

التبصرة على مشكلات الهداية

للعلامة صدر الدين علي بن عيسى بن أبي العز الجبني

المتوفى ٧٩٢ هـ

تحقيقه ودراسة مع القارنة بكتاب العناية لأكل الدين الباجري المتوفى ٧٨١ هـ

« منه أول كتاب العترة إلى آخر الكتاب »

تحقيقه ودراسة

أنور صالح أبو زيد

أصل هذا الكتاب رسالة علمية مقدمة لنيل درجة الماجستير منه

الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة

المجلد الرابع

مكتبة الرشيد
تأليف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

التبصرة على مشكلات الهداية

السلمة صدق اللبث على رعايي بن أويلت زاجموني

التموز ١٩٩٢ ص ٤

مَجْلَدُ الْحَقُوقِ مَحْفُوظَةٌ
الطَّبْعَةُ الْأُولَى
١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م

مَكْتَبَةُ الرَّشْدِ لِلنَّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ

* المملكة العربية السعودية . الرياض - طريق الحجاز

ص ب ١٧٥٢٢ الرياض ١١٤٩٤ هاتف ٤٥٩٣٤٥١ فاكس ٤٥٧٣٣٨١

Email: alrushd@alrushdryh.com

Website: www.rushd.com



- * فرع مكة المكرمة :- هاتف ٥٥٨٥٤٠١ - ٥٥٨٣٥٠٦
- * فرع المدينة المنورة :- شارع أبي ذر الغفاري - هاتف ٨٣٤٠٦٠٠
- * فرع القصيم بريدة :- طريق المدينة- هاتف ٣٢٤٢٢١٤
- * فرع أبها :- شارع الملك فيصل - هاتف ٢٣١٧٣٠٧
- * فرع الدمام :- شارع ابن خلدون - هاتف ٨٢٨٢١٧٥
- * فرع جدة :- ميدان الطائفة

وكلائنا في الخارج

- * القاهرة :- مكتبة الرشده- مدينة نصر هاتف ٢٧٤٤٦٠٥
- * الكويت :- مكتبة الرشده - حولي - هاتف ٢٦١٢٣٤٧
- * بيروت :- دار ابن حزم - هاتف ٧٠١٩٧٤
- * المغرب :- الدار البيضاء - مكتبة العلم- هاتف ٣٠٣٦٠٩
- * تونس :- دار الكتب المشرقية - هاتف ٨٩٠٨٨٩
- * اليمن :- صنعاء - دار الآثار - هاتف ٦٠٣٢٥٦
- * الأردن :- عمان - دار الفكر - هاتف ٤٦٥٤٧٦١
- * البحرين :- مكتبة الغزباء - هاتف ٩٥٧٨٣٣
- * الإمارات :- الشارقة - مكتبة الصحابة - هاتف ٥٦٣٣٥٧٥
- * سوريا :- دمشق - دار الفكر - هاتف ٢٢١١١٦٦



الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، أما بعد:

فهذا تقرير موجز عن هذا الكتاب المهم الذي هو بعنوان:

«التنبية على مشكلات الهداية» لابن أبي العز الحنفي:

يعد هذا الكتاب من الكتب الفقهية المهمة الجديرة بالاعتناء والإخراج وذلك لما اشتمل عليه من تحقيق وتدقيق واعتناء بالدليل . ولما تحلى به مؤلفه من عدل وإنصاف وإيثار للحق على الخلق كيف لا وهو من تلاميذ مدرسة شيخ الإسلام ابن تيمية حامل لواء الدعوة إلى الأخذ بالدليل والرجوع بالناس إلى الكتاب والسنة بعد أن قيدتهم الآراء وأثقلهم التعصب ربحاً من الزمن .

وقد اعتنى المؤلف في هذا الكتاب بنقل كثير من تحقیقات شیخ الإسلام وتلميذه ابن القيم حول بعض المسائل دون أن يصرح باسمهما إلا في القليل النادر، ولهذا أسبابه المعروفة عند أهل العلم . كما فعل ذلك أيضاً في كتابه الآخر: «شرح العقيدة الطحاوية» كما يتضح من جدول المقارنة المثبت في مقدمة طبعة المكتب الإسلامي للكتاب المذكور .

وينقل أيضاً في هذا الكتاب عن كتاب المغني لابن قدامة وغيره من كتب الحنفية المهمة كالغاية للسروجي . وينقل عن المحلى والإمام لابن دقيق العيد وغيرها .

وقد تصدى المؤلف في كتابه هذا لنقد كتاب يعد عمدة المذهب الحنفي وهو «الهداية» للمرغيناني .

لكنه نقد بناءً نزيه قائم على الحجة والدليل دون تجريح أو تشهير بأسلوب غاية في الأدب والاعتذار عن الخطأ فأجاد وأفاد رحمه الله .

والله أعلم ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه .

كتبه : سليمان بن عبد الله العمير

أستاذ مساعد بكلية الشريعة

بالجامعة الإسلامية

١٤١٩ / ١ / ٢٩ هـ

* * *



«المقدمة»

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلله فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله، أرسله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره الكافرون، فلم يزل ﷺ يجتهد في تبليغ الدين وهدى العالمين وجهاد الكفار والمنافقين، حتى طلعت شمس الإيمان، وأدبر ليل البهتان، وعز جند الرحمن، وذل حزب الشيطان، وقامت حجة الله على الإنس والجان . وبعد :

فإن الأنفس الزكية، الطالبة للمراتب العلية، لم تزل تدأب في تحصيل العلوم الشرعية، ومن جملتها معرفة الفروع الفقهية، إذ بها تندفع الوسوس الشيطانية، وتصح المعاملات والعبادات المرضية، وناهيك بالفقه شرفاً قوله ﷺ: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين»^(١)، وقوله ﷺ: «إن رجلاً

(١) متفق عليه من حديث معاوية رضي الله عنه، أخرجه البخاري مع الفتح - كتاب العلم - باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين ١ / ١٦٤، ومسلم في الزكاة - باب النهي عن المسألة - حديث ١٠٣٧ .

يأتونكم من أقطار الأرضين يتفقهون في الدين ، فإذا أتوكم فاستوصوا بهم خيراً»^(١) ، ولهذا اهتم الأوائل بالفقه اهتماماً بالغاً نتج عنه ظهور المذاهب الفقهية والتي قد كان دونها أتباعها وسطروها في قراطيس بقيت لنا نبراساً نستضيء به ، وعلماً نهتدي به الطريق ، وكان من جملة هؤلاء العلماء ، العلامة صدر الدين علي بن علي بن أبي العز الحنفي ، المتوفى سنة ٧٩٢هـ الذي لم يأل جهداً في بيان الحق ونشره والدفاع عنه على مقتضى الكتاب والسنة ، وقد نفع الله بكتابه مع قلة ما وصل إلينا منها ، ومن أهم كتبه في الفقه ، كتابه «التنبية على مشكلات الهداية» والذي تسعد بمثله المكتبة الإسلامية ويغبط به المنصفون من فقهاء الحنفية ، ولأجل مكانة الكتاب هذه ، رغبت في إخراج قسم منه ، والذي يبدأ من كتاب العتاق وينتهي بآخر الكتاب ، لعل الله أن ينفع به كاتبه وقارئه وسامعه .

سبب اختياري تحقيق هذا القسم من الكتاب:

تتلخص أسباب الاختيار فيما يلي :

١- أن كتب المتقدمين فيها من العلم الشيء الكثير ، إضافة إلى قوة ومثانة معلوماتها ، وفيها من العمق وإدراك الحقائق ما ليس في غيرها ، فهذه كنوز ينبغي أن ترى النور وتثرى بها المكتبة الإسلامية ، فوددت أن أسهم ولو بجهد المقل في ذلك .

(١) أخرجه الترمذي في العلم - باب ما جاء في الاستيلاء بمن يطلب العلم - ٣٠ / ٥ ، وابن ماجه في المقدمة - باب الوصاة بطلبة العلم - ٩١ / ١ ، ٩٢ من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ، وهو في صحيح ابن ماجه ٤٧ / ١ ، رقم ٢٠١ .

٢- ما تميز به الكتاب من مكانة علمية، وطرح قوي، ونقدٍ بارع، استفاد منه من جاء بعده.

٣- مكانة مؤلفه، ومعرفته بهذا الفن، بل وزاد الأمر حسناً، معرفته بعلم الحديث وصحيحه من ضعيفه، وتأثره بشيخ الإسلام ابن تيمية وتلاميذه، مما جعل للكتاب طابعاً خاصاً وسمتاً متميزاً.

٤- احتواء هذا القسم على ما سوى العبادات والأنكحة، ومعلوم قلة اهتمام طلبة العلم بتلك الأبواب وبعدها عن بدايات كتب الفقه فلا تكاد تطرق إلا قليلاً فإن الهمم قد قصرت والعزائم قد ضعفت فلا يكاد ينتصف طالب العلم في كتاب من كتب الفقه حتى يعيده مرة أخرى ولا يأتي على تمامه إلا الجادون وقليل ما هم، فوجدتها فرصة سانحة للتعرف على هذه الأبواب وتحقيق مسائلها لعل الله أن ينفعني بها.

عملي في التحقيق:

١- قمت بنسخ المخطوط على مقتضى الرسم الإملائي الحديث، من غير إشارة إلى ما خالف ذلك من النسختين، مع مراعاة علامات الترقيم والفواصل.

٢- قارنت بين نسختي الكتاب مشيراً إلى ما في كل نسخة من الزيادات أو النقص، كما نهت على التصحيف الواقع في بعض الكلمات.

٣- هناك عبارات تركها الناسخ سهواً ثم استدركها وأضافها في الهامش مشيراً إلى أماكن سقوطها، فوضعها في أماكنها من متن الكتاب، بدون إشارة إلى ذلك في الهامش.

- ٤- أثبت أرقام لوحات الأصل ليسهل الرجوع إلى المخطوط لمن أراد .
- ٥- عزوت الآيات القرآنية الواردة في الكتاب .
- ٦- خرجت الأحاديث الواردة في الكتاب من كتب التخريج المعتمدة ولم ألزم الاستقصاء مع بيان درجته من حيث الصحة والضعف ما أمكن ، مشيراً إلى الكتاب والباب والجزء والصفحة ، إلا أن يكون الحديث في الصحيحين أو أحدهما فإني أكتفي بالعزو إليهما دون غيرهما ما لم ينص المؤلف على غيرهما .
- ٧- خرجت الآثار الواردة في الكتاب عن الصحابة من كتب السنة متى أمكن أو من كتب التفسير المعتمدة .
- ٨- ترجمت للأعلام الواردة في الكتاب ممن رأيت أنه يحتاج إلى ترجمة ، دون من كان معروفاً كالخلفاء الأربعة ونحوهم ، وتكون الترجمة في أول موضع ورد فيه العلم ، فإذا تكرر بعد ذلك لا أشير إلى مكان ترجمته .
- ٩- شرحت المفردات الغريبة من كتب اللغة والمعاجم ونحوها .
- ١٠- اتبعت في تحقيقي المسائل الفقهية الطريقة التالية :
- أ- وثقت أقوال أئمة المذاهب الذين يذكروهم المؤلف وذلك بالرجوع إلى كتبهم .
- ب- ما نقله المؤلف من أقوال غيره من الأئمة المحققين كابن المنذر وابن عبد البر وابن حزم وابن قدامة وشيخ الإسلام وابن القيم وغيرهم فإني أعزوه إلى كتبهم ما استطعت إلى ذلك سبيلاً .

ج- إذا ذكر المؤلف رواية عن أحد الأئمة فإني أذكر الرواية أو الروايات الأخرى في مذهبه وأبين ما عليه المذهب منها .

١١- الرموز والمصطلحات المستعملة في التحقيق :

أ- أشرت إلى النسخة الأصل ب: ز ، وإلى النسخة الأخرى ب: ع .

ب- وضعت أقواساً مزهرة للآيات وأقواساً صغيرة للأحاديث .

ج- ميزت كلام صاحب الهداية عن كلام صاحب التنبية وذلك بأن وضعت كلام الأول بين قوسين بخط متين ، والآخر بخط أقل منه حجماً .

د- وضعت السقط بين معقوفين ثم أشير إلى ذلك في الهامش .

هـ- عند عزو الحديث إلى أحد كتب التخريج فإن كان من الذي مع شرحه فإني أشير إلى ذلك كأن أقول البخاري مع الفتح ، مسلم مع النووي ، أو المسند مع الفتح الرباني ، وإن كان إلى المتن دون شرحه فإني أطلق ذكره .

١٢- وضعت فهرس علمية تساعد الباحث على الاستفادة من الكتاب

وهي تشمل :

أ- فهرس الآيات القرآنية مرتبة حسب ورودها في القرآن .

ب- فهرس الأحاديث والآثار مرتبة على حروف الهجاء .

ج- فهرس الأعلام المترجم لهم مرتبة على حروف الهجاء .

د- فهرس المفردات الغريبة .

هـ- فهرس المراجع والمصادر .

و- فهرس الموضوعات .

وبعد ، فهذا عمل متواضع يعتريه النقص والخلل ، فما كان فيه من صواب فمن الله ، هو المانّ به ، وما كان فيه من خطأ فمني ومن الشيطان ، وليس الله ورسوله ودينه في شيء منه ، والأمر كما قيل : إنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده : لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر .

وأسأل الله سبحانه وتعالى أن يجعل عملي صالحاً ولو جهه خالصاً ولا يجعل منه لأحد شيئاً ، وأحمده سبحانه وأشكره على نعمه الكثيرة وآلائه الجسيمة ، ومنها أن وفقني لطلب العلم في رحاب هذا الصرح الشامخ والجامعة المباركة في مدينة رسول الله ﷺ ، كما أشكر القائمين على هذه الجامعة على الجهود المبذولة تجاه العلم وطلابه ، كما لا يفوتني أن أنوه وأشيد بالجهود التي بذلها فضيلة المشرف الدكتور سليمان بن عبد الله العمير في سبيل تقويم هذه الرسالة قبل إعدادها للمناقشة ، وما غمرني به من نصح وتوجيه وإرشاد كان له أكبر الأثر في تخطي كثير من الصعوبات سائلاً المولى عز وجل أن يجزيه خير الجزاء . كما أشكر أيضاً كل من مد لي يد العون والمساعدة في إعداد هذه الرسالة من الأساتذة الكرام والإخوة الزملاء والوالدين والزوجة فجزى الله الجميع خير الجزاء وألهمهم الصواب في القول والعمل وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين .

* * *

نماذج من المخطوطة

كتاب الخلق قول الله عز وجل

فلم يخلقكم بغير حساب
فلا وربنا يبيدنا
الارواح على ان يوزن حساب
ولا يردون الا ان يمشوا على الآيات
الارواح

تسلكوا في الجحيم
والله اعلم
بما لا تعلمون

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم
والسلام على اهل بيته الطيبين الطاهرين
الذين هم اركان الاسلام



هو في قوله تعالى ان الله اخلاصك في الدنيا والآخرة
والله اعلم
بما لا تعلمون

والله اعلم
بما لا تعلمون

والله اعلم
بما لا تعلمون

والله اعلم
بما لا تعلمون

والله اعلم
بما لا تعلمون



القسم الحقيقي

مجتاز العتاق

قوله: (والوضع^(١) وإن كان للإخبار فقد جعل إنشاءً في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما^(٢)).

تقدم في أول النكاح أن جعل هذه الألفاظ إنشاءً ليس بحادث، وأن استعمال هذه الألفاظ إخباراً تارة وإنشاءً أخرى كان قبل الإسلام، وأقره الإسلام على ما كان من الإنشاء والإخبار^(٣). والله أعلم.

[١٠٦/ب]

قوله: (ولو قال هذا ابني وثبت / على ذلك عتق).

لا يحتاج إلى قوله: وثبت على ذلك، فإنه ليس بقيد، ولو رجع عن ذلك لا يرتفع الإعتاق، وقد اعتذر عن ذلك بأنه خرج اتفاقاً لا على سبيل التقييد، وهذا يقرر الإشكال، وقيل: إنه شرط حتى لا يعتق بدونه، وهذا مخالف

(١) أي وضع اللغة، ومراده الألفاظ المذكورة قبل، وهي قول السيد لعبده: أنت حر أو معتق أو محرر... إلخ.

(٢) مراده بالإخبار والإنشاء أن قوله: أنت حر، إخبار في الأصل إذ يدل على أنه يخبر عن شيء وقع منه متقدماً على النطق به فيحتمل الصدق والكذب، فجعله الشارع إنشاءً بحيث يكون معناه إثبات أمر لم يكن، لحاجة الناس إليه، فيحمل على ظاهر قوله ولا يقال فيه صدق أو كذب، ومثله في الطلاق والبيع وغيرهما.

قال ابن القيم: والتحقيق أنهما - أي صيغ العقود - متضمنة للأمرين، فهي في اللفظ خبر والمعنى إنشاء. إعلام الموقعين ٣/ ٣٧٧.

(٣) انظر ص ١٤٥٨. بتحقيق عبد الحكيم شاکر.

لظاهر المذهب^(١) ولما ذكره المصنف بعد ذلك^(٢)، وقيل: إن المراد^(٣) أنه لم يدع به الكرامة والشفقة^(٤)، وهذا خلاف الظاهر أيضاً، وقيل: الثبات لثبوت النسب لا لثبوت الإعتاق^(٥)، ولا يصح هذا التأويل لأن الكلام هنا لثبوت الإعتاق لا لثبوت النسب، وقيل: معناه وثبت النسب على ذلك أي لأجل إقراره^(٦)، ولا يصح هذا التأويل أيضاً، لأنه يلزم منه أن يكون قيداً لثبوت الإعتاق، وليس كذلك، فإن المصنف قال بعد ذلك: وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق^(٧).

قوله: (وإذا قال لغلام- لا يولد مثله لمثله- هذا ابني عتق عند أبي حنيفة إلى آخر المسألة).

قال السروجي^(٨): عتق عليه عند أبي حنيفة بغير نية^(٩)، ذكره في أصول

(١) إذ ظاهر المذهب أنه بمجرد قوله: هذا ابني، يعتق، ولا يلزم ثبوته على ذلك، وهذا القيد لم يذكره كبار علماء الحنفية من أمثال السرخسي، انظر المبسوط ٦٦/٧، قال في فتح القدير: قيل هذا قيد اتفاقي لا معتبر، ولذا لم يذكره في المبسوط. ٤٣٧/٤.

(٢) وهو قوله: وإذا قال لغلام- لا يولد مثله لمثله- هذا ابني عتق عند أبي حنيفة. فإنه لم يذكر هذا القيد، وسيأتي قريباً.

(٣) أي من قوله: وثبت على ذلك.

(٤) انظر: العناية وفتح القدير ٤٣٧/٤.

(٥) المصدر نفسه، وانظر كشف الأسرار وأصول فخر الإسلام ٢/٨٩-٩١.

(٦) انظر: العناية وفتح القدير ٤٣٧/٤.

(٧) الهداية ٢/٣٣٢.

(٨) أحمد بن إبراهيم بن عبد الغني شمس الدين أبو العباس السروجي، وضع شرحاً على كتاب الهداية سماه الغاية انتهى فيه إلى كتاب الأيمان، توفي بالقاهرة سنة ٧١٠هـ. انظر: الجواهر المضية ١/١٢٣، تاج التراجم ص ١١، حسن المحاضرة ١/٤٦٨، الفوائد البهية ص ١٣.

(٩) هذا أحد القولين عن أبي حنيفة، والقول الثاني لا يعتق، وقد ذكر القولين السرخسي في المبسوط ٦٧/٧.

البيزدوي^(١) والمنافع^(٢)، وخرجه أبو الخطاب وجهاً للحنابلة^(٣)، وعند الجمهور^(٤) لا يعتق وإن نوى، وعند مالك^(٥) يعتق بالنية. انتهى.

وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة رحمه الله كقول مالك رحمه الله في اشتراط النية؛ لأن ما علل له به لا يخرج اللفظ عن كونه كناية^(٦)، وإذا لم يكن من ألفاظ الصريح فإنه يحتاج إلى النية، فإن قيل: بل هو صريح وإن كان مجازاً فالجواب أن الصريح ما ظهر المراد به ظهوراً بيئاً، والكناية ما استتر المراد به ولا يفهم إلا بقريئة، حقيقة كان كل منهما أو مجازاً^(٧)، وهذا أمر تابع للاستعمال، فرب لفظ صريح عند قوم كناية عند آخرين. ولا شك أن قوله لعبده هذا ابني غير ظاهر في إرادة الإعتاق به فدخوله في حد الكناية أولى وأظهر من دخوله في حد الصريح هذا على تقدير التسليم لصحة المجاز فيه

(١) علي بن محمد بن الحسين أبو الحسن فخر الإسلام البيزدوي الفقيه، والبيزدوي نسبة إلى بزدة قلعة على ست فراسخ من نسف، كتابه في أصول الفقه مشهور توفي سنة ٤٨٢هـ.

انظر: الجواهر المضية ٢/٥٩٤، تاج التراجم ص ٤١، لب الباب ١/١٢٤، الفوائد البهية ص ١٢٤، وانظر قوله في أصوله ٢/٩١، ٩٢.

(٢) انظر: المنافع ص ٨٨، واسم الكتاب: منافع الدقائق في شرح مجامع الحقائق، لمؤلفه أبي سعيد محمد بن محمد بن مصطفى الخادمي توفي سنة ١١٥٦هـ.

(٣) انظره في: الهداية له ١/٢٣٥.

(٤) وهو قول الشافعية والحنابلة، انظر: روضة الطالبين للنووي ٨/٤٢٠، المغني لابن قدامة ٩/٣٣٤، الإفصاح لابن هبيرة ٢/٣٧٢.

(٥) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٢٧٥، التاج والإكليل للمواق ٦/٣٣٠، الكافي لابن عبد البر ٢/٢٧٥.

(٦) وقد قرر ذلك صاحب بدائع الصنائع ٤/٥٣ حيث ذكر هناك أن الكناية إن نوى بها العتق وإلا فلا.

(٧) انظر: أصول السرخسي ١/١٨٧، البحر المحيط للزركشي ٢/٢٤٩.

وإذا كان التمثل لتصحيح كلامه صوتاً عن البطلان فصون كلامه يلزم منه تضييع ماله بغير فائدة دنيوية ولا أخروية، أما الدنيوية فظاهر، وأما الأخروية فلأنه لم ينبو به الإعتاق فلا يؤجر عليه في الآخرة؛ لأن الأعمال بالنيات وصون ماله أولى من صون كلامه، فإنه لا إثم عليه بهذا اللغو من كلامه، فإن الله لا يؤاخذ باللغو في اليمين فهذا أولى، ويأثم بتضييع المال فإنه قد نهى عن إضاعة المال^(١)، وإذا دار الأمر بين منهي عنه ومعفو عنه كان ارتكاب المعفو عنه أولى من ارتكاب المنهي عنه، هذا على تقدير أن يكون لغواً وأما لو أراد به الكرامة فلا لغو، وهلا صتمت كلامه عن البطلان فيما إذا قال لأمته أنت طالق ونوى به العتق، وستأتي المسألة في كلامه في هذا الباب.

وأصل هذه المسألة على ما ادعاه أهل أصول الفقه مبني على أن المجاز عند أبي حنيفة رحمه الله خُلف عن التكلم بالحقيقة سواء كان معناه الحقيقي متصوراً فيه أو لم يكن^(٢) وعندهما^(٣): المجاز خلف عن حكم ذلك اللفظ بمعنى أن يكون اللفظ موجباً حقيقته ثم تعذر العمل بحقيقته لمعنى فحينئذ يصار إلى المجاز وهو قول أبي حنيفة الأول^(٤) وإذا كان المجاز عبارة عما أريد به غير ما وضع له لمناسبة بينهما كما ذكروا في حده فالإرادة إنما تعرف من المتكلم وهو معترف أنه لم تكن له نية فكيف يجعل مجازاً والمتكلم لم يرد به غير ما

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله يرضى لكم ثلاثاً ويكره لكم

ثلاثاً... وذكر منها: وإضاعة المال» رواه مسلم مع النووي - كتاب الأفضية - ١٢/١٠.

(٢) انظر: أصول السرخسي ١/١٨٤، تيسير التحرير لأمير بادشاه ٤٦/٢، منافع الدقائق

ص ٨٨.

(٣) أي عند أبي يوسف ومحمد، وانظر قولهما في المصادر السابقة.

(٤) أي أنه قال به أولاً ثم رجع عنه. انظر: تيسير التحرير ٤٦/٢، والعناية ٤/٤٣٩.

وضع له؟! فإن قيل: مثل هذا اللفظ يستعمل في مثل هذا المعنى، فلا يحتاج إلى إرادة المتكلم به في جعله مجازاً.

قيل: الشأن في سبق الاستعمال في مثل هذا الكلام، وغير مسلم ما ذكروا من التنظير بمن مات وترك مكاتباً فأعتقه الوارث فإنه يكون مجازاً عن الإبراء عن بدل الكتابة لا إعتاقاً من قبله حتى إن الولاء يكون للميت وذلك لأن المكاتب/ غير قابل للنقل من ملك إلى ملك فكان مبقى على ملك المورث [١٠٧/أ] وإذا كان كذلك فالإعتاق متى صح أوجب الإبراء، فإذا لم يصح - لأن المحل^(١) لا يحتمله من قبله^(٢) لما ذكر - صار الإعتاق مجازاً عن الإبراء الذي هو حكمه، وبمن تزوج بلفظ الشراء أو الهبة أنه ينعقد نكاحه وإن كان المحل لا يحتمل الشراء ولا الهبة، ولكن لما كان من حكم الشراء ملك المتعة في المحللات للمشتري صار كناية عن حكمه وهو ملك المتعة، فيصير قوله تزوجت وقوله اشتريت سواء.

أما النظر الأول فالشأن في كون المكاتب لا يقبل النقل بوصف الكناية، وسيأتي الكلام في ذلك في باب البيع الفاسد إن شاء الله تعالى.

وعلى تقدير التسليم، فالوارث لما أعتق المكاتب كان مريداً لإبرائه فصح المجاز، بخلاف من قال لعبده وهو أكبر سنّاً منه هذا ابني وهو لا يريد إعتاقه.

وأما النظر الثاني فإنما ثبت ملك النكاح فيه لأن ملك الرقبة أعلى منه، وقد أراد المتكلم به ملك المتعة فصح المجاز، ولا كذلك مسألتنا، فإن المتكلم

(١) أي كونه غير قابل للنقل من ملك إلى ملك.

(٢) أي الوارث.

فيها لم يرد الإعتاق ففات التنظير، مع أن الكلام له مجاز آخر مستعمل مشهور وهو إرادة الكرامة بهذا الكلام وهو صالح له فإن كثيراً ما يقول السيد أو الرئيس لمن يريد إكرامه هذا ابني، هذا ولدي، أو هذا أبي، أو هذا جدي، كما يقول لمن يريد تعظيمه هذا أستاذي، هذا مخدمي، هذا مالكي، ونحو ذلك، وإذا كان للكلام مجازان، لا يتعين أحدهما بغير نية.

فصل:

قوله: (وعتق المكره والسكران واقع).

تقدم الكلام في طلاق المكره والسكران، والعتق مثله، والخلاف فيهما واحد^(١)، والله أعلم.



(١) انظر ص ١٣٠٨، ١٣٠٩، وذهب هناك إلى عدم وقوع الطلاق منهما، أما المكره فقد قال بعدم وقوع طلاقه الأئمة الثلاثة، انظر: الكافي لابن عبد البر ٤٧١/١، روضة الطالبين ٥٣/٦، المغني ١١٨/٧، وأما السكران فالأئمة الأربعة على وقوع طلاقه، لكن المصنف أخذ بقول شيخ الإسلام وابن القيم، الفتاوى ١١٥/١٤، ١١٦، زاد المعاد ٢٠٩/٥، ٢١٠.

باب العبد يعتق بعنه

قوله : (وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر، ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا : يعتق كله إلى آخر المسألة) .
 ظاهر كلامه أن العتق يتجزأ عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه^(١) بل هو نص فيه .

وقد قالوا إن المتجزئ عنده إنما هو الإعتاق لا العتق^(٢) وقالوا : إن معناه أنه يزول الملك عن ذلك البعض وأما الرق فهو باق كله عنده^(٣) .
 وعندهما^(٤) زال الملك والرق عنه كله .

وقولهما أصح وهو مروى عن عمر بن الخطاب^(٥) وابنه عبد الله رضي الله

(١) انظر : بدائع الصنائع للكاساني ٨٦/٤، المبسوط ١٠٢/٧، ١٠٣ .

(٢) هذا هو ما حرره الكمال بن الهمام في شرحه على الهداية ٤/٤٥٩، ولم يوافق صاحب الهداية في ما يظهر من كلامه من أن العتق يتجزأ، وذلك أن المتجزئ إنما هو الإعتاق لا العتق .

(٣) ذكر هذا صاحب كشف الأسرار، والبزدوي في أصوله ٤/٢٨٤، وانظر : بدائع الصنائع ٥٦/٤ .

(٤) أي عند أبي يوسف ومحمد، وانظر قولهما في كشف الأسرار ٤/٢٨٣، المبسوط ١٠٣/٧، بدائع الصنائع ٥٦/٤ .

(٥) روى البيهقي في سننه ١٠/٢٧٤ بسنده إلى خالد المخزومي قال : « جاء رجل إلى عمر رضي الله عنه بعرفة، فقال : إني أعتقت شقصاً من غلامي هذا؟ قال : أعتق كله، ليس لله شريك، » وقد ذكر في المحلى أن ذلك مروى عن عمر رضي الله عنه ٨/١٨٦ .

عنهما^(١) وبه قال جمهور العلماء الأئمة الثلاثة^(٢) وغيرهم^(٣) إلا أن مالكا رحمه الله قال: إن مات قبل أن يحكم عليه لم يحكم لهم^(٤)، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أعتق شركاً له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم العبد عليه قيمة عدل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد» متفق عليه^(٥). وإذا أعتق عليه نصيب شريكه كان ذلك بينهما على عتق جميعه إذا كان كله ملكاً له، ولأنه أزال ملكه عن بعض مملوكه الآدمي إلى غير أحد فزال عن جميعه كما في الطلاق، وقد أشار النبي ﷺ إلى تكميل العتق وتعليقه حين سئل عن أعتق شقصاً له في مملوكه فجعل خلاصه عليه وقال: «ليس لله شريك» رواه أحمد وأبو داود^(٦). ويفارق البيع بأنه لا سراية فيه، وكذلك الهبة بخلاف إزالة الملك بالإعتاق؛ لأن من لازمه ثبوت العتق وهو لا

(١) رواه عبد الرزاق بنحو ما رواه البيهقي لكنه قال عن ابن عمر ١٤٩/٩، وذكر في المغني أنه مروى عن عمر وابنه ٣٤٦/٩، وكذلك في الإشراف ١٧٨/٣.

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٢٦٩، القوانين الفقهية ص ٣٢٣، المهذب مع تكملة المجموع ٧/١٦، روضة الطالبين ٨/٣٨٤، المغني ٩/٣٤٦، الإقناع ٣/١٣٣.

(٣) كالحسن البصري، وقتادة، والشعبي، والليث، وابن أبي ليلي، والحسن بن حي، وزفر، والحكم بن عتيبة، والظاهرية، انظر: المحلى ٨/١٧٢، الإشراف ٣/١٧٨.

(٤) يوضح هذه العبارة ما نقله ابن عبد البر في التمهيد ١٤/٢٨٢ عن مالك قال: إن مات المعتق الموسر قبل أن يحكم عليه بعتق الباقي لم يحكم على ورثته بعتق ذلك. اهـ. لذا فالصواب في عبارة المؤلف بقوله: لم يحكم لهم. لعلها: لم يحكم عليهم. كما يظهر من عبارة التمهيد.

(٥) أخرجه البخاري مع الفتح - كتاب العتق - باب إذا أعتق عبداً بين اثنين، رقم الحديث ٢٥٢٢، ١٥١/٥، ومسلم مع شرح النووي - كتاب العتق ١٠/١٣٥.

(٦) رواه أحمد في مسنده ٥/٧٤، وأبو داود في سننه - عتق - باب فيمن أعتق نصيباً له من مملوك ٤/٢٣، قال في مجمع الزوائد: رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح ٤/٢٤٨، وإسناده

صحيح كما في الإرواء ٥/٣٥٩.

يقبل التجزي .

فإن قيل : قد جاء في بعض طرق الحديث المتقدم في الصحيحين «وإلا فقد عتق منه ما عتق»^(١) وذلك دليل على تجزي العتق .

قيل : قد قال البخاري - بعد روايته هذا الحديث من طريق أيوب^(٢) ويحيى^(٣) - قال أيوب ويحيى عند قوله : «وإلا فقد عتق منه ما عتق» : لا ندري أشيء قاله نافع^(٤) أو هو شيء في الحديث^(٥) .

ولو ثبتت هذه الزيادة في الحديث لا يلزم منها عدم عتق بقيته عنده إذا أعتق بعضه ؛ لأنه مالك لبقيته ، فلم يكن كمن أعتق حصته في عبد مشترك وهو معسر لأن ذاك لا يقدر على إعتاق بقيته لعسرته ، وهذا مالك لبقيته ، وإنما هو نظير من أعتق حصته من عبد مشترك وهو موسر وستأتي مسألته .

(١) تقدم قريباً .

(٢) هو ابن كيسان السخيتاني ، البصري ، ثقة ثبت حجة ، من كبار الفقهاء ، مات سنة ١٣١ هـ .
التقريب ص ١١٧ .

(٣) هو ابن سعيد القطان ، البصري ، ثقة متقن حافظ ، إمام قدوة ، مات سنة ١٩٨ هـ .
التقريب ص ٥٩١ .

(٤) هو أبو عبد الله المدني ، مولى ابن عمر ، ثقة ثبت ، فقيه مشهور ، مات سنة ١١٧ هـ .
التقريب ص ٥٥٩ .

(٥) انظر : صحيح البخاري مع الفتح - عتق - باب إذا أعتق عبداً بين اثنين ١٥١/٥ لكنه ذكره عن أيوب فقط ولم يذكر يحيى ، وقد ذكر - أيوب ويحيى معاً - مسلم في صحيحه مع النووي - أيمان - باب صحبة المالك ١١/١٣٨ .

[ب/١٠٧]

فإن قيل قد روى أحمد^(١) وأبو داود عن إسماعيل^(٢) / بن أمية عن أبيه^(٣) عن جده^(٤) قال «كان لهم غلام يقال له طهمان أو ذكوان فأعتق جده نصفه فجاء العبد إلى النبي ﷺ ، فقال النبي ﷺ : تعتق في عتقك وترق في رفقك ، قال : فكان يخدم سيده حتى مات» .

فجوابه : أنه حديث ضعيف لم يثبت^(٥) ، فلا يعارض ما تقدم ، وقد اضطرب كلام الأصحاب في تحرير قول أبي حنيفة في تجزي العتق ، وأكثرهم على منعه ، أن المتجزي عنده إنما هو الإعتاق لا العتق .

قال صاحب البدائع : وهذا غير سديد لأن الإعتاق لما كان متجزئاً عند أبي

(١) المسند مع الفتح الرباني - كتاب العتق - باب من أعتق شركاً له في عبد - ١٥٧/١٤ ، ورواه أبو داود في المراسيل ص ١٤٤ ، رقم ١٧٢ ، وقد أخرجه البيهقي في سننه ٢٧٤/١٠ .

(٢) هو ابن أمية بن عمرو بن سعيد بن العاص الأموي ، ثقة ثبت ، توفي سنة ١٤٤ هـ وقيل قبلها . التقريب ص ١٠٦ .

(٣) هو أمية بن عمرو بن سعيد بن العاص بن أمية الأموي ، ولد الأشدق ، صدوق . التقريب ص ١٠٦ .

(٤) هو عمرو بن سعيد بن العاص بن سعيد بن العاص بن أمية القرشي الأموي ، المعروف بالأشدق ، تابعي ، وهم من زعم أن له صحبة ، وإنما لأبيه رؤية . التقريب ص ٤٢٢ .

(٥) قال البيهقي بعد روايته له : تفرد به عمر بن حوشب ، وإسماعيل هو ابن أمية بن عمرو بن سعيد بن العاص ، وعمرو بن سعيد ليس له صحبة . ١ هـ . انظر : السنن الكبرى ٢٧٤/١٠ ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد : رواه أحمد وهو مرسل ورجاله ثقات ٢٤٨/٤ . وعمر بن حوشب قال عنه الذهبي في ميزان الاعتدال ٣/١٩٢ : يجهل حاله . وقال في التقريب : مجهول ص ٤١١ .

حنيفة كان العتق متجزئاً ضرورة، إذ العتق حكم الإعتاق، والحكم يثبت على وفق العلة، ثم قال: ولأن القول بهذا قول بتخصيص العلة لأنه يوجد الإعتاق في النصف ويتأخر العتق فيه إلى وقت الضمان أو السعاية، وأنه قول بوجود العلة والحكم وهو تفسير تخصيص العلة وأنه باطل^(١). فصرح أن العتق على الخلاف في التجزي كالإعتاق، ويلزم من تقرير صاحب البدائع أن العتق لا يتخلف عن الإعتاق أن لا يتجزأ، فإنه لا يقبل التجزؤ فظهرت قوة قول الصاحبين رحمهما الله تعالى.

قوله: (وإذا كان عبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق. إلى آخر المسألة).

قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله^(٢) فيها أصح واختاره الطحاوي^(٣)، وهو أن العبد يعتق كله ثم المعتق إن كان موسراً ضمن لشريكه قيمة نصيبه، وإن كان معسراً سعى العبد في قيمة نصيب الساكت له وهو في حال السعاية حر مديون، وهو قول ابن شبرمة^(٤)

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/٨٩، ٩٠.

(٢) انظر: الهداية ٢/٣٣٧.

(٣) أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي المصري أبو جعفر الطحاوي، ولد سنة ٢٢٩هـ، وتوفي سنة ٣٢١هـ، صاحب المزني ثم ترك مذهبه، وصار حنفي المذهب.

انظر: الفهرست ص ٢٦٠، الجواهر المضية ١/٢٧١، شذرات الذهب ٢/٢٨٨. وجاء اختياره هذا في مختصره ص ٣٧٠.

(٤) عبد الله بن شبرمة بن طفيل الضبي، فقيه العراق، أبو شبرمة، قاضي الكوفة، حدث عنه الثوري وابن المبارك وغيرهما، ولد سنة ٧٢هـ، وتوفي سنة ١٤٤هـ.

انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٨٤، سير أعلام النبلاء ٦/٣٤٧، شذرات الذهب ١/٢١٥.

وابن أبي ليلى^(١) والأوزاعي^(٢) ورواية عن أحمد^(٣)، وظاهر مذهبه^(٤) وهو قول الثوري^(٥) وإسحاق^(٦) وابن المنذر^(٧) والشافعي في قول^(٨) واختاره المزني^(٩)،

(١) محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، فقيه الكوفة، وقاضيها، أبو عبد الرحمن الأنصاري، ولي القضاء لبني أمية، ثم لبني العباس، مات أبوه وهو صغير، فلم يأخذ عنه شيئاً، وأخذ عن الشعبي والثوري وعطاء وغيرهم، ولد سنة ٧٤هـ، وتوفي سنة ١٤٨هـ. انظر: طبقات ابن سعد ٦/٣٤١، الفهرست ص ٢٥٦، طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٨٤، سير أعلام النبلاء ٦/٣١٠.

(٢) عبد الرحمن بن عمرو عالم أهل الشام أبو عمرو الأوزاعي، الفقيه، ثقة جليل، كان إمام أهل زمانه، يقتدى به، له من الكتب السنن في الفقه، والمسائل في الفقه، مات سنة ١٥٧هـ، انظر: طبقات ابن سعد ٧/٣٣٩، الفهرست ص ٢٨٤، سير أعلام النبلاء ٧/١٠٧.

(٣) هذه إحدى الروايتين عن أحمد، انظر: الإنصاف ٧/٤٠٥، الكافي لابن قدامة ٢/٥٧٧، الهداية لأبي الخطاب ص ٢٣٦، مجموع فتاوى ابن تيمية ٣١/٢٣٢.

(٤) أي أحمد وقد نص على ظاهر المذهب في الإنصاف ٧/٤٠٥، والمغني ٩/٣٤٣.

(٥) سفيان بن سعيد بن مسروق أبو عبد الله الثوري، إمام الحفاظ، مصنف كتاب الجامع، ولد سنة ٩٧هـ، ومات سنة ١٦٢هـ على الصحيح، انظر: طبقات ابن سعد ٦/٣٥٠، الفهرست ص ٢٨١، سير أعلام النبلاء ٧/٢٢٩.

(٦) إسحاق بن إبراهيم بن راهويه الحنظلي أبو يعقوب، قال عنه ابن كثير: أحد الأعلام وعلماء الإسلام والمجتهدين من الأنام. ١هـ. ولد سنة ١٦١هـ، وتوفي سنة ٢٣٨هـ، وله من الكتب المسند، والتفسير. انظر: الفهرست ص ٢٨٦، البداية والنهاية ١٠/٣١٧، طبقات الشافعية للسبكي ٢/٨٣.

(٧) الإمام الحافظ شيخ الإسلام أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري صاحب التصانيف ك: الإشراف في اختلاف العلماء؛ والإجماع؛ ولم يكن يقلد أحداً، ولد سنة ٢٤٢هـ، وتوفي سنة ٣٠٩هـ وقيل ٣١٠هـ. انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٢/١٩٦، طبقات الشافعية للسبكي ٣/١٠٢، سير أعلام النبلاء ١٤/١٠٢، الرسالة المستطرفة ص ٥٨.

(٨) انظر: المهذب للشيرازي ٢/٣، ٤، وهو القول الجديد للشافعي، انظر: الأم ٧/١٢٣.

(٩) انظر: مختصره مع الأم ٩/٣٣٥، والمزني هو إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو، أبو إبراهيم المزني، ناصر المذهب الشافعي، وبدر سمائه، تلميذ الشافعي حدث عنه وعن =

أن المعتق إذا كان موسراً عتق العبد كله حين تلفظ بالإعتاق، واستقرت عليه القيمة كما قال أبو يوسف ومحمد، وإن كان معسراً لم يسر العتق إلى بقية العبد، بل عتق منه ما عتق^(١).

وقال مالك^(٢) والشافعي في قول^(٣) والزهري^(٤) وعمرو بن دينار^(٥): لا يعتق باقيه بإعتاق الموسر إلا بأداء الضمان، ويبقى باقيه رقيقاً بإعتاق المعسر، وفي مذاهبهم تفاصيل يطول ذكرها^(٦)، ويترجح قول الصحابين، لحديث أبي هريرة

= نعيم بن حماد وغيرهما، وهو قليل الرواية، لكنه كان رأساً في الفقه، روى عنه ابن خزيمة، والطحاوي، وغيرهما، ولد سنة ١٧٥هـ، وتوفي سنة ٢٦٤هـ. انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٧٩، طبقات السبكي ٩٣/٢، سير أعلام النبلاء ٤٩٢/١٢، شذرات الذهب ١٤٨/٢.

(١) عزا هذه الأقوال لأصحابها في الإشراف ١٧٢/٣ - ١٧٤، والمحلى ١٧٧/٨، ١٧٨.

(٢) انظر: الكافي ٢/٢٦٧، القوانين الفقهية ص ٣٢٣.

(٣) وهو قوله القديم، انظر: شرح مسلم للنووي ١٣٧/١٠ في كتاب العتق، باب ذكر العبد يكون للرجل فيعتق بعضاً ١٨٦/٣.

(٤) محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب، الإمام العلم، حافظ زمانه، أحد الأعلام من أئمة الإسلام، أبو بكر القرشي الزهري المدني نزيل الشام، روى عن ابن عمر وجابر بن عبد الله شيئاً قليلاً، ويحتمل أن يكون سمع منهما، ولد سنة ٥٠هـ، وقيل ٥١هـ، وتوفي سنة ١٢٣هـ، وقيل ١٢٤هـ، انظر: سير أعلام النبلاء ٣٢٦/٥، البداية والنهاية ٣٤٠/٩، تهذيب الأسماء واللغات ٩٠/١، شذرات الذهب ١٦٢/١.

(٥) هو الإمام الكبير الحافظ أبو محمد الجمحي مولا هم المكي الأثرم؛ أحد الأعلام وشيخ الحرم في زمانه، ولد سنة ٤٥هـ وقيل ٤٦هـ وسمع من ابن عباس، وجابر، وابن عمر، وأنس، وتوفي سنة ١٢٦هـ، انظر: طبقات ابن سعد ٢٩/٦، طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٧٠، سير أعلام النبلاء ٣٠٠/٥، شذرات الذهب ١٧١/١.

(٦) عزا الأقوال لأصحابها في الإشراف ١٧٢/٣ - ١٧٤، والمحلى ١٧٧/٨، ١٧٨، واختلاف العلماء للمروزي ص ٢٢٥.

رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعتق شقصاً من مملوك فعليه خلاصه في ماله، فإن لم يكن له مال، قوم المملوك قيمة عدل ثم استسعى في نصيب الذي لم يعتق غير مشقوق عليه» رواه الجماعة إلا النسائي^(١).

وحديث أبي المليح^(٢) عن أبيه^(٣) «أن رجلاً أعتق شقصاً له من غلام، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: ليس لله شريك، فأجاز عتقه» أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه^(٤)، وزاد رزين: «في ماله»^(٥). وفي لفظ «هو حر كله، ليس لله شريك»^(٦).

وحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من أعتق نصيباً له في مملوك أو شركاً له في عبد، وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل، فهو عتيق» رواه البخاري وأحمد^(٧).

(١) صحيح البخاري مع الفتح - عتق - باب إذا أعتق نصيباً في عبد وليس له مال ١٥٦/٥، صحيح مسلم مع النووي - عتق - ١٠/١٣٧، أبو داود - عتق - باب من ذكر السعاية في هذا الحديث ٤/٢٤، الترمذي - أحكام - باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين ٣/٦٣٠، ابن ماجه - عتق - باب من أعتق شركاً له في عبد ٢/٨٤٤.

(٢) أبو المليح بن أسامة بن عمير الهذلي، ثقة، من الثالثة، مات سنة ٩٨ هـ وقيل بعد ذلك، التقريب ص ٦٧٥.

(٣) أسامة بن عمير بن عامر بن الأقيشر الهذلي، البصري، والد أبي المليح، صحابي، تفرد ولده عنه، التقريب ص ٩٨.

(٤) تقدم تخريجه عند أحمد وأبي داود قريباً، وهو عند النسائي في الكبرى في كتاب العتق - باب ذكر العبد يكون للرجل فيعتق بعضه - ٣/١٨٦. ولم أره عند ابن ماجه وعزاه إليه المنذري في مختصره ٥/٣٩٥.

(٥) انظر: جامع الأصول ٨/٧٠.

(٦) عند أحمد ٥/٧٥.

(٧) البخاري مع الفتح - عتق - باب إذا أعتق عبداً بين اثنين ٥/١٥١، ورواه أحمد مع الفتح الرباني بنحوه - عتق - باب حكم من أعتق شركاً له في عبد ١٤/١٥٦.

وفي رواية «من أعتق شركاً له في عبد، عتق ما بقي في ماله إذا كان له مال يبلغ ثمن العبد» رواه أبو داود^(١).

فإن قيل قد جاء في رواية: «من أعتق شركاً له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن^(٢) العبد قوم العبد عليه قيمة عدل فأعطي شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق عليه ما عتق» رواه الجماعة^(٣) والدارقطني وزاد «ورق ما بقي»^(٤).

وفي رواية متفق عليها: «من أعتق عبداً بينه وبين آخر قوم عليه في ماله قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله إن كان موسراً»^(٥).

وفي رواية: «من أعتق عبداً بين اثنين فإن كان موسراً قوم عليه ثم يعتق» رواه البخاري وأحمد^(٦)، كل ذلك من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

فقوله «وإلا فقد عتق عليه ما عتق» يدل على تجزي العتق، / وكذا قوله [١٠٨/أ]

(١) في سننه - عتق - باب فيمن روى أنه لا يستسعى ٢٥/٤.

(٢) في الأصل: قيمة. والتصويب من كتب التخريج.

(٣) تقدم تخرجه في الصحيحين ص ٣٠. وأما في السنن فقد أخرجه: أبو داود - عتق - باب فيمن روى أنه لا يستسعى - ٢٥/٤، والترمذي - أحكام - باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين - ٦٢٩/٣، وابن ماجه - عتق - باب من أعتق شركاً له في عبد - ٨٤٤/٢، والنسائي - بيع - باب الشركة في الرقيق - ٣١٩/٧.

(٤) سنن الدارقطني ١٢٤/٤.

(٥) البخاري مع الفتح - عتق - باب إذا أعتق عبداً بين اثنين - ١٥٠/٥، مسلم مع النووي - عتق - ١٣٧/١٠.

(٦) صحيح البخاري مع الفتح - عتق - باب إذا أعتق عبداً بين اثنين ١٥٠/٥، والمسند مع الفتح الرباني - عتق - باب حكم من أعتق شركاً له في عبد ١٥٦/١٤.

«ثم عتق عليه في ماله إن كان موسراً» وقوله «ثم يعتق» وأنه لا يعتق كله أو بقيته إلا بعد أداء القيمة، لأن كلمة «ثم» للتراخي.

قيل: قد قال البخاري - في حديث أيوب ويحيى عند قوله «وإلا فقد عتق عليه ما عتق» - قال أيوب ويحيى: لا ندرى أشيء قاله نافع أو شيء في الحديث، فقد وقع الشك في كونه مدرجاً من كلام نافع أو مرفوعاً^(١)، وما زاده الدارقطني من قوله «ورق ما بقي» قال أبو محمد بن حزم في المحلى: وهي موضوعة مكذوبة لا يجوز الاشتغال بها^(٢).

وأما قوله: «ثم عتق» وقوله «ثم يعتق» بكلمة «ثم» المقتضية للتراخي، فجوابه: أن «ثم» كما تأتي للمهلة في الزمان، تأتي للمهلة في الأخبار^(٣) كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَدْرَاكَ مَا الْعُقْبَةُ (١٢) فَكُ رَقَبَةٌ (١٣) أَوْ إِطْعَامٌ فِي يَوْمٍ ذِي مَسْغَبَةٍ (١٤) يَتِيمًا ذَا مَقْرَبَةٍ (١٥) أَوْ مَسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ (١٦) ثُمَّ كَانَ مِنَ الَّذِينَ آمَنُوا (١٧)﴾ وقوله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ (١٥٣) ثُمَّ آتَيْنَا مُوسَى الْكِتَابَ تَمَامًا عَلَى الَّذِي أَحْسَنَ (١٥٤)﴾.

وقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَاكُمْ ثُمَّ صَوَّرْنَاكُمْ ثُمَّ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ (٦١)﴾ ونظائره كثيرة، ومن ذلك قول الشاعر:

(١) تقدم ص ٣١.

(٢) انظر: المحلى ٨/ ١٨٤.

(٣) انظر: مغني اللبيب لابن هشام ١/ ١١٧، والكواكب الدرية شرح متممة الأجرومية للأهدل ١٠٩/٢، حاشية الصبان ٣/ ٩٤، ٩٥، وضياء السالك إلى أوضح المسالك للنجار ٣/ ١٨٩.

(٤) سورة البلد، آية: ١٢- ١٧.

(٥) سورة الأنعام، آية: ١٥٣، ١٥٤.

(٦) سورة الأعراف، آية: ١١.

إن من ساد ثم ساد أبوه ثم قد ساد قبل ذلك جده^(١)

ويحصل الفرق بين ذلك بالقرائن المعنوية، فتحمل المهلة في قوله «ثم عتق» على المهلة في الأخبار لا في الزمان جمعاً بينها وبين الرواية الأخرى، وهي قوله عليه الصلاة والسلام «فهو عتيق» في جواب قوله «من أعتق نصيباً له في مملوك» والرواية الأخرى وهي قوله ﷺ «من أعتق شركاً له في عبد عتق ما بقي» الحديث، وقد تقدم ذكر ذلك، فرتب عتق الكل على عتق البعض، ويؤيد ذلك أن الإعتاق علة العتق فلا يتخلف عنه، وهو لا يقبل التجزي فيسري إلى بقية العبد، وتقرير ذلك مبسوط في موضعه^(٢)، ويؤيده أيضاً قوله ﷺ «ليس لله شريك» كما تقدم في حديث أبي المليلح^(٣)، وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال كثيرة^(٤)، وسبب اختلافهم في الاستسعاء ما حصل في حديث أبي هريرة من الكلام في زيادة ذكر الاستسعاء وكفى بتصحيح البخاري ومسلم لها حجة، قال الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد^(٥):

(١) البيت ورد في المصادر المذكورة قريباً غير منسوب. وانظر كلاماً للنووي رحمه الله. في أن «ثم» كما تأتي للمهلة والترتيب في الزمان فهي كذلك تأتي للمهلة والترتيب في الأخبار والذكر. في شرح صحيح مسلم ٧٨/٢.

(٢) انظر: الإشراف ١٧٢/٣-١٧٤، والمغني ٣٤٣/٩، والمحلى ١٧٧/٨، ومجموع الفتاوى ٢٣٢/٣١.

(٣) ص ٣٦.

(٤) ذكر ابن حزم في المحلى ١٧٣/٨ منها أربعة عشر قولاً، وانظر: بدائع الصنائع ٩٦/٤، والمغني ٣٤٤/٩، وبداية المجتهد ٤٤٩/٢، والإشراف ١٧٤/٣، والتمهيد لابن عبد البر ٢٨٣/١٤.

(٥) أبو الفتح محمد بن علي بن وهب القشيري تقي الدين الإمام المجتهد صاحب التصانيف ولد سنة ٦٢٥هـ بقرب ينبع من الحجاز، ومن مصنفاته «شرح العمدة» وكتاب «الإمام» وشرحه ولم يكمل شرحه، وكان حافظاً مكثراً، توفي سنة ٧٠٢هـ.

وقد أخرجه الشيخان في صحيحيهما وحسبك بذلك ، فقد قالوا إن ذلك أعلى درجة الصحيح ، والذين لم يقولوا بالاستسعاء تعللوا بمتعللات لا تصبر على النقد. اهـ^(١).

ولم يخرج في الصحيحين غير حديث أبي هريرة وابن عمر رضي الله عنهم المذكورين وهما أصل مسألة عتق العبد المشترك ، والاستدلال بهما لقول الصاحبين ظاهر .

قوله : (وإذا كان عبد بين ثلاثة دبره أحدهم... إلى آخر المسألة) .

والكلام فيها مرتب على أن المدبر لا يقبل النقل من ملك إلى ملك ، وسيأتي في باب التدبير ما في ذلك من الكلام إن شاء الله تعالى .

قوله : (لأنه عند ذلك مكاتب أوحَرَ على اختلاف الأصلين ، ولا بد من رضى المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر) .

قال هذا في التعليل لقول أبي حنيفة في عبد بين ثلاثة دبره أحدهم ثم أعتقه الآخر وهما مويسران واختير الضمان . حيث يضمن الساكت المدبر لا المعتق عنده لأن الإعتاق لا يمكن بعده نقل حصة المعتق من ملك إلى ملك بخلاف ما قبل الإعتاق حيث كانت حصته تقبل النقل إلى الذي دبر حصته قبله فعلى لكونه عند الإعتاق لا يقبل النقل من ملك إلى ملك بقوله : لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين .

= انظر : تذكرة الحفاظ للذهبي ٤/١٤٨١ ، طبقات الشافعية للسبكي ٩/٢٠٧ ، البداية والنهاية ١٤/٢٧ ، شذرات الذهب ٦/٥ .

(١) انظر : إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ٤/٢٦٠ .

قال جلال الدين ابن المصنف^(١): قوله: لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين. غير مستقيم، وكذا قوله: ولا بد من رضى المكاتب بفسخه، لأنه عند الإعتاق ليس بمكاتب ولا حر، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق، والمستسعى عند أبي حنيفة - وإن كان بمنزلة المكاتب - إلا أنه لا تنسخ كتابته بالعجز ولا بالتفاسخ، وإنما الصحيح أن يقال: لأنه عند ذلك مدبر.

نقل ذلك السروجي في شرحه^(٢) وهي مؤاخذه صحيحة، وقد أصلحوا بعض نسخ الهداية وكتبوا - بدل قوله: لأنه عند ذلك مكاتب إلى آخره - لأنه عند ذلك مدبر^(٣).



-
- (١) هو محمد بن علي بن أبي بكر أبو الفتح، الملقب عماد الدين، ابن صاحب الهداية، تفقه على أبيه ونشأ في حجره، وانتهت إليه رئاسة المذهب في عصره، وأقر له بالفضل والتقدم. انظر: الجواهر المضية ٣/ ٢٧٧ رقم ١٤٣٢، الفوائد البهية ص ١٨٢.
- (٢) ونقل ذلك أيضاً طائفة من شراح الهداية كما في العنابة، وفتح القدير، وحاشية سعدي أفندي ٤/ ٤٨٠ - ٤٨١، والبنية ٥/ ٦٣٠.
- (٣) هذه العبارة هي الموجودة في طبعة الهداية المستقلة ٢/ ٣٤١، والتي مع فتح القدير ٤/ ٤٨٠.

باب عتق أحد العبدین

قوله: (ومن قال لعبديه أحدكما حر... إلى آخره).

[ب/١٠٨] عتق أحد العبدین بغير عينه جائز وله البيان/ أي تعيين أحدهما للعتق عند أبي حنيفة^(١) والشافعي^(٢) ومالك في إحدى الروایتين عنه^(٣)، وعند أحمد^(٤) يقرع بينهما، فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر، ولا يصح بيانه إلا أن يقول: كنت نوبته عند التلفظ به، لحديث عمران بن حصين^(٥) رضي الله عنه «أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة» رواه الجماعة^(٦) إلا البخاري وأخرجه أحمد^(٧) وأبو داود^(٨) أيضاً من حديث أبي زيد

(١) انظر: المسوط ٧/٨٥، بدائع الصنائع ٤/١٠٥، فتح القدير ٤/٤٧٤.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٨/٤١٩، المهذب مع تكملة المجموع ٢٠/٨.

(٣) الكافي لابن عبد البر ٢/٢٧١، ٢٧٢-٢٧٥، القوانين الفقهية ص ٣٢٤.

(٤) المغني ٩/٣٦٩، والإقناع ٣/١٣٩.

(٥) عمران بن حصين بن عبيد بن عمرو الخزامي، أبو نجيد، روى عن النبي ﷺ عدة أحاديث، أسلم عام خيبر، وغزا عدة غزوات، كان صاحب راية خزاعة عام الفتح، توفي سنة ٥٢هـ، انظر: الاستيعاب ٣/٢٢، الإصابة ٣/٢٦.

(٦) أخرجه مسلم مع النووي- أيمان- باب صحبة المماليك ١١/١٣٩، وأبو داود- عتق- باب فيمن أعتق عبداً له لم يبلغهم الثلث ٤/٢٨، والترمذي- الأحكام- باب ما جاء فيمن يعتق مماليكه عند موته ٣/٦٤٥، وابن ماجه- أحكام- باب القضاء بالقرعة- ٢/٧٨٥، والنسائي في الكبرى- عتق- باب العتق في المرض- ٣/١٨٧.

(٧) المسند ٤/٤٢٦.

(٨) في سننه- عتق- باب فيمن أعتق عبداً له لم يبلغهم الثلث ٤/٢٨.

الأنصاري^(١) رضي الله عنه، وروي نحوه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه^(٢)، وقد اتفقت الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد على العمل بهذا الحديث^(٣) في مثل ما ورد به، ولا عذر لمن خالف الحديث بعد أن يبلغه.

وقول من قال إن هذا الحديث يخالف قياس الأصول^(٤) ممنوع، بل هذا حق فيما في تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الإيجاب إذا طلبها أحد الشركاء^(٥) ولو لم نعرف موافقته لقياس الأصول، فقوله عليه الصلاة والسلام واجب الاتباع فهمنا معناه أو لم نفهم، وهذا الحديث يجب أن يكون أصلاً نرفع منه المسائل.

ولو بلغ أبا حنيفة رحمه الله لما عدل عنه، فقد فرّع على أحاديث ضعيفة لما بلغته ولم يقل إنها مخالفة لقياس الأصول، كحديث «القهقهة في

(١) هو عمرو بن أخطب بن رفاعة الأنصاري الخزرجي، مشهور بكنيته، له صحبة ورواية، وهو غير الذي عرف بجمعه للقرآن، غزا مع الرسول ﷺ غزوات، قيل إنه بلغ ما يقارب المائة سنة وما في رأسه ولحيته إلا شيء يسير من بياض. انظر: الاستيعاب ٧٧/٤، والإصابة ٧٨/٤.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن ٢٨٦/١٠ وأشار إليه الترمذي في كتاب الأحكام. باب ما جاء فيمن يعتق ممالئكه ٦٤٥/٣.

(٣) انظر: الإفصاح لابن هبيرة ٣٧٢/٢، وسنن الترمذي ٦٤٦/٣، والإشراف ١٩٩/٣، وبداية المجتهد ٤٥٤/٢.

(٤) ممن قاله ابن الهمام في فتح القدير ٤٩٣/٤، وانظر: المبسوط ٧٦/٧.

(٥) أي فإنه يقرع بينهم، وقسمة الإيجاب: هي ما أمكن التعديل فيها من غير رد. وصورتها: أن يكون حق مشترك بين شريكين فأكثر في رقبة أو منفعة، فإذا دعا إلى القسمة أحد الشركاء أجبر الآخر عليها، وذلك عندما يتشاح الشركاء في الرقبة، ولم يتراضوا بالانتفاع بها، وقد ذكر الفقهاء أنه لا بد من اجتماع ثلاثة شروط لتتم قسمة الإيجاب. انظر: المغني ١١٧/٩، ١٢٥، المحلى ٤٢٢/٦، بداية المجتهد ٣٢٤/٢.

الصلاة»^(١)، وحديث «نبذ التمر»^(٢)، وحديث «أخروهن من حيث

(١) نص الحديث «ألا من ضحك منكم فهقهة فليعد الصلاة والوضوء جميعاً» وفيه قصة، وله ألفاظ أخرى متقاربة رواه عبد الرزاق في المصنف ٣٧٦/٢، والدارقطني ١٧١/١ ونقل عن أبي بكر النيسابوري أنه قال: هو حديث منكر. اهـ ١٧٢/١، وذكره ابن عدي في الكامل ٢٧٢٥/٧ وقال: إنه لم يروه عن الأعمش غير أبي فروة الرهاوي، وقد ذكر عن عدة من العلماء تضعيفهم لأبي فروة هذا. وقال ابن المنذر في الأوسط عن هذا الحديث: منقطع لا يثبت ٢٢٦/١.

وقد روي مسنداً ومرسلاً، وللإستزادة انظر: نصب الراية ٤٧/١، التلخيص الحبير ١١٥/١.

(٢) نص الحديث عن ابن مسعود رضي الله عنه قال «سألني النبي ﷺ ما في إداوتك؟ فقلت: نبذ، فقال: ثمرة طيبة وماء طهور. قال: فتوضأ منه» أخرجه أحمد ٤٤٩/١ والترمذي - وضوء - باب ما جاء في الوضوء بالنبذ ١٤٧/١، وقال: إنما روي هذا الحديث عن أبي زيد عن عبد الله عن النبي ﷺ، وأبو زيد رجل مجهول عند أهل الحديث لا تعرف له رواية غير هذا الحديث. اهـ، وأبو داود - طهارة - باب الوضوء بالنبذ ٢١/١، وابن ماجه - طهارة - باب الوضوء بالنبذ ١٣٥/١.

قال ابن أبي حاتم: سألت أبي وأبا زرعة عن حديث ابن مسعود في الوضوء بالنبذ فقالوا: هذا حديث ليس بقوي لأنه لم يروه غير أبي فزارة عن أبي زيد. علل الحديث ٤٤/١ رقم ٩٩.

قال الذهبي: أبو زيد لا يعرف، ولا يصح حديثه عن ابن مسعود، وذكره البخاري في الضعفاء، وقال الحاكم: رجل مجهول. ميزان الاعتدال ٥٢٦/٤. وضعف الحديث ابن حجر رحمه الله في الدراية ٦٣/١ ونقل الزيلعي في نصب الراية ١٣٨/١ عن كتاب الضعفاء لابن حبان قوله «أبو زيد شيخ يروي عن ابن مسعود، ليس يدري من هو، ولا يعرف أبوه ولا بلده ومن كان بهذا النعت ثم لم يرو إلا خبراً واحداً خالف فيه الكتاب والسنة والإجماع والقياس، استحق مجانية ما رواه» اهـ.

وقال ابن المنذر: في إسناده مقال، وقال أيضاً: رفع هذا الحديث غير واحد من أصحابنا، وقالوا: حديث ابن مسعود لا يثبت لأن الذي رواه وهو مجهول لا تعرف له صحبة عبد الله ولا السماع منه. الأوسط ٢٥٦/١.

أخرهن الله^(١) وأمثال ذلك .

واعتبر^(٢) أحمد ومن وافقه^(٣) مسألة من أعتق أحد عبديه بمسألة من أعتق عبیده في مرضه ولا مال له غيرهم ، لأن مستحق العتق في كل من المسألتين مبهم غير معين فيكون تعيينه بالقرعة كما في الحديث المذكور بل أولى ، لأن تعيين المبهم أهون من جمع السهام المتفرقة في واحد ، ولهذا جرى الخلاف في تعيين المعتق المبهم بغير قرعة دون جمع سهامه ، وكان التعيين بالقرعة أولى من التعيين بدونها لأنه تعيين كوني قدرى ، فكان أحق من التعيين بالتشهي بغير مستند ، وكأن المقرع يقول : اللهم قد ضاق الحق عن الجميع وهم عبيدك فخص من تشاء منهم به . ثم يلقي القرعة فيحكم الله بها على من يشاء ، فهذا سر القرعة .

وأيضاً فإن الحكم قد تعلق في المبهم بالمشترك فلا بد من مميز ، ولم يجعل الشارع التمييز إلى العبد لعجزه عنه ، فكان التمييز بالقرعة تمييزاً من جهة الشارع ، قالوا : والعمل بالقرعة ثابت بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقولته تعالى : ﴿ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَفَلَا مَعَهُمْ أَيْهَمُ يَكْفُلُ

(١) حديث ابن مسعود رواه عبد الرزاق في المصنف ١٤٩/٣ موقوفاً عنه ، قال في نصب الراية ٣٦/٢ : غريب مرفوعاً . وقد صحح ابن حجر - إسناد عبد الرزاق - في الفتح ٤٠٠/١ . وهو في الضعيفة ٣١٩/٢ ، رقم ٩١٨ وصحح وقفه .

