو كقوله: أنت علي كظهر أمي ونحوه لا ينصرف للطلاق، أي ولو قال أردت به ذلك ولم أرد به الظهار، وهو المشهور)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من نوى بلفظ الظهار الصريح الطلاق فإنه يقع عليه من الطلاق بقدر ما نوى من عدده، قال: (ومن قال: أنت علي كظهر أمي، وأراد به الطلاق، وهو ممن يجهل حكم الظهار، ويرى أنه طلاق - كان مظاهراً غير مطلق، وفي مثل هذا نزل القرآن، وقد كان الظهار عندهم طلاقاً؛ فأنزل الله **وَعَلَى** فيه الكفارة.

واختلف إذا كان عالماً بموجب ذلك، وأراد به الطلاق، فقال ابن عبد الحكم: في كتاب محمد: هو ظهار، ولا يلزمه طلاق، وقال ابن القاسم في كتاب ابن سحنون: يلزمه طلاق الثلاث، ولا تنفعه نيته إن نوى واحدة، وقال سحنون: له ما نوى، وهو أحسن؛ لأنه لم يرد أن يجرمها على نفسه، وإنما ألزم الطلاق بالنية لا باللفظ، وإذا كان ذلك لم يلزمه سوى ما نوى)⁽³⁾.

(1) مختصر خليل: ص 167.

(2) الدرر في شرح المختصر: 1160/3.

(3) التبصرة: 2290-2289/5.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجّة اللخمي أنه ناو الطلاق، وأن الطلاق لزمه بالنية لا باللفظ، فكان له ما نوى من الطلاق وعدده، وعلى رأي اللخمي فاللفظ الصريح في الظهار يصلح استعماله كناية في الطلاق.

المطلب السادس: في كفارة من حلف بعثق ما يملك من الرقاب إلى عشرين سنة ثم وقع عليه ظهار.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من حلف بعثق ما يملك من الرقاب إلى عشرين سنة ثم وقع عليه ظهار، فهل يجزئه الصوم؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

لا يجزئ في الظهار إلا رقبة كاملة مؤمنة سليمة محررة، وتحريرها أن يتدئ إعتاقها من غير أن يكون مستحقا بوجه سابق.⁽¹⁾

فمن التزم عتق ما يملكه إلى عشر سنين ثم وقع عليه الظهار وهو موسر، أو التزم ذلك بعد الظهار فكل رقبة يملكها بعد ذلك فإن عتقها مستحق بنفس التزامه ولا تكون محررة للظهار، فإن طولب بالفيئة ولم تصبر المرأة لانقضاء الأجل الذي التزم فيه بالعتق فإنه يتعين عليه الصوم. قال خليل: (وتعين لذي رق-أي التكفير بالصوم في الظهار-ولن طولب بالفيئة وقد التزم عتق ما يملكه إلى عشر سنين)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من حلف بعثق ما يتباعد إلى عشرين سنة لا يجزئه الصوم، قال: (...ففي "السليمانية": إذا حلف بعثق ما يتباعد إلى عشرين سنة ثم وقع عليه ظهار إن كانت عنده رقبة أعتقها، وإن لم تكن عنده فهو كمن لم يجد رقبة، يريد: أنه يجزئه الصوم مثل أحد القولين في السفية، وعلى القول الآخر لا يجزئه لأنه موسر، والمنع لأجل يمينه لا لعسر، وهو أحسن)⁽³⁾.

(1) عقد الجواهر الثمينة: 555/2 بتصرف.

(2) مختصر خليل: ص 169.

(3) التبصرة: 2321/5.

الفرع الرابع: تعليل اللحمي لرأيه.

حجّة اللحمي أن من حلف بعثق ما يملك من الرقاب إلى عشرين سنة ثم وقع عليه الظهار لا يجزئه الصوم؛ لأنه موسر والمنع لأجل يمينه لا للعسر.

المبحث الثالث: كتاب الإيلاء

المطلب الأول: في من حلف على ترك وطء زوجته المرضع.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يكون موليا من حلف على ترك وطء زوجته المرضع؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من حلف على ترك وطء زوجته المرضع حتى تفتطم ولدها لأجل مصلحة الولد فليس بمول.

قال في تهذيب المدونة: (وإن حلف أن لا يطأها حتى تفتطم ولدها، أو إلى سنة، فمضت السنة قبل توقفه فليس بمول)⁽¹⁾.

وقال خليل: (الإيلاء يمين مسلم مكلف يتصور وقاعه وإن مريضا بمنع وطء زوجته وإن تعليقا غير المرضعة)⁽²⁾.

وقال بهرام: (واحترز بقوله: "غير المرضعة" مما إذا كانت كذلك وحلف أن لا يطأها حتى تفتطم ولدها فإنه لا يكون موليا)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من حلف على ترك وطء زوجته حتى تفتطم ولدها يكون موليا، قال: (وقال مالك فيمن قال لزوجته: والله لا أطؤك حتى تفتطمي ولدك، ليس بمول، قال ابن القاسم: لأن هذا أراد إصلاح ولده، وليس على وجه الضرر، وذكر عن أصبغ أن لها الفراق إذا لم يفئ، وهو أقيس؛ لأن لها حقا في الوطاء، ولا حق للولد في تركه، لقول النبي ﷺ: إِنَّهُ لَا يَضُرُّ⁽⁴⁾ فلا يترك حق وجب بالقرآن لمن لم يجعل له النبي ﷺ حقا)⁽¹⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 328/1.

(2) مختصر خليل ص: 164.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1142/3.

(4) الموطأ: 877/4، جامع ما جاء في الرضاة، حديث رقم: 2252؛ ولفظه: لقد هممت أن أنهي عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم»، قال مالك: (الغيلة، أن يمس الرجل امرأته وهي ترضع)،

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي لاختياره بحق المرأة في الإصابة، وأن هذا الحق لا يسقطه الخوف على الولد لأن النبي ﷺ أخبر أنه لا يضره.

وأخرجه مسلم: 1066/2، باب جواز الغيلة، وهي وطء المرضع، وكراهة العزل، حديث رقم: 1442.
(1) التبصرة: 2386/5-2387.

المطلب الثاني: في من ترك الإصابة اختياراً أو قصدا للضرر بلا يمين.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من ترك الإصابة اختياراً أو قصدا للضرر بلا يمين هل يضرب له أجل المولي؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من ترك وطء زوجته لغير عذر بلا يمين لم يُترك ولو لم يقصد الضرر، ويقال له إما وطئت أو فارقت إلا أن ترضى المرأة بالمقام معه على ذلك، ولا يضرب له أجل المولي وإنما يجتهد القاضي في التلّوم له بقدر ما يرى من حاله وإمكان ترك ما هو عليه.

قال في تهذيب المدونة: (ومن ترك وطء زوجته لغير عذر ولا إيلاء لم يُترك، فإما وطئ أو طلق، وكذلك يقضي، وقد كتب عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه إلى قوم غابوا بخراسان: إما قدموا أو يدخلون نساءهم إليهم أو طلقوا)⁽¹⁾.

وقال خليل: (واجتهد-أي القاضي-وطلق في لأعزلن، أو لا أبيتن، أو ترك الوطاء ضرراً وإن غائبا، أو صرمد العبادة، بلا أجل على الأصح)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن يضرب لتارك الوطاء بلا يمين أجل المولي، قال: (وإن ترك الإصابة من غير يمين اختياراً أو قصداً للضرر- كان لها أن تقوم بالفراق من غير أن يضرب له أجل، وقال أيضاً: لا يفرق إلا بعد مضي أربعة أشهر كالمولي، وهو أحسن؛ لأنها المدة التي يلحق فيها الضرر، فلا تطلق عليه دونها، ولا يزداد عليها)⁽³⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجّة اللخمي أن الأربعة أشهر هي المدة التي يلحق فيها الضرر.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 332/1.

(2) مختصر خليل: 165.

(3) التبصرة: 2388/5.

المطلب الثالث: في إيلاء المحبوب والعين والحضور.

الفرع الأول: صورة المسألة.

المحجوب والعين والحضور لا يتصور منهم وطء، فهل يصح إيلاؤهم وتوقفهم به زوجاتهم؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من كان لا يتصور منه الوطء كالمحجوب والعين والحضور والشيخ الفاني فليس للزوجة وقفه إذا آلى منها.

قال في تهذيب المدونة: (وإن آلى خصي أو شيخ كبير قد تقدم له فيها وطء، أو آلى الشاب ثم قطع ذكره، لم يوقفوا ولا حجة لنسائهم)⁽¹⁾.

وقال خليل: (الإيلاء يمين مسلم مكلف يتصور وقاعه)⁽²⁾.

وقال بهرام: ("يتصور وقاعه" أخرج به الخصي والمحجوب والشيخ الفاني)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي صحة إيلاء المحبوب والعين والحضور، وأن للمرأة أن توقفه عندما تدركها مضرة من ذلك وأجل هؤلاء واسع وليس أربعة أشهر كالأصحاء، قال: (باب في إيلاء من لا يصح منه الوطء كالحضور والعين والمحجوب والشيخ الكبير: اختلف في إيلاء هؤلاء، فقال مالك وابن القاسم: ليس ذلك إيلاء، ولا وقف للزوجة فيه، وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب في الخصي، يريد: المحجوب هو مول؛ لأن للزوجة فيما آلى منه منفعة من المضاجعة والمباشرة والاستمتاع به، فإذا قطع ذلك عنها وهو الذي تزوجته له، كان لها أن توقفه عند انقضاء أجل الإيلاء، قال: وأما الشيخ فلا إذا كان قد أقعده الكبر وقطع منه ما فيه التمتع.

قال الشيخ رحمه الله: قوله في المحجوب حسن؛ لأنها تستمتع به ويفعل معها ما لا يجوز للمرأة أن تفعله مع المرأة، وكذلك العين والحضور لها أن تقوم بالفراق، وليس عند الأربعة

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 332/1.

(2) مختصر خليل: 164.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1143/3.

الأشهر، ولكن عندما تدرك منه المضرة، وقد يكون الأجل في هذا أوسع ممن يوجد منه الوطاء⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي لصحة إيلاء المخبوب والعنين والحصور بما فيهم لزواجهم من الاستمتاع مما هو دون الوطاء.

(1) التبصرة: 2416/5.

المطلب الرابع: في سقوط الإيلاء بالكفارة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يسقط الإيلاء إذا كفر المولي عن يمينه ولم يصب؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا كفر المولي عن يمينه التي انعقد بها إيلاءه قبل الوطاء زال عنه الإيلاء في مشهور المذهب.

قال في تهذيب المدونة: (وأحسن للمولي أن يكفر في اليمين بالله بعد الحنث، وإن كفر قبله أجزأه وزال عنه الإيلاء)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وانحل الإيلاء بزوال ملك من حلف بعته... وبتكفير ما يكفر)⁽²⁾.
وقال بهرام: ("وبتكفير ما يكفر" أي: ومما ينحل به الإيلاء تكفير ما يكفر كاليمين بالله تعالى، فإذا قال لها والله لا أطوك خمسة أشهر ونحوها ثم كفر عن يمينه فإن الإيلاء يزول عنه، وسواء كان التكفير قبل الحنث أو بعده وهو المشهور)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن الإيلاء لا يسقط إلا بالوطء، ولا يسقط بتكفير ما يكفر، قال: (اختلف هل يسقط الإيلاء إذا كفر المولي ولم يصب، فقال مالك مرة: يسقط الإيلاء عنه إذا كفر، وسواء كانت اليمين بالله أو بعثت غير معين أو بصدقة شيء مضمون، وإن لم يصب، وقيل: إن كانت اليمين بالله لا يجزئه إلا الإصابة، لإمكان أن تكون كفارته عن يمين غير هذه، وإن آلى بعثت أو طلاق فأعتق أو طلق أجزأه).

وقال مالك في مختصر ابن عبد الحكم: لا فيئة لمول إلا بإصابة، ولم يراع بأي شيء كانت اليمين، وقال عبد الملك بن الماجشون: لا يسقط الإيلاء إلا بالوطء كانت اليمين بمعين أو

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 331/1.

(2) مختصر خليل: 165-166 بتصرف.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1150/3-1151.

مضمون، قال: وهو تأويل قوله سبحانه: ﴿فَإِنْ قَاءُوا﴾⁽¹⁾: يعني: الإصابة، وهذا هو الحق والصواب؛ لأن اليمين إنما كانت على ترك حقها أو حق هو لها، وهو الوطاء، فجعل الله سبحانه للزوجة في ذلك مقالاً وقيامًا، وجعل له أن يتربص له مدة سماها ليفيء فيها، والفيئة: الرجوع إلى ما كان عليه من الحق، وهو الوطاء، ومعلوم أن الكفارة ليست بفيئة، وإنما هي إسقاط يمين، وحق الزوجة في الإصابة ليس في الكفارة⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بأن حق الزوجة في الوطاء وليس في الكفارة.
تعليل: قد يجاب عن ما ذهب إليه الإمام اللخمي بأننا إذا أسقطنا الإيلاء بالكفارة ولم يصب فإن حقها لا يسقط، لأن لها القيام بعدم الوطاء فيأمره القاضي به، وإلا اجتهد لها وطلق، والله أعلم.

(1) البقرة: 226.

(2) التبصرة: 2409/5.

المطلب الخامس: في المولي يعد بالوطة بعد انقضاء الأجل.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يمهّل المولي إذا وعد بالوطة بعد انقضاء أجل الإيلاء؟

الفرع الثاني: حكم السالة في المذهب.

إذا وقف المولي بعد انقضاء الأجل فوعد بالوطة فإن الحاكم يتلوم له مدة بحسب اجتهاده يختبره فيها.

جاء في المدونة: (قلت لابن القاسم: رأيت إن كان بينه وبينها مسيرة شهر أو شهرين فرفعت المرأة أمرها إلى السلطان بعد الأربعة الأشهر؟ قال: نعم، لا يقع عليها الطلاق عند مالك حتى يكتب إلى ذلك الموضع كما أخبرتك، قلت: رأيت إن وقف في موضعه ذلك ففء بلسانه وهو يقدر على الكفارة؟ قال: قد أخبرتك أن مالكا قال إذا كان يقدر على الكفارة لم تعرف فينته إلا بالكفارة، قلت: رأيت إن وقف في موضعه الذي هو فيه مع امرأته ففء بلسانه وهو يقدر على الكفارة؟ قال: قد أخبرتك أن مالكا قال: ويخير المرة والمرتين فإن فاء وإلا طلق عليه، قلت: رأيت إن قال أنا أفىء وهي حائض؟ قال: يمكنه السلطان منها ويمهله حتى تطهر في قول مالك⁽¹⁾).

وقال خليل: (وطلق إن قال لا أطأ بلا تلوم وإلا اختبر مرة ومرة)⁽²⁾.

وقال بهرام: ("وطلق إن قال لا أطأ بلا تلوم" أي: فإن طالبت المرأة أو سيد الأمة المولي بالفيئة فقال: لا أطأ؛ طلق عليه الحاكم و لا تلوم له، "وإلا اختبر مرة ومرة" وإن لم يمتنع من الوطة بل وعد به اختبره الحاكم مرة ومرة بحسب اجتهاده بمقدار ما يتلوم له في ذلك)⁽³⁾.

وقال ابن رشد: (المعلوم من مذهب مالك رحمه الله في المدونة وغيرها، أن المولي إذا وقف فقال: أنا أفىء، ولم يفىء، يختبر المرتين والثلاث، ونحو ذلك من غير أن يعتبر في ذلك بالعدة،

(1) المدونة: 347/2.

(2) مختصر خليل: 166.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1152/3.

انقضت في أيام التلوم، أو لم تنقض؛ إذ ليست في عدة، فإن فاء، وإلا طلق عليه طلاقاً يكون له فيه الرجعة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن المولي لا يمهل بعد تمام أجل الأربعة أشهر، قال: (... وروى عنه أشهب أنه قال: يخلى بينه وبينها، فإن لم يفيء حتى انقضت عدتها من يوم قال: إني أفيء طلقت عليه طلقة بائنة، فجعل المعنى للقول الأول في التربص ليصيب في الأربعة، وذلك غاية التربص، وفي القول الثاني أنه مخاطب بالإصابة عند تمامها، وليس فيها، وهذا أحسن، ولا وجه للقول بوقوع الطلاق لمرور الأجل من غير وقف؛ لأن الإصابة حق لها، فوجب ألا يقضى بذلك الحق إلا بعد قيام صاحبه به، فإذا قام بحقه أمر من قبله ذلك الحق بالوفاء به، فإن لم يفيء حكم عليه إذا طلبت الطلاق عند لده، فإن تركت القيام بالطلاق بعد لده لم تطلق، وقال سليمان بن يسار: كان تسعة عشر رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ كلهم يوقفون المولي، وهو رأي عثمان وعلي وعائشة رضي الله عنهم.

وأرى ألا يمهل بعد تمام الأجل الذي جعله الله سبحانه عدلاً بينهما وحكماً عليهما⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بأن أجل الإيلاء قد جعله الله عدلاً بين الزوجين، وحكماً عليهما، فلا يزد عليه.

(1) البيان والتحصيل: 367/6.

(2) التبصرة: 2407/5.

المطلب السادس: في من ضرب لإيلائه أجلا أكثر من أربعة أشهر بالشيء القليل.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يمهل من ضرب لإيلائه أجلا أكثر من الأربعة أشهر بالشيء القريب، ثم لما انقضت الأربعة أشهر قال دعوي حتى ينقضي أجلي فأصيب من غير حنث و لا كفارة؟
الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

ذكرنا في الفرع السابق أن المولي إذا وعد بالوطاء بعد تمام الأربعة أشهر يمهل الحاكم باجتهاده مدة يختبره فيها، وكذلك الحكم إذا كان ضرب لأجله مدة فوق الأربعة أشهر بالشيء اليسير الذي يشبه ما يمهل فيه الحاكم ليختبره.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

رأى اللخمي أنه لا يمهل، وهو على أصله في هذا الفرع أن المولي لا يزداد فوق تمام الأجل شيئاً، قال: (واختلف فيمن ضرب لإيلائه أجلا أكثر من أربعة أشهر بالشيء القريب، فلما تمت الأربعة الأشهر قال: دعوي حتى ينقضي الأجل، فأصيب من غير حنث ولا كفارة، فقال محمد: إذا كانت يمينه على أكثر من أربعة أشهر ولو يوماً واحداً فهو مول، فعلى هذا لا يؤخر إن قال: أخروني حتى يمضي ذلك اليوم وأصيب بغير حنث ولا كفارة، وهذا موافق لرواية ابن دينار أنه يوقف عند تمام الأربعة الأشهر بغير زيادة.
وقال أبو محمد عبد الوهاب: إذا زاد على يمينه على الأربعة الأشهر مدة مؤثرة فهو مول، يريد: إذا كانت الزيادة يسيرة أخرج إليها ولم يكن مولياً.

وقال في المدونة فيمن قال: والله لا أطؤك حتى أقضي فلاناً حقه، وفلان غائب، وقال: دعوي أخرج إليه، قال: إن كان البلد قريباً مثل ما يختبر بالفيئة كان ذلك له بمنزلة من قال: إن وطئتك حتى أكلم فلانا فأنت طالق فمضت أربعة أشهر، فقال: أنا أيء والمحلوف عليه غائب قريب الغيبة، فإنه يترك، فساوى بين فيئته بالوطاء وبالكفارة إن كفر، وبإسقاط اليمين بغير كفارة ولا وطاء.

والأول أحسن، ولا يزداد في الأجل الذي جعل الله له شيئاً⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجّته كما في المسألة السابقة أنه لا يزداد فوق الأجل الذي جعله الله عدلاً بين الزوجين.

(1) التبصرة: 2410/5-2411.

المطلب السابع: في وقف المولي في عدة الرجعية.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يوقف المولي في عدة الرجعية إذا آلى منها فيها، أو آلى قبلها فحل الأجل فيها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من آلى من زوجته ثم طلقها طلاقاً رجعياً فحل الأجل الإيلاء في العدة، أو آلى منها وهي في عدة منه من طلاق رجعي ثم حل الأجل قبل انقضاء العدة فإنه يوقف كما يوقف المولي من زوجة في عصمته فإما يفىء وإلا طلقت عليه أخرى.

قال في تهذيب المدونة: (وإن آلى من امرأته بعد البناء ثم طلقها واحدة فحلّ أجل الإيلاء قبل تمام العدة وقف، فإن طلق عليه الإمام كانت طليقة أخرى، وإن تمت العدة قبل الأجل فقد بانت منه)⁽¹⁾.

وقال أيضاً: (ومن طلق امرأته طلاقاً⁽²⁾ يملك فيه الرجعة ثم آلى منها، فهو مول إن مضت أربعة أشهر قبل انقضاء العدة فإما فاء أو طلق عليه)⁽³⁾.

وقال خليل: (الإيلاء: يمين مسلم مكلف يتصور وقاعه وإن مريضاً بمنع وطء زوجته وإن تعليقاً غير المرضعة وإن رجعية أكثر من أربعة أشهر)⁽⁴⁾.

وقال المجلسي: ("وإن رجعية": مبالغة في قوله: بمنع وطء زوجته، يعني أنه لا فرق بين في لزوم الإيلاء للرجل بين التي في عصمته وبين الرجعية)⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من آلى ثم طلق ليس لها وقفه في العدة، قال: (وقد وردت أسئلة جعل للزوجة فيها أن يوقف الزوج على الفيئة أو الطلاق، والقياس أن لا مقال لها فيها).

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 332/1.

(2) في طبعة دار الغد الجديد (طليقة بملك الرجعة) والمثبت من طبعة نجيبويه: 195/2.

(3) التهذيب في اختصار المدونة: 330/1.

(4) مختصر خليل: 164.

(5) لوامع الدرر: 360/7.

فمن ذلك: المولي يطلق قبل تمام أجل الإيلاء أو يولي بعد الطلاق أو يعقد الإيلاء وهو مريض، أو غائب، فقال ابن القاسم: إذا طلقها قبل أجل الإيلاء، ثم تم الأجل وهي في العدة لها أن توقفه، والصواب أن لا وقف لها في ذلك؛ لأن الزوج يقول: إنما حقك عند تمام الأجل إذا لم أصب أن أطلق، فقد عجلت ذلك لك قبل الوقت الذي جعله الله لي، ولا أفعل الآن لو وقفت أكثر من الذي تقدم وهو الطلاق، وإنما مطالبتك أن أطلق لتتزوج أو لتحكم على نفسك، وقد جعلت لك إلى ذلك السبيل الذي جعله الله لك⁽¹⁾.

واختار أيضا أن من آلى بعد الطلاق الرجعي ليس لها وقفه إذا مضى الأجل قبل انقضاء العدة، لأن المطلقة ليس لها حق في الوطاء بسبب الطلاق، قال: (وقال أيضًا إذا آلى بعد الطلاق الرجعي فمضت أربعة أشهر قبل انقضاء العدة: لها أن توقفه بوقف الإيلاء، والوقف في هذا أبعده؛ لأن الوقف إنما يكون لمن حلف على ترك ما لها فيه حق، والمطلقة لا حق لها في الوطاء لو لم يحلف، ولا خلاف أن الرجعة حق له لا عليه، إن شاء ارتجع وأصاب وإن شاء لم يرتجع، فكيف يجبر على أن يرتجع ليصيب أو يطلق عليه مرة أخرى؟!)⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي أن من آلى ثم طلق يمكنه أن يقول: غاية ما يوجبه الإيلاء إذا لم أفء أن أطلق وقد عجلته، وأما المطلقة الرجعية فاحتج بأنها ليس لها حق في الإصابة بسبب الطلاق، وبكون الوقف يؤدي إلى أن يجبر على الرجعة وهي حق له، أو يطلق عليه مرة أخرى.