(٢) أي قاس هذه المسألة على تلك ، والمعنى أنه يعتق أحد العبيدين بالقرعة . انظر : المغني ٣٧٠/٩ ، الطرق الحكمية ص ٢٩٥ .

(٣) وافقه مالك فيما إذا مات ولم يبين ، والليث ، وأبو ثور . انظر : الكافي ٢/٢٧١ ، المغني ٣٧٠/٩ ، الإشراف ٣/١٩٦ .

مَرِيْمَ ﴿١﴾، وقوله تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ ﴿٢﴾، وما قص الله علينا من شريعة من قبلنا فهو شريعة لنا ما لم ينسخ ﴿٣﴾.

وأما السنة فمنها ما تقدم ﴿٤﴾.

منها أنه عليه الصلاة والسلام أقرع بين نسائه للسفر ﴿٥﴾.

وقال ﷺ: «مثل القائم على حدود الله والماهين فيها كمثل قوم استهموا على سفينة» ﴿٦﴾ وغير ذلك.

(١) سورة آل عمران، آية: ٤٤.

(٢) سورة الصافات، آية: ١٤١.

(٣) في هذه المسألة طرفان وواسطة: فما دل الدليل الشرعي على أنه شرع لنا فلا خلاف في التعبد به كالصوم، وما دل الدليل الشرعي على نسخه كالأغلال والإصر فهو منسوخ، وما ثبت في شرعنا أنه شرع من قبلنا ولم يقم دليل لا على اعتباره ولا على نسخه فهذا فيه الخلاف على قولين:

أحدهما: أنه شرع لنا ما لم يرد نسخه وهو رواية عن أحمد وبه قال جمهور الحنفية.

الثاني: أنه ليس بشرع لنا وهو قول الأكثرين.

انظر: أصول السرخسي ٧٦/٢، وروضة الناظر ٤٠٠/١، وقواعد الأصول لعبد المؤمن الحنبلي ص ٧٦، البحر المحيط للزركشي ٤١/٦ وما بعدها، والراجح الأول، قال شيخ الإسلام في الفتاوى ٧/١٩: وشرع من قبلنا إنما هو شرع لنا فيما ثبت أنه شرع لهم، دون ما روه لنا. اهـ.

(٤) انظر ص ٤٢.

(٥) رواه البخاري مع الفتح من حديث عائشة رضي الله عنها - كتاب الهبة - باب هبة المرأة لغير زوجها رقم ٢١٨/٥، ومسلم مع النووي من حديث عائشة أيضاً - فضائل الصحابة - ٣٠٩/١٥.

(٦) رواه البخاري مع الفتح من حديث النعمان بن بشير - شهادات - باب القرعة في المشكلات رقم ٢٩٢/٥.

وأجمع الناس على استعمال القرعة [في القسمة، والقرعة]^(١) بين النساء لمن أراد السفر بواحدة من نسائه^(٢) لكن هذه القرعة مستحبة عند أبي حنيفة^(٣)، ومستحقة عند غيره^(٤).

وقول القائل^(٥) إن القرعة بمنزلة الميسر^(٦) باطل لوجوه:

أحدها: أن الله حرم الميسر وشرع القرعة فكان هذا نظير قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٧).

- (١) الزيادة من: ع.
- (٢) حكى الإجماع ابن المنذر، كما عزاه إليه القرطبي في تفسيره ٨٦/٤، ٨٧، وابن قدامة في المغني ٣٦٣/٩، وحكى ابن رشد في البداية ٢/٣٢١- اتفاق العلماء على استعمال القرعة في القسمة اتفاقاً مجملاً، وإن كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه، وحكى النووي في شرح مسلم ٢١٠/١٥ عن جماهير العلماء القول بإثباتها، وانظر: سنن الترمذي ٣/٦٤٦، وحكى في فتح الباري ٥/٢٩٤ عن الجمهور القول بها في الجملة، وكذا القرطبي في تفسيره ٨٦/٤.
- (٣) قال في المبسوط ٧/٧٦: وإنما يجوز استعمال القرعة عندنا فيما الفعل فيه بغير قرعة كما في القسمة فإن للقاضي أن يعين نصيب كل واحد منهم بغير قرعة، وإنما يقرع تطيباً لقلوبهم ونفياً لتهمة الميل عن نفسه. اهـ.
- وقال في فتح القدير ٤/٤٩٣: ونحن لا ننفى شرعية القرعة في الجملة، بل نثبتها شرعاً لتطيب القلوب ودفع الأحقاد.
- (٤) تقدم ص ٤٢ أن الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله اتفقوا على العمل بحديث عمران، ومقتضاه أن القرعة مستحقة عندهم.
- (٥) ذكره ابن القيم في الطرق الحكمية ص ٢٨٨ عن ابن أكرم، وقال به ابن الهمام في فتح القدير ٤/٤٩٣.
- (٦) هو القمار كما في معجم مقاييس اللغة مادة يسر ٦/١٥٦، وقال في المصباح المنير ص ٢٦١ هو قمار العرب بالأزلام. وانظر لسان العرب ٥/٣٠٠.
- (٧) سورة البقرة، آية: ٢٧٥.

الثاني: أن الله تعالى حرم الميسر لما فيه من إلقاء العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة. وأكل المال بالباطل، وليس شيء من ذلك في هذه المسألة، وإنما هي نظير القرعة في قسمة الحيوان وغيره.

الثالث: أن القرعة لازالت مشروعاً والميسر لا زال محرماً، ولم يحل الميسر في ملة من الملل فيما نقل إلينا.

وقول القائل - إن العتق نازل في الكل^(١) فلا يجوز رفعه بالقرعة^(٢) - فاسد لوجهين:

أحدهما: أن التعليل في مقابلة النص وذلك لا يجوز.

الثاني: أن العتق موقوف على تعيين القرعة عند من يقول بها، أو أن القرعة جمعت الثلث الشايح في الستة في اثنين منهم كما في قسمة الوقف من الملك عند من يقول بها لا أنها ترفع العتق بعد وقوعه.

وقول القائل: لا حجة في الحديث^(٣) لأنه واقعة عين فلا تعم.

[١٠٩/أ] والله ما أظن أن أبا حنيفة رحمه الله يرضى بهذا/ بل لو بلغه الحديث لعمل به كما عمل بحديث القهقهة لما بلغه، ولم يقل إنه واقعة عين، مع أن فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال: «ألا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة»^(٤) خاطب الحاضرين بذلك بكأف الخطاب، ولم يقل من ضحك في

(١) أي في العبيد الوارد ذكرهم في حديث عمران المتقدم.

(٢) احتج بذلك صاحب المبسوط ٧/٧٥، وصاحب فتح القدير ٤/٤٩٤.

(٣) أي حديث عمران بن حصين المتقدم ص ٤٢.

(٤) تقدم تخريجه ص ٤٤.

صلاته فليعد بلفظ العموم، ولم يقل أبو حنيفة فيه أنه واقعة عين لا تعم، ولا قال إنه خالف القياس وأصول الشرع وكذلك غيره وغيره.

وقول القائل: يحتمل أن يكون المراد اثنين شائعين أي قدر اثنين لا بأعيانهما^(١).

جوابه: أن هذا فاسد فإنه لا يقال في مثل هذا فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة، ولو كان قد عتق من كل ثلثه^(٢) لما كان إلى القرعة حاجة ويصان حديث رسول الله ﷺ عن مثل هذه المحامل الباردة.

وقول القائل: إنه لا يتفق أن يكون للإنسان ستة أعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا قماش ولا . . . ولا . . . وإن هذا من قبيل المستحيل عادة^(٣).

جوابه: أن هذا يقوله القائل على ما عنده، ومن كان على حال يظن الناس على مثلها، وإلا فمن الممكن بل من الواقع أن عادة كثير من الأعراب قلة الأثاث يتخلل أحدهم بعبادة وعنده إبل أو غنم ينتفع بدرها ونسلها أو رقيق ينتفع بكسبهم ويعيش بذلك أو اتفق أن ذلك الرجل غنم رقيقاً وكان فقيراً لم يفضل له من المال بعد كلفة دفنه سواهم.

وقول القائل: إنه لا يتفق أن يكون ستة أعبد قيمتهم سواء، لا يزيد قيمة أحدهم على الآخر بدرهم^(٤).

جوابه: أن هذا أيضاً مردود فإن الرقيق يكون متفاوتاً ومتقارباً، ومثل هذا

(١) انظر: المبسوط ٧/٧٦، فتح القدير ٤/٤٩٤.

(٢) في الأصل ثلثيه. والتصويب من: ع.

(٣) انظر: المبسوط ٧/٧٦، فتح القدير ٤/٤٩٣.

(٤) انظر: المبسوط ٧/٧٦.

لا ينكره إلا متعنت وإنما يفعل هذا من عنده هوى إذا أورد عليه نص بعد ما اعتقد الحكم في مسألة على خلافه، يحتال لدفعه بأنواع الحيل لئلا يرجع عما قاله أو قلد إماماً معيناً، نسأل الله السلامة والعافية .

ويحكى أن الحديث ذكر لحما^(١) .

فقال: هذا قول الشيخ . يعني الميسر^(٢) ، فقال له محمد بن ذكوان^(٣) :
«رفع القلم عن ثلاثة أحدهم المجنون حتى يفيق»^(٤) يعني أنه مجنون ، فقال له حماد: ما دعاك إلى هذا ، فقال له محمد: وأنت فما دعاك إلى هذا .

وهذا قليل في جواب هذا القائل^(٥) .

(١) لعله حماد بن زيد بن درهم الأزدي ، الإمام المشهور ، روى عنه جماعات منهم الثوري وابن المبارك وابن عيينة وغيرهم ، أخذ الفقه عن أبي حنيفة ، وهو الراوي عنه أن الوتر فريضة ، وله ذكر في مبسوط السرخسي ، ثقة ، ثبت ، حجة ، كثير الحديث ، ولد سنة ٩٨ هـ ، وتوفي سنة ١٧٩ هـ . انظر : طبقات ابن سعد ٧/ ٢١٠ ، الجواهر المضية ٢/ ١٤٨ ، تهذيب الأسماء واللغات ١/ ١٦٧ ، شذرات الذهب ١/ ٢٩٢ .

(٢) في المغني ٩/ ٣٦١ جاءت هذه العبارة هكذا: يعني إبليس ، فلعلها تصحيف .

(٣) لعله محمد بن ذكوان البصري ، الأزدي ، الجهضمي مولاهم ، خال ولد حماد بن زيد ، ضعيف . التقريب ص ٤٧٧ .

(٤) أخرجه البخاري مع الفتح من قول علي لعمر - كتاب الحدود- باب لا يرجم المجنون والمجنونة- ١٢/ ١٢٠ ، أبو داود في سننه مرفوعاً من حديث عائشة - حدود- باب في المجنون - ٤/ ١٤٠ ، قال ابن حجر في الفتح ١٢/ ١٢١ : ورجح النسائي الموقوف ، ومع ذلك فهو مرفوع حكماً .

(٥) يعني حماداً قال في المغني ٩/ ٣٦١ : وكان حرياً أن يستتاب عن هذا فإن تاب وإلا ضربت عنقه . اهـ . إلا أن هذه الحكاية مما يستبعد وقوعه ، لا سيما من إمام جليل ثقة ، وعلى فرض ثبوتها فهي هفوة عالم ترد عليه ، وكل يؤخذ من قوله ويترك إلا رسولنا ﷺ .

قوله : (وأما الداخل^(١) فمحمد رحمه الله يقول لما دار الإيجاب الثاني بينه وبين الثابت^(٢) - وقد أصاب الثابت منه الربع - فكذا نصيب الداخل) .

هذا تعليل قاصر فإنه لا يلزم من عتق ربع الثابت بالإيجاب الثاني أن يعتق ربع الخارج فقط ، فقياسه عليه فاسد ، وإنما الصحيح من التعليل له أن الكلام الثاني صحيح في حال دون حال ، لأنه إن أراد بالإيجاب الأول الثابت ، لا يصح الكلام الثاني إيجاباً بالجمع فيه بين الحر والعبد ، وإن أراد بالأول الخارج صح الكلام الثاني إيجاباً ، فإذا صح في حال دون حال ، ثبت نصفه وهو عتق نصف رقبة بينهما لعدم الأولوية ، فيكون لكل واحد ربع رقبة .

قوله : (والهبة والتسليم والصدقة ، والتسليم بمنزلة البيع لأنه تمليك) .

اشتراط التسليم في كل منهما فيه نظر ، فإن العرض على البيع بمنزلة البيع ، فالهبة والصدقة قبل القبول بطريق الأولى .

قال الشيخ حافظ الدين^(٣) في الكافي : وذكر التسليم في الهبة والصدقة

(١) صورة المسألة كما في الهداية : رجل له ثلاثة أعبد ، دخل عليه اثنان ، فقال : أحدكما حر ثم خرج واحد ، ودخل آخر ، فقال : أحدكما حر ، ثم مات ولم يبين ، عتق الذي أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ، ونصف كل واحد من الآخرين عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، ويمثل ذلك قال محمد إلا في العبد الآخر فإنه يعتق ربعه .

(٢) هو الذي ثبت مكانه بعدما دخل ولم يخرج كصاحبه .

(٣) هو عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي كنيته أبو البركات ، وكتابه الكافي شرح لكتابه الوافي في الفقه ، وله المنافع شرح النافع ، وغيرها ، توفي سنة ٧٠١هـ وقيل ٧١٠هـ .
انظر : الجواهر المضية رقم ٦٩٢ ، الطبقات السنية ٤ / ١٥٤ ، مفتاح السعادة ٢ / ١٦٧ ، ٢٥٨ .

وقع اتفاقاً، نص عليه في المحيط^(١)، إذ التعيين دلالة، يقع بالإقدام على تصرف يختص بالملك فلا تتوقف على القبض، ولهذا سوي في البيع بين المطلق - وبشرط الخيار لأحدهما - وبين الصحيح والفاسد، وفي البيع الفاسد بين التسليم وعدمه لأن انتفاء العتق عنه ما كان لضرورة ثبوت الحكم، وإنما كان لدلالة الإقدام على تصرف يختص بالملك انتهى^(٢).

قوله: (وله أن الملك قائم في الموطوءة لأن الإيقاع في المنكرة^(٣) وهي معينة فكان وطؤها حلالاً، فلا يجعل بياناً، ولهذا حل وطؤها على مذهبه إلا أنه لا يفتى به).

يعني فيما إذا قال لأمتيه إحداكما حرة، ثم وطئ إحداهما، والقول بأن الإيقاع في المنكرة والموطوءة معينة^(٤) يشمل عتق إحدى أمتيه وتطبيق إحدى زوجتيه، وكما أن الإعتاق المبهم لا ينزل قبل البيان فكذلك الطلاق المبهم لا ينزل قبل البيان، والموطوءة في كلا المسألتين معينة في المنكرة، ولو عكس هذا

(١) مؤلفه محمد بن محمد رضي الدين السرخسي، مصنف المحيط كان إماماً كبيراً، له المحيط الرضوي في الفقه، توفي سنة ٥٤٤ هـ. الفوائد البهية ص ١٨٨.

وهناك كتاب آخر باسم المحيط لمحمود بن أحمد برهان الدين البخاري المتوفى سنة ٦١٦ هـ المعروف بالمحيط البرهاني، ولعل الأول هو المراد، وذلك لأن ابن أمير الحاج قال في شرحه عن المحيط البرهاني: هذا المحيط لا يوجد بديارنا، والموجود بأيدي الناس إنما هو المحيط الرضوي. انظر: مفتاح السعادة ٢/٢٤٦، الفوائد البهية ص ١٨٨.

(٢) انظر: المبسوط ٧/٨٥، ٨٦، فتح القدير ٤/٤٩٩، ٥٠٠.

(٣) أي البهمة.

(٤) يعني أن العتق يقع على المنكرة وهي التي لم يطأها، وتصير التي وطئها معينة بالوطء بمعنى أنها لا تزال باقية في ملكه وينصرف قوله: إحداكما حرة. إلى الأخرى المنكرة.

لكان له وجه، وهو/ أن أمته لا وجه لحل وطئها سوى ملك اليمين ولا يجوز [١٠٩/ب] له الوطء بعد عتقها بخلاف الزوجة، فإنه لو وطئها يكون بذلك مراجعاً، فمن الجائز أن تكون الموطوءة مطلقة، وأنه صار بوطنها مراجعاً. أما الأمة فليس له وطؤها بعد عتقها، فلم لا يكون وطؤها بياناً، وفي القول بحل وطئها على مذهبه نظر، وإن كان يقول أن الإعتاق لا ينزل في إحداهما قبل البيان، لأن وطء المبيعة عنده^(١) إذا كانت ثيباً يمنع من ردها بالعيب، لأن الرد بالعيب يوجب^(٢) فسخ البيع من أصله، فيتبين أن الوطء وقع في غير ملكه، ولم يجعل الوطء هناك بمنزلة الاستخدام فكيف جعله هنا بمنزلته.

ثم قوله: إلا أنه لا يفتى به في غاية الإشكال، فإنه إذا كان حلالاً كيف لا يفتى بحله، وعدم الإقدام على الإفتاء بحله دليل على أنه غير حلال، وليست هذه المسألة نظير المسألة التي تأتي في كلام المصنف في باب العشر والخراج، أن من انتقل إلى أحس الأمرين من غير عذر فعليه خراج الأعلى، لأنه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به، كيلا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس، فإن تلك المسألة ونظائرها - مما يخاف منه مجاوزة الحد - الكف عن بثها لمصلحة راجحة أو متعينة كما قال أبو هريرة «حفظت من رسول الله ﷺ وعاءين^(٣) أما أحدهما فبثته، وأما الآخر فلو بثته لقطع هذا البلعوم»^(٤).

(١) انظر: الهداية ٣/٣٢، ٣٣.

(٢) في الأصل: فوجب. والتصويب من: ع.

(٣) قال في النهاية ٥/٢٠٨: أراد الكناية عن محل العلم وجمعه، فاستعار له الوعاء. ١هـ.

(٤) أخرجه البخاري مع الفتح - كتاب العلم - باب حفظ العلم - ١/٢١٦.

قيل يعني الفتن^(١) بخلاف هذه المسألة فإن هنا ليس إلا الوطء قبل البيان، فإما أن يكون حلالاً فيفتى بحله أو حراماً فيفتى بحرمة، وأي فساد يترتب على الإفتاء بحله إذا كان حلالاً.

ولو قيل لا يحل الوطء قبل البيان ولكن لو وطئ لا يكون الوطء بياناً لكان أقرب من قولهم إنه يحل ولكن لا يفتى به، وأيضاً فإن البيان ليس بإنشاء فكيف يحل الوطء قبله.

قوله: (بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد، وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد، أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء).

أجاب بهذا عن إلزام الصاحبين لأبي حنيفة بوطء إحدى زوجتيه بعد أن قال [لهما]^(٢) إحدكما طالق، حيث يكون بياناً، وفيه نظر، فإنه متى وطئ فقد قصد الولد بقصده الوطء، وإن كان لا يريد بالوطء الولد والتفريق بين الوطء المعلق وغير المعلق تناقض لأن العلق^(٣) ليس إليه وإنما إليه الوطء وهو موجود منه مع العلق وعدمه، ولأن الوطء سبب وجود الولد ولو كان معه عزل كما في الصحيحين عن أبي سعيد قال «أصبنا سيياً فكنا نعزل فسألنا رسول الله ﷺ

(١) قال ابن حجر في الفتح ٢١٦/١: حمل العلماء الوعاء الذي لم يبثه على الأحاديث التي فيها تبيين أسامي أمراء السوء وأحوالهم وزمنهم، ثم قال: وقيل: يحتمل أن يكون المراد ما يتعلق بأشراط الساعة وتغير الأحوال والملاحم في آخر الزمان، فينكر ذلك من لم يألفه. اهـ.

(٢) الزيادة من: ع.

(٣) أي وجود الحمل.

فقال: أو أنكم لتفعلون؟ قالها ثلاثاً، ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة»^(١).

وفي صحيح مسلم «أن رجلاً سأل النبي ﷺ فقال: عندي جارية وأنا أعزل عنها، فقال رسول الله ﷺ: إن ذلك لا يمنع شيئاً أَرَادَهُ اللهُ. قال: فجاء الرجل فقال لرسول الله ﷺ: إن الجارية التي كنت ذكرتها لك حملت، فقال رسول الله ﷺ: أنا عبد الله ورسوله»^(٢). وليس ذلك لأن الولد قد يخلق من غير ماء الرجل، بل لأنه قد يسبق منه مع العزل قطرة يكون منها الولد فإن الولد ليس من جميع الماء بل من بعضه، ولهذا كان الصحيح قول من قال: إن المولى إذا اعترف بوطن الأمة لزمه الولد، وإن لم يدعه^(٣)، وعلى تقدير التسليم أن المراد قضاء الشهوة بوطن الأمة، بإقدامه على قضاء شهوته منها بالوطء دليل على استبقائها، ولهذا لما فهم ذلك بعض الأصحاب زادوا في التعليل: أن حل الوطن يتصور بثبوته مع العتق بخلاف الطلاق ويرد هذا: أن حل الوطن هنا ليس له طريق إلا ملك الرقبة، وقد أجيب عن هذا الإيراد: أن ما طريقه طريق الضرورة يعتبر فيه الجملة لا الأحوال، أي أن المعتقة في الجملة يحل وطؤها بعقد النكاح بخلاف المطلقة ويرد هذا الجواب أن المطلقة يمكن وطؤها/ للمطلق في الرجعي، ويصير مراجعاً، وبتجديد العقد في الجملة في [١١٠/أ] غير الرجعي فاستويا، بل هنا أولى لأن العتق أقطع من الطلاق فإنه ليس له

(١) أخرجه البخاري مع الفتح - نكاح - باب العزل - ٣٠٥/٩، ومسلم مع النووي - نكاح - باب حكم العزل ١٠/١٠.

(٢) مسلم مع النووي - نكاح - باب حكم العزل - ١٣/١٠.

(٣) سوف يتطرق المؤلف لهذه المسألة قريباً.

حريم بخلاف الطلاق لأن حريمه العدة، وهذا كله على تقدير تسليم أن بيان المعتق^(١) المبهم إلى المعتق بدون قرعة، وقد تقدم ما في ذلك من الكلام في أول الباب.

قوله: (ومن قال لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة فولدت غلاماً وجارية، ولا يدري أيهما أولاً عتق نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبد).

قال في المبسوط: وذكر محمد في الكيسانيات^(٢) هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل، بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولاً، فإن نكل عن اليمين فنكوله كإقراره، فإن حلف فهم أرقاء^(٣)، وأما جواب الكتاب ففي فصل آخر وهو ما إذا قال المولى لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة وإن كان جارية فهي حرة، فولدتها جميعاً ولا يدري أيهما أولاً، فالغلام رقيق والأمة^(٤) حرة ويعتق نصف الأم. انتهى^(٥).

(١) في ع: العتق، والمثبت من الأصل.

(٢) الكيسانيات مسائل رواها سليمان بن سعيد الكيساني عن محمد بن الحسن، ومن هنا جاءت هذه النسبة، وقيل لأنه جمعها بكيسان وهي بلدة، قال بعضهم هذه التسمية غير صحيحة والصواب الكيسانيات جمعها لرجل يسمى كيان، وهي من كتب محمد المعتبرة في غير ظاهر الرواية.

انظر: مفتاح السعادة ٢/٢٣٧، كشف الظنون ٢/١٥٢٥.

(٣) انظر: المبسوط ٧/١٣٣.

(٤) كذا في النسختين وصوابه الجارية كما في المبسوط.

(٥) المصدر نفسه ص ١٣٢، وانظر: العناية وفتح القدير ٤/٥٠٣.

ثم علل لذلك ، وهذا الذي ذكره في الكيسانيات هو الصحيح كما لو قال إن لم تدخل هذه الدار اليوم فأنت حر ، فمضى اليوم ولا يعلم أدخل أم لا ، لا يعتق أصلاً ولا يوزع .

وكذا لو قال : إن كان هذا الطائر غراباً فأنت حر ، فطار ولم يعلم أغراب هو أم لا ، لا يوزع ولا يقال : إن كان غراباً يعتق وإن لم يكن غراباً لا يعتق فهو حر في حال دون حال فيتصرف بخلاف المسألة المذكورة في الكيسانيات لأننا تيقنا بحرية بعضهم ولا كذلك الصورة المذكورة في الهداية .

* * *

باب العتق على الجمل

قوله : (ثم الأداء في قوله : إن أديت ، يقتصر على المجلس لأنه تخيير ، وفي قوله : إذا أديت ، لا يقتصر ، لأن : إذا ، تستعمل للوقت بمنزلة متى) .

يعني فيمن قال لعبده إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر ، أنه يقتصر الأداء على المجلس^(١) وفي كونه يقتصر على المجلس نظر من وجهين :

أحدهما : أنه تعليق بشرط الأداء ، والتعليق لا يقتصر على المجلس ، ومعنى المعاوضة فيه إنما يثبت في الانتهاء لا في الابتداء على ما ذكره المصنف ، والمعتبر في الابتداء حكم التعليق ولهذا لا يشترط القبول كسائر الشروط ، وعن أبي يوسف أنه لا يتقيد بالمجلس^(٢) وهو الذي يوافق ما قرره ، وأي فرق بين قوله إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر وبين قوله إذا أديت أو متى أديت ، والكل من أدوات الشرط ، وإن كانت : إن حرفاً ، و : إذا ، و : متى اسمان وهما من ظروف الزمان فلا يلزم من ذلك الاقتصار على المجلس ، بل القول بعدم الاقتصار في : إذا ، و : متى ، مما يقوي القول بعدم الاقتصار في : إن .

وقول المصنف : لأنه تخيير ، يعني يقتصر على المجلس ، فيه نظر أيضاً فقد تقدم في أول باب تفويض^(٣) الطلاق ما في الخيار من الخلاف^(٤) ، وأن الأقوى

(١) هذا ظاهر الرواية كما في العناية ١٠/٥ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٦١/٤ ، وفتح القدير ١١/٥ ، والعناية ١٠/٥ .

(٣) في الأصل : التفويض والمثبت من : ع .

(٤) انظر ص ٩٠٨ . تحقيق : عبد الحكيم شاكر .

عدم الاقتصار فيه على المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام لعائشة رضي الله عنها لما خيرها: «فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمرني أبويك» الحديث رواه الجماعة إلا أبا داود^(١).

والثاني: أنه قد قال قبل ذلك: ولو علق عتقه بأداء المال صح، وصار مأذوناً، وذلك مثل أن يقول: إن أديت إليّ ألف درهم فأنت حر إلى أن قال: وإنما صار مأذوناً لأنه رغبه في الاكتساب لطلبه الأداء منه، ومراده التجارة دون التكدية^(٢)، فكان إذن له في التجارة، فلا بد من زمان يتجر فيه ليحصل ألف درهم ليؤديها بدل نفسه، ولا يتصور أن يحصل هذا المبلغ في ذلك المجلس بالتجارة، بل هذا من المحال عادة، فاشتراط أداء الألف في المجلس مع القول بأنه يصير مأذوناً له في التجارة تناقض.

قوله: (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل العبد عتق، ثم إن مات المولى من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد رحمه الله: عليه قيمة خدمته أربع سنين، أما العتق فلأنه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضاً، فيتعلق بالقبول وقد وجد، ويلزمه / خدمة أربع سنين، لأنه يصلح عوضاً فصار كما إذا أعتقه [١١٠/ب]

(١) البخاري مع الفتح - مظالم - باب الغرفة والعلية المشرفة - ١١٦/٥، ومسلم مع النووي - طلاق - باب بيان أن تخييره امرأته لا يكون طلاقاً... إلخ ٧٨/١٠، والترمذي - تفسير - باب ومن سورة التحريم - ٣٩٤/٥، والنسائي - نكاح - باب ما افترض الله على رسوله وحرمه على خلقه - ٥٥/٦، وابن ماجه - طلاق - باب الرجل يخيّر امرأته - ٦٦١/١.

(٢) التكدية في الأصل لفظ فارسي، ومعناه سؤال الناس. البناية ٦٦٩/٥ وفي معجم مقاييس اللغة: الكاف والبدال والحرف المعتل أصل صحيح يدل على صلابة في شيء. اهـ. ومن معانيه الافتقار كما في لسان العرب ٢١٧/١٥.

على ألف درهم. ثم إذا مات العبد فالخلاف فيه مبني على خلافية أخرى: وهو أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت^(١) الجارية أو هلك، يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده، وهي معروفة^(٢)، ووجه البناء^(٣) أنه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق بتعذر الوصول إلى الخدمة بموت العبد، وكذا بموت المولى فصار نظيرها^(٤).

قال السروجي - عن قوله: وكذا بموت المولى فصار نظيرها - قال عيسى^(٥): هذا غلط بل يأخذونه بما بقي من الخدمة، لأن الخدمة دين عليه، فيخلفه وارثه فيه بعد موته، كما لو كان أعتقه على ألف درهم واستوفى بعضه ثم مات كان للورثة أن يأخذوه بما بقي من الألف. قال: ولكن في ظاهر الرواية يقول الناس يتفاوتون في الخدمة، وكان الشرط أن يخدم المولى وقد فات بموته كما يفوت بموت العبد قبل تمام المدة. انتهى كلام السروجي.

(١) أي ظهر أنها مستحقة لآخر.

(٢) أي المسألة المذكورة وهي أن من باع نفس العبد... إلخ. انظر: العناية ١٥/٥، البناية ٦٧٧/٥.

(٣) أي بناء تلك الخلافة على هذه الخلافة. البناية ٦٧٨/٥.

(٤) يعني أن موت المولى في هذه الصورة كموت العبد، فصار نظير المسألة، فيكون الحكم فيهما سواء. العناية ١٦/٥.

(٥) عيسى بن أبان بن صدقة، أبو موسى، الإمام الكبير ولي القضاء عشر سنين، تفقه على محمد بن الحسن قيل إنه لزمه ستة أشهر، له كتاب الحجج وخبر الواحد والجامع والقياس، أثنى عليه جماعة من العلماء، كان كثير الحديث حسن الحفظ له، مات بالبصرة سنة ٢٢١ هـ. انظر: الفهرست ص ٢٥٨، تاريخ بغداد ١١/١٥٧، الجواهر المضية ٢/٦٧٨ رقم ١٠٨٦، الفوائد البهية ص ١٥١.

ويمكن أن يجاب عن هذا بأن العبد يخدم باختياره فلا يضر تفاوت الناس في الخدمة، فيخدم حسب طاقته باختياره، ولهذا قال السروجي: إلا أن هذا العذر ليس بقوي، فإن الخدمة عبارة عن خدمة البيت وهي معروفة عند الناس لا يتفاوتون فيها، فلا فوت بموت المولى، ولكن الأصح أن يقول: الخدمة عبارة عن المنفعة وهي لا تورث فلا يمكن إبقاء الخدمة بعد موت المولى. انتهى.

ويمكن أن يقال: ما المانع من إرث المنافع، وقد ورد في السنة ما يشهد لصحة استحقاق المنافع لغير المعتق، وهو حديث سفينة أبي عبد الرحمن^(١) رضي الله عنه قال: «أعتقتني أم سلمة رضي الله عنها وشرطت عليّ أن أخدم النبي ﷺ ما عاش» رواه أحمد^(٢) وابن ماجه^(٣)، وفي لفظ «كنت مملوكًا لأم سلمة، فقالت: أعتقتك وأشترط عليك أن تخدم النبي ﷺ ما عشت، فقلت: لو لم تشرطي عليّ ما فارقت النبي ﷺ ما عشت، فأعتقتني واشترطت عليّ» رواه أبو داود^(٤).

والوصية بالمنافع جائزة، وهي أخت الميراث، وسيأتي الكلام على بقاء الإجارة بعد موت المستأجر إن شاء الله تعالى.

(١) سفينة مولى رسول الله ﷺ، واختلف في اسمه سابقاً، أصله من فارس، فاشترته أم سلمة ثم أعتقته واشترطت عليه أن يخدم النبي ﷺ، توفي زمن الحجاج، يحدث عن سبب تسميته فيقول: كنت مع النبي ﷺ وأصحابه في سفر فإذا ثقل على أحد متاعه ألقاه عليّ حتى حملت من ذلك شيئاً كثيراً. انظر: الاستيعاب ١٢٩/٢، ١٣٠، الإصابة ٥٨/٢.

(٢) المسند مع الفتح الرباني - عتق - ١٤/١٥٥.

(٣) في سننه - عتق - باب من أعتق عبداً واشترط خدمته ٨٤٤/٢، وهو في صحيح ابن ماجه ٧٥/٢ رقم ٢٠٤٨.

(٤) في سننه - عتق - باب في العتق على الشرط ٢٢/٤، وهو في صحيح أبي داود ٧٤٥/٢ رقم ٣٣٢٨.

قوله: (لأن اشتراط البدل على الأجنبي في الطلاق جائز، وفي العتاق لا يجوز، وقد قررناه من قبل).

يشير إلى ما ذكره في باب الخلع، ولم يذكر هناك سوى قوله: لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح^(١). وليس في ذلك تقرير بل مجرد دعوى، وقد قرر غيره الفرق بينهما بأن الأجنبي في الطلاق كالمرأة، فإن المرأة في الطلاق لا تملك شيئاً بل يسقط ملك الزوج عنها، فذلك الأجنبي، بخلاف الإعتاق فإن العبد بالإعتاق يملك نفسه، وتثبت فيه قوة حكمية لم تكن قبل ذلك والأجنبي ليس كذلك^(٢)، وفيه نظر ليس هذا محل ذكره، وإنما المراد هنا التنبيه على أن صاحب الهداية ادعى هنا أنه قرر المسألة فيما تقدم وليس كذلك.

* * *

(١) انظر: الهداية ٢/٢٩٦.

(٢) انظر: فتح القدير ١٦/٥، العناية ١٧/٥.

باب التطبير

قوله: (ولنا قوله عليه السلام «المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث»).

أخرجه الدارقطني من حديث ابن عمر، وقال: رواه ضعفاء والصحيح أنه موقوف على ابن عمر، ولكن لم يذكر فيه: ولا يورث^(١). وضعفه أيضاً عبد الحق^(٢) وغيره^(٣)، وقد نقل السروجي عن ابن قدامة أنه نقل في المغني عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن المدبر لا يجوز بيعه، ولا هبته، ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية، وإنما نقل ابن قدامة في المغني وابن المنذر في الإشراف - عن ابن عمر - كراهة ذلك^(٤). ولكن الظاهر أن المراد من الكراهة عدم الجواز، بدليل الحديث المذكور، فإن الدارقطني صحح وقفه عليه كما تقدم، ونقله السروجي بالمعنى.

(١) سنن الدارقطني ٤/١٣٨، ومثله قال البيهقي أن الصحيح عن ابن عمر من قوله موقوفاً.

السنن الكبرى ١٠/٣١٣، ٣١٤.

(٢) في الأحكام الوسطى ٣/٢٦٣ في باب ذكر بيوع نهي عنها. وقال الصحيح وقفه.

(٣) قال ابن ماجه في سننه ٢/٨٤٠ بعد رواية حديث ابن عمر: المدبر من الثلث سمعت عثمان

يعني ابن أبي شيبة، يقول: هذا خطأ، قال أبو عبد الله: ليس له أصل. وضعفه البيهقي في

السنن ١٠/٣١٣، ٣١٤، وانظر: نصب الرأية ٣/٢٨٤ وقال في الإرواء ٦/١٧٧ عن

المرفوع أنه موضوع وبسط القول فيه في الضعيفة ١/١٩٧ رقم ١٦٤.

(٤) انظر: المغني ٩/٣٩٥، الإشراف ٢/٢٠٥ ولم يذكر الأثر عنه، ونصه عند البيهقي عن ابن

عمر «لا يباع المدبر» السنن الكبرى ١٠/٣١٣، ٣١٤.

ومذهب الشافعي^(١) وأحمد في ظاهر مذهبه^(٢) إنه يباع في الدين وغيره مع الحاجة وعدمها .

استدل من قال بعدم لزوم التدبير بحديث جابر رضي الله عنه «أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر فاحتاج، فأخذ النبي ﷺ فقال: من يشتريه مني؟ فاشتراه نعيم بن عبد الله^(٣) بثمانمائة درهم فدفعها إليه» متفق عليه^(٤) .

[١١١/أ] وفي / لفظ قال: «أعتق رجل من الأنصار غلاماً عن دبر وكان محتاجاً، وكان عليه دين، فباعه رسول الله ﷺ بثمانمائة درهم، فأعطاه فقال: اقض دينك وأنفق على عيالك» رواه النسائي^(٥)، ورواه أبو حنيفة رحمه الله في مسنده مختصراً عن جابر رضي الله عنه ولفظه: «أن النبي ﷺ باع المدبر»^(٦)

(١) انظر: الأم ٣٥٠/٧، والتنبيه للشيرازي ص ١٤٦ .

(٢) انظر: المغني ٣٩٥/٩، الإنصاف ٤٣٧/٧، وقد ذكر عن أحمد روايتين أخريين إحداهما أنه لا يجوز بيعه مطلقاً، والثانية أنه لا يباع إلا في الدين .

(٣) نعيم بن عبد الله بن أسيد بن عبد عوف القرشي العدوي المعروف بالنعحام، قيل كان إسلامه قبل عمر لكنه لم يهاجر إلا قبيل فتح مكة عام الحديبية ومعه أربعون من أهل بيته، واستشهد في فتوح الشام زمن أبي بكر أو عمر، انظر: طبقات ابن سعد ١٠٢/٤، الاستيعاب ٥٥٥/٣، الإصابة ٥٦٧/٣ .

(٤) أخرجه البخاري مع الفتح - كفارات - باب عتق المدبر وأم الولد، ٦٠٠/١١، مسلم مع النووي - أيمان - باب جواز بيع المدبر - ١٤١/١١ .

(٥) في سننه - بيوع - باب بيع المدبر ٣٠٤/٨ .

(٦) مسند أبي حنيفة ص ١٤٣، وهو في سنن ابن ماجه باللفظ نفسه ٨٤٠/٢، وكذلك عند النسائي ٣٠٤/٧ .

وبيع المدبر مروى عن عائشة رضي الله عنها^(١).

وحديث ابن عمر لا يصلح لمعارضة حديث جابر، وقول من قال: إنه يحمل الحديث على المدبر المقيد، أو أن المراد أنه باع خدمة العبد^(٢) من باب دفع الصائل، لأنه لما اعتقد أن التدبير عقد لازم سعى في تأويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تأويله، والنص مطلق فيجب العمل بإطلاقه، إلا لمعارضة نص آخر يمنع من العمل بإطلاقه.

قوله: (ولأنه^(٣) سبب الحرية، لأن الحرية تثبت بعد الموت، ولا سبب غيره، ثم جعله سبباً في الحال أولى لوجوده في الحال، وعدمه بعد الموت، ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية المتصرف، فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم قبل الشرط، لأنه يمين، واليمين مانع، والمانع هو المقصود، وأنه يصاد وقوع الطلاق والعتاق فأمكن تأخير السببية إلى زمان الشرط لقيام الأهلية عنده فافترقا).

(١) قال ابن المنذر: وقد روينا عن عائشة رضي الله عنها أنها باعت مدبرة لها، الإشراف ٢٠٥/٢، وحديثها في بيع مدبرتها في مسند أحمد ٤٠/٦، قال في مجمع الزوائد: رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح ٢٤٩/٤، وهو عند البيهقي في السنن الكبرى ٣١٣/١٠، عبد الرزاق ١٨٣/١٠، والحاكم ٢٤٤/٤، الدارقطني ١٤٠/٤. عن عائشة رضي الله عنها «أنها مرضت، فتناول مرضها فذهب بنو أخيها إلى رجل، فذكروا له مرضاً، فقال: إنكم تخبروني خبر امرأة مطبوبة، قال: فذهبوا ينظرون، فإذا جارية لها سحرتها، وكانت قد دبرتها، فسألته فقالت ما أردت منى؟ فقالت: أردت أن تموتني حتى أعتق، قالت: فإن لله علي أن تباعني من أشد العرب ملكة، فباعتها، وأمرت بثمانها أن يجعل في غيرها» وصححه في الإرواء ١٧٧/٦، ١٧٨.

(٢) كذا أجاب بهذين الجوابين في المبسوط ١٧٩/٧، وفي نصب الراية ٢٨٦/٣.

(٣) أي التدبير.

فيه نظر من وجوه:

أحدها: قوله: لأنه سبب الحرية، لأن الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره. فإن هذا حكم كل معلق بشرط، فإنه قوله: إن دخلت الدار فأنت حر، وإذا جاء غد فأنت حر، هو سبب العتق، وإن تأخر العتق إلى وجود الشرط المعلق به ومع هذا لا يمتنع إخراجه عن ملكه قبل وجود الشرط فكذا هذا.

وقد أجابوا عن هذا - بالفرق بين التدبير وبين سائر التعليقات - بأن الموت كائن لا محالة، وأورد على هذا الجواب: أن مجيء الغد في قوله: إذا جاء غد فأنت حر كائن لا محالة، ومع هذا يجوز له إخراجه عن ملكه قبل مجيء الغد فكذا يجب أن يكون حكم التدبير، وأجيب عن هذا بأنه يحتمل أن تقوم الساعة قبل مجيء الغد، فلم يكن مجيء الغد كائناً لا محالة^(١).

ولا يصح هذا الجواب، لأن أشراف الساعة لم تأت بعد، ولا يقال يحتمل أن يمتد ذلك اليوم حتى توجد فيه الأشراف، لأن مكث الدجال أربعين يوماً لا يتصور أن يكون ذلك في يوم، وكذلك مكث عيسى عليه السلام أربعين سنة وغير ذلك ومحال أن يتصور يومان في يوم فكيف بأربعين يوماً، فكيف بأربعين سنة، وإذا انتهى البحث إلى مثل هذه المحالات تحقق الانقطاع.

الثاني: قوله: ثم جعله سبباً في الحال أولى، لوجوده في الحال وعدمه عند الموت. فإن هذا أيضاً حكم كل معلق بشرط، إذ التعليق موجود في الحال

(١) انظر: المبسوط ٧/ ١٨٠، بدائع الصنائع ٤/ ١٢١، العناية ٥/ ٢٢، ٢٣، فتح القدير

معدوم عند وجود الشرط، فإن قيل: إن مراده عدم تصوره بعد الموت فلا يمكن تقديره منه، قيل فهو التعليل الذي علل به بعده، وهو قد عطفه عليه والعطف يقتضي المغايرة، وسيأتي التنبيه عليه في الوجه الثالث وهو قوله: ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية. فإن التدبير له شبهان، شبه بالتعليل، وشبه بالوصية، وقد تقدم. في باب العتق على جعل - أنه تعليق، نظراً إلى اللفظ، ومعاوضة نظراً إلى المقصود^(١)، ثم قال - هناك - فعلى هذا يدور الفقه، وتخرج المسائل. نظيره الهبة بشرط العوض^(٢). فيجب أن يقال - هنا كذلك - إنه بالنظر إلى كونه تعليماً لا يملك الرجوع عنه، وبالنظر إلى كونه وصية يصح إضافته إلى ما بعد الموت، وكأنه أوصى له برقبته، ولهذا ينفذ من الثلث، وله أن يتصرف في ثلث ماله وإن تأخر نفاذ تصرفه إلى ما بعد الموت، وكل من التعليق والوصية لا يمنع من إخراجهم عن ملكه قبل الموت.

الثالث: قوله: بخلاف سائر التعليقات لأنه المانع من السببية قائم قبل الشرط لأنه يمين إلى آخره.

فإنه قد فرق الأصحاب وغيرهم بين الإضافة إلى الزمان والتعليل بالشرط^(٣)، فلو قال: أنت حر غداً، لم يكن هذا من باب التعليق بالشرط، بل هو إعتاق مضاف إلى الغد، والتعليل بالشرط نوعان: ما أريد به الحض أو

(١) انظر: الهداية ٢/٣٤٨.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) انظر: المبسوط ٧/١٨٢، العناية ٥/٢٣، فتح القدير ٥/٢٤، ٢٥، وانظر: المغني ٩/٣٩٠، ٣٩١.

المنع فهو يمين، وما لم يرد به ذلك فليس بيمين، بل هو تعليق محض كما لو [١١١/ب] قال: إن شفى الله مريضى فأنت حر، / فإن هذا وأمثاله ليس فيه معنى اليمين، ففسد قوله: بخلاف سائر التعليقات إلى آخره.

إذ قد عرف أن التعليق منه ما فيه معنى اليمين ومنه ما ليس فيه معنى اليمين، وليس كل تعليق يميناً، والنوع الذي فيه معنى اليمين لا يشبه التدبير، ولا كلام فيه، وإن كان الصحيح فيه أن اليمين سبب للكفارة، والحنث شرط لما يأتي التنبيه عليه في كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى.

قوله: (ولأنه^(١) وصية، والوصية خلافة في الحال كالوراثة)^(٢).

فيه نظر، فإن للموصي أن يرجع عن وصيته ويبطالها، فاعتبارها بالوصية حجة للخصم لا عليه.

وقد أوجب عن هذا الإلزام بأن الوصية هنا تبرع بالعتق، وغيرها من الوصايا تبرع بالمال، التبرع بالمال لا يقع لازماً، فسببه أيضاً لا يكون لازماً، فلم يمتنع إبطاله بالبيع ونحوه.

وأما العتق فلا يثبت إلا لازماً، فالسبب الذي يوجب لا ينعقد إلا لازماً يمنع جواز البيع.

ورد هذا الجواب: بأن التبرع بالمال يقع لازماً للزوج والقريب غير الولد

(١) أي التدبير.

(٢) هذا فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات.

اتفاقاً، ولغيرهما عند من يمنع من الرجوع في الهبة^(١)، وسيأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى، فساوى الإعتاق من هذا الوجه، ولئن كان الإعتاق لا يثبت إلا لازماً، فلا يلزم أن كل لفظ يوجبه لا ينعقد إلا لازماً كما في الوصية بالإعتاق والتدبير المقيد وتعليق العتق بالشرط.

وقوله: والوصية خلافة في الحال كالورثة. ممنوع، بل الوصية خلافة بعد الموت، ولهذا جاز للموصي التصرف في الموصى به، وإنما حصل الخلاف في التدبير، ولا يصح الاستدلال بمحل النزاع.

* * *

(١) انظر: المبسوط ١٨٢/٧، العناية ٢٣/٥، فتح القدير ٢٥/٥، البناية ٦٨٥/٥.

باب الاستيلاء

قوله: (ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد، لوجود المانع عنه، فلا بد من الدَّعوة)^(١).

جمهور العلماء على أن الأمة تصير فراشاً بالوطء، الأئمة الثلاثة^(٢) وغيرهم^(٣)، إلا ما يروى عن مالك رحمه الله أنه جعل الأمة السُّرِّيَّة^(٤) - التي تشتري للوطء عادة - فراشاً بمجرد الشراء مع إمكان الوطء وإن لم يعترف بالوطء.

وقال أبو حنيفة وسفيان الثوري رحمهما الله: إن الأمة لا يثبت نسب ولدها من سيدها ولو اعترف بوطئها حتى يدعيه، فإذا ادعاه صارت أم ولده، فإذا ولدت بعد ذلك ولدًا ثبت نسبه بغير دعوة، ولو نفاه انتفى^(٥) وعند غيره لا

(١) الدَّعوة: بكسر الدال في النسب، كادعاء الولد الدعي غير أبيه، أو يدعيه غير أبيه، والدعوى والدعاوة بالفتح والادعاء مثل ذلك، وقولهم: لي في القوم دعوة بالكسر أي قرابة وإخاء، والدَّعوة - بالفتح - في الطعام.

معجم مقاييس اللغة ٢/٢٧٩، المصباح المنير ص ٧٤.

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٢٨١، روضة الطالبين ٨/٥٥١، ٥٥٢، الكافي لابن قدامة ٢/٦٢٣، التمهيد لابن عبد البر ٨/١٨٤.

(٣) كالظاهرية، انظر: المحلى ٨/٢١٢.

(٤) السُّرِّيَّة: واحدة السراري، فُعْلِيَّة، من السرّ وهو الجماع، أو فُعُولَةٌ من السرو: السيادة.

المغرب ١/٣٩٢، ٣٩٣. المصباح المنير ص ١٠٤.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٢٥، فتح القدير ٥/٣٦، المغني ٩/٥٣٢.

ينتفي ولد الأمة مطلقاً، أم ولد كانت أو لم تكن بمجرد النفي إلا أن يقول :
استبرأتها بعد الوطء بحيضة قبل الولادة بستة أشهر^(١)، وحجتهم - على أن
الأمة تصير فراشاً بمجرد الوطء - حديث عائشة رضي الله عنها قالت :
«اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة^(٢) إلى رسول الله ﷺ ، فقال
سعد : يا رسول الله ! ابن أخي عتبة بن أبي وقاص^(٣) عهد إليّ أنه ابنه ، انظر
إلى شبهه ، وقال عبد بن زمعة : هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي ،
فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه فرأى شبهاً بيناً بعتبة فقال : هو لك يا عبد بن
زمعة ، الولد للفراش ، وللعاهر الحجر ، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة ،
قال : فلم ير سودة قط» رواه الجماعة^(٤) إلا الترمذي ، وفي رواية أبي داود^(٥)

(١) انظر : المغني ٥٣١ / ٩ .

(٢) عبد بن زمعة بن قيس بن شمس بن عامر بن فهر بن لؤي القرشي العامري ، أخو سودة أم
المؤمنين ، وكان زمعة مات قبل فتح مكة ، وأسلم ابنه هذا يوم الفتح ، وكان شريفاً سيداً من
سادات الصحابة ، الاستيعاب ٤٤٢ / ٢ ، الإصابة ٤٣٣ / ٢ .

(٣) عتبة بن أبي وقاص بن أهيب بن زهرة القرشي الزهري ، أخو سعد ، قال ابن حجر : لم أر
من ذكره في الصحابة إلا ابن منده ، وأنكر عليه أبو نعيم ، وقال هو الذي كسر رباعية
النبي ﷺ يوم أحد وما علمت له إسلاماً . ١ هـ .

وفي الجملة ليس في شيء من الآثار ما يدل على إسلامه بل فيها ما يصرح بموته كافراً ، فلا
معنى لإيراده في الصحابة . الإصابة ١٦١ / ٣ . معرفة الصحابة لأبي نعيم ٢ / ق ١١٥ / ب .

(٤) البخاري مع الفتح - عتق - باب أم الولد ١٦٣ / ٥ ، مسلم مع النووي - رضاع - باب الولد
للفراش وتوفي الشبهات ٣٦ / ١٠ ، أبو داود - طلاق - باب الولد للفراش ٢ / ٢٨٢ ، النسائي -
طلاق - باب إلحاق الولد بالفراش ٦ / ١٨٠ ، ابن ماجه - نكاح - باب الولد للفراش وللعاهر
الحجر ١ / ٦٤٦ .

(٥) في سننه ٢ / ٢٨٢ .

ورواية للبخاري^(١) «هو أخوك يا عبد» فسبب الحكم بأن الولد للفراش وإنما كان في الأمة، فلا يجوز إخلاء الحديث منه، وحمله على الحرة التي لم تذكر، وإنما كان في غيرها، والزوجة إنما سميت فراشاً بمعنى، هي والأمة الموطوءة فيه سواء، ولم يثبت قط أن هذه الأمة ولدت له قبل ذلك، ولا سأل النبي ﷺ عن ذلك ولا استفصل، وترك الاستفصال ينزل منزلة المقال.

وقول من قال: إنما ألحقه بالأخ استلحقه، يرد: أن النبي ﷺ صرح عقيب حكمه بإلحاق النسب بأن الولد للفراش معللاً بذلك، منبهاً على قضية كلية عامة تتناول هذه الواقعة وغيرها.

وقول من قال: «إن قوله هو لك» أي مملوك، يرد: قوله في الرواية الأخرى المذكورة «هو أخوك يا عبد»، وعند الإمام أحمد «أما الميراث فله، وأما أنت فاحتجبي منه فإنه ليس لك بأخ»^(٢).

[١١٢/أ] والعجب كيف لا يجعل المستفرشة فراشاً، ويجعل/ من لم تستفرش فراشاً وهي التي علق^(٣) طلاقها بتزوجها ثم تزوجها ثم جاء بولد لستة أشهر، وقوله ﷺ لسودة: «احتجبي منه» لا ينافي ثبوت نسبه، بل أعمل الفراش في ثبوت حكم النسب، وأعمل الشبه في ثبوت حكم الاحتجاب وجعله أخاً في الميراث، وقال: «ليس لك بأخ» للشبهة^(٤)، كيف وإن حجاب أزواج النبي ﷺ

(١) في صحيحه مع الفتح - مغازي - ٢٤ / ٨.

(٢) المسند ٥ / ٤.

(٣) في الأصل: على، والمثبت من: ع.

(٤) في الأصل: للشبه، وهو خطأ.

منيع، وعن ابن عمر أن عمر قال: «ما بال رجال يطأون ولائهم»^(١) ثم يعزلون^(٢)، لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها إلا ألحقت^(٣) به ولدها فاعتزلوا بعد أو اتركوا» رواه الشافعي^(٤).

وقوله: إن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع.

فيه نظر، فإن المقاصد تختلف، ولو كان المقصود قضاء الشهوة دون الولد، فلا يمنع هذا القصد من وجود الولد بعد وجود الوطء الذي هو سبب وجود الولد ولو عزل، فإن الولد لا يكون من كل الماء وإنما يكون من بعضه، فقد يسبق منه نطفة يكون منها الولد، وهو يعزل، قال ﷺ: «ما من كل الماء يكون الولد، وإذا أراد الله خلق شيء لم يمنعه شيء» رواه أحمد^(٥) وأبو داود^(٦)، وفي حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «أصبنا سيياً فكنا نعزل، فسألنا رسول الله ﷺ فقال: أو إنكم لتفعلون؟ قالها ثلاثاً! ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة» متفق عليه^(٧). وفي صحيح مسلم أن رجلاً سأل النبي ﷺ فقال: عندي جارية وأنا أعزل عنها؟ فقال رسول الله ﷺ:

(١) الولائد جمع وليدة، وهي الأمة والجارية، وإن كانت كبيرة، لأن أصل هذه الكلمة أنها تطلق على الطفل فيقال للذكر وليد وجمعه ولدان، وللأنثى وليدة والجمع ولائد.
انظر: النهاية ٢٢٥/٥، المصباح المنير ص ٢٥٧.

(٢) في الأصل: يعترلون، وفي ع: يعترلونهن، والمثبت من مسند الشافعي.

(٣) في الأصل: لحقت، والمثبت من: ع.

(٤) في مسنده مع الأم ٤٥٣/٩، ٤٥٤، من كتاب اختلاف مالك والشافعي رحمهما الله. وهو عند مالك في الموطأ في الأفضية ص ٦٣٧ وصححه في الإرواء ١٩٠/٧.

(٥) المسند ٤٩/٣.

(٦) في سننه - نكاح - باب ما جاء في العزل ٢/٢٥٢ بنحوه، وأخرجه مسلم مع النووي - نكاح - باب حكم العزل ١٠/١٢.

(٧) تقدم تخريجه ص ٥٥.

إن ذلك لا يمنع شيئاً أَرَادَهُ اللهُ، قال: فجاء الرجل فقال يا رسول الله إن الجارية التي كنت ذكرتها لك حملت، فقال رسول الله ﷺ: أنا عبد الله ورسوله^(١).

وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال «كنت أعزل عن جاريتي فولدت أحب الخلق إليّ» يعني ابنه^(٢)، والعجب أن المصنف علل لوجوب الغسل- في كتاب الطهارة- بالتقاء الختانين من غير إنزال بأنه سبب الإنزال، ونفسه تتغيب عن بصره، وقد يخفى [عليه]^(٣) لعلته فتقام مقامه^(٤)، ومقتضى هذا التعليل ثبوت النسب من الأمة بعد الوطء وإن لم يعلم بالإنزال، وعدم ثبوته تناقض بين.

قوله: (لحديث سعيد بن المسيب «أن النبي ﷺ أمر بعثق أمهات الأولاد، وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث»).

قال السروجي: لا أصل له عن سعيد بن المسيب. انتهى^(٥)، ولكن رواه عبد الملك بن حبيب^(٦) في كتابه^(٧) عن سعيد بن المسيب، عبد الملك بن حبيب

(١) تقدم تخريجه ص ٥٥.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ١٤١/٧.

(٣) الزيادة من: ع والمطبوع.

(٤) انظر: الهداية ١٧/١.

(٥) قال في نصب الراية ٢٨٨/٣: غريب، وقال في الدراية ٨٧/٢: لم أجده.

(٦) عبد الملك بن حبيب الأندلسي، الإمام العلامة، فقيه الأندلس، أبو مروان، ولد في حياة الإمام مالك بعد السبعين ومائة، صنف كتاب الواضحة، والجامع، وفضائل الصحابة، وغيرها، كان موصوفاً بالحدق في الفقه، إلا أنه في باب الرواية ليس بمتمكن، بل يحمل الحديث تهوراً كيف اتفق، توفي سنة ٢٣٨هـ.

انظر: ترتيب المدارك ١٢٢/٤، سير أعلام النبلاء ١٠٢/١٢، البداية والنهاية ٣١٨/١٠، شذرات الذهب ٩٠/٢.

(٧) لعله أحد الكتابين المذكورين في الترجمة.

تكلم فيه جماعة من المالكية سحنون^(١) وغيره واتهموه في نقله، وقد ورد في النهي عن بيع أمهات الأولاد حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع أمهات الأولاد، وقال: لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن، يستمتع منها السيد ما دام حياً فإذا مات فهي حرة» رواه الدارقطني^(٢)، ورواه مالك في الموطأ^(٣)، والدارقطني من طريق آخر عن ابن عمر من قوله، وهو أصح^(٤). وحديث ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «من وطئ أمته فولدت له فهي معتقة عن دبر منه» رواه أحمد^(٥) وابن ماجه^(٦).

وعنه رضي الله عنه قال: «ذكرت أم إبراهيم عند النبي ﷺ فقال: أعتقها ولدها» رواه ابن ماجه^(٧) والدارقطني^(٨)، والحديثان قد ضعفهما أهل

(١) هو عبد السلام بن سعيد بن حبيب بن حسان بن هلال التنوخي الحمصي الأصل، فقيه المغرب، المالكي، قاضي القيروان، وصاحب المدونة، ويلقب بـ: سحنون، وهو اسم طائر بالمغرب يوصف بالفطنة والذكاء، توفي سنة ٢٤٠هـ. انظر: وفيات الأعيان ٣/١٨٠، ترتيب المدارك ٤/٤٥، سير أعلام النبلاء ١٢/٦٣.

(٢) في سننه ٤/١٣٤.

(٣) الموطأ - كتاب العتاق والولاء - ص ٦٦٥.

(٤) سنن الدارقطني ٤/١٣٤.

(٥) المسند ١/٣٢٠.

(٦) في سننه - عتق - باب أمهات الأولاد - ٢/٨٤١.

(٧) في سننه - عتق - باب أمهات الأولاد - ٢/٨٤١.

(٨) في سننه ٤/١٣١.

الحديث^(١).

وقد روى ابن أبي شيبة في مصنفه عن عمر رضي الله عنه أنه قال في أم الولد: أعتقها ولدها^(٢) وكذا رواه الدارقطني عن عمر [من]^(٣) قوله^(٤).

وقال البيهقي بعد أن تكلم على الحديث: فرجع الحديث إلى قول عمر رضي الله عنه^(٥) فإن الثابت في المنع من بيع أمهات الأولاد إنما هو عن عمر نفسه، ولم يثبت في المنع من بيعهن حديث صريح مرفوع إلى النبي ﷺ، ولهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إنه لو حكم حاكم بصحة بيع أم الولد نفذ حكمه، ولكن يجب تقييد هذا الإطلاق، ويستثنى منه ما لو مات سيدها عن

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد. بعد أن ذكر شيئاً من الأحاديث المجوزة لبيع أمهات الأولاد. وهي آثار ليست بالقوية ٣/ ١٣٨. وقال في نصب الراية ٣/ ٢٨٨ عن حديث ابن عمر: وهذا أعلى ابن عدي بعبد الله بن جعفر بن نجيح المدني، وأسد تضعيفه عن النسائي وابن معين. اهـ.

وقال البيهقي في السنن ١٠/ ٣٤٦. عن حديث ابن عباس من طريق حسن بن عبد الله الهاشمي «من وطئ أمته . . .»: حسين بن عبد الله الهاشمي ضعفه أكثر أصحاب الحديث. وكذلك قال ابن حجر في التلخيص ٤/ ٢٤٠. وقال البيهقي أيضاً. عن حديث ابن عباس من طريق أبي بكر بن أبي سبرة الذي فيه ذكر أم إبراهيم - أبو بكر بن أبي سبرة ضعيف لا يحتج به. انظر: سنن البيهقي ١٠/ ٣٤٦، وانظر: التلخيص لابن حجر ٤/ ٢٤٠ وضعف هذه الأحاديث الألباني في الإرواء ٦/ ١٨٥، ١٨٦، ١٨٧.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة في البيوع ٥/ ١٧٢.

(٣) زيادة يقتضيها السياق.

(٤) ولفظه «أن عمر أعتق أمهات الأولاد، وقال: أعتقهن رسول الله ﷺ» سنن الدارقطني ٤/ ١٣٦.

(٥) سنن البيهقي ١٠/ ٣٤٦ ولفظه «فعاد الحديث إلى عمر».

ابنه منها، فإنه لا خلاف في عتقها والحالة هذه، وفي بيع أم الولد ثمانية أقوال^(١).

[١١٢/ب]

ثالثها/ : لسيدها بيعها فإذا مات عتقت .

رابعها: أنها تباع في الدين .

خامسها: أنه يجوز بيعها بشرط العتق ولا يجوز بغيره^(٢).

سادسها: أنها إن عفت واتقت لم يجز بيعها، وإن فجرت أو كفرت جاز بيعها^(٣).

سابعها: الوقف في أمرها^(٤).

ثامنها: أنها تباع ولكن إن مات سيدها وولدها منه حي عتقت من نصيبه^(٥) ولا ينبغي أن ينفذ هذا القول، فإن من يجيز بيعها مطلقاً لا بد أن

(١) هذه الأقوال في بيع أم الولد إذا وضعت حملها، أما ما دامت حاملاً، فلا خلاف في عدم جواز بيعها، والجمهور الأئمة الأربعة وغيرهم على منع بيع أم الولد مطلقاً، وأجازه مطلقاً طائفة منهم علي وابن عباس وابن الزبير. انظر: الإشراف ٢/٢١٣، التمهيد ٣/١٣٦، ١٣٧، المغني ٩/٥٣٣، المحلى ٨/٢١٤، والمصنف لم يذكر هذين القولين لظهورهما بسياق الكلام.

(٢) في الأصل: بغيرها. والمثبت من: ع. وهو قول ابن عباس في أحد قوليه، وزيد بن ثابت وداود، وطائفة من الظاهرية كما في المحلى ٨/٢١٤، المغني ٩/٥٣٣.

(٣) روي عن عمر بن الخطاب، وعمر بن عبد العزيز، المحلى ٨/٢١٤، والمغني ٩/٥٤٤.

(٤) قاله أبو الحسن بن المغلس، وبعض الظاهرية، المحلى ٨/٢١٤.

(٥) هو قول ابن مسعود، وابن عباس في قوله الآخر، وابن الزبير، انظر: الإشراف ٢/٢١٣، والمحلى ٨/٢١٣، ٢١٤، والمغني ٩/٥٣٤، وانظر: مصنف ابن أبي شيبة - البيوع - ٥/١٨٤، ١٨٥، ١٨٦، سنن البيهقي ١٠/٣٤٧، ٣٤٨.

يستثني هذه الحالة ، اللهم إلا أن يكون مع ولدها منه وارث آخر وولدها معسر ولا يكفيه نصيبه من التركة لغرامة بقية قيمتها فيمكن حينئذ أن يقال : إنه يباع منها ما خلا نصيب ولدها على قول من لا يرى السعاية مع الإعسار .

قوله : (ولأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرراً لأنه جزء للأم في تلك الحالة ، والجزء لا يخالف الكل) .

فيه نظر فإن الجزء المنفصل ليس كالم متصل ، والمخالفة في أم الولد بين الجزء والكل ثابتة لأن الولد علق حر الأصل ولم يمسه رق ، وأم الولد رقها مستمر حتى يموت سيدها فقد خالف الجزء الكل .

قوله : (ولنا كتاب عمر رضي الله عنه إلى شريح^(١) في هذه الحادثة «لَبَسَا فَلَبَسَ عَلَيْهِمَا وَلَوْ بَيْنَا لُبِينَ لَهْمَا ، هُوَ ابْنُهُمَا يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانَهُ وَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا» وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وعن علي مثل ذلك) .

لا نعرف هذا كله عن عمر ولا عن علي رضي الله عنهما^(٢) ولكن قال

(١) شريح بن الحارث بن قيس القاضي ، أبو أمية ، مخضرم ، ثقة ، وقيل له صحبة ، مات قبل الثمانين أو بعدها ، يقال حكم سبعين سنة ، طبقات ابن سعد ٦ / ١٨٢ ، تهذيب الأسماء واللغات ١ / ٢٤٣ ، سير أعلام النبلاء ٤ / ١٠٠ .

(٢) أخرج أثريهما البيهقي في السنن باختلاف يسير وضعفهما ، أما أثر عمر فمن طريق مبارك ابن فضالة عنه في رجلين وطناً جارية في طهر واحد ، فجاءت بغلام ، فارتفعا إلى عمر رضي الله عنه ، فدعا له ثلاثة من القافة . . وفي آخره : فجعله عمر رضي الله عنه لهما يرثانه ويرثهما وهو للباقي منهما . السنن الكبرى ١٠ / ٢٦٤ ، وأما أثر علي فإنه أتاه رجلان وقعا على امرأة في طهر ، فقال : الولد بينكما وهو للباقي منكما . السنن الكبرى ١٠ / ٢٦٨ ، وأخرجهما عبد الرزاق في المصنف بنحوه ٧ / ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، وأخرج أثر علي ، الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤ / ١٦٤ .

سعيد بن منصور حدثنا سفيان^(١) عن يحيى بن سعيد^(٢) عن سليمان بن يسار^(٣) عن عمر رضي الله عنه «في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف: قد اشتركا فيه جميعاً، فجعله بينهما».

قال الشعبي: وعلي يقول: هو ابنهما وهما أبواه يرثانه. ذكره سعيد أيضاً^(٤).

وروى الأثرم بإسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاماً يشبههما فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فدعا القافة^(٥) فنظروا فقالوا: نراه يشبههما، فألحقه بهما، وجعله يرثهما ويرثانه^(٦).

(١) هو الثوري.

(٢) هو الأنصاري، أبو سعيد القاضي، ثقة، ثبت، مات سنة ١٤٤ هـ. التقريب ص ٥٩١.

(٣) هو الهلالي المدني، مولى ميمونة، وقيل أم سلمة، ثقة فاضل، أحد الفقهاء السبعة مات بعد المائة، التقريب ص ٢٥٥.

(٤) لم أجده في المطبوع من سنن سعيد بن منصور، وأخرج الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٦٢/٤، من رواية شعبة عن توبة العنبري عن الشعبي عن ابن عمر به، وصححه ابن القيم من هذه الطريق في الطرق الحكيمة ص ٢١٨.

(٥) القافة: قوم يعرفون الإنسان بالشبه، ولا يختص ذلك بقبيلة معينة بل من عرف منه المعرفة بذلك، وتكررت منه الإصابة فهو قائف، والقائف هو الذي يتتبع الآثار ويعرفها، ويعرف النسب بفراسته.

انظر: النهاية ١٢١/٤، التعريفات ص ١٧١، المغني ٧٦٩/٥.

(٦) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٦٢/٤، البيهقي ٢٦٤/١٠، وعزاه إلى الأثرم عن سعيد في المغني ٧٧٢/٥، وذكره ابن القيم في الطرق الحكيمة ص ٢١٨، ٢١٩، من رواية قتادة عن ابن المسيب، وقال عنها وعن غيرها: وهذه قضايا في مظنة الشهرة.

وروى عبد الرزاق في مصنفه عن معمر^(١) عن الزهري عن عروة بن الزبير «أن رجلين ادعيا ولدًا، فدعا عمر القافة واقتدى في ذلك ببصر القافة وألحقه أحد الرجلين»^(٢).

ثم ذكر أيضًا عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين قال: «لما دعا عمر القافة فرأوا شبهه فيهما، ورأى عمر مثل ما رأت القافة قال: قد كنت أعلم أن الكلبة تلقح الأكلب فيكون كل جرو لأبيه، ما كنت أرى أن مائين يجتمعان في ولد واحد»^(٣).

وعن زيد بن أرقم رضي الله عنه قال: «أتي علي رضي الله عنه وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد، فسأل اثنين فقال: تقران لهذا بالولد؟ قالوا: لا، ثم سأل اثنين فقال: أتقران لهذا بالولد؟ قالوا: لا، فجعل كلما سأل اثنين: أتقران لهذا بالولد؟ قالوا: لا، فأقرع بينهم، فألحق الولد بالذي أصابته القرعة، وجعل عليه ثلثي الدية، فذكر ذلك للنبي ﷺ فضحك حتى بدت نواجذه» رواه الخمسة^(٤) إلا الترمذي، ورواه أبو داود والنسائي موقوفًا على

(١) معمر بن راشد الأزدي مولاهم، أبو عروة البصري، نزيل اليمن، ثقة ثبت، فاضل، مات سنة ١٥٤ هـ. التقريب ص ٥٤١.

(٢) مصنف عبد الرزاق ٧/ ٣٦٠؛ قال ابن القيم: وإسناده صحيح متصل. انظر: الطرق الحكيمة ص ٢١٧.

(٣) المصنف ٧/ ٣٦٠، والبيهقي ١٠/ ٢٦٤ من حديث الحسن عن عمر، وقال عنها: رواية منقطعة.

(٤) المسند ٤/ ٣٧٣، وأبو داود- طلاق- باب من قال بالقرعة إذا تنازعا في الولد- ٢/ ٢٨١، والنسائي- طلاق- باب القرعة في الولد إذا تنازعا فيه- ٦/ ١٨٣، وابن ماجه- أحكام- باب القضاء بالقرعة- ٢/ ٧٨٦. قال ابن القيم: حديث زيد بن أرقم مضطرب جدًا. وقال عنه =

علي بإسناد أجود من إسناد المرفوع^(١)، وكذا رواه الحميدي في مسنده وقال فيه «فأغرمه ثلثي قيمة الجارية لصاحبه»^(٢).

وقد اختلف الفقهاء في هذا الحكم فذهب إليه إسحاق بن راهويه^(٣) وكان الشافعي يقول به في القديم^(٤)، ورجح أحمد عليه حديث القافة^(٥).

وقيل: يعمل بهذا إذا فقدت القافة، والمسألة معروفة.

والمراد هنا التنبيه على أن ما عزاه المصنف إلى عمر وعلي رضي الله عنهما ليس كما قال، وجمهور العلماء على العمل بالقافة^(٦).

قوله: (وإذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه، فإن صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه، وعن أبي يوسف أنه لا يعتبر تصديقه^(٧))

= أحمد: منكر، لا أعرفه صحيحًا. وذكر البخاري في تاريخه: أن عبد الله بن الخليل لا يتابع على هذا الحديث. ثم هو يخالف مذهب علي رضي الله عنه في حديث ابن أبي ظبيان عن أبيه عن علي أنه حكم بالقافة في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد، فجاءت بولد، فجعله ابنهما جميعًا.

انظر: الطرق الحكيمة ص ٢٣٤.

(١) انظر: سنن أبي داود ٢/٢٨١، وسنن النسائي ٦/١٨٢.

(٢) مسند الحميدي ٢/٣٤٥ رقم ٧٨٥.

(٣) أي القول بالقرعة دون القافة.

(٤) ذكر قول الشافعي الشيرازي في المهذب مع تكملة المجموع ١٥/٣٠٦، وانظر: روضة الطالبين ٨/٣٧٥.

(٥) ذكر ابن القيم في الطرق الحكيمة: أن إسحاق بن منصور قال لأحمد رحمه الله: حديث زيد ابن أرقم؟ قال: حديث عمر في القافة أعجب إلي. ص ٢٣٤.

(٦) انظر: المحلى ٩/٣٤٥، ٣٤١، المغني ٥/٧٦٦، ٧٦٧، والطرق الحكيمة ص ٢١٦.

(٧) أي أنه يثبت النسب بمجرد الدعوى من المولى.

اعتباراً بالأب يدعي ولد جارية ابنه، ووجه الظاهر - وهو الفرق - أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه حتى لا يتملكه الابن^(١)، والأب يملك تملكه^(٢) ولا يعتبر تصديق الابن).

قول أبي يوسف رحمه الله أظهر، وهو قول سائر العلماء^(٣) والفرق الذي فرق به فيه نظر، فإن للمولى في المكاتب ملك الرقبة، وليس للأب على الابن ملك [١١٣/أ] الرقبة، ولا ملك اليد/ بل للأب في مال الابن حق التملك، وحق الملك أقوى من حق التملك، فلما ثبت للأب نسب الولد من جارية الابن بدون الملك على الولد وعلى جاريته بغير تصديق الابن فلأن يثبت للمولى نسب الولد من جارية المكاتب بغير تصديق المكاتب - مع حق الملك في المكاتب - أولى، ألا ترى أن المولى لو أعتق المكاتب يصح مع أنه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم، ولئن كان المولى يعتقد الكتابة حجراً على نفسه عن التصرف في كسب المكاتب - والدعوة تصرف - فمقتضاه أن لا يثبت النسب ولو صدق المكاتب، لأن التصديق لا يرفع الحجر ولا يستفيد به المولى ما لم يكن ثابتاً، فاستوى وجوده وعدمه، وغايته أنه اعترف له أنه صادق في دعواه أنه وطئها فكان ماذا؟ هل ملكه الأمة بذلك التصديق، وهب أنه كذبه، فأقام البينة على الوطاء، هل تكون البينة بمنزلة التصديق مع أن الثابت بالبينة أقوى من الثابت بالتصديق، فظهر ضعف اشتراط التصديق.

* * *

(١) لفظة: الابن ليست في المطبوع من الهداية، وعدم وجودها أقرب إلى الصواب، كما يدل عليه السياق. والله أعلم.

(٢) أي تملك أكساب ومال ابنه.

(٣) انظر: المنتقى للبايجي ٨/٧، روضة الطالبين ٨/٥٣٥، المغني ٩/٤٥٢.

كتاب الأيمان

قوله : (فالغموس : الحلف على أمر يتعمد الكذب فيه) .

لكان أولى لأن تقييده بالماضي غير صحيح بل الحلف على أمر في الحال يتعمد الكذب فيه كذلك كما لو قال : والله ما لهذا عليّ دين وهو يعلم خلافه .

قوله : (لقوله عليه السلام « من حلف كاذباً أدخله الله النار »)^(١) .

هذا الحديث منكر وكأنه مأخوذ بالمعنى من حديث الأشعث بن قيس أن النبي ﷺ قال : « من حلف على يمين يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر ، لقي الله وهو عليه غضبان » متفق عليه^(٢) .

أو من حديث عمران بن حصين رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « من حلف على يمين مصبورة كاذباً فليتبوأ مقعده من النار » أخرجه أبو داود^(٣) .

(١) قال في نصب الراية ٣/ ٢٩٢ : غريب بهذا اللفظ ، وقال في الدراية ٢/ ٩٠ : لم أجده هكذا .

(٢) البخاري مع الفتح - الأيمان والنذور - باب عهد الله عز وجل - ١١/ ٥٤٤ ، ومسلم مع النووي - إيمان - باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة - ٢/ ١٥٨ .

(٣) سنن أبي داود - الأيمان والنذور - باب التغليظ في الأيمان الفاجرة - ٣/ ٢٢٠ . وأصل الحديث في البخاري - كتاب الأيمان والنذور - باب قول الله تعالى ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله ... ﴾ الآية - ١١/ ٥٥٨ .

قوله: (لقوله عليه السلام: «ثلاث جدّهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق واليمين»)^(١).

المحفوظ حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ «ثلاث جدّهن جد وهزلهن جدّ: النكاح والطلاق والرجعة» أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن غريب والله أعلم^(٢).

* * *

(١) قال في نصب الراية ٣/٢٩٣: غريب، وقال في الدراية ٢/٩٠: لم أجده هكذا.
 (٢) لم أجده في مسند أحمد، أبو داود- طلاق- باب في الطلاق على الهزل- ٢/٢٥٩، ابن ماجه- طلاق- باب من طلق أو نكح أو راجع لآعبًا- ١/٦٥٧، الترمذي- طلاق- باب من جاء في الجد والهزل في الطلاق ٣/٤٩٠.

باب: ما يهجون يميننا وما لا يهجون

قوله : (واليمين بالله تعالى أو باسم من أسمائه كالرحمن والرحيم ، أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله وجلاله وكبريائه لأن الحلف بها متعارف) .

في التعليل - بأن الحلف بها متعارف - نظر ، سواء كان الضمير في قوله : لأن الحلف بها متعارف . يعود إلى الأسماء والصفات أو إلى الصفات وحدها ، لأن الأسماء التي لا يسمى بها غير الله تعالى كالله ، والرحمن ، ورب العالمين ، ومالك يوم الدين ، والذي لا إله إلا هو ، والأول الذي ليس قبله شيء ، والآخر الذي ليس بعده شيء ، ورب السماوات والأرض ، ونحو ذلك .

يكون الحلف بها يميناً بكل حال ، وكذلك الصفات التي لا يحتمل أن تكون غير صفاته كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه ، فإنها تنعقد بها اليمين بكل حال ، ولا يحتاج في شيء من ذلك إلى العرف ، بخلاف ما قد سمي به غير الله كالحي والمؤمن والكريم فمثل هذا إذا قيل : يعتبر في اليمين به العرف أو نية الحالف ساغ التعليل ، وكذلك ما يعبر به من صفات الله عن غيرها كعلم الله وقدرته فإنه قد يستعمل في المعلوم والمقدور اتساعاً كما يقال : اللهم اغفر علمك فينا ، ويقال انظر إلى قدرة الله ، وكذلك صفات الفعل كخلق الله ورزقه ففي مثل ذلك يجري التعليل بالتعارف وعدمه .

قوله: (إِلا قوله: وعلم الله، فإنه لا يكون يميناً، لأنه غير متعارف، ولأنه يذكر ويراد به المعلوم).

يرد على تعليله - بأنه يذكر ويراد به المعلوم - أن القدرة تذكر ويراد بها المقدور، فإن سلم له أن العرف فرّق بينهما، فاعتبر الحلف بالقدرة يميناً دون العلم، لم يسلم له التعليل بأنه يذكر ويراد به المعلوم.

قوله: (وكذا إذا حلف بالقرآن لأنه غير متعارف).

ينبغي أن يكون الحلف بالقرآن يميناً لأنه قد صار متعارفاً في هذا الزمان^(١)، كما هو مذهب الأئمة الثلاثة^(٢) وغيرهم^(٣)، ولا يلتفت إلى من علل كونه ليس يميناً بأنه غير الله^(٤) على طريقة المعتزلة^(٥) وقولهم بخلقه^(٦) فإن

(١) وتبعه في ذلك صاحب فتح القدير ٦٩/٥.

(٢) مذهب المالكية والشافعية والحنابلة: أن الحلف بالقرآن يعقد يميناً توجب الكفارة عند الخنث. انظر: الكافي لابن عبد البر ١/٣٨٥، وروضة الطالبين ٨/١٣، والإقناع للحجاوي ٤/٣٣١.

قال ابن قدامة في المغني ٨/٧١١: وبهذا - أي انعقاد الحلف بالقرآن يميناً - قال مالك والشافعي وعامة أهل العلم.

(٣) كابن مسعود رضي الله عنه، والحسن البصري، وقتادة، وأبو عبيد، وعند الظاهرية أن أطلق.

انظر: المغني ٨/٧١١، والمحلى ٦/٢٨٥.

(٤) ممن علل بذلك صاحب بدائع الصنائع ٣/٨.

(٥) المعتزلة: أصحاب واصل به عطاء المعتزلي، اعتزل مجلس الحسن البصري، ويسمون أصحاب العدل والتوحيد، ويلقبون بالقدرية. وأصولهم خمسة يسمونها: التوحيد، والعدل، والمنزلة بين المنزلتين، وإنفاذ الوعيد، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. التعريفات للجرجاني ص ٢٢٢، والملل والنحل للشهرستاني ١/٥٦، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ١٣/٣٨٦.

(٦) انظر: شرح العقيدة الطحاوية ص ١٨٠، مقالات الإسلاميين للأشعري ٢/٢٥٦.

ذلك لازمه الكفر على ما عرف أن القرآن كلام الله^(١) منزل غير مخلوق^(٢) .

قوله : (وكذا إذا قال : لله ، في المختار^(٣) ، لأن الباء تبدل بها^(٤)) / قال الله [١١٣/ب] تعالى ﴿ آمَنَّمْ لَهُ ﴾^(٥) أي آمَنتم به .

فيه نظر من وجهين :

أحدهما : أن اللام في قولهم : لله . في القسم ليس بمنزلة الباء من كل وجه ، قال ابن مالك^(٦) في شرح الشافية الكافية : وجروا المحلوف به في التعجب باللام كقولهم : لله لا يؤخر الأجل . بمعنى تالله .

ومنه قول الشاعر :

لله يبقى على الأيام مبتقل
جون^(٧) السراة رباع سنه غرد^(٨)

(١) سقط لفظ الجلالة من الأصل ، والمثبت من : ع .

(٢) انظر شرح العقيدة الطحاوية ص ١٨٨ ، ومجموع الفتاوى ١٢ / ١٦٢ وما بعدها .

(٣) أي في المذهب المختار أي أن ذلك يكون يميناً .

(٤) أي باللام .

(٥) الشعراء : ٤٩ .

(٦) هو جمال الدين محمد بن عبد الله بن عبد الله بن مالك ، أبو عبد الله الطائي النحوي ، صاحب التصانيف المشهورة المفيدة ، منها الكافية الشافية وشرحها . والتسهيل وشرحه ، والألفية ، انفرد عن المغاربة بشيئين : الكرم ، ومذهب الشافعي ، ولد سنة ٦٠٠ هـ ، وتوفي سنة ٦٧٢ هـ ، طبقات الشافعية للسبكي ٨ / ٦٧ ، بغية الوعاة ١ / ١٣٠ ، نفح الطيب ٢ / ٢٢٢ .

(٧) الجون : حمار الوحش . لسان العرب ١٣ / ١٠١ .

(٨) قائل هذا البيت : هو مالك بن خويلد الخزاعي الهذلي ، ذكره في لسان العرب - مادة بقل - . ١١ / ٦١ ، والمبتقل : هو الذي يرعى البقل ، ومعنى لله يبقى : أي لا يبقى ، انظر : لسان العرب المادة المذكورة .

ويروى: تالله. انتهى^(١).

الثاني: أن معنى اللام في قوله تعالى ﴿آمَنْتُمْ لَهُ﴾ ليس هو بمعنى الباء في قوله ﴿آمَنْتُمْ بِهِ﴾.

بل معنى قوله ﴿آمَنْتُمْ لَهُ﴾: أي أصدقتموه؟ والضمير يعود إلى موسى قولاً واحداً، وأما ﴿آمَنْتُمْ بِهِ﴾ فالضمير في (به) يعود إلى رب العالمين، فإن السحرة لما قالوا ﴿آمَنَّا بِرَبِّ الْعَالَمِينَ (٤٧) رَبِّ مُوسَى وَهَارُونَ﴾ قال فرعون ﴿آمَنْتُمْ بِهِ﴾ أي آمتم برب العالمين، وقيل إن الضمير في: به، يعود إلى موسى كما في قوله ﴿آمَنْتُمْ لَهُ﴾.

ولكن ليس معناها واحداً بل في الإيمان به معنى زائد على الإيمان له وهو الطاعة والانقياد والإقرار، وكلا المعنيين يصح هنا، لأن موسى عليه السلام ادعى الرسالة لنفسه وهو صادق في دعواه فصح أن يقال: أصدقتموه في قوله؟ وأن يقال: أصدقتموه وأطعتموه وأقررتم به؟ بخلاف من يدعي الرسالة لغيره، كمن قال: موسى رسول الله! صح أي يقال: آمنت لمن قال هذا، ولا يقال: آمنت بمن قال هذا من المؤمنين، ففرق بين المعدى بالباء والمعدى باللام، فالأول يقال للمخبر به، والثاني للمخبر، ولهذا قال تعالى: ﴿يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَيُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ﴾^(٢) وقال تعالى عن إخوة يوسف: ﴿وَمَا أَنْتَ بِمُؤْمِنٍ لَنَا﴾^(٣) وفي هاتين الآيتين لا يصح دخول الباء عوضاً عن اللام، فلا يقال: ويؤمن

(١) انظر: شرح الكافية الشافية ٢/ ٨٦٤.

(٢) التوبة: ٦١.

(٣) يوسف: ١٧.

بالمؤمنين، ولا بمؤمن لنا، لأنه لا يصح أن يكون فيه معنى زائد على التصديق من الطاعة والانقياد والإقرار، والأصل أن كل حرف من حروف الجر يستعمل بمعنى يخصه^(١).

قوله: (ولهما^(٢)) أنه يراد به طاعة الله، إذ الطاعات حقوقه، فيكون حلفاً بغير الله).

يعني قوله: حق الله، وقول أبي يوسف رحمه الله أنه يكون يميناً أقوى^(٣) فإن الضابط قد تقدم ذكره في أول الباب أن ما كان من صفات الله تعالى يعبر به عن غيرها، يعتبر فيه العرف، ولهذا حصل الفرق بين علم الله وقدرته الله، وإذا كان الحلف بقدره الله، يكون يميناً للتعرف فكذلك الحلف بحق الله، ولا فرق بينهما إذ كل منهما قد يطلق على غير صفة الله، ولكن جرى العرف بالحلف بها فيكون يميناً.

قوله: (والصحيح أنه لا يكفر فيهما إن كان يعلم أنه يمين).

(١) وعند النحاة حروف الجر منها ما يجرب به الظاهر والمضمرة، ومنها ما يختص بالظاهر، وكذلك يذكرون أن لكل واحد من هذه الحروف الجارة معنى، فمثلاً: يقولون: من، لابتداء الغاية في غير الزمان كثيراً وفي الزمان قليلاً، وللتبعية، و: إلى. لانتهاء الغاية، وهكذا..

انظر: شرح ابن عقيل على الألفية ٥٤١/٢ وما بعدها، وأوضح المسالك لابن هشام مع ضياء السالك ٢٧٢/٢ وما بعدها.

وكون الأصل في حروف الجر أن كل حرف يستعمل بمعنى يخصه، ولا نيابة بينها هو مذهب الكوفيين، وهو مذهب البصريين كذلك لكن بتأويل. انظر: مغني اللبيب ١/١١١.

(٢) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

(٣) هذه إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله، والرواية الأخرى موافقة لقولهما، الهداية ٣٥٧/٢.

يعني إذا حلف بجملة غير الإسلام غموساً أو منعقدة وفي تصحيحه في الغموس نظر لحديث ثابت بن الضحاك^(١) رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف على يمين بجملة غير الإسلام كاذباً فهو كما قال» أخرجه في الصحيحين^(٢).

قوله: (وكذا إذا قال: إن فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو أكل ربا^(٣)) لأن حرمة هذه الأشياء تحتل النسخ والتبديل، فلم يكن في معنى حرمة الاسم، ولأنه ليس بمتعارف).

في تعليقه الأول نظر فإن حرمة الزنا والسرق لا تحتل النسخ، وقد اعتذر السغناقي^(٤) عن هذا: بأن الفعل المقصود بالزنا والعين المقصودة بالسرقه جاز أن يكون حلالاً له بوجه النكاح وملك اليمين، فسمى احتمال انقلابها من الحرمة إلى الحل بالسبب الشرعي نسخاً وتبديلاً^(٥).

(١) ثابت بن الضحاك بن خليفة بن ثعلبة الأنصاري، شهد بيعة الرضوان، ولد سنة ثلاث من البيعة، سكن الشام وانتقل إلى البصرة، ومات سنة ٦٤ هـ وقيل ٤٥ هـ والله أعلم، ومن روى عنه من أهل البصرة أبو قلابة، وعبد الله بن معقل، الاستيعاب ١/١٩٧، الإصابة ١/١٩٣.

(٢) البخاري مع الفتح - الأيمان والنذور - باب من حلف بجملة سوى ملة الإسلام - ١١/٥٣٧، ومسلم - الأيمان - باب غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه - حديث رقم ١١٠.

(٣) أي أن ذلك لا يكون يميناً.

(٤) هو الحسين بن علي بن حجاج بن علي حسام الدين السغناقي، ويقال الصغناقي، أول من شرح الهداية، وصنف أيضاً: الكافي، شرح البيهقي، توفي سنة ٧١٤ وقيل ٧١١.

انظر: الجواهر المضية ٢/١١٤، تاج التراجم ص ١٦٠، بغية الوعاة ١/٥٣٧، وترجم له ب: الحسن في الفوائد البهية ص ٦٢. واسم شرحه على الهداية: النهاية، كما في الجواهر المضية ٤/٥٨٩، وكشف الظنون ٢/٢٠٣٢، ٢٠٣٣.

(٥) انظر: العناية ٥/٧٨.

وهذا تأويل فاسد لأن مثل هذا لا يسمى زنا ولا سرقة لا حقيقة ولا مجازاً وأيضاً فلو كان مثل هذا الانقلاب يسمى نسخاً لكان الترخيص بإجراء كلمة الكفر بعذر الإكراه نسخاً ولشابه حرمة الاسم بذلك^(١).

وقال الخبازي^(٢) في حواشيه: إن المراد أنه يقبل النسخ والتبديل عقلاً.

وهذا لا يتأتى على قول أبي حنيفة وإنما يتأتى على قول الأشعري^(٣) وهو يقول بالجواز العقلي في الشرك أيضاً فلا يحصل له بهذا العذر غرضه من الفرق، ولو علل بأن مثل هذه الأسماء لا تقبل/ التعليق فلا يصح أن تكون [١١٤/أ] يميناً. لأنها لا يتصف بها إلا من فعلها بخلاف قوله: فهو يهودي أو نصراني ونحو ذلك. لكان أولى.

فصل في الكفارة:

قوله: (لكن مالا يجزئه عن الكسوة يجزئه عن الطعام باعتبار

(١) أي وعند ذلك يكون قوله: إن فعل ذلك فهو زان أو سارق.. إلخ. في معنى حرمة هتك اسم الله تعالى في اليمين وذلك لا يحتمل النسخ، لذا فإنها تكون يميناً كما في اليمين بالله سواء.

(٢) عمر بن محمد بن عمر، الشيخ، جلال الدين الخبازي، أحد مشايخ الحنفية الكبار، له حواشي على الهداية، وكتاب المغني في أصول الفقه، وكان فقيهاً عابداً. توفي سنة ٦٩١هـ. الجواهر المضية ٢/٦٦٨، تاج التراجم ص ٢٢٠، شذرات الذهب ٥/٤١٩.

(٣) أبو الحسن علي بن إسماعيل بن أبي بشر إسحاق بن سالم الأشعري اليماني البصري، إمام المتكلمين، ولد سنة ٢٦٠هـ، كان عجباً في الذكاء، وقوة الفهم، ولما برع في معرفة الاعتزال تبرأ منه، ثم أخذ يرد على المعتزلة. توفي سنة ٣٢٤هـ.

الفهرست ص ٢٣١ ترجم له به: ابن أبي بشر، الملل والنحل للشهرستاني ١/١٠٦، طبقات الشافعية للسبكي ٣/٣٤٧.

القيمة^(١) .

في ظاهر الرواية يجزئه عن الطعام بغير نية^(٢) .

وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا نوى أن يكون بدلاً عن الطعام يجزئه عنه وإلا فلا^(٣) .

وقال زفر: لا يجزئه عن الطعام نوى أو لم ينو^(٤)، ذكره في الذخيرة^(٥)، وعند الأئمة الثلاثة^(٦): لا تجزئه القيمة في الكفارة، وفي أجزاء مالا يجزي من الكسوة عن الإطعام من غير نية بعد زائد، وإن كان دفع القيمة في الكفارة جائزاً ولو دفع الكسوة بنية الإطعام لكان في^(٧) الأجزاء عنه إشكال فكيف ولم ينوه والله تعالى خير المكفر بين خصال ثلاث، فإذا اختار المكفر أحدها وهو

(١) معنى العبارة أنه لو أعطى الفقير ثوباً لا يجزئه عن الكسوة الواقعة كفارة، وقيمة هذه الكسوة غير المجزئة تبلغ قيمة طعام مجزئ كصاع من تمر أو شعير أو غيره، فإن ذلك يجزئه عن إطعام فقير من الكفارة. فتح القدير ٨٢/٥ بتصرف.

(٢) نص على ظاهر الرواية في العناية ٨٣/٥، وفي فتح القدير ٨٣/٥.

(٣) انظر: العناية وفتح القدير ٨٣/٥.

(٤) انظر: فتح القدير ٨٣/٥، البناية ٣٥/٦.

(٥) كتاب الذخيرة لمحمد بن الحسن البخاري المعروف بأبي بكر جواهر زاده، وهو من الكتب المعتبرة في الفقه الحنفي.

مفتاح السعادة ٢/٢٥، والذخيرة أيضاً لعبد العزيز بن عمر ابن مازة، المعروف ببرهان الأئمة، ولرضي الدين برهان الدين محمود السرخسي. انظر: مفتاح السعادة ٢/٢٤٦، والجواهر ٤/٣٦٤، ٥٨٩.

(٦) مذهب مالك والشافعي وأحمد عدم أجزاء القيمة في الكفارة. انظر: الكافي لابن عبد البر ١/٣٩٠، روضة الطالبين ٦/٢٨١، المغني ٨/٧٥٨، الإشراف ٢/٢٥٢.

(٧) في الأصل: من. والمثبت من: ع.

الكسوة، صار كأنه هو الواجب عليه ابتداءً، وتنحى الإطعام والتحرير فعليه أن يؤدي الخصلة التي اختارها على وجه الكمال، وكيف يكون له غير ما أَرادَه و«الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى»^(١) فيظهر رجحان قول أبي يوسف على الطرفين^(٢).

قوله: (ولنا الكفارة لستر الجنابة، واليمين ليست بسبب لأنه مانع غير مفضٍ بخلاف لأنه مفضٍ).

فيه نظر فإن الله تعالى كما سماها كفارة سماها تحلة قال تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾^(٣) وقال تعالى: ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾^(٤) فالعقد سبب الحل عن المعقود عنه ليتمكن فعله فيكون الحنث شرطاً لا سبباً فيجوز التكفير قبله، وأيضاً فإن الله تعالى قال: ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةٌ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾^(٥) فأضافها إلى اليمين، والإضافة أمارة السببية، وأوضح منه أنه أضافها إلى عقد اليمين فقال: ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ﴾^(٦) وكذلك أضافها إلى اليمين حين سماها تحلة فقال تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ ولم يضيفها إلى الحنث، وأيضاً فقد قال

(١) متفق عليه . أخرجه البخاري مع الفتح - وحي - باب كيف كان بدء الوحي - ٩ / ١ ، ومسلم -

إمارة - باب قوله ﷺ : «إنما الأعمال بالنية» - رقم الحديث ١٩٠٧ .

(٢) أي زفر والأئمة الثلاثة .

(٣) سورة التحريم ، آية : ٢ .

(٤) سورة المائدة ، آية : ٨٩ .

(٥) سورة المائدة ، آية : ٨٩ .

(٦) سورة المائدة ، آية : ٨٩ .

صاحب الهداية وغيره في كتاب الرجوع عن الشهادات : إذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة ، لأنه هو السبب ، والتلف يضاف إلى مثبتتي السبب دون الشرط المحض^(١) وهذا تناقض بين ، ولهذه المسألة نظائر :

أحدها : تعجيل الزكاة قبل الحول .

الثانية : التكفير قبل سراية الجرح .

الثالثة : العفو عن القصاص قبل التلف .

الرابعة : إسقاط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع .

والخلاف في هذه المسائل والكلام عليها معروف ، وسيأتي الكلام في مسألة الشفعة إن شاء الله تعالى .

وقد قال ابن المنذر في الإشراف : واختلف أهل العلم في كفارة اليمين قبل الحنث وبعده فرخصت طائفة أن يكفر المرء عن يمينه قبل الحنث كان ابن عمر يكفر قبل الحنث أحياناً وبعده أحياناً^(٢) ومن روينا عنه أنه رخص في الكفارة قبل الحنث ابن عباس وعائشة وابن سيرين والحسن وكان ربيعة ومالك^(٣) والأوزاعي وابن المبارك والثوري يرون التكفير قبل الحنث جائزاً ، غير أن مالكاً والثوري والأوزاعي استحَبوا أن يكفر بعد الحنث^(٤) وكان

(١) الهداية ٣/١٥١ ، وانظر : المبسوط ١٧/١٠ ، ١١ ، بدائع الصنائع ٦/٢٨٤ .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن ١٠/٥٤ ، وابن أبي شيبه في الأيمان والنذور ٣/٤٨٣ .

(٣) انظر : المدونة ٢/١١٦ ، المتقى للباقي ٣/٢٤٩ .

(٤) المصدران السابقان .

أحمد^(١) وإسحاق وأبو عبيد^(٢) وأبو ثور^(٣) وسليمان بن داود وأبو خيثمة^(٤) يرون الكفارة قبل الحنث تجزئ، وقال أصحاب الرأي لا تجزئ الكفارة قبل الحنث، وفيه قول ثالث قاله الشافعي قال: إن كفر قبل الحنث بالطعام تجزئ وإن كفر بصوم لم يُجزه^(٥).

قال أبو بكر: جاءت الأخبار عن رسول الله ﷺ بألفاظ شتى، ففي بعضها أن النبي ﷺ قال: «وإذا حلقت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك»^(٦).

وفي بعضها أن النبي ﷺ قال: «وكفر عن يمينك وائت الذي هو خير»^(٧)

- (١) انظر: المحرر ٢/١٩٨، المغني ٨/٧٣٠.
- (٢) هو القاسم بن سلام بن عبد الله، الإمام الحافظ المجتهد ذو الفنون، من أبناء أهل خراسان، كان مولده سنة ١٥٧هـ، وله من الكتب النسخ والمنسوخ، والأموال، والأمثال السائرة، وغيرها، توفي سنة ٢٢٤هـ بمكة.
- طبقات ابن سعد ٧/٢٥٣، الفهرست ص ٧٨، معجم الأدباء ١٦/٢٥٤، سير أعلام النبلاء ١٠/٤٩٠.
- (٣) إبراهيم بن خالد بن اليمان، الفقيه الكلبي، مفتي العراق، أخذ عن الشافعي، وخالفه في أشياء، وأحدث لنفسه مذهباً، ولد في حدود سنة ١٧٠هـ وتوفي ٢٤٠هـ.
- الفهرست ص ٢٦٥، طبقات الشافعية للسبكي ٢/٧٤، شذرات الذهب ٢/٩٣.
- (٤) هوزهير بن حرب بن شداد الحرشي النسائي، الحافظ الحجة، أحد أعلام الحديث، ولد سنة ١٦٠هـ. له من الكتب كتاب المسند، والعلم، توفي سنة ٢٣٤هـ، الفهرست ص ٢٨٦، سير أعلام النبلاء ١١/٤٨٩، الرسالة المستطرفة ص ٤٢.
- (٥) انظر: الأم ٧/١١١، وفتح الباري ١١/٦٠٩.
- (٦) البخاري مع الفتح - كفارات الأيمان - باب الكفارة قبل الحنث وبعده - ١١/٦٠٨.
- (٧) البخاري - مع الفتح - أيمان - باب قول الله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ...﴾ الآية - ١١/٥١٦، ومسلم مع النووي - أيمان - باب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها - ١١/١١٦.

قال أبو بكر: أي ذلك فعل يجزئه انتهى^(١).

والأخبار التي أشار إليها ثابتة في الصحيحين والسنن والمسانيد، واللفظ الذي ذكره في حديث عبد الرحمن بن سمرة^(٢)، وفي بعض ألفاظ الحديث «إذا حلفت على يمين فكفر عن يمينك ثم أتت الذي هو خير» رواه النسائي^(٣) [١١٤/ب] وأبو داود^(٤)، وهو/ صريح في تقديم الكفارة، لأنه بـ «ثم» المقتضية للترتيب، وهذا يرد قول من قال^(٥): إن ما رواه الشافعي محمول على التقديم والتأخير^(٦)، وعن عدي بن حاتم قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا حلف أحدكم على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفرها وليأت بالذي هو خير» رواه مسلم^(٧) وفي لفظ له «فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه»^(٨) وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً

(١) انظر: الإشراف ٢/٢٦٧، وانظر: المغني ٨/٧٣٠.

(٢) عبد الرحمن بن سمرة بن جبيب بن شمس العبشمي، له صحبة، كان إسلامه يوم الفتح، وشهد غزوة تبوك، ثم شهد فتوح العراق، نزل البصرة، وهو الذي فتح سجستان زمن عثمان رضي الله عنه، مات بالبصرة سنة ٥٠ وقيل ٥١ هـ.

الاستيعاب ٢/٤٠٢، الإصابة ٢/٤٠٠، ٤٠١.

(٣) في سننه - أيمان - باب الكفارة قبل الحنث - ١٠/٧.

(٤) في سننه - أيمان - باب الرجل يكفر قبل أن يحنث - ٣/٢٢٩. وهو في صحيح أبي داود ٢/٦٣١، رقم ٢٨٠٦.

(٥) هو السرخسي في المبسوط ٨/١٤٨.

(٦) يريد بما رواه الشافعي قوله المتقدم في كلام ابن المنذر.

(٧) مسلم - أيمان - باب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها - ١١/١١٥.

(٨) مسلم - أيمان - باب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها - ١١/١١٥.

منها فليكفر عن يمينه، وليفعل الذي هو خير» رواه أحمد^(١) ومسلم^(٢) والترمذي^(٣) وصححه، وفي لفظ «فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه» رواه مسلم^(٤).

وعن أبي موسى عن النبي ﷺ قال: «لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير» وفي لفظ «إلا أتيت الذي هو خير وكفرت عن يميني» متفق عليه^(٥) والله أعلم.

قوله: (لقوله عليه السلام «من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر يمينه»).

الحديث قد روي بروايات مختلفة وليس فيها ما ذكره المصنف رحمه الله من قوله «ثم ليكفر يمينه» وكأنه انقلب عليه الحديث، وإنما روي بـ «ثم» كما تقدم «إذا حلفت على يمين فكفر عن يمينك ثم أتت الذي هو خير».

قوله: (ولأن فيما قلنا تفويت البر إلى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده).

يعني أن الحنث معصية والكفارة جابرة لهذه^(٦) المعصية، فإذا قدمت

(١) المسند ٢٥٦/٤.

(٢) مسلم - أيمان - باب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها - ١١٤/١١.

(٣) الترمذي - نذور - باب ما جاء في الكفارة قبل الحنث - ٩١/٤.

(٤) مسلم - أيمان - باب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها - ١١٤/١١.

(٥) البخاري - أيمان - باب الاستثناء في الأيمان - ٦٠٢/١١، وباب الكفارة قبل الحنث

٦٠٨/١١ - مسلم - أيمان - باب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها - ١١٢/١١.

(٦) في الأصل: لهذا، والمثبت من: ع.

الكفارة على الحنث يبقى بلا جابر ، ، ولأن الجابر لا يتقدم على المَجْبُور ، فكأنه قال : ولا جابر للمعصية في ضد الذي قلناه ، وهو تقديم الكفارة على الحنث ، وفي ذلك نظر ، فقد تقدم أن الله تعالى قد سماها تحلة أيضاً وهي تفعله من الحل ، أي يحل ما عقده على نفسه من اليمين ، وأيضاً فالحنث قد يكون فرضاً كما إذا حلف لا يصلي الفرض أو لا يصوم رمضان ونحو ذلك ، وقد يكون مستحباً كما إذا كانت اليمين على أمر مستحب وهو المراد بقوله ﷺ « فرأى غيرها خيراً منها » وأيضاً فلو كان هذا المعنى صحيحاً لما جاز تقديم الكفارة على سراية الجرح ، لأنها كفارة قتل لا كفارة جرح ، وكذلك تقديم الزكاة على الحول وما أجيب به عن ذلك لا يلزم منه نفي جواز تقديم الكفارة على الحنث إذا عزم عليه وتكون الكفارة جارية لعزمه على الحنث كما أن الكفارة في الظهار متعلقة بالعزم على الوطء الذي هو العود إلى ما نهى عنه ، فإن المظاهر لا يجب عليه الكفارة بمجرد الظهار وإنما يجب بالعزم على جماع التي ظاهر منها واستمراره على ذلك حتى لو انفسخ عزمه ، أو ماتت الزوجة بعد العزم أو مات الزوج انتفى الوجوب^(١) ولو وطئ من ظاهر منها لا يلزمه أكثر من الكفارة^(٢) فكذلك إذا عزم على الحنث يشرع له التكفير وإن كان يجوز له تقديم الحنث على التكفير ، لأن تقديم التكفير على المسيس

(١) وهو قول الأئمة الثلاثة دون الشافعي فإن العود عنده ليس هو الوطء بل أن يمسكها زمناً - بعد

الظهار - يمكنه طلاقها فيه ، فلم يطلقها فتلزمه الكفارة حينئذ .

انظر : المغني ٧/ ٣٥١ ، روضة الطالبين ٦/ ٢٤٥ ، الكافي لابن عبد البر ١/ ٥٠١ .

(٢) وهو قول أكثر أهل العلم . انظر : المغني ٧/ ٣٨٣ .

مشروط بالنص^(١) دون تقديم الحنث، فالحاصل أن العزم على الحنث له نظير في تعلق الكفارة به ولو لم يكن له نظير لكان ما دلت عليه السنة من جواز تقديم الكفارة على الحنث كافيًا، ويكون الشارع قد ألغى الفارق بين التكفير قبل سراية الجرح، والتكفير قبل الحنث لمانع منع من اعتباره وهو: أن هتك حرمة الاسم^(٢) كما يكون بالحنث يكون بالعزم عليه ولكن يستقى اللزوم بالحنث وإن لم تكن اليمين مفضية إلى الحنث، فالعزم على الحنث مفض إلى الحنث غالبًا كالجرح في إفضائه إلى إزهاق الروح فسلم الجامع.

قوله: (لقوله عليه السلام «من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمي»).

هذا حديث منكر^(٣) وعمومه مخصوص فقد يكون المسمى معصية أو مباحًا وقد يكون غير مملوك للناذر، وقد يريد به اليمين أو لا يطيقه، وكل ذلك قد وردت السنة فيه بخلاف ما ذكره في هذا الإطلاق فعن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: «من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه»^(٤) وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «بينما النبي ﷺ يخطب إذا هو برجل قائم فسأل عنه فقالوا: أبو إسرائيل^(٥) / نذر أن يقوم في الشمس [أ/١١٥]

(١) هو قوله تعالى: ﴿... فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا...﴾ الآية ٣، ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا...﴾ الآية ٤. والآيتان من سورة المجادلة.
(٢) يعني اسم الله الذي أقسم به الخالف.

(٣) قال عنه في نصب الراية ٣/٣٠٠: غريب، وقال في الدراية ٢/٩٢: لم أجده.

(٤) البخاري مع الفتح- الأيمان والنذور- باب النذر فيما لا يملك- ٥٨٥/١١.

(٥) اسمه قشير الأنصاري أو القرشي العامري، وقيل اسمه سير، وكانت زوجته برة بنت عامر ابن الحارث بن عبد الدار من المهاجرات، وكان تزوجها أبو إسرائيل فولدت له إسرائيل.
الاستيعاب ٤/١٢، الإصابة ٤/٦، ٢٣٦/٣.

ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم وأن يصوم، فقال النبي ﷺ: «مروه فليتكلم وليستظل وليقعد وليتم صومه» رواه البخاري^(١) وابن ماجه^(٢) وأبو داود^(٣).

وعن ثابت بن الضحاك أن رسول الله ﷺ قال: «ليس على الرجل نذر فيما لا يملك» متفق عليه^(٤).

وعنه أيضاً أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: «إني نذرت أن أنحر إبلاً ببوانة^(٥) فقال: هل كان فيها وثن من أوثان الجاهلية يعبد؟ قالوا: لا، قال: فهل كان فيها عيد من أعيادهم؟ قالوا: لا، قال: أوف بنذرك فإنه لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم» رواه أبو داود^(٦).

وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «لا نذر في معصية،

(١) البخاري- الأيمان والنذور- باب النذر فيما لا يملك- ٥٨٦/١١.

(٢) سنن ابن ماجه- كفارات- باب من خلط في نذره طاعة بمعصية- ٦٩٠/١.

(٣) سنن أبي داود- أيمان- باب ما جاء في النذر في المعصية- ٢٣٢/٣.

(٤) البخاري مع الفتح- أدب- باب ما ينهى عن السباب واللعن- ٤٦٥/١٠، ومسلم مع النووي- النذر- ١٠١/١١.

(٥) بوانة: بالضم، وتخفيف الواو، هضبة وراء ينبع قريبة من ساحل البحر. معجم البلدان- ٥٩٩/١.

(٦) في سننه- الأيمان والنذور- باب ما يؤمر به من الوفاء بالنذر- ٢٣٨/٣. وهو في المسند من حديث ميمونة بنت كردم ٣٦٦/٦، والبيهقي ٨٣/١٠، وعند ابن ماجه ٦٨٨/١. وصححه الحافظ في التلخيص ١٨٠/٤، والألباني في تعليقه على المشكاة ١٠٢٤/٢ برقم ٣٤٣٧.

وكفارته كفارة يمين» رواه الجماعة^(١)، واحتج به أحمد وإسحاق^(٢).

وعن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «من نذر نذراً في معصية فكفارته كفارة يمين» رواه أبو داود^(٣).

وعن عقبة بن عامر^(٤) رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «كفارة النذر كفارة يمين» رواه أحمد^(٥) ومسلم^(٦).

وعنه أيضاً قال: قال رسول الله ﷺ: «كفارة النذر إذا لم يسم كفارة

(١) أخرجه بهذا اللفظ: أبو داود- أيمان- باب من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية- ٢٣٢/٣، والترمذي- نذور- باب ما جاء أن لا نذر في معصية- ٨٧/٤، والنسائي- أيمان- باب كفارة النذر- ٢٦/٧، وابن ماجه- كفارات- باب النذر في المعصية- ٦٧٦/١، وأحمد- ٢٤٧/٦ والبيهقي- ٦٩/١٠. قال النووي في الروضة ٥٦٥/٢: هذا الحديث ضعيف باتفاق المحدثين. اهـ. وتعقبه في التلخيص ١٧٦/٤ بأن الطحاوي وابن السكن صححاه، وصححه في الإرواء ٢١٤/٨، ولم يذكر تخريج الشيخين له، ولم أقف عليه هناك، ولعل المؤلف وهم في قوله: رواه الجماعة. والله أعلم.

(٢) حكاه عنهما الترمذي في سننه ٨٨/٤، وابن القيم في التهذيب ٣٧٤/٤، وانظر: التحقيق لابن الجوزي ٣٨٣/٢، المغني ٦/٩.

(٣) في سننه- أيمان ونذور- باب من نذر نذراً لا يطيقه ٢٤١/٣ وذكر عن جماعة أنهم أوقفوه عن ابن عباس رضي الله عنهما. قال ابن حجر: رواه ثقات، فتح الباري ٥٨٧/١١.

(٤) عقبة بن عامر بن عيس الجهنني الصحابي المشهور، يكنى أبا عمرو، صحب النبي ﷺ، وروى عنه كثيراً، فلما قبض وندب أبو بكر الناس إلى الشام خرج عقبة فشهد فتوح الشام ومصر، كان فارساً عالماً فصيح اللسان شاعراً، ومات في خلافة معاوية. طبقات ابن سعد ٣٤٥/٧، الاستيعاب ١٠٦/٣، الإصابة ٤٨٩/٢.

(٥) المسند ١٤٤/٤.

(٦) مسلم مع النووي- كتاب النذر- ١٠٤/١١.

يمين» رواه ابن ماجه^(١) والترمذي^(٢) وصححه .

وعن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : « من نذر نذراً فلم يسمه فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذراً لم يطقه فكفارته كفارة يمين » رواه أبو داود^(٣) وابن ماجه وزاد « ومن نذر نذراً أطاقه فليف به »^(٤) .

وعن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ « رأى شيخاً يهادى بين ابنيه ، قال : ما هذا؟ قالوا : نذر أن يمشي قال : إن الله عن تعذيب هذا نفسه لغني ، وأمره أن يركب » رواه الجماعة^(٥) إلا ابن ماجه ، وللنسائي في رواية « نذر أن يمشي إلى بيت الله »^(٦) .

وعن عقبة بن عامر قال « نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله ، فأمرتني أن أستفتي لها رسول الله ﷺ فاستفتيته؟ فقال : لتمش ولتركب » متفق عليه^(٧) ،

(١) في سننه - كفارات - باب من نذر نذراً ولم يسمه - ٦٨٧ / ١ .

(٢) في سننه - نذور - باب ما جاء في كفارة النذر - ٨٩ / ٤ . وضعفه الألباني في الإرواء ٢٠٩ / ٨ ، وهو عند أبي داود - أيمان - باب من نذر نذراً لم يسمه - ٢٤١ / ٣ .

(٣) في سننه - أيمان - باب من نذر نذراً لا يطيقه - ٢٤١ / ٣ .

(٤) سنن ابن ماجه - كفارات - باب من نذر نذراً لم يسمه - ٦٨٧ / ١ . وضعفه الألباني في ضعيف الجامع ٢٤٥ / ٦ برقم ٥٨٧٥ .

(٥) أخرجه البخاري مع الفتح - كتاب جزاء الصيد - باب من نذر المشي إلى الكعبة - ٧٨ / ٤ ، ومسلم - كتاب النذر - ١٠٢ / ١١ ، والترمذي - نذور - باب ما جاء فيمن يحلف بالمشي ولا يستطيع - ٩٥ / ٤ ، وأبو داود - أيمان - باب من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية - ٢٣٥ / ٣ ، والنسائي - أيمان - باب ما الواجب على من أوجب على نفسه نذراً ففجز عنه ، ٣٠ / ٧ .

(٦) سنن النسائي ٣٠ / ٧ .

(٧) أخرجه البخاري مع الفتح - كتاب جزاء الصيد - باب من نذر المشي إلى الكعبة - ٨٩ / ٤ ، ومسلم - كتاب النذر - ١٠٣ / ١١ .

ولمسلم: «فيه حافية غير مختمرة»^(١) وفي رواية «نذرت أختي أن تمشي إلى الكعبة فقال رسول الله ﷺ: إن الله لغني عن مشيها، لتركب ولتهد بدنة» رواه أحمد^(٢)، وفي رواية «أن أخته نذرت أن تمشي حافية غير مختمرة فسأل النبي ﷺ فقال: إن الله لا يصنع بشقاء أختك شيئاً، مرها فلتختمر ولتركب ولتصم ثلاثة أيام» رواه الخمسة^(٣)، وعن كريب^(٤) عن ابن عباس قال: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله أختي نذرت أن تحج ماشية فقال: إن الله لا يصنع بشقاء أختك شيئاً لتحج راكبة ولتكفر يمينها» رواه أحمد^(٥) وأبو داود^(٦).

قوله: (لقوله عليه السلام «من حلف على يمين وقال: إن شاء الله تعالى، فقد برّ في يمينه»).

- (١) إنما الذي فيه «حافية» وأما لفظ «غير مختمرة» فهي عند أحمد وأصحاب السنن كما سيأتي .
 (٢) المسند ١/٢٣٩ . وقال في مجمع الزوائد ٤/١٨٩ : رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح .
 وقال الألباني في الإرواء ٨/٢٢٠ : وهذا إسناد صحيح على شرط الشيخين .
 (٣) أخرجه أحمد ٤/١٤٥ ، والترمذي - نذور - باب ما جاء فيمن يحلف بالمشي ولا يستطيع - ٩٤/٤ ، وأبو داود - أيمان - باب من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية - ٣/٢٣٣ ، والنسائي - أيمان - باب إذا حلفت المرأة لتمشي حافية غير مختمرة - ٧/٢٠ ، وابن ماجه - كفارات - باب من نذر أن يحج ماشياً - ١/٦٨٩ . وضعفه الألباني في الإرواء ٨/٢١٨ .
 (٤) كريب بن أبي مسلم الهاشمي مولاهم ، المدني أبو رشدين ، مولى ابن عباس ، ثقة ، مات سنة ٩٨ هـ . التقريب ص ٤٦١ .
 (٥) المسند ٤/١٤٥ .
 (٦) في سننه - أيمان - باب من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية - ٣/٢٣٤ . قال البيهقي : تفرد به شريك القاضي - السنن الكبرى ١٠/٨٠ - وشريك قد تغير حفظه فهو يخطئ كثيراً كما في التقريب ص ٢٦٦ ، وسكت عنه المنذري في المختصر ٤/٣٧٧ ، وهو في ضعيف أبي داود ص ٣٣٢ رقم ٧٢٠ .

لم يعرف - في كتب الحديث - قوله «فقد بر في يمينه»^(١) وقد روي الحديث بألفاظ منها «لم يحنث»^(٢) ومنها «فله ثنياه»^(٣) ومنها «فقد استثنى»^(٤) ومنها «فلا حنث عليه»^(٥) ومنها «فهو بالخيار، إن شاء مضى وإن شاء ترك»^(٦).

وفي كونه قوله: فقد بر في يمينه. بمعنى: لم يحنث. نظر، لأن البر بفعل المحلوف عليه، ولم يوجد في صورة الاستثناء، وإنما الاستثناء يمنع انعقاد اليمين، فلا يحنث بفعل المحلوف عليه، وأصل الحديث ثابت في السنن والمسند.

قوله: (إلا أنه لا بد من الاتصال، لأنه بعد الفراغ رجوع، ولا رجوع في اليمين).

(١) قال في نصب الراية: غريب بهذا اللفظ وبمعناه أحاديث. . إلخ، ٣/ ٣٠١، وقال في الدراية ٩٢/٢: لم أجده بهذا اللفظ.

(٢) أخرجه البخاري مع الفتح من حديث أبي هريرة - كفارات الأيمان - باب الاستثناء في الأيمان - ٦٠٢/١١، ومسلم - أيمان - باب الاستثناء في اليمين وغيرها - ١٢٠/١١.

(٣) أخرجه ابن ماجه من حديث أبي هريرة - كفارات - باب الاستثناء في اليمين - ٦٨٠/١، وصححه في الإرواء ١٩٦/٨.

(٤) أخرجه أبو داود من حديث ابن عمر - أيمان - باب الاستثناء في اليمين - ٢٢٥/٣، والنسائي - أيمان - باب الاستثناء - ٢٥/٧، وهو في صحيح الجامع برقم ٦٢٠٩، ١٠٦٧/٢.

(٥) أخرجه ابن ماجه من رواية ابن عمر - كفارات - باب الاستثناء في اليمين - ٦٨٠/١، والترمذي من حديث ابن عمر وأبي هريرة - نذور - باب ما جاء في الاستثناء في اليمين - ٩١/٤، وهو في صحيح الجامع برقم ٦٢١٢، ١٠٦٨/٢.

(٦) أخرجه أحمد ١٠/٢، والنسائي من حديث ابن عمر - أيمان - باب الاستثناء - ٢٥/٧ وهو في صحيح الجامع برقم ٦٢١٠، ١٠٦٧/٢.

قد تقدم في الطلاق ما في الاستثناء من الخلاف والدليل^(١)، ولا ينفع
التعليل في مقابلة النص.

* * *

(١) انظر: ص ١٣٥٤ وما بعدها. بتحقيق عبد الحكيم شاکر.

باب اليمين في الفروج والإتيان والرجوع وغير ذلك

قوله: (ولو قال: إلا أن آذن لك فأذن لها، ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث لأن هذه كلمة غاية فينتهي اليمين به، كما إذا قال: حتى آذن لك).

فرق بين قوله لزوجته: إن خرجت إلا بإذني وإن خرجت إلا أن آذن لك وقال: إن الإذن في كل مرة شرط في قوله إلا بإذني، دون قوله: إلا أن آذن لك فيه نظر، ويجب أن يكون - إلا أن آذن - كقوله: إلا بإذني، ويشترط الإذن في كل مرة فيهما، وهذا قول الفراء^(١) وهو مذهب أحمد رحمه الله^(٢).

وذلك لأن تقدير: إلا أن آذن لك: إلا بإذني، لأن أن والفعل في تقدير المصدر، وحرف الجر وهو الباء مقدر فيه، كأنه قال: إلا بأن آذن لك، والمقدر في حكم الملفوظ فلا فرق بين قوله إلا بإذني وإلا أن آذن لك والجار والمجرور في الموضوعين في محل نصب على الاستثناء من الأحوال أي إلا خروجًا/ [١١٥/ب]

(١) هو أبو زكريا يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور الأسلمي الديلمي الأسدي مولاهم الكوفي النحوي صاحب الكسائي، وصاحب التصانيف، وكان ثقة، توفي سنة ٢٠٧هـ كان يقال له أمير المؤمنين في النحو، وقيل له الفراء لأنه كان يفري الكلام. انظر: الفهرست ص ٧٣، معجم الأدباء ٩/٢٠، سير أعلام النبلاء ١٠/١١٨، بغية الوعاة ٢/٣٣٣.
(٢) انظر: المغني ٨/٨١٩.

ملتبساً^(١) بإذني، ومن هنا حصل العموم فإنه نهاها عن كل خروج إلا خروجاً ملصقاً بالإذن، ولهذا كان قوله تعالى: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ...﴾^(٢) الآية يشترط فيه الإذن في كل مرة كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا تَشَاءُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾^(٣) وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لشيءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا﴾ (٢٣) ﴿إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾^(٤) وقوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ لَا تَوَاعِدُوهُمْ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾^(٥) وقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٦) وإن كان الاستثناء هنا منقطعاً لكن لا يضر في الاستشهاد، ونظائره كثيرة، وتعليقه - بأن هذه كلمة غاية فينتهي اليمين به كما إذا قال: حتى آذن لك - فيه نظر أيضاً، وقدمت بيان إعراب هذه الكلمة ولا شك أنها للاستثناء دون الغاية، ولكن الاستثناء هنا من الأحوال ومعناه أنه نهاها عن الخروج على كل حال إلا في حال ملتصقة بالإذن، وحتى آذن لك، وإن كان للغاية لكنه في معنى إلا أن آذن لك وفي معنى إلا بإذني فيحتاج إلى تكرير الإذن فيها، لا أن يكون إلا أن آذن بمعناها، ولا يحتاج إلى تكرير الإذن ولا يمنع كونها للغاية من تكرار الإذن كما في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا﴾^(٧) فإنه لا بد

(١) كذا في النسختين ولعلها ملتبساً.

(٢) سورة الأحزاب، الآية: ٥٣.

(٣) سورة الإنسان، الآية: ٣٠، والتكوير، الآية: ٢٩.

(٤) سورة الكهف، الآية: ٢٣-٢٤.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٣٥.

(٦) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٧) سورة النور، الآية: ٢٧.

عند كل دخول من الاستئناس والسلام على أهلها، وكذا قوله تعالى في الآية التي بعدها ﴿ فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤْذَنَ لَكُمْ ﴾^(١) وقولهم إن الأصل أن دخول بيت الغير حرام فلهذا شرط تكرار الإذن .

جوابه : أن التحريم ثبت بهذا النهي الذي قد استثنت من أحواله حالة الإذن وكذلك هذه الزوجة قد صارت بنهي الزوج لها عن الخروج ممنوعة عن الخروج في جميع الأحوال إلا في حالة الإذن، وممنوعة عن كل خروج إلى غاية الإذن .

وقولهم : إن اشتراط الإذن في كل مرة هناك إنما علم بأخر الآية وهو قوله تعالى ﴿ إِنْ ذَلِكُمْ كَانَ يُؤْذِي النَّبِيَّ ﴾ ومعنى الإيذاء موجود في كل ساعة .

جوابه : إن نظير ذلك المعنى موجود هنا أيضاً وهو خروج المرأة بغير إذن زوجها من بيتها يؤذي زوجها فلذلك نهاها أن تخرج من بيته حتى يأذن لها في الخروج أو إلا أن يأذن لها فيه، فالحاصل أن كون حتى للغاية لا يمنع من اشتراط الإذن في كل مرة، فإنها لو خرجت مرة بغير إذن ثم خرجت مرة أخرى بغير إذن، لا يقال إن النهي انتهى بالخرجة الأولى، وتكون الخرجة الثانية غير منهي عنها، فدل أن نهيه عن الخروج إلى غاية الإذن بمنزلة نهيه عن الخروج على كل حال إلا في حال الإذن، إلا أن ينوي خلاف ذلك في الموضوعين لأنه نوى محتمل كلامه، والشافعي عكس ذلك وقال : إنه يكتفى بالإذن مرة في الألفاظ كلها إلا أن ينوي خلاف ذلك^(٢) .

(١) سورة النور، الآية : ٢٨ .

(٢) انظر : الأم ٧/١٣٢، ١٣٣، روضة الطالبين ٨/٥٥ .

وللمسألة لفظان آخران وهما :

بغير إذني ، وإلى أن أذن لك ، واشتراط الإذن في كل مرة في الكل أظهر ، بخلاف ما إذا قال : لا أكلم فلاناً إلا أن يقدم فلان أو حتى يقدم فلان أو إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن ، أو قال لرجل قد دخل إليه : والله لا يخرج إلا بإذني حيث لا يتكرر اليمين في هذا كله لأن قدوم فلان مما لا يتكرر عادة ، والإذن في الكلام يتناول كل ما وجد منه بعد الإذن وخروج الرجل الأجنبي مما لا يتكرر بخلاف الإذن للزوجة في الخروج فإنه مما يتكرر ، والإذن لا يتناول إلا ذلك الخروج المأذون فيه عادة ، والحاكم في ذلك كله العرف وهو على هذا التفصيل والله أعلم .

* * *

باب اليمين في الأكل والشرب

قوله: (بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخاً^(١))، لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي^(٢) في الشرع).

ينبغي التفصيل في هذا فإن هجر المسلم على وجه التأديب له جائز في الشرع كما فعل النبي ﷺ / بالثلاثة الذين خلفوا^(٣)، وكذلك قد يكون في الصبي أو الشاب صفة داعية إلى هجرانه، فقد يكون هجر الصبي لخوف الاتهام به فإذا التحى زال السبب الداعي إلى هجرانه، وقد يكون الشاب فاسقاً يخاف الاتهام بمخالطته فهجر كلامه للبعد عنه فإذا شاخ انكسرت حدته ورجع عما كان عليه، فالجواب بالتفصيل باعتبار الأحوال أحق وأولى.

قوله: (ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل بعد ما صار كبشاً حنث لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعية إلى اليمين فإن الممتنع عنه أشد امتناعاً عن لحم الكبش).

(١) أي فإنه يحنث.

(٢) العبارة في الهداية المطبوعة هكذا: فلا يعتبر الداعي داعياً في الشرع ٢٠/٣٦٤، والمراد بالداعي أي الصفة التي دعت هذا الحالف إلى حلفه.

(٣) أخرج القصة البخاري مع الفتح في المغازي - باب حديث كعب بن مالك - ٨/١١٣، مسلم مع النووي - كتاب التوبة - باب حديث توبة كعب - ١٧/٨٧.

ينبغي التفصيل أيضاً في ذلك فقد يهجر الحمل لكثرة رطوبته فإن الكبش أقل رطوبة منه فيكون الحمل أكثر ضرراً منه في حق من يضره كثرة الرطوبة فيهجر لذلك .

قوله : (وجه الاستحسان - يعني في لحم السمك - أن التسمية مجازية لأن اللحم منشؤه من الدم، ولا دم فيه لسكونه الماء)^(١) .

لو علل بالعرف لكفى، فإن في كون التسمية مجازية نظراً، كذا قوله : وكذا إذا أكل كبدًا أو كرشًا، لأنه لحم حقيقة فإن نموه من الدم وقوله : وله أنه لحم حقيقة، ألا ترى أنه ينشأ من الدم يعني شحم الظهر، وليس بين كونه من الدم وبين تسميته باللحم مناسبة، وإنما سمي باللحم من الالتحام وهو الالتصاق والتداخل، يقال : التحم مناسبة، وإنما سمي باللحم من الالتحام وهو الالتصاق والتداخل، يقال : التحم الشيء بالشيء التصق وتداخل، هذا المعنى موجود في لحم السمك، وجعله حقيقة في القدر المشترك بينهما أولى من جعله مشتركاً أو مجازاً في أحدهما، لكنه لا يسمى في العرف لحمًا، يقال^(٢) : ما أكلت لحمًا وإنما أكلت سمكًا ومن قال لغلامه : اشتر لي لحمًا فاشترى سمكًا عُدَّ مخالفاً، والألية^(٣) وإن كان منشؤها من الدم لا تسمى لحمًا فانتهى التعليل بالمنشأ من الدم، وكذلك شحم البط .

(١) في الهداية المطبوعة قال : لكونه في الماء، ٣٦٤ / ٢ .

(٢) في : ع، كما يقال، وحذفها أنسب .

(٣) الألية : بالفتح : العجيزة للناس وغيرهم . لسان العرب ٤٢ / ١٤ .

قوله: (وقالاً^(١)): إن أكل من خبزها حنث أيضاً لأنه مفهوم منه عرفاً).
يعني فيما إذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة، وقولهما أظفر تحكيماً للعرف
فإن الحالف لا ينظر إلا إلى العرف والمسألة معروفة^(٢).

قوله: (وأما العنب والرمان والرطب فهما يقولان معنى التفكه موجود
فيها فإنها أعز الفواكه والتنعم بها فوق التنعم بغيرها، وأبو حنيفة رحمه الله
يقول إن هذه الأشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فأوجب قصوراً في معنى
التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل أو
من الأقوات).

قولهما^(٣) أظهر أيضاً، وكونها يتغذى بها ويتداوى بها في بعض الأحيان
لا يخرجها ذلك عن كونها من الفواكه ولا يوجب قصوراً في معنى التفكه بل
يدل على أنها أفضل الفواكه لكونها تستعمل استعمال الفاكهة، واستعمال
الغذاء، واستعمال الدواء وهذا زيادة وصف يوجب الفضل لا القصور في
التسمية فإن الوصف الزائد يوجب الفضل لا القصور، وعطفها على الفاكهة
وعطف الفاكهة عليها في القرآن لزيادة فضلها^(٤)، كما يعطف الخاص على

(١) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله.

(٢) في كتب الفقه. انظر: المحلى ٣٢٧/٦، المغني ٨/٨٢٣، ٨٢٤، روضة الطالبين ٨/٥٣.

(٣) أي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

(٤) كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ شَقَقْنَا الْأَرْضَ شَقًّا ۖ فَأَنْبَتْنَا فِيهَا حَبًّا ۖ (٢٦) فَأَنْبَتْنَا فِيهَا حَبًّا ۖ (٢٧) وَعَبًّا وَقَضْبًا ۖ (٢٨) وَزَيْتُونًا
وَنَخْلًا ۖ (٢٩) وَحَدَائِقَ غَلْبًا ۖ (٣٠) وَفَاكِهَةً وَأَبًّا ۖ﴾ عبس (٢٦ - ٣١)، وقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي
أَنْشَأَ جَنَّاتٍ مَعْرُوشَاتٍ وَغَيْرَ مَعْرُوشَاتٍ وَالنَّخْلَ وَالزَّرْعَ مُخْتَلِفًا أَكْلُهُ وَالزَّيْتُونَ وَالرُّمَانَ
مُتَشَابِهًا وَغَيْرَ مُتَشَابِهٍ ۖ﴾ الأنعام: ١٤١.