تعليق: ناقش بعض علماء المذهب اللخمي في قوله أن سقوط حق المطلقة الرجعية في الوطاء يجعلها لا وقف لها إذا آلى منها في العدة، قال عبد الباقي الزرقاني: (ورده اللخمي بأنه لا حق لها في الوطاء والوقف إنما يكون لمن لها حق فيه ولا خلاف أن الرجعة حق له لا عليه فكيف يجبر عليها ليصيب أو يطلق عليه طلبة أخرى وأجاب ابن محرز وغيره بأنه إنما لزمه الإيلاء خيفة أن يكون ارتجع وكنتم اهـ.

(1) التبصرة: 2413/5-2414.

(2) التبصرة: 2414/5.

أو أن هذا مبني على القول الضعيف بأن الرجعية لا يحرم الاستمتاع بها فما هنا مشهور مبني على ضعيف ولا غرابة فيه⁽¹⁾.

(1) شرح الرُّقاني على مختصر خليل: 267/4.

المطلب الثامن: في من آلى بعثق عبده فباعه ثم عاد إلى ملكه ببيع ليس فيه تهمة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يعود موليا من آلى بعثق عبده فباعه، ثم عاد إليه بالشراء بعد أن تداولته الأيدي، أو كان البائعان أو أحدهما من أهل الفضل والدين، أو كان خرج من يده ببيع السلطان.

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من حلف بعثق عبداً معين له ألا يطاء امرأته أكثر من أربعة أشهر، أو لم يذكر مدة فإنه يلزمه الإيلاء، ويزول عنه إذا خرج العبد عن ملكه إلا أن يعود العبد إلى ملكه بغير إرث. قال في تهذيب المدونة: (وإن قال لها: إن وطئتك فعبدي ميمون حر، فباعه فله أن يطاء، فإن اشتراه عاد مولياً)⁽¹⁾.

وقال خليل: (و انحل الإيلاء بزوال ملك من حلف بعثقه إلا أن يعود بغير إرث)⁽²⁾. وقال بهرام: (أي: أن من حلف بعثق عبده المعين أن لا يطاء زوجته ولم يذكر أجلاً أو ذكر مدة تزيد على الأجل فإنه يلزمه الإيلاء، ثم إن أخرج ذلك العبد عن ملكه بوجه ما فإن الإيلاء ينحل عنه؛ لأنه إن امتنع الآن من الوطاء لم يكن بسبب يمين إلا أن يعود العبد إلى ملك الخالف فإن الإيلاء يعود إن كانت يمينه غير مقيدة، أو مقيدة وقد بقي من الأجل أكثر من أربعة أشهر، وسواء خرج عن ملكه أولاً باختياره أو بغيره، كما إذا باعه السلطان في فلس ونحوه. "بغير إرث" أي: فإن عاد إلى ملكه بالميراث لم يعد عليه الإيلاء)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن الإيلاء ينحل إن عاد إليه ببيع ليس فيه تهمة كأن تداوله الأيدي قبل أن يعود في ملكه، أو يكون البائع والمشتري أو أحدهما من أهل الفضل والدين، أو باعه السلطان على الخالف، أو مشتريه منه في الفلس، قال: (وإذا آلى بعثق عبده، ثم باعه - سقط عنه حكم الإيلاء، فإن عاد إليه بميراث لم تعد عليه يمين).

(1) التهذيب: 330/1.

(2) مختصر خليل: 166-165.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1149/3.

واختلف إذا عاد إليه بالشراء هل تعود عليه اليمين؟ ولا أرى عليه شيئاً إذا عاد إليه بعد أن تداولته الأملاك أو كان الحالف والمشتري من أهل الدين والفضل أو أحدهما، ولا تعود اليمين مع صحة البيع، وإنما تعود إذا لم يكن بيعاً، واتهما أن يكونا جعلاه ذريعة وأظهر البيع، فإذا كان البائع والمشتري من أهل التهم على مثل ذلك ولم تتداوله الأملاك - صح أن تعود اليمين. واختلف إذا فلس الحالف أو مشتري العبد منه فباعه السلطان عليه، وألا تعود اليمين أصوب، وبيع السلطان يرفع التهمة⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي أن عود اليمين مرتبط بالتهمة فإذا انتفت في البيع لم تعد اليمين عليه.

(1) التبصرة: 2404/5-2405.

المطلب التاسع: في من حلف ألا يطأ امرأته في سنة إلا مرة أو مرتين.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من حلف على ألا يطأ زوجته في سنة إلا مرة فهل ينطبق عليه حكم الإيلاء؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

لا يكون مولياً من حلف على ألا يطأ زوجته في سنة إلا مرة حتى يطأ ويبقى من السنة أكثر من أربعة أشهر، وكذلك إن حلف على مرتين في السنة.

قال في تهذيب المدونة: (وإن قال لها: والله لا أطوك في هذه السنة إلا يوماً، لم يلزمه الإيلاء إلا أن يطأ وقد بقي منها أكثر من أربعة أشهر⁽¹⁾).

وقال خليل: (...أو لا وطئتك في هذه السنة إلا مرتين أو مرة، حتى يطأ وتبقى المدة⁽²⁾). وقال بهرام: ("أو لا وطئتك في هذه السنة إلا مرتين هكذا" هكذا قال ابن القاسم، يريد: لأن له ترك وطئها أربعة أشهر ثم يطأ، ثم يترك أربعة أشهر ثم يطأ، فلا يبقى من السنة إلا أربعة أشهر وهو دون أجل الإيلاء على المشهور. "أو مرة حتى يطأ وتبقى المدة" أي: وكذلك لا يلزم الإيلاء إذا حلف لا وطئها في هذه السنة إلا مرة إلا أن يطأها وقد بقي منها مقدار أجل الإيلاء فصاعداً وهو مراده بالمدة⁽³⁾).

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

جعل اللخمي من حلف على مرة أو مرتين في معنى المولي، فاختر أن يؤمر من حلف على ألا يطأ إلا مرة في السنة بالوطء، و أن يكون للمرأة وقف من حلف على ألا يطأ إلا مرتين، قال: (ومن هذا الأصل أن يقول: والله لا أجامعك في هذه السنة إلا يوماً، فقال ابن القاسم في المدونة: لا يكون مولياً لما كان له أن يصيب، ثم لا يكون عليه كفارة إلا أن يطأها، ويبقى من السنة أكثر من أربعة أشهر.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 328/1.

(2) مختصر خليل: 165.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1147/3.

وقال في كتاب محمد: هو مول، قال: لأن ترك وطئه لليمين، قال محمد: فإن وقعت بعد أن بقي من السنة أربعة أشهر فلا شيء عليه، وإن لم يكن وطئها يريد؛ لأنه لو وقف حينئذٍ فأصاب لم يلزمه كفارة لأنه استثنى مدة، ويصير بمنزلة من أمسك بغير يمين.

قال الشيخ رضي الله عنه: وأن يؤمر بالإصابة أحسن؛ لأنه الوجه الذي كان له الأجل. واختلف أيضا إذا حلف ألا يصيبها في هذه السنة إلا مرتين فقال ابن القاسم: ليس بمول لأنه إذا أصابها بعد أربعة أشهر مرة، ثم بعد أربعة أشهر مرة أخرى، فلا إيلاء عليه، وقال أصبغ: هو مول؛ لأنه يمتنع من أجل اليمين، وقال محمد: قول أصبغ غلط.

قال الشيخ رحمه الله: وأرى أن يكون لها حق في الوقف؛ لأن امتناع هذا ألا يصيب إلا من بعد أربعة أشهر من الضرر، ومحمل القرآن على من لا يتكرر ذلك منه⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بالضرر الواقع على المرأة، وبأن من حلف على مرتين في السنة وإن كان يمكنه أن يتفادى تجاوز مدة الإيلاء من غير وطء، إلا أنه قد تكرر منه ما يخرج عن مقصود القرءان إذ محمله على من لا يتكرر منه الفعل.

(1) التبصرة: 2382/5-2383.

المطلب العاشر: في من حلف أن لا يظأ زوجته واستثنى.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الاستثناء له أثره المعروف في اليمين، فمن حلف لا يظأ امرأته ثم استثنى بقوله: إن شاء الله، فهل يكون مولياً؟

الفر الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من حلف لا يظأ زوجته واستثنى بقوله: إن شاء الله، فهو مول ولامرأته وقفه، ويمكنه الوطاء بلا كفارة.

جاء في المدونة: (قلت: رأيت إن حلف بالله أن لا يقرب امرأته إن شاء الله، أيكون مولياً وقد استثنى في يمينه؟ قال: سألت مالكا عنها، فقال: هو مول وقال غيره لا يكون مولياً. قلت لابن القاسم: رأيت هذا الذي استثنى في يمينه، هل له أن يظأ بغير كفارة في قول مالك؟ قال: نعم، قلت: فإذا كان له أن يظأ بغير كفارة، فلم جعله مالك مولياً وهو يظأ بغير كفارة؟ قال: لأنه إذا تركها أربعة أشهر فلم يظأها فلها أن توقفه لأن اليمين التي حلف بها في رقبته، إلا أن فيها استثناء فهو مول منها يمين فيها استثناء، فلا بد من التوقيف إذا مضت الأربعة الأشهر إن طلبت امرأته ذلك، وإن كان له أن يظأ بغير كفارة لأن اليمين لازمة له ولم يسقط عنه، وإنما يسقط عنه بالجماع، ألا ترى أنه حالف إلا أنه حالف بيمين فيها استثناء فهو حالف وإن كان في يمينه استثناء)⁽¹⁾.

واستشكلت هذه المسألة من وجهين، أحهما كيف يكون مولياً مع الاستثناء؟ وهو حل لليمين أو رافع للكفارة، والثاني كيف يكون مولياً ويظأ من غير كفارة؟ وقد ذكر خليل هذه المسألة وإجابة أهل العلم عليها فقال: (وفيها-أي في المدونة-فيمن حلف لا يظأ واستثنى أنه مول، وحملت على ما إذا روفع ولم تصدقه، وأورد لو كفر عنها ولم تصدقه، وفرق بشدة المال، وبأن الاستثناء يحتمل غير الحل)⁽²⁾.

(1) المدونة: 337/2.

(2) مختصر خليل: ص 166.

وقال الدردير: ("وفيها فيمن حلف " بالله " لا يظاً" زوجته أكثر من أربعة أشهر " واستثنى " إن شاء الله أنه "مول" وله الوطاء بلا كفارة واستشكل من وجهين: أحدهما: أن الاستثناء حل لليمين فكيف يكون معه موليا والثاني كيف يكون موليا ويظاً من غير كفارة " وحملت " لدفع الإشكال الأول "على ما إذا رفع" للحاكم " ولم تصدقه " أنه أراد بالاستثناء حل اليمين بقريئة امتناعه من الوطاء " وأورد " على هذا الجواب قول الإمام أيضا "لو" حلف لا يظؤها ثم " كفر عنها " أي عن يمين الإيلاء ولم يظاً بعد الكفارة " ولم تصدقه " في أن الكفارة عنها، وإنما هي عن يمين أخرى بقريئة امتناعه من الوطاء، وأن القول قوله، وينحل الإيلاء عنه فما الفرق بينهما " وفرق " بينهما " بشدة المال " على النفس في الثانية، وهو الكفارة وخفة الاستثناء في الأولى؛ فلذا كان القول له في الثانية دون الأولى " وبأن الاستثناء " في الأولى " يَحتمل غير الحل " احتمالاً ظاهراً؛ فلذا لم يصدق في إرادة حل اليمين، والكفارة في الثانية وإن احتملت يميناً أخرى لكن احتمالاً غير ظاهر⁽¹⁾.

وأما اللخمي فإنه فسر هذه المسألة بأن الإمام مالك رأى هذا المستثنى كلامه محتملاً لأن يكون قصد بقوله إن شاء الله الاستثناء، أو لم يقصده - كمن قصد التبرك أو قال ذلك لهجا به - ووقفه عنها ريبة في أنه لم يرد حل اليمين، ولذلك جعله مول لها وقفه، وله الوطاء من غير كفارة، وهذا الجواب الذي ذكره الله اللخمي يتماشى مع أصل مراعاة الخلاف عند المالكية الذي هو في حقيقته إعمال لدليلي المسألة، كما في حديث⁽²⁾ المتنازعين في ولد زمعة الذي حكّم فيه رسول الله ﷺ دليل الفراش ودليل الشبه.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي خلافاً لقول مالك في المسألة أن من استثنى لا يكون مولياً، قال: (وقال مالك فيمن قال: والله إن وطئتك إن شاء الله هو مول، وقال أشهب: ليس بمول، فرأى مالك أن قوله: "إن شاء الله" محتمل أن يكون أراد به رفع اليمين الأول، وما في القرآن:

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 439/2.

(2) سبق تخريجه: ص 53.

﴿وَلَا نَقُولَنَّ لِشَايٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا ﴿٢٣﴾ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾⁽¹⁾ فلا يكون استثناء⁽²⁾، وقوله ووقوفه عنها ريبة في أنه لم يرد رفع اليمين، والقول الآخر أبين، لقول النبي ﷺ: «من حَلَفَ فَقَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَقَدْ اسْتَشَى»⁽³⁾ فجعل هذا كافيًا في الاستثناء ولم يفرق، ومعلوم أنه إنما ردهم في ذلك إلى ما في كتاب الله ﷻ، وهو الذي يعقلون⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللحمي لرأيه.

احتج اللحمي بعموم قول النبي ﷺ: «من حَلَفَ فَقَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَقَدْ اسْتَشَى».

(1) الكهف: 23 – 24.

(2) ينظر توضيح هذا الكلام من البيان والتحصيل: 138/3-139، أبو الوليد ابن رشد: (مسألة قال أشهب: وسئل مالك عن قول ابن عمر: من حلف فقال إن شاء الله فقد استثنى، فقال: إنا لنقول غير هذا نقول إذا حلف وقال: إن شاء الله ينوي به الاستثناء فذلك له ولا حنث عليه، وإن كان إنما قال إن شاء الله لهجا بذلك مثل قول الله عز وجل:

﴿وَلَا نَقُولَنَّ لِشَايٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا ﴿٢٣﴾ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾ الكهف: 23 – 24، ومثل قوله: ﴿لَتَدْخُلَنَّ

الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ءَامِنِينَ﴾ الفتح: 27، فليس ذلك باستثناء ولا يغني عنه ذلك شيئًا).

(3) السنن الكبرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، إشراف: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 1، 1421 هـ-2001 م: 4/ 457، باب الاستثناء من كتاب النذور، حديث رقم: 4752.

(4) التبصرة: 2377/5-2378.

المطلب الحادي عشر: في من حلف بالطلاق ليتزوجن أو ليدخلن دارا ولم يحدد أجلا.
الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يمنع من زوجته من حلف بالطلاق ليتزوجن أو ليدخلن دارا ولم يحدد أجلا ليمينه؟
الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من كانت يمينه بالطلاق على حنث ولم يحدد أجلا فإنه يمنع من زوجته حتى يبر بيمينه،
وإذا رفعته زوجته إلى السلطان ضرب له أجل المولي، ويستثنى من ذلك ما إذا كان برّه في إرساله
عليها كقوله: إن لم أطأها أو لم أحبها فهي طالق.

قال في تهذيب المدونة: (وإن قال لها: إن لم أدخل الدار أو أفعل كذا فأنت طالق، لم يقع
عليه الطلاق حين تكلم بذلك، ولكن يمنع من وطئها حتى يفعل ما حلف عليه، فإن رفعت
أمره للحاكم ضرب له من يوم ترفع أجل المولي، ولا ينظر إلى ما مضى قبل ذلك من الشهور،
وإنما يضرب له الأجل من يوم حلف، لو حلف بيمين من الأيمان أن لا يطأ، ولا يحتاج في هذا
إلى رفعه إلى الإمام، لأنه لو وطئ قبل أن ترفعه زال إيلاؤه وبرّه، والأول لو وطئ قبل أن ترفعه لم
تسقط عنه اليمين التي عليه إذا لم يفعلها)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وإن نفى ولم يؤجل كإن لم يقدم منع منها إلا إن لم أحبها، أو إن لم
أطأها)⁽²⁾.

وقال المجلسي: ("إن لم يقدم" هو أي: الحالف، أي قال لها: إن لم أقدم من سفري فأنت
طالق، فإنه لا ينجز عليه الطلاق، بل ينتظر برّه، ولكن يمنع من وطئها كما أشار إلى ذلك
بقوله: "منع منها" حتى يبر بيمينه فإن رافعته ضرب لها أجل الإيلاء)⁽³⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 342/1.

(2) مختصر خليل: 159-158.

(3) لوامع الدرر: 263/7.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من حلف بطلاق زوجته ليتزوجن أو ليدخلن دارا ولم يضرب أجلا لا يمنع من زوجته، قال: (وقد اختلف في هذا الأصل فيمن حلف بالطلاق ليكلمن فلانا أو ليركبن هذه الدابة أو ليدخلن هذه الدار أو ليتزوجن، فقيل: يحال بينه وبين زوجته على أي وجه كان يمينه، وسواء ضرب أجل أم لا، وقيل: إن ضرب أجلا لم يمنع وإن لم يضرب أجلا منع، وفي كتاب محمد: لا يمنع إذا حلف ليكلمن فلانا أو ليركبن هذه الدابة، وإن لم يضرب أجلا لأن حياتهما كالأجل ويمنع في ما سوى ذلك إذا لم يضرب أجلا.

ولابن كنانة عند ابن حبيب عكس ذلك: أنه يمنع في الكلام والركوب، ولا يمنع في التزويج ودخول الدار؛ لأن ذلك مما لا يفوت فعله إلا بموته، فأشبهه من قال: أنت طالق بعد موتي... وقول ابن كنانة في هذا أحسن؛ لأنه إنما يؤمر بالكف من كان يترقب من الحنث في الحياة، وسواء ضرب أجلا أو لم يضرب، ولا يؤمر بذلك من كان لا يحنث إلا بموت نفسه أو موت زوجته⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي أنه لا يوقف عن زوجته إلا من يترقب منه الحنث في حياته لشبهه بالطلاق إلى أجل، ولا يوقف من كان لا يحنث إلا بموته أو موت زوجته.

(1) التبصرة: 2399/5-2400 بتصرف.

المبحث الرابع: كتاب اللعان

المطلب الأول: في مكان اللعان.

الفرع الأول: صورة المسألة.

مكان اللعان مما اهتم به الشارع فجعله في مكان يعظمه الناس حتى يكون أبلغ في وعظ المتلاعنين وتخويفهما، وهو المسجد الجامع فهل يختص اللعان بالمسجد، أم يمكن أن يكون بغيره كعند القاضي أو الفقيه الجليل؟
الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

اللعان يكون في المسجد دبر الصلوات، وبمحضر من الناس لأنه أبلغ في التخويف.
قال في تهذيب المدونة: (ويلتعن المسلم في المسجد عند الإمام دبر الصلوات بمحضر من الناس)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وبأشرف البلد)⁽²⁾.

وقال بهرام: (أي: وكذلك يجب أن يكون لعانه بأشرف أمكنة البلد وهو المسجد الأعظم)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

رأى اللخمي أن اللعان لا يستبعد أن يكون خارج الجامع عند القاضي أو الفقيه الجليل، ويجمع الناس لذلك، قال: (واختلف في الموضع الذي يلتعن فيه وفي وقته، فقال في المدونة: في المسجد وعند الإمام، وقال عبد الملك في المبسوط: في المسجد أو عند الإمام. يريد: أن يكون في أحد هذين: المسجد وإن لم يكن إمام، أو الإمام وإن لم يكن مسجداً... وأرى أن يكون اللعان في الجامع، وحيث يعظم منه، وليس يبعد أن يكون عند القاضي والفقيه الجليل، ويجمع الناس لذلك؛ لأن الترهيب يقع بذلك، وأما ما كان من لعان⁽⁴⁾ عويمر⁽¹⁾ في المسجد بمحضر

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 334/1.

(2) مختصر خليل: 172.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1193/3.

(4) قصة لعان عويمر العجلاني متفق عليها من حديث سهل بن سعد رضي الله عنه، ينظر: البخاري: 53/7، باب اللعان ومن طلق بعد اللعان، حديث رقم: 5308، ومسلم: 1192/2، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها، وغيرها بوضع

=

من النبي ﷺ في المسجد⁽²⁾ فيحتمل أن يكون لو كانت النازلة، وسؤاله وهو في غير المسجد، للاعن بينهما في مكانه أو يبعثهما إلى المسجد أو يحضر معهما، وإذا احتمل ذلك لم يؤخذ من الحديث أصل بيّن⁽³⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي اختياره بأن المقصود إنما هو الترهيب وهو يقع باللعان عند القاضي أو الفقيه الجليل، ورد الاستدلال بحديث لعان عويمر؛ بأنه لا يؤخذ منه أصل بين لأنه يهتمل أن لو كانت النازلة وسؤاله وهو في غير المسجد للاعن بينهما مكانه، أو أرسلهما إلى المسجد، وإذا تطرق الاحتمال إلى الدليل يسقط به الاستدلال.

الحمل، حديث رقم: 1492.

(1) عويمر بن أبي أبيض العجلاني الأنصاري، وهو الذي رمى زوجته بشريك بن سحماء فلاعن رسول الله ﷺ بينهما، وذلك في شعبان سنة تسع من الهجرة لما قدم من تبوك. الاستيعاب: 3/ 1226، وأسد الغابة، أبو الحسن عز الدين علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم ابن الأثير، دار الفكر، بيروت، 1409هـ - 1989م: 4/ 17، والإصابة: 620 / 4.

(2) هكذا في التبصرة بتكرار قوله "في المسجد".

(3) التبصرة: 2432/5-2433 بتصرف.

المطلب الثاني: في لعان الأعمى.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يشترط في لعان الأعمى للزنا أن يدعي أنه لمس فرجا في فرج زوجته؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب أن الأعمى يلاعن إذا تيقن زنى زوجته، ولا يشترط في لعانه أن يكون لمس فرجا في فرجها.

قال في تهذيب المدونة: (ويلتعن الأعمى في الحمل بدعوى الاستبراء، وفي القذف، لأنه من الأزواج، فيحتمل ما تحمّل)⁽¹⁾.

وقال خليل: (تيقنه أعمى)⁽²⁾.

وقال المجلسي: (يعني أن الزوج إذا كان أعمى فإنه إنما يلاعن إذا تيقن زنى زوجته، ويحصل له اليقين بالجلس بفتح الجيم أي اللمس، ويحصل بالحس بكسر الحاء المهملة، ويحصل بالإخبار المفيد للقطع ولو من غير مقبول الشهادة، وقوله: "تيقنه أعمى" أتى بصيغة العموم، ففيه رد على ابن القصار القائل بأن الأعمى إنما يلاعن إذا وضع يده في الفرج... والمشهور في الأعمى ما ذكره وهو مذهب المدونة)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن الأعمى لا يصح لعانه إلا أن يقول مسست فرجا في فرج، قال: (ويلاعن الأعمى إذا نفى الحمل؛ لأنه يدعي الاستبراء، وكذلك إن لم ينف حملًا، فقال: مسست.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 334/1.