العام، والعام على الخاص لا للمغايرة المحضة كما في عطف جبريل وميكائيل على الملائكة^(١) ونحو ذلك^(٢)، وكون اليابس منها من التوابل أو من الأقوات لا يوجب خروجها عن الفواكه، ولا قصوراً في معنى التفكه كما في يابس التوت والمشمش وغيرهما.

قوله: (وقال محمد: ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو إدام، وهو رواية عن أبي يوسف لأن الإدام من الموادمة وهي الموافقة، وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه).

وهذا القول أيضاً أظهر من قول أبي حنيفة^(٣) رحمه الله، لما ذكر من الدليل، وما عورض به من أن اللحم والبيض قد يؤكل كل منهما وحده لا يخرج عن أن يكون إداماً إذا أكل مع الخبز، والعرف مؤيد لذلك أيضاً.

قوله: (ولأبي حنيفة أن كلمة من للتبويض، وحقيقته في الكرع^(٤) وهي مستعملة ولهذا يحث بالكرع إجماعاً إلى آخر المسألة)^(٥).

(١) وهو قوله تعالى: ﴿مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ...﴾ الآية، البقرة: ٩٨.

(٢) كقوله تعالى: ﴿وَمَا أُوتِيَ مُوسَىٰ وَعِيسَىٰ وَمَا أُوتِيَ النَّبِيُّونَ...﴾ الآية، البقرة: ١٣٦.

(٣) إذ قال فيمن حلف لا يأتدم: فكل شيء اصطبغ به فهو إدام، والشواء ليس بإدام، والملح إدام، ووافقه أبو يوسف في رواية، وفي الرواية الأخرى وافق محمداً في أن الجميع إدام. الهداية ٣٦٦/٢.

(٤) الكرع: تناول الماء بالفم من موضعه، يقال: كرع الرجل في الماء وفي الإناء: إذا مد عنقه نحوه ليشربه، المغرب ٢/٢١٦.

(٥) وصورتها أن من حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحث حتى يكرع منها كرعاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما إذا شرب منها بإناء يحث.

فيه نظر، فإن كلمة من في قوله: لا أشرب من دجلة - لا ابتداء الغاية دون [١١٦/ب] التبويض، واحتمال التبويض فيها مجاز لأن قوله: لا أشرب/ من دجلة بمنزلة قوله: لا أشرب من البئر، ومن الكوز، ومن البركة، ونحو ذلك، ولا يتصور أن يشرب بعض هذه الأشياء إلا أن يراد بالتبويض في حق الماء، وحينئذ يصير قوله: من دجلة، ومن ماء دجلة سواء فيحث بالكرع وغيره، ولا ينفعه في التعليل إلا أن يقول: إنَّ: من . لا ابتداء الغاية، والمراد أن يكون ابتداء غاية شربه من دجلة وذلك بالكرع، لأن الشارب من مائها بإناء ابتداء غاية شربه من الإناء لا من دجلة، وتقرير الاستدلال على هذا الوجه يتمشى، وإلا فعلى قوله: إن من للتبويض إنما يتأتى ضد قصده، وقولهما أظهر على كل حال للعرف، فإن العرف لا يفصل بين قول الخالف: من دجلة أو من ماء دجلة .

* * *

باب اليمين في الكلام

قوله : (وكذا العبد لسقوط منزلته) .

يعني فيما إذا حلف لا يكلم عبد فلان هذا فكلمه بعد ما باعه فلان لا يحث بكلامه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ويحث عند محمد وزفر رحمهما الله، وقولهما أظهر، فإن العبد وإن كان ساقط المنزلة فقد يقصد بالهجران، والخالف لو أراد هجرانه لأجل سيده لم يحتج إلى الإشارة إليه بقوله : عبد فلان هذا، فلما أشار إليه علم أن مراده قصده بالهجران وقد قال به^(١) ذلك وكذلك الدار ولكن العبد أظهر باعتبار ظهور صحة قصده بالهجران كما في المرأة والصديق .

فصل:

قوله : (ومن حلف لا يكلمه حيناً أو زماناً، أو الحين أو الزمان، فهو على ستة أشهر) .

في كون الزمان المعروف لسته أشهر نظر، وجميع ما علل به بعده إنما هو في المنكر، وأما المعروف فلم يعلل له، وقد علل له غير المصنف بأنه لما صارت ستة أشهر معهودة في الزمان والحين صار التعريف للعهد^(٢)، وهذا إن سلم في

(١) بياض بالنسختين بمقدار كلمة وقد نقل ابن الهمام في فتح القدير ١٥٢/٥ كلام المصنف

بتمامه ونص عليه باسمه، إلا أنه لم ترد فيه الكلمة الساقطة والله أعلم .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٣/٥٠، المبسوط ٩/١٦ .

حين فهو في زمان مشكل فإن مجيء : زمان المنكر لسته أشهر فيه نظر ولا شك أن معرفة يستعمل استعمال الدهر والأبد عند الإطلاق ، والألف واللام فيه للاستغراق وعموم الجنس وإن كان الاسم مفرداً كالألف واللام التي في الإنسان ولهذا يصح الاستثناء منه كقوله تعالى : ﴿ إِنَّ الْإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ ۝٢٠ ﴾ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ ﴿١١﴾ وكذلك الزمان فلو قال الحالف : لا أكلمه الزمان إلا سنة أو شهر لصح ، ويقال : حين من الزمان : كما يقول : حين من الدهر وكذلك سنة من الزمان .

قوله : (وله^(٢)) أنه جمع معرف ، فينصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة) .

فيه نظر وقول الصاحبين أقوى فإن صرف الأيام إلى أيام الأسبوع ، وصرف الشهور إلى شهور السنة هو العرف ، وليس قوله : إنه ينصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع - بمسلم ، وذلك لأن مراده أن اسم العدد الذي يميز بالجمع أقصاه عشرة لأنه يقال : ثلاثة أشهر^(٣) ، أربعة شهور إلى عشرة شهور ، وبعده يقال : أحد عشر شهراً يميز بالمفرد ، وهذا^(٤) إنما يكون عند ذكر اسم العدد ، وإذا لم يذكر اسم العدد يسمى الزائد عليه بالجمع بلا ريب ، قال تعالى : ﴿ وَتِلْكَ الْأَيَّامُ نُدَاوِلُهَا بَيْنَ النَّاسِ ﴾^(٥) وقال تعالى : ﴿ إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ

(١) العصر ٢ ، ٣ .

(٢) أي لأبي حنيفة رحمه الله على أن من حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عنده ، وعندهما على اثني عشر شهراً .

(٣) في ع : شهور .

(٤) أي كون أقصى ما يراد به العشرة .

(٥) آل عمران : ١٤٠ .

عند الله اثنا عشر شهراً^(١) فقال تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ﴾. بالجمع لما لم يذكر اسم العدد، ثم قال تعالى: ﴿إِثْنَا عَشَرَ شَهْرًا﴾ بلفظ المفرد لما ذكر اسم العدد، وليس في قول الحالف: لا أكلمه الشهور اسم العدد، فلا يصح أن يقال: إنه أقصى ما يذكر بلفظ الجمع، وكذلك الأيام ولكن لما كانت الأيام المعهودة هي أيام الأسبوع، والشهور المعهودة هي شهور السنة، صرفت اليمين إليها، ولما كانت الجمع والسنون ليس فيها معهود كانت الألف واللام فيها للجنس، وصرفت اليمين فيها إلى العمر.

وقد أجاب الخبازي في الحواشي عن قولهما- إن الجمع يطلق على أكثر من العشرة إذا لم يذكر اسم العدد- بجوابين:

فقال: اسم الجمع للعشرة وما دونها إلى الثلاثة حقيقة حالتي الإطلاق واقتترانه بالعدد وهو اسم لما زاد على العشرة عند الإطلاق، لا عند الاقتران بالعدد والاسم متى كان للشيء في جميع الأحوال/ كان^(٢) أثبت مما هو اسم له [١١٧/أ] في حال دون حال، ولأن الزائد على العشرة أيام عند الإطلاق، ويوم عند اقتترانه بالعدد، فلم يدخل تحت الأيام التي هي اسم جنس من كل وجه انتهت^(٣)، وكلا الجوابين لا يصح، أما الأول: فكأنه لم يبلغه الفرق بين الجمع واسم الجمع، فلماذا قال إن للعشرة وما دونها حقيقة في حالتين، ولما فوقها في

(١) التوبة: ٣٦.

(٢) في الأصل: كانت. والمثبت من: ع.

(٣) أورد ابن الهمام في فتح القدير ١٨/٥ مناقشة المصنف هذه بعد أن عزاها إليه، وأورد أيضاً ما أجاب به الخبازي.

حالة واحدة .

وإنما قالوا نحو هذا في بعض أسماء الجموع أنه يطلق من الثلاثة إلى العشرة كما في رهط وذود ونفر وذلك لأن اسم الجمع لما كانت دلالته على مجموع أحاده دلالة المفرد على جملة أجزاء مسماه، خص منه بعض جمل الأحاد بأسماء معينة ولهذا كان على وزن الآحاد، وأما الجمع فليس هو اسماً لما دون العشرة ولا لها ولا لما زاد عليها وإنما يدل على مجموع أحاده دلالة تكرار الواحد بالعطف، وليس له اختصاص بعدد معين وإذا استعمل مقترناً باسم عدد فإنما يعرف مقدار المجموع من اسم العدد لا من الجمع، كما لو كان مميزه مفرداً فاقتترانه بالعشرة فما دونها كاقتران المفرد بالزائد على العشرة، وأما الثاني: فكأنه لم يبلغه الفرق بين الجمع واسم الجنس حتى ادعى أن الأيام اسم جنس من كل وجه، ولم يقل أحد إن الأيام اسم جنس^(١) لا من وجه ولا من كل وجه، كذا لا يصح أن يقال: إن الزائد على العشرة يوم عند اقتترانه بالعدد، وإنما يقال: إن اسم العدد الزائد على العشرة مميزه يوم وإذا كان الزائد على العشرة أيام عند الإطلاق فالحالف قد أطلق فوجب العمل بإطلاقه من غير تقييد بعشرة .

* * *

(١) في الأصل: الجنس، والمثبت من ع.

باب اليمين في العتق والطلاق

قوله : (وإن اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافاً لزفر رحمه الله) .

المسألة مطروقة^(١) ، والإشكال فيها على قول أبي حنيفة رحمه الله ، فإنه قال فيمن قال لامرأته : إن لبست من غزلك فهو هدي^(٢) ، فاشترى قطناً فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي وعلله هناك^(٣) بأن العرف لا يفرق بين أن يكون القطن في ملكه وقت اليمين وبين أن لا يكون في ملكه . وإذا اعتبر العرف في تلك المسألة ولم ينظر إلى الملك ظهرت قوة قول زفر في هذه المسألة .

قوله : (ومن قال لنسوة له : هذه طالق أو هذه وهذه ؛ طلقت الأخيرة ، وله الخيار في الأوليين ، لأن (أو) لإثبات أحد المذكورين ، وقد أدخلها بين الأوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لأن العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله^(٤) فصار كما إذا قال : إحداكما طالق وهذه ، وكذا إذا قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا عتق الأخير وله الخيار في الأوليين) .

(١) صورتها : إذا قال : إن تسريت جارية فهي حرة ، فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت ، وإن اشتراها فتسراها لم تعتق خلافاً لزفر فإنه يدخلها في الصورة الأولى فتعتق عنده كما إذا قال لأجنبية : إن طلقتك فعبيدي حر ، فالتزوج يعد مذكوراً أي تزوجتك ثم طلقتك . الخ .

(٢) الهدى : ما يهدى إلى البيت الحرام من النعم لتنحر . النهاية ٢٥٤ / ٥ .

(٣) انظر : الهداية ٣٧٧ / ٢ .

(٤) أي بمحل الحكم وهي المطلقة .

روى ابن سماعة^(١) عن محمد بن الحسن رحمه الله أن الثالثة تكون معطوفة على الثانية، ولا يتنجز الطلاق في حقها^(٢) والذي ذكره المصنف ظاهر الرواية^(٣)، والقول بتنجيز الطلاق في حق الثالثة من غير نية من المطلق^(٤) والحالة ما ذكر مشكل، فإن اللفظ صالح لكلا الأمرين العطف على الثانية والاستئناف والعطف على الثانية أظهر، لأنه إذا دار الأمر بين أن يكون العطف على الثانية فلا يتنجز وبين أن يكون اللفظ مستأنفاً فيتنجز، فلا يتنجز بالشك.

* * *

(١) محمد بن سماعة بن عبيد بن هلال بن وكيع بن بشر التميمي، أبو عبد الله، حدث عن الليث بن سعد، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن، وكتب النوادر عن أبي يوسف ومحمد. وقد روى كتب محمد عنه، ومن كتبه: أدب القاضي، ولد سنة ١٣٠ هـ. انظر: الفهرست ص ٢٥٨، الجواهر المضية ٣/١٦٨، تاج التراجم ص ٢٤٠.

(٢) انظر: العناية ٥/١٧٢.

(٣) المصدر نفسه.

(٤) في ع: غير نية الطلاق.

باب اليمين في الحج والصور والصلوة

قوله : (ومن قال : عبدي حر إن لم أحج العام فقال : قد حججت وشهدت شاهدان أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد : يعتق ، لأن هذه شهادة قامت على أمر معلوم وهو التضحية ، ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ، ولهما أنها قامت على النفي لأن المقصود منها نفي الحج لا إثبات التضحية لأنه لا مطالب لها فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج ، غاية الأمر أن هذا مما يحيط علم الشاهد به ، ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيراً) .

قول محمد رحمه الله في هذه المسألة أظهر فإنه ذكر في المبسوط^(١) أن الشهادة على النفي تسمع في الشروط ، ولهذا لو قال لعبده : إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فشهد شاهدان أنه لم يدخل الدار/ اليوم يقبل ويقضي [١١٧/ب] بعقته ، وهذه المسألة من هذا الباب .

وقد أجاب الشيخ حافظ الدين النسفي في الكافي عن هذا بأن هذا عبارة عن أمر ثابت معين ، وهو كونه خارج الدار . وهذا الجواب ضعيف ، فإن الذين شهدوا أنه ضحى بالكوفة ، شهدوا بأمر

(١) هو كتاب الأصل له وتسميته به أشهر ، وقد تطابقت كلمة الفقهاء على التعبير عنه بذلك .
انظر : مفتاح السعادة ٢/ ٢٣٧ .

ثابت معاين وهو كونه بالكوفة وليس بمكة، فهي وزان مسألة المبسوط، وأولى منها، فإن في مسألة المبسوط شهدوا على النفي مقصوداً وفي مسألة الكتاب شهدوا على النفي ضمناً، فإذا قبلت الشهادة على النفي المقصود فقبولها على النفي الضمني أولى، وأيضاً فهي داخلة في الأصل المعروف أن المنفي إذا كان مما يحيط به علم الشاهد يكون بمنزلة مثبت.

قوله: (ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم أفطر من يومه حنث... إلى آخر الباب).

في الفرق بين قوله: لا أصوم وبين قوله: لا أصوم صوماً نظر، وكذا بين قوله: لا أصلي وبين قوله: لا أصلي صلاة، فإن قوله صوماً بعد قوله: لا أصوم للتأكيد، فإن الفعل يدل على المصدر وذكره بعده للتأكيد فقط، ولا شك أن مراده - بقوله: لا أصوم أو لا أصلي - الصوم الشرعي والصلاة الشرعية، وأقل الصوم الشرعي يوم وأقل الصلاة الشرعية ركعتان عند من لا يرى التنفل بركعة مشروعاً، فإذا صام أقل من يوم أو صلى أقل من ركعتين ثم قطع لم يكن قد صام ولا صلى، وصار كما قالوا: فيما إذا قال لزوجته: إن حضت فأنت طالق، فرأت الدم لا تطلق حتى يستمر بها الدم ثلاثة أيام ولو انقطع لأقل من ثلاثة أيام لم تطلق لأنه تبين أنه ليس بحيض، فكذا هنا لما قطع الصلاة ولم يكملها ركعتين، أو قطع الصوم ولم يكمله يوماً تبين أنه ليس بصلاة ولا صوم.

وقد أجب عن هذا بأنه إذا لم يذكر المصدر ينصرف إلى الصوم لغةً، وإذا ذكر المصدر ينصرف إلى الكامل وهو الصوم لغةً وشرعاً، وكذا في الصلاة،

وهذا الجواب هو عين المدعى ، والمنع فيه .

وأجاب في الكافي بأن الصوم هو الإمساك في وقته عن المفطرات الثلاث مع النية فإذا أصبح صائماً فقد وجد ذلك وما زاد عليه تكرار ، ولهذا يقال : صام فلان ساعة ثم أفطر ، وتكرار المحلوف عليه ليس بشرط لتحقيق الحنث وإلى هذا المعنى أشار صاحب الهداية أيضاً بقوله : بخلاف الصوم لأنه ركن واحد وهو الإمساك ويتكرر في الجزء الثاني^(١) ، وفيه نظر ، فإن من صام ساعة ثم أفطر لم يصم الصوم الشرعي وهو المحلوف عليه ، وقوله^(٢) : إن ما زاد عليه تكرار ، ممنوع ، بل هو ركن واحد غير مكرر ، ولهذا يكتفى عند أبي حنيفة بالنية المقتترنة بأكثره^(٣) على ما هو معروف من مذهبه^(٤) ، ولو قيل ، إنه يقع إذا صام يوماً أو صلى ركعتين مستنداً - كما قالوا : فيما إذا قال : إن حضت فأنت طالق إنه لا يقع حتى يستمر بها الدم ثلاثة أيام فإذا استمر بها ثلاثة أيام ، حكم بالطلاق من وقت الحيض - لكان أشبه ، وهذا لأنهم قالوا : إن الحيض لا يكون أقل من ثلاثة أيام ، والصوم لا يكون أقل من يوم ، والصلاة لا تكون أقل من ركعتين ، فإذا شرطوا في الحيض انقضاء مدته مع ما في تقديره من الخلاف فالصوم والصلاة أولى .

* * *

(١) انظر : الهداية ٢/٣٧٧ .

(٢) أي صاحب الكافي .

(٣) أي يوم الصوم .

(٤) انظر : الهداية ١/١٢٧ .

باب اليمين في تقاضي الدرهم

قوله: (ومن حلف ليقضين فلاناً دينه اليوم إلى أن قال: وإن وهبها له - يعني الدين - لم يبرّ لعدم المقاصة، لأن القضاء فعله، والهبة إسقاط من صاحب الدين).

قال الخبّازي في حواشيه: إن أريد به الحنث فمشكل فيما إذا كان اليمين مؤقتاً باليوم لأن الدين لما سقط قبل مضي اليوم لم يبق قضاء الدين متصوراً، فبطلت اليمين عند أبي حنيفة ومحمد كما في مسألة الكوز^(١)، وإن أريد به أنه لا يحنث لبطلان اليمين بعدم الدين فهو صحيح، لأن اليمين إذا بطلت لم يكن باراً ولا حائثاً فيحمل على هذا تصحيحاً لما ذكر في الكتاب. انتهى.

وهذا التوجيه أيضاً مشكل، لأنه لا يفهم من عدم البر عدم الحنث والمحتاج إليه بيان حكم الحنث، ثم قال في الحواشي: وقيل ذكر^(٢) اليوم في وضع المسألة وقع سهواً من الكاتب. انتهى.

(١) صورة المسألة أن يحلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز وليس في الكوز ماء، ففي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تتعدد اليمين، انظر: بدائع الصنائع ٣/ ٤٥.
وصورة أخرى: حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم، فانصب الماء قبل مضي اليوم، فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنه لا يجب عليه كفارة، وهذه الصورة أشبه بما ذكره المؤلف رحمه الله. انظر: كتاب تأسيس النظر للدبوسي ص ١٣٥.

(٢) في الأصل: وضع، والمثبت من: ع.

وهذا كلام صحيح، وكاتب المسألة حال/ وضعها هو المصنف أو من نقلها [١١٨/أ]
عنه لا الناسخ والله أعلم.

* * *

كتاب الحدود

قوله: (أوزنى في دار الحرب).

يشير إلى أنه لو زنى مسلم بمسلمة في دار الحرب ثم خرجا إلينا واعترفا، أو قامت عليهما بينة أنهما لا يحدان، وستأتي المسألة إن شاء الله تعالى.

قوله: (قال عليه السلام: «ادرؤوا الحدود ما استطعتم»).

رواه الترمذي^(١) والبيهقي^(٢)، قال الترمذي: ورواه وكيع ولم يرفعه وهو أصح^(٣) وقال البيهقي: أقرب إلى الصواب^(٤)، وقال أبو يوسف في رسالته إلى هارون الرشيد: حدثنا الأعمش^(٥) عن إبراهيم^(٦) قال كانوا يقولون: ادرؤوا الحدود عن عباد الله ما استطعتم^(٧).

(١) في سننه - حدود - باب ما جاء في درء الحدود ٢٥ / ٤.

(٢) السنن الكبرى ٨ / ٢٣٨.

(٣) سنن الترمذي ٤ / ٢٥.

(٤) السنن الكبرى ٨ / ٢٣٨ ومراده بأقرب إلى الصواب أي رواية وكيع، وقد ضعف الحديث - مرفوعاً وموقوفاً - الألباني في الإرواء ٨ / ٢٥.

(٥) هو سليمان بن مهران الأسدي الكاهلي، أبو محمد الكوفي، الأعمش، ثقة، حافظ عارف بالقراءات وورع، لكنه يدلّس، مات سنة ١٤٧ هـ. التقريب ص ٢٥٤.

(٦) هو ابن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي، أبو عمران الكوفي الفقيه، ثقة، إلا أنه يرسل كثيراً، مات سنة ١٩٦ هـ. التقريب ص ٩٥.

(٧) انظره في رسالته إلى هارون المسماة بالخراج ص ١٥٢.

قوله : (لأنه عليه السلام طرد ماعزاً في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة) .

ليس هذا في حديث ماعز في رواية من الروايات المشهورة في كتب الحديث ، وإنما روى مسلم وأبو داود عن بريدة^(١) رضي الله عنه قال : «إن ماعز ابن مالك الأسلمي أتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله : إني قد ظلمت نفسي وزنيت ، وإني أريد أن تطهرني ، فرده ، فلما كان من الغد أتاه فقال يا رسول الله إني قد زنيت فرده الثانية ، فأرسل رسول الله ﷺ إلى قومه فقال : تعلمون بعقله بأساً؟ تنكرون منه شيئاً؟ فقالوا : ما نعلمه إلا وفي العقل من صالحينا فيما نرى ، فاتاه الثالثة فأرسل إليهم أيضاً فسأل عنه فأخبروه أنه لا بأس به ولا بعقله ، فلما كان الرابعة حفر له حفرة ، ثم أمر به فرجم»^(٢) ولكن ذكر في المغني عن الأثرم^(٣) قال سمعت أبا عبد الله يسأل عن الزاني يردد أربع مرات؟ قال : نعم على حديث ماعز هو أحوط ، قلت له : في مجلس واحد أو مجالس شتى؟ قال : أما الأحاديث فليست تدل إلا على مجلس واحد ، إلا

(١) بريدة بن الحصيب بن عبد الله الأسلمي أسلم بعد منصرف النبي ﷺ من بدر وسكن البصرة لما فتحت ، وفي الصحيحين عنه أنه غزا مع النبي ﷺ ست عشرة غزوة وكان غزاه خراسان في زمن عثمان ثم تحول إلى مرو فسكنها إلى أن مات فيها في خلافة يزيد بن معاوية . انظر : الاستيعاب ١/١٧٣ ، الإصابة ١/١٤٦ .

(٢) رواه مسلم - حدود - باب من اعترف على نفسه بالزنا - حديث رقم ١٦٩٥ ، وأبو داود - حدود - باب رجم ماعز بن مالك - ٤/١٤٩ .

(٣) هو أبو بكر ، أحمد بن محمد بن هاني ، الإمام الحافظ العلامة ، الأثرم الطائي ، مصنف السنن ، وتلميذ الإمام أحمد ، ولد في دولة الرشيد وله كتاب التاريخ ، والعلل ، والناسخ والمنسوخ في الحديث . انظر : الفهرست ص ٢٨٥ ، طبقات الحنابلة ١/٦٦ ، سير أعلام النبلاء ١٢/٦٢٣ ، شذرات الذهب ٢/١٤١ .

ذاك الشيخ بشير بن مهاجر^(١).

عن عبد الله بن بريدة^(٢) عن أبيه، وذاك عندي منكر الحديث انتهى^(٣).

وفي رواية لأبي داود قال: «جاء معاذ بن مالك إلى النبي ﷺ فاعترف بالزنا مرتين فطرده، ثم جاء فاعترف بالزنا مرتين، فقال: شهدت على نفسك أربع مرات، اذهبوا به فارجموه»^(٤).

قوله: (فإن رجع المقر عن إقراره قبل إقامة الحد أو في وسطه، قبل رجوعه وخُلِّي سبيله، وقال الشافعي رحمه الله - وهو قول ابن أبي ليلى - يقيم عليه الحد).

قول الشافعي رحمه الله كقول أبي حنيفة رحمه الله في صحة رجوع المقر بالزنا عن إقراره واستحباب تلقينه الرجوع، لا كما ذكره المصنف، كذا ذكره النووي في شرح مسلم^(٥)، وإنما قال بعدم رجوعه ابن أبي ليلى وعثمان البتي^(٦) كذا ذكره ابن عبد البر [في التمهيد]^(٧).

-
- (١) بشير بن المهاجر الكوفي الغنوي، صدوق لين الحديث رمي بالإرجاء. التقريب ص ١٢٥.
- (٢) عبد الله بن بريدة بن الحصيب الأسلمي، أبو سهل المروزي، قاضيهما، ثقة، مات سنة ١٠٥ وقيل بل ١١٥، وله مائة سنة. التقريب ص ٢٩٧.
- (٣) انظر: المغني ٨/١٩٥، وعن ذكر ذلك عن الإمام أحمد، الخطابي في معالم السنن ٦/٢٥٤، ٢٥٥، والمنذري في مختصره في الصفحة نفسها.
- (٤) رواه أبو داود من حديث ابن عباس - حدود - باب رجم معاذ ٤/١٤٧.
- (٥) انظر: شرح النووي على مسلم ١١/١٩٤.
- (٦) عثمان بن سليمان بن جرموز، البتي، أبو عمرو، بياع البتوت ثقة، له أحاديث كان صاحب رأي وفقه، فقيه البصرة، طبقات ابن سعد ٧/١٩١، سير أعلام النبلاء ٦/١٤٨.
- (٧) الزيادة من: ع. وانظر: التمهيد له ٥/٣٢٦.

فصل في كيفية الحد وإقامته:

قوله: (ورمى رسول الله ﷺ الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت اعترفت بالزنا).

ذكر أبو داود عن بريدة حديث الغامدية ثم قال: حدثت عن عبد الصمد ابن عبد الوارث^(١) فذكر بسنده نحوه، وزاد «ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ثم قال: ارموا واتقوا الوجه، فلما طفئت^(٢) أخرجها فصلى عليها»^(٣) وذكره النسائي أيضاً ولكن قال في سنده: عن زكريا أبي عمران البصري^(٤) قال سمعت شيخاً يحدث^(٥) عمرو بن عثمان القرشي^(٦) قال حدثنا عبد الرحمن بن أبي بكرة^(٧) عن أبيه^(٨) قال: شهدت النبي ﷺ وساق الحديث^(٩)، وهو حديث منقطع لأن أبا داود يقول: حدثت عن عبد الصمد، والنسائي يقول: عن أبي عمران البصري سمعت شيخاً يحدث.

- (١) عبد الصمد بن عبد الوارث بن سعيد العبدي مولا هم - التنوري - أبو سهل البصري صدوق ثبت في شعبة، مات سنة ٢٠٧. التقريب ص ٣٥٦.
- (٢) أي سكنت، والمعنى ماتت. المصباح المنير ص ١٤٢.
- (٣) سنن أبي داود - حدود - باب المرأة التي أمر النبي ﷺ من جهينة ٤/١٥٢.
- (٤) زكريا بن سليم، أبو عمران البصري، مقبول. التقريب ص ٢١٦.
- (٥) كذا في النسختين وهو الموافق لما في السنن الكبرى للنسائي.
- (٦) عمرو بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار القرشي مولا هم، أبو حفص، الحمصي، صدوق مات سنة ٢٥٠. التقريب ص ٤٢٤.
- (٧) عبد الرحمن بن أبي بكرة: نفع بن الحارث البصري، ثقة مات سنة ٩٦. التقريب ص ٣٣٧.
- (٨) نفع بن الحارث بن كلدة، ابن عمرو الثقفي، أبو بكرة، صحابي مشهور بكنيته وقيل اسمه مسروح، أسلم بالطائف، ثم نزل البصرة ومات بها.
- انظر: الاستيعاب ٤/٢٣، الإصابة ٣/٥٧١.
- (٩) أخرجه النسائي في الكبرى - كتاب الرجم - باب إقامة الحد ٤/٢٩٢.

قوله : (لقلوه عليه السلام لما عز^(١)) « اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم » .

هذا حديث منكر ، لا يعرف في قصة ماعز^(٢) وإنما روى نحوه عن علي رضي الله عنه في حق المرأة التي رجمها ثم قال : افعلوا بها كما تفعلون بموتاكم^(٣) .

قوله : (لأن علياً رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود) .

لا أصل لهذا عن علي رضي الله عنه ولا عن غيره^(٤) ، قال ابن المنذر : وليس في تجريد المجلود خبر يعتمد عليه فلا يجرد المجلود ، والمجلود وعليه قميصه مجلود عند أهل العلم ، ونزع ما يمنع من الألم يجب . انتهى^(٥) . وترك

(١) ماعز بن مالك الأسلمي ، له صحبة ، وهو الذي رجم في عهد النبي ﷺ ، وقال عنه النبي ﷺ : لقد تاب توبة لو تابها طائفة من أممي لأجزأت عنهم . طبقات ابن سعد ٤ / ٢٤١ ، الإصابه ٣ / ٣٣٧ .

(٢) بل قد أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في الجنائز ٣ / ١٤١ عن أبي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن أبيه قال : لما رجم ماعز ، قالوا يا رسول الله ما يصنع به ؟ قال : « اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلاة عليه » . قال في الدراية ٢ / ٩٧ : وفي إسناده أبو حنيفة والباقون من رجال الصحيح . هـ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في الجنائز ٣ / ١٤١ ، والبيهقي في السنن الكبرى عن الشعبي قال : جيء بشرأحة الهمدانية إلى علي رضي الله عنه . . . الحديث ٨ / ٢٢٠ ، قال الألباني في الإرواء ٨ / ٧ : وإسناده جيد ، رجاله ثقات ، رجال الصحيح غير الأجلح وهو صدوق .

(٤) قال في نصب الراية ٣ / ٣٢٣ : غريب . وقال في الدراية ٢ / ٩٨ : لم أجده . هـ . بل إن المنقول عنه خلافة ، أخرجه عبد الرزاق ٧ / ٣٧٣ عنه أنه أتى برجل في حد ، فضربه وعليه كساء له قسطلاني ، قاعداً .

(٥) انظر : الإشراف ٣ / ٢٠ .

التجريد مذهب أحمد^(١) وهو منقول عن أبي عبيدة بن الجراح وابن مسعود وطاووس^(٢) والشعبي^(٣) والنخعي وقتادة^(٤) وإسحاق وأبي ثور^(٥)، وفي المغني قال ابن مسعود: ليس في ديننا مد ولا قيد ولا تجريد^(٦).

وجلد أصحاب رسول الله ﷺ فلم ينقل عن أحد منهم مد ولا قيد ولا تجريد، ولا تنزع عنه ثيابه بل / يكون [عليه]^(٧) الثوب والثوبان، وإن كان عليه فرو أو جبة محشوة نزعته عنه، لأنه لو ترك عليه ذلك لم يبال بالضرب، قال أحمد: لو تركت عليه ثياب الشتاء ما بالى بالضرب، وقال مالك^(٨): يجرد لأن الأمر بجلده يقتضي مباشرة جسمه، ولنا قول ابن مسعود ولم يعلم عن الصحابة خلافه، والله تعالى لم يأمر بتجريده وإنما بجلده، ومن جلد من فوق

(١) انظر: المحرر ١٦٤/٢، الإقناع ٢٤٦/٤.

(٢) طاووس بن كيسان، الفقيه القدوة، عالم اليمن، أبو عبد الرحمن الفارسي، الحافظ، كان زاهداً، كثير العبادة، ولد في دولة عثمان رضي الله عنه، وتوفي سنة ١٠٦هـ.

انظر: طبقات ابن سعد ٦٦/٦، تهذيب الأسماء واللغات ٢٥١/١.

(٣) عامر بن شراحيل الشعبي، إمام عصره في الحفظ، الفقيه المحدث الشاعر، ولد بالكوفة سنة ٢٨هـ، وتوفي سنة ١٠٣هـ. انظر: طبقات ابن سعد ٢٥٩/٦، سير أعلام النبلاء ٢٩٤/٤.

(٤) قتادة بن دعامة السدوسي، حافظ العصر، قدوة المفسرين والمحدثين ولد سنة ٦٠هـ، وتوفي سنة ١١٨هـ. طبقات ابن سعد ١٧١/٧، سير أعلام النبلاء ٢٦٩/٥.

(٥) عزا القول إلى هؤلاء ابن المنذر في الإشراف ١٨/٣.

(٦) ذكر هذا الأثر عبد الرزاق ٣٧٣/٧، والبيهقي في السنن الكبرى ٣٢٦/٨، وفي مجمع الزوائد، وقال: رواه الطبراني وهو منقطع الإسناد وفيه جوبير وهو ضعيف، ٢٥٣/٦.

(٧) الزيادة من: ع.

(٨) انظر: المدونة ٢١٥/٦، الكافي لابن عبد البر ٣٥٩/٢، التمهيد ٣٣٦/٥.

الثوب فقد جلد . انتهى^(١) .

وأيضاً فكما أمر بالجلد في الزنا أمر به في القذف فمن أين جاء التفريق بينهما .

قوله : (لقوله عليه السلام للذي أمره بضرب الحد : « اتق الوجه والمذاكير ») .

هذا لا يعرف مرفوعاً إلى النبي ﷺ^(٢) وإنما يروى عن علي رضي الله عنه أخرجه البيهقي^(٣) وابن أبي شيبة^(٤) ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « إذا ضرب أحدكم فليتق الوجه » أخرجه مسلم^(٥) ، وهذا يشمل الضرب في الحدود وغيرها ، ولكن ليس فيه ذكر المذاكير .

قوله : (وإن ترك لا يضره لأن النبي ﷺ لم يأمر بذلك) .

يعني وإن ترك الحفر للمرأة في الرجم ، وفيه نظر ، لأنه قال قبل ذلك : لأن النبي ﷺ حفر للغامدية ، ولو قال : لأن النبي ﷺ حفر لامرأة ثم رجمها ورجم أخرى ولم يحفر لها ، فقد حفر تارة وترك الحفر تارة أخرى لكان أولى .

(١) انظر : المغني ٣١٦ / ٨ .

(٢) قال في نصب الراية ٣ / ٣٢٤ : غريب مرفوع ، وقال في الدراية ٢ / ٩٨ : لم أجده .

(٣) السنن الكبرى ٨ / ٣٢٧ ولفظه « . . . واتق وجهه ومذاكيره » .

(٤) في مصنفه في الحدود ٦ / ٥٣٨ ، وأخرجه عبد الرزاق ٧ / ٣٧٠ .

(٥) في صحيحه كتاب البر والصلة - باب النهي عن ضرب الوجه - حديث برقم ٢٦١٢ ولفظه : فليجتنب .

قوله: (ولنا^(١)) قوله عليه السلام «أربع إلى الولاة، وذكر منها الحدود». هذا حديث منكر^(٢)، وإنما يروى من كلام الحسن البصري^(٣) وغيره^(٤) وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «إذا زنت أمة أحدكم فتيين زناها فليجلدها الحد ولا يشرب^(٥) عليها ثم إن زنت فليجلدها الحد ولا يشرب عليها ثم إن زنت الثالثة فليبعها ولو بحبل من شعر» متفق عليه^(٦).

وذكر ابن المنذر أن إقامة الحد على العبد والأمة إلى سيدها دون السلطان عن ابن مسعود^(٧) وابن عمر^(٨) والحسن^(٩) والزهري^(١٠) وأبي ميسرة^(١١) وهبيرة

- (١) أي على أن المولى لا يقيم الحد على عبده إلا بإذن الإمام.
- (٢) قال في نصب الراية ٣/٣٢٦: غريب، وقال في الدراية ٢/٩٩: لم أجده.
- (٣) أخرج ابن أبي شيبة في الحدود ٦/٥٠٧ عنه قال: أربعة إلى السلطان، الزكاة، والصلاة، والحدود، والقضاء.
- (٤) كعطاء الخراساني، وابن محيريز، أخرج ابن أبي شيبة في الحدود ٦/٥٠٧ عن عطاء الخراساني قال: إلى السلطان الزكاة والجمعة والحدود. وعن ابن محيريز مثله وزاد: والفيء.
- (٥) لا يشرب: أي لا يوبخها ولا يقرعها بالزنا بعد الضرب، وقيل أراد: لا يقنع في عقوبتها بالثريب، بل يضربها الحد. النهاية ١/٢٠٩.
- (٦) أخرجه البخاري مع الفتح - بيوع - باب بيع العبد الزاني ٤/٣٦٩، ومسلم - حدود - باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنا، حديث رقم ١٧٠٣.
- (٧) أخرجه البيهقي ٨/٢٤٣ عنه «أنه أتاه رجل فقال: أمتي زنت؟ فقال له: اجلدها. . .» الحديث، وعبد الرزاق ٧/٣٩٤.
- (٨) أخرجه البيهقي عنه ٨/٢٤٥ «أنه حد جارية له زنت. . .» الحديث.
- (٩) هو البصري.
- (١٠) محمد بن مسلم بن شهاب الزهري، أبو بكر، حافظ زمانه، المتفق على جلالته وإتقانه، ولد سنة ٥١هـ، وتوفي سنة ١٢٥هـ. طبقات ابن سعد ٥/٣٤٨، السير ٥/٣٢٦.
- (١١) عمرو بن شرحبيل الهمداني الكوفي، من العباد الأولياء، حدث عن عمر وعلي وابن مسعود، توفي في ولاية عبد الله بن زياد. طبقات ابن سعد ٦/١٦٣، السير ٤/١٣٥.

ابن يريم^(١)، قال: وبه قال مالك^(٢) والثوري والشافعي^(٣) وأبو ثور، وبه نقول لثبوت الخبر عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد ولا يعيرها» انتهى^(٤).

وزاد في المغني: علي بن أبي طالب وأبا حميد^(٥) وأبا أسيد^(٦) الساعديين، وفاطمة بنت النبي ﷺ، وعلقمة^(٧) والأسود^(٨)، قال: وقال ابن أبي ليلى: أدركت بقايا الأنصار يجلدون ولائدهم في مجالسهم الحدود إذا زنوا^(٩)

(١) هبيرة بن يريم الشبامي، من همدان، روى عن علي وعمار وغيرهما، وقد كان منه هنة يوم المختار، وقد عيب بالشيعة. طبقات ابن سعد ٦/٢١١.

(٢) انظر: المدونة ٦/٢٥٧، المتقى للباقي ٧/١٤٥.

(٣) انظر: الأم ٦/١٨٥، روضة الطالبين ٧/٣١٩.

(٤) انظر: الإشراف ٣/٣٤.

(٥) أبو حميد الساعدي الصحابي المشهور اسمه عبد الرحمن بن سعد، وقيل غير ذلك، روى عدة أحاديث شهد أحداً وما بعدها، توفي في آخر خلافة معاوية. الاستيعاب ٤/٤٢، الإصابة ٤/٤٦.

(٦) هو مالك بن ربيعة بن الخرز بن ساعدة الأنصاري الساعدي، أبو سعيد، مشهور بكنيته شهد بدرًا وأحداً وما بعدها وكان معه راية بني ساعدة يوم الفتح وفي خلافة عثمان سنة ثلاثين على خلاف في ذلك. الاستيعاب ٣/٣٧١، الإصابة ٣/٣٤٤.

(٧) علقمة بن قيس بن عبد الله النخعي الكوفي، الفقيه، فقيه الكوفة وعالمها الإمام الحافظ عم الأسود بن يزيد وخال إبراهيم النخعي فقيه العراق، عداه في المخضرمين إذ ولد في أيام الرسالة المحمدية، توفي سنة ٦٢ هـ. انظر: طبقات ابن سعد ٦/١٤٦، سير أعلام النبلاء ٤/٥٣، شذرات الذهب ١/٧٠.

(٨) الأسود بن يزيد بن قيس، أبو عمرو والنخعي الكوفي، الإمام القدوة، مخضرم أدرك الجاهلية والإسلام، توفي سنة ٧٥ هـ، أدرك النبي ﷺ ولم يره، وهو معدود في كبار التابعين من الكوفيين. انظر: الاستيعاب ١/٩٤، سير أعلام النبلاء ٤/٥٠.

(٩) أخرجه البيهقي في السنن ٨/٢٤٥.

وصدر المسألة بأن هذا القول مذهب أحمد . انتهى^(١) .

وروى أحمد وأبو داود عن علي رضي الله عنه رفعه «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم»^(٢) ورواه مسلم في صحيحه عن علي رضي الله عنه من كلامه ولفظه «أقيموا على أرقائكم الحد من أحسن منهم ومن لم يحصن»^(٣) .

قوله : (والشافعي يخالفنا^(٤)) في اشتراط الإسلام ، وكذا أبو يوسف رحمه الله [في رواية]^(٥) لهما ما روي أن النبي ﷺ «رجم يهوديين قد زنيا» قلنا : كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ ، والذي يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام «من أشرك بالله فليس بمحصن» .

حديث رجم اليهوديين متفق عليه من حديث ابن عمر رضي الله عنهما^(٦) ، وروى الدارقطني من حديثه رضي الله عنهما «من أشرك بالله فليس بمحصن» وقال : الصواب موقوف عليه^(٧) .

وقال في المغني : لم يصح ولا نعرفه في مسند ، وقيل هو موقوف على ابن

(١) انظر : المغني ١٧٨/٨ والتحقيق لابن الجوزي ٢/٣٣١ .

(٢) المسند ١/١٤٥ ، أبو داود - حدود - باب في إقامة الحد على المريض ٤/١٦١ ، وضعفه الألباني في الإرواء ٧/٣٥٩ .

(٣) صحيح مسلم - حدود - باب تأخير الحد عن النساء ، حديث رقم ١٧٠٥ .

(٤) أي في مسألة شرائط إحصان الرجم وهي أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً . . إلخ ، وانظر مذهب الشافعي رحمه الله في : الأم ٦/١٩١ ، الإشراف ٣/١٠ .

(٥) الزيادة من الهداية المطبوعة .

(٦) أخرجه البخاري مع الفتح - حدود باب أحكام أهل الذمة ١٢/١٦٦ ، ومسلم - حدود - باب رجم اليهود ، أهل الذمة في الزنى ، حديث رقم ١٦٩٩ .

(٧) سنن الدارقطني ٣/١٤٧ .

عمر، ثم يتعين حمله على إحصان القذف جمعاً بين الحديتين فإن راويهما واحد، وحديثنا صريح في الرجم فيتعين حمل خبرهم على الإحصان الآخر، فإن قالوا: إنما رجم النبي ﷺ اليهوديين بحكم التوراة بدليل أنه راجعها فلما تبين له أذن له أن ذلك حكم الله عليهم أقامه فيهم، وفيها أنزل الله تعالى ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا﴾^(١) قلنا: إنما حكم عليهم بما أنزل الله إليه بدليل قوله تعالى ﴿فَأَحْكُمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾^(٢)، ولأنه لا يسوغ للنبي ﷺ الحكم بغير شريعته، ولو ساغ ذلك له ساغ لغيره، وإنما راجع التوراة ليعرفهم أن حكم التوراة موافق لما يحكم به عليهم، وأنهم تاركون لشريعتهم مخالفون لحكمها، ثم هذا حجة لنا فإن حكم الله تعالى في وجوب الرجم إن كان ثابتاً في حقهم يجب أن يحكم به عليهم فقد ثبت وجود الإحصان فيهم فإنه لا معنى له سوى وجوب الرجم على من/ زنى منهم بعد وجود شرط القياس على إحصان القذف، لأن من [١١٩/أ] شرطه العفة، وليست شرطاً هاهنا. انتهى^(٣).

وإنما ذكرت كلامه هنا لیسلم المصنف حجتهم كما سمع حجة غيرهم، ويتأمل القولين والله يهدي من يشاء إلى صراط مستقيم.

وأما قول المصنف: قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ. فلم يذكر الناسخ له ما هو، ومثل هذه الدعوى لا تكفي في الاستدلال.

(١) سورة المائدة، الآية: ٤٤.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٤٨.

(٣) انظر: المغني ٨/١٦٦.

ولو كان مراده أنه نسخ بقوله ﷺ: «من أشرك بالله فليس بمحصن» لقال ذلك وإنما قال: إن هذا الحديث يؤيد النسخ أو الناسخ، لا أنه هو الناسخ^(١).
 قوله: (وأبو يوسف يخالفهما في الكافرة، والحجة عليه ما رويناها^(٢))،
 وقوله عليه السلام «لا تُحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية، ولا الحرّ الأمة، ولا الحرّة العبد».

يعني أن أبو يوسف رحمه الله يخالف أبا حنيفة ومحمداً رحمهما الله في قولهما: إن الكافرة لا تحصن المسلم وقد تقدم التنبية على قوة قول أبي يوسف في عدم اشتراط الإسلام في الإحصان^(٣)، وأما الحديث الذي ذكره^(٤) فهو حديث منكر^(٥)، ولو استدل بما رواه أبو داود في المراسيل^(٦) عن علي بن أبي طلحة^(٧) عن كعب بن مالك^(٨) أنه أراد أن يتزوج يهودية فقال له النبي ﷺ: «لا

(١) وقد جلى هذه المسألة وأوضحها أتم وضوح ابن القيم في إعلام الموقعين ٢/٣٤٦.

(٢) يعني حديث «من أشرك بالله فليس بمحصن»، وقد تقدم تخريجه ص ١٣٦.

(٣) ص ١٣٧.

(٤) يعني حديث «لا تحصن المسلم اليهودية...».

(٥) قال في نصب الراية ٣/٣٢٧، ٣٢٨: غريب، وقال في الدراية ٢/٩٩: لم أجده.

(٦) في كتاب النكاح ص ١٤٦ رقم ١٨١.

(٧) علي بن أبي طلحة، مولى بني العباس، سكن حمص، أرسل عن ابن عباس، ولم يره، صدوق قد يخطئ، مات سنة ١٤٣ هـ. التقريب ص ٤٠٢.

(٨) كعب بن مالك بن عمرو بن القين أبو عبد الله الأنصاري السلمي - بفتحيتين - شهد العقبة وبايع بها، وتخلف عن بدر، وشهد أحدًا وما بعدها، وتخلف في تبوك، وهو أحد الثلاثة الذين تيب عليهم، وهو من الشعراء المعروفين. الاستيعاب ٣/٢٨٦، الإصابة ٣/٣٠٢.

تزوجها فإنها لا تحصنك» لكان أشبه، وإن كان هذا الحديث ضعيفاً فهو أقرب إلى الثبوت^(١) من الحديث الذي ذكره والله أعلم.

قوله: (ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي، وقال الشافعي: يجمع بينهما)^(٢) لقوله عليه السلام «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام» ولأن فيه^(٣) حسم مادة الزنا لقلّة المعارف، ولنا قوله تعالى: ﴿فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^(٤) جعل الجلد كل الواجب رجوعاً إلى حرف الفاء، أو إلى كونه كل المذكور، ولأن في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيّة، ثم فيه قطع مواد البقاء^(٥)، وربما تتخذ زناها مكسبة، وهو من أقبح الزنا، وهذه الحجة مرجحة لقول علي رضي الله عنه «كفى بالنفي فتنة»^(٦)، والحديث^(٧) منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام «الثيب جلد

(١) وأخرجه أيضاً الدارقطني ١٤٨/٣ وضعفه، وابن أبي شيبة في الحدود ٥٤٨/٦، وضعفه في الدراية ٩٩/٢.

(٢) انظر: الأم ٢٠٢/٦، روضة الطالبين ٣٠٦/٧.

(٣) أي التغريب.

(٤) النور: ٢.

(٥) أي أن في النفي قطع مادة البقاء وهي الكسب لما يحتاج إليه من المأكول والمشروب. انظر: العناية ٢٤٢/٥، البناية ٢٣١/٦.

(٦) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٣١٢/٧ عنه بلفظ «حسبهما من الفتنة أن ينفيا». وانظر: نصب الرأية ٣/٣٣٠.

(٧) وهو قوله ﷺ: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام». انظر: العناية ٢٤٢/٥.

مائة ورجم بالحجارة»، وقد عرف طريقه^(١) في موضعه^(٢)، قال: «إلا أن يرى الإمام ذلك مصلحة فيغريه على قدر ما يرى، وذلك تعزير وسياسة لأنه قد يفيد في بعض الأحوال فيكون الرأي فيه على الإمام، وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة).

أما الحديث الذي أشار إليه فهو حديث عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «خذوا عني خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم» رواه الجماعة^(٣) إلا البخاري والنسائي.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ «قضى فيمن زنا ولم يحصن بنفي عام وإقامة الحد عليه» رواه أحمد^(٤) والبخاري^(٥).

وعن أبي هريرة وزيد بن خالد^(٦) رضي الله عنهما قالوا: «إن رجلاً من

(١) أي طريق نسخه.

(٢) أي في طريقة الخلاف، وقيل: في موضعه من التفاسير، وكتاب الناسخ والمنسوخ، والناسخ هو حديث ماعز أو آية النور. انظر: العناية ٥/٢٤٤، البناية ٦/٢٣٢.

(٣) صحيح مسلم - حدود - باب حد الزنى، حديث رقم ١٦٩٠، الترمذي - حدود - باب ما جاء في الرجم على الثيب ٤/٣٢، أبو داود - حدود - باب في الرجم ٤/١٤٤، ابن ماجه - حدود - باب حد الزنا ٢/٨٥٢.

(٤) المسند ٢/٤٥٣.

(٥) في صحيحه مع الفتح - حدود - باب البكران يجلدان وينفيان ١٢/١٥٦.

(٦) زيد بن خالد الجهني، شهد الحديبية، وكان معه لواء جهينة يوم الفتح، وحديثه في الصحيحين وغيرهما، مات سنة ٧٨ هـ بالمدينة. الاستيعاب ١/٥٥٨، ٥٥٩، الإصابة ١/٥٦٥.

الأعراب أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله أنشدك الله إلاقضيت لي بكتاب الله، فقال الخصم الآخر - وهو أفته منه - نعم فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لي، فقال رسول الله ﷺ: قل، فقال: إن ابني كان عسيفاً^(١) على هذا فزنا بامرأته وإني أخبرت أن على ابني الرجم، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة، فسألت أهل العلم، فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام وأن على امرأة هذا الرجم، فقال رسول الله ﷺ: لأقضين بينكما بكتاب الله: الوليدة والغنم رد، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام واغدي يا أنيس^(٢) - لرجل من أسلم - إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها، قال: فغدا عليها فاعترفت فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت» رواه الجماعة^(٣).

والقول بالتغريب مع الجلد مأثور عن الخلفاء الراشدين^(٤) رضي الله

(١) أي أجيراً. النهاية ٣/٢٣٧.

(٢) هو الأسلمي، له ذكر في حديث العسيف، قال ابن السكن: لست أدري من أنيس المذكور في هذا الحديث، ولم أجد له رواية غير ما ذكر في هذا الحديث، ويقال هو أنيس بن الضحاك الأسلمي، وقيل غيره. انظر: الاستيعاب ١/٦٢، الإصابة ١/٧٧.

(٣) صحيح البخاري مع الفتح - أحكام - باب هل يجوز للحاكم أن يبعث رجلاً وحده للنظر في الأمور ١٣/١٨٥، مسلم - حدود - باب من اعترف على نفسه بالزنا حديث رقم ١٦٩٧، الترمذي - حدود - باب ما جاء في الرجم على الشيب ٤/٣٠، أبو داود - حدود - باب المرأة التي أمر النبي ﷺ برجمها ٤/١٥٣، النسائي - كتاب آداب القضاة - باب صون النساء عن مجلس الحكم ٨/٢٤٠، ابن ماجه - حدود - باب حد الزنى ٢/٨٥٢.

(٤) جاءت الروايات عنهم أنهم ضربوا وغربوا عند البيهقي ٨/٢٢٣.

عنهم، وبه قال أبي^(١٣)، وأبو ذر^(٢)، وابن مسعود^(٣)، وابن عمر^(٤) رضي الله عنهم، وإليه ذهب عطاء، وطاووس، والثوري، وابن أبي ليلى، والشافعي^(٥)، وأحمد^(٦)، وإسحاق، وأبو ثور، وقال مالك والأوزاعي: يغرب الرجل دون المرأة^(٧)، ذكر ذلك/ ابن قدامة في المغني^(٨) وروى الترمذي عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ ضرب وغرب، وأن أبا بكر ضرب وغرب، وأن عمر ضرب وغرب»^(٩).

[١١٩/ب]

وقد استدل المصنف بقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^(١٠) جعل الجلد كل الواجب رجوعاً إلى حرف الفاء وإلى كونه كل المذكور، وتكميل هذا الاستدلال: أن الأحاديث الواردة من السنة في التغريب أخبار آحاد لا يزداد بها على الكتاب لأن الزيادة على الكتاب

- (١) أخرج ابن أبي شيبة في الحدود ٦/ ٥٥٥، والبيهقي ٨/ ٢٢٣ عنه قال: البكران يجلدان وينفيان، والشيخان يرجمان.
- (٢) أخرج ابن أبي شيبة في الحدود ٦/ ٥٥٥ عنه قال: الشيخان الثيبان يجلدان ويرجمان، والبكران يجلدان وينفيان.
- (٣) أخرج عبد الرزاق في مصنفه ٧/ ٣١٥ عنه قال في البكر يزني بالبكر: يجلدان مائة وينفيان.
- (٤) أخرج البيهقي ٨/ ٢٢٣ عنه قال: إن أبا بكر ضرب وغرب، وإن عمر ضرب وغرب.
- (٥) تقدم قريباً عزو القول إليه مع ذكر المصادر.
- (٦) انظر: المحرر ٢/ ١٥٢، الإقناع ٤/ ٢٥١.
- (٧) انظر: المدونة ٦/ ٢٣٦، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٣٥٩، ٣٦٠.
- (٨) المغني ٨/ ١٦٩. وعزا القول إلى هؤلاء ابن المنذر في الإشراف ٣/ ٢٣.
- (٩) سنن الترمذي - حدود - باب ما جاء في النفي ٤/ ٣٥، وأخرجه البيهقي ٨/ ٢٢٣، وصححه في الإرواء ٨/ ١١.
- (١٠) النور: ٢.

نسخ، والكتاب لا ينسخ بأخبار الأحاد^(١).

والجواب عن ذلك :

أن الأحاديث الواردة في التغريب مشهورة تلقته الأمة بالقبول وعملت بها الصحابة والخلفاء الراشدون وغيرهم ومن بعدهم، ولا خلاف أن الحديث المشهور تجوز به الزيادة على الكتاب كما في زيادة الإحداد في عدة المتوفى عنها زوجها على التربص المأمور به في القرآن^(٢)^(٣).

وأما زيادة الإحداد في عدة المبتوتة^(٤) فقد تقدم التنبيه على ما فيها من الإشكال، ولم يقولوا هناك إنها زيادة على النص مع أن تسمية الزيادة على

(١) انظر: السرخسي ٨٢/٢، بدائع الصنائع ٣٩/٧، الاختيار لابن مودود ٨٦/٤، وانظر: البحر المحيط للزرکشي ١١٥/٤، ١١٦ وقد حرر المقام شيخ الإسلام في الفتاوى ٣٩٧/٢٠ وما بعدها وبين هناك أنه لم يثبت أن شيئاً من القرآن نسخ بسنة بلا قرآن.

(٢) أما الآية فهي قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيُذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ البقرة: ٢٣٤، وأما الإحداد الزائد على ما في الآية فهو قوله ﷺ في حديث أم حبيبة «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحم على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً» رواه البخاري. كتاب الجنائز. باب إحداد المرأة على غير زوجها ١٤٦/٣، والإحداد: عبارة عن ترك الزينة من الطيب، ولبس ما يدعوها إلى الأزواج من ثياب وحلي وغير ذلك. المغرب ١/١٨٧، ذكر ذلك ابن كثير في تفسيره ٤٢١/١، والحافظ ابن حجر في الفتح ١٤٦/٣ والحنفية يقولون بهذه الزيادة، فكان هذا إلزام من المؤلف لهم.

(٣) انظر تحقيقاً آخر لهذه المسألة في: إعلام الموقعين ٣٠٩/٢ وما بعدها.

(٤) المبتوتة: هي المطلقة طلاقاً بائناً، والبت هو القطع كأنه بيت عصمة النكاح. المغرب ١/٥٥، النهاية ٩٣/١.

النص نسخاً أمر اصطلاحياً ، وإلا فلا فرق بين إنشاء حكم لم يتعرض له النص وبين زيادة مغيرة لحكمه ، ولو كان كل ما أوجبه السنة ولم يوجبه القرآن نسخاً له لبطلت أكثر سنن رسول الله ﷺ ، كما في السنن من حديث المقدم بن معديكرب^(١) عن النبي ﷺ أنه قال : «ألا إني أوتيت الكتاب ومثله معه ، ألا يوشك رجل شعبان على أريكته يقول عليكم بهذا القرآن فما وجدتم فيه من حلال فأحلوه ، وما وجدتم فيه من حرام فحرموه ألا لا يحل لكم الحمار الأهلي ولا كل ذي ناب من السباع ولا لقطه مال معاهد»^(٢) وفي لفظ «يوشك أن يقعد الرجل على أريكته فيحدث بحديثي ، فيقول : بيني وبينكم كتاب الله فما وجدنا فيه حلالاً استحللناه ، وما وجدنا فيه حراماً حرماناه ، وإن ما حرم رسول الله كما حرم الله» قال الترمذي : حديث حسن^(٣) .

وقال البيهقي : إسناده صحيح^(٤) .

(١) المقدم بن معديكرب بن عمرو بن يزيد ، يكنى أبا كريمة ، صحب النبي ﷺ وروى عنه أحاديث ، توفي بالشام سنة ٨٧هـ في خلافة عبد الملك بن مروان ، وهو ابن إحدى وتسعين سنة .
انظر : طبقات ابن سعد ٧ / ٢٩٠ ، الإصابة ٣ / ٤٥٥ .

(٢) رواه الترمذي - العلم - باب ما نهى عنه أن يقال عند حديث النبي ﷺ ٥ / ٣٧ ، أبو داود واللفظ له - كتاب السنة - باب في لزوم السنة ٤ / ٢٠٠ ، ابن ماجه - المقدمة - باب تعظيم حديث رسول الله ﷺ ١ / ٦ ، ولفظ حديثه هو ما جاء به المؤلف بقوله «وفي لفظ» .

(٣) سنن الترمذي ٥ / ٣٧ .

(٤) روى البيهقي هذا الحديث في سننه الكبرى ٧ / ٧٦ ، ٩ / ٢٣١ ، ٢٣٢ لكني لم أقف على قوله : إسناده صحيح . كما قال المؤلف ، إلا أنه أورد في آخر الباب حديثاً يعارض أحاديث الباب ، فقال : ومثل هذا لا يعارض الأحاديث الصحيحة التي قد مضت ، انظر ٩ / ٢٣٢ وهذا حكم منه بالصحة على الأحاديث المتقدمة في الباب وفي جملتها حديث المقدم بن معديكرب ، والحديث في صحيح الجامع ٢ / ١٣٦٠ .

وأما قول المصنف ولأن في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيبة ثم فيه قطع مواد البقاء .

فكل تعليل في مقابلة النص مردود وليس هذا الذي ذكره أمراً لازماً لكل أحد وإن كان هذا قد يقع لبعض الناس فالمصلحة التي تحصل بالتغريب في حق غالب الناس من مفارقة الوطن والأهل والإخوان وغير ذلك مما يكسر النفس ويقمع داعي الفساد تربو على هذه المفسدة .

وقوله بعد ذلك : - إلا أن يرى الإمام ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى - يرد هذا المعنى الذي ذكره من المفسدة ، فإنه إذا قال : إن ذلك مفوض إلى رأي الإمام دل على أن ذلك قد يكون مصلحة وقد يكون مفسدة ، ولا شك أن الإمام لا يعلم الغيب فقد يقع عنده أن تغريب هذا مفسدة ويكون مصلحة ، وبالعكس فتفويض ذلك إليه لا يحصل به ما يظن من المصلحة ، وليس هذا مما يعرف بقرائن الأحوال فإن ابن آدم محل التغيير فقد ينقلب من صلاح إلى فساد وقد ينعكس ذلك ، وأما قوله : وربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا . فهذا يخص المرأة وهو صحيح ، وأيضاً فإن المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة ، ولا يحل تغريبها بغير محرم لأنها تحتاج إليه في السفر والإقامة ، وإن غرب المحرم معها أفضى إلى تغريب من ليس بزنان ، ونفي من لا ذنب له ، وإن كلفت أجرته ففي ذلك زيادة عقوبة لم يرد بها الشرع ، وحديث العسيف إنما فيه تغريب الرجل ، وحديث البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ، ليس نفيهما^(١) ، فيصرف إلى نفي الرجل ، وهذا قول الإمام مالك^(٢) وهو أصح

(١) أي المرأة والرجل .

(٢) تقدم عزو هذا القول إلى مالك وذكر المصادر ص ١٤٢ .

الأقوال وأعدلها والله أعلم.

وأما ما نسبته إلى علي رضي الله عنه من قوله: كفى بالنفي فتنة^(١). فلم يثبت، قال في المغني: لضعف راويه وإرساله. انتهى^(٢). بل ثبت عنه أنه غرب، روى البيهقي عنه رضي الله عنه «أنه نفى من البصرة إلى الكوفة أو من الكوفة إلى البصرة»^(٣) / وقال المنذري: جمع بينهما علي وابن مسعود والحسن^(٤)، وأما قوله: والحديث منسوخ كشطه وهو قوله عليه السلام «الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة» وقد عرف طريقه في موضعه فيشير إلى تقديم الحديث على آية الزنا التي في سورة النور، لأن النبي ﷺ رجم ماعزاً والغامدية والتي أرسل إليها أنيساً فاعترفت بالزنا كما تقدم، ولم يجلد أحداً منهم فدل على نسخ جمع الجلد مع الرجم وهو مذكور في الحديث الذي فيه ذكر التغريب، وإذا نسخ بعضه يتطرق النسخ إلى بقيته لأنه من الأحكام المتقدمة في أوائل الإسلام.

وهذا ليس بشيء فإن الحديث الذي فيه رجم المرأة التي اعترفت بالزنا لما أرسل إليها أنيساً [فيه]^(٥) «أنه ﷺ قال: وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام» فدل هذا الحديث على أنه جلد وغرب لغير المحصن، ورجم فقط للمحصن في زمان واحد، وعمل الصحابة بعده بالتغريب دليل على بقاء حكمه.

(١) تقدم تخريجه ص ١٣٩.

(٢) انظر: المغني ٨/ ١٧٠.

(٣) السنن الكبرى ٨/ ٢٢٣.

(٤) لم أجده في مختصره لسنن أبي داود. فلعله في كتاب آخر له.

(٥) الزيادة من: ع.

وقوله : لأنه قد يفيد في بعض الأحوال ، فيكون الرأي فيه إلى الإمام ،
وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة .
قد تقدم ذكر من روي عنه التغريب من الصحابة^(١) ، ولم يثبت عنهم ولا
غيرهم ما يخالفه ، فنزل منزلة الإجماع .

* * *

(١) انظر ص ١٤٢ .

باب الوطء الذخي يوجب الحد والذخي لا يوجبه

قوله : (ثم الشبهة^(١) عند أبي حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وإن كان متفقاً على تحريمه وهو عالم به ، وعند الباقيين لا تثبت إذا علم بتحريمه ، ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى) .

واستدل لأبي حنيفة بعد ذلك في الكلام على المسألة بأن العقد صادق محله ، لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده ، والأنثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي أن ينعقد في جميع الأحكام ، إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل فيورث الشبهة ، ولأن الشبهة ما يشبه الثابت ، لا نفس الثابت ، إلا أنه ارتكب جريمة ، وليس فيها حد مقدر فيعزر ، وقول الصاحبين في هذه المسألة الموافق لقول جمهور العلماء^(٢) هو الذي يتعين المصير إليه ، ولا شك أن هذا الذي زنا بأمه وغيرها من المحرمات المجمع على تحريمهن بعد أن تزوج بها ، قد ضم معصية إلى معصية^(٣) فإن من عقد نكاحه على محرمه فقد تلاعب بالشريعة ، واتخذ آيات الله هزواً ، فإن لم يوجب ذلك تغليظ العقوبة عليه لا يوجب التخفيف عنه ، وقول المصنف : إن العقد صادق محله إلى آخر

(١) أي شبهة العقد بمعنى أن الشبهة تثبت بالعقد مطلقاً فلا يترتب على ذلك حد وإن علم بتحريم

هذا العقد وأن المعقود عليها لا تحل بموجبه كما في نكاح المحرم .

(٢) انظر مذهبهم في : الإشراف ٣/ ٢٨ ، المغني ٨/ ١٨٤ .

(٣) في الأصل زيادة جملة : إلى معصية ، بعد قوله : إلى معصية .

تعليه، مردود بأن الشارع أخرجها عن محلية النكاح في حق محرمة، وليس المراد أن الشارع أخرجها عن محلية التوالد بل عن إضافة العقد إليها، ومن جهة الشارع عرف العقد وهو لم يجعل العقد مؤثراً في المحارم شيئاً، فصار وجوده كعدمه بل وجوده أردى من عدمه، لأن فاعله عاصٍ يستحق عقوبة أخرى مع الحد.

وقوله: إن الشبهة ما يشبهه الثابت لا نفس الثابت.

وجوابه: أنا لو أسقطنا الحد بكل شبهة وكل احتمال لم يجب حد أصلاً ولأن مطلق الشبهة غير كاف كما إذا وطئ جارية أخته أو عمه وقال: ظننت أنها تحل لي، وكما قالوا فيمن وطئ من طلقها ثلاثاً بكلمة واحدة في عدتها، وكما قالوا فيمن وجد امرأة على فراشه فوطئها على ظن أنها امرأته أنه لا يعذر ولو كان أعمى، وكما قال أبو حنيفة [فيمن أكرهه غير السلطان]^(١) أنه يحد وسيأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى^(٢).

فمن لا يرى ذلك شبهة كيف يرى أن عقد نكاحه على أمه أو أخته شبهة، وعن البراء بن عازب قال: «لقيت خالي ومعه الراية فقلت: أين تريد؟ فقال: بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه وأخذ ماله» رواه الخمسة^(٣) ولم يذكر ابن ماجه والترمذي أخذ المال.

(١) الزيادة من: ع.

(٢) ص ١٥٢، ١٦٦.

(٣) رواه أحمد في المسند ٢٩٢/٤، الترمذي - حدود - باب ما جاء فيمن يقول لآخر يا مخنث ٥١/٤، أبو داود - حدود - باب في الرجل يزني بحريمه ١٥٧/٤، النسائي - نكاح - باب نكاح ما نكح الآباء ١٠٩/٦، ابن ماجه - حدود - باب من تزوج امرأة أبيه من بعده ٨٦٩/٢، قال في مجمع الزوائد: رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح غير أبي الجهم وهو ثقة ٢٦٩/٦، وصححه في الإرواء ١٨/٨.

وقد أجاب الطحاوي عن هذا بأنه ليس فيه ذكر الرجم، وإنما فيه القتل فيحمل على أنه قتله لأنه فعل مستحلاً له فصار مرتدًا، فقتله لارتداده. واستدل لذلك بأنه ليس فيه ذكر الدخول بها^(١).

[١٢٠/ب] وغاية ما قاله الطحاوي تعطيل الدلالة من الحديث على إيجاب الحد، والاعتماد في إيجاب الحد ليس على الحديث المذكور بل لدخول هذا الفعل في حد الزنا الموجب لحدّه، والاعتضاد بهذا الحديث، ووجه الاعتضاد به أن هذا القتل يحتمل أنه لاستحلاله الفعل، كما ذكر، ويحتمل أنه لاتخاذ آيات الله هزواً وتلاعبه بالدين فاتفق العلماء على ترك قتل غير المستحل لما ذكر من الاحتمال، لا يمنع من إقامة الحد عليه وتعزيره مع الحد بما يراه الإمام لتلاعبه بالدين فإن بالعقد على المحرم معصية أخرى ولو قيل بتغليظ العقوبة على من زنا بمحرمه بغير عقد لأنه أبلغ من الزنا بالأجنبية لكان ظاهرًا، فكيف إذا ضم إلى ذلك عقدًا باطلاً.

قوله: (ومن طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة، وقال: علمت أنها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منفية، وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل، وعلى ذلك انعقد إجماع الأمة ولا يعتبر قول المخالف فيه، لأنه خلاف لا اختلاف).

إن أراد بقوله: وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل المطلقة طليقة ثالثة، فهذا لم يخالف فيه أحد من المسلمين فيكون قوله: ولا يعتبر قول المخالف فيه، كلاماً

(١) انظر: شرح معاني الآثار ٣/١٤٩، ١٥٠.

لا حاجة إليه، وإن أراد به المطلقة ثلاثاً بكلمة واحدة فلم ينطق الكتاب بانتفاء حلها وقوله: وعلى ذلك انعقد الإجماع، لو قال: لا أعلم فيه خلافاً كان أولى من دعوى الإجماع، فإن ابن عباس كان يقول: إن إيقاع الثلاث بكلمة واحدة تقع به واحدة رجعية^(١) وهو مذهب طاووس وعكرمة^(٢) وتقدم حكايته عن أهل الظاهر^(٣) وعن محمد بن إسحاق^(٤)، وتقدم ذكر قول من فصل بين

(١) أخرج مسلم في صحيحه - طلاق - باب طلاق الثلاث - حديث رقم ١٤٧٢ عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وستين من خلافة عمر، طلاق الثلاث واحدة» وفي رواية أخرى لمسلم أيضاً «أن أبا الصهباء قال لابن عباس: أتعلم أنما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد النبي ﷺ وأبي بكر وثلاثاً من إمارة عمر؟ فقال ابن عباس: نعم». المصدر نفسه. وروى الإمام أحمد في مسنده ١/٢٦٥ بسنده إلى ابن عباس رضي الله عنهما قال: «طلق ركانة بن عبد يزيد أخو بني المطلب امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، فحزن عليها حزناً شديداً، قال: فسأله رسول الله ﷺ: كيف طلقتها؟ فقال: طلقتها ثلاثاً، فقال: في مجلس واحد؟ قال: نعم، قال: فإنما تلك واحدة، فارجعها إن شئت، قال: فارجعها، فكان ابن عباس يرى إنما الطلاق عند كل طهر» وهو من رواية داود ابن الحصين عن عكرمة، وفي روايته عنه كلام كما في التقريب ص ١٩٨، وجود إسناده شيخ الإسلام في الفتاوى ٣٣/٨٥ وأفاد ابن حجر تصحيحه عن أبي يعلى، ثم قال: وهذا الحديث نص في المسألة لا يقبل التأويل الذي في غيره من الروايات. اهـ فتح الباري ٩/٣٦٢.

(٢) هو أبو عبد الله القرشي مولاهم، المدني، البربري الأصل، مولى ابن عباس، حدث عنه وعن عائشة وأبي هريرة رضي الله عنهم، كان حافظاً مفسراً، توفي سنة ١٠٧ هـ. طبقات ابن سعد ٥/٢١٩، سير أعلام النبلاء ٥/١٢.

(٣) إنما هو عن جمهور أهل الظاهر كما حكاه شيخ الإسلام في الفتاوى ٣٣/٨٢ وحكاه القرطبي في تفسيره ٣/١٢٩ وابن حجر في الفتح ٩/٣٦٢ عن بعض أهل الظاهر وإلا فابن حزم في المحلى قد خالف ظاهره في هذه المسألة وذهب إلى وقوعها ثلاثاً. انظر: المحلى ٩/٣٩٤، ٣٩٥.

(٤) هو ابن يسار بن خيار صاحب المغازي، الحافظ الأخباري، ولد سنة ٨٠ هـ، ورأى أنس بن مالك بالمدينة وسعيد بن المسيب، كان ثقة حسن الحديث، توفي سنة ١٥٠ هـ وقيل بعده. طبقات ابن سعد ٥/٤٥٠، سير أعلام النبلاء ٧/٣٣.

كونه قبل الدخول وبعده^(١)، والمصنف قد حكى هنا أن في المسألة اختلافاً ولم يرد قول المخالف إلا بأن قوله خلاف لا اختلاف، ويريد بذلك أنه قول على خلاف الكتاب والسنة وليس هذا إنصافاً منه .

قوله : (ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة، فلم يكن الظن مستنداً إلى دليل، وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا إذا كان أعمى يمكنه التمييز بالسؤال وغيره) .

مقتضى تعليله أنه يفرق بينهما إذا طالت الصحبة أو قصرت وليس كذلك، ولا شك أنه لا يَأْتُمُ بذلك بل قد يثاب بنيته، كما أنه لو جامع من يظنها أجنبية فبانَت زوجته أو أمته أثم على ذلك بقصده ونيته للحرام، وأيضاً فإن مثل هذا يكون من قبيل الخطأ، وهو مرفوع الإثم بالاتفاق وفي رفع الحكم اختلاف فكيف لا تكون شبهة يدرأ بها الحد، وقول المصنف: قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها، يعارض بمن ليس في بيته غير امرأته عادة، ولم يقل بالتفصيل، والأعمى أعذر من البصير في الكلام^(٢) والقول بحده والحالة هذه في غاية البعد .

قوله : (ومن أتى امرأة في الموضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ويعزر، وزاد في الجامع الصغير : ويودع السجن .

(١) انظر القسم الأول بتحقيق عبد الحكيم شاكر، وقد عزا القول إلى هؤلاء في الفتاوى ٣١٢/٣٢، ٨/٣٣، إعلام الموقعين ٣/٣٥، تفسير القرطبي ٣/١٢٩، فتح الباري ٩/٣٦٢ .

وانظر: المحلى ٩/٣٩٠ وما بعدها، والمغني ٧/١٠٢ وما بعدها .

(٢) في ع: الظلام . ولعلها أنسب كما يظهر من السياق .

وقالاً: هو كالزنا فيحد. وهو أحد قولي الشافعي، وقال في قول: يقتلان بكل حال لقوله عليه الصلاة والسلام «اقتلوا الفاعل والمفعول به» ويروى «ارجموا الأعلى والأسفل» ولهما أنه في معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة في محل مشتهي على سبيل الكمال على وجه تمحض حراماً لقصد سفح الماء، وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجب من الإحراق بالنار وهدم الجدار، والتنكيس من مكان مرتفع بإتباع الأحجار، وغير ذلك، ولا هو في معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب، وكذا هو أندر وقوعاً لانعدام الداعي في أحد الجانبين، والداعي إلى الزنا من الجانبين، وما رواه^(١) محمول على السياسة أو على المستحل إلا أنه يعزز عنده لما بيناه).

اختلف العلماء في حكم اللائط فذهب مالك^(٢) وإسحاق وربيعة^(٣) والشعبي وجابر بن زيد^(٤)، وعبيد الله بن معمر^(٥)، والزهري، والشافعي في

(١) أي الشافعي رحمه الله.

(٢) انظر: المدونة ٦/٢٤١، الكافي لابن عبد البر ٢/٣٦٢.

(٣) هو ابن أبي عبد الرحمن فروخ، الإمام، مفتي المدينة، وعالم الوقت، مشهور بريعة الرأي، من موالي آل المنكدر، كان من أئمة الاجتهاد، توفي سنة ١٣٦هـ. سير أعلام النبلاء ٦/٨٩، شذرات الذهب ١/١٩٤.

(٤) هو أبو الشعثاء الأزدي اليحمدي مولاهم البصري، عالم أهل البصرة في زمانه، وهو من كبار تلامذة ابن عباس، توفي سنة ١٠٣هـ. طبقات ابن سعد ٧/١٣٣، سير أعلام النبلاء ٤/٤٨١.

(٥) عبيد الله بن معمر بن عثمان بن غالب التيمي، له رؤية ولأبيه صحبة، وغلط من زعم أن له صحبة، وله من الولد عمر أحد أجواد العرب. الاستيعاب ٢/٤٣٣، الإصابة ٣/٧٦.

أحد قوليهِ^(١) وأحمد في رواية^(٢) إلى أنه يَرجم بكل حال بكَراً كان أو ثيباً، وهو قول علي^(٣) وابن عباس^(٤) رضي الله عنهما، وذهب أبو يوسف ومحمد والشافعي في قوله الآخر وأحمد في رواية وأبو ثور إلى أنه يَرجم إن كان محصناً، ويجلد إن كان بكَراً، وكذا قال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن/ [١٢١/أ] وقتادة، وذهب أبو حنيفة والحكم^(٥) إلى أنه يعزر، وروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه أمر بتحريقه^(٦)، وهو قول ابن الزبير^(٧) ذكر ذلك ابن المنذر^(٨)، وابن قدامة^(٩) يزيد أحدهما على الآخر، ووجه قول من قال إنه يَرجم بكل حال: حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ

(١) انظر: روضة الطالبين ٣٠٩/٧ وفيه أن أظهر قوليهِ أنه يَرجم إن كان محصناً، ويجلد إن كان بكَراً، وانظر: شرح السنة للبغوي ٣٠٩/١٠.

(٢) والرواية الأخرى - وسيشير إليها المصنف - أنه كالزاني وهي المذهب. انظر: الإنصاف ١٧٦/١٠.

(٣) أخرج البيهقي في السنن ٨/٢٣٢ عنه «أنه رجم لوطياً» وأخرجه عبد الرزاق ٧/٣٦٣، ٣٦٤.

(٤) أخرج البيهقي ٨/٢٣٢ عنه «أنه سئل ما حد اللوطي؟ قال: ينظر أعلى بناء في القرية فيرمى منه منكساً ثم يتبع الحجارة» وروى عنه أيضاً أنه قال «في البكر يوجد على اللوطية أنه يَرجم» وأخرجه عبد الرزاق ٧/٣٦٤.

(٥) هو ابن عتيبة، عالم أهل الكوفة، أبو محمد الكندي مولاهم الكوفي، من أقران إبراهيم النخعي، ولد عام ٤٦هـ، وتوفي سنة ١١٥هـ. طبقات ابن سعد ٦/٣٢٣، سير أعلام النبلاء ٥/٢٠٨.

(٦) أخرج البيهقي ٨/٢٣٢ عنه «أنه كتب إلى خالد بن الوليد - في رجل يتكح كما تنكح المرأة - يأمره أن يحرقه بالنار».

(٧) أخرج البيهقي ٨/٢٣٣ عنه «أنه أتى بسبعة أخذوا في لواطه فرضخ بالحجارة من أحصن منهم».

(٨) انظر: الإشراف ٣/٢٦.

(٩) انظر: المغني ٨/١٩٠، وانظر: فتاوى شيخ الإسلام ٢٨/٣٣٤، زاد المعاد ٥/٤٠.

«من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به» رواه الخمسة^(١) إلا النسائي، وقال الترمذي: وكذا روي عن أبي هريرة^(٢)، وقال صاحب المغني: وفي لفظ «فارجموا الأعلى والأسفل»^(٣) قال: ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنهم أجمعوا على قتله، وإنما اختلفوا في صفته، قال: واحتج أحمد بعلي رضي الله عنه فإنه كان يرى رجمه^(٤)، ولأن الله تعالى عذب قوم لوط بالرجم فينبغي أن يعاقب من فعل فعلهم بمثل عقوبتهم. انتهى^(٥).

ووجه قول من قال إن حكمه حكم الزاني ما روي أنه ﷺ قال: «إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان»^(٦) ذكره في المغني^(٧)، ولأنه قضاء الشهوة على

- (١) رواه أحمد في المسند ١/٣٠٠، الترمذي - حدود - باب ما جاء في حد اللوطي ٤/٤٧، أبو داود - حدود - باب فيمن عمل عمل قوم لوط ٤/١٥٨، ابن ماجه - حدود - باب من عمل عمل قوم لوط ٢/٨٥٦، والحديث صححه الألباني في الإرواء ٨/١٦، ١٧.
- (٢) أخرجه الترمذي من طريق سهيل بن أبي صالح عن أبيه عنه مرفوعاً قال: «اقتلوا الفاعل والمفعول به» وقال: هذا حديث في إسناده مقال. وأخرجه الحاكم في المستدرک ٤/٣٩٥ من طريق سهل أيضاً عنه مرفوعاً ولفظه «من عمل عمل قوم لوط فارجموا الفاعل والمفعول به».
- (٣) قال الألباني في الإرواء ٨/١٨: - قلت: وقد وصله أبو الشيخ وابن عساكر من طريق عبد الله بن نافع ثنا عاصم بن عمر به ولفظه «الذي يعمل عمل قوم لوط فارجم الأعلى والأسفل، ارجمهما جميعاً» وله شاهد آخر أخرجه أبو محمد الدوري في كتاب ذم اللواط. اهـ.
- (٤) تقدم الأثر عن علي قريباً.
- (٥) انظر: المغني ٨/١٩٠، ١٩١.

- (٦) أخرجه البيهقي ٨/٢٣٣ من حديث أبي موسى، وتامه «وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان» ثم قال البيهقي: ومحمد بن عبد الرحمن هذا - أحد رجال المسند - لا أعرفه، وهو منكر بهذا الإسناد. اهـ. وقد ضعف هذا الحديث: ابن حجر في التلخيص ٤/٥٥ حيث ذكر في سنده رجلين أحدهما كذاب، والآخر مجهول، والألباني في الإرواء ٨/١٦.
- (٧) المغني ٨/١٩٠.

وجه الكمال على أتم وجوه التحريم ، فإنه لم يبيح بحال ، لقصد سفح الماء ، وما استدل به المصنف لأبي حنيفة - وإن كان مراده أن اختلافهم في كيفية القتل ينفي أن يكون الفعل زناً - فهو يرد عليه الاكتفاء بالتعزير فيه ، فإن اختلافهم على قولين أو ثلاثة يكون بمنزلة إجماعهم على أن ما عداها باطل ، فإنه ليس لأحد بعدهم إحداث قول آخر^(١) .

وكذلك في قوله : ولا هو في معنى الزنا ، لأنه ليس في إضاعة الولد فإن في اللواط إضاعة الولد بسفح الماء في غير محل الحرث .

وكذلك في قوله : واشتبه الأنساب فإنه لا يصلح أن يكون علة الشرع في الزنا فإن الزنا لا نسب فيه ، ونسب الولد من الزاني منقطع ولو علم أنه ما وطئها غيره ، وإن كان يحصل ذلك في وطء ذات الزوج ، فلو كان ذلك هو علة وجوب^(٢) الزنا لم يشرع في وطء غير المزوجات والمسافحات بل في ذوات

(١) هذه مسألة أصولية معروفة والخلاف فيها بين الجمهور وبين بعض الحنفية وبعض أهل الظاهر ، وبين بعض الأصوليين كالرازي والآمدي وابن الحاجب فيتحصل في المسألة أقوال ثلاثة :

١ - المنع من إحداث قول ثالث .

٢ - الجواز .

٣ - التفصيل فإنه أي القول الثالث إن لم يرفع أمراً مجمعاً عليه جاز وإلا فلا .
انظر : نهاية السؤل للإسنوي مع حواشيه للمطيعي ٣/ ٢٦٩ ، أصول السرخسي ١/ ٣١٠ ،
وروضة الناظر ١/ ٣٧٧ ، البحر المحيط للزركشي ٤/ ٥٤٠ ، ومختصر التحرير للفتوح
ص ٣٣ ، ٣٤ ، وإرشاد الفحول للشوكاني ص ٨٦ ، أصول الفقه لوهبة الزحيلي ١/ ٥٨٢ ،
ولعل الراجع هو قول الجمهور بالمنع مطلقاً كما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله
في الفتاوى ١٣/ ٥٩ وما قبلها وذلك - والله أعلم - لأن القول بالجواز فيه فتح المجال لأهل
البدع أن يزيدوا في الشريعة .

(٢) كذا في النسختين ولعلها : وجود .

الأخذان فقط وهو مشروع في الكل .

وكذلك في قوله : هو أندر وقوعاً لانعدام الداعي في أحد الجانبين ، والداعي إلى الزنا من الجانبين . فإنه إن لم يكن في معنى الزنا من هذا الوجه ففيه خصال من القبح تربو على الزنا من وجوه^(١) :

منها : أن بعض الفسقة يستغني به عن النساء بل يفضلهن على إتيان النساء مخافة من مجيء الولد ، فيفوت بسبب ذلك التناسل المطلوب من التناكح ويفوت التحسين المطلوب منه أيضاً فيفضي إلى استغناء المرأة بالمرأة كما استغنى الرجل بالرجل .

ومنها : أن الداعي لما لم يكن في اللواط من الجانبين ، فقد يفضي إلى أن المفعول به يعمل على قتل الفاعل ، وينشأ من قتله إياه التقاتل والعداوة والبغضاء الذي هو أردى وجوه الفساد ، لأنه لما لم يكن له داع إلى الفعل فمطأوعته له إما لما يعطيه من السحت أو لخوفه منه أو نحو ذلك فكان هذا الفعل أولى بشرع الزاجر من الزنا .

ومنها : أن النفوس الخبيثة - المتعدية حدود الله - أقوى الدواعي إلى ذلك ، فالحد فيه أولى من الحد في الزنا وهذا يعلم من أشعارهم فإن فيها ما يدل على ما انطوت عليه ضمائرهم الفاسدة من تفضيلهم إياه على الوطاء في القبل ، ولهذا رأى كثير من الصحابة والتابعين ومن بعدهم أن حده الرجم مطلقاً ، بل أكثرهم على ذلك .

ومنها : أن تلك النطفة الخبيثة إذا حصدت عند المفعول به أفسدت وغيرت طباعه إن لم يتداركه الله برحمته ، وإلا فسد فساداً لا يرجى بعده له صلاح ،

(١) انظر : الجواب الكافي لابن القيم ص ٢٣٠ .

ولهذا يقال: لا يشتري هذه البضاعة إلا من باعها، أي من فعل به في حال صغره فعل هو بغيره في حال كبره، ومال بطبعه إلى ذلك الفعل القبيح، وكذلك في قوله: وما رواه محمول على السياسة أو على المستحل فإنه إنما يصح هذا التأويل إن لم يوجد من الصحابة مخالف لما رواه، أما إذا اتفقوا على العمل به وإنما اختلفوا في كيفية العمل به فلا يصح حمله على خلاف ما دل عليه بظاهره.

قوله: (ومن زنا في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا، لا يقام عليه الحد وعند الشافعي يحد^(١) لأنه التزم بإسلامه أحكامه أين ما كان مقامه، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا تقام الحدود في دار الحرب» ولأن المقصود هو الانزجار، وولاية الإمام منقطعة فيهما فيعمرى الوجوب عن الفائدة، ولا تقام بعد ما خرج لأنها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة، ولو غزا من / له ولاية الإقامة بنفسه كاخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنا في معسكره لأنه تحت يده بخلاف أمير العسكر والسرية، لأنه لم يفوض إليها الإقامة).

عن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال «لا تقام الحدود في أرض الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو» وعن عمر رضي الله عنه أن كتب إلى عماله «لا تقيموا الحدود على أحد من المسلمين في أرض الحرب حتى يخرجوا إلى

(١) إذا كان زناه بغير حربية. الأم ٤/٣٥٤.

أرض المصالحمة» أخرجهما الشافعي والبيهقي^(١)، وعن بسر بن أرطاة^(٢) «أنه وجد سارقاً يسرق في الغزو فجلده ولم يقطع يده وقال: نهانا رسول الله ﷺ عن القطع في الغزو» أخرج أحمد^(٣) وأبو داود^(٤) والشافعي والبيهقي^(٥). وأخرج الترمذي المرفوع فقط^(٦)، وعند النسائي عنه قال: «رأيت رسول الله ﷺ يقول: لا تقطع الأيدي في السفر»^(٧)، وعن أبي الدرداء رضي الله عنه «أنه نهى عن أن يقام على أحد حد في أرض العدو» أخرج ابن أبي شيبة^(٨) وسعيد بن منصور^(٩) ولفظه عن أبي الدرداء «أنه كان ينهى أن تقام الحدود على الرجل وهو غاز في سبيل الله عز وجل حتى يقفل مخافة أن تلحقه الحمية فيلحق بالكفار»^(١٠).

(١) السنن الكبرى ١٠٥/٩ وقد أخرج هناك عن الشافعي أيضاً.

(٢) بسر بن أرطاة، ويقال ابن أبي أرطاة القرشي العامري، نزيل الشام، من صغار الصحابة، مات سنة ٨٦هـ. التقريب ص ١٢١.

(٣) المسند ١٨١/٤.

(٤) في سننه - حدود - باب في الرجل يسرق في الغزو أيقطع ١٤٢/٤.

(٥) السنن الكبرى ١٠٤/٩ وذكره هناك عن الشافعي أيضاً بمعناه ونقل البيهقي عن يحيى بن معين أن أهل المدينة كانوا ينكرون سماع بسر بن أرطاة من النبي ﷺ، وكان يحيى يقول عنه إنه رجل سوء. ١هـ. وقال عنه في التقريب: من صغار الصحابة مات سنة ٨٦هـ ص ١٢١، وضعفه ابن القيم في إعلام الموقعين ٣٢٦/٢.

(٦) سنن الترمذي - حدود - باب ما جاء أن لا تقطع الأيدي في الغزو ٤٣/٤.

(٧) سنن النسائي - قطع السارق - باب القطع في السفر ٩١/٨ بلفظ «سمعت رسول الله ﷺ . . .».

(٨) في مصنفه في الحدود ٥٦٦/٦.

(٩) سعيد بن منصور بن شعبة، أبو عثمان الخراساني، نزيل مكة، ثقة مصنف، وكان لا يرجع عما في كتابه لشده وثوقه به، مات سنة ٢٢٧هـ. طبقات ابن سعد ٤٤/٦، سير أعلام النبلاء ٥٨٦/١٠.

(١٠) وأخرج ابن أبي شيبة في الحدود ٥٦٥/٦ نحوه عن عمر «أنه كتب ألا لا يجلدن أمير جيش ولا سرية أحداً حتى يطلع على الدرب لثلاث حملة حمية الشيطان أن يلحق بالكفار» وأخبره عبد الرزاق ١٩٧/٥.

وفي المغني قال: أتى سعد بأبي محجن^(١) يوم القادسية^(٢) وقد شرب الخمر فأمر به إلى القيد، فلما التقى الناس قال أبو محجن:

كفى حزناً أن تطرد الخيل بالقنا^(٣) وأترك مشدوداً عليّ وثاقياً

فقال لابنة حفصة امرأة سعد أطلقيني ولك الله علي إن سلمني الله أن أرجع حتى أضع رجلي في القيد، وإن قتلت استرحتم مني، قال: فحلته حين التقى الناس وكانت بسعد جراحة فلم يخرج يومئذ إلى الناس، قال: وصعدوا به فوق العذيب^(٤) ينظر إلى الناس واستعمل على الخيل خالد بن عرفطة^(٥)، فوثب أبو محجن على فرس لسعد يقال لها البلقاء، ثم أخذ رمحاً ثم خرج فجعل لا يحمل على ناحية من العدو إلا هزمهم، وجعل الناس يقولون: هذا ملك؛ لما يرونه يصنع، وجعل سعد يقول: الضبر^(٦) ضبر

(١) أبو محجن الثقفي الشاعر المشهور مختلف في اسمه، وقيل إن اسمه كنيته، له صحبة، أسلم حين أسلمت ثقيف، وسمع من النبي ﷺ وحدث عنه، وكان من الشجعان الأبطال في الجاهلية والإسلام من أولي البأس والنجدة والفرسان، وكان شاعراً مطبوعاً كريماً إلا أنه منهمكاً في الشراب لا يكاد يقلع عنه ولا يردعه حد. مات بأذربيجان. انظر: الاستيعاب ١٨٢/٤، الإصابة ١٧٣/٤.

(٢) القادسية: موضع بالعراق بينه وبين الكوفة خمسة عشر فرسخاً. معجم البلدان ٣٣١/٤.

(٣) جمع قناة وهو الرمح. لسان العرب ٢٠٣/١٥.

(٤) العُذيب: اسم موضع: وهو تصغير عذب وهو بضم العين، ماء معروف بين القادسية ومغيشة، معجم البلدان ١٠٣/٤.

(٥) خالد بن عرفطة - بضم المهملة والفاء - ابن أبرهة اللثبي، قدم صغيراً مكة فحالف بني زهرة، ولاء سعد القتال يوم القادسية، وخرّج حديثه الترمذي، وكتب عمر إلى سعد في فتوح العراق يأمره أن يؤمره، واستخلفه سعد على الكوفة، مات سنة ٦٠ هـ وقيل بعدها. الاستيعاب ٤١٣/١، الإصابة ٤٠٩/١.

(٦) الضبر بضاد معجمة وباء موحدة عدو الفرس ووثوبه، المصباح المنير ص ١٣٥، وقال ابن حجر في الإصابة ١٧٤/٤: ومن قال بالصاد المهملة فقد صحّف.

البلقاء، والطعن طعن أبي محجن، وأبو محجن في القيد فلما هزم العدو ورجع أبو محجن حتى وضع رجله في القيد فأخبرت ابنة حفصة سعداً بما كان من أمره، فقال سعد: لا والله لا أضرب اليوم رجلاً أبلى الله المسلمين ما أبلاهم فخلى سبيله فقال أبو محجن: قد كنت أشربها إذ يقام عليّ الحد وأطهر منها فأما إذ بهرجتني^(١) فوالله لا أشربها أبداً^(٢) وقد ذكر هذه القصة أيضاً عبد الرزاق في مصنفه نحواً مما تقدم^(٣)، وهذه الأحاديث والآثار لم يرد ما يعارضها ولم ينقل عن أحد من الصحابة خلافها فتتزل منزلة الإجماع^(٤)، وإنما تدل على أن الحدود لا تقام في دار الحرب إذا كان الإمام في الغزو، ولا تدل على عدم إقامتها على من ارتكب ما يوجبها في دار الحرب ثم خرج إلى دار الإسلام، بل على إقامتها إذا خرج إلى دار الإسلام وهذا عكس ما ادعاه المصنف، وبما دلت عليه هذه السنن والآثار أخذ أحمد^(٥) والأوزاعي

(١) بهرج مثل جعفر، الرديء من الشيء، ودرهم بهرج رديء الفضة، والبهرجة أن يعدل بالشيء عن الجادة القاصدة إلى غيرها، وقول أبي محجن معناه: هدرتني بإسقاط الحد عني. انظر: القاموس المحيط ص ٢٣٢، والمصباح المنير ص ٢٥.

(٢) المغني ٤٨١/٨.

(٣) انظر: المصنف ٢٤٣/٩، وأخرجه ابن أبي شيبه في مصنفه في كتاب التاريخ ١٠/٨. وانظر: البداية والنهاية ٤٤/٧.

(٤) قال في المغني: وهذا اتفاق لم يظهر خلافه، فأما إذا رجع فإنه يقام الحد عليه ٤٨١/٨. وطالع إعلام الموقعين ٦/٣، ٧.

(٥) انظر: المحرر ١٦٦/٢.

وإسحاق^(١) وقال مالك^(٢) والشافعي^(٣) وأبو ثور^(٤) وابن المنذر: يقام الحد في كل موضع لأن أمر الله بإقامته مطلق في كل مكان وزمان^(٥) إلا أن الشافعي قال: إذا لم يكن أمير الجيش الإمام أو أمير المصر فليس له إقامة الحد ويؤخر حتى يأتي الإمام لأن إقامة الحدود إليه وكذلك إن كان بالمسلمين حاجة إلى المحدود أو قوة به آخر^(٦)، وكيف يستدل [بقوله ﷺ: «لا تقام الحدود في دار الحرب» على أنها لا تقام على من زنى في دار الحرب ثم خرج إلى دار الإسلام ولا يستدل به]^(٧) على أنها لا تقام في دار الحرب إذا كان الإمام هناك لولا غفلة لحقت المصنف أو هوى.

وقوله بعد ذلك: - إن الخليفة أو أمير المصر يقيم الحد في دار الحرب على من زنى في معسكره - يردده الحديث الذي ذكره هو، فضلاً عن غيره مما تقدم ذكره من السنن والآثار، والمعنى الذي ذكره أن ولاية الإمام منقطعة فيهما أي في دار الحرب، ودار البغي، لا يفيد في نفي إقامة الحد على من زنى في دار الحرب ثم خرج إلينا.

وقوله بعد ذلك: - ولا يقام الحد بعد ما خرج لأنها لم تنعقد موجبة -

(١) عز القول إليهما في المغني ٨ / ٤٨٠ .

(٢) انظر: المدونة ٦ / ٢٩١ .

(٣) انظر: الأم ٤ / ٣٥٤، السنن الكبرى للبيهقي ٩ / ١٠٥ .

(٤) عز القول إليه في الإشراف ٣ / ٣١ .

(٥) انظر: الإشراف ٣ / ٣١ .

(٦) أورده في المغني ٨ / ٤٨٠ .

(٧) ما بين القوسين في: ع .

ممنوع، لأنه قد دخل في عموم قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^(١) وكونها لا تقام في دار الحرب لأنه غائب عنا لا يمنع من إقامة الحد عليه إذا حضر، وتأخير إقامة الحد لمصلحة راجحة - أعني في حق من زنى من عسكر المسلمين في دار الحرب إما لحاجة المسلمين إليه أو لخوف ارتداده ولحوقه بالكفار - أمر وردت به السنة كما يؤخر عن الحامل حتى تضع^(٢)، وعن المرضع^(٣)، وعن وقت الحر والبرد والمرض^(٤) على التفصيل المعروف، فهذا تأخير لمصلحة المحدود أو لأجل الولد في حق الحامل والمرضع فتأخيره لمصلحة الإسلام أولى وكذلك التأخير في حق من لم يمكن إقامة الحد عليه لغيبته كما لو كان غائباً في بلد آخر من بلاد المسلمين، وفي جعل حكم الزنا في دار الحرب مغايراً لحكم الزنا في دار الإسلام من البعد ما لا يخفى،

(١) النور: ٢.

(٢) أخرج مسلم في صحيحه - حدود - باب من اعترف على نفسه بالزنا - حديث ١٦٩٦، عن عمران بن حصين رضي الله عنه: «أن امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ وهي حبلى من الزنى، فقالت: يا نبي الله أصبت حداً فأقمه عليّ، فدعا نبي الله ﷺ وليها فقال: أحسن إليها فإذا وضعت فأنتني بها، ففعل، فأمر النبي ﷺ بها فرجمت ثم صلى عليها...» الحديث.

(٣) أخرج مسلم - حدود باب من اعترف على نفسه بالزنا - حديث ١٦٩٥ من رواية سليمان بن بريدة عن أبيه في قصة ماعز وفيه ذكر الغامدية وفيه «أنه ﷺ قال لها: اذهبي فأرضعيه حتى تفطميه» الحديث.

(٤) أخرج مسلم في صحيحه - حدود - باب تأخير الحد على النفساء - حديث ١٧٠٥ عن أبي عبد الرحمن السلمي قال: خطب علي فقال: يا أيها الناس أقيموا على أركانكم الحد، من أحصن منهم ومن لم يحصن، فإن أمة لرسول الله ﷺ زنت فأمرني أن أجلدها، فإذا هي حديث عهد بنفاس، فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: أحسنت.

ويرده قول عمر رضي الله عنه لعماله : لا تقيموا حداً على أحد من المسلمين حتى يخرجوا إلى أرض المصالحة، وكذلك نهى أبي الدرداء عن أن تقام الحدود على الرجل وهو غاز حتى يقفل . أي : حتى يرجع ، وقد تقدم ذلك^(١) ، وفائدة الزجر تحصل بإقامة الحد عليه بعد خروجه إلينا كما تحصل في حق من يؤخر إقامة الحد عليه لمانع كما تقدم .

قوله : (ولنا^(٢) أن فعل الزنا يتحقق منه^(٣) وإنما هي محل الفعل ، ولهذا سمي واطناً وزانياً ، والمرأة موطوءة ومزانياً بها ، إلا أنها سميت زانية مجازاً تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية ، ولكونها متسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا ، وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه مؤثم على مباشرته ، وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد) .

هذا تعليل لقول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروائتين عن أبي يوسف ، وخالف في ذلك زفر ، وأبو يوسف^(٤) في رواية ، والأئمة الثلاثة^(٥) وغيرهم^(٦) وحجتهم في ذلك أنها زانية فعليها الحد بالنص ، وسقوط الحد عن أحدهما

(١) انظر ص ١٥٩ .

(٢) على أنه إذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها .

(٣) أي من الصبي أو المجنون .

(٤) الزيادة من : ع .

(٥) انظر : الكافي لابن عبد البر ٢/٣٦٢ ، وروضة الطالبين ٧/٣٠٦ ، ٣١٢ ، والمحرم ١٥٤/٢ .

(٦) ذهب إليه ابن المنذر في الإشراف ٣/٣٢ ، وابن قدامة في المغني ٨/١٨٣ ، وشيخ الإسلام في الفتاوى ٢٨/٣٣٥ .

لمعنى فيه، وهو انعدام الأهلية، فلا يمنع إقامة الحد على الآخر كما لو زنى بصبيبة ألا ترى أن الله تعالى سماها زانية، ومن نسب امرأة إلى الزنا يلزمه الحد، ولو كان لا يتصور منها مباشرة الزنا لم يحد قاذفها به كالمجنون لما أنها بالتمكين تقضي شهوتها كالرجل بالإيلاج، ولما اعترفت الغامدية بالزنا لم يسأل النبي ﷺ عن الذي زنا بها هل هو عاقل أو مجنون، ولو كان جنون الزاني شبهة يدرأ بها الحد عن الزانية لسأل عن ذلك كما سأل عن جنون ماعز لما اعترف بالزنا، وترك الاستفصال ينزل منزلة المقال^(١)، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة^(٢).

قالوا: وأما قولكم: إنها محل الفعل، فلا يمنع ذلك من كونها زانية، وزناها تمكينها من نفسها، وزنا الرجل وطؤه، وليس ذلك من باب عيشة راضية بل من باب قضاء شهوة الفرج على الوجه المحذور، فكما أن الرجل

(١) هذه قاعدة أصولية ولها صياغة أطول وهي قولهم: ترك الاستفصال في وقائع الأحوال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال، ومن أمثلتها صحة أنكحة الكفار حيث لم يتم الاستفصال عنها مع احتمال بطلانها، هذا مذهب الشافعي كما نص عليه وفي المسألة مذاهب أخرى وهي:

أحدها: أنه مجمل فيبقى على الوقف وعلى هذا القول يصاغ آخر القاعدة هكذا... يكسو اللفظ ثوب الإجمال، ويمنع الاستدلال به على الاستقلال.
ثانيها: أنه ليس من أقسام العموم.

ثالثها: أنه يعم إذا لم يعلم عليه السلام تفصيل الواقعة، وكأنه قيد المذهب الأول الذي نص عليه الشافعي، انظر: البحر المحيط للزركشي ١٤٨/٣، القواعد للمقري ٥٦٢/٢، إرشاد الفحول ص ١٣٢.

(٢) قال ابن قدامة في الروضة ٥٧/٢: ولا خلاف في أنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة. وانظر: أصول السرخسي ٢٨/٢، ٢٩.

قاض شهوته بالمرأة على الوجه المحذور، فكذلك المرأة قاضية شهوتها بالرجل على الوجه المحذور فصح أن يقال زنت به فهي زانية كما في جانب الرجل، وأما قولكم: إنها متسببة بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا إلى آخره؛ فممنوع، فإنه لم يكن الحد في حقها لذلك فقط بل لقضاء شهوتها بالفعل القبيح المحرم على وجه الكمال وتعلق فعل الزنا بها أقوى من تعلقه بالرجل، ولذلك قال تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا﴾ قدم الزانية في الذكر لأنها هي المادة التي نشأت منها الجناية لأنها لو لم تطمع الرجل ولم تومض له ولم تمكنه لم يطمع ولم يتمكن فلما كانت أصلاً وأولاً في ذلك بدئ بذكرها، وبدئ بذكر الزاني في قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾^(١) لأن هذه الآية مسوقة لذكر النكاح والرجل أصل فيه، لأنه هو الراغب والخاطب ومنه يبدأ الطلب غالباً، وأما الآية الأولى فسيقت لعقوبتهما على ما جنى، والمرأة أصل فيها، فظهر قوة قول أبي يوسف وزفر ومن قال بقولهما في هذه المسألة.

قوله: (وإن أكرهه^(٢) غير السلطان حد عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يحد لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان).

[١٢٢/ب] قول الصاحبين هو الصحيح لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرَهُوا/ فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبَغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِيَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٣)، وهذا النص في جواز إقدام الأمة المكرهة على

(١) النور: ٣.

(٢) أي على الزنى.

(٣) النور: ٣٣.

البغاء على فعل الزنا، إذ معلوم أن المكروهات من الإماء على البغاء - كما كان المنافق عبد الله بن أبي ابن سلول وأمثاله يفعلون^(١) - ليس هو أن يفعل بها بلا فعل منها، بل هو أن تكره حتى تقصد ذلك وتفعله، ولهذا سماه بغاءً وذلك القسم ليس فيه بغاء ولهذا قال: ﴿لَتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ فإذا جاز للأمة الترخيص بالإقدام على الزنا بالإكراه، دل على أن الإكراه على الزنا يتحقق ولا يجب فيه حد ولا إثم على المكره وإن تحقق من غير السلطان إذ الخطاب عام غير مخصوص بالسلطان.

* * *

(١) قال ابن كثير في تفسيره في سبب نزول هذه الآية (٥٨/٦): قال السدي: أنزلت هذه الآية الكريمة في عبد الله بن أبي ابن سلول رأس المنافقين، وكانت له جارية تدعى معاذة، وكان إذا نزل به ضيف أرسلها إليه ليوافعها، إرادة الثواب منه والكرامة له فأقبلت الجارية إلى أبي بكر رضي الله عنه فشكت إليه ذلك فذكره أبو بكر للنبي ﷺ فأمره بقبضها، فصاح عبد الله بن أبي: من يعذرني من محمد، يغلبنا على مملوكتنا، فأنزل الله فيهم هذا.

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قوله: (ولأن الحكم يدار على كون الحد حقاً لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد).

يعني أنهم لو شهدوا بسرقة متقدمة^(١) لا تقبل شهادتهم، وإن كان التأخير بسبب دعوى المسروق منه، وإن التهمة - وإن انتفت - هنا لا تقبل شهادتهم لكون القطع حق الله تعالى وفيه نظر، لأن رد شهادتهم بالتقادم في حق حد الزنا وشرب الخمر للتهمة فيه نظر فرد شهادتهم في السرقة بالتقادم ولا تهمة من أبعدهما ما يكون وكيف يقال لما قلنا برد شهادتهم في حد الزنا وشرب الخمر للتهمة طردنا الباب ورددنا شهادتهم في السرقة وإن انتفت التهمة بجامع كون الكل حق الله تعالى.

قوله: (وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طواعته درئ الحد عنهما جميعاً عند أبي حنيفة وهو قول زفر، وقالوا: يحد الرجل خاصة لا تفاقهما على الزنا الموجب للحد في حق الرجل وتفرد أحدهما بزيادة جنائية وهو الإكراه بخلاف جانبها، لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولا يثبت لاختلافهم، وله أنه اختلف المشهود عليه لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما، ولأن شاهدي الطوعية صاروا قاذفين لها، وإنما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الإكراه، لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها فصارا

(١) أي قديمة، وقدره في العناية ٢٧٨/٥ عن بعض المشايخ بستة أشهر.

خصمين في ذلك) .

يشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله أن زيادة جناية الإكراه إن لم يوجب تغليظ العقوبة لا يوجب إسقاطها، وقد تقدم في كلام المصنف في مسألة اختلاف الشهود على زاوية والانتها في زاوية أخرى، والتوفيق هنا أولى فإنه يمكن أن يكون ابتداء الفعل بالإكراه وانتهاؤه بالطواعية، وأما قوله ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها، ومراده أنهما صارا قاذفين لها قذفاً يمنع قبول شهادتهما فذلك غير مسلم فإنهما إنما يعدان قاذفين قذفاً يمنع قبول الشهادة إذا لم يتيا بأربعة شهداء على زناها وقد أتيا بذلك لكن يسقط الحد عنها لشبهة الإكراه فخرجاً بذلك عن كونهما خصمين في ذلك بتكميل نصاب الشهادة ولأصحاب الشافعي رحمه الله في المسألة وجهان^(١)، وعن أحمد فيها روايتان^(٢) كالقولين المذكورين .

قوله : (لأن شهادتهم قد ردت من وجه شهادة الفروع^(٣) في عين^(٤) هذه الحادثة إذ هم قائمون مقامهم بالأمر والتحميل) .

(١) أي في وجوب الحد على الرجل هل يجب أم لا؟ فقال في الروضة : - بينى على أن شاهدي الطواعية هل عليهما حد القذف للمرأة، قولان، إن قلنا نعم، وهو الأظهر، فلا، لأن الشاهدين فاسقان، وإن قلنا : لا، وجب على الأصح، لاتفاقهم على زناه . روضة الطالبين ٣١٦/٧ .

(٢) الأولى : لا حد عليه، أي الرجل الذي زنا بالمرأة، وهو قول أكثر الأصحاب وهو المذهب . الثانية : يجب عليه الحد وهو اختيار أبي الخطاب، انظر : المغني ٢٠٧/٨، ٢٠٨، الإنصاف ١٩٥/١٠ .

(٣) هم أربعة آخرون شهدوا على شهادة أربعة قبلهم على رجل بالزنا .

(٤) في الأصل : عن، والمثبت من : ع .

فيه نظر، فإنه يلزم منه أن يصير الأصل تبعاً، وذلك قلب الموضوع، وأيضاً فرد شهادة الفروع لمعنى خاص بهم فكيف بعددهم، وأيضاً فإن أمرهم وتحميلهم لغو غير معتبر فكان وجوده كعدمه، فلم يكن الرد لشهادتهم على شهادة الأصول رداً للشهادة نفسها، بل لأن قولهم هذا ليس بشهادة بل هو إخبار بأن هذا الفعل يشهد به أربعة غيرهم وهذا لا يبنى عليه مثل هذا الحكم فلم يثبت كونهم قائمين مقامهم حتى يلزم من ردهم رد الأصول والله أعلم.

قوله: (بخلاف شهود الإحصان لأنه محض الشرط).

فيه نظر، وقد ذكر في الأصول أن الإحصان ليس بشرط^(١)، لأن الشرط ما يوجد العلة بصورتها ويتوقف انعقادها على وجوده، كدخول الدار في [١٢٣/أ] تعليق الطلاق/ والعتاق به، فأما الزنا قبل الإحصان فلم يوجد بصورته، ويتوقف انعقاده على^(٢) لوجوب الرجم على الإحصان بعد ذلك ليكون شرطاً ولكن الإحصان عبارة عن حالة في الزاني تصير الزنا في تلك الحالة موجباً للرجم والحكم غير مضاف إلى الحال ثبوتاً به ولا وجوداً عنده فيكون علامة محضة على وجوب الرجم عند وجود الزنا، ولكن يظهر رجحان قول زفر رحمه الله في تضمين شهود الإحصان إذا رجعوا، كما يضمن المزكون إذا رجعوا، ولو قلنا: إن الإحصان علامة فإنه لولا شهود الإحصان لما رجم لأن

(١) الشرط في اصطلاح الأصوليين هو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته. انظر: البحر المحيط للزركشي ٣/٣٢٧، ثم هو ما يتوقف على وجوده إما الحكم كالإحصان للرجم ويسمى شرط الحكم، أو عمل العلة وهو شرط العلة كالإحصان مع الزنا، فيفارق العلة من حيث إنه لا يلزم الحكم من وجوده، انظر: قواعد الأصول: ص ٣١، البحر المحيط ٤/٤٠، ومختصر التحرير ص ٢٧.

(٢) في ع: عليه.

بشهود الزنا بدون الإحصان يجب الجلد لا الرجم .

قوله : (لأن الحكم بثبوت النسب منه حكم بالدخول عليه، ولهذا لو طلقها، يُعقب الرجعة، والإحصان يثبت بمثله) .

يعني أنه إذا أنكر الإحصان، وله امرأة قد ولدت منه يرجم، وفيه نظر، لأن الولد يلحق بإمكان الوطاء واحتماله والإحصان لا يثبت إلا بحقيقة الوطاء، فلا يلزم من ثبوت ما يكتفي فيه بالإمكان ثبوت ما يعتبر فيه الحقيقة، وعدم ثبوت الإحصان بذلك مذهب الشافعي^(١) وأحمد^(٢)، وأبو حنيفة أولى منهما بذلك، فإنه يرى أن من علق طلاق امرأة بنكاحها ثم تزوجها ثم جاءت بولد لسته أشهر أنه يثبت نسبه وإن لم يكن ثم دخول أصلاً^(٣) .

* * *

(١) انظر: روضة الطالبين ٣٠٦/٧ .

(٢) انظر: المحرر ١٥٦/٢، وانظر: المغني فقد ذكر هناك أنه مذهب الشافعي أيضاً ١٦٧/٨ .

(٣) انظر: الهداية ٣١٤/٢ .

باب حد التنزيه

قوله: (فإن أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد يحد).

ثم قال بعد ذلك: وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على ما مر تقريره، وعندهما لا يقام الحد إلا عند [قيام]^(١) الرائحة لأن حد الشرب يثبت بإجماع الصحابة، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا.

ويشير بقوله: على ما روينا. إلى قوله قبل ذلك: لقول ابن مسعود رضي الله عنه: [«تلتلوه ومزموه واستنكهوه فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه». ولا حجة له في ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه]^(٢) على أنه مخالف لغيره من الصحابة رضي الله عنهم في اشتراط قيام الرائحة وكأن المصنف ظن أن ابن مسعود رضي الله عنه قال هذه العبارة في حق السكران مطلقاً المقر وغيره وليس الأمر كذلك، وأصل الحديث ما رواه البيهقي عنه «أن رجلاً جاء إليه بابن أخ له، فقال: إنه سكران، فقال: ترتروه ومزموه^(٣) واستنكهوه، ففعلوا، فرفعه إلى السجن ثم دعا به من الغد ودعا بسوط ثم أمر بثمرته فدقت

(١) الزيادة من: ع.

(٢) الزيادة من: ع.

(٣) الترترة والمزومة معناهما التحريك، النهاية ١/١٨٦.

بين حجرين حتى صارت درة^(١) ثم قال للجلاد: اجلد وأرجع يدك وأعط كل عضو حقه^(٢) ورواه عبد الرزاق في مصنفه بمعناه^(٣).

وليس في كلام عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ما يدل على أنه لا يحد إذا أقر بشرب الخمر بعد ذهاب رائحتها، وليس فيه أنه حده بإقراره بالكلية، وإنما حده بوجود رائحتها فقط من غير شهادة ولا إقرار، وفي الصحيحين عن علقمة قال: «كنت بحمص فقرأ ابن مسعود سورة يوسف فقال رجل: ما هكذا أنزلت، فقال عبد الله: والله لقرأتها على رسول الله ﷺ فقال أحسنت، فبينما هو يكلمه إذ وجد منه ريح الخمر، فقال: أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب، فضربه الحد»^(٤).

وليس في هذا الأثر أيضاً إقرار ولا شهود، قال ابن المنذر: ثبت عن عمر رضي الله عنه أنه جلد من وجد منه ريح الشراب الحد تماماً وبه قال ابن مسعود، ومالك والشافعي، انتهى^(٥).

-
- (١) الدرّة: السوط والجمع درر مثل سدرّة وسدر. المصباح المنير ص ٧٣.
- (٢) السنن الكبرى ٣١٨/٨، وقال: قال أبو عبيد: وهذا الحديث بعض أهل العلم ينكره، وضعفه في مجمع الزوائد ٢٧٩/٦.
- (٣) مصنف عبد الرزاق ٣٧٠/٧، ٣٧١.
- (٤) البخاري مع الفتوح - فضائل القرآن - باب القراء من أصحاب النبي ﷺ ٤٧/٩، ومسلم - كتاب صلاة المسافرين - باب فضل استماع القرآن حديث رقم ٨٠١.
- (٥) انظر: الإشراف ٥٩/٣، وما ذكره ابن المنذر من قول مالك فإن مالكا رحمه الله قد قال في المدونة «كل ما أسكر من الأشربة يضرب صاحبه ثمانين وفي رايحه إذا شهد عليه بها أنها رائحة مسكر فإنه يضرب فيه ثمانين» ٢٦١/٦، وانظر كذلك: القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣١٠، وأما ما ذكره عن الشافعي فسينبه المصنف فيما بعد إلى أن المشهور عنه عدم الحد بالرائحة وسيأتي توثيق ذلك.

وقال في المغني : إنه إحدى الروائتين عن أحمد^(١) ، وقال : إنه لا يجب الحد بوجود رائحة الخمر من فيه في قول أكثر أهل العلم ، منهم الثوري وأبو حنيفة والشافعي ، انتهى^(٢) .

والمشهور عن الشافعي رحمه الله عدم الحد بالرائحة وحدها^(٣) ، كما قاله في المغني ، والمقصود أن ابن مسعود رضي الله عنه لم ينقل عنه أنه لا يحد بالإقرار بعد ذهاب الرائحة ، ولا عن غيره من الصحابة ، فسلم الإجماع المذكور ، وإنما الخلاف في الحد بوجود الرائحة من غير إقرار ولا شهود .

وقوله : لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة يناقض قوله في أول الباب : والأصل فيه قوله عليه أفضل الصلاة والسلام : « من شرب الخمر فاجلدوه »^(٤) لأن الحديث يدل على أن حد الشرب ثبت بالسنة ، وقوله : لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة يفهم منه أنه لم يثبت إلا بإجماعهم فقط .

(١) وهي اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية ، كما في الفتاوى ٣٣٩/٢٨ والرواية الأخرى أنه لا يحد وهي المذهب . انظر : الإنصاف ١٠/٢٣٣ .

(٢) انظر : المغني ٨/٣١١ .

(٣) فإنه ذكر في الأم ٦/٢٠٠ ما يحد به الشارب فقال « لا نحد أحداً أبداً لم يسكر ، حتى يقول : شربت الخمر ، أو يشهد به عليه أو يقول شربت ما يسكر . . . فأما إذا غاب معناه فلا يضرب » . اهـ . وفي متن غاية الاختصار مع شرحه كفاية الأخبار : ويجب عليه الحد بأحد أمرين : البيئة أو الإقرار ، ولا يحد بالقيء والاستنكاه . ١١٥/٢ .

(٤) انظر : الهداية ٢/٣٩٨ ، وتتمة الحديث . . . فإن عاد في الرابعة فاقتلوه . أخرجه الترمذي - حدود - باب ما جاء من شرب الخمر فاجلدوه - ٣٩/٤ ، وأبو داود حدود - باب إذا تتابع في شرب الخمر - ٤/١٦٤ ، والنسائي - أشربة - باب ذكر الروايات المغلطات في شرب الخمر - ٨/٣١٣ ، وابن ماجه - حدود - باب من شرب الخمر مراراً - ٨٥٩/٢ وهو في صحيح ابن ماجه ٢/٨٤ رقم ٢٠٨٥ .

قوله: (ومن سكر من النبيذ حد لما روي «أن عمر رضي الله عنه أقام الحد على أعرابي سكر من النبيذ»).

عن السائب بن يزيد^(١) «أن عمر رضي الله عنه خرج عليهم فقال: إني وجدت من فلان ريح شراب فزعم أنه شرب الطلا، وإني سائل عما شرب فإن كان مسكراً جلدته، / فجلده عمر الحد تاماً» رواه النسائي^(٢) والدارقطني^(٣) [ب/١٢٣] والشافعي^(٤)، وهذا الحديث حجة على المصنف لا له، فإنه ليس فيه ما يدل على السكر منه بل فيه ما يدل على أنه ليس بسكران فإنه فهم السؤال وأجاب عنه، ومثل هذا لا يكون سكراناً، وقول عمر رضي الله عنه «وإني سائل عن ما شرب فإن كان مسكراً جلدته» دليل أيضاً على أنه لم يكن قد سكر، فإنه لو كان قد سكر لعلم أن الشراب مسكر، ولما احتاج أن يسأل عن الشراب الذي شرب منه هل هو مسكر أم لا، وفيه دليل أيضاً على أنه اكتفى بالرائحة وحد بشرب القليل من غير عصير العنب، وذلك حجة على المصنف فإن الطلا بكسر الطاء وبالمد- نوع من الأشربة، وقيل هو اسم لما طبخ حتى ذهب ثلثاه فإنه إذا بلغ هذه الغاية يبقى كأنه رُبٌّ، ولهذا سمي طلاً لأنه يشبه الطلا الذي تطلّى به الإبل^(٥)، وقل أن يسكر مثل هذا، ولهذا قال ذلك الرجل لعمر رضي

(١) السائب بن يزيد بن سعيد بن ثمامة الكندي، له ولأبيه صحبة، وفي الصحيحين عن السائب أن حالته ذهبت به وهو وجع فمسح النبي ﷺ رأسه ودعا له وتوضأ فشرب من وضوئه، استعمله عمر على سوق المدينة. مات سنة ٨٢ هـ. الاستيعاب ٢/١٠٥، ١٠٦، الإصابة ١٢/٢.

(٢) في سننه- الأشربة- باب الأخبار التي اعتل بها من أباح شرب المسكر ٨/٣٢٦.

(٣) في سننه ٤/٢٤٨.

(٤) في مسنده- مع مختصر المزني- الأشربة ص ٤٧٩، والأم ٦/٢٠٠ وهو في صحيح النسائي ٣/١١٥٢ رقم ٥٢٦٦.

(٥) انظر: النهاية لابن الأثير ٣/١٣٧، فإنه ذكر هذه المعاني وزاد فيها.

الله عنه، إنه شرب الطلا، يعني: أن الطلا لا يسكر وإنه إنما شرب منه، فقال عمر رضي الله عنه: إن كان يسكر جلده، وعدم اشتراط السكر - من غير عصير العنب من الأشربة المسكرة - مذهب الأئمة الثلاثة^(١) وغيرهم^(٢) كما في العصير إذا أسكر كثيره بناءً على أن ما أسكر فهو خمر، وسيأتي لذلك زيادة بيان في كتاب الأشربة إن شاء الله تعالى.

قوله: (لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج^(٣) ولبن الرماك^(٤)).

في كلامه نظر من وجوه:

أحدها: في إباحة تناول ما يغيب العقل، فإن تغييب العقل حرام سواء كان بالبنج أو غيره، فلا ينبغي أن يقال بإباحة قدر ما يغيب معه العقل، وفي كلامه [ما يوهم ذلك وهذا كما أن الأكل إلى الشبع مباح والزيادة عليه حرام لما فيه من الضرر، ولأنه قد يغيب]^(٥) العقل بسبب زيادة الأكل على الشبع فيحرم، فكذا تناول قدر ما يغيب به العقل من البنج ونحوه.

قال السغناقي: فجعل السكر من البنج من المباح مخالف لرواية الجامع

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر ٣٦٧/٢، كفاية الأخيار ١١٥/٢، الإقناع ٢٦٧/٤، الإشراف ٥٩/٣، المغني ٣٠٧/٨.

(٢) كالحسن البصري، وعمر بن عبد العزيز، وعروة بن الزبير، وقتادة، والأوزاعي، انظر: الإشراف ٥٩/٣، المغني ٣٠٧/٨، وهو مذهب الظاهرية. انظر: المحلى ٣٨٠/١٢.

(٣) البنج مثال فلس نبت له حب يخلط بالعقل ويورث الخبال، وربما أسكر إذا شربه الإنسان بعد ذوبه ويقال إنه يورث السبات. مسكن لأوجاع الأورام والأذن، وأخبثه الأسود ثم الأحمر، وأسلمه الأبيض. المصباح المنير ص ٢٥، القاموس المحيط ص ٢٣٢.

(٤) سيبين المصنف معناها قريباً.

(٥) الزيادة من: ع.

الصغير للإمام المحجوبي^(١) فإنه ذكر فيه عن أبي حنيفة أنه قال: من زال عقله بالبنج إن علم أنه بنج حين أكله يقع طلاقه وعتاقه وإن لم يعلم لا يقع^(٢).

الثاني: في تسمية غيبة العقل بسبب أكل البنج سكرًا، فإنه لا يحصل به نشوة ولا طرب ولا لذة ولذلك لا يحد أكلها لأنه ليس في الطبع ما يدعو إليها فلا يحتاج فيها إلى شرع الزاجر بخلاف الحشيشة فإنها يحصل بها ذلك، فكان في الطبع ما يدعو إليها، فلهذا كان القول الصحيح هو القول بحرمتها^(٣) والحد

(١) هو عبيد الله بن إبراهيم بن أحمد بن عبد الملك العبادي نسبة إلى عبادة بن الصامت، جمال الدين المحجوبي البخاري الفقيه الحنفي، ولد سنة ٥٤٦ هـ وتوفي سنة ٦٣٠ هـ، من تصانيفه شرح الجامع الصغير للشيباني في الفروع وغيره. الجواهر المضية ٢/٤٩٠، هدية العارفين ٦٤٩/١، الفوائد البهية ١٠٨.

(٢) انظر: العناية ٣٠٩/٥ فإنه ذكره هناك عن صاحب النهاية.

(٣) أي الحشيشة، وقد بسط القول فيها شيخ الإسلام ابن تيمية في مواضع من فتاويه ٢٨/٣٣٩ وما بعدها، ٣٤/٢٠٤ وما بعدها، وذهب هناك إلى أنها كغيرها من المسكرات في قليلها وكثيرها، وقال: إن أول ما بلغنا أنها ظهرت بين المسلمين في أواخر المائة السادسة وأوائل السابعة حيث ظهرت دولة التتر... إلخ، وذكر أن بعض الفقهاء قد توقف فيها وجعلها بمنزلة البنج، وقال: لم نجد للعلماء المتقدمين فيها كلاماً... إلخ. ومما ألف في هذا الموضوع:

١- تكريم المعيشة في تحريم الحشيشة، لأبي بكر محمد بن أحمد القسطلاني المتوفى سنة ٦٨٦ هـ، وهو مخطوط، أصله في خزانة الرباط ٥٩٨ كتاني.

٢- زهر العريش في تحريم الحشيش، لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي المتوفى سنة ٧٩٤ هـ وهو مطبوع، بتحقيق أحمد فرج.

٣- السهام المريشة لمنع تعاطي الحشيشة، لعبد الكريم الخليلي الحنفي، المتوفى سنة ١١٣٣ هـ وهو مطبوع بتحقيق ياسين الخطيب.

٤- تميم التكريم لما في الحشيشة من التحريم، لأبي بكر القسطلاني أيضاً وهو مطبوع بتحقيق ياسين الخطيب.

بأكل القليل منها كما في عصير العنب لدخولها في قوله ﷺ : « كل مسكر حرام »^(١) وسيأتي لذلك زيادة بيان في الأشربة إن شاء الله تعالى ، بخلاف البنج ، فإن غيبة العقل بسبب أكله بمنزلة الإغماء أو البرسام^(٢) أو ما يحصل للمحموم من الهذيان والهوس وفساد الدهن ونحو ذلك ، وكذلك بغير الحمى من الأمراض التي تتعلق بالدماغ فيحصل منها غيبة الدماغ أو سوء المزاج وليس ذلك بسكر .

الثالث : في إطلاقه القول بإباحة لبن الرماك ، جمع رمكة وهي الأنثى من الخيل البراذين^(٣) ، وهو إذا بلغ حد الإسكار كما يفعله الترك فإنهم يخمرونه على صفة يعرفونها حتى يصير مسكراً ، كيف يقال بحل تناول القدر المسكر منه ، وكيف يقال إنه لا يحد بالسكر منه؟! بل القول الصحيح هو القول بتحريم القليل والكثير منه ، والحد بشرب ذلك كما في عصير العنب ، والأصل في ذلك قول عمر رضي الله عنه «نزل تحريم الخمر وهي من العنب والتمر

= ٥ - واضح البرهان على تحريم الخمر والحشيش في القرآن ، لعبد الله محمد الصديق الحسني ، وهو مطبوع ، نشر مكتبة القاهرة .

٦ - البحث المسفر عن تحريم كل مسكر ومفتر ، لمحمد بن علي الشوكاني ، وهو مطبوع بتحقيق عبد الكريم صنينان العمري .

(١) أخرجه مسلم من حديث أبي موسى قال : « بعثني النبي ﷺ أنا ومعاذ بن جبل إلى اليمن ، فقلت : يا رسول الله إن شراباً يصنع بأرضنا يقال له المزر من الشعير ، وشراب يقال له البتع من العسل ، فقال : « كل مسكر حرام » ، كتاب الأشربة - باب بيان أن كل مسكر خمر - حديث رقم ١٧٣٣ .

(٢) كلمة معربة معناها العلة ، انظر : لسان العرب ٤٦ / ١٢ .

(٣) انظر : لسان العرب ٤٣٤ / ١٠ .

والعسل والحنطة والشعير، والخمر ما خامر العقل» متفق عليه^(١)، وسيأتي لذلك زيادة بيان إن شاء الله تعالى، وإن كان مراده شرب لبن الخيل قبل تخميره فذلك لا يحصل منه سكر، وهو بمنزلة العصير قبل تخمره.

قوله: (وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطاً، لإجماع الصحابة رضي الله عنهم).

أما التفريق بين شرب الخمر والسكر من غيرها فسيأتي الكلام عليه في كتاب الأشربة إن شاء الله تعالى، وأما ما ذكره من إجماع الصحابة فعن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ «أتي برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدة نحو أربعين، قال: وفعله أبو بكر، فلما كان عمر رضي الله عنه استشار الناس، فقال عبد الرحمن بن عوف نرى أن نجعله كأخف الحد فجلده فيه ثمانين» أخرجه أحمد^(٢) والبخاري^(٣) ومسلم^(٤) وأبو داود^(٥) والترمذي^(٦) وصححه. [١٢٤/أ]

وعن ثور بن زيد الدبلي^(٧) «أن عمر استشار في حد الخمر، فقال له علي: أرى أن تجلده ثمانين جلدة، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى

(١) أخرجه البخاري مع الفتح- تفسير- باب إنما الخمر والميسر ٢٧٧/٨، مسلم- تفسير- باب في نزول تحريم الخمر حديث رقم ٣٠٣٢.

(٢) المسند ٢٧٣/٣.

(٣) البخاري مع الفتح- حدود- باب ما جاء في ضرب شارب الخمر ٦٣/١٢.

(٤) مسلم- حدود- باب حد الخمر، حديث رقم ١٧٠٦.

(٥) أبو داود- حدود- باب الحد في الخمر ١٦٣/٤.

(٦) الترمذي- حدود- باب ما جاء في حد السكران ٣٨/٤.

(٧) ثور بن زيد الدبلي بكسر المهملة، المدني، ثقة. مات سنة ١٣٥ هـ. التقريب ص ١٣٥.

افتري فجلد عمر في حد الخمر ثمانين» أخرجه مالك في الموطأ^(١) والدارقطني^(٢).

وعن السائب بن يزيد قال: «كنا نؤتى بالشارب في عهد رسول الله ﷺ وفي إمرة أبي بكر وصدراً من إمارة عمر، فنقوم إليه فنضربه بأيدينا ونعالنا حتى كان صدراً من إمارة عمر فجلد فيها أربعين حتى إذا عتوا فيها وفسقوا جلد ثمانين» رواه أحمد^(٣) والبخاري^(٤).