(2) مختصر خليل: 171.

(3) لوامع الدرر: 465/7.

واختلف إذا قذفها، ولم يدع استبراء ولا مسيسا، فقال ابن القاسم: يلاعن، لعموم قوله عَلَيْكَ:

﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾⁽¹⁾ وقال مالك: يحمل ذلك في دينه.

وقال ابن القصار عن مالك: إنه لا يصح أن يلاعن إلا أن يقول: لمست فرجا في فرجها، وهذا أحسن؛ لأن لعان الزوج يوجب حدها، وهو مقام البينة، وإذا كان ذلك لم يجز أن تحد؛ لأن ذلك أمر مشكوك فيه⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بأن اللعان من أحكامه أنه يوجب الحد عند نكول الزوجة، وإذا لاعن دون أن يدعي لمسا لم تحد لأنه أمر مشكوك فيه، وإذا كان ذلك فلا يصح لعانه إلا أن يقول: لمست فرجا في فرجها.

(1) النور: 6.

(2) التبصرة: 2439/5.

المطلب الثالث: في ميراث الملاعنة من زوجها إذا مات بعد لعانه، ثم لاعت بعدة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل ترث الملاعنة زوجها إذا لاعت ثم مات ثم لاعت هي بعد موته؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا لاعت الزوج ثم مات ورثته زوجته إن لم تلتعن، فإن التعتت فلا ميراث لها.

قال في تهذيب المدونة: (وإذا ماتت المرأة بعد التعان الزوج، أو بعد أن بقي من لعانها مرة واحدة ورثها، وإن مات الزوج بعد التعانه قيل للمرأة: التعني، فإن أبت ورثته ورجمت، وإن التعتت لم ترثه)⁽¹⁾.

وقال خليل: (ولا يرث ملاعن ولا ملاعنة)⁽²⁾.

وقال الدردير: ("ولا يرث ملاعن" زوجته التي لاعتها إذا التعتت بعده بمجرد تمام التعانها فإن ماتت قبل التعانها ورثها ولا ترث "ملاعنة" زوجها الملتعن قبلها فإن ابتدأت هي ومات قبل التعانه ورثته، وإن مات بعد التعانه الواقع بعد التعانها فعلى القول بإعادتها ترثه وعلى القول بعدم إعادتها لا ترثه فالحاصل أنه إذا لم يقع اللعان من الجانبين توارثا، وإن حصل اللعان من كلٍّ على الوجه الشرعي لم يرث أحدهما الآخر)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنها ترث ولو التعتت بعده، قال: (وإذا وجب اللعان بين الزوجين فمات الزوج قبل أن يلاعن أو بعد أن لاعتن، وقبل الخامسة ورثته، ولا لعان عليها. واختلف إذا مات بعد أن تم لعانه، فقال مالك في المدونة: يقال لها: التعني وادرأي العذاب عن نفسك ولا ميراث لك، فإن لم تلتعن حُددت، وكان لها الميراث.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 338/1.

(2) مختصر خليل: 354.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 485/4.

وقال ربيعة ومطرف في كتاب ابن حبيب: ترثه، وإن التعنت؛ لأن الفراق إنما يقع بالتعاضد، وهو أحسن؛ لأنه مات وهي زوجة، والميراث حينئذ قائم⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بأن الزوج مات وهي لا تزال زوجة والميراث حينئذ قائم، فإذا لاعتت وقع الفراق لكنه يقع متأخراً عن وجوب الميراث فلا يؤثر فيه.

(1) التبصرة: 2462/5.

المطلب الرابع: في التعجيل في لعان نفي الحمل.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل من شرط اللعان أن يسارع الزوج بنفي الحمل، إذا كان لعانه لنفيه؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من شرط اللعان أن لا يؤخر الزوج رفع الزوجة إلى الحاكم إن علم بالحمل، فإن أخره بلا عذر لم ينفعه رفعه، ولحق به الولد وتبقى المرأة زوجة له، ويجد للحرّة المسلمة. قال في تهذيب المدونة: (وإذا رأى الزوج الحمل ظاهراً فسكت شهراً أو حتى وضعته أو قامت بينة أنه رآه يوماً أو يومين فلم ينكره، أو أنه أقرّ به ثم نفاه، لم ينفعه نفيه، ويلحق به وتبقى له زوجة، كانت مسلمة أو كتابية أو أمة مسلمة، ويجد للحرّة المسلمة، ولا يجد للأمة ولا الكتابية)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وإن وطئ أو أخر بعد علمه بوضع أو حمل بلا عذر امتنع)⁽²⁾.

وقال بهرام: (أي: أن من شرط اللعان في نفي الولد أن لا يطأ امرأته بعد علمه بوضعها أو حملها، لأن وطأه بعد علمه دليل على الرضا بالبقاء معها. "أو أخر" أي ومن شرطه أيضاً أن لا يؤخر رفعها بعد العلم بالوضع أو الحمل، فإن أخره -قال في المدونة يوماً أو يومين، يريد أو أكثر- لم ينفعه نفيه ولحق به، وتبقى له زوجة مسلمة كانت أو كتابية، ويجد للحرّة المسلمة دون الأمة والكتابية، وإنما قال بلا عذر لأن عبد الوهاب قيده به)⁽³⁾.

الفرع الثاني: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن التعجيل ليس بلازم في لعان نفي الحمل، قال: (واختلف في نفي الحمل إذا لم يقيم بنفيه عندما علم، فقال ابن القاسم: إذا رآه فسكت كان سكوته إقراراً منه، قال: فإن رآه يوماً فسكت لم يكن له أن ينكره.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 335/1.

(2) مختصر خليل: 171-172.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1191/3-1192.

وقال أبو الحسن ابن القصار: إن آخر ذلك حتى وضعت، وقال: رجوت أن يكون ريحا فأستريح منه؛ كان ذلك له إلا أن يجاوز ثلاثة أيام بعد الوضع أو يظهر منه ما يدل على الرضى مثل أن يقبل التهئة قبل الثلاث، وإن لم يظهر ذلك منه في أمره فسحنا له ثلاثة أيام واستشهد بحديث المصرة.

وقال عبد الملك في كتاب محمد فيمن قال في زوجته: لم أرها تزني، وليس الحمل مني قال: لست ممن يرى اللعان بالحمل، ولا أراه قاذفاً حتى تضع، فإن جاء ولدًا أو أسقطت فقد صار قاذفاً، ووجب له وعليه ما يكون بين المتلاعنين، وذلك أنه قد يحول فلا يكون في بطنها ولد ولا يكون قاذفاً، قال محمد: السنة أن يلاعنها حاملا وقد لاعن رسول الله ﷺ في عويمر وهي حامل.

وليس قوله هذا بالبين؛ لأن عويمرا ادعى رؤية ولاعن خوف أن يكون عنها حمل، وأيضا فقد وجب اللعان لقاذفها بالرؤية، وإنما الخلاف إذا لم تكن رؤية، أو كانت ولم يقم لقاذفها، فإن التعجيل ليس بحق عليه، فهو يؤخر؛ رجاء ألا يصح أو تسقطه قبل ذلك، أو تضعه بعد التمام ميتا، فيستغنى عن ذكر ذلك وعن فضيحتها، ولأن الناس يستعظمون أمر النفي، وإن كان الزوج عاميا كان أبين في عذره؛ لأن عند العامة أنه إذا ذكر ذلك ونفاه حُدَّ، ولا يعرف أن له أن يلاعن⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

رأى اللخمي أن تأخير الزوج رفع الزوجة للحاكم لا يسقط اللعان؛ لأنه يؤخر رجاء أن لا يصح أو تسقطه، أو تضعه بعد التمام ميتا فيستغنى عن ذكر ذلك وعن فضيحتها، ويعذر العامي أيضا عنده بسبب جهله باللعان وأحكامه وظنه أنه يجد إذا اتهم المرأة.

(1) التبصرة: 2457/5 - 2459.

المطلب الخامس: في سكنى الملاعنة لنفي الحمل.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل للملاعنة لنفي الحمل السكنى على زوجها مدة الحمل كالمطلقة الحامل؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب ان الملاعنة لها السكنى وسواء لاعن لنفي الحمل أو للرؤية.

قال في تهذيب المدونة: (ومن انتفى من حمل زوجته بلعان، ثم أقرّ به بعدما ولدته حدّ ولحق به، فإن كان موسراً في مدة الحمل أو في بعضه رجعت عليه بالنفقة في مدة يسره، وإن كان يومئذ معسراً لم ترجع عليه بشيء. وللملاعنة السكنى ولا متعة لها على حال، كانت مدخولاً بها أم لا، سمى لها صداقاً أم لا. ولا تنكح حتى تنقضي عدتها⁽¹⁾).

وقال خليل: (وللمعتدة المطلقة أو المحبوسة بسببه في حياته السكنى)⁽²⁾.

وقال بهرام: ("أو المحبوسة بسببه" من باب عطف العام على الخاص، وذكره ليشمل من فسخ نكاحها لفساده لأنها محبوسة بسببه في الاستبراء، وكذلك الملاعنة على المشهور)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من كان لعانها لنفي الحمل لا سكنى لها، قال: (وأرى إذا لاعن للرؤية، وهو غير منكر للولد متى أتت به، كان لها السكنى، وإن لاعن للرؤية ولنفي الحمل، لم يكن لها سكنى).

قال الشيخ رضي الله عنه: وهو أحسن؛ لأن الأصل في وجوب السكنى، خوفاً من أن تكون حاملاً من الزوج، وقد أسقط التعانه ذلك؛ فليست بمحبوسة من أجله، وليست في عدة منه، وإنما هي في عدة من زناها به، وكذلك لو كانت حاملاً، فانتفى من حملها، فإن لها السكنى على قول ابن القاسم، ولا سكنى لها على القول الآخر.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 339/1.

(2) مختصر خليل ص: 176.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1223/3.

وهو أبين في سقوط السكنى؛ لأن الزوج يقول: ليس الحمل مني، وهي لو لم تكن حاملا انقضت عدتها بالحيض في شهرين أو نحو ذلك فالزيادة على ذلك إلى أن تضع الحمل من غيري⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بأن الزوج قد نفى حملها ورمأها بغيره، فلا يتحمل سكنها في زمنه، وهي لو لم تكن حاملا لانقضت عدتها قبل ذلك.

(1) التبصرة: 2476/5-2477.

المطلب السادس: في القافة في الحرائر.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل تدعى القافة للحرّة تتزوج في العدة فيصبيها الثاني في الطهر الأول ثم تأتي بولد لسته أشهر فصاعدا؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا تزوجت المرأة في العدة فأصابها الثاني في الطهر الأول فأنت بولد فإنه يكون للأول سواء أتت به لسته أشهر أو أقل أو أكثر. ولا تدعى القافة للزوجات في مثل هذا في مشهور المذهب، وإنما تكون في الأمة توطأ بملك اليمين.

قال في تهذيب المدونة: (ومن نكح امرأة ودخل في العدة بها قبل حيضة، ثم ظهر بها حمل فهو للأول، وتحرم على الثاني، ولو نكحت بعد حيضة فهو للثاني إن وضعته لسته أشهر من يوم دخل بها، فإن وضعته لأقل فهو للأول، هذا حكم النكاح، وإن القافة في الأمة يطؤها السيدان في طهر، وكذلك من نكح في عدة وفاة بعد حيضة أو قبل في لحوق الولد)⁽¹⁾. وقال خليل: (وإن أتت بعدها بولد لدون أقصى أمد الحمل لحق به)⁽²⁾.

وقال المجلسي: (يعني أن المرأة إذا طلقها زوجها أو توفي عنها واعتدت وانقضت عدتها ثم إنهما أتت بولد بعدها أي العدة لدون أقصى أمد الحمل من يوم انقطاع وطئه لها فإن ذلك الولد يلحق بالزوج المطلق أو الميت وهذا إذا لم تتزوج أو تزوجت غيره قبل حيضة مطلقا، أو بعدها وأتت به لدون ستة أشهر من عقد الثاني... وأما لو أتت به لسته أشهر فأكثر من عقد الثاني فهو لاحق بالثاني قطعاً)⁽³⁾.

وقال أيضا: (قال ابن هارون في اختصار النهاية: اختلف العلماء في القضاء بالقافة على ثلاثة مذاهب، أثبتته الشافعي في الحرائر والإمام، ورواه ابن وهب عن مالك، ونفاه أبو حنيفة

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 380/1-381.

(2) مختصر خليل: 174.

(3) لوامع الدرر: 520/7.

فيهما لأنه حكم بالحدس وقد يخطئ و يصيب، والمشهور عن مالك أنه يقضى بها في الإماماء دون الحرائر وبه القضاء⁽¹⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن الحرة إذا تزوجت في العدة فأصابها الثاني في الطهر الأول تدعى لها القافة مثلها مثل الإماماء، قال: (وإذا تزوجت المرأة في العدة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر كان ابنا للأول، وسواء أصابها الثاني في الطهر الأول أو في الثاني. واختلف إذا أصابها في الطهر الأول، فأنت بولد لسته أشهر فصاعداً، هل يكون للأول أو تدعى له القافة، وإذا أصابها في الطهر الثاني هل يكون الولد للثاني أو للأول أو تدعى له القافة؟

والقافة إذا أصابها في طهر واحد أحسن، وإذا اجتمع ما أمكن أن يخلق الولد من الأول أو من الثاني، أو يشتركان فيه، وقد جعل للقافة مدخل في تمييز ذلك. وقال أشهب: إنما كانت القافة في الحرائر.

وأيضاً: فإنه لا يختلف في أن اجتماع المائين في الحرة والأمة -فيما يمكن تصوره من ذلك- واحد، ولا يجوز أن يقال: إذا كانت الأمة زوجة لم يخلق إلا من الأول، لا من الثاني، وإذا استحال ذلك وكان الأمر في تصوره في الموضعين سواء، كان الصواب أن تدعى له القافة⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي اختياره بأنه لا فرق بين الحرة والأمة في الوجه الذي جعل للقافة مدخل فيه في الإماماء.

تعليل: بين الشيخ أبو عمران وجه اختصاص القافة بالإماماء دون الزوجات في مشهور المذهب، قال: (إنما اختصت القافة بالإماماء دون الزوجات لأن القافة إنما يحكم بها مع تساوي الفراش وهذا إنما يوجد في الإماماء، ولا كذلك الزوجة فإنها لا تكون لاثنين في حال واحد ولا يصح فيها

(1) المصدر السابق: 521/7.

(2) التبصرة: 2465/5.

فراشان متساويان، وأيضاً ولد الحرة لا ينتفى إلا بلعان، ومرادهم بالحرائر الزوجة تتزوج في عدتها حرة كانت أو أمة، ومرادهم بالإماء الأمة الموطوءة لسيدتها الشريكين أو المتبايعين، لا كل أمة... وما عدا ما ذكر لا فرق فيه بين الحرائر والإماء، فتدخل القافة إذا كان لكل منهما زوج واختلط ولدهما حرتين كانتا أو أمتين أو مختلفتين⁽¹⁾.

(1) لوامع الدرر: 521/7-522؛ قال المجلسي - بعد أن أتم نقل كلام أبي عمران -: ذكر معنى هذا الشيخ مصطفى وغيره.

المطلب السابع: في نفي الحمل بالاستبراء.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل ينفي الحمل في اللعان بالاستبراء وحده؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من استبرأ زوجته بحيضة ثم حملت بعد الاستبراء، فنفي أن يكون الولد منه فله أن يلاعن بناء على استبرائه لها.

قال في تهذيب المدونة: (واللعان يجب بثلاثة أوجه: فوجهان مجتمع عليهما، وذلك أن يدعي أنه رآها تزني كالمروء في المكحلة ثم لم يطأها بعد ذلك، أو ينفي حملا يدعي قبل استبراء، والوجه الثالث أن يقذفها بالزنا ولا يدعي رؤية ولا نفي حمل، فأكثر الرواة يقولون: إنه يجد ولا يلاعن)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وبنفي حمل وإن مات أو تعدد الوضع أو التوأم بلعان معجل: كالزنا والولد إن لم يطأها بعد وضع أو لمدة لا يلحق الولد فيها لقلّة أو الكثرة أو استبراء بحيضة)⁽²⁾. وقال المجلسي: ("أو استبرأ بحيضة" عطف على قوله لم يطأ، يعني أن الزوج إذا وطئ زوجته ثم استبرأها بحيضة بعد وطئه، ولم يطأ بعد ذلك الاستبراء، وأتت بولد لستة أشهر فأكثر من يوم الاستبراء، فإنه يعتمد على ذلك في نفي الولد ويلاعن وإن لم يدع رؤية، وهو المشهور، وقيل ليس له أن يلاعن حينئذ، وهو مقابل للمشهور)⁽³⁾.

وقال القاضي عياض: (فأما إن نفاه بادعاء الاستبراء مجردا دون رؤية لم يلزمه وانتفى على المشهور؛ وقال أشهب في كتاب محمد: لا ينتفي لأن الحمل يأتي على الحيض)⁽⁴⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 334/1.

(2) مختصر خليل: 171.

(3) لوامع الدرر: 469/7.

(4) التنبهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة: 879/2.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه لا ينفى الحمل بالاستبراء وحده، قال: (ولا أرى أن ينفى بالاستبراء بانفراده؛ لأن من قول مالك وأصحابه يصح أن تحيض، وإنما اختلف في القدر الذي تترك له الصلاة، وهل أول الحمل وآخره سواء).

وقال في المعتدة تقول: حضت ثلاث حيض ثم تأتي بولد، وتقول إن المرأة تهراق الدم على الحمل: إن الولد للزوج، وإذا صح أن الحامل تحيض، لم يصح نفيه بالاستبراء؛ لأن الزوج لا علم له من زناها، وليس عنده أكثر من أنها حاضت. فإن قيل: يلزم على هذا ألا تحل للأزواج؛ لأنها على شك من البراءة. قيل: لا تمتنع؛ لأن ذلك نادر، فلا تمتنع من أجل النادر.

فإن قيل: قد جعلت الولد للنادر إذا أصابها الثاني بعد حيضة، وأتت به لستة أشهر من وطء الثاني أن الولد للثاني، والوضع لستة أشهر نادر.

قيل: لما اجتمع الشيطان: حيض والغالب منه البراءة، وحدوث وطء بعده - جعل الولد للمحدث؛ لأنَّ الحيضة فصلت بين الوطئين⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي اختياره بما علل به أشهب، وهو أن الحمل يأتي مع الحيض.

(1) التبصرة: 2445/5-2446.

المطلب الثامن: في إثبات وجه النفي في لعان نفي الحمل.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل على الزوج أن يثبت في لعان نفي الحمل الوجه الذي نفى به؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

لا يلزم في لعان نفي الحمل ذكر السبب الذي اعتمد عليه في ذلك.

قال في تهذيب المدونة: (ويبدأ الزوج في اللعان فيشهد أربع شهادات، يقول في الرؤية: أشهد بالله لرأيها تزني، وفي نفي الحمل: أشهد بالله لزنت، ويقول في الخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وتقول المرأة في الرؤية: أشهد بالله ما رأي أزي، وفي الحمل: أشهد بالله ما زنت أربع مرات، وتقول في الخامسة، أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وشهد بالله أربعاً لرأيها تزني أو ما هذا الحمل مني)⁽²⁾.

وقال المجلسي: (يعني أن اللعان إذا كان لنفي الحمل فإن الزوج يقول أربع مرات: أشهد بالله ما هذا الحمل مني، وهذا هو ما عليه ابن المواز وجماعة، ومذهب المدونة وهو المشهور أن يقول: لزنت، ويوافقته قوله في المرأة فيما يأتي: أو ما زنت، ووَجَّه ما في المدونة بأن شددوا عليه بالحلف على الزنا لاحتمال أن ينكل فيتقرر النسب والشارع متشوف، قاله عبد الباقي⁽³⁾، ولا يلزمه ذكر السبب الذي اعتمد عليه، وقيل لا بد منه)⁽⁴⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 334/1.

(2) مختصر خليل: 172.

(3) ينظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل: 344/4.

(4) لوامع الدرر: 481-480/7.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي لزوم ذكر السبب الذي اعتمد عليه في نفي الولد ، قال: (وأرى أن يكون اللعان مبنياً على الوجه الذي ينفي به ذلك الولد، فيثبت ذلك في لعانه)⁽¹⁾، وقال أيضاً: (وقول ابن شعبان في إثبات الاستبراء في اللعان أحسن، وكل هذا وإن لم يكن في الأحاديث، فإنه مما يُخصُّ به عمومها؛ لأن التعانه يوجب رجمها عند نكولها، فكان من حقها أن يثبت في التعانه ما يوجب ذلك عليها فيه، فإن أحب أن يلتعن على صفة يكون فيها تلبيس على الوجه الذي يوجب ذلك عليها أو يكون فيه حق للولد، لا ينتفي معه، لم يمكن منه، ويثبت كل ذلك في الأربع كلما كرر الشهادة)⁽²⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي اختياره بأن ذكر السبب الذي اعتمد عليه في نفي الولد من حق المرأة؛ لأن التعانه يوجب عليها الرجم عند نكولها.

(1) التبصرة: 2430/5.

(2) المصدر نفسه: 2432/5.

المبحث الخامس: كتاب الرضاع

المطلب الأول: في الحقنة بحليب المرضع.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يقع التحريم بالحقنة⁽¹⁾ بحليب المرأة المرضع في الحولين؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

الحقنة تحرم في مشهور المذهب ويشترط فيها خلافا للبن الواصل من الأعالي أن تكون غذاء.

قال في تهذيب المدونة: (وإن حقن بلبن فوصل إلى جوفه حتى يكون له غذاء حرّم، وإلا لم يحرم)⁽²⁾.

وقال خليل: (حصول لبن امرأة وإن ميتة وصغيرة بوجور، أو سعوط، أو حقنة تكون غذاء... مُحرم إن حصل في الحولين)⁽³⁾.

وقال المجلسي: ("أو حقنة" يعني أن الحقنة تنشر الحرمة، وهي دواء يصب في الدبر يصعد إلى الجوف، والمراد حقنة بلبن في دبر لا في إحليل ذكر... "تكون غذاء" يعني أنه يشترط في نشر الحرمة بالحقنة دون ما قبلها أن تكون غذاء للصبى بالفعل، أي كافية للصبى في ذلك الوقت وإن كان يحتاج لغذاء بعد ذلك بالقرب... وما ذكره المصنف أي المصنف والمقصود خليل هو المشهور)⁽⁴⁾.

(1) الحقنة هي: أن يُعطى المريض الدواء من أسفله. ينظر: ا النهاية في غريب الحديث والأثر، أبو السعادات مجد الدين المبارك بن محمد بن محمد الشيباني الشهير بابن الأثير الجزري، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، د. ط، 1399هـ - 1979م: 416/1.

(2) التهذيب في اختصار المدونة: 391/1.

(3) مختصر: 181-180.

(4) لوامع الدرر: 640/7.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن الحقنة لا تحرم، قال: (وقال ابن القاسم في الحقنة: تحرم إذا كانت تكون له غذاء، قال محمد: إذا كان لو لم يكن يطعم ويسقى إلا بالحقن لعاش به، وإلا لم يحرم، وقال ابن حبيب: يحرم لأنه يصل إلى الجوف. ولا أرى أن يحرم؛ لأنه لا يُغذي الجسم ولا يتصرف في العروق إلا ما وصل من المعالي الأعلى)⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي أن الحقنة لا يمكن أن تكون غذاء؛ لأنها ليست مما يصل من المعالي الأعلى.

(1) التبصرة: 2145/5.

المطلب الثاني: في أقصى مدة التحريم في الرضاع.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الرضاع يحرم في الحولين، فما زاد على الحولين يبسير هل يكون فيه التحريم، وإذا كان يحرم فما هو الحد الأقصى في ذلك؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب أن اللبن يحرم في الحولين وبعدهما يبسير كالشهر والشهرين.

قال في تهذيب المدونة: (قال مالك: ولا يحرم رضاع الكبير إلا ما قارب الحولين، ولم يفصل إلا بمثل شهر أو شهرين)⁽¹⁾.

وقال خليل: (حصول لبن امرأة وإن ميتة وصغيرة بوجور، أو سعوط، أو حقنة تكون غذاء... محرم إن حصل في الحولين أو بزيادة الشهرين)⁽²⁾.

وقال بهرام: (يعني أن الرضاع المحرم شرطه أن يكون قد حصل في الحولين أو ما قرب منهما بكالشهر والشهرين وهو مستمر الرضاع أو بعد يومين من فصاله، وهذا هو المشهور)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن لبن الرضاع يحرم إلى ثلاثة أشهر بعد الحولين، قال (فأما الزيادة فاختلف فيها على أربعة أقوال:

فقال مالك في "المختصر": إن كانت الزيادة الأيام اليسيرة، حرم، وقال في "الحاوي" مثل نقصان الشهر، وإليه ذهب سحنون.

وقال أبو الحسن ابن القصار: يحرم بمثل زيادة الشهر، قال: وليس بالقياس، لقوله تعالى:

﴿وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾⁽⁴⁾ يريد أن القياس ألا يزيد على الحولين.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 391/1.

(2) مختصر خليل: 180-181.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1255/3.

(4) الأحقاف: 15.

وروى عنه عبد الملك أنّه قال: لا يزداد على الشهر ونحوه، وقال في "المدونة": الشهر والشهرين،
وروى عنه الوليد بن مسلم في "مختصر ما ليس في المختصر": أنّه يحرم إلى ثلاثة أشهر، وهو
أحسن⁽¹⁾.

(1) التبصرة: 2146/5-2147.

المطلب الثالث: في التحريم بلبن الرجل.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا در للرجل لبن فهل يقع به التحريم كلبن المرأة؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا در للرجل لبن-وهي حالة نادرة- فإن التحريم لا يقع به في مشهور المذهب.

قال في تهذيب المدونة: (ولا يُجرّم ما درّ للرجل من لبن)⁽¹⁾.

وقال خليل: (حصول لبن امرأة...)⁽²⁾.

وقال بهرام: (واحترز-أي خليل-بقوله "امرأة" من البهيمة فإن لبنها لا ينشر الحرمة بين

شاربيه بلا خلاف، ومثله لبن الذكر على المشهور)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن لبن الرجل ينشر الحرمة، قال: (واختلف في رضاع الرّجل، فقال مالك:

لا يجرّم لقوله سبحانه: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾⁽⁴⁾ قال: ولا أرى هذا أمّا.

وقال ابن شعبان: روى أهل البصرة عن مالك والشافعي: أنهما كرها نكاحها.

وقال أبو الحسن ابن اللباد صاحب "الفرائض": تقع به الحرمة، وإليه ذهب بعض شيوخنا. وهو

أبين؛ لأنّه إذا كانت الحرمة بما يكون من اللبن عن وطئه كانت الحرمة بمباشرة لبنه للولد أولى،

وقول الله ﷻ: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ﴾، لأنّه الغالب، والشأن في نزول القرآن على ما يكون

غالبًا، فإن جاء ما يكون نادرا من جنسه وكان في القياس مثله ألحق به)⁽⁵⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 392 / 1.

(2) مختصر خليل: 181-180.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1253/3.

(4) النساء: 23.

(5) التبصرة: 2150/5.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بأنه إذا كانت الحرمة تقع باللبن الذي يكون ناتجاً عن وطء الرجل، فإن وقوعها بمباشرة لبنة أولى، ورد استدلال الإمام مالك بالآية بأنها ذكرت الأمهات لأنهن الغالب، فإذا جاء ما يكون من جنس ما ذكر وكان القياس أنه مثله ألحق به.

المطلب الرابع: في شهادة المرأتين في الرضاع.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يفرق بشهادة المرأتين في الرضاع إذا لم يكن ذلك قد فشا وعرف من قولهما؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب أن الرضاع لا يثبت بشهادة المرأتين إلا أن يكون ذلك فاشيا من قولهما قبل العقد.

قال في تهذيب المدونة: (وإذا قالت امرأة عدلة: كنت أرضعت فلاناً وزوجته لم يقض بفراقهما، ولو عرف ذلك من قولها قبل النكاح أمرته بالتنزه عنها إن كان يوثق بقولها، ولو شهد بذلك امرأتان بعد العقد وهما أم الزوجة وأم الزوج أو أجنبيتان لم أقض بالفراق، إلا أن يفشو ذلك من قولهما قبل النكاح عند الجيران والمعارف فيقضى بالفراق بينهما)⁽¹⁾.

وقال خليل: (ويثبت برجل وامرأة، وبامرأتين إن فشا قبل العقد)⁽²⁾.

وقال بهرام: (أي ويثبت الرضاع بشهادة رجل وامرأة، ويثبت أيضا بشهادة امرأتين على المذهب، وعليه فلا بد أن يكون ذلك فاشيا من قول المرأة والرجل ومن قول المرأتين قبل العقد، فإن لم يكن فاشيا من قولهم فالمشهور وهو مذهب المدونة أنه لا يثبت، فقوله "إن فشا" قيد في المسألتين)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن الرضاع يثبت بشهادة المرأتين وإن لم يكن سمع منهما، إلا إذا عقد النكاح بحضورتهما فلم تذكره، قال: (واختلف في أربع مسائل: في شهادة امرأتين إذا لم يكن ذلك قد عرف وفشا ولا سمع منهما قبل ذلك، وفي شهادة المرأة الواحدة إذا كان قد فشا ذلك

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 392/1.

(2) مختصر خليل: 181.

(3) الدرر في شرح المختصر: 1261/3.

وسمع من قولهما قبل، وفي إقرار أحد الأبوين بالرضاع، فقال مالك و ابن القاسم في شهادة امرأتين: إذا كان قد فشا ذلك وسمع من قولهما فرق بينهما، وإلا لم يقبل. وقال مطرف، وابن الماجشون، وابن وهب، وابن نافع، وأصبغ في "كتاب ابن حبيب": يفرق بينهما بشهادتهما إذا كانتا عدلتين وإن لم يكن سمع منهما. وهو أبين، وقد يكون سكوتهما لأنه لم يحتج إلى شهادتهما فلما توجه الأداء عليهما ذكرتا ذلك وشهدتا به، إلا أن يعقد النكاح بحضورهما ويعلمان ذلك، ولا يذكرانه ولا ينكرانه⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بأن سكوت المرأتين من قبل يمكن أن يكون له سبب مقبول، ككون شهادتهما لم يُحتج إليها.

(1) التبصرة: 2169/5-2170.

المطلب الخامس: في إرضاع الأم لتيتمها الذي ليس له مال لأجرتها.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا مات الأب وليس للصبي مال فهل على الأم رضاعه؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا كان الأب مُعدماً وليس للصبي مال فإن الأم مطالبة بإرضاعه مجاناً ولو كانت عليه قدر أو مطلقة طلاقاً بائناً، وهذا على القول المشهور من المذهب، وكذلك الحكم في حال وفاة الأب وليس للصبي مال.

قال في تهذيب المدونة: (وتجبر ذات الزوج على إرضاع ولدها بلا أجر، إلا أن تكون ممن لا ترضع لشرفها فذلك على الزوج وإن كان لها لبن. ولو مرضت التي مثلها ترضع، أو انقطع درها فالرضاع على الزوج.

وإن مات الأب وللصبي مال فلها أن لا ترضعه وتستأجر له من يرضعه من ماله، إلا أن لا يقبل غيرها فتجبر أن ترضعه بأجرها من ماله، وإن لم يكن للصبي مال لزمها إرضاعه بخلاف النفقة التي لا يقضى بها عليها، ولكن يستحب لها أن تنفق عليه إن لم يكن له مال⁽¹⁾.

وقال خليل: (وعلى الأم المتزوجة-أي بوالد الصبي-أو الرجعية رضاع ولدها بلا أجر، إلا لعلو قدر كالبائن، إلا ألا يقبل غيرها أو يُعَدِّم الأب أو يموت ولا مال للصبي، واستأجرت إن لم يكن لها لبان)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن الأب إذا مات وليس للصبي مال فإن رضاعه يكون من بيت مال المسلمين، قال: (ومقال الأم مع الوصي إذا كان للصبي مال قليل أو كثير كمتقالها مع الأب. واختلف إذا لم يكن للولد مال، فقال في "المدونة": على الأمّ رضاعه، وقال في "كتاب ابن الجلاب": رضاعه على بيت المال.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 394/1.

(2) مختصر خليل: 186.

قال الشيخ: القول أن ذلك على بيت المال وهو الأصل؛ لأن رضاع الأم إنما ورد في القرآن أن تأخذ على ذلك أجرًا، فإن كان فقيرًا كان كنفقته كل ذلك في بيت المال، ومحمل قول مالك إن عليها أن ترضعه على أن رضاعه من بيت المال يتعذر فصار كالعدم⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بأن القرءان قد جعل رضاع الأم مقابل الأجر، فإن كان الولد فقيرًا كان رضاعه كنفقته من بيت مال المسلمين، وجعل قول مالك أن على الأم رضاعه محمولاً على حال تعذر رضاعه من بيت المال.

تعليل: قال ابن عبد السلام موضحاً الفرق بين الإرضاع والنفقة على القول المشهور: (النفقة على الولد لا تجب على الأم باتفاق، وإنما استخف الأمر في اللبن؛ لأنها كالملتزمة ذلك بحكم العادة، وليس عليها في إرضاع ابنها كبير كلفة، والنفقة إخراج مال من يدها)⁽²⁾.

(1) التبصرة: 2180/5.

(2) شرح جامع الأمهات: 473/9.

المطلب السادس: في أجره الرضاع إذا كان الأب معدما الأم موسرة وليس لها لبن.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا كان الأب معدما، والأم موسرة وليس لها لبن، فهل عليها أن تستأجر لرضاع ولدها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

يجب على المرأة الموسرة عند عدم الأب الاستئجار لرضاع ولدها إن لم يكن لها لبن.

قال خليل: (وعلى الأم المتزوجة-أي بوالد الصبي-أو الرجعية رضاع ولدها بلا أجر، إلا لعلو قدر كالبائن، إلا ألا يقبل غيرها أو يُعَدِّم الأب أو يموت ولا مال للصبي، واستأجرت إن لم يكن لها لبان)⁽¹⁾.

وقال المجلسي: ("استأجرت إن لم يكن لبان" يعني أن المرأة يجب عليها الإرضاع عند عدم الأب أو موته ولا مال للصبي في المسألتين، كانت عليه القدر أو بئنا أو غيرها، فترضعه إن كان لها لبن أو تسترضع له، فإن لم يكن لها لبان أو كان لا يكفي فإنها تستأجر له من يرضعه، ولا ترجع عليه إن أيسر ولا على أبيه إن كان حيا، وأما المتزوجة بأبي الرضيع والرجعية غير عليلتي القدر فقدر مرأتهما إذا لم يكن لهما لبان أو كانتا مريضتين فإن أجره الرضاع على الأب إن كان له مال، فإن لم يكن له مال ولا مال للصبي فهو مما هنا).

وهذا الذي ذكره من أنها تستأجر إن لم يكن لها لبان مفرع على القول المشهور السابق من أن الرضاع عند عدم الأب على الأم إذا لم يكن للصبي مال، وهو قول⁽²⁾ مالك في الموازية والقاضي إسماعيل وقال أبو عمران: وهو قولهم كلهم.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه ليس على الأم الموسرة التي ليس لها لبن أن تستأجر لرضاع ولدها في حالة كون الأب معدما، قال: (وإذا كانت ممن يرضع مثلها فلم يكن لها لبن، أو كان فانقطع،

(1) مختصر خليل: 186.

(2) ينظر: التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب: 162/5. وشرح جامع الأمهات لابن عبد السلام: 474/9.

أو كان دون كفاية الولد لقلته، أو مرضت، أو حملت، كانت الإجارة على الأب إذا كان قادرًا عليها، وإن كان معدمًا والأم موسرة، لم يكن عليها أن تستأجر له. وفي "كتاب محمد": عليها أن تستأجر له، وليس بحسن؛ لأنَّ رضاعه لم يكن في ذمتها فتكلف شراؤه إذا عجزت عنه، وإنما كان معلقًا بلبنها، فإذا لم يكن لها، لم تطالب بالعوض عنه⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بأن الرضاع لم يكن في ذمة المرأة حتى تكلف بالاستئجار إذا عجزت عنه، وإنما كان معلقًا باللبن فإذا عدم اللبن فليس عليها العوض. تعليق: يمثل قول اللخمي قال⁽²⁾ القاضي عبد الوهاب، وهو اختيار التونسي قياسًا على النفقة.

(1) التبصرة: 2177/5.

(2) ينظر: شرح جامع الأمهات: 474/9.

المبحث السادس: كتاب الوصايا الأولى

المطلب الأول: في من أوصى بشراء رقبة وعتقها فماتت بعد الشراء وقبل العتق.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من أوصى بشراء رقبة وعتقها فهلكت بعد الشراء وقبل العتق، فهل على من ولي أمر الميت أن يشتري له أخرى من بقية ثلثه لتعتق في وصيته؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب أن من أوصى بشراء رقبة لتعتق عنه فماتت قبل العتق، وجب أن يشتري له أخرى مكانها من بقية ثلثه، فإن ماتت عوضت بأخرى إلى أن ينتهي الثلث.

قال في تهذيب المدونة: (ومن أوصى بنسمة تشتري فتعتق، لم تكن بالشراء حرة حتى تعتق، لأنه لو قتله رجل أدى قيمته عبداً، وأحكامه في جميع أحواله أحكام عبد حتى يعتق، فإن مات بعد الشراء وقبل العتق، كان عليهم أن يشتروا رقبة أخرى ما بينهم وبين مبلغ الثلث)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وإن مات بعد اشتراؤه ولم يُعتق اشترى غيره لمبلغ الثلث)⁽²⁾.

وقال بهرام: (هو مفرع على ما قبله، وهو ما إذا أوصى بشراء عبد للعتق فإن اشترى الوصي أو الورثة عبداً لأن يعتقوه فمات قبل ذلك، فإنه يتعين شراء رقبة أخرى إذ لا يكون العبد حراً بنفس الشراء، "لمبلغ الثلث" أي: أنه يلزمهم أن يشتروا رقبة أخرى إلى مبلغ الثلث، وهو المشهور)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه لا يلزمهم شراء رقبة أخرى من بقية الثلث، وذلك مستحسن في حقهم، قال: (وإذا قال: اشتروا رقبة فأعتقوها، لم تكن حرة بنفس الشراء حتى تعتق، فإن قال: فإذا اشترىتموها فهي حرة، كانت حرة بنفس الشراء.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 229/4.

(2) مختصر خليل: ص 346.

(3) الدرر في شرح المختصر: 2517/5.

واختلف إذا قال: أعتقوها فهلكت بعد الشراء وقبل العتق، فقال في المدونة: تشتري أخرى إلى مبلغ الثلث، وبه قال أصبغ، وقال ابن القاسم في كتاب محمد: تشتري من ثلث ما بقي كأنه لم يكن مال، إلا ما بقي، وقال ابن حبيب: القياس ألا يرجع في بقية الثلث شيء، واستحسن أن يشتروا من بقية الثلث، وقال ابن المواز: إن عزل ثلثه للوصية وقسم الورثة الثلثين، كان عليهم بقية الثلث الأول، ولا وجه لهذا؛ لأن الميت لم يوص بجزء، فيكون عليهم أن يقسموه، وإنما وصى بشراء رقبة لا غير ذلك، وقول ابن حبيب في هذا أحسن⁽¹⁾.

(1) التبصرة: 3542/8.

المطلب الثاني: في تقدير قيمة الرقبة يوصى بشرائها تطوعاً أو عن الظهار.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الرقاب مختلفة في أثمانها، فمن أوصى برقبة تشتري لتعتق عن ظهاره، أو أوصى بعتقها تطوعاً ولم يسم ثمنها في وصيته، فكيف يقدر ثمنها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب أنه يجتهد في ذلك بقدر قلة المال وكثرته، ومعنى ذلك أنه إن كان المال كثيراً اجتهد في ما يناسب صاحبه من العتق بحسب كثرة المال، وإن كان قليلاً نظر أيضاً بحسبه.

قال في تهذيب المدونة: (ومن أوصى بعتق نسمة تشتري فتعتق ولم يسم ثمنها، أخرجت بالاجتهاد بقدر قلة المال وكثرته، وكذلك إن قال: عن ظهاري)⁽¹⁾.

وقال خليل: (واجتهد في ثمن مشتري لظهار أو لتطوع بقدر المال)⁽²⁾.

وقال الدردير: ("واجتهد" من يتولى أمر الوصية من وارث أو قاض أو مقدم منه أو وصي "في ثمن" عبد "مشتري لظهار" أي الموصي بشرائه ليعتق أي لأجل عتقه عن ظهاره "أو" مشتري "لتطوع" أي أوصى بشراء عبد ليعتق عنه تطوعاً ولم يسم ثمنها في الحالين "بقدر المال" متعلق باجتهاد أي يجتهد بقدر المال قلة وكثرة ليشتري عبداً صغيراً أو كبيراً حاذقاً أو بليداً فليس من ترك مائة دينار كمن ترك ألفاً ولا بد أن يكون العبد مسلماً في المسألتين فإن ظهر كفره بعد الشراء رد)⁽³⁾.

وقال التتائي: (واجتهد الوصي في قدر ثمن عبد مشتري لظهار علي الموصي أو في تطوع بقدر قلة المال أو كثرته على المشهور)⁽⁴⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 229/4.

(2) مختصر خليل: 346.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 438/4.

(4) جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر، أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن خليل التتائي المصري المالكي، تحقيق: نوري حسن حامد المسلاقي، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط: 1، 1435هـ: 288/8.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختر اللخمي أن يشتري الوسط من الرقاب حيث لا وصايا، فإن كانت وصايا وضاق الثلث رجع لأدنى الرقاب، قال: (واختلف إذا أوصى أن تشتري رقبة لتعتق تطوعاً، أو عن الظهر فيما تشتري به، فقال ابن القاسم في المدونة: ينظر إلى قلة المال وكثرته، فيجتهد في ذلك، وليس من ترك مائة دينار بمنزلة من ترك ألفاً، وقال في كتاب محمد: وبذلك يحاص أهل الوصايا، وقال أشهب: يشتري وسطاً من الرقاب، ولا ينظر إلى قدر المال وبه يحاص، والقياس أن يحاص بأدنى القيم فيما يجزئ عن الظهر والقتل، قال: والأول أحب إلي الوسط كما قيل فيمن تزوج على خادم.

قال الشيخ: الوسط حسن مع عدم الوصايا، فأما إذا كانت الوصايا وضاق الثلث، رجع إلى أدنى الرقاب وإلى حكم المال القليل؛ لأن المعلوم من الميت أنه يقصد إنفاذ وصاياه جملة، فإذا علم أن المال لا يبلغ إلى الأعلى ولا إلى الوسط، رجع إلى الأدنى ما خلا الرضيع والمعيب؛ لأنهما لا يقصدهما الميت⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

وافق اللخمي أشهب في اعتبار الوسط من الرقاب عند عدم الوصايا ونقل تعليله لاختياره الوسط قياساً على من تزوج على رقيق فإن الزوجة يكون لها الوسط من الرقاب التي يتناكح بها الناس، وهو عدل بينها وبين الزوج. وعلل اللخمي الرجوع إلى أدنى الرقاب في حال الوصايا وضيق الثلث بمراعاة قصد الموصي.

(1) التبصرة: 3543/8.

المطلب الثالث: في من أوصى ببيع عبده لرجل فأبى الشراء إلا أن يحط عنه فوق ثلث قيمة العبد.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من أوصى ببيع عبده لرجل سماه والثلث يحمله، فأبى الرجل أن يشتريه إلا أن يحط عنه فوق الثلث من قيمة العبد، فهل يكون لهذا الرجل الموصى له نصيب في العبد؟

الفرع الثالث: حكم المسألة في المذهب.

إذا أبى الموصى له شراء العبد إلا بوضيعة تتجاوز قيمة ثلثه، فإن الورثة يخبرون بين أن يبيعه بما أعطى فيه أو يعطوه ثلث العبد.

قال في تهذيب المدونة: (قال ابن القاسم: وأما الذي قال: يبعوه من فلان، فطلب المشتري وضیعة أكثر من ثلث ثمنه، فإنه يخیر الورثة بين بيعه بما سئلوا، أو يقطعوا له بثلث العبد بتلاً⁽¹⁾).

وقال خليل: (وبيعه للعتق نقص ثلثه وإلا خير الوارث في بيعه أو عتق ثلثه أو القضاء به لفلان في: له)⁽²⁾.

وقال المجلسي: ("والقضاء به" أي: بثلث العبد، أي: إعطائه "لفلان في" صورة قول الموصي: يبعوه "له" أي: لفلان)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه إن لم يرض إلا بوضيعة فوق الثلث ألا شيء له، قال: (وإن قال: يبعوه من فلان عرض عليه بقيمته، فإن لم يرض حط إلى مبلغ ثلث قيمته.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 232/4.

(2) مختصر خليل: 346.

(3) لوامع الدرر: 444/14.

واختلف إذا لم يرض إلا أن يحط فوق ذلك، أو قال: لا أشتريه، فقال ابن القاسم في المدونة: له ثلث العبد بغير شيء، وقال أشهب في كتاب محمد: لا شيء له، وهو أحسن، وقد تقدم وجه ذلك⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي ما ذهب إليه بأن الوصية كانت بأن يباع لفلان، فهم قد عرضوه عليه وحطوا عنه الثلث لأجل ذلك، فليس عليهم إلا ما هو في الوصية وهي لم تكن بأكثر من ذلك، وقد ذكر ذلك في مسألة من أوصى ببيع عبده ممن أحب، قال: (... فإن لم يرض من يختاره العبد إلا بوضيعة أكثر من الثلث، كان فيه قولان، فقال مالك: يخير الورثة بين أن يبيعه بذلك، أو يعتقوا ثلثه، وقال أيضًا: يكون رقيقًا، وهو أقيس؛ لأنّ الوصية لم تكن بأكثر مما فعلوه⁽²⁾.