ويشكل على دعوى الإجماع ما في صحيح مسلم عن حزين بن المنذر^(٥) قال: شهدت عثمان بن عفان أتي بالوليد - يعني ابن عقبة - قد صلى الصبح ركعتين، ثم قال: أزيدكم؟ فشهد عليه رجلان - أحدهما حمران^(٦) - أنه شرب

(١) أخرجه في الأشربة من حديث ثور بن زيد الديلي كما ذكر المؤلف، انظر: الموطأ ص ٧٣٠، قال في التلخيص عن رواية مالك هذه: وهو منقطع لأن ثوراً لم يلحق عمر بلا خلاف ٧٥/٤.

(٢) أخرجه في سننه من حديث ثور عن عكرمة عن ابن عباس وذكر حديثاً طويلاً جاء في آخره استشاره عمر في حد الخمر على نحو ما ذكره المؤلف، انظر: سنن الدارقطني ١٦٦/٣، وأصل هذا الحديث في البخاري من حديث السائب الذي سيأتي بعده، لكن مقولة علي رضي الله عنه في المشورة، قال عنها الحافظ في التلخيص: بعد أن ذكر حديث أنس الذي قبل وفيه أن عبد الرحمن بن عوف هو الذي أشار وليس علياً... فلو كان هو - أي علي - المشير بالثمانين ما أضافها إلى عمر... إلخ ٧٥/٤، ٧٦، وضعف هذه الرواية الألباني في الإرواء ٤٦/٨.

(٣) المسند ٤٤٩/٣.

(٤) في صحيحه مع الفتح - حدود - باب الضرب بالجريد والنعال ٦٦/١٢.

(٥) حزين - بضاد معجمة - مصغر، ابن المنذر بن الحارث الرقاشي، أبو ساسان وهو لقب. كان من أمراء علي بصفين، وهو ثقة مات على رأس المائة. التقريب ص ١٧١.

(٦) حمران - بضم أوله - ابن أبان، مولى عثمان بن عفان، اشتراه في زمن أبي بكر رضي الله عنه. ثقة، مات سنة ٧٥هـ. التقريب ص ١٧٩.

الخمير، وشهد آخر أنه رآه يتقيأها، فقال عثمان: إنه لم يتقيأها حتى شربها، فقال: يا علي قم فاجلده، فقال علي: قم يا حسن فاجلده، فقال الحسن: ولِّ حارّها من تولى قارّها^(١) فكأنه وجد عليه، فقال: يا عبد الله بن جعفر قم فاجلده، فجلده وعلي يعد حتى بلغ أربعين، فقال أمسك؟ ثم قال: جلد النبي ﷺ أربعين، وأبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكل سنة، وهذا أحب إلي^(٢) ولا شك أنه لا يمكن أن ينعقد الإجماع على ما خالف فعل رسول الله ﷺ وأبي بكر وعلي رضي الله عنهما، فتحمل الزيادة من عمر رضي الله عنه على أنها تعزير، يجوز فعلها وتركها إذا رآه الإمام، وإلى هذا أشار علي رضي الله عنه بقوله: وكل سنة، وهذا أحب إلي. كما تقدم، وكذلك قول السائب بن يزيد: حتى إذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين. كما تقدم أيضاً، يشير إلى أن الزيادة للتعزير، وعمر رضي الله عنه ممن أمرنا أن نقتدي بسنته بقوله ﷺ «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي» الحديث^(٣)، وهذا يرد على من

(١) هذا مثل من أمثال العرب. ومعناه ولّ شدتها وأوساخها من تولى هنيئها ولذاتها، والضمير عائد إلى الخلافة والولاية، والجار: الشديد المكروه، والقار: البارد الهنيء الطيب، انظر: شرح النووي على مسلم ٢١٩/١١ وفي النهاية: الحارّ: الشاق المتعب. والقارّ: عكسه. والمعنى ولّ الجلد من يلزم الوليد أمره ويعنيه شأنه. النهاية ١/٣٦٤. وقال في مجمع الأمثال: قاله عمر بن الخطاب لعتبة بن غزوان أو لأبي مسعود الأنصاري، أي احمل ثقلك على من انتفع بك. مجمع الأمثال للميداني ٢/٣٦٩.

(٢) صحيح مسلم - حدود - باب حد الخمير حديث رقم ١٧٠٧.

(٣) أخرجه الخمسة إلا النسائي من حديث العرياض بن سارية رضي الله عنه. أحمد في المسند ١٢٦/٤، ١٢٧، والترمذي - العلم - باب ما جاء في الأخذ بالسنة ٤٣/٥، وأبو داود - سنة - باب في لزوم السنة ٤/٢٠٠، ٢٠١، وابن ماجه - مقدمة - باب اتباع سنة الخلفاء ١/١٦، وأخرجه الحاكم ١/١٧٧، والدارمي ١/٥٧ في باب اتباع السنة. وصححه في الإرواء ١٠٧/٨.

يقول إن الزيادة على النص نسخ فإن عمر رضي الله عنه ليس له أن ينسخ شيئاً من الشريعة، وإنما فعل ذلك تعزيراً مع الحد، كما ألزم بالطلاق الثلاث بعد أن كان يحسب واحدة كما تقدم^(١).

وعن أنس رضي الله عنه «أن النبي ﷺ جلد في الخمر بالجريد والنعال، وجلد أبو بكر^(٢) أربعين» متفق عليه^(٣).

وعن علي رضي الله عنه قال: «ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت، وأجد في نفسي منه شيئاً إلا صاحب الخمر، فإنه لو مات وديته، وذلك أن رسول الله ﷺ لم يسنه» متفق عليه^(٤)، ومعنى قوله: لم يسنه. أي لم يقدره بلفظه أو لم يبلغ به ثمانين، ولهذا قال الشافعي رحمه الله: إن حد الإمام في الشرب أربعين فمات المحدود، فلا ضمان ولا كفارة، وإن ضرب أكثر من أربعين فديته على عاقلة الإمام أو في بيت المال^(٥).

على قولين للشافعي كما في سائر التعزيرات، وفي الكفارة عنه أيضاً قولان، هل هي في ماله أو في بيت المال^(٦).

(١) انظر القسم الأول بتحقيق: عبد الحكيم شاکر.

(٢) في النسختين عمر، والتصويب من الصحيحين.

(٣) أخرجه البخاري مع الفتح - حدود - باب الضرب بالجريد والنعال ٦٦/١٢، مسلم - حدود - باب حد الخمر حديث رقم ١٧٠٦.

(٤) أخرجه البخاري مع الفتح - حدود - باب الضرب بالجريد والنعال ٦٦/١٢، مسلم - حدود - باب حد الخمر حديث رقم ١٧٠٧.

(٥) انظر: الأم ٦/١١٣.

(٦) انظر: الأم ٦/٢٥٣، روضة الطالبين ٧/٣٨٤، ٣٨٥، وأظهر القولين في الدية أنها على عاقلة الإمام، وفي الكفارة أنها تكون في ماله. انظر: روضة الطالبين ٧/٣٨٩.

قوله: (وجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانياً).

يعني أنه يجرد في المشهور من الرواية، لأن الحد قد خفف عن عدد حد الزنا فجعل ثمانين، ولم يجعل مائة فلا يخفف بترك التجريد، وفيه نظر من وجهين:

أحدهما: أنه لم يكن الأصل أن يحد حد الزنا ثم خفف إلى حد القذف، فلا تصح دعوى التخفيف فيه من حيث العدد.

والثاني: أن التجريد في الحدود لا أصل له كما تقدم^(١).

قوله: (والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقاً قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجل من المرأة، وقالوا: هو الذي يهذي ويختلط كلامه لأنه السكران في العرف، وإليه مال أكثر المشايخ... إلى آخر المسألة).

قول الصاحبين أقوى ولهذا مال إليه أكثر المشايخ، وذلك لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾^(٢) نزلت في أصحاب رسول الله ﷺ حين قدموا رجلاً منهم في الصلاة، فصلى بهم وترك في قرآنه ما غير المعنى، وقد كانوا أقاموا الصلاة عاملين بها، وقد عرفوا إمامهم وقدموه ليؤمهم، وقصد إمامتهم والقراءة لهم، وقصدوا الائتمام به، وسماهم سكارى على ما هو معروف في سبب نزول الآية الكريمة

(١) انظر ص ١٣١، ١٣٢.

(٢) سورة النساء، الآية: ٤٣.

قبل تحريم الخمر والله أعلم^(١).

* * *

(١) انظر: أسباب النزول للواحي ص ١١٢ ، وتفسير ابن كثير ٢/٢٧١ وقد تعرض ابن كثير لحد السكران ووجه القول بنحو ما ذكر المؤلف كما هو قول الصاحيين ٢/٢٧٢ ، وقد ذكر سبب النزول:

أحمد في مسنده ١/١٨١ ، مسلم في صحيحه - كتاب فضل عمل الصحابة - باب في فضل سعد بن أبي وقاص الحديث رقم ١٧٤٨ ، الترمذي في جامعه - تفسير القرآن - باب ومن سورة النساء ٥/٢٢٢ .

/ باب في القذف

[١٢٤/ب]

قوله : (لقوله عليه الصلاة والسلام «من أشرك بالله فليس بمحصن»).

تقدم في أوائل كتاب الحدود.. أن الدارقطني رواه من حديث ابن عمر رضي الله عنه، وقال: الصواب موقوف عليه^(١)، وتقدم قول ابن قدامة: أنه يتعين حمله على إحصان القذف^(٢).

قوله : (لقوله عليه الصلاة والسلام: «الخال أب»).

لا يعرف هذا في كتب الحديث^(٣).

قوله : (ومن قال لامرأته: يا زانية، فقالت: لا، بل أنت، حدت المرأة ولا لعان).

هذا مبني على أن اللعان من شرط أهلية الشهادة من الجانبين، وقد تقدم الكلام في ذلك في باب اللعان^(٤).

قوله : (ومن قذف امرأة معها أولاد لا يعرف لهم أب، أو قذف الملاعنة بولد حي أو قذفها بعد موت الولد، فلا حد عليه، لقيام أمارة الزنا منها

(١) انظر ص ١٣٦.

(٢) الصفحة نفسها.

(٣) قال في نصب الراية ٣/٣٥٣: حديث غريب، وقال في الدراية ٢/١٠٦: لم أجده.

(٤) انظر القسم الأول بتحقيق: عبد الحكيم شاکر.

وهي ولادة ولد لا أب له ففادت العفة نظراً إليها، وهي شرط، ولو قذف امرأة لا عنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام أمانة الزنا).

يرد- على القول بترك الحد عمن قذف من لا عنت بولد- حديث ابن عباس رضي الله عنه «أن النبي ﷺ لا عن بين هلال بن أمية وامرأته، وفرق بينهما، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب، ولا يرقى ولدها، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد» رواه أحمد^(١) وأبو داود^(٢).

وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «قضى رسول الله ﷺ في ولد المتلاعنين أنه يرث أمه، وترثه أمه، ومن رماها به جلد ثمانين، ومن دعاه ولد زنا جلد ثمانين» رواه أحمد^(٣).

وإلى هذا ذهب جمهور أهل العلم، منهم الأئمة الثلاثة^(٤)، وجعلوه بمنزلة من قذف الملاعنة بغير ولد والفرق بين وجود الولد وعدمه بكونه أمانة الزنا لا يقوى مع وجود النص، واحتمال كونه من الزوج.

(١) المسند ١/٢٣٨، ٢٣٩.

(٢) في سننه- طلاق- باب في اللعان ٢/٢٧٦، وأصل الحديث في الصحيحين: صحيح البخاري مع الفتح- طلاق- باب قول الإمام للمتلاعنين إن أحدكما كاذب ٩/٤٥٧، صحيح مسلم- لعان- حديث رقم ١٤٩٣.

(٣) المسند ٢/٢١٦. وأصله في مسلم من حديث سهل بن سعد الأنصاري- وجاء في آخره «ثم جرت السنة أنه يرثها وترث منه ما فرض الله لها»- كتاب اللعان حديث رقم ١٤٩٢. وقد صححه الألباني في الإرواء جملة من روايات هذا الحديث فانظرها هناك ٧/١٨٢، ١٨٨.

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٣٦٥، روضة الطالبين ٦/٣١٣، المحرر ٢/٩٧، المغني ٨/٢٣٢.

فصل في التعزير:

قوله: (والأصل فيه قوله عليه السلام: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين»).

هذا الحديث ضعفه أهل الحديث^(١).

قوله: (وهو مأثور عن علي رضي الله عنه فقلده).

يعني تقدير نهاية التعزير بخمسة وسبعين، وليس لذلك ذكر في كتب الحديث^(٢).

قوله: (وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم).

فيه نظر، وإنما ثبت حد الشرب بالسنة، وهو قد روى في أول باب حد الشرب^(٣) قوله ﷺ: «من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه»^(٤).

* * *

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى من حديث النعمان بن بشير، وقال: المحفوظ أنه مرسل ٣٢٧/٨.

وأورده في مجمع الزوائد بلفظ «من جلد حداً...» وقال: فيه محمد بن الحسين الفضا، والوليد بن عثمان خال مسعر ولم أعرفهما، وبقية رجاله ثقات. ٢٨١/٦.

(٢) قال في نصب الراية ٣/٣٥٤: غريب. وقال في الدراية ٢/١٠٧: لم أجده. وقد ذكره البغوي في شرح السنة ١٠/٣٤٤ عن ابن أبي ليلى، ومثله ابن المنذر في الإشراف ٢٢/٣.

(٣) انظر: الهداية ٢/٣٩٨.

(٤) تقدم تخريجه ص ١٧٤.

كتاب السرقة

قوله : (وقد تأيد بقوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم»).

يعني أنه قد ورد أن قيمة المجن^(١) الذي قطع فيه النبي ﷺ دينار أو عشرة دراهم ، وتأيد ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام : «لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم» ، وهذا اللفظ من كلام ابن مسعود ، أخرجه ابن أبي شيبة^(٢) والطحاوي^(٣) ، والمرفوع بمعناه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : «لا تقطع يد السارق في أقل من عشرة دراهم» أخرجه الدارقطني^(٤) ، وفي إسناده الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف^(٥) ، والذي روى عن الحجاج ضعيف أيضاً^(٦) ، وللبیهقي وضعفه عن علي رضي الله عنه «لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم ، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم»^(٧).

(١) هو الترس لأنه يوارى حامله أي يستره ، والكلمة مأخوذة من الاجتتان وهو الستر ، النهاية ٣٠٨/١ .

(٢) المصنف ٤٦٦/٦ .

(٣) في شرح معاني الآثار ١٦٧/٣ ، وأخرجه عبد الرزاق ١٠/٢٣٣ .

(٤) في سننه ٣/١٩٣ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/١٦٧ ، والبيهقي ٨/٢٦٠ وضعفه ، وضعفه ابن حجر في الفتح ١٢/١٠٣ وأعلّه بحجاج بن أرطاة .

(٥) قال في التقريب ص ١٥٢ : حجاج بن أرطاة - بفتح الهمزة - ابن ثور بن هبيرة النخعي أبو أرطاة الكوفي ، القاضي ، أحد الفقهاء - صدوق كثير الخطأ والتدليس مات سنة ١٤٥ هـ .

(٦) هو زفر بن الهذيل كما في سنن الدارقطني ، وعبارة المؤلف هذه قالها ابن قدامة في المغني ٨/٢٤٥ وقد ذكره العقيلي في الضعفاء ٢/٩٧ .

(٧) سنن البيهقي ٨/٢٦١ .

وأما ما ورد في تقويم المجن بعشرة دراهم فعن ابن عباس رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ أول من قطع في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم» هذه رواية أبي داود^(١)، وفي رواية النسائي عن عطاء مرسلًا قال: أدنى ما يقطع فيه ثمن المجن، قال: وثمان عشرة دراهم^(٢).

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «كان ثمن المجن على عهد رسول الله ﷺ عشرة دراهم» أخرجه النسائي^(٣).

قال ابن المنذر: واختلفوا فيما يجب فيه قطع يد السارق، فقالت طائفة: لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً، وروينا هذا القول عن عمر^(٤) وعثمان^(٥) وعلي^(٦) وبه قالت عائشة^(٧) وعمر بن عبد العزيز والأوزاعي

(١) الذي في سنن أبي داود عن ابن عباس بلفظ «قطع رسول الله ﷺ يد رجل في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم».

(٢) سنن النسائي كتاب قطع السارق - باب القدر الذي إذا سرقه السارق قطعت يده - ٨/ ٨٣ وهو في صحيح النسائي ٣/ ١٠١٧ رقم ٤٥٨٩.

(٣) في سننه - قطع السارق - باب القدر الذي إذا سرقه السارق قطعت يده - ٨/ ٨٤ وهو في ضعيف النسائي ص ٢١١ رقم ٣٦١.

(٤) روى معمر عن عطاء الخراساني عن عمر رضي الله عنه: القطع في ربع دينار فصاعداً. أخرجه عبد الرزاق ١٠/ ٢٣٥، والبيهقي ٨/ ٢٦١ وقال: ليس بثابت.

(٥) أخرج عبد الرزاق ١٠/ ٢٣٧، وابن أبي شيبه في الحدود ٦/ ٤٦٥، والبيهقي ٨/ ٢٦٠ عنه أن سارقاً سرق أترجة في عهده فأمر بها عثمان فقومت ثلاثة دراهم من صرف اثني عشر درهماً بدينار فقطع يده.

(٦) أخرج ابن أبي شيبه في الحدود ٦/ ٤٦٤، والبيهقي ٨/ ٢٦٠ عنه أنه قطع يد سارق في بيضة من حديد ثمن ربع دينار.

(٧) أخرج عبد الرزاق ١٠/ ٢٣٥ عنها قالت: تقطع يد السارق في ربع دينار. وأخرجه ابن أبي شيبه في الحدود ٦/ ٤٦٤، والبيهقي ٨/ ٢٦٢ بلفظ «القطع في ربع دينار فصاعداً».

والليث بن سعد^(١) والشافعي^(٢) وأبو ثور.

وفيه قول ثان: وهو أن اليد تقطع في ربع دينار وفي ثلاثة دراهم، وإن سرق درهمن وهو ربع دينار لا انخفاض / الصرف، لم تقطع يده، هذا قول [١٢٥/أ] مالك بن أنس^(٣)، والسلع لا تقطع فيها إلا أن تبلغ ثلاثة دراهم، قل الصرف أو أكثر^(٤)، وقال أحمد وإسحاق^(٥) في السلع: تقوم على حديث ابن عمر^(٦)، وإن سرق ذهباً فربع دينار، وإن سرق من غير الذهب والفضة، فكانت قيمته ربع دينار أو ثلاثة دراهم قطع^(٧).

وفيه قول رابع: أن الخمس لا تقطع إلا في خمس، روي ذلك عن عمر^(٨)، وبه قال سليمان بن يسار^(٩)، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وقال

(١) الليث بن سعد بن عبد الرحمن، عالم الديار المصرية، ولد سنة ٩٤هـ سمع من عطاء والزهري وغيرهما، كانت أهل الأهواء والبدع خاملة في زمنه توفي سنة ١٧٥هـ. له كتاب التاريخ، ومسائل في الفقه.
انظر: طبقات ابن سعد ٣٥٨/٧، الفهرست ص ٢٥٢، السير ١٣٦/٨، شذرات الذهب ٢٨٥/١.

(٢) انظر: قول الشافعي في الأم ٢٠٤/٦، وروضة الطالبين ٣٢٦/٧.

(٣) لأن التقويم عند مالك رحمه الله بالثلاثة دراهم، لا بالربع دينار يوم سرق ولا يوم يحد.
انظر: الكافي لابن عبد البر ٣٦٨/٢.

(٤) انظر قول مالك في: المدونة ٢٦٦/٦، والكافي لابن عبد البر ٣٦٨/٢.

(٥) انظر: المغني ٢٤٤/٨.

(٦) سيأتي لفظه وتخريجه قريباً عند المصنف.

(٧) انظر مذهب أحمد رحمه الله في: المغني ٢٤٤/٨، والإقناع ٢٧٥/٤، والمحزر ١٥٧/٢.

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في الحدود ٤٦٥/٦، والبيهقي في السنن ٢٦٢/٨.

(٩) سليمان بن يسار، الفقيه، عالم المدينة ومفتيها أحد الفقهاء السبعة، مولى أم المؤمنين ميمونة، وأخو عطاء بن يسار، حدث عن زيد بن ثابت، وابن عباس، وأبي هريرة وغيرهم، كان ثقة عالماً كثير الحديث، مولده في أواخر أيام عثمان سنة ٣٤هـ، ووفاته ١٠٧هـ. انظر: طبقات ابن سعد ١٣٢/٥، تهذيب الأسماء واللغات ٢٣٤/١، السير ٤٤٤/٤، شذرات الذهب ١٣٤/١.

أنس بن مالك «قطع أبو بكر في مجن قيمته خمسة دراهم»^(١) وفيه قول خامس: وهو أن اليد لا تقطع إلا في عشرة دراهم، هذا قول عطاء والنعمان وصاحبيه^(٢)، ثم حكى أقوالاً أخر^(٣)، والثابت في الصحيحين والسنن والمسند حديث ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم» رواه الجماعة^(٤)، وفي لفظ بعضهم «قيمته ثلاثة دراهم» وعنه رضي الله عنه أن النبي ﷺ قطع يد سارق سرق ترساً من صُفَّة النساء، ثمنه ثلاثة دراهم. رواه أحمد^(٥) وأبو داود^(٦) والنسائي^(٧)، وحديث عائشة رضي الله عنها «كان رسول الله ﷺ يقطع يد السارق في ربع دينار فصاعداً» رواه الجماعة^(٨) إلا ابن ماجه، وفي رواية أن النبي ﷺ قال: «لا تقطع يد السارق

(١) أخرجه البيهقي ٢٥٩/٨ وبنحوه عبد الرزاق ٢٣٦/١٠، ٢٣٧. وابن أبي شيبة في الحدود ٤٦٤/٦.

(٢) انظر مذهبهم في: الاختيار لتعليل المختار ١٠٣/٤، وفتح القدير ٣٥٦/٥.

(٣) انظر: الإشراف ٢/٢٨٩.

(٤) البخاري مع الفتح - حدود - باب قول الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة﴾ ٩٧/١٢، ومسلم - حدود - باب حد السرقة ونصابها - حديث رقم ١٦٨٦، والترمذي - حدود - باب ما جاء في كم تقطع يد السارق ٤/٤٠، وأبو داود - حدود - باب ما يقطع فيه السارق ٤/١٣٦، والنسائي - قطع السارق - باب القدر الذي إذا سرقه السارق قطعت يده ٧٦/٨، وابن ماجه - حدود - باب حد السارق ٢/٨٦٢.

(٥) المسند ٢/١٤٥.

(٦) في سننه - حدود - باب ما يقطع فيه السارق ٤/١٣٦.

(٧) في سننه - قطع السارق - باب القدر الذي إذا سرقه السارق قطعت يده ٧٧/٨، وصححه في الإرواء ٨/٦٨.

(٨) البخاري مع الفتح - حدود باب قول الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة...﴾ ٩٦/١٢، ومسلم - حدود - باب حد السرقة ونصابها - حديث رقم ١٦٨٤، والترمذي - حدود - باب ما جاء في كم تقطع يد السارق ٤/٤٠، وأبو داود - حدود - باب ما يقطع فيه السارق - ٤/١٣٦، والنسائي - قطع السارق - باب القدر الذي إذا سرقه السارق قطعت يده ٧٩/٨.

إلا في ربع دينار فصاعداً» رواه أحمد^(١) ومسلم^(٢) والنسائي^(٣) وابن ماجه^(٤)، وفي رواية قال: «تقطع يد السارق في ربع دينار» رواه البخاري^(٥) والنسائي^(٦) وأبو داود^(٧) وفي رواية قال: «تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً» رواه البخاري^(٨).

وفي رواية قال: «اقطعوا في ربع دينار، ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك، وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم، والدينار اثني عشر درهما» رواه أحمد^(٩) وفي رواية قال رسول الله ﷺ: «لا تقطع يد السارق فيما دون الخن، قيل لعائشة: ما ثمن المجن؟ قالت: ربع دينار» رواه النسائي^(١٠).

وقد تقدم أن ذلك قول عمر وعثمان وعائشة^(١١)، ولا يعرف لهم في الصحابة مخالف فكان إجماعاً، وهو مذهب فقهاء المدينة السبعة^(١٢) مع من

(١) المسند ٦/١٠٤.

(٢) صحيح مسلم - حدود - باب حد السرقة ونصابها - حديث رقم ١٦٨٤.

(٣) سنن النسائي - قطع السارق - باب القدر الذي إذا سرقه السارق قطعت يده ٨/٨١.

(٤) سنن ابن ماجه - حدود - باب حد السارق ٢/٨٦٢.

(٥) البخاري مع الفتح - حدود - باب قول الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة...﴾ ١٢/٩٦.

(٦) سنن النسائي - قطع السارق - باب القدر الذي إذا سرقه السارق قطعت يده ٨/٧٨.

(٧) سنن أبي داود - حدود - باب ما يقطع فيه السارق ٤/١٣٦.

(٨) البخاري مع الفتح - حدود - باب قول الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة...﴾ ١٢/٩٦.

(٩) المسند ٦/٨٠.

(١٠) سنن النسائي - حدود - باب القدر الذي إذا سرقه السارق قطعت يده ٨/٨١ وهو صحيح

النسائي ٣/١٠١٦ رقم ٤٥٨٣.

(١١) تقدم في كلام ابن المنذر ص ١٩٠.

(١٢) ذكر ذلك ابن قدامة في المغني ٨/٢٤٤.

تقدم ذكرهم، ولم يثبت في التقدير بعشرة دراهم من السنة ما يصلح لمعارضة ما تقدم^(١)، وعلى تقدير الاختلاف في قيمة المجن، فحديث عائشة المذكور لم يثبت ما يعارضه، ولذلك اعتبر الشافعي ربع دينار كما تقدم.

* * *

(١) انظر: فتح الباري ١٢/١٠٣ فقد ناقش ابن حجر مثل هذه الأحاديث وبين ضعفها، ووجه الجمع على فرض الصحة.

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

قوله: (ولإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع في الطير»).
لا يعرف هذا مرفوعاً^(١)، ولكن ذكره البيهقي من كلام عثمان^(٢).
قوله: (والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من التمر، وفيه
القطع).

يشير بذلك إلى الجواب عن قول الشافعي^(٣)، وهو رواية عن أبي
يوسف^(٤)، وقول جمهور العلماء^(٥)، وفي الجواب نظر، فإن الجرين هو المكان
الذي يلتقى فيه الرطب ليجف، كذا في المغرب^(٦) وغيره^(٧)، وأصله حديث
عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «سئل رسول الله ﷺ عن الثمر المعلق
فقال: من أصاب منه بفيه من ذي حاجة غير متخذ خُبنةً^(٨) فلا شيء عليه،

(١) قال في نصب الراية ٣/٣٦٠: غريب مرفوعاً، وقال في الدراية ٢/١٠٩: لم أجده.
(٢) انظر: سنن البيهقي ٨/٢٦٣، ورواه عبد الرزاق ١٠/٢٢٠، وابن أبي شيبه في الحدود
٥٢٩/٦.

(٣) قول الشافعي هو أن القطع في الثمر ونحوه من الطعام، مما يتسارع إليه الفساد يكون فيما بلغ
نصاب السرقة إذا آواه الجرين، وقال صاحب الهداية: لا قطع فيه لتسارع الفساد إليه.

(٤) انظر: الهداية ٢/٤١٠، والاختيار ٤/١٠٧.

(٥) انظر: المغني ٨/٢٤٨، المهذب مع تكملة المجموع ٢/٨٣، وبداية المجتهد ٢/٥٥١.

(٦) انظر: المغرب ١/١٤١.

(٧) انظر: لسان العرب ١٣/٨٧، النهاية لابن الأثير ١/٢٦٣، والمشوف المعلم لأبي البقاء
العكبري ١/١٥٠.

(٨) الخبنة: معطف الإزار وطرف الثوب أي لا يأخذ منه في ثوبه. النهاية ٢/٩.

ومن خرج بشيء منه فعليه غرامه مثليه والعقوبة، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع» رواه النسائي^(١) وأبو داود^(٢)، وفي رواية: قال: سمعت رجلاً من مزينة يسأل رسول الله ﷺ عن الحريسة^(٣) التي تؤخذ من مراتعها، قال: فيها ثمنها مرتين، وضرب ونكال، وما أخذ من عطنه^(٤) ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن، قال: يا رسول الله فالثمار، وما أخذ منها في أكمامها؟ قال: من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنة، فليس عليه شيء، ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب ونكال، وما أخذ من أجرانه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن» رواه أحمد^(٥) والنسائي^(٦) وابن ماجه^(٧) معناه، وزاد النسائي في آخره «وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامه مثليه وجلدات نكال»^(٨).

[١٢٥/ب] وعن عمرة بنت عبد الرحمن^(٩) «أن سارقاً سرق أترجة/ في زمان عثمان ابن عفان فأمر بها عثمان أن تقوم فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثني عشر

(١) في سننه - قطع السارق - باب الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين ٨ / ٨٥ .

(٢) في سننه - حدود - باب ما لا قطع فيه، واللفظ له ٤ / ١٣٧ .

(٣) الحريسة: فعيلة بمعنى مفعولة أي أن لها من يحرسها ويحفظها، ومنهم من يجعل الحريسة السرقة نفسها. النهاية ١ / ٣٦٧ .

(٤) أي من مراحه، وعطن الماشية مراحها. النهاية ٣ / ٢٥٨ .

(٥) المسند ٢ / ١٨٠ .

(٦) في سننه - قطع السارق - باب الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين ٨ / ٨٦ .

(٧) في سننه - حدود - باب من سرق من الحرز ٢ / ٨٦٥، ٨٦٦، وقد ذكر الألباني هذا الحديث وطرقه وحسنه، انظر: الإرواء ٨ / ٦٩ .

(٨) سنن النسائي ٨ / ٨٦ .

(٩) عمرة بنت عبد الرحمن بن سعد بن زُرارة الأنصارية، المدينة، أكثرت عن عائشة، ثقة، ماتت قبل المائة ويقال بعدها. التقريب ص ٧٥٠ .

درهماً بدينار، فقطع عثمان يده» رواه مالك في الموطأ^(١).

وهذا يدل على أن عثمان رضي الله عنه فهم من السنة أن الثمار إذا قطعت، وأحرزت ففيها القطع، وهو ظاهر مما تقدم من الحديث، ولم يرد ما يخالف ذلك، وقوله ﷺ: «لا قطع في ثمر^(٢) ولا كثر^(٣)»^(٤) يفيد هذا التفصيل، والذي يؤويه الجرين إنما هو قبل الجفاف أما بعد الجفاف فهو في القواصر^(٥) في البيوت، هذا الذي جرت به عادة أصحاب الثمر، وقد جعل النبي ﷺ له ثلاثة أحوال^(٦):

حالة لا شيء فيها: وهو إذا أكل منه بنفيه.

وحالة يغرم مثليه ويضرب من غير قطع: وهو إذا سرقه من بيده^(٧)،

(١) انظر: الموطأ- كتاب الحدود، ص ٧٢٠، وأخرجه البيهقي ٨/ ٢٦٠.

(٢) يعني الثمر المعلق في النخل ولم يجذ بعد أو يحرز.

(٣) الكثر: بفتح تين هو الجمار، وهو شيء أبيض يخرج من رأس النخل. انظر: المغرب ١١٩/١، النهاية ٤/ ١٥٢.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده ٣/ ٤٦٣ من حديث رافع بن خديج. وهو كذلك في السنن من حديث رافع أيضاً. فقد أخرجه الترمذي- حدود- باب ما جاء لا قطع في ثمر ولا كثر- ٤/ ٤٢، وأبو داود- حدود- باب ما لا قطع فيه ٤/ ١٣٦، والنسائي- قطع السارق- باب ما لا قطع فيه ٨/ ٨٧، وابن ماجه- حدود- باب لا يقطع في ثمر ولا كثر ٢/ ٨٦٥. قال الحافظ في التلخيص: واختلف في وصله وإرساله، وقال الطحاوي: هذا الحديث تلقت العلماء منته بالقبول ٤/ ٦٥، وصححه الألباني في الإرواء ٨/ ٧٢.

(٥) هي أوعية الثمر ومفردها: قَوْصَرَةٌ بالتشديد والتخفيف وهو وعاء الثمر يتخذ من قصب. انظر: المغرب ٢/ ١٨١.

(٦) لم يذكر المصنف إلا حالتين، والحالة الثالثة- كما في الحديث- ما أخذ من أجرانه، وفيه القطع إذا بلغ ثمن المجن.

(٧) البيدر هو الموضع الذي يداس فيه الطعام. المغرب ١/ ٦١.

سواء كان قد انتهى جفافه أو لم ينته، فجعل العبرة للمكان والحرز، لا ليئسه ورطوبته، ويدل عليه أنه ﷺ أسقط القطع عن سارق الشاة من مرعاهَا، وأوجه على سارقها من عطنها فإنه حرزها، وفي الحديث المذكور دليل على مضاعفة الغرم على من سرق ما لا قطع فيه، وهو مذهب أحمد^(١)، وفيه دليل على اجتماع التعزير مع الغرم، وفي ذلك جمع بين عقوبتين مالية وبدنية، وهذا التفصيل لا يجري في الماء والكأ والتراب فإنه وإن أحرز، فشبهة الاشتراك^(٢) في الأصل باقية، فيدرأ بها الحد، أما الثمار فلم تكن في الأصل مشتركة، فلهذا فصل فيها الشارع الحكم، كما تقدم في الحديث وعلى هذا الخشب الذي يحرز فإنه بمنزلة الثمرة.

قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام «من نبش قطعناه»).

وقوله: (ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع على المختفي» وهو النباش بلغة أهل المدينة).

الحديثان منكران، خرج الحديث الأول البيهقي وضعفه^(٣)، قال ابن المنذر: واختلفوا في النباش يسرق الكفن، فروي عن ابن الزبير «أنه قطع نباشاً»^(٤) وبه قال عمر بن عبد العزيز والحسن والشعبي وقتادة والنخعي

(١) انظر: المحرر ٢/١٦٠، وانظر: الإقناع ٤/٢٨١.

(٢) أي اشترك الناس فيها وكونها حق لهم.

(٣) حديث «من نبش قطعناه» أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار ١٢/٤٠٩ رقم ١٧١٨٤ من حديث البراء بن عازب، وقال: في هذا الإسناد بعض من يجهل. اهـ وانظر: نصب الرأية ٣/٣٦٦، والتلخيص الحبير ٤/٦٥. وحديث «لا قطع على المختفي» قال عنه في نصب الرأية: غريب ٣/٣٦٧ وقال في الدراية ٢/١١٠: لم أجده هكذا.

(٤) أخرجه البيهقي في سننه ٨/٢٧٠ بإسناده إلى البخاري وقال: قال البخاري: وقال عباد بن العوام: كنا نتهمه بالكذب يعني سهيلاً وهو سهيل بن ذكوان أبو السندي المكي. اهـ وسهيل هذا هو القائل: شهدت ابن الزبير قطع نباشاً. والحديث ضعفه في الإرواء ٨/٧٤.

وحماد، وهو قول مالك^(١) والشافعي^(٢)، وعبد الملك الماجشون وإسحاق وأبي ثور وأبي يوسف، وقال أحمد^(٣): هو أهل أن يقطع، وكان الثوري والنعمان ومحمد يقولون: لا قطع عليه، وليس القبر عندهم بحرز، قال أبو بكر^(٤): يقطع. انتهى^(٥).

ويشهد للقول بقطعه قول عائشة رضي الله عنها «سارق أمواتنا كسارق أحيائنا» ذكره في المغني^(٦)، والكفن محرز بالقبر والميت فيه كالحافظ النائم، وانتهاك حرمة مع الواعظ الناهي بلسان حاله فوق انتهاك حرز الحي من هذا الوجه.

قوله: (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المخل على ما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى).

قول أبي يوسف^(٧) في هذه المسألة أقوى، وسيأتي الكلام على قوله

(١) انظر: المدونة ٦/ ٢٨٠.

(٢) انظر: الأم ٦/ ٢٠٧، ٢٠٨.

(٣) انظر: المحرر ٢/ ١٥٨ والمغني ٨/ ٢٧٤.

(٤) هو ابن المنذر.

(٥) انظر: الإشراف ٢/ ٢٩٩، ٣٠٠.

(٦) انظر المغني ٨/ ٢٧٤، وقد أخرجه البيهقي في سننه ٨/ ٢٦٩ من قول الشعبي، وهو في المصنف لابن أبي شيبة في الحدود ٦/ ٥٣٠ عن إبراهيم النخعي والشعبي. قال في الإرواء ٨/ ٧٤: رجاله ثقات. والأثر عن عائشة، قال الألباني في الإرواء ٨/ ٧٤: لم أقف عليه. اهـ.

(٧) أي قوله بالقطع وذلك فيمن سرق عيناً فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها. الهداية ٢/ ٤١٣.

بسقوط عصمة المحل في آخر الباب إن شاء الله تعالى .

أفصل في الحرز والأخذ منه^(١):

قوله : (وإذا نقب اللص البيت فدخل ، وأخذ المال ، وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما إلى آخر المسألة) .

يشكل على ذلك : ما إذا دخل جماعة وأخذ واحد فإنهم يقطعون كما ذكره المصنف بعد ذلك ، وعلل لذلك بأن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى ، وكذلك هاهنا الإخراج منهما معنى ، فإن عادة السراق كذلك أن يقف بعضهم خارج النقب ينظر للداخل من يشعر بهم من خارج فيعلمه به ليهربوا ، فقد تعاونوا على هتك الحرز والإخراج منه ، وقد قال مالك^(٢) والشافعي^(٣) يقطع الداخل وحده واختاره ابن المنذر^(٤) ، وقال أبو يوسف : إن أخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل ، وإن أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما^(٥) ، وهو قياس قول أحمد^(٦) ، وهو أظهر الأقوال .

(١) في النسختين بياض بمقدار هذه الجملة ، والمثبت من الهداية ٤١٣/٢ .

(٢) انظر : المدونة ٢٧٣/٦ ، الكافي ٣٧٢/٢ .

(٣) انظر : روضة الطالبين ٣٤٧/٧ .

(٤) انظر : الإشراف ٢٩٨/٢ .

(٥) انظر : الهداية ٤١٥/٢ .

(٦) انظر : المغني ٢٨٦/٨ ، المحرر ١٥٧/٢ .

قوله: (وإن طر^(١) صرة خارجة من الكم لم تقطع إلى أن قال: وعن أبي يوسف أنه يقطع على كل حال لأنه محرز إما بالكم أو بصاحبه).

قول أبي يوسف أقوى، وما أجاب به عن دليل أبي يوسف من أن الحرز هو الكم كالجوالق^(٢) جواب عجيب، والصحيح أنه يقطع في كل منهما لأنه محرز بالحافظ^(٣).

قوله: (وإن سرق من القطار^(٤) بعيراً أو حملاً لم يقطع لأنه ليس بمحرز مقصوداً فتتمكن شبهة العدم، وهذا لأن السائق / والقائد والراكب [أ/١٢٦] يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ قالوا: يقطع).

في كونه غير محرز نظر، لأن المسافر إذا كان قصده المسافة ونقل الأمتعة ولا يتحقق ذلك بدون الحفظ فكان الحفظ هو المقصود الأصلي أو لازمه، وكيف يتصور نقل بغير حفظ، فإذا سرق من القطار بعيراً ومعه سائق فحرزها نظره إليها، وكذلك لو لم تكن مقطرة وإن كان معها قائد فحرزها التفاته إليها ومراعاته [لها]^(٥) في كل وقت، وتكون بحيث يراها إذا التفت وكذلك إذا كان

(١) الطر له معان عديدة وهو هنا بمعنى الشق والقطع ومنه الطرّار كما في لسان العرب ٤/٤٩٩.

(٢) الجوالق بضم الجيم وكسر اللام وفتحها، وعاء من الأوعية معروف معرّب، يوضع فيه الطعام، وجمعه جوالق بفتح الجيم وجوالق كذلك. انظر: لسان العرب ١٠/٣٦.

(٣) قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: وأما الطرار وهو البطاط الذي يبسط الجيوب والمناديل والأكمام ونحوها، فإنه يقطع على الصحيح. مجموع الفتاوى ٢٨/٣٣٣.

(٤) القطار: الإبل تقطّر على نسق واحد، والجمع قَطْر. انظر: المغرب ٢/١٨٥.

(٥) الزيادة من: ع.

راكباً على بعضها إلا أن يسرق البعير براكبه لأنه في يد راكمه لم تزل يده عنه بإخراجه عن الطريق، وذلك لأن العادة جرت بالحفظ على هذا الوجه، وبذلك قال الشافعي^(١) وأحمد^(٢) وغيرهما^(٣).

وكذلك إذا سرق الجوالق بما فيه [وقولهم إن من يسرق الجوالق بما فيه]^(٤) لا يقطع وكذلك الخيمة ونحوها لأنها هي الحرز لما فيها.

جوابه: أنها وإن كانت حرزاً لما فيها لا يمتنع أن تكون هي محرزة بحافظها، كمن دخل داراً وسرق صندوقاً مقللاً لما فيه.

فصل في كيفية القطع وإثباته:

قوله: (وكذا إذا كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو أصبعان منها سوى الإبهام، لأن قوام البطش بالإبهام).

يعني أنه لا تقطع يمينه والحالة هذه وفيه نظر فإن عدم قطع اليمنى إذا كانت اليسرى^(٥) شلاء أو مقطوعة إنما كان بالرأي والاجتهاد، فإذا اختلت المنفعة كان أبعد، والأمر بقطع اليد مطلق فكيف يقيد بكونه يلزم من قطعها^(٦) خلل^(٧) ظاهر في منفعة البطش، والخطأ في العمل بإطلاق النص أسهل من الخطأ في

(١) انظر: روضة الطالبين ٣٤٢/٧.

(٢) انظر: المحرر ١٥٨/٢، الإقناع ٢٧٩/٤.

(٣) كالإمام مالك رحمه الله فإنه نقل عنه ذلك في المدونة ٢٧٩/٦.

(٤) الزيادة من: ع.

(٥) في الأصل الشلاء. وهو سبق قلم. والتصويب من: ع.

(٦) في الأصل، وفي: ع: قطعه. وما أثبتته هو المناسب للسياق.

(٧) في الأصل: ذلك، والمثبت من: ع.

تقييده بمثل هذا القيد .

قوله : (خلافاً للشافعي في الإقرار) :

يعني أن الشافعي يقطع السارق بإقراره من غير دعوى^(١) ، وليس ذلك مذهب الشافعي ، وإنما خالف في اشتراط الدعوى للإقرار والبينة ، مالك^(٢) وأبو ثور وابن المنذر^(٣) ومذهب الشافعي^(٤) وأحمد^(٥) كمذهب أبي حنيفة في ذلك ، وعن أبي أمية المخزومي^(٦) « أن رسول الله ﷺ أتى بلص قد اعترف اعترافاً ، ولم يوجد معه متاع ، فقال له رسول الله ﷺ : ما إخالك سرقت فقال : بلى ، فأمر به فقطع » الحديث ، رواه أبو داود^(٧) والنسائي^(٨) .

قوله : (إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده لأنه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه) .

-
- (١) أي من غير دعوى المسروق منه بالسرقة واتفقوا أنه لا يحتاج إلى مطالبة المسروق منه بالحد في قطع السارق ، وإنما اختلفهم هو في أنه هل يفتقر إلى مطالبة المسروق منه بماله . كما قرره شيخ الإسلام ابن تيمية في الفتاوى ٢٨ / ٢٩٧ .
- (٢) انظر : المدونة ٦ / ٢٩٥ ، والكافي ٢ / ٣٧١ .
- (٣) انظر : الإشراف ٢ / ٢٩٢ .
- (٤) انظر : روضة الطالبين ٧ / ٣٥٥ .
- (٥) انظر : المحرر ٢ / ١٥٩ ، الإقناع ٤ / ٢٨٤ .
- (٦) أبو أمية المخزومي معدود في أهل المدينة ، صحابي ، له حديث . الإصابة ٤ / ١١ ، التقريب ص ٦٢٠ .
- (٧) في سننه - حدود - باب في التلقين في الحد ٤ / ١٣٤ .
- (٨) في سننه - قطع السارق - باب تلقين السارق ٨ / ٦٧ . وهو عند ابن ماجه - حدود - باب تلقين السارق ٢ / ٨٦٦ . وفي مسند أحمد ٥ / ٢٩٣ . وضعفه في الإرواء ٨ / ٧٩ .

هكذا وقع في عامة النسخ - أعني قوله : قبل قضاء الدين أو بعده^(١) - وهو مشكل ، لأن تعليله بعده يناقضه مناقضة ظاهرة ، وهو قوله : لأنه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه ، أي : ليس له المطالبة بالعين المرهونة قبل قضاء الدين ، ولأجل هذا الإشكال قال السغناقي في شرحه : إن الأصح من النسخ قوله : إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لأنه لا حق له . . . إلى آخره^(٢) .

قوله : (وإن قطع سارق بسرقة ، فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني ، لأن المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم ينعقد موجه في نفسها) .

هذه المسألة تنبني على مسألة سقوط الضمان بالقطع ، وسيأتي الكلام عليها إن شاء الله تعالى .

قوله : (وإذا قضي على الرجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع - معناه إذا سلمت إليه - وكذلك إذا باعها المالك إياه ، وقال زفر والشافعي^(٣) : يقطع ، وهو رواية عن أبي يوسف) .

(١) وينحو هذا قال شرّاح الهداية . انظر : العناية وفتح القدير ٤٠١/٥ ، البناية ٤٤٣/٦ ، وقد أثبت في الهداية المطبوعة ، والتي مع شروحاتها على الوجه الصحيح فجاءت هكذا : حال قيام الرهن بعد قضاء الدين . إلا أن صاحبي البناية وفتح القدير أثبتا العبارة قبل التصويب ثم ذكرا اختلاف النسخ والصحيح منها .

(٢) انظر : العناية ٤٠١/٥ ، ٤٠٢ وقال : واستصوبه الشارحون نقلاً وعقلاً . اهـ .

(٣) انظر : الأم ١٧٣/٦ ، ١٧٤ ، روضة الطالبين ٧/٣٣٠ .

وبه قال مالك^(١) وأحمد^(٢) وإسحاق أيضاً، وحجتهم في ذلك حديث صفوان بن أمية^(٣) رضي الله عنه قال: «كنت نائماً في المسجد على خميصة لي فسرقت فأخذنا السارق فرفعناه إلى رسول الله ﷺ فأمر بقطعه، فقلت: يا رسول الله أفي خميصة ثمن ثلاثين درهماً أنا أهبتها له وأبيعها له، قال: فهلا كان قبل أن تأتيني به» رواه الخمسة^(٤) إلا الترمذي.

وفي رواية لأحمد^(٥) والنسائي^(٦) «فقطعه رسول الله ﷺ».

وليس لأحد مع السنة كلام، ولو بلغ أبا حنيفة ومحمداً هذا الحديث على هذا الوجه لم يقولوا بخلافه أبداً.

وعن عبد الله بن عمرو^(٧) رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ قال: تعافوا

(١) انظر: المدونة ٦/٢٩٥، الكافي ٢/٣٧٢.

(٢) انظر: المحرر ٢/١٥٧، المغني ٨/٢٧١.

(٣) صفوان بن أمية بن صلف الجمحي، قتل أبوه يوم بدر كافراً، هرب يوم فتح مكة، فأحضره له ابن عمه عمير بن وهب أماناً من النبي ﷺ فحضر، وحضر وقعة حنين قبل أن يسلم ثم أسلم واستعار النبي ﷺ منه سلاحاً، وهو أحد العشرة الذين انتهى إليهم شرف الجاهلية، نزل على العباس بالمدينة، ثم أذن له النبي ﷺ في الرجوع إلى مكة فأقام بها حتى مات مقتلاً عثمان وقيل عاش إلى أول خلافة معاوية. انظر: الاستيعاب ٢/١٨٣، الإصابة ٢/١٨٧.

(٤) أخرجه أحمد ٦/٤٦٦، وأبو داود- حدود- باب من سرق من حرز ٤/١٣٨، والنسائي- قطع السارق- باب ما يكون حرزاً وما لا يكون ٨/٦٩، وابن ماجه- حدود- باب من سرق من الحرز ٢/٨٦٥، وصححه في الإرواء ٧/٣٤٥.

(٥) المسند ٦/٤٦٥.

(٦) في سننه ٨/٦٨، وهي في صحيح النسائي ٣/١٠٠٧ رقم ٤٥٣٢.

(٧) عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل السهمي، روى عن النبي ﷺ كثيراً وعن عمر وأبي الدرداء وغيرهم، وحدث عنه ابن عمر والسائب بن يزيد، وكثير من التابعين كابن المسيب وطاووس وعطاء وغيرهم. مات بالشام سنة ٦٥هـ، وقيل غير ذلك، انظر: الاستيعاب ٢/٣٤٦، ٣٤٧، الإصابة ٢/٣٥١.

الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد فقد وجب» رواه النسائي^(١) وأبو داود^(٢).

قوله: (وكذلك إذا انقضت قيمتها^(٣) من النصاب - يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء^(٤) - عن محمد أنه يقطع، وهو قول زفر والشافعي^(٥) رحمهما الله تعالى).

وهو قول مالك^(٦) وأحمد أيضاً^(٧)، وإذا كان هبة المسروق من السارق أو يبعه منه بعد القضاء بقطعه لا يمنع للحديث المتقدم، فنقصان السعر أولى، لأن السرقة قد ظهرت من كل وجه ولم يعتبر الشارع الإمضاء من القضاء في حق درء القطع.

قال في المغني: سواء نقصت قيمتها قبل الحكم أو بعده، لأن سبب الوجوب السرقة فيعتبر النصاب حينئذ، فأما إن نقص النصاب قبل الإخراج لم يجب القطع، لعدم الشرط قبل تمام السبب. انتهى^(٨).

قوله: (وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه، سقط القطع عنه

(١) في سننه - قطع السارق - باب ما يكون حرزاً وما لا يكون ٧٠ / ٨.

(٢) في سننه - حدود - باب العفو عن الحدود ما لم تبلغ السلطان ١٣٣ / ٤، وهو في صحيح النسائي ١٠٠٨ / ٣ رقم ٤٥٣٨.

(٣) أي السرقة.

(٤) أي لا يقطع.

(٥) انظر: الأم ٢٠٤ / ٦، روضة الطالبين ٣٢٩ / ٧.

(٦) انظر: المدونة ٢٦٥ / ٦، الكافي لابن عبد البر ٣٧٢ / ٢.

(٧) انظر: المحرر ١٥٧ / ٢.

(٨) انظر: المغني ٢٧٢ / ٨.

وإن لم يقم بينة، معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة، وقال الشافعي رحمه الله: لا يسقط بمجرد الدعوى).

المخالف في هذه المسألة: مالك^(١) لا الشافعي^(٢)، وسماه الشافعي السارق الظريف.

وعن أحمد ثلاث روايات^(٣)، الثالثة: يقبل منه إذا لم يكن معروفاً بالسرقة، ويسقط القطع عنه، وإن كان معروفاً بالسرقة قطع، وما أحسن هذا التفصيل^(٤)، وإلا فلا يعجز سارق قط عن التكلم بهذا البهتان، ويتخلص من القطع فما معنى شرع قطع يد السارق ثم إسقاطه بهذا الزور والبهتان.

قوله: (وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما: هو مالي، لم يقطعا، لأن الرجوع عامل في حق الراجع، ومورث للشبهة في حق الآخر، لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة).

ينبغي أن لا يورث هذا شبهة في حق الآخر، لأن تأثير دعوى الملك في حق مدعيه إنما هو باعتبار كونه شبهة، فتأثيره في حق الآخر ينزل عنه إلى شبهة الشبهة، وفي اعتبار الشبهة^(٥) الأولى نظر، فالثانية أبعد، وأيضاً فإن كلاً

(١) انظر: المتقى للباجي ١٦٤/٧.

(٢) فإن المنصوص من مذهبه أن القطع يسقط بدعوى الملك. انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٣٣٨/١٣، روضة الطالبين ٧/٣٣٠.

(٣) الأولى: أنه لا يقطع وهي المذهب.

الثانية: يقطع بحلف المسروق منه.

الثالثة: ذكرها المصنف. انظر: المغني ٨/٢٨٨، الإنصاف ١٠/٢٨١.

(٤) انظر: مجموع الفتاوى ٣٤/٢٣٤.

(٥) في الأصل شبهة، والتصويب من: ع.

منهما مؤاخذ بسرقة نفسه ولهذا يحتاج إلى تكميل النصاب في حق كل منهما فكيف يصح تعليله بأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة في درء الحد عن من هو مقر بالسرقة ثابت على إقراره لا شبهة في سرقة .

قوله : (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه » ولأن وجوب الضمان ينافي القطع لأنه يتملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ ، فيتبين أنه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدي [إلى انتفائه فهو المنتفي ، ولأن الحل لا يبقى معصوماً حقاً للعبد إذ لو بقي لكان مباحاً في نفسه فينتفي القطع] ^(١) للشبهة فيصير محرماً حقاً للشرع كالميتة ، ولا ضمان فيه) .

أما الحديث فغير ثابت ^(٢) فإنه أخرجه النسائي ^(٣) والدارقطني ^(٤) والبيهقي ^(٥) من حديث عبد الرحمن بن عوف ، قال عبد الحق : إسناده منقطع ^(٦) .

وقد طعن فيه أيضاً ابن المنذر ^(٧) ، وقال ابن عبد البر : الحديث ليس بالقوي ولا تقوم به حجة ^(٨) .

(١) الزيادة من : ع . وهو الموافق لما في الهداية المطبوعة .

(٢) قال في نصب الراية ٣ / ٣٧٥ : غريب بهذا اللفظ ، وقال في الدراية ٢ / ١١٣ : لم أجده بهذا اللفظ .

(٣) في سننه - قطع السارق - باب تعليق يد السارق في عنقه ٨ / ٩٣ . وقال : وهذا مرسل وليس بثابت . وهو في ضعيف النسائي ص ٢١٧ رقم ٣٧٤ .

(٤) في سننه ٣ / ١٨٢ وضعفه .

(٥) في سننه ٨ / ٢٧٧ وأعله بالانقطاع .

(٦) انظر : الأحكام الوسطى ٤ / ٩٩ في الحدود - باب في القطع .

(٧) انظر : الإشراف ٢ / ٣١٢ قال فيه : ولا يثبت حديث عبد الرحمن بن عوف .

(٨) انظر : التمهيد ١٤ / ٣٨٣ .

وأما قوله: ولأن وجوب الضمان ينافي القطع، لأنه يتملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ فيتبين أنه ورد على ملكه فينتفي القطع، وما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفي.

فهذا مبني على أن الملك يثبت مستنداً إلى وقت الأخذ، ولا يسلم ذلك المخالف، بل يقول: إن بدلها قد استقر في ذمته، وأن هذا الاستقرار في ذمته لا يمنع القطع، لأن هذه العين تعلق بها حقان، حق لله، وحق لمالكها وهما حقان متغايران لمستحقين متباينين فلا يبطل أحدهما الآخر ويستوفيان معاً، لأن القطع حق لله، والضمان حق للمالك، ولهذا لو أسقط المسروق منه القطع بالهبة ونحوها بعد الرفع إلى الإمام لا يسقط كما ثبت في حديث صفوان المتقدم^(١)، ولو أسقط الضمان سقط، وهذا كما لو زنى بأمه ثم قتلها، فإنه يحد وعليه القيمة، فكذا إذا سرقها ثم قتلها، قالوا: وكذا إذا قتل في الإحرام صيداً مملوكاً لمالكه فعليه الجزاء لحق الله، وقيمة الصيد لمالكه.

قالوا: وكذلك لو غضب خمر ذمي وشربها لزمه الحد حقاً لله، ولزمه عندكم ضمانه للذمي^(٢).

قالوا: وقولكم: إنه يتملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ كما قلتم في الغصب ممنوع وسيأتي لذلك بيان في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى.

(١) انظر ص ٢٠٥.

(٢) هذا من قبيل الإلزام لما ذهب إليه الحنفية من انتفاء الضمان لمنافاته للقطع، وذلك أنهم يقولون بما أورد عليهم المخالف، لكنهم أجابوا عنه: بأن شرب خمر الذمي، فيه أنه أئلف مالا متقوماً للغير فيضمنه، وفيه جناية على عقله، وجعل الله تعالى فيه الحد بذلك فكانا حرمين، ومثله صيد الحرم المملوك. فتح القدير ٥/٤١٥.

وأما قوله: ولأن المحل لا يبقى معصوماً حقاً للعبد إذ لو بقي كان مباحاً [١/١٢٧] في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرماً حقاً للشرع/ كالميتة ولا ضمان فيه .

خلاصة هذا البحث أن عدوان السارق إما أن يكون على حق الله أو على حق العبد، لا جائز أن يكون على حق العبد، لأنه يكون حراماً لغيره لا لعينه وذلك شبهة يدرأ بها الحد، فتعين أن يكون على حق الله فخرج بذلك عن أن يكون معصوماً حقاً للعبد .

وجوابه: أنه بقي قسم ثالث وهو أنه عدوان على حق الله وعلى حق العبد، فجزاء عدوانه على حق الله القطع، وجزاء عدوانه على حق العبد الضمان له، وبهذا يخرج الجواب عن قولهم: إن قوله تعالى: ﴿ جَزَاءُ بِمَا كَسَبَا ﴾^(١) يمنع التضمين لأنه جعل القطع كل الجزاء، فإنه تعالى جعل القطع الجزاء على كسبه الجريمة، فإن ارتكاب المعصية يسمى كسباً، قال تعالى ﴿ وَالَّذِينَ كَسَبُوا السَّيِّئَاتِ جَزَاءُ سِئَةٍ بِمِثْلِهَا ﴾^(٢) أما المال فهو لمالكه لم يخرج عن ملكه بسرقة، فإذا وجد بعينه أخذه، وإن لم يجده غرمه السارق جزاء على عدوانه عليه، وتفريقه بينه وبين مالكة .

فالحاصل أن فعله لاقى عصمتين عصمة الله وعصمة للعبد، وليس في الآية ولا في المعنى الذي ذكره ما يمنع من ذلك، وأورد الشيخ ظهير الدين

(١) المائدة: ٣٨ .

(٢) يونس: ٢٧ .

المرغيناني^(١) في فوائده على القول بأن المحل لا يبقى معصوماً حقاً للعبد إلى آخره، فقال: وفي هذه الطريقة نظر، لأن القطع في السرقة يجب صيانة لحقوق الناس فلو قلنا بذلك، يؤدي إلى أن يكون شرعية القطع لصيانة حق الله، وإبطال حقوق الناس فيجب ترك القول به. انتهى.

وقد روى هشام^(٢) عن محمد^(٣) أن السارق لا يضمن في الحكم، فأما بينه وبين الله تعالى يفتى بالضمان لأن المسروق منه، قد لحقه الخسران والنقصان بسبب هو متعد فيه ولكن تعذر على القاضي القضاء لما ذكرنا فيفتي برفع النقصان الذي لحقه من جهة السارق فيما بينه وبين الله تعالى، كذا في المبسوط^(٤).

وفي الإيضاح^(٥): فالأصل في هذه المسائل كلها أن كل فعل انعقد سبباً لوجوب الضمان، وتعذر إيجابه لعارض ظهر أثر ذلك العارض في حق

(١) هو الحسن بن علي بن عبد العزيز بن عبد الرزاق بن أبي نصر المرغيناني، أبو المحاسن، ظهير الدين، روى عنه صاحب الهداية كتاب الترمذي بالإجازة كان فقيهاً محدثاً، صنف الأفضية والشروط والفتاوى والفوائد وغير ذلك. الجواهر المضية ٧٤/٢، الطبقات السنوية ٩٥/٣ رقم ٦٩٦، الفوائد البهية ص ٦٢، ٦٣.

(٢) هشام بن معدان، كاتب أبي يوسف، خرج إلى بلاد المغرب، وسكن أفريقية، ومات بها سنة ٢١٣هـ، يروي عن محمد بن الحسن. الجواهر المضية ٥٧٠/٣، تاريخ بغداد ٤٧/١٤.

(٣) هو ابن الحسن الشيباني.

(٤) انظر: المبسوط ١٥٨/٩، ١٥٩.

(٥) الإيضاح لأبي الفضل الكرماني، عبد الرحمن بن محمد بن أميرويه، ولد سنة ٤٥٧هـ وتوفي سنة ٥٤٣هـ وكتابه هذا هو شرح لكتاب له في الفقه سماه التجريد، وله كتب أخرى مثل شرح الجامع الكبير وغيره. الجواهر المضية ٣٨٨/٢، ٣٨٩، مفتاح السعادة ٢/٢٥٧، كشف الظنون ١/٢١١.

الحكم، وأما الفتوى فيما بينه وبين الله تعالى يعتبر، قضية السبب انتهى^(١)، وهذا تصريح بأن القطع جزاء العدوان على حق الله باعتبار مخالفة أمره، وأن حق العبد باق في ذمة السارق لم يبرأ منه بالقطع، وأن عليه أن يضمن للمالك ماله لكن يفتى بذلك ولا يحكم عليه به، وإذا آل الأمر إلى هذا ظهر قوة قول من قال بإلزامه بالضمان لأن منصب القضاء لإلزام من امتنع عن إيفاء ما عليه إيصالاً للحق إلى مستحقه، وإعانة للمظلوم على الظالم.

* * *

(١) انظر: فتح القدير ٤١٦/٥.

باب ما يلحقه السارق فتح السرقة

قوله: (ولهما أن الأخذ وضع سبباً للضمان لا للملك إلى أن قال: ومثله لا يورث الشبهة كنفس الأخذ).

صوابه: أن يقول: ولهما أن الشق وضع سبباً للضمان لا للملك، لأن مراده الرد على أبي يوسف حيث يقول إن الشق سبب للملك، ولا يصح رده عليه إلا أن يقول الشق أو الحرق أو نحو ذلك، وأيضاً فإنه قال بعد ذلك: كنفس الأخذ، ولا يصح أن يقال الأخذ كنفس الأخذ، ولا يقال إن هذا تغيير من الناسخ لأنني وجدت ذلك في نسخ كثيرة^(١)، وقد ذكرها السغناقي كذلك ولم يتنبه لها^(٢).

قوله: (ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى، حتى لو أراد أخذه مصبوغاً يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى، ألا ترى أنه غير مضمون على السارق بالهلاك، فرجحنا جانب السارق).

يعني لأبي حنيفة وأبي يوسف على محمد، وقول محمد هنا أظهر وأقوى، فإن قولهما مبني على نفي الضمان عن السارق وقد تقدم الكلام على

(١) وهو كذلك في نسخة ع، وفي الهداية المطبوعة.

(٢) انظر: العناية ٤١٨/٥. وقد أفاد صاحب فتح القدير من المصنف فنبه على ذلك. انظر:

فتح القدير ٤١٨/٥.

ذلك^(١)، وهنا إشكال آخر:

وهو أن الضمان وعدمه إنما يكون بعد هلاك المسروق والثوب هنا قائم غاية ما فيه أنه لو رد الثوب كان شريكاً فيه بالصبغ ولا يجوز أن يقطع فيما هو شريك فيه، وهذا لا يمنع الرد كما في الثوب المغصوب إذا صبغه الغاصب وترجيح جانب السارق على جانب المالك والحالة هذه في غاية الإشكال بل [١٢٧/ب] ترجيح جانب المظلوم/أولى بكل طريق ممكن وهذه طريقة ممكنة.

* * *

(١) انظر ص ٢٠٨.

باب قطع الطريق

قوله: (وإن أخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لأنه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما^(١) تسقط عصمة المال).

تقدم التنبيه على ما في القول بسقوط عصمة المال من الإشكال وأنه لا مزاحمة بين الحقين، بل يمكن أن يوصل إلى كل ذي حق حقه^(٢) وهذه المسألة أشكل من تلك، فإن القطع من خلاف في مقابلة أخذ المال وبقية الجراحات، فكيف تهدر، وقد قال تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾^(٣).

قوله: (ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل فإذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقيين بعض العلة، وبه لا يثبت الحكم، فصار كالحاطي مع العاقد).

أكثر أهل العلم على أن القطاع إذا كان فيهم صبي أو مجنون أنه لا يسقط الحد بذلك عن الباقيين^(٤)، وكذلك إن كان فيهم امرأة ولكن إن باشر الصبي أو المجنون القتل وأخذ المال فعليهما ضمان المال في أموالهما، ودية قتيلهما على

(١) في الأصل: مما، والتصويب من نسخة: ع.

(٢) انظر ص ٢١٠.

(٣) المائدة: ٤٥.

(٤) انظر: المغني ٨/٣٠٠.

عاقلتها، ولا يجري عليهم حد القطاع، وإن باشرت المرأة القتل والأخذ أجري عليها حد القطاع، وكذلك ذو الرحم المحرم من المقطوع عليهم، وقل أن يخلو قطاع الطريق عن صبي أو امرأة، إما للتبعية وإما لقصد الفجور بهما، ولو علموا أن ذلك يدرأ عنهم الحد صحبوه معهم حيلة على الدرء، ولا شك أن ذلك مما يكثر سوادهم ودرء الحد في حق الصبي والمجنون والمحرم والمرأة لشبهة تخصصه، فلا يوجب ذلك سقوط الحد عن الباقيين، وصار كما لو زنوا بامرأة وفيهم صبي أو مجنون وكل منهم مؤاخذ بفعل نفسه، ولهذا يشترط في أخذهم المال أن يصيب كلاً منهم نصاب، وإن كان منهم من لم يباشر الفعل بنفسه فهو ردة للمباشر^(١)، مع أنه فيه خلاف معروف^(٢). وقوله: إن فعل الباقيين بعض العلة. إنما يسلم: إذا سلم أن فعل الكل شيء واحد، وإذا كان منهم مؤاخذ بفعله، فعلة حده ما قام به، لا ما قام به لغيره، ولا تزر وازرة وزر أخرى، والله أعلم.

* * *

(١) أي فحكمهما واحد، قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: ولهذا كان في مذهب الجمهور أن قطاع الطريق يقتل منهم الردء والمباشر، وعمر بن الخطاب رضي الله عنه قتل ربيثة المحاربين، وهو الناظر الذي ينظر لهم الطريق. مجموع الفتاوى ٣٠/٣٢٦.