(1) التبصرة: 3546/8-3547.

(2) المرجع السابق: 3546/8.

المطلب الرابع: في ما إذا قال الموصي اشتروا عبد فلان لفلان فأبى صاحب العبد بيعه بثمانه وزيادة الثلث رغبة في أن يزداد ثمنه أكثر مما أعطي فيه.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا قال الموصي اشتروا عبد فلان لفلان، فأبى مالك العبد بيعه بزيادة ثلث ثمنه رغبة في الازدياد، فماذا يكون للموصى له؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

الموصي قصده منفعة الموصى له بالعبد، وإنما جعل الثمن وسيلة لذلك، فإن أبى صاحب العبد بيعه ليزداد ثمنه، فما أعطي في العبد من ثمنه وزيادة الثلث يسلم كله للموصى له. قال في تهذيب المدونة: (قال ابن القاسم: وأما الذي يشتري لفلان إن امتنع سيده من بيعه ليزداد ثمنًا، دفع ثمنه وزيادة ثلث ثمنه إلى الموصى له)⁽¹⁾.

وقال خليل: (واشترى لفلان وأبى بخلا بطلت، وبزيادة فللموصى له)⁽²⁾.

وقال الدردير: ("و" إن أبى "الزيادة" على ثلث القيمة "فللموصى له" جميع القيمة والثلث الزائد عليها)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي ألا شيء للموصى له إذا كان رفض مالك العبد لأجل أن يزداد ثمنه، قال: (وإن قال: اشتروا عبد فلان لفلان اشتري له ويزاد ما بينه وبين ثلث القيمة. واختلف إذا لم يبعه بذلك فقال ابن القاسم: إذا أبوا أن يبيعوه ضناً منهم بالعبد لم يكن للموصى له شيء، وإن أبوا إلا بزيادة كان للموصى له ما كان يشتري به وهو ثمنه وثلث ثمنه قال غيره: لا شيء للموصى له كان ذلك ضناً منهم بالعبد أو ليزداد، وهذا أصوب؛ لأن الميت إنما وصى بعبد لا

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 360/2.

(2) مختصر خليل: ص 346.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 436/4.

بعين، والقول الآخر استحسان لما كان ذلك القدر يخرج عن أيدي الورثة والبائع راغب في البيع⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

حجة اللخمي أن الموصي إنما وصى بعبد ولم يوص بثمنه.

(1) التبصرة: 3548/8-3549.

المطلب الخامس: في الوصية بعق جارية الوطاء فتكرهه وتختار البقاء على الرق.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من أوصى بجارية له من جوارى الوطاء أن تعتق فكرهت العتق، فهل ذلك لها؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

العتق حق لله سبحانه لا يجوز إبطاله، فمن أوصى بعق جارية له فإن الوصية تنفذ ولا خيار لها لتشوف الشارع للحرية، وإنما يكون لها الخيار إذا أوصى ببيعها للعتق. قال في تهذيب المدونة: (وإن أوصى أن تباع جاريته ممن يعتقها فأبت، فإن كانت من جوارى الوطاء فذلك لها، وإلا بيعت ممن يعتقها)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وخيرت جارية الوطاء)⁽²⁾.

وقال الزرقاني: ("خيرت جارية الوطاء" أي التي تراء له وطئت بالفعل أم لا بين الرضا بالبيع للعتق، وبين البقاء على الرق، وإنما خيرت لأن الغالب ضياع جوارى الوطاء، وأما من أوصى بعقها فليس لها البقاء على الرق؛ لأن العتق حق لله لا يجوز لها إبطاله، بل تمضي الوصية بعقها لتشوف الشارع للحرية)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه لا فرق بين قوله اعتقها أو يبعوها ممن يعتقها ولها الخيار في ذلك كله بين الرضا به أو البقاء على الرق، قال: (...واختلف إذا كانت من العلي فكرهت العتق، فقال مالك: إن قال: أعتقها لم يكن ذلك لها، وإن قال: يبعوها ممن يعتقها كان ذلك لها، وقال غيره: ليس ذلك لها في الوجهين جميعاً، وقال أصبغ في ثمانية أبي زيد: ذلك لها، وإن قال:

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 361/2.

(2) مختصر خليل: ص 344.

(3) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 314/8.

أعتقوها، قال: وهو بمنزلة قوله يبعوها ممن يعتقها، وهو أبين؛ لأن العتق لم ينفذ بعد والضرر في الموضوعين سواء⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بأن العتق لم ينفذ بعد، وبأن الضرر المتوقع على الجارية بسبب عتقها لا يختلف عن ضرر بيعها للعتق لأنها إذا بيعت للعتق يؤول أمرها إليه.

(1) التبصرة: 3554/8.

المطلب السادس: في إمكانية عزل الوصي نفسه في حياة الموصي.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا قبل الوصي الإيضاء فهل يمكنه رد ذلك وعزل نفسه في حياة الموصي؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

للوصي عزل نفسه في حياة الموصي ولو قبل، أما بعد قبوله وموت الموصي فليس له ذلك. قال في تهذيب المدونة: (وإذا قبل الوصي الوصية في حياة الموصي، فلا رجوع له بعد موته)⁽¹⁾؛ ومفهومه أن له الرجوع في حياة الموصي.

وقال خليل: (وله عزل نفسه في حياة الموصي ولو قبل لا بعدهما)⁽²⁾.

وقال الزرقاني: ("وله عزل نفسه" من الإيضاء "في حياة الموصي" لأن عقدها غير لازم من الطرفين فللموصي عزله ولو بلا جريمة توجب عزله "ولو قبل" لقدرة الموصي على استبداله وفي تسمية امتناعه من القبول عزلا تسامح، فيما أن يقال الواو في ولو للحال أو يقال المراد بالعزل الرد، أي: وله رد ذلك إن لم يقبل، بل "ولو قبل لا بعدهما" أي: القبول وموت الموصي، أي: قبل ثم مات الموصي أو عكسه، فليس له عزل نفسه)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من قبل الإيضاء فلا رجوع له في حياة الموصي، ولا فرق عنده بين الرجوع في الحياة وبعد الموت، قال: (وإذا قبل الوصي الوصية في صحة الموصي أو مرضه ثم رجع عنها في حياته كان ذلك له، قال أشهب في كتاب محمد: لأنه لم يغره وإن رجع بعد موت الموصي لم يكن ذلك له، قال أشهب: وكذلك إن قبلها بعد موته أو كان منه ما يدل على القبول من البيع والشراء والقضاء والاقتضاء، ولا فرق بين رجوعه قبل ولا بعد إذا كان قبله بعد؛ لأنه لم يغره، وقال أبو محمد عبد الوهاب وأبو الفرج: إذا قبل الموصي إليه الوصية،

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 364/2.

(2) مختصر خليل: ص 349.

(3) شرح الزرقاني على مختصر خليل: 358/8.

لم يكن له تركها، وهو أحسن؛ لأن قبولها التزام فلا فرق بين رجوعه في الحياة أو بعد الموت إلا أن تطول مدة السفيه بعد البلوغ وهو على السفه، فللوصي أن ينتزع من النظر له؛ لأنه لم يلتزم النظر إلا إلى الوقت المعتاد⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علّل اللخمي رأيه بأن قبول الوصية التزام لا يؤثر في لزومه وعدم الرجوع فيه موت الموصي أو تأخر موته.

(1) التبصرة: 3564/8.

المطلب السابع: في استكمال عتق العبد الموصى بعتقه إذا لم يحمله الثلث.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من أوصى لعبده بثلث ماله ولم يحمله الثلث، وللعبد مال فهل يستكمل عتقه من ماله؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

يستكمل عتق العبد من ماله إذا قصر عنه ثلث سيده.

قال في تهذيب المدونة: (قال ابن القاسم: وإذا لم يحمله الثلث وكان مع العبد مال استتم عتقه)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وإن أوصى لعبده بثلثه عتق إن حمله الثلث وأخذ باقيه، وإلا قوم في ماله)⁽²⁾.

وقال عليش⁽³⁾: ("وإلا" أي وإن لم يحمله الثلث، وله مال "قوم" بضم فكسر مثقلا لعبد الموصى له "في ماله" أي العبد بأن ترك السيد مائة وقيمة العبد مائة وله مائة فتزكاة السيد مائتان ثلثها ستة وستون وثلثان لا يحمل قيمة العبد لزيادتها عليه بثلاثة وثلاثين وثلث وهي ثلث قيمة العبد فتؤخذ من مائة العبد لورثة سيده ويعتق جميعه)⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن لا يستكمل عتق العبد من ماله، قال: (واختلف بعد القول بالاستكمال في ماذا يستكمل؟ فقال مالك: يستكمل في بقية الثلث ولا يستكمل في ما في

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 367/2.

(2) مختصر خليل: ص 345.

(3) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي الأزهرى، أصله من طرابلس الغرب، ولد بالقاهرة وتعلم في الأزهر، وولي مشيخة المالكية فيه، وأتم بموالاته ثورة عرابي، فأخذ من داره وهو مريض، وألقي في سجن المستشفى، فتوفي فيه بالقاهرة في 9 ذي الحجة 1299 هـ، له تصانيف كثيرة منها: حاشية على شرح شيخ الإسلام على إيساغوجي في المنطق، هداية السالك إلى اقرب المسالك في فروع الفقه المالكي، تذكرة المنتهى في فرائض المذاهب الأربعة، حاشية على رسالة الصبان البيانية في البلاغة. شجرة النور الزكية: 1/ 551، والفكر السامي: 2/ 360، والأعلام: 6/ 19، ومعجم المؤلفين: 9/ 12.

(4) منح الجليل شرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي، دار الفكر، بيروت - لبنان، د. ط، 1409هـ-1989م: 9/ 525.

يديه من غير الوصية، وقال ابن القاسم: يستكمل في ما في يديه، قال: ولو لم يستكمل في ما في يديه لم يستكمل في بقية الثلث، وعلى هذا يجري الجواب إذا أوصى له بسدس ماله، يعتق سدس العبد، ثم يختلف هل يستكمل خمسة أسداسه؟ فأما من قال: إنه يستكمل على العبد فلا يصح إلا أن يقول العبد بالخيار بين القبول والترك، وإن قبل كان الورثة بالخيار بين أن يعتقوا أو يقوموا، وعلى هذا يصح قول ابن القاسم إنه لا يبدى، وقول مالك ألا يستكمل فيما في يديه أبين؛ لأن ثلثي ما في يديه للورثة، وإنما يصح الاستكمال أن يدفع إليهم القيمة من غير ماله⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

رأى اللخمي أنه لا يستكمل العتق من مال العبد لأن ثلثي ماله للورثة.

(1) التبصرة: 3583/8.

المطلب الثامن: في إخراج زكاة العين عن الميت إن اعترف بوجوبها ولم يوص بإخراجها.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من اعترف بوجوب زكاة العين عليه، وأنه لم يخرجها، ولم يوص بإخراجها، فهل تخرج عنه بعد موته؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

تخرج زكاة العين عن الميت لزوما إذا اعترف بوجوبها عنه في عامه الذي مات فيه، وأنه لم يخرجها، وأوصى بإخراجها، وعند ذلك تخرج من رأس ماله، وأما زكاة الحرث والماشية فإنها تخرج من رأس المال وإن لم يوص لأحدهما من الأموال الظاهرة.

قال في تهذيب المدونة: (فأما المريض يحل حول زكاته، أو يقدم عليه مال حل حوله، فما عرف من هذا فأخرجها في مرضه أو أمر بذلك ثم مات، فإنها خارجة من رأس ماله، فإن لم يأمر بها لم يقض بها على الورثة، وأمروا بغير قضاء)⁽¹⁾.

وقال خليل: (... ثم زكاة أوصى بها، إلا أن يعترف بحلولها، ويوصي فمن رأس المال كالحرث والماشية وإن لم يوص)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن زكاة العين تخرج من رأس المال، وإن لم يوص بها إن اعترف بها، وفاقا لأشهب، قال: (اختلف في زكاة العين إذا علم وجوبها ولم يفرض، فقال ابن القاسم: إن أوصى بها أخرجت من رأس المال، وإلا فلا تخرج من ثلث، ولا رأس مال، وقال أشهب: تخرج من رأس المال، وإن لم يوص، وهو أحسن لاجتماعهما على زكاة الحب والثمار أنها تخرج من رأس المال وإن لم يوص ولا فرق بينهما)⁽³⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 371/2.

(2) مختصر خليل: ص 347.

(3) التبصرة: 3605/8.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بقياس نفي الفارق بين زكاة العين وزكاة الحرث والماشية، لاتفاق ابن القاسم وأشهب على أن زكاة الحرث والماشية تخرجان من رأس المال وإن لم يوص، ورأى هو بأنه لا فرق بين زكاة العين والحرث والماشية في هذا الحكم.

المطلب التاسع: في من أوصى بعتق عبيد له أحدهما بمال والآخر بغير مال.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من أوصى بعتق عبيد له أحدهما بمال والآخر بغير مال، فعجل الذي عليه المال المال قبل النظر في الوصايا، فهل يبدى أحدهما على الآخر إذا ضاق الثلث؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

لا يبدى أحدهما على الآخر ويتحصان.

قال في تهذيب المدونة: (وإن قال: إن مت فمرزوق حر، وميمون حر على أن يؤدي إلى ورثتي مائة دينار، فإن عجل ميمون المائة تحاصا، وإلا بُدئ مرزوق)⁽¹⁾.

قال خليل: (ثم الموصى بعتقه معيناً عنده أو يشتري، أو لكشهر، أو بمال فعجله)⁽²⁾.

قال الدردير: ("الموصى بعتقه" إذا كان "معيناً عنده" كعبيد فلان "أو" معيناً "يشترى" بعد موته كاشترى عبد فلان وأعتقوه عني حالا "أو لكشهر" أي أو بعد شهر بعد موتى في صورتين أي وهو المعين عنده أو يشتري "أو" أوصى بعتق معين عنده "بمال" أي على مال يدفعه العبد للورثة وسواء قيده بمعجل أو بمؤجل أو أطلق "فعجله" العبد عقب موت سيده وهذه الخمسة الصور في مرتبة واحدة يقع التحاص فيها عند الضيق)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي تبذئة من جعل عتقه بغير مال على من جعل عليه مالا فعجله، قال: (وإن عجل عتق أحدهما بغير مال والآخر على مال أو أوصى بأن يكاتب بجعل بدئ بالذي لم يجعل عليه مالا ولا كتابة.

واختلف إذا عجل المال، فقال ابن القاسم: يتحصان، وقال غيره: التبذئة على حالها، وهو أحسن؛ لأن المراعى قصد الميت فيما جعل لهما ليس ما تطوع به الآخر بعد الموت)⁽⁴⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 372/2.

(2) مختصر خليل: ص 347.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 443/4.

(4) التبصرة: 3612/8.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي لاختياره بمراعاة قصد الميت.

المطلب العاشر: في مقدار وصية من لا وارث له.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من لا وارث له هل له أن يوصي بماله كله؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

ليس للموصي أن يتجاوز الثلث من ماله في وصيته، وسواء كان له ورثة أو لا وارث له. قال ابن شاس: (فرع: من لا وارث له إذا أوصى بجميع ماله بطلت الوصية فيما زاد على الثلث)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وبطلت بردته، وإيضاء بمعصية، ولوارث، كغيره بزائد الثلث يوم التنفيذ)⁽²⁾. وقال الدردير: (...وظاهره بطلان الزائد وإن لم يكن له وارث لحق بيت المال، وهو مذهب مالك)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن من لا وارث له، له أن يوصي بماله كله، قال: (الأصوب فيمن لا وارث له أن يوصي بماله كله)⁽⁴⁾.

(1) عقد الجواهر الثمينة: 1219/3.

(2) مختصر خليل: ص 344.

(3) بلغة السالك لأقرب المسالك على مذهب الإمام مالك (المعروف بمحاشية الصاوي على الشرح الصغير)، أحمد بن محمد الصاوي المالكي. على الشرح الصغير، للقطب الشهير أحمد بن محمد الدردير، دار المعرفة، بيروت - لبنان، 1409 هـ - 1988 م: 4 / 586.

(4) التبصرة: 3558/8.

المطلب الحادي عشر: في ما إذا ضاق الثلث عن كفارتين واحدة للقتل وأخرى للظهار.
الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا ضاق الثلث عن كفارتين واحدة عن قتل الخطأ وأخرى عن الظهار، فهل تقدم إحداها عن الأخرى؟
الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

لا تقدم إحداها عن الأخرى، وإنما يقرع بينهما.
قال خليل: (ثم كفارة ظهار وقتل وأقرع بينهما)⁽¹⁾.
وقال عيش: ("ثم" يخرج من باقي الثلث "عتق" كفارة "وظهار" و"عتق كفارة" قتل "خطأ فرتبتهما واحدة" وأقرع" بضم الهمز وكسر الراء "بينهما" أي عتق الظهار وعتق القتل إن ضاق الباقي عنهما)⁽²⁾.
الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي تبدئة كفارة القتل عن الظهار، قال: (واختلف في الكفارة عن القتل والظهار، فقيل: تبدى الكفارة عن القتل، وقيل: هما سواء، والأول أحسن؛ لأنه قد فهم أنه أكد لما لم ينقل منه إلى إطعام.
قال ابن القاسم في العتبية: ولأن الظهار مختلف فيه، فقد قال بعض الناس: إن وطئ قبل أن يكفر ثم طلقها فالكفارة ليست بواجبة، قال: وهو قول أهل المشرق، وبعض من أرضى من أهل المدينة، وأرى أن يبتدأ بالعتق عن القتل، فإن فضل شيء أطمع عن الظهار)⁽³⁾.
الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي لاختياره بأن كفارة القتل أكد من كفارة الظهار لوجهين:

1. الأول: لأن كفارة القتل ليس فيها انتقال إلى الإطعام.

(1) مختصر خليل: ص 347.

(2) منح الجليل شرح مختصر خليل: 550/9.

(3) التبصرة: 3607/8-3608.

2. الثاني: وقوع الخلاف في وجوب كفارة الظهر إذا وطئ ثم طلق قبل أن يكفر، ومعلوم أن المتفق عليه أقوى من المختلف فيه.

المطلب الثاني عشر: في ما إذا ضاق الثلث عن مبتل في المرض ومدبر فيه.

الفرع الأول: صور التبتيل.

قال اللخمي: (التبتيل على خمسة أوجه: وهو أن يقول للعبد: هو حر الآن؛ والثاني: هو حر بعد موتي مت أو عشت وأوجبت ألا أغير ذلك؛ والثالث: هو حر بعد موتي وأوجبت له ألا أغير وصيتي، وإن عشت فهو رقيق؛ والرابع: هو حر ما لم أغير وصيتي، وإن عشت فهو حر، فبتل له العتق وإن عاش؛ والخامس: هو حر بعد موتي ولا أغير وصيتي، وإن عشت فهو حر متى مت، وهذا في المدبر في المرض.

وهذا كله تبتيل؛ لأن البتل: القطع، والإنجاز، ورفع الخيار، إما جملة أو في إحدى الحالات إلا أن أحكامه مختلفة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: صورة المسألة.

إذا ضاق الثلث عن مبتل في المرض ومدبر فيه، فهل يقدم أحدهما على الآخر؟

الفرع الثالث: حكم المسألة في المذهب.

المبتل في المرض وهو المنجز عتقه فيه والمدبر فيه يتحصان إذا ضاق الثلث عنهما وكانا في كلام واحد أو فور واحد، وأما إذا بدأ بأحدهما ثم ذكر الآخر فيبدأ الأول. قال خليل: (ثم المبتل ومدبر المرض)⁽²⁾.

وقال الدردير: ("ثم" العتق "المبتل" في مرضه "ومدبر المرض" فهما في مرتبة واحدة إذا كانا في لفظ واحد أو لفظين وليس بينهما سكوت كأن يقول في مرض موته أعتقت عبدي فلانا ودبرت فلانا وإلا قدم ما وقع أولاً)⁽³⁾.

(1) المرجع السابق: 3609/8.

(2) مختصر خليل: ص 347.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 443/4.

الفرع الرابع: رأي اللخمي.

اختار اللخمي تبتئة المبتل في المرض عن المدبر فيه، قال: (وقال مالك في المدونة: في المبتل والمدبر في المرض يتحصان، وقال في المجموعة: إلا أن تكون لهم أموال مأمونة فييدى المبتل، وكذا على أصله مبتلان: أحدهما: عجل له العتق في المرض، وأخر الآخر لبعده الموت يتحصان، ورأى أن الأمر الذي بينهما يسير فكان بمنزلة موسى بعثته إذا مات، والآخر إلى أجل قريب أنهما يتحصان.

وقال مطرف عن مالك في كتاب ابن حبيب: إن المبتل ييدى، وهو أحسن، وهو أن ييدى من عجل له العتق في المرض على المدبر وعلى المبتل بعد الموت؛ لأن الميت وكل أولئك للفاضل بعد الموت، ثم المدبر في المرض والمبتل لبعده الموت عاش أو مات لا ييدى أحدهما على الآخر على ظاهر المذهب، وقال ابن أبي أويس في المبسوط: ييدى المبتل وهو أحسن؛ لأنه آثره إن عاش كان حراً وأخر الآخر لبعده الموت⁽¹⁾.

الفرع الخامس: تعليل اللخمي لرأيه.

اعتمد اللخمي في ما ذهب إليه على مراعاة قصد الميت، والاجتهاد في الالتزام بما أراده في وصيته.

(1) التبصرة: 3610/8.

المبحث السابع: كتاب الوصايا الثاني

المطلب الأول: في ما إذا كانت التركة ديارا أو عبيدا أو متاعا ولم يحمل الثلث الوصية.
الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا لم يحمل الثلث الوصية ولم يجرز الورثة فما الذي يكون للموصى لهم؟
الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

المذهب أن الورثة يخيرون بين إجازة الوصية وبين أن يقطعوا لهم بالثلث شائعا.
قال في تهذيب المدونة: (قال مالك: ومن أوصى لرجل بخدمة عبده سنة، أو سكنى داره سنة، وليس له مال غير ما أوصى فيه، أو له مال لا يخرج ما أوصى به من الثلث، خيّر الورثة في إجازة ذلك أو القطع بثلث الميت من كل شيء للموصى له)⁽¹⁾.
وقال خليل: (وإن أوصى بمنفعة معين، أو بما ليس فيها، أو بعق عبده بعد موته بشهر ولا يحمل الثلث قيمته، خير الوارث بين أن يجيز، أو يخلع ثلث الجميع)⁽²⁾.
وقال الدردير: ("وإن أوصى" لشخص "بمنفعة" شيء "معين" مدة معينة كأن يوصي بخدمة عبده فلان أو سكنى داره أو بركوب دابته الفلانية لزيد مدة سنة مثلا "أو" أوصى له "بما" أي بشيء كعبد أو بعير "ليس فيها" أي التركة مما ليس معينا كاشتروا له عبدا وأعطوه له "أو" أوصى "بعق عبده" فلان "بعد موته بشهر" مثلا "و الحال أنه "لا يحمل الثلث" في الأنواع الثلاثة "قيمته"... "خير الوارث" في الثلاثة "بين أن يجيز" وصية مورثه "أو يخلع ثلث الجميع" أي جميع التركة من الحاضر والغائب عرضا أو عينا أو غيرها أي يعطي من كل شيء للميت ثلثه في المسألتين الأوليين وأما الثالثة فيخير بين الإجازة وبين أن يعتق من العبد بقدر ثلث جميع المال)⁽³⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 373/2.

(2) مختصر خليل: ص 347.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 445/4-446 بتصرف.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن يحط الزائد من الموصى به خاصة، قال: (اختلف عن مالك إذا كانت التركة ديارا أو عبيدا أو متاعا، فقال مرة: إن لم يجز الورثة، قطعوا بالثلث شائعا، وقال أيضا: يحط ذلك الزائد من الموصى به خاصة، وهو أحسن؛ لأن للميت أن يجعل ثلثه في تلك العين، وإنما مقالهم في الزائد)⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بأن الميت له جعل ثلثه في تلك العين خاصة، وما دام قد فعل ما هو من حقه فليس للموصى له المطالبة بغير ذلك، وإنما مقاله في الزائد، فإذا لم يحمله الثلث فإنه يحط.

(1) التبصرة: 3642/8.

المطلب الثاني: في من قال غلامي هذا لابني فإن لم يجزه بقية الورثة فهو حر.
الفرع الأول: صورة المسألة.

من أوصى بسلام له لبعض لولده، وقال في وصيته إذا لم يجزه بقية الورثة فهو حر، فلم يجزه الورثة فهل يكون حراً؟
الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من قال في عبد له هو لابني إن أجاز الورثة ذلك، فإن لم يجزوه فهو حر فلم يجز الورثة، لم يكن حراً بذلك ورجع ميراثاً، وأما إن قال هو حر إلا أن يجزوه لابني، فإنه يكون حراً بذلك.

قال في تهذيب المدونة: (وإذا أوصى بثلثة لوارث وقال: فإن لم يجزه باقي الورثة فهو في السبيل، لم يجز ذلك، وهو من باب الضرر، وكذلك بعدد، فإن لم يجزوا فهو حر، فإنه يورث إن لم يجزوا. ولو قال: هو حر أو في السبيل، أو قال: داري أو فرسي في السبيل إلا أن يشاء ورثي أن ينفذوا ذلك لابني، فذلك نافذ على ما أوصى به)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وبطلت _ أي الوصية _ برده وإيصاله بمعصية ولوارث: كغيره بزائد الثلث يوم التنفيذ وإن أجزى فعطية ولو قال: إن لم يجزوا فللمساكين بخلاف العكس)⁽²⁾.
وقال الدردير: ("ولو قال" من أوصى لبعض ورثته "إن لم يجزوا" أي بقية الورثة له "فللمساكين" أو نحوهم فإنها تكون باطلة وترجع ميراثاً "بخلاف العكس" وهو ما لو قال ثلث مالي مثلاً للمساكين إلا أن يجزه الورثة لا بني زيد مثلاً فإنها وصية جائزة لابنه إن أجازها الورثة وإلا فهي للمساكين لبدئه بهم بخلاف السابقة فإنه بدأ بذكر ما تبطل به)⁽³⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 382/2-383.

(2) مختصر خليل: ص 344.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 427/4-428.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن العبد يكون حراً سواء قدم أو أحر في وصيته، قال: (...فإن قصد بالوصية ضرر الورثة، وجعلها فيما يتعلق به قرينة لله سبحانه، لم يجز. قال مالك وابن القاسم وأشهب فيمن أوصى لوارث بثلث ماله، وقال: فإن لم يجز ذلك الورثة فهو في سبيل الله: لم تجز للوارث، ولا في سبيل الله؛ لأنه من الضرر، وإن قال: ذلك في سبيل الله إلا أن يدفعها ورثتي لابني، أنفذت في سبيل الله إن لم ينفذوها للابن.

وقال ابن القاسم: إن قال غلامي هذا لابني وله ولد سواه، فإن لم يجيزوه له فهو حر كان ميراثاً، ولا حرية له، ولو قال: هو حر إلا أن ينفذوه ورثتي لابني، كان كما قال.

وقال أشهب في كتاب محمد: لا يجوز وهو من الضرر، وسواء عنده قال: هو لابني فإن أبوا فأعتقوه، أو هو عتيق إلا أن ينفذوه لابني... وقال محمد بن عبد الحكم: إنه عتيق قدم ذلك أو أخره، وهو أحسن؛ لأن العتق مما يراد به البر، وإنما أراد أن يؤثر به ولده، فإن لم يكن قدمه لآخرته، وأدنى منازلها مشكل هل أراد الضرر أم لا؟ وليس هذا مما يقطع به أنه أراد به الضرر، فلا تسقط وصيته بالشك⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي أن من قال عبدي فلان لولدي فإن لم يجز الورثة فهو حر غير مقطوع بأنه أراد ضرراً بالورثة، وإذا كان ذلك فلا تسقط وصيته بهذه القرينة إذا لم يجيزوه لولده.

(1) التبصرة: 3646/8-3647 بتصرف.

المطلب الثالث: في أجزاء حج العبد عن الحر الصرورة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

هل يجزئ حج العبد المملوك عن الحر الصرورة إذا أوصى أن يحج عنه؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من أوصى بأن يحج عنه حج عنه حر كبير، ولا يحج عنه عبد مملوك ولا يجزئه ذلك. قال في تهذيب المدونة: (ومن أوصى عند موته أن يحج عنه، أنفذ ذلك، ويحج عنه من قد حج عن نفسه أحب إليّ، وإن استؤجر من لم يحج، أجزأ، وتحج المرأة عن الرجل والرجل عن المرأة، ولا يجزئ أن يحج عنه صبي، أو عبد، أو من فيه علقة رق، إذ لا حج عليهم، ويضمن الدافع إليهم، إلا أن يظن أن العبد حر وقد اجتهد ولم يعلم، فإنه لا يضمن)⁽¹⁾.

وقال خليل: (ثم أوجر للصرورة فقط غير عبد وصبي)⁽²⁾.

وقال الدردير: ("أوجر للصرورة" بالصاد المهملة وهو من لم يحج من الأحرار المكلفين ويطلق على من لم يتزوج أيضا؛ لأنهما صرا دراهمهما فلم ينفقاها "فقط" دون ما ليس بصرورة فتبطل الوصية للمعين ويرجع المال كله ميراثا وقوله "غير عبد وصبي، وإن" كان غيرهما "امرأة" شرط في كل أجير حاج عن الصرورة... "ولم يضمن وصي دفع لهما" المال ليحجا به عن الصرورة حال كون الوصي "بجتهدا" بأن ظن العبد حرا والصبي بالغا وحجا أو لم يحجا وتلف المال، ويضمنان إن غرا ولو حجا بالفعل، ويكون جناية في رقبة العبد ومال الصبي فلو وجد المال لنزع منهما)⁽³⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 378/2.

(2) مختصر خليل: ص 79.

(3) حاشية الدسوقي عن الشرح الكبير: 20/2 بتصرف.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن العبد يجزئ حجه عن الحر الصرورة، قال: (ومن أوصى أن يحج عنه، أنفذت وصيته، فإن لم يعين من يحج عنه استؤجر حر بالغ غير صرورة، وإن استؤجر صرورة أجزأ. واختلف في العبد، والصبي بالجواز والمنع، واختلف بعد القول بالمنع هل يجزئ؟ فقال ابن الجلال: ذلك جائز، ومنعه ابن القاسم، فإن فعل لم يجز في الصبي، وأجزأ في العبد إذا كان يظنه حراً واجتهد، يريد: ويستأجر حراً من بقية الثلث، وقال غيره: الوصي ضامن، وإن جهل أنه عبد، ويجري فيه قول آخر: ألا شيء عليه، وإن كان عالماً أنه عبد، وجاهلاً بوجه العلم كما قال في أحد الشريكين: يشتري شراء فاسداً، قال: لا شيء عليه، وليس كل الناس فقهاء، فهو في العبد أبين ألا شيء على الوصي للاختلاف في جواز استئجاره ابتداءً، وأرى أن يجزي؛ لأن العبد ممن يصح منه التقرب بهذه العبادة، وإن لم تفرض عليه، وإذا صح منه التقرب بها، صح أداؤها عن غيره⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي لرأيه بأن العبد ممن يصح منه التقرب إلى الله بالحج وإن لم يفرض عليه، وإذا صح منه التقرب إلى الله بهذه العبادة صح أداؤها عن غيره.

(1) التبصرة: 3657/8.

المطلب الرابع: في من أوصى لميت عالم بموته.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من أوصى لميت ولم يكن قد علم بموته فالوصية باطلة، فإن كان حين الوصية عالماً بموته فهل تصح الوصية، وإذا صحت فلمن تصرف؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

مشهور المذهب أن الوصية للميت المعلوم الوفاة تصح وتصرف في دينه، فإن لم يكن له دين فلوارثه.

قال في تهذيب المدونة: (وكذلك وصيته لميت ولا يعلم بموته، فوصيته باطلة، وإن علم بموته نفذت الوصية لورثة الموصى له، وقضى بها دينه)⁽¹⁾.

وقال خليل: (ولميت علم بموته ففي دينه أو وارثه)⁽²⁾.

وقال بهرام: (أي: وكذا تصح الوصية للميت إن علم الموصي بموته، فتصرف في دينه، فإن لم يكن عليه دين فلوارثه، وهو المشهور، واحترز بالعلم بالموت مما إذا لم يعلم به فإن الوصية تبطل)⁽³⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي بطلان الوصية للميت ولو علم بموته، قال: (وإن أوصى لميت والموصي لا يعلم بموته، سقطت الوصية، وإن كان عالماً بقضي بها دينه وورث عنه إن لم يكن عليه دين. وقال في مختصر ابن عبد الحكم: الوصية ساقطة، ولم يجعل لورثته ولا لغرمائه شيئاً، وأرى أن الميت لا يملك، وأن الوصية لمن يستحيل أن يوصى له)⁽⁴⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 385/2.

(2) مختصر خليل: ص 344.

(3) الدرر في شرح المختصر: 2502/5.

(4) التبصرة: 3686/8.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

علل اللخمي بطلان الوصية بكونها لمن يستحيل أن يوصى له، وبأن الميت لا يملك.

المطلب الخامس: في من أوصى لرجل بمثل نصيب أحد أولاده وكانوا ذكورا وإناثا.

الفرع الأول: صورة المسألة.

من أوصى لرجل فقال له مثل نصيب أحد أولادي، وكان أولاده ذكورا وإناثا فماذا يكون له؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

من قال في وصيته لفلان مثل نصيب أحد أولادي وكان أولاده ذكورا وإناثا نظر إلى عددهم فإن كانوا ثلاثة أعطي الثلث، وإن كانوا أربعة أعطي الربع وهكذا. قال في تهذيب المدونة: (قال مالك رحمه الله: وإذا قال: لفلان مثل ما يصيب أحد ورثتي، وترك رجالا ونساء، فليقسم المال على عدد رؤوسهم فيعطى جزءا منه، ثم يقتسم ما بقي بين الورثة إن كانوا ولده، للذكر مثل حظ الأنثيين)⁽¹⁾.

وقال خليل: (وبنصيب أحد ورثته فبجزء من عدد رؤوسهم)⁽²⁾.

وقال في التوضيح: (فرع: واختلف إذا أوصى بمثل نصيب بنيه، وترك رجالا ونساء على أربعة أقوال: الأول قول مالك: يقسم المال على عدد رؤوسهم، الذكر والأنثى سواء، ويعطى حظ واحد منهم ثم يقسم ما بقي على فرائض الله عز وجل، لكن إنما فرض المسألة في المدونة إذا قال: له نصيب أحد ورثتي.

الثاني: أنه كرجل من ولده.

الثالث: أنه يزداد سهم على السهام ويكون له.

وقال ابن زياد: يكون له نصف نصيب رجل، ونصف نصيب أنثى)⁽³⁾.

وقال الخطاب- بعد أن نقل كلام خليل السابق-: (الأول هو المعتمد لكونه مذهب المدونة)⁽⁴⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: 383/2-384.

(2) مختصر خليل: ص 347.

(3) التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب: 530/8.

(4) مواهب الجليل: 597/6.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أن يكون له نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى، قال: (وإذا خلف الميت ثلاثة من الولد، وأوصى لرجل يمثل نصيب أحد بنيه، كان له الثلث، وإن كانوا أربعة فالربع أو خمسة فالخمس، وهذا قول مالك وقال ابن أبي أويس في ثمانية ابن أبي زيد: له السدس إذا كانوا خمسة... واختلف أيضا إذا كانوا ذكرا وإناثا، فقال مالك وابن القاسم: ينظر إلى عددهم، فإن كانوا ثلاثة كان له الثلث، أو أربعة كان له الربع. وقال ابن الماجشون في ثمانية أبي زيد: له نصف نصيب ذكر، ونصف نصيب أنثى، وقول مالك في المسألة الأولى أحسن... وقول عبد الملك في المسألة الأخرى أحسن، وهو أعدل في الوصية ألا يكون له نصيب أعلاهم وهو الذكر، ولا نصيب أدناهم وهو الأنثى⁽¹⁾).

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي بمراعاة جانب العدل في الوصية، وهو على رأيه ألا يكون له نصيب أعلاهم وهو الذكر ولا أدناهم وهي الأنثى ويكون وسطا بين ذلك.

(1) التبصرة: 3683/8-3684 بتصرف.

المطلب السادس: في من أوصى بعتق عبده وله مال حاضر لا يحمله ثلثه، وبقية ماله

غائب مسيرة أشهر يسيرة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

إذا لم يحمل ثلث المال الحاضر العبد الموصى بعتقه، واحتاج بقية المال لأشهر يسيرة
لقدومه فهل يوقف عتق العبد حتى يقدم المال؟

الفرع الثاني: حكم المسألة في المذهب.

إذا كانت مدة وصول بقية المال أشهراً يسيرة وقف عتق العبد إلى أن يجتمع المال، ثم عتق.
قال خليل: (وبعتق عبد لا يخرج من ثلث الحاضر وقف إن كان لأشهر يسيرة)⁽¹⁾.
وقال الدردير: ("و" إن أوصى "بعتق عبد" معين وله مال حاضر وغائب والعبد "لا يخرج
من ثلث" المال "الحاضر" أي لا يحمله ثلثه ويخرج من ثلث الجميع "وقف" عتقه بعد موته "إن
كان" يرجى حضور الغائب "لأشهر يسيرة" كأربعة حتى يحضر فيعتق كله)⁽²⁾.

الفرع الثالث: رأي اللخمي.

اختار اللخمي أنه في حالة بعد بقية المال لأشهر يسيرة فإنه يعتق من العبد ما حمله المال
الحاضر، وكلما وصل شيء من المال أعتق منه ما يقابله، إلى أن يتم عتقه، قال: (وقال مالك
فيمن أوصى بعتق عبد وله مال غائب ولا يحمله ثلث الحاضر، قال: يوقف العبد حتى يقدم
الغائب، قال ابن القاسم: وإن كان الغائب بعيداً، أو أجله بعيداً، لم يعتق ثلث الحاضر، وقال
سحنون: إلا أن يخاف تلف الحاضر فيكون في الوقف ضرر على الموصي، والموصى له فما
يشتد وجه طلبه، ويعسر جمع المال، فالغيبه على ثلاثة أوجه: فإن كانت قريبة، انتظر جمع
المال، ثم يعتق وإن كان بعيداً كخراسان من مصر والأندلس، فيعتق الآن ما حمل الثلث، وإن
كان على غير ذلك، وقف عند ابن القاسم؛ لأن الورثة يقولون: نحن شركاء الميت فيما خلفه،

(1) مختصر خليل: ص 346.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الصغير: 437/4.

فليس له أن ينتفع منه بشيء دوننا، فيعتق ما حمل ثلث الحاضر، ويحال بيننا وبين التصرف بالبيع وغيره فيما رق منه، فإما أن يقال ننتفع جميعا أو نمنع جميعا. وقال أشهب وسحنون: يعتق ما حمل الثلث الآن، فإن لم يخلف سواه، أعتق ثلثه ووقف ما بقي، وكلما حضر من الغائب شيء، زيد في عتق العبد بقدر ثلثه، وهذا أقيس؛ لأن وقف عتق ثلث العبد مضرة عليه من غير منفعة للورثة⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تعليل اللخمي لرأيه.

احتج اللخمي لرأيه بأن تأخير عتق ما حملة المال الحاضر فيه مضرة للعبد، ولا منفعة فيه للورثة.

(1) التبصرة: 3651/8-3652.

خاتمة

خاتمة:

بعد مدة البحث التي قضيتها مع فقه الإمام اللخمي واختياراته، وخلافه للمذهب، لا يسعني إلا أن أعترف بالتقصير وأسأل المولى العليم القدير العفو والمغفرة، وقد جاءت أهم نتائج البحث في ما يلي:

- معرفة الخلاف وأسبابه من الوسائل المعينة على التفقه في الدين، والتي لا يستغني عنها طالب علم الفقه الراغب في تحصيله والترقي في درجاته، وتُورثه رحابة في الصدر وإنصافاً للمخالف.
- الإمام اللخمي من فحول المذهب المحققين المعتمد قولهم فيه، وقد كثرت اختياراته كثرة هائلة لا تكاد توجد لغيره من نظرائه، وبسبب كثرة اختياراته وإدلائه برأيه في المسائل فقد خرجت كثير من اختياراته عن القول المقدم في المذهب، وبعض اختياراته خرجت عن المذهب بالكلية لكنها نادرة جداً لا تكاد تذكر إذا ما قورنت ببقية اختياراته.
- خالف اللخمي المذهب في قرابة المئة وسبعين فرعاً في الأحوال الشخصية، وهي ثلث اختياراته في الأحوال الشخصية تقريباً، والنسبة متشابهة في بقية الأبواب في التبصرة.
- الإمام اللخمي ممن يرى بأصل مراعاة الخلاف خلافاً لما نقل عنه بعض من جاء بعده. ويمكنني الجزم بأن فقه اللخمي لا يزال مادة صالحة لإجراء البحوث النافعة التي يمكنها أن تثري المكتبة الإسلامية، وتساعد في تجديد فقه المذهب المالكي، وإبرازه في حلة تليق به، بتأصيل فروعه وربطها بمنطقاتها من الكتاب والسنة والأدلة المستنبطة منهما، وتوجيه الأقوال فيه، وأقترح لذلك على سبيل المثال:

- دراسات مقارنة لاختيارات اللخمي في مختلف الأبواب الفقهية، وهي تحتاج إلى بحوث كثيرة بسبب غزارة المادة العلمية.

- اختيارات اللخمي التي نص عليها خليل في مختصره، دراسة تأصيلية مقارنة.

وصلى الله وسلم على نبيه محمد، والحمد لله رب العالمين.

ملخص الرسالة

الإمام اللخمي هو أبو الحسن علي بن محمد الربعي، المعروف باللخمي، الفقيه المتقن، من أهل التحقيق في المذهب المالكي، شهد له كبار علماء المذهب بالإتقان والفضل وحسن الأخلاق، توفي سنة: 478 هـ بسفاس، عايش الدولة الصنهاجية في نهاية تبعيتها للعبديين، وشهد انفصالها عنهم، وفتنة الأعراب بعد ذلك التي كانت سببا في خروجه من القيروان، ترك لنا ديوان "التبصرة" وهو من أجل دواوين الفقه المالكي المعتمدة فيه.

وهذه الدراسة في خلافه للمذهب في الأحوال الشخصية، وهي مقسمة إلى ما يلي:

-فصل تمهيدي.

-الفصل الأول: خلاف اللخمي للمذهب في باب الزواج.

-الفصل الثاني: خلاف اللخمي للمذهب في باب الطلاق.

-الفصل الثالث: خلاف اللخمي للمذهب في أحكام المفقود والظهار والإيلاء واللعان

والرضاع والوصايا.

وقد أكثر اللخمي من الاختيارات في ديوانه كثرة لم توجد لنظرائه، وبسبب ذلك خرجت كثير من اختياراته-ما يقارب ثلثها-عن القول المقدم في المذهب، وبعضها خرج عن المذهب بالكلية، لكنه نادر مقارنة بغيره.