(٢) الخلاف في هذه المسألة مع الشافعي رحمه الله إذ يقول لا يقتل من قطاع الطريق إلا القاتل منهم، والأئمة الثلاثة على أن الردء له حكم المباشر ويقام حد الحراة عليهم جميعهم. انظر: الهداية ٢/٤٢٤، المنتقى ٧/١٧٣، الأم ٦/٢١٤، المهذب مع تكملة المجموع ٢٠/١٠٦، المغني ٨/٢٩٩، تفسير القرطبي ٦/١٥٤، ١٥٥.

كتاب السير

قوله : (ولقوله عليه الصلاة والسلام «الجهاد فرض ماضٍ إلى يوم القيامة»^(١)) .

هذا اللفظ غير معروف ، وإنما روى أبو داود عن أنس رضي الله عنه من حديث طويل «والجهاد ماضٍ منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر أمتي الدجال ، لا يبطله جور جائر ، ولا عدل عادل»^(٢) وهو حديث ضعيف^(٣) .

قوله : (ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء ، لأنه^(٤) لا يشبه الأجر ، ولا ضرورة إليه ، لأنه مال بيت المال معد للنوائب ، قال فإن لم يكن ، فلا بأس بأن يقوي المسلمون بعضهم بعضاً ، لأن فيه دفع الضرر الأعلى بالحق الأدنى ، يؤيده «أن النبي ﷺ أخذ دروعاً من صفوان» وعمر رضي الله عنه «كان يغزي الأعزب عن ذي الحليفة»^(٥) ويعطي الشاخص فرس قاعد»^(٦) .

(١) ورد هذا اللفظ من الحديث في المطبوع - مستقلاً ومع شرحه فتح القدير - بدون كلمة : فرض . وبها ورد اللفظ في المخطوط .

(٢) سنن أبي داود - جهاد - باب في الغزو مع أئمة الجور ١٨/٣ .

(٣) في سننه يزيد بن أبي شبة السلمي ، وهو مجهول ، كما في التقريب ص ٦٠٥ . والحديث في ضعيف أبي داود ص ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، رقم ٥٤٤ .

(٤) الزيادة من : ع .

(٥) أي الزوجة .

(٦) أخرجه ابن أبي شبة في الجهاد ٧/٦٤٤ ، ورواه ابن سعد في الطبقات ٣/٢٣٢ في ترجمة عمر رضي الله عنه .

استدلّاه بأن النبي ﷺ أخذ دروعاً [من صفوان استدلال ساقط «فإن النبي ﷺ استعار من صفوان بن أمية يوم حنين أدراعاً»^(١) وكان صفوان يومئذ مشركاً، فقال: أغضباً يا محمد، قال: بل عارية مضمونة، قال: فضع بعضها فعرض عليه النبي ﷺ أن يضمناها له، فقال: أنا اليوم في الإسلام أرغب» أخرجه أحمد^(٢) وأبو داود^(٣) والنسائي^(٤) والحاكم في صحيحه^(٥)، ولا يصح استدلاله به إلا أن يكون مسلماً حين استعار منه حتى يصدق عليه أن يقوي المسلمون بعضهم بعضاً، أما إذا كان مشركاً فلا يصح به الاستدلال على الجعل أصلاً، ويكون دليلاً على تقوية خاصة، وهي إعاره السلاح، لا على الجعل كما ادعى وكذلك ما استدل به من فعل عمر رضي الله عنه - إن صح - لا يدل على ما ادعاه من الجعل، ولكن في الصحيحين عن زيد بن خالد رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من جهز غازياً في سبيل الله فقد غزا ومن خلفه في أهله بخير فقد غزا»^(٦) والله أعلم.

* * *

-
- (١) ما بين القوسين من: ع .
(٢) المسند ٤٠١/٣ واللفظ له .
(٣) في سننه - بيوع - باب في تضمين العارية ٢٩٦/٣ .
(٤) السنن الكبرى - عارية - باب تضمين العارية ٤١٠/٣ .
(٥) المستدرک ٥٤/٢ وهو في سنن البيهقي ٨٩/٦ وصححه في الإرواء ٣٤٤/٥ .
(٦) البخاري مع الفتح - جهاد - باب فضل من جهز غازياً ٤٩/٦ ، ومسلم - الإمارة - باب فضل إعانة الغازي في سبيل الله حديث رقم ١٨٩٥ .

باب كيفية القتال

قوله : (فإن بذلوا فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ، لقول علي رضي الله عنه « إنما بذلوا لتكون دماؤهم كدمائنا ، وأموالهم كأموالنا »^(١) .

يعني إذا بذلوا الجزية ، رواه الدارقطني بمعناه وضعفه^(٢) وإمّا/ ورد في [١٢٨/أ] حديث أنس يرفعه « فإذا شهدوا أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، واستقبلوا قبلتنا ، وأحلوا حلالنا ، وأكلوا ذبيحتنا ، فقد حرمت علينا دماؤهم وأموالهم ، لهم ما للمسلمين ، وعليهم ما عليهم » أخرجه ابن حبان في صحيحه^(٣) ، وفي مسند الإمام أحمد من حديث أبي أمامة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « من أسلم من أهل الكتاب فله أجره مرتين ، وله ما لنا ، وعليه ما علينا »^(٤) .

قوله : (والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول) .

-
- (١) قال في نصب الراية ٣/٣٨١ : غريب ، وقال في الدراية ٢/١١٥ : لم أجده هكذا .
 (٢) في سننه ٣/١٤٨ ولفظه « من كانت له ذمتنا ، فدمه كدمائنا » .
 (٣) الإحسان في كتاب الذبائح ١٣/٢١٥ ، وأخرجه البخاري مع الفتح كتاب الصلاة ، باب فضل استقبال القبلة ١/٤٩٧ .
 (٤) المسند ٥/٢٥٩ .

أصل الحديث عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال : قدم ناس من عكل أو عرينة^(١) ، فاجتروا^(٢) المدينة ، فأمر النبي ﷺ بلقاح ، وأمرهم أن يشربوا من أبوالها وألبانها ، فانطلقوا ، فلما صحوا قتلوا راعي النبي ﷺ واستاقوا النعم ، فجاء الخبر في أول النهار ، فبعث في آثارهم ، فلما ارتفع النهار جيء بهم فأمر بهم فقطعت أيديهم وأرجلهم ، وسمرت أعينهم ، وتركوا في الحرة يستسقون فلا يسقون . قال أبو قلابة^(٣) : فهؤلاء سرقوا وقتلوا وكفروا بعد إيمانهم ، وحاربوا الله ورسوله ، أخرجهم الجماعة^(٤) ، واختلف العلماء في معناه : فقال بعض السلف^(٥) : كان هذا قبل نزول الحدود وآية المحاربة والنهي عن المثلة ، فهو منسوخ .

(١) عُكْل : بضم أوله وسكون ثانيه وآخره لام ، قبيلة من الرباب تستحمق ، يقولون لمن يستحمقونه عكلي . معجم البلدان ٤ / ١٦١ .

عرينة : تصغير عرنه ، قبيلة من العرب ، ببلاد فزارة ، وقيل قرى بالمدينة . معجم البلدان ٤ / ١٣٠ .

(٢) اجتروا : أي أصابهم الجوى وهو المرض وداء الجوف إذا تطاول ، وذلك إذا لم يوافقهم هواؤها واستوخموها ، ويقال اجتويت البلد إذا كرهت المقام فيه وإن كنت في نعمة . النهاية ٣١٨ / ١ .

(٣) هو عبد الله بن زيد الجرهمي ، أبو قلابة البصري ، ثقة فاضل ، كثير الإرسال ، مات سنة ١٠٤ هـ . التقريب ص ٣٠٤ .

(٤) البخاري مع الفتح - مغازي - باب قصة عكل وعرينة ٧ / ٤٥٨ ، ومسلم - قسامة - باب حكم المحاربين والمرتدين - حديث رقم ١٦٧١ ، والترمذي - طهارة - باب ما جاء في بول ما يؤكل لحمه ١ / ١٠٦ ، وأبو داود - حدود - باب ما جاء في المحاربة ٤ / ١٣٠ ، والنسائي - طهارة - باب بول ما يؤكل لحمه ١ / ١٥٨ ، وابن ماجه - حدود - باب من حارب وسعى في الأرض فساداً ٢ / ٨٦١ .

(٥) كابن شاهين وابن سيرين وأبي الزناد والليث بن سعد ، انظر : معالم السنن ٦ / ٢٠٦ ، فتح الباري ١ / ٣٤١ وذكر عن البخاري أنه مال إلى القول به ، تفسير القرطبي ٦ / ١٤٩ .

وقيل^(١): ليس بمنسوخ، وفيهم نزلت آية المحاربة، وإنما فعل النبي ﷺ بهم ما فعل، قصاصاً لأنهم فعلوا بالرعاة مثل ذلك، وقد رواه مسلم في بعض طرقه^(٢)، ورواه ابن إسحاق^(٣)، وموسى بن عقبة^(٤)، وأهل السير والترمذي .

قال بعضهم: النهي عن المثلة نهى تنزيهه، كذا ذكره النووي في شرح مسلم^(٥)، وقال ابن الجوزي وادعاء النسخ يحتاج إلى تاريخ، وقد قال العلماء إنما سمل^(٦) أعين أولئك لأنهم سملوا أعين الرعاة، فاقتصر منهم مثل ما فعلوا والحكم ثابت^(٧).

(١) هذا هو قول أنس رضي الله عنه كما في رواية مسلم عنه وهي التي يشير إليها المصنف قريباً، وأورده القرطبي في تفسيره واستحسنه ٦/١٤٩، ١٥٠، ومال إليه ابن الأثير في النهاية ٤٠٣/٢.

(٢) عن سليمان التيمي عن أنس رضي الله عنه قال «إنما سمل النبي ﷺ أعين أولئك، لأنهم سملوا أعين الرعاة» صحيح مسلم ٣/١٢٩٨ وهو أحد طرق الحديث المشار إليه قريباً عند مسلم.

(٣) محمد بن إسحاق بن يسار بن خيار القرشي المطلبلي، صاحب السيرة النبوية، ولد سنة ثمانين، ورأى أنس بن مالك بالمدينة، وسعيد بن المسيب وتوفي سنة ١٥٢ هـ وقيل قبلها وقيل بعدها.

انظر: طبقات ابن سعد ٥/٤٥١، الفهرست ص ١٠٥، سير أعلام النبلاء ٧/٣٣.

(٤) موسى بن عقبة بن أبي عياش، الإمام الثقة الكبير، أبو محمد القرشي مولاهم الأسدي، كان بصيراً بالمغازي النبوية، فكان أول من صنف في ذلك، أدرك ابن عمر وجابراً، وعداده في صغار التابعين، مات سنة ١٤١ هـ. سير أعلام النبلاء ٦/١١٤، شذرات الذهب ٢٠٩/١.

(٥) انظر: شرح صحيح مسلم ١١/١٥٣.

(٦) أي فقأها بحديدة محماة أو غيرها. النهاية ٢/٤٠٣.

(٧) ذكره عنه ابن دقيق العيد في شرحه لعمدة الأحكام ٤/١٠٩.

قال ابن دقيق العيد- في شرحه العمدة-: هذا تقصير لأن الحديث وردت فيه المثلة من جهات عديدة، وبأشياء كثيرة، فهب أنه ثبت القصاص في سمل الأعين فما يصنع بباقي ما جرى من المثلة، فلا بد من جواب غير هذا، وقد رأيت عن الزهري في قصة العرنيين أنه ذكر أنهم قتلوا يساراً مولى رسول الله ﷺ ثم مثلوا به، فلو ذكر ابن الجوزي هذا كان أقرب إلى مقصوده مما ذكر من حديث سمل الأعين فقط على أنه يبقى نظر في بعض ما حكى في القصة^(١). انتهى.

ولم يذكر النظر ما هو، وكأنه أراد ما ورد في الحديث أنه^(٢) تركهم في الحرة، يستسقون فلا يسقون.

وقد أجاب النووي عن هذا: بأن هؤلاء كانوا قد قتلوا الرعاة، وارتدوا عن الإسلام، وحيث لا يبقى لهم حرمة في سقي الماء ولا غيره، قال النووي: قد قال أصحابنا: لا يجوز لمن معه من الماء ما يحتاج إليه للطهارة أن يسقيه لمرتد يخاف الموت من العطش، ویتیم، ولو كان ذمياً أو بهيمة وجب سقيه ولم يجز الوضوء به حيث انتهى^(٣).

ولا يصار إلى النسخ مع إمكان العمل بالحديث، وهذا الحديث دليل على مقابلة الجاني بمثل ما فعل فإن هؤلاء قتلوا الراعي، وسملوا عينه كما تقدم، وعلى قتل الجماعة وأخذ أطرافهم بالواحد، وعلى أنه إذا اجتمع في حق الجاني حد وقصاص استوفيا معاً، فإن النبي ﷺ قطع أيديهم وأرجلهم حداً لله

(١) انظر: إحكام الأحكام ٤/١٠٩.

(٢) في النسختين: أنهم. والمثبت أنسب.

(٣) شرح صحيح مسلم ١١/١٥٤.

تعالى على حرايبهم ، وقتلهم لقتلهم للراعي ، وعلى أن المحارب إذا أخذ المال ، وقتل قطعت يده ورجله ، وقتل ، وعلى أن الجنائيات إذا تعددت تغلظت عقوباتها ، فإن هؤلاء كفروا بعد إسلامهم ، وقتلوا النفس ، ومثلوا بالمقتول ، وأخذوا المال ، وجاهروا بالمحاربة ، وعلى أن رداء المحاربين له حكم مباشرتهم ، فإنه من المعلوم أن كل واحد منهم لم يباشر القتل بنفسه ، ولا سأل النبي ﷺ عن ذلك^(١) .

قوله : (وحين رأى النبي ﷺ امرأة مقتولة ، قال : «هاه ! ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت») .

أصل الحديث ثابت ولكن ليس فيه (هاه) ولا (فلم قتلت) والله أعلم^(٢) .

* * *

(١) انظر : فتح الباري ١/٣٤١ .

(٢) الحديث رواه أبو داود في سننه - كتاب الجهاد - باب في قتل النساء ٥٣/٣ عن رباح بن ربيع قال «كنا مع رسول الله ﷺ في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء ، فبعث رجلاً فقال : انظر علام اجتمع هؤلاء ؟ فجاء فقال : على امرأة قتيل ، فقال : ما كانت هذه لتقاتل» . وكذا رواه ابن ماجه في سننه - كتاب الجهاد - باب الغارة والبيات وقتل النساء والصبيان ٩٤٧/٢ ، وحسنه في الإرواء ٥/٣٥ . وانظر : نصب الراية ٣/٣٨٧ ، والتلخيص الحبير ٤/١٠٢ ، والحديث أصله في الصحيح عن ابن عمر قال : وجدت امرأة مقتولة في بعض تلك المغازي فنهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء والصبيان . البخاري مع الفتح - جهاد - باب قتل النساء في الحرب ٦/١٤٨ ، ومسلم مع النووي - كتاب الجهاد والسير - باب تحريم قتل النساء والصبيان ١٢/٤٨ .

باب المواعدة^(١) ومن يجوز أمانه

قوله: (وإن صالحهم مدة ثم رأى أن نقض الصلح أنفع نبذ إليهم وقتلهم، لأن النبي ﷺ «نبذ المواعدة التي كانت بينه وبين أهل مكة»).

لم ينبذ رسول الله ﷺ العهد الذي كان بينه وبين أهل مكة، وإنما هم غدروا / ونكثوا، ولما سار النبي ﷺ إليهم سأل الله أن يُعمي على قريش خبره حتى ييغتهم في بلادهم، وذكر موسى بن عقبة نحو هذا، وأن أبا بكر قال: ليس بينك وبينهم مدة؟ قال: ألم يبلغك ما صنعوا ببني كعب^(٢)؟ ولا يصح ما ذكر المصنف من أن النبي ﷺ نبذ المواعدة التي كانت بينه وبين أهل مكة، ولو استدل بقتال النبي ﷺ أهل مكة على المسألة التي بعد هذه - وهي ما إذا بدأ^(٣) المشركون بخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم - لكان استدلالاً صحيحاً، أما على النبذ فلا، وأصل الحديث «أنه كان في صلح رسول الله ﷺ يوم الحديبية بينه وبين قريش أنه من شاء أن يدخل في عقد محمد وعهده دخل، ومن شاء أن يدخل في عقد قريش وعهدهم دخل، فتوالت خزاعة فقالوا: نحن ندخل في عقد محمد وعهده، وتوالت بنو بكر فقالوا: نحن ندخل في عقد قريش

(١) هي المصالحة سميت مواعدة لأنها متاركة، من الودع وهو الترك بأن يدع كل من الفريقين

القتال مع الآخر. انظر: المغرب ٢/٣٤٦، العناية ٥/٤٥٥، البناية ٦/٥١٤.

(٢) سيأتي ذكر الحديث بتمامه قريباً.

(٣) في النسختين: أبدى. والتصويب من الهداية ٢/٤٣٠.

وعهدهم فمكثوا على تلك الهدنة نحو السبعة أو الثمانية عشر شهراً، ثم إن بني بكر الذين كانوا دخلوا في عقد قريش وعهدهم واثبوا على خزاعة^(١) - الذين دخلوا في عهد رسول الله ﷺ وعهده - ليلاً بما يقال له الوتير^(٢) قريب من مكة، فقالت قريش: ما يعلم بنا محمد، وهذا الليل، وما يرانا أحد فأعانوهم عليهم بالكرع والسلاح فقاتلوهم للضغن على رسول الله ﷺ، وإن عمرو بن سالم^(٣) ركب إلى رسول الله ﷺ عند ما كان من أمر خزاعة وبني بكر بالوتير حتى قدم المدينة إلى رسول الله ﷺ يخبره الخبر، وقد قال أبيات شعر، فلما قدم على رسول الله ﷺ أنشده إياها وهي:

يارب إنني ناشد محمدا	حلف أبينا وأبيه الأتلدا
قد كنتموا وُلدا وكنا والدا	ثمت أسلمنا ولم ننزع يدا
فانصر هداك الله نصرأ أبدا	وادع عباد الله يأتوا مددا
فيهم رسول الله قد تجردا	أبيض مثل البدر يسموا صعدا

(١) إنما وقع ذلك من بني بكر لأن رجلاً من بني الحضرمي يقال له: مالك بن عباد خرج تاجرأ، فلما توسط أرض خزاعة، عدوا عليه فقتلوه، وأخذوا ماله، فعدت بنو بكر على رجل من بني خزاعة فقتلوه، فعدت خزاعة على بني الأسود فقتلوهم بعرفة عند أنصاب الحرم، هذا كله قبل المبعث، فلما بعث رسول الله ﷺ وجاء الإسلام حجز بينهم وتشاغل الناس بشأنه، وبقي ثأر بني بكر على خزاعة فهذا هو الذي في القصة. انظر: زاد المعاد ٣/٣٩٤.

(٢) الوتير: اسم ماء بأسفل مكة لخزاعة. معجم البلدان ٥/٤١٥.

(٣) عمرو بن سالم حصين بن سالم الخزاعي من مُليح - بالتصغير -، وهو حجازي، روى حديثه المكيون حيث خرج مستنصرأ من مكة إلى المدينة حتى أدرك رسول الله ﷺ وأنشده أبياتاً. انظر: الاستيعاب ٢/٥٤٠، الإصابة ٢/٥٣٦.

إن سيم خسفاً وجهه تربداً في فيلق كالبحر يجري مزبداً
 إن قريشاً أخلفوك الموعداً ونقضوا ميثاقك المؤكداً
 وجعلوا لي في كداء رصداً وزعموا أن لست أدعو أحداً
 وهم أذل وأقل عدداً هم بيتونا بالوتير هجداً

فقتلونا ركعاً وسجداً

فقال رسول الله ﷺ: نصرت يا عمرو بن سالم، فما برح حتى مرت غياية فقال رسول الله ﷺ: إن هذه السحابة لتستهل بنصر بني كعب، وأمر رسول الله ﷺ بالجهاز وكتمهم مخرجه، وسأل الله أن يُعمِّي على قريش خبره، حتى يبعثهم في بلادهم^(١)، ثم كان من أمر الفتح ما كان، وهذا مشهور في السنن والسير^(٢).

(١) ذكر ابن حجر في الإصابة ص ٥٣٦ سند هذه القصة فقال: قال محمد بن إسحاق في المغازي حدثني الزهري عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة أنهما حدثاه جميعاً أن عمرو بن سالم الخزاعي ركب إلى رسول الله ﷺ لما كان من أمر خزاعة وبني بكر بالوتير... إلخ. وكذا مثله في الفتح ٥١٩/٧. وقال في الفتح ٥٢٠/٧: وقد روى البزار من طريق حماد بن سلمة عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة بعض هذه الأبيات المذكورة في هذه القصة وهو إسناد حسن موصول. انتهى.

(٢) انظر: سنن البيهقي ٢٣٣/٩، المعجم الصغير للطبراني ٧٣/٢، ٧٤، البداية والنهاية ٢٧٨/٤، عيون الأثر لابن سيد الناس ١٦٤/٢، الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر ٥٣٦/٢، فتح الباري ٥١٩/٧، ٥٢٠ وقال صاحب كتاب مرويات غزوة الحديبية ص ١٩٥: والحديث بهذا الإسناد حسن لأن ابن إسحاق صرح فيه بالسماع، وبقية رجاله رجال الصحيح. قال: وللحديث شواهد يرتفع بها إلى درجة الصحة ثم ذكرها فانظرها هناك.

قوله : (وقد قال عليه الصلاة والسلام : «في العهود وفاء لا غدر»^(١)) .

هذا محفوظ من كلام عمرو بن عبسة^(٢) رضي الله عنه ، وهو ما رواه سليمان بن عامر^(٣) قال : «كان معاوية يسير بأرض الروم ، وكان بينه وبينهم أمد ، فأراد أن يدنو منهم فإذا انقضى الأمد غزاهم ، فإذا شيخ على دابة يقول : الله أكبر ، الله أكبر ، وفاء لا غدر ، إن رسول الله ﷺ قال : من كان بينه وبين قوم عهد ، فلا يحلنَّ عُقدة ولا يشدَّنَّها حتى ينقضي أمدها أو ينبذ إليهم عهدهم على سواء ، فبلغ ذلك معاوية فرجع ، وإذا الشيخ عمرو بن عبسة» أخرجه أحمد^(٤) ، وأبو داود^(٥) ، والترمذي^(٦) وقال حديث حسن صحيح .

قوله : (لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب ، وحمله إليهم»^(٧)) .

- (١) قال في نصب الراية ٣/ ٣٩٠ : هكذا وقع في الكتاب ، والموجود في كتب الحديث موقوفاً من كلام عمرو بن عبسة . اهـ وقال في الدراية ٢/ ١١٧ : لم أجده مرفوعاً .
- (٢) عمرو بن عبسة - بسكون الباء - ابن خالد بن عامر السلمى ، يكنى أبا نجيح ، أسلم قديماً بمكة ، ثم رجع إلى بلاده فأقام بها إلى أن هاجر بعد خيبر وقبل فتح مكة فشهدها ، مات في أواخر خلافة عثمان رضي الله عنه . الاستيعاب ٢/ ٤٩٨ ، الإصابة ٣/ ٥ ، ٦ .
- (٣) كذا في النسختين وصوابه - كما في كتب التخريج - سليم بن عامر رجل من خمير ، وهو سليم بن عامر الكلاعي ، أبو يحيى الحمصي ، ثقة ، غلط من قال إنه أدرك النبي ﷺ ، مات سنة ١٣٠ هـ . التقريب ص ٢٤٩ .
- (٤) المسند ٤/ ١١١ .
- (٥) في سننه - جهاد - باب في الإمام يكون بينه وبين العدو عهد فيسير إليه ٣/ ٨٣ .
- (٦) في سننه - كتاب السير - باب ما جاء في الغدر ٤/ ١٢١ ، وانظر : نصب الراية ٣/ ٣٩٠ . وهو في صحيح أبي داود ٢/ ٥٢٨ ، رقم ٢٣٩٧ .
- (٧) قال في نصب الراية ٣/ ٣٩١ غريب بهذا اللفظ ، وقال في الدراية ٢/ ١١٧ : لم أجده .

عن عمران بن حصين «نهى رسول الله ﷺ عن بيع السلاح في الفتنة». قال البيهقي: رفعه وهم، والموقوف أصح^(١).

قوله: (لمحمد رحمه الله^(٢)) قوله عليه الصلاة والسلام «أمان العبد أمان» رواه أبو موسى الأشعري^(٣).

لا يعرف هذا من حديث أبي موسى الأشعري ولكن يروى عن علي رضي الله عنه حديث ضعيف، قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس / للعبد من الغنيمة شيء إلا خُرْتُ^(٤) المتاع، وأمانه جائز، وأمان المرأة جائز إذا أعطيت القوم الأمان» أخرجه البيهقي^(٥)، ولو استدل - بعموم قوله ﷺ «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم، فمن أخفر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل» رواه البخاري^(٦) - لكان أولى، فإن العبد

(١) السنن الكبرى ٣٢٧/٥، وقال ابن حجر في التلخيص ١٨/٣ «وهو ضعيف، والصواب وقفه» وقد ذكر هذا الحديث العقيلي في الضعفاء في ترجمة محمد بن مصعب القرطاسي ١٣٨/٤، وعلقه البخاري في صحيحه في كتاب البيوع فقال: وكره عمران بن حصين بيعه في الفتنة. انظر: فتح الباري ٣٢٢/٤، وقال في مجمع الزوائد: فيه بحر بن كنيز السقاء وهو متروك ٨٧/٤، ١٠٨، وضعفه في الإرواء ١٣٥/٥.

(٢) أي على صحة أمان العبد المحجور، وعند أبي حنيفة لا يصح أمانه إلا أن يأذن له مولاه، الهداية ٤٣٢/٢.

(٣) قال في نصب الراية ٣/٣٩٦: غريب، وقال في الدراية ١١٨/٢: لم أجده.

(٤) الخُرْتُ: بضم الخاء وسكون الراء هو أثاث البيت ومتاعه الساقط منه. انظر: النهاية ١٩/٢، ومعجم مقاييس اللغة ١٧٥/٢.

(٥) في سننه ٩٤/٩، وإسناده ضعيف، كذا في نصب الراية ٣/٣٩٦.

(٦) في صحيحه مع الفتح - كتاب الجزية والموادعة - باب ذمة المسلمين وجوارهم واحدة يسعى بها أدناهم ٢٧٣/٦.

رجل من المسلمين، وقد أجاز عمر رضي الله عنه أمان عبد ولم يسأل هل كان مأذوناً له في القتال أم لا؟^(١) فالتعليل بكونه مأذوناً له في القتال وغير مأذون، فيه نظر، فإن علم المشركين بذلك في غاية الندرة، والنص مطلق.

* * *

(١) روى عبد الرزاق في مصنفه ٥/ ٢٢٢ أن عمر كتب «إن العبد المسلم من المسلمين، أمانه أمانهم...» الحديث، ورواه ابن أبي شيبة في الجهاد ٧/ ٦٩٠ وزاد: فأجاز عمر أمانه، والبيهقي في السنن ٩/ ٩٤.

باب الغنائم وقسمتها

قوله : (فهو بالخيار إن شاء قسمه بين الغانمين كما فعل رسول الله ﷺ بخيبر ، وإن شاء أقر أهله عليه ، ووضع عليهم وعلى أراضيهم الخراج ، كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم ، ولم يحمد من خالفه ، وفي كل ذلك قدوة فيتخير) .

في كلامه نظر من وجوه :

أحدها : قوله : فهو بالخيار . فإن ظاهره أنه اختيار تشبه ، وليس كذلك ، وإنما على الإمام أن يجتهد ويفعل ما يراه أنه الأصلح .

الثاني : دعواه أن النبي ﷺ قسم خيبر بين الغانمين ، فإن النبي ﷺ قسمها على ستة وثلاثين سهماً ، جمع كل سهم مائة سهم^(١) ، فكان لرسول الله ﷺ وللمسلمين النصف^(٢) من ذلك : ألف وثمانمائة سهم ، لرسول الله ﷺ سهم كسهم أحد المسلمين ، وعزل النصف الآخر لنوابه وما ينزل به من أمور المسلمين^(٣) ، قال البيهقي : وهذا لأن خيبر فتح شطرها عنوة ، وشطرها صلحاً ، فقسم ما فتح عنوة بين أهل الخمس والغانمين ، وعزل ما فتح صلحاً

(١) فيكون مجموع السهام حينئذ ثلاثة آلاف وستمائة سهم .

(٢) أي نصف مجموع السهام وهو كما ذكر ألف وثمانمائة سهم .

(٣) سيأتي تخريج الحديث ص ٢٣٤ .

لنوابه وما يحتاج إليه في أمور المسلمين^(١) وهذا بناءً منه على أصل الشافعي رحمه الله: أنه يجب قسم الأرض المفتوحة عنوة كما تقسم سائر الغنائم^(٢)، فلما لم يجده قسم الشطر من خيبر، قال: إنه فتح صلحاً، ومن تأمل السير والمغازي حق التأمل تبين له أن خيبر إنما فتحت عنوة، وأن رسول الله ﷺ استولى على أراضيها كلها بالسيف عنوة ولو فتح شيء منها صلحاً لم يجعلهم رسول الله ﷺ منها فإنه لما عزم على إخراجهم منها، قالوا: نحن أعلم بالأرض منكم، دعونا نكون فيها، ونعمرها لكم بشطر ما يخرج منها، وهذا صريح جداً في أنها فتحت عنوة^(٣).

قال أبو عمر بن عبد البر: هذا هو الصحيح في أرض خيبر أنها كانت عنوة كلها مغلوباً عليها انتهى^(٤).

وقال ابن إسحاق: وأما من قال إن خيبر كان بعضها عنوة فقد وهم وغلط انتهى^(٥).

(١) انظر: سنن البيهقي ١٣٨/٩.

(٢) انظر: الأم ١٨٨/٤، روضة الطالبين ٤٦٩/٧.

(٣) ما ذكره من الوجه الثاني إلى هنا هو من كلام ابن القيم في زاد المعاد ٣٢٨/٣.

(٤) عزا هذا القول إليه ابن سيد الناس في عيون الأثر ١٣٦/٢، وابن القيم في زاد المعاد ٣٥٢/٣، ولم أره في التمهيد عند كلامه عن خيبر، لكن ذكر الزيلعي في نصب الراية ٣٩٨/٣ أنه ذكر ذلك في مغازيه، وكلامه في التمهيد يظهر منه أنه يذهب إلى أن خيبر كان بعضها عنوة، وبعضها صلحاً، بل إنه ابتداءً البحث في المسألة بحكاية الإجماع في ذلك عن العلماء من أهل الفقه والأثر وجماعة أهل السير، والله أعلم. انظر: التمهيد ٤٤٥/٦ وما بعدها.

(٥) عزا القول إليه ابن سيد الناس في عيون الأثر ١٣٦/٢.

وقد حصل بين المسلمين واليهود بها من الحراب والمبارزة والقتل من الفريقين ما هو معلوم ولكن لما أُلجئوا إلى حصنهم نزلوا على الصلح الذي بذلوه: أن لرسول الله ﷺ الصفراء^(١) والبيضاء^(٢)، والحلقة^(٣) والسلاح، ولهم رقابهم وذريتهم ويجلوا من الأرض، فهذا كان الصلح، ولم يقع بينهم صلح أن شيئاً من أرض خيبر لليهود، ولو كان كذلك، لم يقل: نقركم ما شئنا ولا كان عمر أجلاهم كلهم من الأرض، ولم يصالحهم أيضاً على أن الأرض للمسلمين وعليها خراج يؤخذ منهم فإنه لم يضرب على خيبر خراجاً البتة فالصواب الذي لا شك فيه أنها فتحت عنوة، والإمام مخير في أرض العنوة بين قسمها وتركها^(٤)، وبين قسم بعضها وترك بعضها، وقد فعل رسول الله ﷺ الأنواع الثلاثة فقسم أرض قريظة والنضير، ولم يقسم مكة، وقسم شطر خيبر وترك شطرها، وقد ذكر في معنى قسمة خيبر على ألف وثمانمائة سهم أنها كانت طعمة من الله لأهل الحديبية من شهد منهم، ومن غاب عنها، وكانوا ألفاً وأربعمائة، وكان معهم مائتا فرس لكل فرس سهمان، قالوا: ولم يغب عن خيبر من أهل الحديبية إلا جابر بن عبد الله فقسم له رسول الله ﷺ كسهم من حضرها، وقسم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً^(٥).

(١) أي الذهب يؤدونه في الجزية. النهاية ١/١٧٢.

(٢) هي الحراب من الأرض، لأنه يكون أبيض لا غرس فيه ولا زرع. النهاية ١/١٧٢.

(٣) بسكون اللام، هي السلاح عاماً، وقيل هي الدروع خاصة. النهاية ١/٤٢٧.

(٤) أي فتكون وقفاً.

(٥) من قول المصنف رحمه الله: وقد حصل بين المسلمين واليهود. إلى هنا، هو في زاد المعاد

٣/٣٢٩ مع تصرف يسير.

الثالث : ما ذكره من التخيير من الاقتداء بفعل عمر رضي الله عنه ، وفعل النبي ﷺ ، وما فعله عمر رضي الله عنه بسواد العراق موافق لسنة رسول الله ﷺ ، وفهم عمر رضي الله عنه / ومن وافقه في ذلك أصح من فهم من خالفهم فيه [١٢٩/ب] كبلال وغيره رضي الله عنهم ، كيف والأرض لا تدخل تحت حكم الغنيمة ، وإنما تدخل تحت حكم الفيء فإن النبي ﷺ قال : « وأحللت لي الغنائم ولم تحل لأحد قبلي »^(١) مع أن الله أحل لهم ديار الكفرة وأراضيهم كما قال تعالى : ﴿ قَالَ مُوسَى لِقَوْمِهِ اسْتَعِينُوا بِاللَّهِ وَاصْبِرُوا إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ ﴾^(٢) وقال تعالى - في حق ديار فرعون وقومه وأرضهم :- ﴿ وَأَوْرَثْنَاهَا بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴾^(٣) وقال تعالى : ﴿ وَنُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ عَلَى الَّذِينَ اسْتُضِعُوا فِي الْأَرْضِ وَنَجْعَلَهُمْ أَئِمَّةً وَنَجْعَلَهُمُ الْوَارِثِينَ ﴿٥﴾ وَنُكِنَّ لَهُمْ فِي الْأَرْضِ ﴾^(٤) وقال تعالى - حكاية عن موسى :- ﴿ يَا قَوْمِ ادْخُلُوا الْأَرْضَ الْمُقَدَّسَةَ الَّتِي كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ ﴾^(٥) وأما المنقولات فكانت تأكلها النار^(٦) ، وقد

(١) هذا طرف من حديث جابر المتفق عليه ، أخرجه البخاري مع الفتح - كتاب فرض الخمس - باب قول النبي ﷺ : « أحلت لكم الغنائم » ٦ / ٢٢٠ ، ومسلم - مساجد - رقم الحديث ٥٢١ .

(٢) الأعراف : ١٢٨ .

(٣) الشعراء : ٥٩ .

(٤) القصص : ٥ - ٦ .

(٥) المائدة : ٢١ .

(٦) روى البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « غزا نبي من الأنبياء وفيه فجمع الغنائم ، فجاءت - يعني النار - لتأكلها ، فلم تطعمها ، فقال : إن فيكم غلولا . . إلى أن قال : فجاءت النار فأكلتها ، ثم أحل الله لنا الغنائم ، رأى ضعفنا وعجزنا فأحلها لنا » . صحيح البخاري مع الفتح - كتاب فرض الخمس - باب قول النبي ﷺ : « أحلت لكم الغنائم » ٦ / ٢٢٠ .

وقع في عبارة الشيخ حافظ الدين النسفي وغيره: أن الإمام إذا فتح بلدة عنوة بالخيار، إن شاء خمسها وقسم الباقي بين الغانمين، كما فعل رسول الله ﷺ بخيبر. وفي ذلك نظر، فإنه لم يثبت أن النبي ﷺ خمس أرضاً، لا خيبر ولا غيرها، بل قد روى أحمد^(١) وأبو داود^(٢) عن بشير بن يسار^(٣) «عن رجال من أصحاب النبي ﷺ أدركهم يذكرون أن رسول الله ﷺ حين ظهر على خيبر قسمها على ستة وثلاثين سهماً، جمع كل سهم مائة سهم، فجعل نصف ذلك كله للمسلمين، فكان في ذلك النصف سهام المسلمين وسهم رسول الله ﷺ معها، وجعل النصف الآخر لمن ينزل به من الوفود والأمور ونواب الناس» وفي رواية «ف عزل للمسلمين الشطر ثمانية عشر سهماً، فجمع كل سهم مائة سهم، النبي ﷺ له سهم كسهم أحدهم» الحديث^(٤)، وعن أسلم - مولى عمر رضي الله عنه - قال: قال عمر رضي الله عنه: «أما والذي نفسي بيده لولا أن أترك آخر الناس بيّاناً^(٥) ليس لهم من شيء، ما فتحت علي قرية إلا قسمتها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر، ولكن أتركها خزانة لهم يقتسمونها» رواه البخاري^(٦) ومعنى قوله: كما قسم رسول الله ﷺ خيبر، لا يلزم منه قسمها

(١) المسند ٤/٣٦، ٣٧.

(٢) في سننه - كتاب الخراج والأمانة والفيء - باب ما جاء في حكم أرض خيبر ٣/١٥٩. وهو في صحيح أبي داود ٥٨٥، رقم ٢٦٠٣.

(٣) بشير - مصغر - ابن يسار الحارثي، مولى الأنصار، ثقة فقيه. التقريب ص ١٢٦.

(٤) سنن أبي داود ٣/١٦٠، قال أبو عمر في التمهيد ٦/٤٥٣: هذا الحديث أهدب ما روي في هذا الباب معنى وأحسنه إسناداً. اهـ.

(٥) أي أتركهم شيئاً واحداً، لأنه إذا قسم البلاد المفتوحة على الغانمين بقي من لم يحضر الغنيمة ومن يجيء بعد من المسلمين بغير شيء منها. النهاية ١/٩١.

(٦) في صحيحه مع الفتح - مغازي - باب غزوة خيبر ٧/٤٩٠.

كلها بين الغامنين كما ظنه كثير من الفقهاء، فإنه قد ثبت أنه ﷺ لم يقسمها كلها بين الغامنين ولو كان تخميسها واجباً لما جاز تركه مع أنكم قد قلتم: إن شاء خمّسها وقسمها بين الغامنين، وإن شاء تركها كلها في يد أهلها بالخراج عليها، ولا يشكل على هذا حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «أيا قرية أتيتموها فأقمتم فيها فسهمكم فيها، وأيا قرية عصت الله ورسوله فإن خمّسها لله ورسوله، ثم هي لكم» رواه أحمد^(١) ومسلم^(٢)، فإنه وإن كان ظاهره يشمل الأرض وغيرها لكن فعله ﷺ في خيبر يبين أن المراد غير الأرض، فإن قيل: يشكل على هذا قول ابن شهاب: «خمّس رسول الله ﷺ خيبر ثم قسم سائرها على من شهدها ومن غاب عنها من أهل الحديبية» أخرجه أبو داود^(٣)، قيل: يحمل على ما غنمه منها من المنقولات لا على أراضيها، للتوفيق بين الأخبار، كيف وهو ظاهر، وذاك نص، والنص مقدم على الظاهر، أعني بالظاهر قول ابن شهاب، وبالنص حديث بشير بن يسار الذي فيه «أن النبي ﷺ معهم - أي مع الغامنين - له سهم كسهم أحدهم» وأيضاً فقول ابن شهاب: ثم قسم سائرها إلى آخره يدل على أن مراده غير الأرض، فإن الأرض لم يقسم سائرها بين من شهدها ومن غاب عنها من أهل الحديبية، وإنما قسم بينهم نصفها، وترك النصف الآخر لنواب المسلمين كما تقدم، وأيضاً فإن النبي ﷺ فتح مكة عنوة - على الصحيح^(٤) - وأقر أهلها عليها، ولم

(١) المسند ٢/٣١٧.

(٢) في صحيحه - جهاد باب حكم الفيء - حديث رقم ١٧٥٦.

(٣) في سننه - كتاب الخراج والإمارة - باب ما جاء في حكم أرض خيبر ٣/١٦١. وهو في صحيح أبي داود ٢/٥٨٦ رقم ٢٦٠٨.

(٤) وهذا هو الذي عليه جمهور أهل العلم ولا يعرف في ذلك خلاف إلا عن الشافعي وأحمد في أحد قولي، وقد نصر ذلك شيخ الإسلام وتلميذه ابن القيم، انظر: فتاوى شيخ الإسلام ٣٤/١١٨، ١١٩، زاد المعاد ٣/٤٢٩.

يخمسها ولم يقسمها، فدعوى التخميس في الأراضي والحالة هذه لا تقوى، وعن أحمد في تخميس الأرض روايتان^(١).

قوله: (ولنا قوله تعالى ﴿فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾^(٢) ولأنه [١٣٠/أ] بالأسر والقهر / ثبت حق الاسترقاق فيه، فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض، وما رواه^(٣) منسوخ بما تلونا).

فيه نظر، فقد ثبت عن النبي ﷺ في الأسارى أنه كان يمين على بعضهم^(٤)، ويقتل بعضهم^(٥)، ويفادي بعضهم بالمال^(٦)، وبعضهم بأسارى

(١) انظر: المحرر ١٧٨/٢، والإنصاف ١٩٠/٤. والمذهب عدم تخميسها.

(٢) التوبة: ٥.

(٣) أي الشافعي. وهو احتجاجه بأن الرسول ﷺ من على بعض الأسارى يوم بدر.

(٤) كما فعل بالثمانين رجلاً من أهل مكة هبطوا عليه من جبل التنعيم مسلحين يريدون غرته وأصحابه، فأسرهم ثم من عليهم. أخرجه مسلم من حديث أنس رضي الله عنه - جهاد - باب قول الله تعالى ﴿وهو الذي كف أيديهم عنكم...﴾ حديث رقم ١٨٠٨. وكما فعل مع ثمامة بن أثال سيد بني حنيفة، فربطه بسارية المسجد، ثم أطلقه فأسلم، أخرجه حديثه البخاري مع الفتح - مغازي - باب وفد بني حنيفة ٨٧/٨، ومسلم - جهاد - باب ربط الأسير وحسه - حديث رقم ١٧٦٤.

(٥) كما فعل ببني قريظة حيث نزلوا على حكم سعد بن معاذ رضي الله عنه، فقال: تقتل مقاتلتهم، وتسبى ذراريهم... إلخ، أخرجه الشيخان، البخاري مع الفتح - مغازي - باب مرجع النبي ﷺ من الأحزاب ٤١١/٧، ومسلم - جهاد - باب جواز قتال من نقض العهد حديث ١٧٦٨، وكما فعل بعقبة بن أبي معيط وغيره.

(٦) كما فعل بأسارى بدر وقال: لو كان المطعم بن عدي حياً، ثم كلمني في هؤلاء التني لتركتم له «أخرجه البخاري مع الفتح - فرض الخمس - باب ما من النبي ﷺ على الأسارى ٢٤٣/٦. وكذا أخرجه مسلم حديثاً مطولاً عن عمر رضي الله عنه فيه فداء أسارى بدر - كتاب الجهاد - باب الإمداد بالملائكة في غزوة بدر - حديث ١٧٦٣.

المسلمين^(١) فقد فعل ذلك كله بحسب المصلحة^(٢)، وقد قال تعالى ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَثْخَتْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَتَاقَ فَإِمَّا مَنَّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾^(٣) وقوله: ولأنه بالأسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه، فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة؛ منقوض بجواز قتلهم.

وقوله: وما رواه منسوخ بما تلونا. وكذلك أيضاً ذكر الأصحاب أن آية القتال^(٤) منسوخة بآية براءة، لا يقوي دعوى النسخ فإن عموم قوله تعالى ﴿اقتلوا المشركين﴾ مخصوص بجواز الاسترقاق، وجواز المن عليهم بالرقاب والأراضي كما تقدم، والإمام يفعل في ذلك ما يراه مصلحة، من القتل، والاسترقاق وضرب الجزية على من هو أهلها، فكذلك المن والفداء، فقد تكون مصلحة ذلك تربو على مصلحة القتل أو الاسترقاق بأضعاف مضاعفة.

قوله: (ولنا أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب»).

هذا حديث منكر لا يعرف^(٥).

قوله: (ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة، والثاني منعدم،

(١) كما فعل بالجارية التي استوهبها من سلمة بن الأكوع - وكان أبو بكر رضي الله عنه نقلها إياه في غزاة - فأخذها رسول الله ﷺ فبعث بها إلى أهل مكة، ففدى بها ناساً من المسلمين، كانوا أسروا بمكة. أخرجه مسلم - جهاد - باب التنفيل وفداء المسلمين بالأسارى - حديث ١٧٥٥.

(٢) انظر: سنن الترمذي ٤/١١٤، ١١٥، تفسير ابن كثير ٤/٣٥، زاد المعاد ٣/١٠٩.

(٣) سورة محمد: ٤.

(٤) أي الآية الموجودة في سورة القتال وهي سورة محمد ﷺ.

(٥) قال في نصب الراية ٣/٤٠٨: غريب جداً، وقال في الدراية ٢/١٢٠: لم أجده.

لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده^(١) ظاهراً^(٢) .

للمخالف أن يمنع هذا، ويقول: بل قد ثبتت اليد بحيازة الغنيمة، وإزالة يد الكفار وثبتت يد المسلمين فقد تم الملك فاشترط النقل إلى دار الإسلام لتمام الملك لا يقوى، فإن القدرة على التصرف - في هذه الحالة - للمسلمين دون الكفار، ولهذا لو أسلم عبد الحربي، ولحق بجيش المسلمين صار حراً، وهذا يدل على زوال ملك الكافر بإحراز الجيش له، وإن لم ينقلوه إلى دار الإسلام مع أن النبي ﷺ إنما كان يقسم الغنائم قبل أن ينقلها إلى دار الإسلام، فإنه قسم غنائم حنين بالجرعانة^(٣)، وكانت يومئذ من دار الحرب، وكذلك قسم غنائم خيبر قبل أن ينقلها إلى المدينة، وذلك معروف في السنن والسير، ذكره ابن عبد البر وغيره^(٤).

قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام «الغنيمة لمن شهد الواقعة»).

لا يعرف هذا الحديث مرفوعاً^(٥)، ولم يحتج به الشافعي رحمه الله

(١) أي الاستنقاذ.

(٢) التعليل المذكور أورده لمسألة قسمة الغنيمة في دار الحرب حيث قال: لا يجوز قسمتها حتى يخرجها إلى دار الإسلام.

(٣) الجعرة: بكسر أوله إجماعاً، ثم إن المحدثين يكسرون عينه ويشددون راءه، وأهل الإتيان والأدب يخطئونهم ويسكنون العين ويخففون الراء، وعلى كل ففيها الروايتان، وهي ماء بين الطائف ومكة، وهي إلى مكة أقرب. انظر: معجم البلدان ١٦٥ / ٢.

(٤) انظر: التمهيد ٣٨ / ٢٠، وانظر: عيون الأثر ١٣٩ / ٢، ١٩٣، زاد المعاد ٤٧٣ / ٣، سنن البيهقي ٥٦ / ٩.

(٥) قال في نصب الراية ٤٠٨ / ٣: غريب مرفوعاً، وقال في الدراية ١٢٠ / ٢: لم أجد المرفوع.

مرفوعاً، وإنما أخرجه الشافعي من كلام أبي بكر وعمر واحتج به^(١).

قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام «من أسلم على مال فهو له»).

أخرجه البيهقي وضعفه^(٢)، ولكن قد جاء معناه في الصحيحين من حديث ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام»^(٣) وروى أحمد^(٤) وأبو داود^(٥) عن صخر بن عيلة^(٦) «أن قوماً من بني سليم فروا عن أرضهم حين جاء الإسلام فأخذتها، فأسلموا فخاصموني فيها إلى النبي ﷺ فردها عليهم، وقال: إذا أسلم الرجل فهو أحق بأرضه وماله» وهو حجة لمحمد في الأراضي وفيما هو غصب من ماله في يد مسلم.

قوله: (وله أنه مال مباح فملك بالاستيلاء، والنفس لم تصر معصومة

(١) كما هو عند البيهقي في سنته ٥٠/٩، وأخرجه عبد الرزاق ٣٠٣/٥، وابن أبي شيبة في مصنفه ٦٦٨/٧.

(٢) في سنته ١١٣/٩ وهو من رواية أبي هريرة رضي الله عنه ولكن قال البيهقي: هذا الحديث إنما يروى عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ وعن عروة عن النبي ﷺ مراسلاً. اهـ وضعف إسناده ابن حجر في الدراية ١٢١/٢. وحسنه في الإرواء ١٥٦/٦.

(٣) رواه البخاري مع الفتح - إيمان - باب فإن تابوا وأقاموا الصلاة ٧٥/١، ومسلم - إيمان - باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله - حديث ٢٢.

(٤) المسند ٣١٠/٤.

(٥) في سنته - كتاب الخراج والإمارة والفيء - باب في إقطاع الأرضين ١٧٦/٣ ولفظه «يا صخر إن القوم إذا أسلموا أحرزوا أموالهم ودماءهم». وهو في ضعيف أبي داود ص ٣٠٨، رقم ٦٧٠.

(٦) صخر بن عيلة - بفتح المهملة - ابن عامر بن أسلم البجلي الأحمسي، كنيته أبو حازم، يقال: إن العيلة أمه، روى أحاديث، وعداده في الكوفيين، انظر: الاستيعاب ١٩١/٢، الإصابة ١٨٠/٢.

بالإسلام، ألا ترى أنها ليست بمتقومة^(١) إلا أنه محرم التعرض في الأصل^(٢) لكونه مكلفاً وإباحة التعرض بعارض شره^(٣)، وقد اندفع^(٤) بالإسلام، بخلاف المال، لأنه خُلِقَ عرضةً للامتهان فكان محلاً للملك، وليس في يده حكماً فلم تثبت العصمة^(٥).

هذا التعليل لأبي حنيفة على أن من أسلم وله مال في يد مسلم أو ذمي غصباً، فهو فيء عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه، ولبقية الأئمة^(٦)، وقولهم أقوى فإن هذا مال معصوم تبعاً للمالكة، وهو في يد من يجب عليه رده إلى مالكة وقول المصنف إنه مال مباح ممنوع، وكذا قوله: والنفس لم تصر معصومة بالإسلام ممنوع أيضاً، واستشهاده بأنها ليست بمتقومة لا يلزم منه [١٣٠/ب] عدم العصمة، لأن انتفاء التقوم لمانع لا يخرجها عن كونها/ معصومة كما في قتل السيد عبده، والوالد ولده، وقوله: وليس في يده حكماً ممنوع وسيأتي الكلام في مسألة الغصب في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى.

فصل في كيفية القسمة:

قوله: (فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله، وقد قال عليه الصلاة والسلام

- (١) يعني فلا يجب القصاص والدية على قاتل هذه النفس في دار الحرب.
- (٢) أي أن حرمة التعرض ليست لكونها معصومة، وإنما هي باعتبار أن النفس على الإطلاق محرم التعرض لها في الأصل لكونها مكلفة لتقوم بما كلفت به.
- (٣) أي إنما أبيع التعرض لها في حال كفرها لشرها لا لكفرها.
- (٤) أي شره بسبب كفره انتهى بإسلامه، فعادت النفس إلى أصلها لا باعتبار أنها معصومة.
- (٥) لأن يد الغاصب ليست بئاثبة عن يد المالك، فيجعل كأنه ليس في يد أحد فيكون فيئاً.
- (٦) انظر مذهبهم في: المدونة/١٨، ٢١، القوانين الفقهية ص ١٣٢، المهذب للشيرازي مع تكملة المجموع ١٩/٣٢٤، ٣٢٥، روضة الطالبين ٧/٤٥٢، المحرر ٢/١٧٣، الإقناع ٤/٣٠٥.

«للفارس سهمان، وللراجل سهم» كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ قسم للفارس سهمين» وإذا تعارضت رواياته ترجح رواية غيره).

يعني أنه قد ورد عن النبي ﷺ أنه أعطى للفارس ثلاثة أسهم وورد عنه أنه أعطاه سهمين، فتعارضت روايتا فعله، فيصار إلى قوله وقد قال: «للفارس سهمان» وقد ورد عن ابن عمر- راوي حديث الثلاثة الأسهم- أنه روى «أن النبي ﷺ قسم للفارس سهمين» فقد تعارضت روايته فيصار إلى رواية غيره، وهي رواية ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ أعطى الفارس سهمين» لسلامتها عن المعارض هذا خلاصة كلامه، وهذا البحث إنما يصح بعد صحة الأحاديث التي ادعى معارضتها، وإلا إذا لم يصح الحديث فلا يصلح لمعارضة الصحيح وكيف تصح المعارضة بين ما صح وما لم يصح، فأما حديث ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ قسم في النفل للفارس سهمين، وللراجل سهماً» فمتفق عليه^(١)، وفي رواية في الصحيحين أيضاً بإسقاط لفظة «النفل»^(٢) وفي رواية «أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم، سهم له وسهمان لفرسه» رواه أحمد^(٣) وأبو داود^(٤)، وفي لفظ: «أسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة

(١) البخاري مع الفتح- جهاد- باب سهام الفارس ٦/٦٧، وفي المغازي- باب غزوة خيبر ٤٨٤/٧، ومسلم- جهاد- باب كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين- حديث رقم ١٧٦٢. واللفظ له.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المسند ٢/٢.

(٤) في سننه- جهاد- باب في سهمان الخيل ٣/٧٥.

أسهم، للفرس سهمان، وللرجل سهم».

رواه ابن ماجه^(١)، وعن المنذر بن الزبير^(٢) عن أبيه^(٣) عن النبي ﷺ «أنه أعطى الزبير سهماً وأمه سهماً، وفرسه سهمين» رواه أحمد^(٤)، وفي لفظ قال: «ضرب رسول الله ﷺ يوم خيبر للزبير أربعة أسهم، سهم للزبير، وسهم لذي القربى، لصفية^(٥) أم الزبير وسهمين للفرس» رواه النسائي^(٦)، وعن أبي عمرة عن أبيه^(٧) قال «أتينا رسول الله ﷺ أربعة نفر، ومعنا فرس، فأعطى كل إنسان منا سهماً، وأعطى الفرس سهمين» رواه أحمد^(٨) وأبو داود^(٩)، وعن أبي رهم^(١٠) قال: «غزونا مع رسول الله ﷺ أنا وأخي ومعنا

(١) في سننه - جهاد - باب قسمة الغنائم ٩٥٢/٢. وهو في صحيح ابن ماجه ١٣٩/٢ رقم ٢٣٠٣.

(٢) المنذر بن الزبير بن العوام، الأمير، أبو عثمان، ولد زمن عمر، وكان ممن غزا القسطنطينية مع يزيد، قتل سنة ٦٤هـ في الأيام التي حاصر فيها الشاميون أخاه عبد الله. طبقات ابن سعد ١٣٩/٥، سير أعلام النبلاء ٣/٣٨١، البداية والنهاية ٨/٢٤٦.

(٣) هو الزبير بن العوام الصحابي المشهور.

(٤) المسند ١/١٦٦.

(٥) هي بنت عبد المطلب، عمه النبي ﷺ.

(٦) في سننه - كتاب الخيل - باب سهمان الخيل ٦/٢٢٨ وفيه: عام بدل: يوم، وهو في صحيح النسائي ٢/٧٦١ رقم ٣٣٦٠.

(٧) قال في التقريب ص ٦٦١: أبو عمرة عن أبيه، في سهم الفارس، مجهول، وإلا فالصواب أنه الأنصاري والد عبد الرحمن. اهـ يشير إلى أبي عمرة الأنصاري البخاري الصحابي، مذكور في البدرين مات في خلافة علي. انظر المصدر نفسه.

(٨) المسند ٤/١٣٨.

(٩) في سننه - جهاد - باب في سهمان الخيل ٣/٧٦.

(١٠) هو كلثوم بن الحصين الغفاري، مشهور باسمه وكنيته، كان ممن بايع تحت الشجرة، واستخلفه النبي ﷺ على المدينة في غزوة الفتح، وأبو رهم هو بضم الراء. انظر: الاستيعاب ٤/٦٩، الإصابة ٤/٧٠، التقريب ص ٤٦٢.

فرسان، فأعطانا ستة أسهم، أربعة أسهم لفرسينا، وسهمين لنا» رواه الدارقطني^(١)، وإن كان في بعض هذه الأحاديث المتأخرة كلام^(٢)، فإنما ذكرتها بعد حديث ابن عمر للاعتضاد بها لا للاعتماد عليها، وإلا فحديث ابن عمر المتفق على صحته كاف في الاستدلال، وأما ما يظن أنه يعارضه من الرواية عن ابن عمر رضي الله عنهما فما روى عبد الله العمري^(٣) عن نافع عن ابن عمر «أنه أعطى الفارس سهمين، والراجل سهماً»، قال الشافعي: كأنه سمع نافعاً يقول: للفارس سهمين وللراجل سهماً، فقال: للفارس سهمين وللراجل سهماً، قال: وليس يشك أحد من أهل العلم في تقدمه عبيد الله بن عمر^(٤) على أخيه في الحفظ^(٥)، ثم ساق حديث عبيد الله عن نافع عن ابن عمر الذي في الصحيحين^(٦)، وقال ابن عبد البر في التمهيد - بعدما ذكر حديث عبيد الله عن نافع من طرق - : ورواه ابن المبارك عن عبيد الله بإسناده فقال فيه: للفارس سهمين وللراجل سهماً ثم قال بعد ذلك: ولا حجة في ذلك لأن الأكثر من أصحاب عبيد الله خالفوه^(٧)، وأما حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ «أعطى الفارس سهمين، والراجل سهماً» فهو حديث ضعيف^(٨)

(١) في سننه ١٠١/٤ وفيه: غزوت بدل: غزونا.

(٢) انظر ما فيها من كلام في: نصب الراية ٣/٤١٣-٤١٦.

(٣) عبد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب، أبو عبد الرحمن، العمري، المدني، ضعيف، عابد، مات سنة إحدى وسبعين. التقريب ص ٣١٤.

(٤) عبيد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب العمري، المدني أبو عثمان، ثقة ثبت، مات سنة بضع وأربعين. التقريب ص ٣٧٣.

(٥) انظر: سنن البيهقي ٦/٣٢٥، زاد المعاد ٣/٣٣٠.

(٦) انظر: مسند الشافعي مع مختصر المزني ص ٤٩٤، والأم ٤/١٩٠.

(٧) هنا ينتهي كلام ابن عبد البر في التمهيد ٢٤/٢٣٦، ٢٣٧.

(٨) قال في نصب الراية ٣/٤١٦: غريب من حديث ابن عباس، وقال في الدراية ٢/١٢٣: لم أجده.

ذكره عبد الحق في أحكامه^(١)، وابن أبي شيبه^(٢)، وقد عارضه ما نقل عنه^(٣) الدارقطني أن رسول الله ﷺ «قسم لماتني فرس بحنين، سهمين سهمين»^(٤) فقد تعارضت روايتا ابن عباس أيضاً، على ضعف الحديث، وقد احتجوا أيضاً بحديث مجمع بن جارية الأنصاري^(٥) قال: «قسمت خير على أهل الحديبية، فقسمها رسول الله ﷺ على ثمانية عشر سهماً، وكان الجيش ألفاً وخمسمائة فيهم ثلاثمائة فارس، فأعطى الفارس سهمين والراجل سهماً» رواه أحمد^(٦) وأبو داود^(٧) وذكر^(٨) أن حديث ابن عمر أصح، قال^(٩): «وأرى الوهم في حديث مجمع أنه قال ثلاثمائة فارس، وإنما كانوا ماتني فارس. انتهى»^(١٠).

وقد تقدم أن الذين قسم رسول الله ﷺ بينهم خير كانوا ألفاً وأربعمائة،

-
- (١) الأحكام الوسطى / ٨٨، ولم أره عن ابن عباس وإنما هو من حديث مجمع بن جارية.
(٢) الذي في المصنف عن ابن عباس خلافه «أن رسول الله ﷺ حين قسم للفارس سهمين وللرجل سهماً فكان للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم» ٦٦١ / ٧ ولم أجد فيه اللفظ الذي ذكره المؤلف.
(٣) أي عن ابن عباس رضي الله عنه.
(٤) انظر: سنن الدارقطني ١٠٣ / ٤.
(٥) مجمع بضم أوله وفتح الجيم وتشديد الميم المكسورة، ابن جارية، بالجيم، ابن عامر الأنصاري الأوسي المدني، صحابي، مات في خلافة معاوية. انظر: الإصابة ٣ / ٣٦٦، التقريب ص ٥٢٠.
(٦) المسند ٣ / ٤٢٠.
(٧) في سننه - جهاد - باب فيمن أسهم له سهماً ٣ / ٧٦. وهو في ضعيف أبي داود ص ٢٦٧، ٢٦٨، رقم ٥٨٧.
(٨) أي أبو داود.
(٩) أي أبو داود.
(١٠) انظر: سنن أبي داود ٣ / ٧٦.

وأن الخيل كانت مائتي فرس^(١) هكذا ذكره أهل المغازي^(٢)، وفي حديث ابن عباس وغيره أن الخيل كانت مائتي فرس كما تقدم، وأما قوله: فيرجع إلى قوله: وقد قال «للفارس سهمان وللراجل سهم» فلا أصل له، ولا يعرف في كتب الحديث^(٣)، بل جاء من قوله ﷺ ما يوافق حديث ابن عمر، وهو حديث أبي كبشة الأنماري^(٤) قال: «لما فتح رسول الله ﷺ مكة كان الزبير على المجنبة اليسرى، وكان المقداد على المجنبة اليمنى فلما قدم رسول الله ﷺ مكة، وهدأ الناس جاءا بفروسيهما فقام رسول الله ﷺ يسمح الغبار عنهما وقال: إني قد جعلت للفارس سهمين وللراجل سهماً فمن نقصهما نقصه الله» وعن خالد الحذاء^(٥) قال: لا يختلف فيه عن النبي ﷺ قال: «للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم» رواهما الدارقطني^(٦)، قال ابن المنذر: وجاء الحديث عن عمر

(١) في النسختين فارس، ولعله سبق قلم.

(٢) انظر: سيرة ابن هشام ٣/٣٥٠، الروض الأنف ٤/٤٨، ٤٩، عيون الأثر ٢/١٣٩، البداية والنهاية ٤/٢٠٢، شرح الزرقاني على المواهب اللدنية ٢/٢٦١، بهجة المحافل ١/٣٥١، زاد المعاد ٣/٣٣٠.

(٣) قال في نصب الراية ٣/٤١٧: غريب جداً، وأخطأ من عزاه لابن أبي شيبعة، وقال في الدراية: ٢/١٢٣: لم أجده من قوله ﷺ.

(٤) أبو كبشة الأنماري المدحجي مختلف في اسمه، ف قيل عمرو بن سعيد، وقيل عمير بضم العين، وقيل غير ذلك، له صحبة، نزل الشام، وله حديث، وروى عن أبي بكر رضي الله عنه. انظر: الاستيعاب ٤/١٦٦، الإصابة ٤/١٦٤.

(٥) هو خالد بن مهرا، أبو المنازل البصري الحذاء، سمي بذلك لأنه كان يجلس عندهم، وقيل لأنه كان يقول: احذُ على هذا النحو، ثقة يرسل، التقريب ص ١٩١.

(٦) في سننه ٤/١٠١، ١٠٧، وأخرجهما البيهقي ٦/٣٢٧، والحديث الأول في سننه محمد ابن حمران القيسي، صدوق فيه لين كما في التقريب ص ٤٧٥، وفيه أيضاً عبد الله بن بسر بضم المهملة وسكون الموحدة، ضعيف، كما في التقريب ص ٢٩٧. وانظر: نصب الراية ٣/٤١٤.

ابن الخطاب رضي الله عنه «أنه فرض للفرس سهمين وللراجل سهمًا» وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز وبه قال الحسن وابن سيرين ومكحول وحبیب بن أبي ثابت، وبه قال عوام علماء الأمصار في القديم والحديث، وممن قال ذلك: مالك ومن تبعه من أهل المدينة^(١) وكذلك قال الأوزاعي ومن وافقه من أهل الشام، وكذلك قال الثوري ومن وافقه من أهل العراق، وهو قول الليث بن سعد ومن تبعه من أهل مصر، وكذلك قال الشافعي وأصحابه^(٢)، وبه قال أحمد^(٣) وإسحاق وأبو ثور ويعقوب^(٤) ومحمد ولا نعلم أحداً خالف ذلك إلا النعمان. انتهى^(٥).

قوله: (لما روي «أن النبي ﷺ أسهم لفرسين»^(٦)).

عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن الزبير رضي الله عنه غزا مع رسول الله ﷺ بأفراس، فلم يقسم إلا لفرسين» أخرجه الشافعي، قال البيهقي: في إسناده العمري ولا يحتج بحديثه^(٧).

(١) انظر: المدونة ٢/٣٢، التمهيد ٢٤/٢٣٧.

(٢) انظر: الأم ٧/٥٥٥، روضة الطالبين ٥/٣٤٠.

(٣) انظر: المحرر ٢/١٧٦.

(٤) هو أبو يوسف صاحب أبي حنيفة واسمه يعقوب بن إبراهيم، وانظر قوله وقول محمد في الهداية ٢/٤٣٨، فتح القدير ٥/٤٩٣، الاختيار ٤/١٣٠.

(٥) عزا القول إليه ابن قدامة في المغني ٨/٤٠٨، وانظر: التمهيد ٢٤/٢٣٧، ونوادير الفقهاء للجوهري ص ١٦٩.

(٦) أورده صاحب الهداية يستدل به لأبي يوسف رحمه الله على أنه يسهم لفرسين.

(٧) في الأم ٤/١٩٢، وجاء في سنن البيهقي ٩/٥٢: قال الشافعي روى مكحول أن الزبير حضر فأسهم له رسول الله ﷺ خمسة أسهم، سهم له، وأربعة أسهم لفرسيه. . . إلى أن قال: ولكننا ذهبنا إلى أهل المغازي فقلنا: إنهم لم يروا أن النبي ﷺ أسهم لفرسين، ولم حضر خيبر بثلاثة أفراس، ولم يأخذ منها إلا لفرس واحد. اهـ

قوله: («أن البراء بن أوس قاد فرسين، فلم يسهم رسول الله ﷺ إلا لفرس واحد»).