Abstract

The Imam al-Lakhmi is the father of al-Hasan Ali ibn Muhammad al-Raba'i, who is known as al-Lakhmi, the fine jurist, the well-versed scholar of the Maliki school of thought. He was praised by the scholars of the school of thought for his perfection, virtue and good character. Died in the year 478AH in the city Safaaqis. He lived Sanhajite state at the end of its subordination to the ubaydiyyin, and he witnessed their separation from them, likewise the sedition of the Arabs after that, which was the reason for his departure from Kairouan, he left for us the book "at-Tabsirah" which is considered one of the reliable source in the Maliki school of thought. This study, in its disagreement with the school of thought in personal cases, is divided into the following:

- Preliminary chapter.
- Chapter I: The disagreement of al-Lakhmi with the school of thought in relation to marriage.
- Chapter II: The disagreement of al-Lakhmi with the school of thought in relation to divorce
- Chapter III The disagreement of al-Lakhmi with the school of thought in relation to the rulings concerning the lost, al-Zihaar, al-'Ilaa', the cursing, the nursing and finally the will. Most of the contrary opinions made in his book were too numerous compared with others, as a result, many of his choices - about a third – were contrary to the opinions presented in the school of thought, some of which differ from the school of thought altogether, but rare compared to others.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية
فهرس الأحاديث والآثار
فهرس تراجم الأعلام
فهرس المصادر والمراجع
فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقم الآية	السورة	نص الآية
56	115	البقرة	﴿وَلِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ فَأَيْنَمَا تُولُوا فَثَمَّ وَجْهَ اللَّهِ﴾
332	226		﴿فَإِنْ فَأُو﴾
200 هامش	229		﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾
199	229		﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾
172	230		﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾
191	234		﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ﴾
142	237		﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾
			﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْجٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ﴾
4	7	آل عمران	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُونُوا إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾
د	102		﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَجِدٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾
د	1	النساء	﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾
78	3		﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنِ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾
200	4		﴿وَأَنْبَلُوا إِلَيْنَا حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾
41	6		﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ ءَابَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾
262	22		﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾
372	23		﴿وَأُمَّهَاتِكُمْ﴾
372	23		﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ﴾
263	23		﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾
166 هامش	25		

			﴿فَمِنَ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنَ فَنِيَتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾
77	34		﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾
199	128		﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاصًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾
166 هامش	5	المائدة	﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾
317	89		﴿مِّن أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾
318	89		﴿مِّن أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾
7	118		﴿إِن تُعَذِّبُهُمْ فَإِنَّهُمْ عَبَادُكَ وَإِن تَغْفِرَ لَهُمْ فَإِنَّكَ أَنْتَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ ﴿١١٨﴾﴾
6	67	الأنفال	﴿مَا كَانَتْ لِنَبِيِّ أَن يُكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يَشِخَ فِي الْأَرْضِ﴾
6	69		﴿فَكُلُوا مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَالًا طَيِّبًا﴾
67	72		﴿مَا لَكُمْ مِّن وَلِيَّتِهِم مِّن شَيْءٍ﴾
7 هامش	88	يونس	﴿وَأَسَدُّ عَلَى قُلُوبِهِمْ فَلَا يُؤْمِنُوا حَتَّى يَرَوْا الْعَذَابَ الْأَلِيمَ ﴿٨٨﴾﴾
7 هامش	36	إبراهيم	﴿فَمَنْ تَبِعَنِي فَإِنَّهُ مِنِّي وَمَنْ عَصَانِي فَإِنَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٣٦﴾﴾
346، 346 هامش	24 - 23	الكهف	﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَايٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ﴿٢٣﴾ إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ﴾
78	6 - 5	المؤمنون	﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِغُرُوحِهِمْ حَافِظُونَ ﴿٥﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾
353	6	النور	﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾
96	31		﴿وَلَا يُدِيرْنَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾
96	31		﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾
297	5	الأحزاب	﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ، وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾
			﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمِن يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾
137	15	الأحزاب	﴿وَحَمَلُهُ، وَفِصْلُهُ، ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾
346 هامش	27	الفتح	﴿لَتَدْخُلَنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِن شَاءَ اللَّهُ ءَامِنِينَ﴾
85	13	الحجرات	﴿إِن أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَنُّكُمْ﴾

فهرس الأحاديث والآثار

الصفحة	طرف الحديث (أو الأثر)
6	أَبْكِي لِلَّذِي عَرَضَ عَلَيَّ أَصْحَابُكَ مِنْ أَخَذِهِمُ الْفِدَاءَ.....
76، 75	أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ
85	إِذَا أَتَاكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَأَمَانَتَهُ فَرُوجُوهُ.....
8	إِذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بَارِضٍ فَلَا تَقْدُمُوا عَلَيْهِ.....
314	أَعْتَقَ رَقَبَةً.....
73	أَعْلِنُوهُ وَاجْعَلُوهُ فِي الْمَسَاجِدِ.....
297، 93	الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ.....
119	أَكْلٌ وَوَلَدٌ لَحَلَّتْهُ مِثْلُ هَذَا؟.....
304 هامش	أَمْكُثِي فِي بَيْتِكَ، حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ.....
7	إِنَّ اللَّهَ لَيَلْبِسُ قُلُوبَ رِجَالٍ فِيهِ.....
10	أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ بَيْعِ وَشَرَطِ.....
327	إِنَّهُ لَا يَضُرُّ.....
54	أُبَمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ.....
297	بَجَاوَزَ اللَّهُ عَنِ أُمَّتِي الْخَطَأَ.....
85	تُنَكِّحُ الْمَرْأَةَ لِدِينِهَا وَجَمَالِهَا وَمَالِهَا.....
92	ثَلَاثٌ جَدَّهِنَّ جَدٌّ.....
92	ثَلَاثٌ لَيْسَ فِيهِنَّ لَعْبٌ.....
259	خَيْرٌ غُلَامًا بَيْنَ أَبِيهِ وَأُمِّهِ.....
125 من قول عائشة رضي الله عنها	كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا سَافَرَ أَفْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ.....
78، 77، 10	كُلُّ شَرَطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ.....
205	لَا عَلَيْكُمْ أَنْ لَا تَفْعَلُوا.....
172	لَا، حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ.....
327 هامش	لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَهْيَ عَنِ الْغِيلَةِ.....
79، 10	مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ.....

78المسليمون على شروطهم.
346من حلف فقال إن شاء الله فقد استثنى.
71 من قول عمر <small>رضي الله عنه</small>هذا نكاح السر ولا أجزئه.
54هو لك يا عبد بن زمعة.

فهرس الأعلام

الصفحة	المترجم
73	ابن الجلاب، أبو القاسم عبد الرحمن بن عبيد الله.....
149	ابن الجهم، أبو بكر محمد بن أحمد المروزي البغدادي المعروف بابن الورّاق.....
49	ابن الحاجب، أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر الكردي.....
24	ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المالكي.....
112	ابن القصار، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي الأهمري.....
23	ابن اللباد، أبو بكر محمد بن محمد بن وشاح اللخمي.....
78	ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري.....
188	ابن المواز، أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن زياد الإسكندري.....
139	ابن بشير، أبو الطاهر إبراهيم بن عبد الصمد.....
15	ابن جزري محمد بن أحمد الكلبي.....
73	ابن حبيب، أبو مروان بن سليمان السلمى.....
22	ابن خويز منداد، أبو بكر محمد بن أحمد بن عبد الله.....
110	ابن راشد القفصي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله.....
24	ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد.....
49	ابن شناس، الجلال أبو محمّد عبد الله بن محمّد نجم الدين.....
9	ابن شبرمة، أبو شبرمة عبد الله بن شبرمة الضبي.....
35	ابن شعبان، أبو إسحاق محمد بن القاسم العماري.....
72	ابن شهاب الزهري، أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله.....
24	ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد.....
66	ابن عبد السلام، أبو عبد الله محمد بن عبد السلام الهواري التونسي.....
84	ابن عرفة، أبو عبد الله محمد بن محمد الوردغمي ثم التونسي.....
26	ابن غازي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن علي.....
23	ابن محرز، أبو القاسم عبد الرحمن القيرواني.....
103	ابن ناجي، أبو الفضل قاسم بن عيسى.....
71	أبو الزبير المكّي، محمّد بن مسلم بن تدرّس.....
26	أسد بن الفرات، أبو عبد الله بن سنان مولى بني قيس.....
24	الباجي، سليمان بن خلف الأندلسي.....

69 البناني، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن مسعود
80 بهرام، أبو البقاء بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري المالكي
263 التتائي، أبو عبد الله محمد بن إبراهيم شمس الدين
21 التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام
199 ثابت بن قيس بن شماس بن مالك بن امرئ القيس الخزرجي <small>رضي الله عنه</small>
26 الجزولي، أبو زيد عبد الرحمن بن عفان
199 حبيبة بنت سهل بن ثعلبة بن الحارث الأنصارية رضي الله عنها
18 الخطاب محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيبي
64 خليل بن إسحاق، أبو المودة خليل بن موسى الجندي ضياء الدين
187 الداودي، أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي الأزدي
124 الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي
267 الرجراحي، أبو علي عمر بن محمد الفاسي المالكي
98 الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد المصري المالكي الوفائي
92 سعيد بن المسيب، أبو محمد بن حزن بن أبي وهب القرشي المخزومي <small>رضي الله عنه</small>
314 سلمة بن صخر بن سلمان بن الصمة الخزرجي <small>رضي الله عنه</small>
54 سودة بنت زمعة بن قيس القرشية أم المؤمنين رضي الله عنها
3 الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي
210 الشيراخيتي، أبو إسحاق إبراهيم بن مرعي بن عطية برهان الدين
12 الشعبي، أبو عمرو عامر بن شراحيل
54 عبد بن زمعة بن قيس القرشي العامري <small>رضي الله عنه</small>
12 عكرمة مولى بن عباس، أبو عبد الله المدني
393 علبش، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي الأزهري
351 عويمر بن أبي أبيض العجلاني الأنصاري <small>رضي الله عنه</small>
304 الفريعة بنت مالك بن سنان الخدرية الأنصارية رضي الله عنها
24 القاضي سند بن عنان، أبو علي بن إبراهيم الأزدي
85 القاضي عبد الوهاب، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر العراقي
24 القاضي عياض، أبو الفضل بن موسى بن عياض اليحصبي
55 القباب، أبو العباس أحمد بن قاسم بن عبد الرحمن الجذامي
12 قتادة بن دعامة أبو الخطاب السدوسي
20 القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس شهاب الدين

199القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فزح الأنصاري المفسر
101المتيطي، أبو الحسن علي بن عبد الله بن إبراهيم الأنصاري
47مخلوف، محمد بن محمد بن عمر بن علي بن سالم
39المعز بن باديس بن المنصور الصنهاجي
19المقري، أبو عبد الله بن محمد بن محمد بن أحمد التلمساني
137المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف الغرناطي
119النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الأنصاري الخزرجي
117الواقدي، أبو عبد الله محمد بن عمرو بن واقد المدني ثم البغدادي
72يحيى ابن يحيى الليثي، أبو محمد بن وسلاس بن شمال المصمودي

المصادر والمراجع

أولاً:

■ القرآن الكريم – برواية حفص عن عاصم (مصحف المدينة النبوية للنشر الحاسوبي)

ثانياً:

(1) الإحاطة في أخبار غرناطة، محمد بن عبد الله بن سعيد السلماني اللوشي الأصل، الغرناطي الأندلسي، أبو عبد الله، الشهير بلسان الدين ابن الخطيب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1424 هـ

(2) أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشيلي المالكي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط: 3، 1424 هـ – 2003 م

(3) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط: 2، 1416 هـ – 1995 م

(4) الاستذكار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1421 هـ – 2000 م

(5) الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن خالد بن محمد الناصري السلاوي، تحقيق: جعفر الناصري، ومحمد الناصري، دار الكتاب – الدار البيضاء، د. ت، د. ط

(6) الاستيعاب في معرفة الأصحاب، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، ط: 1، 1412 هـ – 1992 م

- 7) أسد الغابة، أبو الحسن عز الدين علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم ابن الأثير، دار الفكر، بيروت، 1409هـ-1989م
- 8) الإصابة في تمييز الصحابة، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: 1، 1415 هـ
- 9) أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، الدكتور محمد رياض، دار النجاح الجديدة الدار البيضاء، ط: 4، 1431هـ-2010م
- 10) الاعتصام، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، تحقيق ودراسة: د. محمد بن عبد الرحمن الشقير، ود سعد بن عبد الله آل حميد، ود هشام بن إسماعيل الصيني، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط: 1، 1429 هـ - 2008 م
- 11) الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي، دار العلم للملايين، بيروت- لبنان، ط: 15، 2002 م
- 12) الإمام أبو الحسن اللخمي وجهوده في تطوير الاتجاه النقدي في المذهب المالكي بالغرب الإسلامي، د. محمد المصلح، سلسلة الدراسات الفقهية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، حكومة دبي.
- 13) الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: محمد سعد عبد السلام، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر، ط: 2، 1431هـ-2010م
- 14) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، أحمد بن يحيى الونشريسي، دراسة وتحقيق: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط: 1، 1427 هـ - 2006 م
- 15) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث - القاهرة، د. ط، 1425هـ-2004م
- 16) بلغة السالك لأقرب المسالك على مذهب الإمام مالك (المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير)، أحمد بن محمد الصاوي المالكي. على الشرح الصغير، للقطب الشهير أحمد بن

- محمد الدردير، دار المعرفة، بيروت- لبنان، 1409 هـ - 1988م.
- 17) البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، دار سعد الدين للطباعة والنشر والتوزيع، ط: 1، 1421هـ- 2000م
- 18) البهجة في شرح التحفة، علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن الثُّسُولي، ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ط: 1، 1418هـ - 1998م
- 19) بوطليحية [نظم في المعتمد من الكتب والفتوى على مذهب المالكية، محمد النابغة بن عمر الغلاوي، تحقيق ودراسة: يحيى بن البراء، المكتبة المكية- مكة المكرمة، مؤسسة الريان- بيروت، ط: 2، 1425هـ- 2004م.
- 20) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط: 2، 1408 هـ - 1988 م
- 21) تاج العروس من جواهر القاموس. للسَّيِّد مرتضى الحسيني الزَّيَّدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، مراجعة محمد بهجت الأثري وعبد السَّتَّار أحمد فزَّاج. مطبعة حكومة الكويت 1407 هـ-1987م
- 22) التاج والإكليل لمختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي الشهير بالمواق المالكي، دار الكتب العلمية، ط: 1، 1416هـ-1994م
- 23) تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قَإِمَاز الذهبي، تحقيق: الدكتور بشار عوَّاد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: 1، 2003 م
- 24) تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَإِمَاز الذهبي، تحقيق: عمر عبد السلام التدمري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط: 2، 1413 هـ - 1993 م
- 25) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون اليعمري، مكتبة الكليات الأزهرية، ط: 1، 1406هـ - 1986م
- 26) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، برهان الدين إبراهيم بن علي بن

- محمد ابن فرحون اليعمري، تحقيق: عثمان بن جمعة ضميرية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر، ط: 1، 1437هـ-2016م
- (27) التبصرة، أبو الحسن علي بن محمد الربيعي المعروف باللخمي، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط: 1، 1432 هـ - 2011 م
- (28) تجريد أسانيد الكتب المشهورة والأجزاء المنثورة = المعجم المفهرس لابن حجر العسقلاني
- (29) تحبير المختصر وهو الشرح الوسط على مختصر خليل في الفقه المالكي لبهرام رحمه الله، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب . د. حافظ بن عبد الرحمن خير، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى سنة: 1434 هـ - 2013 م
- (30) التحرير والتنوير، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، الدار التونسية للنشر - تونس، 1984 هـ
- (31) تراجم المؤلفين التونسيين، محمد محفوظ، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط: 2، 1994 م
- (32) ترتيب المدارك وتقريب المسالك، أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي، تحقيق: ابن تاويت الطنجي وآخرون، ط: 1، مطبعة فضالة، المحمدية- المغرب، 1983م
- (33) التسهيل لعلوم التنزيل، أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزري الكلبي الغرناطي، تحقيق: الدكتور عبد الله الخالدي، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت- لبنان، ط: 1، 1416 هـ
- (34) التعلل برسوم الإسناد = فهرسة ابن غازي
- (35) تقرير الاستناد في تفسير الاجتهاد، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة - الاسكندرية ط: 1، 1403هـ
- (36) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية- المغرب، 1387 هـ
- (37) التنبيه على مبادئ التوجيه [قسم العبادات]، أبو الطاهر إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير التنوخي المهدي، تحقيق: الدكتور محمد بلحسان، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط:

1، 1428 هـ - 2007 م

38) التنبهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن يحيى السبتي، تحقيق: الدكتور محمد الوثيق، والدكتور عبد النعيم حميتي، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط: 1، 1432 هـ - 2011 م

39) تهذيب التهذيب، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، ط: 1، 1326 هـ

40) تهذيب الكمال في أسماء الرجال، أبو الحجاج جمال الدين يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف المزني، تحقيق: د. بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: 1، 1400 - 1980

41) التهذيب في اختصار المدونة، خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي، دراسة وتحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط: 1، 1423 هـ - 2002 م

42) التوسط بين مالك وابن القاسم في المسائل التي اختلفا فيها من مسائل المدونة، أبو عبيد قاسم بن خلف بن فتح بن عبد الله بن جبير الجبيري، تحقيق: باحثو مصطفى، دار الضياء، مصر، ط: 1، 1426 هـ - 2005 م

43) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط: 1، 1429 هـ - 2008 م

44) الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري، المكتبة الثقافية - بيروت، د. ت، د. ط.

45) جامع الأمهات، أبو عمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس الشهرير بابن الحاجب الكردي المالكي، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، الإمامة للطباعة والنشر والتوزيع، ط: 2، 1421 هـ - 2000 م

46) الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط: 2، 1384 هـ - 1964 م

- 47) الجامع لمسائل المدونة، أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى، توزيع: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط: 1، 1434 هـ - 2013 م
- 48) جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر، أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن خليل التتائي المصري المالكي، تحقيق: نوري حسن حامد المسألتي، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط: 1، 1435 هـ
- 49) حاشية البناي على شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: 1، 1422 هـ - 2002 م
- 50) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر، بيروت - لبنان، د. ت
- 51) الخلاف بين العلماء أسبابه وموقفنا منه، محمد بن صالح بن عثيمين، المكتب الإسلامي، ط: 2، 1412 هـ - 1991 م
- 52) درة الرجال في أسماء الرجال، أبو العباس أحمد بن محمد المكناسي الشهير بابن القاضي، تحقيق: الدكتور محمد الأحمد أبو النور، دار التراث - القاهرة، والمكتبة العتيقة - تونس، ط: 1، 1391 هـ - 1971 م
- 53) الدرر في شرح المختصر، تاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن خير، ود. أحمد عبد الكريم نجيب، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر، ط: 1، 1435 هـ - 2014 م
- 54) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون اليعمري، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة
- 55) الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراي، تحقيق: د محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط: 1، 1994 م
- 56) زاد المستنقع في اختصار المقنع، أبو النجا شرف الدين موسى بن أحمد الحجاوي، تحقيق: عبد الرحمن العسكر، دار الوطن، الرياض، ط: 1، 1425 هـ - 2004 م

- 57) الزاهي في أصول السنة، أبو إسحاق محمد بن القاسم بن شعبان المصري المالكي، تحقيق: د أحمد عبد الكريم نجيب، المكتبة التوفيقية، القاهرة، د. ت
- 58) سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، ومحمد كامل قره بللي، وعبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، بيروت-لبنان، ط: 1، 1430 هـ - 2009 م
- 59) سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط: 1، 1430 هـ - 2009 م
- 60) سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ط: 2، 1395 هـ - 1975 م
- 61) السنن الصغرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني الشهير بالنسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب- سوريا، ط: 2، 1406 هـ-1986 م
- 62) السنن الصغير للبيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي- باكستان، ط: 1، 1410 هـ - 1989 م
- 63) السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: 3، 1424 هـ - 2003 م
- 64) السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: 3، 1424 هـ - 2003 م
- 65) السنن الكبرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، إشراف: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 1، 1421 هـ- 2001 م
- 66) سنن سعيد بن منصور، أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية - الهند، ط: 1، 1403 هـ-1982 م

67) سير أعلام النبلاء، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط: 3، 1405 هـ - 1985 م

68) شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف، علق عليه: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط: 1، 1424 هـ - 2003 م

69) شذرات الذهب في أخبار من ذهب، أبو الفلاح عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد الحنبلي، تحقيق: محمود الأرنؤوط، خرج أحاديثه: عبد القادر الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، ط: 1، 1406 هـ - 1986 م

70) شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني (وهو حاشية العلامة محمد بن الحسن بن مسعود البناي)، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: 1، 1422 هـ - 2002 م

71) شرح جامع الأمهات، أبو عبد الله محمد بن عبد السلام بن يوسف بن كثير الهواري التونسي، تحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر، ط: 1، 1437 هـ - 2017 م

72) شرح حدود ابن عرفة، أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري الرصّاع التونسي المالكي، المكتبة العلمية، ط: 1، 1350 هـ

73) شرح صحيح البخاري لابن بطلال، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك الشهير بابن بطلال، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، ط: 2، 1423 هـ - 2003 م

74) صحيح البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، ط: 1، 1422 هـ

75) صحيح مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، د. ت

- 76 طبقات علماء إفريقية، أبو العرب محمد بن أحمد بن تميم التميمي المغربي الإفريقي، دار الكتاب اللبناني، بيروت - لبنان، د.ت، د. ط
- 77 عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي، دراسة وتحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحر، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط: 1، 1423 هـ - 2003 م
- 78 غاية النهاية في طبقات القراء: ابن الجزري، عني بنشره: برجستراسر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 3، 1982 م
- 79 الغنية فهرست شيوخ القاضي عياض، أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن عمرو، تحقيق: ماهر زهير جرار، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط: 1، 1402 هـ - 1982 م
- 80 فتاوى الشيخ أحمد حماني، منشورات وزارة الشؤون الدينية-الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية- الجزائر 1993 م
- 81 الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ط: 1، 1416 هـ - 1995 م
- 82 فهرس ابن عطية، أبو محمد عبد الحق بن عطية الحاربي الأندلسي، تحقيق: د. محمد أبو الأجنان ومحمد الزاهي، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط: 2، 1402 هـ - 1983 م
- 83 فهرست ابن غازي، محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن محمد بن غازي العثماني، تحقيق: محمد الزاهي، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، ط: 1، 1984 م
- 84 القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: مكتب التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط: 8، 1426 هـ - 2005 م
- 85 قواعد الترجيح بين الروايات والأقوال في المذهب المالكي، عبد المجيد خلادي، دار ابن حزم بيروت - لبنان، ط: 1، 1435 هـ - 2014 م
- 86 القواعد، أبو عبد الله محمد بن محمد المقرئ، تحقيق: أحمد بن حميد، مطبوعات مركز إحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، د. ط، د. ت
- 87 القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية

- والحنبلية، أبو القاسم محمد بن أحمد ابن جزى الكلبي الغرناطي، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط: 1، 1434هـ - 2013م
- 88) كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب، إبراهيم بن علي بن فرحون، تحقيق: حمزة أبو فارس ود. عبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، ط: 1، 1990م
- 89) لسان العرب لابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي الشهير بابن منظور، دار صادر - بيروت، ط: 3، 1414 هـ
- 90) لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، محمد بن محمد سالم المجلسي، دار الرضوان نواشوط - موريتانيا، ط: 1، 1436هـ - 2015م
- 91) المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة - بيروت، 1414هـ - 1993م
- 92) المجتبى من السنن = السنن الصغرى
- 93) المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، د. ط، د. ت
- 94) مختصر العلامة خليل، ضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى الجندي المالكي المصري، دار الفكر، بيروت - لبنان، د. ت
- 95) المختصر الفقهي، أبو عبد الله محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط: 1، 1435 هـ - 2014 م
- 96) المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، دار الكتب العلمية، ط: 1، 1415 هـ - 1994م
- 97) المسالك في شرح موطأ مالك، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي، قرأه وعلق عليه: محمد بن الحسين السُّلَيْماني وعائشة بنت الحسين السُّلَيْماني، دار الغرب الإسلامي، ط: 1، 1428 هـ - 2007 م
- 98) المستدرک علی الصحیحین، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: 1،

1411هـ-1990م

- 99) مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط: 1، 1421 هـ - 2001 م
- 100) المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ = صحيح مسلم
- 101) المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعائي تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند- المكتب الإسلامي، بيروت، ط: 2، 1403هـ
- 102) المعجم الأوسط، أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير الطبراني، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، د.ت
- 103) معجم البلدان، شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي، دار صادر، بيروت، ط: 2، 1995 م
- 104) معجم السفر، صدر الدين أحمد بن محمد أبو طاهر، تحقيق: عبد الله عمر البارودي، المكتبة التجارية - مكة المكرمة، د. ت
- 105) معجم المفسرين من صدر الإسلام وحتى العصر الحاضر، عادل نويهض، دم له: مُفتي الجمهورية اللبنانية الشيخ حسن خالد، مؤسسة نويهض الثقافية للتأليف والترجمة والنشر، بيروت - لبنان، ط: 3، 1409 هـ - 1988 م
- 106) المعجم المفهرس، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني ، تحقيق: محمد شكور الميادين، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: 1، 1418هـ-1998م
- 107) معجم المؤلفين، عمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة الدمشقي، مكتبة المثنى - بيروت، دار إحياء التراث العربي بيروت، د. ت.
- 108) المعونة على مذهب عالم المدينة، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، د. ت
- 109) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، 1401هـ-1981م

- 110) المقدمات الممهّدات، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط: 1، 1408 هـ - 1988 م
- 111) منار أصول الفتوى وحكم الإفتاء بالأقوى، برهان الدين إبراهيم بن إبراهيم بن حسن اللقاني، تقديم وتحقيق: د عبد الله الهلالي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب، 1423هـ-2002م
- 112) مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، أبو الحسن علي بن سعيد الرجرجي، اعتنى به: أبو الفضل الدميّاطي - أحمد بن علي، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ط: 1، 1428 هـ - 2007 م
- 113) منح الجليل شرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عيش المالكي، دار الفكر، بيروت- لبنان، د. ط، 1409هـ-1989م.
- 114) الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، تحقيق: أبو عبدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط: 1، 1417هـ-1997م
- 115) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيّني المالكي، دار الرضوان، نواقشوط- موريتانيا، ط: 2، 1434هـ-2013م
- 116) الموسوعة الفقهية الكويتية، مجموعة من العلماء، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط: 1، 1423هـ-2002م.
- 117) الموطأ، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي-الإمارات، ط: 1، 1425 هـ - 2004 م
- 118) نزهة الأنظار في عجائب التواريخ والأخبار، محمود مقديش، تحقيق: علي الزواري، ومحمد محفوظ، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط: 1، 1988م
- 119) نشر البنود على مراقبي السعود، عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، مطبعة فضالة، المحمدية- المغرب، د.ت، د. ط
- 120) نصب الراية لأحاديث الهداية، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، ودار القبلة

- لثقافة الإسلامية، جدة- السعودية، ط: 1، 1418هـ/1997م
- 121) نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب، أحمد بن المقرئ التلمساني، تحقيق: الدكتور إحسان عباس، دار صادر، بيروت، 1388 هـ - 1968 م.
- 122) النهاية في غريب الحديث والأثر، أبو السعادات مجد الدين المبارك بن محمد بن محمد الشيباني الشهير بابن الأثير الجزري، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت- لبنان، د. ط، 1399هـ- 1979م
- 123) النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني، تحقيق: مجموعة من الأساتذة، دار الغرب الإسلامي، ط: 1، 1999م
- 124) نور البصر شرح خطبة المختصر، أبو العباس أحمد بن عبد العزيز الهلالي الفلالي، مراجعة وتصحيح: محمد محمود ولد محمد الأمين، دار يوسف بن تاشفين - مكتبة الإمام مالك، نواكشوط-موريتانيا، ط: 1، 1428هـ-2007م
- 125) نيل الابتهاج بتطريز الديباج، أبو العباس أحمد بابا بن أحمد بن الفقيه الحاج أحمد بن عمر بن محمد التكروري التنبكتي السوداني، عناية وتقديم: الدكتور عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكاتب، طرابلس - ليبيا، ط: 1، 2000 م
- 126) وفيات الأعيان، أبو العباس شمس الدين بن خلكان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، ط: 1، د. ت.

فهرس الموضوعات:

أ.....	إهداء
ب.....	شكر وتقدير
ج.....	مقدمة
ل.....	إشكالية البحث:
م.....	منهج البحث:
م.....	منهجية كتابة المذكرة:
ن.....	الخطة:
1.....	
	فصل تمهيدي في الخلاف الفقهي والأقوال المعتمدة في المذهب والتعريف بالإمام اللخمي
1.....	ومخالفته للمذهب وبالأحوال الشخصية.....
3.....	المبحث الأول: الخلاف الفقهي وأسبابه.....
4.....	المطلب الأول: تعريف الخلاف لغة واصطلاحاً.....
5.....	المطلب الثاني: الحكمة من كون علم الشريعة قابلاً لوقوع الخلاف فيه:.....
	المطلب الثالث: وقوع الاختلاف بين الصحابة الذين هم أفضل الخلق بعد الأنبياء عليهم
6.....	الصلاة والسلام.....
9.....	المطلب الرابع: وقوع الخلاف زمن التابعين رحمهم الله.....
12.....	المطلب الخامس: أسباب الاختلاف الفقهي.....

- المبحث الثاني: الأقوال المعتمدة في المذهب ومعرفة منازلها، والترجيح بين الموطأ والمدونة عند تعارضهما.....17
- المطلب الأول: الأقوال المعتمدة في المذهب، ومعرفة منازلها عند تعارضها.....18
- المطلب الثاني: الترجيح بين الموطأ والمدونة عند تعارضها.....30
- المبحث الثالث: التعريف بالإمام اللخمي ومخالفته للمذهب وبالأحوال الشخصية.....37
- المطلب الأول: التعريف بالإمام اللخمي.....38
- المطلب الثاني: مخالفة اللخمي للمذهب.....51
- المطلب الثالث: تعريف الأحوال الشخصية.....61
- الفصل الأول:.....62**
- المبحث الأول: كتاب النكاح الأول.....63
- المطلب الأول: في تقديم الوصي على بقية الأولياء في عقد النكاح.....64
- المطلب الثاني: في تولى الأب المسلم نكاح ابنته النصرانية من مسلم.....68
- المطلب الثالث: في من تزوج امرأة على أن صداقها أحد عبيد ويكون الخيار له يختار أيهما شاء.....70
- المطلب الرابع: في ما إذا عقد النكاح بشاهدين وأمر بالكتمان.....72
- المطلب الخامس: في اشتراط المرأة إسقاط ما تقتضيه حقوق الزوجية للزوج.....75
- المطلب السادس: في زوال عصمة الزواج إذا ارتد الزوج عن دين الإسلام.....81
- المطلب السابع: في سقوط الإيجاب في النكاح على من أصيبت بزنا أو غضب.....83
- المطلب الثامن: في اعتبار النسب في الكفاءة في النكاح.....85

- المطلب التاسع: في رد البائع نكاح عبده قبل أن يُرد عليه، وهل يملك المشتري ذلك؟. 89
- المطلب العاشر: مهر الأمة إذا غرت بنفسها فتزوجت على أنها حرة ثم ردها الزوج بعد علمه بحالها..... 91
- المطلب الحادي عشر: في الهزل في النكاح والطلاق..... 93
- المطلب الثاني عشر: في نظر المكاتب والعبد الوغدين شعر سيدتهما؟..... 96
- المطلب الثالث عشر: في من قال إذا مت فقد زوجت ابنتي من فلان..... 99
- المطلب الرابع عشر: في إجبار العانس في النكاح..... 102
- المطلب الخامس عشر: في ما إذا كانت الزوجة صغيرة بحيث لا تطيق الوطاء..... 104
- المبحث الثاني: كتاب النكاح الثاني..... 106
- المطلب الأول: في مهر من تزوجت على درهمين ثم طلقت قبل البناء..... 107
- المطلب الثاني: في غلة الشجر والحيوان والعييد المسلمة في الصداق قبل البناء..... 110
- المطلب الثالث: في فسخ نكاح المريض..... 112
- المطلب الرابع: في المرض المسقط للنفقة..... 115
- المطلب الخامس: في المعترض يدعي الإصابة..... 117
- المطلب السادس: في حكم العدل بين الزوجات في النفقة والكسوة..... 118
- المطلب السابع: في من أقام عند إحدى زوجاته مدة من الزمان فوق نصيبها، وأراد أن يحاسبها بها عند القسم مع غيرها..... 121
- المطلب الثامن: في من أراد أن يختار من نسائه من شاء منهن للسفر معه..... 124
- المطلب التاسع: في ما إذا قامت الزوجة بنفقتها على زوجها الغائب بعد قدومه، فقال كنت خلفت أو بعثت و كانت تذكره، أو تشكو إلى الجيران..... 127

- المطلب العاشر: في ما إذا أنفقت المرأة على زوجها المعسر وأرادت الرجوع عليه. ... 129
- المطلب الحادي عشر: في ما إذا أراد الزوج السفر وطلبت الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً حميلاً
بالنفقة خوف الحمل..... 131
- المطلب الثاني عشر: في القضاء بأعدل البينتين في النكاح..... 133
- المطلب الثالث عشر: في تنازع الزوجين في ما يشبه أن يكون لهما. 135
- المطلب الرابع عشر: في العلامات التي تزيل إشكال الخنثى..... 137
- المطلب الخامس عشر: في النكاح على الغائب من الصداق بشرط الدخول قبله. .. 139
- المطلب السادس عشر: في صداق المرأة إذا قامت بالفراق قبل الدخول للعجز عن
الصداق والنفقة..... 141
- المطلب السابع عشر: في من تزوج أمة على أنها حرة وولدت منه ثم علم بالغرر. ... 143
- المطلب الثامن عشر: في حالة ما كان بعض الصداق مؤجلاً ثم تأخر الدخول حتى حل
الأجل..... 145
- المطلب التاسع عشر: في ما إذا أجل المعتز سنة فمرض بعد التأجيل. 147
- المطلب العشرون: في أجل العبد المعتز..... 149
- المطلب الحادي والعشرون: في دخول الزوج على إحدى زوجاته في غير يومها..... 151
- المطلب الثاني والعشرون: في من أغلقت إحدى نسائه بابها دونه في ليلتها. 153
- المطلب الثالث والعشرون: في تخلف العروس عن صلاة الجمعة والجمعة..... 154
- المبحث الثالث: كتاب النكاح الثالث..... 156
- المطلب الأول: في جمع المرأتين في عقد واحد وصداق واحد دون تسمية صداق لكل
واحدة منهما..... 157

- المطلب الثاني: في نكاح الحرة مع الأمة في عقد واحد وفيه حق للحرة خاصة. 159
- المطلب الثالث: في الإصابة الفاسدة هل تحصن وتحل المبتوتة؟..... 161
- المطلب الرابع: في مهر النصرانية إذا نكحها نصراني على خمر فلم تقبضها، أو على إسقاط الصداق، ثم أسلما قبل الدخول..... 163
- المطلب الخامس: في الزواج بإماء أهل الكتاب..... 166
- المطلب السادس: في ميراث أولاد النصراني إذا أسلم وله أولاد صغار ثم مات وهم على النصرانية، ثم أسلموا قبل البلوغ أو عند البلوغ..... 168
- المطلب السابع: في إحلال وطء المجنون المبتوتة لزوجها الأول..... 171
- المطلب الثامن: في لزوم الانتشار في الوطاء الذي يحل المبتوتة..... 173
- المطلب التاسع: في المبتوته النصرانية يرتد زوجها ثم يعود إلى الإسلام..... 175
- المطلب العاشر: في إبطال الردة إحلال المبتوتة..... 177
- 178..... **الفصل الثاني:**
- المبحث الأول: كتاب العدة وطلاق السنة..... 179
- المطلب الأول: في عدة الأمة التي لم تر الحيض لصغرها، واليائسة في الطلاق..... 180
- المطلب الثاني: في عدة زوجة المفقود..... 182
- المطلب الثالث: في إحداد امرأة المفقود على زوجها..... 184
- المطلب الرابع: عدة المستحاضة غير المميزة في الطلاق..... 186
- المطلب الخامس: عدة المرضع والمریضة في الطلاق..... 188
- المطلب السادس: عدة المستحاضة والمرتابة في الوفاة..... 190

- 192.....المطلب السابع: في عدة زوجة من كان قائم الذكر ذاهب الأنثيين.
- 195.....المطلب الثامن: في اختلاف الزوجين في الطلاق هل هو في الحيض أم في الطهر؟
- 197.....المطلب التاسع: في حلول أجل المولي في الحيض.
- 199.....المطلب العاشر: في حكم الخلع من غير شأن بين الزوجين.
- 201.....المبحث الثاني: كتاب الأيمان بالطلاق.
- 202.....المطلب الأول: في من قال لزوجته إذا حضت فأنت طالق.
- 204.....المطلب الثاني: في من قال لزوجته في طهر مسها فيه إذا حملت فأنت طالق.
- 206.....المطلب الثالث: في من قال لزوجته إذا وضعت فأنت طالق.
- المطلب الرابع: في من قال لزوجته: أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق، وقال: أردت
واحدة.....207
- 209.....المطلب الخامس: في من طلق إحدى زوجتيه وأنسي من هي منهما.
- المطلب السادس: في من حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها إلى أجل كذا مما يرى أنه يعيش
إليه.....211
- المطلب السابع: في الأمة تمكن زوجها المملوك من نفسها بعد العتق وتدعي جهلها بأن لها
الخيار.....213
- 215.....المطلب الثامن: في ما إذا شهد رجلان على رجل بأنه طلق إحدى نسائه ونسيها.
- 217.....المطلب التاسع: في من قال لزوجته إن خالعتك فأنت طالق ثلاثاً.
- 220.....المطلب العاشر: في من قال لزوجته أنت طالق واحدة إلا واحدة.
- 222.....المطلب الحادي عشر: في من قال كل حرة أتزوجها فهي طالق.

- المطلب الثاني عشر: في من حلف ليتزوجن على امرأته هل يبى بما يفسخ من النكاح أو بتزوج غير الأكفاء؟.....224
- المطلب الثالث عشر: في الأمة المعتقة توقف عن الخيار حتى تطهر من الحيضة ثم يعتق زوجها قبل أن تختار.....226
- المبحث الثالث: كتاب إرخاء الستور.....228
- المطلب الأول: في العدة من خلوة الزيارة مع نفى المسيس229
- المطلب الثاني: في الرجعة بالقول مجردا عن النية.....231
- المطلب الثالث: في القرء هل هو الطهر أم الحيض؟.....233
- المطلب الرابع: في الخلع لأجل مجهول.....235
- المطلب الخامس: في البيونة في الخلع.....236
- المطلب السادس: في من خالع على أن على الزوجة نفقة الولد فمات.....238
- المطلب السابع: في الخلع على أن تنفق المرأة على الولد بعد الحولين؟.....239
- المطلب الثامن: في الخلع على إسقاط حضانة المرأة لولدها؟.....241
- المطلب التاسع: في حضانة الأم الكافرة لولدها من زوجها المسلم.....243
- المطلب العاشر: في الخلع على ألا مسكن للمرأة.....245
- المطلب الحادي عشر: في الخلع عن السفية الذكر البالغ.....247
- المطلب الثاني عشر: في خلع السيد عن عبده الصغير.....249
- المطلب الثالث عشر: في البعد الذي إذا انتقلت إليه الأم تسقط حضانتها.....251
- المطلب الرابع عشر: في خلع الوصي عن الصغيرة التي لم يُجعل إليه إجبارها.....254

- المطلب الخامس عشر: في تقديم جدة الأم على الخالة، والخالة على الجدة للأب وعلى الأخت، وسقوط حضانة الأم إذا تزوجت. 256.....
- المطلب السادس عشر: في أمد الحضانة. 258.....
- المطلب السابع عشر: في أجره الحاضن؟:..... 260.....
- المطلب الثامن عشر: في حق الجد للأم في الحضانة. 262.....
- المطلب التاسع: في دعوى البكر الميسس. 264.....
- المطلب العشرون: في نفقة الحامل إذا خالعت على إسقاط نفقة الولد. 266.....
- المطلب الواحد والعشرون: في لزوم ما خالعت به الصغيرة والسفيهة. 267.....
- المبحث الرابع: كتاب التخيير والتملك. 269.....
- المطلب الأول: في من خير امرأته فطلقت واحدة. 272.....
- المطلب الثاني: في تحليف من قال لزوجته اختاري في أن تطلقني نفسك طلقة واحدة وفي أن تقيمي. 274.....
- المطلب الثالث: في من قال لزوجته اختاري في تطليقتين فقضت بواحدة. 276.....
- المطلب الرابع: في قول الزوج لزوجته طلقي نفسك. 278.....
- المطلب الخامس: في من أطلق التخيير أو التملك ولم يقيده بأجل والزوجة حاضرة ثم تفرقا قبل أن تقضي. 279.....
- المطلب السادس: في من خير زوجته إلى أجل. 282.....
- المطلب السابع: في الخيار يجعل بيد رجل حاضر فينصرف قبل أن يقضي بشيء. 284..
- المطلب الثامن: في من خير امرأته فقالت قد فعلت أو قد شئت أو اخترت أمرى. 285.
- المطلب التاسع: في من خير امرأته فقضت بواحدة بئنة. 288.....

- المطلب العاشر: في من قال لزوجته أنت علي حرام، و من قال ذلك و قال أردت
الظهار. 290.....
- المطلب الحادي عشر: في من قال لزوجته: حبلك على غاربك، أو أنت خلية، أو برية، أو
بائن، أو وهبتك إلى أهلك، أو رددتك إلى أهلك، أو وهبتك نفسك، أو وهبت لك
نفسك أو خليت سبيلك. 293.....
- المطلب الثاني عشر: في من قال لزوجته أنت طالق يريد من وثاق ولم تكن في وثاق، أو
أراد أن يقول طالق فقال البتة. 296.....
- المطلب الثالث عشر: في من قال لزوجته أنت طالق طلقة بائنة. 298.....
- 300..... الفصل الثالث :
- المبحث الأول: كتاب المفقود. 301.....
- المطلب الأول: في من مات وترك زوجته في مسكن أجره ولم ينقد كراءه، فهل تكون
سكنها في مال الميت؟ 302.....
- المطلب الثاني: في فوات امرأة المفقود هل هو بالعقد أم بالدخول؟ 305.....
- المطلب الثالث: في المطلقة تتزوج بعد انقضاء عدتها ثم يظهر أنها زوجها الأول راجعها في
العدة، والنصرانية تسلم وزوجها غائب ثم يثبت أن زوجها أسلم قبلها أو في عدتها . 307
- المطلب الرابع: في من لم يُعلم زوجته بالرجعة ثم حضر زوجها من غيره فلم ينكر... 309
- المطلب الخامس: في الطلاق على العبد المفقود بسبب إبقائه... 311.....
- المبحث الثاني: كتاب الظهار. 312.....
- المطلب الأول: في من جعل لظهاره أجلا معيناً. 313.....
- المطلب الثاني: في التكفير بمقطوع الأصبع من الرقاب في الظهار. 315.....

- المطلب الثالث: في المراعى في كفارة الظهر هل هو عيش المظاهر أو عيش أهل البلد؟
317.....
- المطلب الرابع: في من ضرب له أجل أربعة أشهر ليكفر عن ظهره ثم قال لما انقضت
319..... أمهلوني لأصوم؟
- المطلب الخامس: من كان عالماً بموجب الظهر ونوى به الطلاق.
321.....
- المطلب السادس: في كفارة من حلف بعق ما يملك من الرقاب إلى عشرين سنة ثم وقع
عليه ظهره.
323.....
- المبحث الثالث: كتاب الإيلاء
325.....
- المطلب الأول: في من حلف على ترك وطء زوجته الموضع.
326.....
- المطلب الثاني: في من ترك الإصابة اختياراً أو قصداً للضرر بلا يمين.
328.....
- المطلب الثالث: في إيلاء المحبوب والعين والحصور.
329.....
- المطلب الرابع: في سقوط الإيلاء بالكفارة.
331.....
- المطلب الخامس: في المولي يعد بالوطء بعد انقضاء الأجل.
333.....
- المطلب السادس: في من ضرب لإيلائه أجلاً أكثر من أربعة أشهر بالشيء القليل.
335.....
- المطلب السابع: في وقف المولي في عدة الرجعية.
337.....
- المطلب الثامن: في من آلى بعق عبده فباعه ثم عاد إلى ملكه ببيع ليس فيه تهمة.
340.....
- المطلب التاسع: في من حلف ألا يطاءً امرأته في سنة إلا مرة أو مرتين.
342.....
- المطلب العاشر: في من حلف أن لا يطاءً زوجته واستثنى.
344.....
- المطلب الحادي عشر: في من حلف بالطلاق ليتزوجن أو ليدخلن داراً ولم يحدد أجلاً.
347.....

- 349.....المبحث الرابع: كتاب اللعان
- 350.....المطلب الأول: في مكان اللعان
- 352.....المطلب الثاني: في لعان الأعمى
- 354.....المطلب الثالث: في ميراث الملاعنة من زوجها إذا مات بعد لعانه، ثم لاعنت بعده
- 356.....المطلب الرابع: في التعجيل في لعان نفي الحمل
- 358.....المطلب الخامس: في سكنى الملاعنة لنفي الحمل
- 360.....المطلب السادس: في القافة في الحرائر
- 363.....المطلب السابع: في نفي الحمل بالاستبراء
- 365.....المطلب الثامن: في إثبات وجه النفي في لعان نفي الحمل
- 367.....المبحث الخامس: كتاب الرضاع
- 368.....المطلب الأول: في الحقنة بحليب المرضع
- 370.....المطلب الثاني: في أقصى مدة التحريم في الرضاع
- 372.....المطلب الثالث: في التحريم بلبن الرجل
- 374.....المطلب الرابع: في شهادة المرأتين في الرضاع
- 376.....المطلب الخامس: في إرضاع الأم لتييمها الذي ليس له مال لأجرتها
- 380.....المبحث السادس: كتاب الوصايا الأول
- 381.....المطلب الأول: في من أوصى بشراء رقبة وعتقها فماتت بعد الشراء وقبل العتق
- 383.....المطلب الثاني: في تقدير قيمة الرقبة يوصى بشرائها تطوعا أو عن الظهار

- المطلب الثالث: في من أوصى ببيع عبده لرجل فأبى الشراء إلا أن يحط عنه فوق ثلث قيمة العبد. 385.....
- المطلب الرابع: في ما إذا قال الموصي اشتروا عبد فلان لفلان فأبى صاحب العبد بيعه بثمانه وزيادة الثلث رغبة في أن يزداد ثمنه أكثر مما أعطي فيه. 387.....
- المطلب الخامس: في الوصية بعق جارية الوطاء فتكرهه وتختار البقاء على الرق. 389
- المطلب السادس: في إمكانية عزل الوصي نفسه في حياة الموصي. 391
- المطلب السابع: في استكمال عتق العبد الموصى بعته إذا لم يحمله الثلث. 393
- المطلب الثامن: في إخراج زكاة العين عن الميت إن اعترف بوجودها ولم يوص بإخراجها. 395.....
- المطلب التاسع: في من أوصى بعق عبدین له أحدهما بمال والآخر بغير مال. 397
- المطلب العاشر: في مقدار وصية من لا وارث له. 399
- المطلب الحادي عشر: في ما إذا ضاق الثلث عن كفارتين واحدة للقتل وأخرى للظهار. 400.....
- المطلب الثاني عشر: في ما إذا ضاق الثلث عن مبتل في المرض ومدبر فيه. 402
- المبحث السابع: كتاب الوصايا الثاني. 404
- المطلب الأول: في ما إذا كانت التركة ديارا أو عبيدا أو متاعا ولم يحمل الثلث الوصية. 405.....
- المطلب الثاني: في من قال غلامي هذا لابني فإن لم يجزه بقية الورثة فهو حر. 407
- المطلب الثالث: في أجزاء حج العبد عن الحر الصرورة. 409
- المطلب الرابع: في من أوصى لميت عالم بموته. 411

- المطلب الخامس: في من أوصى لرجل بمثل نصيب أحد أولاده وكانوا ذكورا وإناثا.. 413
- المطلب السادس: في من أوصى بعرق عبده وله مال حاضر لا يحمله ثلثه، وبقية ماله
غائب مسيرة أشهر يسيرة..... 415
- خاتمة..... 417
- خاتمة:..... 418
- ملخص الرسالة..... 419
- الفهارس..... 421
- فهرس الآيات القرآنية..... 422
- فهرس الأحاديث والآثار..... 425
- فهرس الأعلام..... 427
- المصادر والمراجع..... 430
- فهرس الموضوعات:..... 443