لا يعرف هذا في كتب الحديث^(١)، قال ابن التركماني^(٢): ولم أرَ هذا بل جاء عكسه، فذكر ابن منده^(٣) في كتابه في الصحابة^(٤) (و)^(٥) البراء بن أوس ابن خالد^(٦) ثم قال: روى علي بن قرين^(٧) عن محمد بن عمر المدني^(٨) عن

- (١) قال في نصب الراية: غريب ٤١٩/٣، وقال في الدراية ١٢٤/٢: لم أجده.
- (٢) هو أحمد بن عثمان بن إبراهيم المارديني، ابن التركماني، الإمام العلامة تاج الدين، من أهل بيت علماء فضلاء، تفقه، وأفتى، وصنف وله شعر، وتكلم في فنون، له شرح على الهداية، وعلى الجامع الكبير، وشرح المقرب لابن عصفور، وغيرها، ولد سنة ٦٨١هـ، وتوفي سنة ٧٤٤هـ، الجواهر المضية ١/١٩٧، تاج التراجم ص ١١٥، بغية الوعاة ١/٣٣٤، كشف الظنون ٢/٢٠٣٦.
- (٣) هو أبو عبد الله محمد بن إسحاق بن أبي عبد الله محمد بن يحيى بن منده، ولد في سنة ٣١٠هـ، وتوفي في أصفهان في صفر من سنة ٣٦٥هـ، ومن تصانيفه كتاب الإيمان، والتوحيد، والصفات، ومعرفة الصحابة. طبقات الحنابلة ٢/١٦٧، سير أعلام النبلاء ١٧/٢٨، والبداية والنهاية ١١/٣٣٦، شذرات الذهب ٣/١٤٦، ويوجد منه بعض الأجزاء مخطوطة في الظاهرية وغيرها. انظر: تاريخ التراث ١/١/٤٣٩.
- (٤) اسمه «معرفة الصحابة»، قال ابن عساكر: لابن منده في كتاب «معرفة الصحابة» أوهام كثيرة. انظر: سير أعلام النبلاء ١٧/٣٣.
- (٥) كذا في النسختين ولعلها زائدة.
- (٦) البراء بن أوس بن خالد بن الجعد الأنصاري، شهد أحداً وما بعدها، وهو زوج مرضعة إبراهيم ابن النبي ﷺ. انظر: الاستيعاب ١/١٣٧، الإصابة ١/١٤٢.
- (٧) ذكره العقيلي في الضعفاء ٣/٢٤٩ وقال: كان يضع الحديث. وقال ابن عراق في كتابه تنزيه الشريعة المرفوعة ١/٨٨: قال يحيى: كذاب خبيث.
- (٨) هو محمد بن عمر بن واقد الأسلمي مولاهم الواقدي المدني القاضي صاحب التصانيف والمغازي، أحد أوعية العلم على ضعفه المتفق عليه ولد بعد العشرين ومائة. ومات في ذي الحجة سنة سبع ومائتين. التقريب ص ٤٩٨، قال الذهبي: وزنه عندي أنه مع ضعفه يكتب حديثه ويروى، لأنني لا أتهمه بالوضع، السير ٩/٤٥٤، ٤٦٩.

يعقوب بن محمد بن صعصعة^(١) عن عبد الله بن أبي صعصعة^(٢) عن البراء بن أوس أنه قادم مع رسول الله ﷺ فرسين فضرب عليه السلام له خمسة أسهم انتهى^(٣). وعلي بن قرين ضعيف، وشيخه الواقدي، وفي الباب أحاديث أصلح منه^(٤).

قوله: (ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر، وكذا على شهود الواقعة، لأنه حال التقاء الصفين، فتقام المجاوزة^(٥) مقامه، إذ هو السبب المفضي إليه ظاهراً).

لا يلزم من كون الوقوف على حقيقة حالة القتال متعسراً أن تعتبر حالة المجاوزة مطلقاً، فإن الأصل اعتبار حالة القتال فمتى أمكن اعتبارها لا يصار إلى غيرها، وإذا اشتبه الحال بأن ادعى موتها^(٦) بعد القتال عليها ولا بينة له

(١) لم أجد من ترجم له.

(٢) عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي صعصعة، الأنصاري المدني، ثقة. التقريب ص ٣١١.

(٣) ذكر ذلك الزيلعي في نصب الراية ٤١٩/٣ مجرداً، لم يعزه إلى ابن الترمذاني. وقد أورد هذا الحديث الواقدي في مغازيه ٦٨٨/٢، ومن طريقه أبو نعيم في معرفة الصحابة ٧٦/٣، وابن حجر في الإصابة ١٤٢/١، وأورده ابن الأثير في أسد الغابة ١/٣٦٢، دون إسناد وعزاه إلى ابن منده.

(٤) منها على سبيل المثال ما أخرجه الدارقطني من حديث أبي رهم وقد تقدم قريباً. وما أخرجه البيهقي من حديث مكحول مرسلاً «أن الزبير حضر خيبر بفرسين فأعطاه النبي ﷺ خمسة أسهم، سهماً له، وأربعة أسهم لفرسيه». وانظر: نصب الراية ٤١٩/٣.

(٥) المجاوزة يراد بها مجاوزة الدرب، وهو الحد الفاصل بين دار الإسلام ودار الحرب، والدرب هو الباب الواسع على السكة، وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها والمراد به هنا البرزخ الحاجز بين الدارين كما سبق. انظر: العناية ٤٩٩/٥، وفتح القدير ٤٩٩/٥، المغرب ١/٢٨٤.

(٦) أي الدابة.

فحينئذ تعتبر حالة المجاورة، أما إذا قامت له بينة بأنه قاتل فارساً أو رجلاً، فلا مانع من سماعها، قال في المغني: قال أحمد رحمه الله: أنا أرى كل من شهد الواقعة على أي حال كان يعطى، إن كان فارساً ففارس، وإن كان رجلاً فراجل، لأن عمر رضي الله عنه قال «الغنيمة لمن شهد الواقعة»^(١) وبهذا قال الأوزاعي والشافعي^(٢) وإسحاق وأبو ثور، ونحوه. قال ابن عمر، انتهى^(٣).

قوله: (ولما استعان / عليه السلام باليهود^(٤) لم يعطهم شيئاً من [١٣١/ب] الغنيمة، يعني أنه لم يسهم لهم).

عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال «استعان رسول الله ﷺ بيهود قينقاع، فرضخ لهم، ولم يسهم لهم» أخرجه الشافعي والبيهقي من جهته وقال: تفرد به الحسن بن عماره وهو متروك، ولم يبلغنا في هذا حديث صحيح انتهى^(٥). وقال ابن المنذر: ولا يعلم أن النبي ﷺ استعان بهم، والذي ذكر أنه استعان بهم غير ثابت^(٦).

قوله: (ولنا أن الخلفاء الراشدين الأربعة قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلنا، وكفى بهم قدوة).

(١) تقدم تخريجه ص ٢٣٨.

(٢) انظر مذهب الأوزاعي والشافعي في: الأم ٥٥٦/٧.

(٣) المغني ٤٠٧/٨.

(٤) في النسختين «باليهود على اليهود» وهو كذلك أيضاً في نصب الراية ٤٢٢/٣، والصواب حذف كلمة: على اليهود. كما في الهداية.

(٥) السنن الكبرى ٥٣/٩، وانظر: الأم ٣٧٢/٤، ونصب الراية ٤٢٢/٣.

(٦) عزاه إليه في المغني ٤١٩/٨، ولم أره في المطبوع من الإشراف.

اختلف العلماء في قسمة خمس الغنيمة على أقوال^(١) :
 فذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله إلى أنه يقسم على خمسة أسهم :
 سهم لرسول الله ﷺ يصرف في الكراع والسلاح ومصالح المسلمين .
 وسهم لذوي القربى وهم بنو هاشم وبنو المطلب ابني عبد مناف .
 وسهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لابن السبيل .
 وذهب أبو العالية^(٢) إلى أنه يقسم على ستة أسهم ، زاد سهماً لله يصرف
 للكعبة فيما يحتاج إليه من عمارة ونحوها^(٣) .
 وذهبت طائفة إلى أن ولي الأمر بعد رسول الله ﷺ يصرف القربى إلى
 أقاربه ، ومن قال ذلك الحسن وأبو ثور ، ونقل عن عثمان رضي الله عنه .

(١) انظر هذه الأقوال في التمهيد ٢٠/٥٤ ، ٤٦ ، ٤٧ ، المحلى ٥/٣٨٨ وما بعدها ، المغني :
 ٦/٤٠٦ ، مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٠/٢٨٣ ، ١١/١٨١ ، ١٧/٤٩٥ ، ١٩/٣١ ،
 ٢٥٧ ، زاد المعاد ٥/٨٦ ، تفسير القرطبي ٨/١٠ ، فتح الباري ٦/٢٣٨ ، تفسير ابن كثير
 لآية ﴿واعلموا أنما غنمتم...﴾ في سورة الأنفال ٤/٣ .

(٢) هو رفيع بن مهران ، الإمام المقرئ المفسر ، أبو العالية الرياحي ، أحد الأعلام ، أدرك زمان
 النبي ﷺ وهو شاب ، وأسلم في خلافة أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، ودخل عليه ،
 وحفظ القرآن وقرأه على أبي بن كعب ، مات سنة ٩٠ هـ وقيل بعدها . انظر : طبقات ابن
 سعد ٧/٧٩ ، تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٥١ ، الإصابة ٤/١٤٤ ، سير أعلام النبلاء
 ٤/٢٠٧ .

(٣) أخرج ابن أبي شيبة ٧/٦٧٧ عنه قال «كان رسول الله ﷺ يؤتى بالغنيمة فيقسمها على
 خمسة ، فيكون أربعة لمن شهدها ويأخذ الخمس ، فيضرب بيده فيه فما أخذ من شيء جعله
 للكعبة ، وهو سهم الله الذي سمى ، ثم يقسم ما بقي على خمسة ، فيكون سهم لرسول الله ﷺ
 لذوي القربى ، وسهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لابن السبيل» .

وذهب مالك والثوري رحمهما الله إلى أن الخمس والفيء واحد يجعلان في بيت المال، ويُعطى أقرباء رسول الله ﷺ منهما على ما يراه الإمام ويجتهد في ذلك، وهو رواية عن أحمد^(١) رحمه الله، وهو قول عمر بن عبد العزيز وأهل المدينة، وذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أنه يقسم على ثلاثة أسهم كما ذكره المصنف، وأقوى هذه الأقوال قول مالك والثوري رحمهما الله^(٢)، فإن الله تعالى جعل في كتابه العزيز مصارف الفيء هم مصارف الخمس وزاد عليهم لما يأتي ذكره إن شاء الله تعالى، فقال في الفيء ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ ﴾^(٣) الآيات، وقال في الخمس ﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ ﴾^(٤) الآية، واللام في قوله ﴿ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ في الخمس والفيء كاللام في قوله ﴿ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ فالإضافة إلى الرسول لأنه هو الذي يقسم هذه الأموال بأمر الله^(٥) ليست ملكاً لأحد، وذكر البخاري في صحيحه أن معنى قوله تعالى: ﴿ وَلِلرَّسُولِ ﴾ يعني

(١) والرواية الأخرى تقدمت الإشارة إليها وهي المذهب أنه يقسم على خمسة أسهم. انظر الإنصاف ١٦٦/٤.

(٢) هو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية كما في الإنصاف ١٦٧/٤ وقد قال في الفتاوى عن مذهب مالك ومن معه: هو أظهر أقوال العلماء. الفتاوى ١١/١٨١، وكذا نقله عنه ابن كثير في تفسيره ٦/٤ قال: وقال شيخنا الإمام العلامة ابن تيمية رحمه الله: وهذا قول مالك وأكثر السلف، وهو أصح الأقوال.

(٣) الحشر: ٧.

(٤) الأنفال: ٤١.

(٥) وهذا ما قرره شيخ الإسلام ابن تيمية في الفتاوى ١١/١٨١، ١٠/٢٨٢، ٢٨٣.

الرسول له ذلك انتهى^(١).

وتحقيق ذلك أن اللام في آية الفيء مذكورة في ثلاثة مواضع في قوله ﴿لِلَّهِ﴾ وفي قوله ﴿وَلِلرَّسُولِ﴾ وفي قوله ﴿وَلِذِي الْقُرْبَى﴾ ، وفي آية الصدقات^(٢) لم تذكر إلا في أولها فقط ، ولم تذكر مع بقية أنواع المصارف في الآيات الثلاث وليس ذلك لغير معنى بل لمعان متغايرة وهي :

أنها في قوله ﴿لِلَّهِ﴾ بمعنى أن أمرها إليه ، لم يجعله إليكم ، بل آخرتها عن حكمكم ، وجعل لها مصارف ، عينها لهم ، وفي قوله ﴿وَلِلرَّسُولِ﴾ بمعنى أنه هو المنفذ لأمر مرسله وهو الذي يتولى أمر قسمها بإذنه وله فيها نصيب لاحتياجه إلى ما يحتاج إليه البشر ، ولما كانت منزلته أعلى من منزلة بقية المصارف أعيدت اللام مع بقية المصارف تبييناً على أنهم مصارف محضة فمزلته ﷺ منزلة بين المنزلتين ، ولهذا والله أعلم لم يكرر مع بقية المصارف ، ولم يكرر في آية الصدقات ، لأن زيادتها معهم ليس لها فائدة ، إذ كلهم يجمعهم معنى واحد ، وهو كونهم مصارف ، واللام في قوله ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ﴾ الآيات بدل من اللام في قوله ﴿وَلِذِي الْقُرْبَى﴾ الآية ، وقوله ﷺ «إني والله لا أعطي أحداً ، ولا أمنع أحداً ، إنما أنا قاسم أضع حيث أمرت»^(٣)

(١) البخاري مع الفتح-٢١٧/٦- كتاب فرض الخمس- باب قول الله تعالى ﴿فَأَن لِّلَّهِ خُمُسُهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ .

(٢) هي قوله تعالى ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا... ﴾ الآية ٦٠ من سورة التوبة .

(٣) أخرجه البخاري مع الفتح- كتاب في فرض الخمس- باب قول الله تعالى ﴿فَأَن لِّلَّهِ خُمُسُهُ﴾ ٢١٧/٦ ، من حديث أبي هريرة ومسلم- زكاة- باب النهي عن المسألة- حديث رقم ١٠٣٧ . بمعناه من حديث معاوية بن أبي سفيان .

يدل على أنه ليس بمالك للأموال، وإنما هو منفذ لأمر الله فيها، وذلك أن الله خيرّه بين أن يكون ملكاً نبياً وبين أن يكون عبداً رسولاً فاختر أن يكون عبداً رسولاً وهذا أعلى المنزلتين، فالمملك يصرف المال حيث أحب، ولا إثم عليه، والعبد الرسول لا يصرف المال إلا فيما أمر به فيكون ما يفعله عبادة لله وطاعة له ليس فيه قسمة ما هو من المباح الذي لا يثاب/ عليه، بل يثاب عليه كله^(١)، [١٣٢/أ] وقوله: ليس لي مما أفاء الله عليكم إلا الخمس، والخمس مردود عليكم^(٢)؛ يؤيد ذلك، فإن قوله: (لي) أي أمره إلي، ولهذا قال: والخمس مردود عليكم. وأما ما استدل به المصنف من أن الخلفاء الأربعة الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلنا، فروي عن أبي يوسف^(٣) عن الكلبي^(٤) عن أبي صالح^(٥) عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن الخمس الذي كان يقسم على عهد رسول الله ﷺ على خمسة أسهم، لله ولرسوله سهم، ولذي القربى

(١) ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية في الفتاوى قريباً من هذا الكلام ١١/ ١٨٠، ١٨١ ومن الملاحظ أن المؤلف رحمه الله قد اعتمد في هذا البحث - اعني مصرف الخمس - على شيخ الإسلام ابن تيمية في مواضع من فتاويه تقدم ذكر شيء منها.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده من حديث عبادة بن الصامت - ٣١٩/٥، وأبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده - كتاب الجهاد باب في فداء الأسير بالمال - ٦٣/٣، والنسائي من حديث عبادة بن الصامت - كتاب قسم الفيء - ١٣١/٧، قال ابن عبد البر: وهذا حديث متصل جيد الإسناد. التمهيد ٢٠/ ٤٩ وصححه في الإرواء ٥/ ٧٣.

(٣) ذكر هذه الرواية صاحب فتح القدير ٥/ ٥٠٤ ولكنه قال روى أبو يوسف بصيغة الجزم، وقد وقع في المخطوط بصيغة التمريض عنه وذكرها أيضاً بصيغة الجزم الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٢٤.

(٤) هو محمد بن السائب بن بشر الكلبي، أبو النضر الكوفي، النسابة المفسر، متهم بالكذب، ورمي بالرفض، مات سنة ١٤٦هـ، التقريب ص ٤٧٩.

(٥) هو ميزان البصري، مقبول، مشهور بكنيته. التقريب ص ٥٥٥.

سهم، ولليتامى سهم، وللمساكين سهم ولا بن السبيل سهم، ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على ثلاثة أسهم لليتامى، والمساكين، وابن السبيل»^(١)، والكلبي ضعيف عند أهل الحديث، بل متروك كذاب، وقال ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا عبد الرحيم بن سليمان^(٢) عن أشعث^(٣) عن الحسن^(٤) في هذه الآية ﴿وَلِلرُّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ قال: لم يعط أهل البيت بعد رسول الله ﷺ الخمس أبو بكر ولا عمر ولا غيرهما، وكانوا يرون أن ذلك إلى الإمام يضعه في سبيل الله وفي الفقراء حيث أراه الله^(٥)، وهذا ينافي ما روي عنهما من القسم على ثلاثة أسهم، وكأن المراد من قوله لم يعط أهل البيت بعد رسول الله الخمس أبو بكر ولا عمر ولا غيرهما. أي لم يقسما لهما سهمًا معيّنًا، بل يصرفان إليهم على ما يريانه من المصلحة مع غيرهم، وهذا يشهد لمذهب مالك، وتفريق الأصحاب بين مصارف الفيء والخمس والزكاة مشكل، فإن اللام في آية مصارف الزكاة وآية الفيء، وآية الخمس والقول بالانقسام في هذه الآية وحدها تحكم يؤيد هذا ما نقله ابن المنذر عن عمر رضي الله عنه «أنه قرأ: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ...﴾ حتى

(١) انظر كتاب الخراج ص ١٩.

(٢) عبد الرحيم بن سليمان الكناني، أو الطائي، أبو علي الأشل، المروزي، نزيل الكوفة، ثقة، له تصانيف، مات سنة ١٨٧ هـ التقريب ص ٣٥٤.

(٣) هو ابن سوار الكندي، النجار الأفرق، الأثرم، صاحب التواييت قاضي الأهواز، ضعيف، مات سنة ١٣٦ هـ. التقريب ص ١١٣.

(٤) هو البصري.

(٥) انظر: مصنف ابن أبي شيبة ٧/٧٠٠.

بلغ - والله عليم حكيم ﴿ ثم قال : هذه لهؤلاء ثم قرأ : ﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّن شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ حتى بلغ - وَأَيْنَ السَّبِيلِ ﴿ ثم قال : هذه لهؤلاء ، ثم قرأ : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى حتى بلغ - للفقراء ، والذين جاءوا من بعدهم ﴿ ثم قال : هذه استوعبت المسلمين عامة ، ولئن عشت ليأتين الراعي وهو بسرّو حمير^(١) نصيبه فيها ، لم يعرق فيها جبينه^(٢) ولم يثبت في السنة ما يقتضي قسمة الخمس على خمسة أسهم ، على ما سيأتي بعد هذا عن قريب إن شاء الله تعالى ، وقد جعل الله تعالى أهل الخمس هم أخص أهل الفيء به ، وعينهم اهتماماً بشأنهم ، وتقديماً لهم ، ولما كانت الغنائم خاصة بأهلها ، لا يشاركون فيها غيرهم ، نص على خمسها لأهل الخمس ، ولما كان الفيء لا يختص بأحد دون أحد جعل جملته لهم ، وللمهاجرين والأنصار وتابعيهم فسوى بين الخمس وبين الفيء في المصرف ، ولكن لم يقدر ما يصرف إليهم من الفيء بالخمس ، وإنما بدأ بذكرهم للاهتمام بأمرهم ليبداً بالصرف إليهم بقدر حاجتهم غير مقدر بالخمس ، ويصرف الباقي في مصالح

(١) السرو : ما انحدر من الجبل وارتفع عن الوادي في الأصل ، والسرو أيضاً محلة حمير .
النهاية ٣٦٣/٢ وقال أبو عبيد في الأموال ص ٢١ : السرو : الخيف وهو كل موضع بين انحدر وارتفاع . اهـ .

وحمير : بكسر ثم سکون ، وياء مفتوحة ، وراء ، موضع غربي صنعاء اليمن ، وقبيلتهم أهل لكنة في الكلام . معجم البلدان ٣٥٢/٢ .

(٢) قوله «ولئن عشت . . . الخ» أخرجه الشافعي في مسنده (مع مختصر المزني) ٤٩٥/٩ من كتاب قسم الفيء وساق الأثر بأكمله أبو عبيد بسنده إلى عمر في الأموال ص ٢٠ ، ٢١ ، وأورده الطبري بسنده إلى عمر في تفسير قوله تعالى ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى . . . ﴾ من سورة الحشر ٢٨/٢٥ .

المسلمين عامة، المهاجرين والأنصار وتابعيهم الذين يقولون: ﴿رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ﴾ الآية^(١) فيخرج منهم الراضية ونحوهم، فإنهم غير موصوفين بهذا الوصف^(٢).

قوله: (وقال عليه الصلاة والسلام «يا معشر بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم، وعوضكم منها بخمس الخمس» والعوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض، وهم الفقراء).

تقدم في كتاب الزكاة أن هذا الحديث، لا أصل له، وهو حديث منكر^(٣)، وأخذهم من الخمس لا يصح أن يكون علة لمنعهم من الزكاة، لأن اليتامى والمساكين وابن السبيل يستحقون في^(٤) الخمس، ولا يحرم عليهم بذلك أخذ الزكاة، وحرمة الزكاة عليهم ثابتة بنصوص أخر غير هذا^(٥)، وأيضاً فإن

(١) سورة الحشر، الآية: ١٠.

(٢) وبهذا أفتى الإمام مالك وأحمد وغيرهما من الأئمة كشيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، انظر: زاد المعاد ٨/٥، تفسير ابن كثير ٨/٩٩، تفسير القرطبي ١٨/٣٢.

(٣) قال في نصب الراية ٣/٤٢٥: غريب، وقال في الدراية ٢/١٢٦: لم أجده هكذا.

(٤) كذا في النسختين ولعلها من.

(٥) أخرج البخاري في الزكاة. باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ ٣/٣٥٤ عن أبي هريرة رضي الله عنه قال «أخذ الحسن بن علي رضي الله عنهما تمر من تمر الصدقة فجعلها في فيه، فقال النبي ﷺ: كخ كخ، ليطرحها ثم قال: أما شعرت أنا لا نأكل الصدقة» وروى مسلم في صحيحه من حديث عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث حديثاً مطولاً وفيه «إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد، إنما هي أوساخ الناس» كتاب الزكاة. باب ترك استعمال آل النبي على الصدقة. حديث رقم ١٠٧٢، وأخرج أحمد في مسنده ١/٢٠٠، من حديث الحسن بن علي مرفوعاً «إنا آل محمد لا تحمل لنا الصدقة»، وقال الألباني في الإرواء ٣/٣٨٧ إسناده جيد.

أبا حنيفة رحمه الله لا يرى استحقاقهم خمس الخمس ولا سهماً معيناً، ولكن إن كان فيهم يتيم أو مسكين أو ابن السبيل يُعطى لكونه يتيماً أو مسكيناً أو ابن السبيل، والمصنف قد ذكر ذلك عنه، فكيف يستدل له بحديث وهو لا يقول به، ولم يثبت في قسمة الخمس على خمسة أسهم حديث صحيح^(١)، وقد روى أبو داود عن علي رضي الله عنه قال «ولاني رسول الله ﷺ خمس الخمس، فوضعت مواضعه حياة رسول الله ﷺ / وحياة أبي بكر، وحياة [١٣٢/ب] عمر»^(٢)، وفي ثبوت هذا الحديث نظر، فإنه يعارضه قوله ﷺ وقد أخذ وبرة من سنام بعير: «ليس لي من هذا الفيء شيء، ولا هذه إلا الخمس، والخمس مردود عليكم»^(٣) أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي، والذي يدل عليه هدي رسول الله ﷺ وأحكامه أنه كان يجعل مصارف الخمس كمصارف الزكاة، لا يخرج بها عن الأصناف المذكورة، لا أنه يقسمه بينهم كقسمه الميراث، ولم يقسم خمساً قط خمسة أجزاء ولا خلفاؤه، ولا كانوا يعطون اليتامى مثل ما يعطون المساكين بل يعطون أهل الحاجة من هؤلاء وهؤلاء، ومن تأمل سيرته حق التأمل وسيرة خلفائه لم يشك في ذلك، والتنصيب على الأصناف

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد: أما قول الشافعي: إن في الفيء خمساً، فقول ضعيف لا وجه له من جهة النظر الصحيح ولا الأثر ٤٧/٢٠، وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: ومن قال إن العطاء يعني يوم النحر - كان من خمس الخمس، فلم يدر كيف وقع الأمر، ولم يقل هذا أحد من المتقدمين. مجموع الفتاوى ٤٩٥/١٧، وقال ابن القيم في زاد المعاد: وهو أضعف الأقوال. ١٠١/٣.

(٢) سنن أبي داود - جهاد باب في بيان مواضع الخمس وسهم ذي القربى - ١٤٦/٣. وهو في ضعيف أبي داود ص ٢٩٤، رقم ٦٣٩.

(٣) تقدم تخريجه ص ٢٥٣.

المذكورة في الآية يفيد أن الخمس لا يعدوهم إلى غيرهم، كأصناف مصارف الزكاة لا تعدوهم الزكاة إلى غيرهم، وكذلك الفيء في آية الحشر للمذكورين فيها لا يتعداهم إلى غيرهم، ومن تأمل النصوص وجدها تشهد لأهل المدينة.

قوله: (دل على أن المراد قرب النصره لا قرب القرابة).

حقه أن يقول دل أن المراد قرب النصره مع قرب القرابة، ولا يقول: لا قرب القرابة، فإن كل من كان ينصره من المهاجرين والأنصار له قرب النصره لكن ليس له مع قرب النصره، قرب القرابة، فلا بد له من اجتماع قرب القرابة والنصره^(١).

قوله: (فأما ذكر الله تعالى في الخمس فإنه لافتتاح الكلام تبركاً

باسمه).

القول بأن ذكر اسمه تعالى واسم رسوله في آية الخمس وآية الفيء نظير ذكرهما في قوله تعالى ﴿قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾^(٢) أقوى في المعنى ويشهد له قوله ﷺ «إنما أنا قاسم»^(٣) ومنصب الرسالة يقتضي ذلك وهو أنه منفذ لأمر مرسله، وهذا هو الذي اختاره البخاري^(٤) وغيره من أهل الحديث^(٥)، وفيما

(١) الكلام هنا في بني هاشم وبني المطلب، وسبب إعطاء النبي ﷺ لهم من الخمس.

(٢) سورة الأنفال، آية: ١.

(٣) تقدم تخريجه ص ٢٥٢.

(٤) تقدم كلام البخاري في ذلك.

(٥) كعطاء، والشعبي، والنخعي، وشيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم، وابن كثير، والقرطبي، وإسماعيل بن إسحاق القاضي. انظر: مصنف ابن أبي شيبة ٦٧٨/٧، مجموع الفتاوى ١١/١٨١، تفسير ابن كثير ٤/٤، تفسير القرطبي ٧/٣٦١، زاد المعاد ٥/٨٣، فتح الباري ٦/٢١٨.

قاله المصنف هضم لمعنى الآية .

قوله : (لأنه كان مستحقه برسالته ، ولا رسول بعده) .

يعني سهمه الذي كان يأخذه من الخمس ، وفيه نظر ، فإنه لا يأخذ شيئاً لأجل رسالته ، قال تعالى : ﴿ قل ما سألتكم من أجر فهو لكم ﴾^(١) وقال تعالى ﴿ قل ما أسألكم عليه من أجر ﴾^(٢) وقال تعالى : ﴿ قل لا أسألكم عليه أجراً إلا المودة في القربى ﴾^(٣) والاستثناء هنا منقطع ، أي لا أسألكم على تبليغ الرسالة شيئاً ما ، لكن أسألكم أن تودوا قرابتي التي هي قرابتكم ، وقيل : يجوز أن يكون متصلاً ؛ أي : إلا هذا القدر وهو مودتي للقرابة التي بيني وبينكم . قال ابن عباس رضي الله عنهما « ما من بطن من بطون قريش إلا ولرسول الله ﷺ فيه قرابة »^(٤) وعن عمرو ابن عبسة رضي الله عنه قال « صلى بنا رسول الله ﷺ إلى بغير من المغنم ، فلما سلم أخذ وبرة من جنب البعير ، ثم قال : ولا يحل لي من غنائمكم مثل هذا إلا الخمس ، والخمس مردود فيكم » أخرجه أبو داود^(٥) والنسائي^(٦) بمعناه .

وقد تقدم أنه لم يثبت أنه كان يقسم الخمس خمسة أسهم ، وإنما كان يأخذ منه ما يحتاج إليه ، ويصرف الباقي في جهاته من غير تقدير بالخمس ، كما كان يصرف الزكاة في مصارفها من غير تقدير بالثلثين ، وكان يصرف الفياء في

(١) سورة سبأ ، آية : ٤٧ .

(٢) سورة ص ، آية : ٨٦ .

(٣) سورة الشورى ، آية : ٢٣ .

(٤) أخرجه البخاري بسنده إلى ابن عباس رضي الله عنهما في كتاب التفسير - باب إلا المودة في القربى - مع فتح الباري ٨ / ٥٦٤ .

(٥) في سننه - جهاد - باب في الإمام يستأثر بشيء من الفياء لنفسه ٨٢ / ٣ .

(٦) تقدم تخريجه عنده ص ٢٥٣ من حديث عبادة بن الصامت .

مصارفه من غير تقدير سهم معين، ومن استقرأ سيرته تبين له هذا، وبهذا يتبين رجحان قول الإمام مالك رحمه الله في هذه المسألة كما تقدم التنبيه عليه.

قوله: (والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء).

يعني من ذوي القربى، وفي دعواه الإجماع نظر، فإنه مرتب على ما ذكره من أن الخلفاء الراشدين قسموا الخمس بعد رسول الله ﷺ على ثلاثة أسهم، ولم يثبت ذلك، وقد قال الشافعي^(١) وأحمد^(٢) ومكحول وأبو ثور أنه يصرف إلى الفقير والغني، لأنهم أعطوا باسم القرابة، وجعل مالك^(٣) والثوري^(٤) رحمهما الله الأمر فيه إلى رأي الإمام واجتهاده، ولم يقلوا بحرمان الغني فأين الإجماع.

فصل في التنفيل:

قوله: (ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام، لأن حق الغير قد تأكد فيه بالإحراز، قال: إلا من الخمس، لأنه لا حق للغنمين في الخمس).

فيه إشكال، فإنه إن لم يكن فيه حق للغنمين^(٥) فهو لليتامى والمساكين/ وابن السبيل على قول أبي حنيفة وأصحابه يقسم عندهم بينهم أثلاثاً، فكيف يصرف إلى غيرهم، ولهذا لما ذكر هذا الإشكال السغناقي في شرحه^(٦) لم يقدر على

(١) انظر: روضة الطالبين ٣١٧/٥.

(٢) انظر: المحرر ١٧٦/٢.

(٣) انظر: التمهيد ٤٥/٢٠.

(٤) المصدر السابق ٤٦/٢٠.

(٥) في النسختين الغنمين، والمثبت أقرب.

(٦) أي النهاية وقد تقدم له ذكر.

الجواب عنه، ولكنه التزمه، وخرّجه على رواية التحفة^(١) أنه يجوز صرف الخمس إلى أحد الأصناف الثلاثة^(٢)، ونقل عن المسوط^(٣) والذخيرة^(٤) ما يدل على اعتبار الحاجة في من ينقله الإمام بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام.

قوله: (وقال عليه الصلاة والسلام لحبيب بن أبي سلمة^(٥)) «ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك» .

في معجم الطبراني عن جنادة بن أبي أمية^(٦) قال: «نزلنا دابقاً^(٧) وعلينا

(١) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي، شرح كتابه هذا الكاساني في كتابه المسمى بدائع الصنائع. مفتاح السعادة ٢/٢٤٧، ٢٤٨ وانظر: تحفة الفقهاء ٣/٣٠٢، ٣٠٣.

(٢) انظر: العناية ٥/٥١١ إلا أن صاحب العناية تنبه لذلك وأورد على صاحب الهداية ما أورده المصنف عليه.

(٣) لعل النص المشار إليه هو قوله: وقد روي أنه ﷺ نفل بعد الإصابة وتأويل ذلك عندنا أنه نفل من الخمس . . . ثم قال وكان المعنى فيه أن بعد الإصابة في التنفيل إبطال حق أرباب الخمس وإبطال حق بعض الغامنين عما ثبت حقهم فيه . . . إلخ. انظر: المسوط ١٠/٤٩.

(٤) لجواهر زادة، والنص المشار إليه هو قوله: لا ينبغي للإمام أن يضعه في الغني ويجعل نفلًا له بعد الإصابة لأن الخمس حق المحتاجين لا الأغنياء، فجعله للأغنياء إبطال حقهم. اهـ انظر: فتح القدير ٥/٥١١.

(٥) صوابه: حبيب بن مسلمة كما سيئبه عليه المصنف قريباً وهو حبيب بن مسلمة بن مالك، أبو عبد الرحمن الفهري، الحجازي، نزل الشام، له صحة كان يقال له حبيب الروم لكثرة جهاده فيهم، وأهل الشام يشبتون صحبته، وأهل المدينة ينكرونها، كان مجاب الدعوة، انظر: الاستيعاب ١/٣٢٨، الإصابة ١/٣٠٩.

(٦) جنادة بضم أوله، ابن أبي أمية الأزدي، أبو عبيد الله الشامي، مختلف في صحبته، وقيل تابعي، والحق أنهما اثنان، صحابي وتابعي، متفقان في الاسم وكنية الأب، والتابعي منهما سكن الشام ومات بها سنة ٦٧هـ. انظر: الاستيعاب ١/٢٤٢، الإصابة ١/٢٤٥، التقريب ص ١٤٢.

(٧) دابق: بكسر الباء، وروي فتحها، قرية قرب حلب، بينها وبين حلب أربعة فراسخ، والأغلب عليه التذكير وقد يؤنث. معجم البلدان ٢/٤٧٥.

أبو عبيدة بن الجراح، فبلغ حبيب بن مسلمة أن بيته^(١) صاحب قبرص خرج يريد طريق أذربيجان^(٢) ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها، فقتله وجاء بما معه، فأراد أبو عبيدة أن يخمسه، فقال: لا تحرمني رزقاً رزقنيه الله، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «السلب للقاتل» فقال معاذ: يا حبيب إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه»^(٣) وفي سنده عمرو بن واقد ضعيف^(٤)، ففي كلام المصنف نظر من جوه:

أحدها: قوله الحبيب بن أبي سلمة، وإنما هو حبيب بن مسلمة.

الثاني: نسبته إليه أنه راوي قوله ﷺ: «ليس لك من سلب قتيلك...» الحديث، وإنما هو القائل: سمعت رسول الله ﷺ يقول «السلب للقاتل» عكس ما قال المصنف.

الثالث: أن هذا اللفظ وهو «ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك» غير محفوظ، وإنما قال معاذ في الحديث المذكور - على ضعفه - «إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه» استدلالاً بمعنى قوله ﷺ: «إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه» ولم يقل «ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به

(١) هكذا في المخطوط وهي في مجمع الزوائد: أن ابن صاحب قبرص ٣٣١/٥، وفي نصب الراية: أن ابنه قبرص صاحب. ٤٣١/٣ ولعله تصحيف.

(٢) أذربيجان: بالفتح ثم السكون وفتح الراء، وكسر الباء الموحدة وياء ساكنة، وجيم، وهو إقليم واسع، ومن أشهر مدائنها تبريز. ١٥٥/١.

(٣) رواه الطبراني في الكبير ٢٠/٤، ٢١ رقم ٣٥٣٣، وفي الأوسط ٢٣/٧، رقم ٦٧٣٩. وإسناده منقطع ولا يحتج به، انظر: نصب الراية ٤٣١/٣، الدراية ١٢٨/٢.

(٤) هو الدمشقي، أبو حفص، مولى قريش، متروك، مات بعد الثلاثين ومائة. التقريب ص ٤٢٨.

نفس إمامك» وإن كان عمومه شاملاً للسلب ، ولكن حكم السلب قد خص منه على ما يأتي بيانه عن قريب إن شاء الله تعالى .

قوله : (وما رواه^(١) يحتمل نصب الشرع^(٢)، ويحتمل التنفيل فيحمل على الثاني^(٣) لما روينا^(٤)) .

تقدم التنبيه على ضعف الحديث الذي رواه^(٥)، وما فيه من الكلام فلا يصلح لمعارضة ما رواه الشافعي من قوله ﷺ : «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه» فإنه متفق على صحته^(٦)، ويشهد لأنه نصب شرع ما رواه البخاري في صحيحه «أن معاذ بن عمرو بن الجموح^(٧)، ومعاذ بن عفراء^(٨) الأنصاريين

(١) أي ما رواه الشافعي، وهو قوله ﷺ : «من قتل قتيلاً له عليه بينة» كما سيذكره المصنف قريباً .

(٢) أي أن الشرع نصبه وأقامه لذلك كما في قوله ﷺ : «من بدل دينه فاقتلوه» فيكون السلب للقاتل سواء شرطه الإمام أو لم يشترط . انظر البناية ٦ / ٥٩٤ .

(٣) أي التنفيل .

(٤) أي من حديث حبيب بن مسلمة دفعاً للتعارض . العناية ٥ / ٥١٢ .

(٥) أي صاحب الهداية ، وهو حديث الطبراني المتقدم آنفاً .

(٦) البخاري مع الفتح - كتاب فرض الخمس - باب من لم يخمس الأسلاب ٦ / ٢٤٧ ، ومسلم - جهاد - باب استحقاق القاتل سلب القتل - حديث رقم ١٧٥١ . من حديث أبي قتادة رضي الله عنه .

(٧) معاذ بن عمرو بن الجموح بن زيد بن حرام الأنصاري الخزرجي السلمي ، له صحبة ، شهد العقبة وبدراً ، وهو أحد من قتل أبا جهل ، مات في زمان عثمان رضي الله عنه . انظر الاستيعاب ٣ / ٣٦١ ، الإصابة ٣ / ٤٢٩ .

(٨) معاذ بن الحارث بن رفاعة النجاري الأنصاري الخزرجي ، المعروف بابن عفراء ، وعفراء أمه عرف بها ، شهد العقبة الأولى ، وبدراً ، وشارك في قتل أبي جهل ، وعاش بعد ذلك ، وقيل بل مات ببدر . انظر : الاستيعاب ٣ / ٣٦٣ ، الإصابة ٣ / ٤٢٨ .

رضي الله عنهما ضربا أبا جهل بن هشام يوم بدر بسيفيهما حتى قتلاه، فانصرفا إلى رسول الله ﷺ فأخبراه، فقال: أيكما قتله؟ فقال كل واحد منهما: أنا قتلته، قال: هل مسحتما سيفيكما؟ قالا: لا. فنظر إلى السيفين فقال: كلاكما قتله، وسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح^(١) وهذا يدل على أن كون السلب للقاتل أمر معلوم من أول الأمر، وإنما تجدد يوم حنين الإعلام العام والمناداة به، وأنه محتاج إلى بينة، لا شرعيته يومئذ، فإن النبي ﷺ أعطى السلب للقاتل يوم بدر، ولم يُنقل إنه كان قد قال قبل الواقعة ذلك اليوم «من قتل قتيلاً فله سلبه» وأيضاً فيما قال «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه» بعد انقضاء الحرب يوم حنين كذا في حديث أبي قتادة الذي في الصحيحين^(٢)، وهذا ينافي أنه كان على سبيل التحريض، لأنه لو كان للتحريض لكان قبل القتال، وأيضاً فعن عوف بن مالك «أنه قال لخالد بن الوليد في وقعة مؤتة قبل حنين: أما علمت أن النبي ﷺ قضى بالسلب للقاتل؟ قال: بلى» رواه مسلم^(٣).

وعن عوف وخالد أيضاً «أن النبي ﷺ لم يخمس السلب» رواه أحمد^(٤) وأبو داود^(٥)، وأيضاً فهذا على أصل أبي حنيفة ألزم فإن جعل الآبق عنده

(١) البخاري مع الفتح - كتاب فرض الخمس - باب من لم يخمس الأسلاب ٢٤٦/٦.

(٢) تقدم تخريجه الصفحة السابقة.

(٣) في صحيحه - جهاد - باب استحقاق القاتل - حديث رقم ١٧٥٣.

(٤) في مسنده ٩٠/٤.

(٥) في سننه - جهاد - باب في السلب لا يخمس ٧٢/٣. وهو في صحيح أبي داود ٥٢٠/٢،

رقم ٢٣٦٣.

يستحقه الراد من غير شرط^(١)، وروي في ذلك أخبار ضعيفه^(٢)، فكان استحقاق القاتل للسلب أولى من استحقاق راد الأبق للجعل، وقد ثبت أن السلب للقاتل بفعله وقوله ﷺ، ومن قال إن السلب للقاتل - قاله الإمام أو لم يقله - الشافعي^(٣) وأحمد^(٤) والليث^(٥) والأوزاعي^(٦) وإسحاق وأبو ثور^(٧) وأبو عبيد^(٨) وزفر^(٩).

* * *

-
- (١) انظر: الهداية ٢/٤٧٤، الاختيار ٣/٣٦، بدائع الصنائع ٦/٢٠٥.
- (٢) منها أثر أبي عمرو الشيباني عند البيهقي وسيأتي ذكر المصنف له في كتاب الإباق ص ٤٢٠، ومنها أثر ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار قالا: جعل رسول الله ﷺ في الأبق يوجد خارجاً من الحرم عشرة دراهم. أخرجه عبد الرزاق ٨/٢٠٧، ٢٠٨، وابن أبي شيبه ٥/٢٢٦، والبيهقي ٦/٢٠٠ وأعله بالانقطاع. وللإستزادة انظر نصب الراية ٣/٤٧٠، ٤٧١.
- (٣) انظر: الأم ٤/١٨٤، ٧/٥٦٧، روضة الطالبين ٥/٣٣٥.
- (٤) المحرر ٢/١٧٤، الإقناع ٢/٢٦. وأما مالك رحمه الله، فإنه يرى أن ذلك إلى رأي الإمام يجتهد فيه ويكون بعد انقضاء الحرب، المدونة ٢/٢٩، والكافي ١/٤١١.
- (٥) انظر: المحلى ٥/٤٠١، المغني ٨/٣٩٥.
- (٦) انظر: كتاب سير الأوزاعي من كتاب الأم ٧/٥٦٧.
- (٧) انظر: المحلى، المغني: الصفحتين السابقتين.
- (٨) انظر: كتابه الأموال ص ٢٨٦.
- (٩) لم أجد قول زفر فيما وقفت عليه من كتب الحنفية كالمبسوط، وبدائع الصنائع، والاختيار، والعناية، وفتح القدير، فلم يذكر أحد منهم قولاً له.

باب استيلاء العرفار

قوله: (لأن العصمة تثبت على منفاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع).

يعني الدليل العقلي، وفيه نظر، فإنه ليس في الشرع ما هو على منفاة الدليل العقلي الصحيح، وإنما يرد على وفاقه، والمصنف قد أشار إلى الدليل الصحيح بقوله: ضرورة تمكن المالك من الانتفاع. هذا مثل قولهم: على خلاف القياس. وقولهم: غير معقول. وفي كل ذلك إساءة أدب على الشرع، وكل ما جاءت به الرسل فهو على موافقة المعقول الصحيح علمه من علمه وجهله من جهله^(١).

قوله: (والمحذور لغيره، إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك، وهو الثواب الآجل^(٢) [كما]^(٣) إذا صلى في أرض مغبوبة^(٤))، فما ظنك بالملك العاجل^(٥).

(١) انظر في تقرير هذا المعنى: مجموع الفتاوى ٥٠٤/٢٠ وما بعدها، وإعلام الموقعين ٣/٢ وما بعدها، تقف على كلام نفيس لابن القيم في تحقيق هذه المسألة.

(٢) يعني في الآخرة. البناءة ٦/٦٠٢.

(٣) زيادة يقتضيها السياق.

(٤) قوله (كما إذا صلى في أرض مغبوبة) ليس من كلام صاحب الهداية بل هي جملة تفسيرية من المصنف رحمه الله.

(٥) يعني في الدنيا. البناءة ٦/٦٠٢.

مشكل^(١) فإن المحظور لا يكون سبباً للكرامة قط^(٢)، وفعل الصلاة في الأرض المغصوبة اشتمل على طاعة وهي الصلاة وعلى معصية وهي استعمال الأرض المغصوبة فيثاب على الطاعة ويعاقب على المعصية، ويوزن العملان يوم القيامة، والمعصية خارجة عن ماهية الطاعة، فلهذا لم تؤثر في إفسادها عند من يرى صحتها، وهو الأظهر^(٣).

قوله: (ولا يحط شيئاً من الثمن لأنها من الأوصاف^(٤))، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن).

يعني فيما إذا أسروا عبداً لمسلم فاشتراه رجل فأخرجه إلى دار الإسلام

(١) هذه الجملة خبر المبتدأ وهو كلمة: قوله، المذكورة قبل ذلك.

(٢) في الأصل فقط، والتصويب من: ع.

(٣) مسألة الصلاة في الدار المغصوبة متفرعة عن مسألة النهي هل يقتضي الفساد أو لا؟ والنهي قد يتجه إلى وصف لازم للفعل الشرعي كالنهي عن صوم أيام العيد أو عن بيع المجهول أو نحو ذلك، وقد يتجه إلى أمر مقارن للعمل غير لازم له، بمعنى أنه تعلق بمعنى في غير المنهي عنه كالصلاة في الدار المغصوبة، والبيع وقت النداء لصلاة الجمعة ونحو ذلك، فاختلف العلماء في هذا القسم الثاني على قولين: الجمهور وهم الشافعية والمالكية والحنفية والحنابلة في رواية يقولون بأن النهي لا يقتضي بطلان العمل ولا فساده، بل يبقى صحيحاً مع الحرمة عند أكثرهم. واحتجوا بأن النهي لا يرجع إلى المنهي عنه بدليل أنه ممنوع من الجلوس في الدار المغصوبة في غير صلاة. والحنابلة في رواية والظاهرية يقولون بأن النهي يقتضي بطلان المنهي عنه، وعليه فلا تصح الصلاة في الدار المغصوبة واحتجوا بحديث «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد» ولأن النهي عن الفعل على هذه الصفة يخرجه عن أن يكون شرعياً... إلخ. انظر: أصول السرخسي ١/٨١، روضة الناظر ١/١٢٧، ١٢٨، مختصر تقيح الفصول ص ٤٧، البحر المحيط للزرکشي ٢/٤٣٩، مجموع الفتاوى ١٩/٣٠٢ وما بعدها، أصول الفقه الإسلامي للزحيلي ١/٢٣٧، ٢٣٨.

(٤) قوله: (لأنها من الأوصاف) لا توجد في الهداية مستقلة ولا مع شروحيها.

ففقت عينه، وأخذ أرشها فإن مولاه يأخذه بالثمن^(١)، ولا يحط منه شيئاً^(٢)، وهذا مشكل^(٣) لأن الوصف لا يقابله شيء من الثمن إذا لم يصر مقصوداً بالإتلاف، وهنا صار مقصوداً بالإتلاف، ألا ترى أنه^(٤) ذكر في باب المراجعة إذا اشترى أمة، فأعورت يبيعها بلا بيان، وسيأتي ما فيها من الإشكال، ولو فقأ عينها بنفسه أو فقأها أجنبي فأخذ أرشها لم يراجح بلا بيان لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن^(٥) فهنا كذلك.

قوله: (وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم^(٦) فأخذوه، لم يملكوه عند أبي حنيفة، وقالوا: يملكونه، لأن العصمة لحق المالك لقيام يده، وقد زالت، ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه).

فيه إشكال من وجهين:

أحدهما: أنه يجب تقييد قوله وإذا أبق عبد لمسلم. بأن لا يكون العبد ارتد قبل دخوله إلى دارهم فإنه لو ارتد العبد ثم لحق بدار الحرب يملكه الكفار باتفاقهم.

الثاني: أنه ينبغي أنهم إذا أسروا عبداً مسلماً في دارنا ثم أدخلوه دارهم أن

(١) أي الثمن الذي بذله المشتري للعدو مقابل العبد.

(٢) أي لأجل العيب الحاصل.

(٣) أورد هذا الإشكال أيضاً في العناية ٩/٦، وفي النهاية كما في البناءة ٦/٦٠٨.

(٤) أي صاحب الهداية.

(٥) انظر: الهداية ٣/٦٤، والمراجعة هي: نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة

ربح. الهداية ٣/٦٢، وأنيس الفقهاء ص ٢١١.

(٦) أي إلى دار الحرب.

لا يملكه عند أبي حنيفة، لأن من أصله أن المستأمن منهم إذا اشترى عبداً مسلماً ثم أدخله دارهم أنه يعتق^(١)، فإذا كان الإحراز بدارهم لا يبقى معه ملكه على المسلم فكيف يثبت به الملك على المسلم، والبقاء أسهل من الابتداء.

قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام فيه «إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء، وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة»).

إنما ورد عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «فيما أحرز العدو فاستنفذه المسلمون منهم، إن وجدته صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به، وإن وجدته قد قسم، فإن شاء أخذه بالثمن» أخرجه الدارقطني^(٢) والبيهقي^(٣)، وفي إسناده الحسن بن عمارة وهو ضعيف^(٤).

* * *

(١) انظر: العناية وفتح القدير ١٧/٦.

(٢) في سننه ٤/١١٤، ١١٥.

(٣) في سننه ٩/١١١.

(٤) ذكر ذلك الدارقطني والبيهقي في المصدرين السابقين، وانظر: الراية ٣/٤٣٤، والحسن ابن عمارة هو البخلي مولاهم، أبو محمد الكوفي، قاضي بغداد متروك، مات سنة ١٥٣، التقريب ص ١٦٢.

باب المستأمن^(١)

قوله: (وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربياً^(٢) ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه، أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه، وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد).

في التفريق بين الفتوى والقضاء في مثله نظر، وعلى تقدير ثبوت الملك الخبيث، فإنه إذا كان ذلك واجب الرد، وامتنع من رده يلزمه القاضي برده، لأن القاضي نصب للإزام من امتنع عن أداء الواجب، وإنما يفرق بين القضاء [١٣٤/أ] والإفتاء قبل ثبوت الحق، وفي مثل ما إذا نوى ما فيه تخفيف/ عليه وهو خلاف الظاهر لكنه يحتمله لفظه كما إذا قال عن عبده: إنه حر، وقال عنيت حر الطباع ونحو ذلك.

قوله: (وإنما لا يجب القصاص، لأنه لا يمكن استيفاءه إلا بمنعة ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين، ولم يوجد ذلك في دار الحرب).

هذه المسألة من جملة المسائل المبنية على اختلاف الدارين، وليس فيها نص عن الشارع، ودخول هذه المسألة في عموم النصوص الموجبة للقصاص

(١) المستأمن - بكسر الميم - من الاستئمان وهو طلب الأمان من العدو حربياً كان أو مسلماً.

انظر: أنيس الفقهاء ص ١٨٥، والمصباح المنير ص ١٠.

(٢) أي غصب شيئاً من حربي.

من الكتاب والسنة ظاهر، والتعليل بأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة، ولا منعة دون الإمام إلى آخره - فيه نظر - بل هذا كما لو كان القتل في مفازة أو في البحر فإنه لا يمكن استيفاؤه، وإذا خرجوا إلى دار الإسلام أمكن استيفاء القصاص لزوال المانع فإن هذا قتل موجب للقصاص بالكتاب والسنة، ولكن منع من استيفائه مانع، وهو بعده عن الإمام وقد زال وهذا مذهب جمهور العلماء^(١) ووافق أبو يوسف ومحمد بقية العلماء في رواية^(٢) فيما إذا قتل أحد المسلمين المستأمنين الآخر عمداً في دار الحرب أن عليه القصاص.

قوله: (لأنه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها).

يعني أن وجوب الدية على العاقلة لتركهم صيانة القاتل، وهذا معنى بعيد عن المعقول، وسيأتي في باب المعاقلة ذكره إن شاء الله تعالى.

قوله: (قال عليه الصلاة والسلام «السلطان ولي من لا ولي له»).

تقدم التنبيه على ضعف هذا الحديث في باب الأولياء والأكفاء^(٣).

(١) وهم المالكية، والشافعية، والحنابلة. انظر: المدونة ٦/٢١١، الكافي لابن عبد البر ١/٤٠٥، الأم ٤/٣٥١، ٣٥٢، الروضة ٧/٤٤٧، المغني ٨/٤٨٠.

(٢) انظر: العناية ٦/٢٠.

(٣) حيث نقل عن السروجي إعلاله له بأنه من رواية سليمان بن موسى الأشدق ل ٨١/أ وأخرجه أحمد في المسند ٦/٤٧، ١٦٦، والترمذي - نكاح - باب ما جاء لا نكاح إلا بولي - ٣/٤٠٨، وقال حديث حسن، وأبو داود - نكاح - باب في الولي ٢/٢٢٩، وابن ماجه - نكاح - باب لا نكاح إلا بولي ١/٦٠٥. كلهم من حديث عائشة رضي الله عنها، ولفظه «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل.... وإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له». وقد روي الحديث من طرق معلولة بينها الزيلعي في نصب الرأية ٣/١٨٨ وما بعدها، وصححه في الإرواء ٦/٢٤٣.

باب العتق^(١) والخراج^(٢)

قوله: (وهذا لأن وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها عليها على الكفر كما في سواد العراق^(٣))، ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف).

يريد بذلك أنه علة كون أرض العرب لم يوضع عليها خراج وفيه نظر، فإن خير كان سكانها يهوداً لم يكونوا من مشركي العرب، وكان فتحها عنوة، وقد قسم النبي ﷺ نصفها وترك نصفها لمصالح المسلمين، لم يقسمه بين الغابن وأقر أهلها فيها يعملونها بجزء مما يخرج منها، وشرط عليهم أنه

(١) العتق - بضم العين - أحد الأجزاء العشرة، والعتير في معناه، وقيل هو ما يوجد في الجبال والبراري والموات من العسل والفاكهة إن لم يحمه الإمام فهو كالصيد، وإن حماه ففيه العتق لأنه مال مقصود. أنيس الفقهاء ص ١٣٣، ١٣٤، والمغرب ٢/٦٣، وانظر: فتح القدير ٦/٣١. والعاشر هو من نصبه الإمام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار مما يرون به عليه عند اجتماع شرائط الوجوب. انظر التعريفات ص ١٤٦.

(٢) الخراج: ما يخرج من غلة الأرض، وهو الإتاوة، وهو ما يؤخذ من الأرض أو من الكفار بسبب الأمان، فسمي ما يأخذه السلطان خراجاً، فيقال: أدى فلان خراج أرضه، وأدى أهل الذمة خراج رؤوسهم يعني الجزية، وعرفه الماوردي بقوله: ما وضع على رقاب الأرض من حقوق تؤدي عنها. انظر: أنيس الفقهاء ص ١٨٥، الأحكام السلطانية ص ١٦٤، تعريفات الجرجاني ص ٩٨.

(٣) سواد العراق: هورستاقها وضياعها التي افتتحها المسلمون على عهد عمر رضي الله عنه، سمي بذلك لسواده بالزرع والنخيل والأشجار، وحده من حديقة الموصل طولاً إلى عبادات ومن العذيب بالقادسية إلى حلوان عرضاً. معجم البلدان ٣/٣٠٩.

يقرهم فيها ما شاء ثم أمر بإجلائهم منها في آخر حياته ﷺ^(١)، وأجلوا منها بعد موته^(٢)، فلم يكن ترك وضع الخراج على أرض الحجاز لما ذكره المصنف من التعليل وسيأتي الكلام في جواز أخذ الجزية منهم، وليس إقرار أهلها عليها على الكفر مما يوجب الخراج عليها حتماً، بل مما يسوغ ذلك، فقد فتح النبي ﷺ خيبر عنوة وقسم نصفها بين الغائمين، وترك نصفها لمصالح المسلمين، وأقر أهلها فيها عمالاً غير ملاك لها، بل على أن يجلبهم منها متى شاء وأقر عمر أهل سواد العراق فيه وجعل عليهم الخراج، كذلك مصر والشام^(٣)، وكلام المصنف هنا يناقض قوله في كتاب المزارعة: إن معاملة النبي ﷺ أهل خيبر كان خراج مقاسمة^(٤).

قوله: (وقد صح أن الصحابة رضي الله عنهم اشتروا أراضي الخراج،

- (١) ورد هذا الأمر فيما رواه البخاري مع الفتح - جهاد - باب هل يستشفع إلى أهل الذمة - ١٧٠ / ٦، ومسلم - وصية - باب ترك الوصية لمن ليس له شيء يوصي فيه - حديث ١٦٣٧ عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «أخرجوا المشركين من جزيرة العرب».
- (٢) الذي أجلاهم هو عمر رضي الله عنه في خلافته كما رواه البخاري مع الفتح - شروط - باب إذا اشترط في المزارعة إذا شئت أخرجتك ٣٢٧ / ٥ عن ابن عمر رضي الله عنه حديثاً مطولاً وفيه «... فلما أجمع عمر على ذلك - أي إجلاءهم - أتاه أحد بني أبي الحقيق، فقال: يا أمير المؤمنين، أخرجنا وقد أقرنا محمد ﷺ وعاملنا على الأموال وشرط ذلك لنا؟... إلى أن قال: فأجلاهم عمر، وأعطاهم قيمة ما كان لهم من الثمر مالا وإبلاً وعروضاً...».
- (٣) فتحت العراق والشام في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه سنة ١٤ هـ، وأما مصر فتحت سنة عشرين من الهجرة من العهد نفسه. انظر البداية والنهاية ٢٣ / ٧، ٤٧، ٩٧، فعمرو رضي الله عنه لم يقسم أرض السواد ومصر والشام، بل جعلها مادة للمسلمين ولمن يجيء بعد الغائمين. كذا في التمهيد لابن عبد البر ٤٥٥ / ٦، وانظر: المغني ٧١٨ / ٢.
- (٤) انظر: الهداية ٣٨٣ / ٤، وقوله خراج مقاسمة هو كربع الخراج وخمسه ونحوهما. ذكره الجرجاني في التعريفات ص ٩٨.

وكانوا يؤدون خراجها).

فيه نظر، فإنه لم يثبت، وإنما ذكر بعض المؤرخين: أن ابن مسعود والحسين بن علي كانت لهم أرضون بالسواد يؤدون خراجها^(١)، وقد اختلف العلماء في جواز بيع أراضي السواد ونحوها، قال ابن المنذر: وممن أنكر بيع الأرض التي فتحت عنوة مالك بن أنس^(٢)، وأنكر على الليث بن سعد دخوله فيما دخل فيه من أرض مصر^(٣)، وقال أبو عبيد: وقد تتابعت الأخبار بالكراهة لشراء أرض الخراج^(٤)، وقال الأوزاعي: لم تزل أئمة المسلمين ينهون عن شراء أرض الجزية، ويكرهه علماؤهم^(٥).

(١) أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج ص ٦٢، ويحيى بن آدم في الخراج ص ٥٦، ٥٧، وابن رجب في الاستخراج ص ٧٩، ٨١، والبيهقي في السنن ٩/ ١٤٠، وانظر الأموال لأبي عبيد ص ٨٠، نصب الرأية ٣/ ٤٤١.

(٢) انظر: المدونة ٢/ ٢٨٣، التمهيد ٦/ ٤٥٨.

(٣) ذكره أبو عبيد في الأموال ص ٨٢.

(٤) انظر: كتابه الأموال ص ٨١.

(٥) عزاه إليه في الأم ٧/ ٥٨٨ ولم أجد ما نقله المؤلف عن ابن المنذر في المطبوع من الإشراف، ولا عند من ينقل عنه كالنووي وابن قدامة.

يلاحظ هنا أن المؤلف رحمه الله ذكر طائفة من أقوال أهل العلم ممن كرهوا بيع وشراء أراضي الخراج ولم يذكر أقوال المجوزين لذلك مع أنه صدر كلامه بقوله: اختلف العلماء... إلخ. وعليه فإن القول الآخر هو جواز بيع أراضي الخراج وشرائها وممن قال بهذا أبو حنيفة والشافعي وأحمد في الشراء لا البيع. فمن حجج المانعين ما كان من اتفاق عمر رضي الله عنه مع المهاجرين والأنصار أن مثل هذه الأرض لا تباع ولا تورث، وأن ما ورد عن ابن مسعود إنما هو اكتراء لا شراء. ومن أجاز ذلك استدل بفعل ابن مسعود رضي الله عنه حيث رخص في ذلك بعد عمر. وقد نصر هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله. انظر الأم ٧/ ٥٨٨، والمغني ٢/ ٧٢٠، ٧٢٩، والمحرر ٢/ ١٨٠، والفتاوى ٢٩/ ٢٠٤. وزاد المعاد ٣/ ١١٨ وانظر الأدلة في الأموال لأبي عبيد ص ٧٩. وسنن البيهقي ٩/ ١٤٠، وأحكام أهل الذمة ١/ ١٣٤ وما بعدها، ونصب الرأية ٣/ ٤٤١.

قوله: (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم»).

روي من حديث ابن مسعود، وقال البيهقي وغيره: باطل موضوع^(١)، ورواه ابن حبان في الضعفاء^(٢) وغيره^(٣) من رواية يحيى بن عنبسة وهو كذاب^(٤)، وإنما هذا من كلام إبراهيم النخعي^(٥) [لأن الخراج إنما وضع في زمن عمر رضي الله عنه على أرض الذمة وهم ليسوا بأهل للعشر فلذلك قال إبراهيم النخعي]^(٦): إنهما لا يجتمعان^(٧). والله أعلم.

قوله: (ولأن أحداً من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما، وكفى بإجماعهم حجة).

(١) سنن البيهقي ٤/١٣٢ وعبارته: باطل وصله ورفع. وقال النووي في المجموع ٥/٥٥١: هو حديث باطل مجمع على ضعفه.

(٢) المجروحين ٣/١٢٤.

(٣) رواه ابن عدي في الكامل ٧/٢٧١٠، والبيهقي ٤/١٣٢، وابن الجوزي في الموضوعات ١٥١/٢.

(٤) انظر: سنن البيهقي ٤/١٣٢، الضعفاء والمتروكون للدارقطني ص ٣٩٧، رقم ٥٨٧.

(٥) إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي اليماني ثم الكوفي، أبو عمران، فقيه العراق، قال عنه الأعمش: كان إبراهيم صير في الحديث، وكان ذكياً، حافظاً، صاحب سنة، مات سنة ٩٦ هـ. طبقات ابن سعد ٦/٢٧٩، سير أعلام النبلاء ٤/٥٢٠، شذرات الذهب ١١١/١.

(٦) الزيادة من: ع.

(٧) أخرجه ابن عدي والبيهقي في كتابيهما المذكورين قريباً، وابن أبي شيبه في المصنف في أواخر كتاب الزكاة من كلام الشعبي ٣/٩١. وانظر: تنقيح التحقيق ٢/١٤١٠.

ليست دعوى الإجماع سهلة^(١)، ومن أين له هذا النفي العام، وقد حكى [١٣٤/ب] ابن المنذر أخذ/ العشر مع الخراج عن عمر بن عبد العزيز والزهري ومغيرة ويحيى الأنصاري وربيعه ومالك والثوري وابن أبي ليلى وابن المبارك ويحيى ابن آدم^(٢) والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي عبيد. انتهى^(٣). وعموم النصوص من الكتاب والسنة شامل للخارج من أرض الخراج^(٤).

قوله: (وسبب الحقين^(٥) واحد، وهو الأرض النامية إلا أنه^(٦) يعتبر في

(١) لم يوافقه في نصب الرابة ٤٤٤/٣ على دعوى الإجماع وكذا في الدراية ١٣٢/٢ فقال:

ولا إجماع مع خلاف عمر بن عبد العزيز والزهري، بل لم يثبت عن غيرهما التصريح بخلافهما. اهـ، ولذا قال ابن الهمام في فتح القدير ٤٢/٦ عن دعوى الإجماع: قد منع بنقل ابن المنذر الجمع في الأخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم.

(٢) يحيى بن آدم بن سليمان، العلامة، الحافظ، المجود، أبو زكريا الأموي، مولاهم الكوفي، صاحب التصانيف، ولد بعد الثلاثين ومائة وتوفي سنة ٢٠٣هـ، انظر طبقات ابن سعد ٣٧٠/٦، الفهرست ص ٢٨٣، السير ٥٢٢/٩، شذرات الذهب ٨/٢ وانظر قوله في كتابه الخراج ص ١٦٦.

(٣) عزاه إليه النووي في المجموع ٥٤٤/٥، وانظر: المغني ٧٢٦/٢.

(٤) نحو قوله تعالى: ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول...﴾ إلى قوله تعالى ﴿والذين جاءوا من بعدهم يقولون﴾ قال العلماء: هذا لمن جاء من بعدهم من المؤمنين إلى يوم القيامة، وقالوا: إن النبي هو خراج الأرض، وهذا ما احتج به عمر رضي الله عنه على بلال وأصحابه في طلبهم قسمة سواد العراق. انظر كتاب الخراج لأبي يوسف ص ٢٣، ونحو قوله ﷺ من حديث ابن عمر «فيما سقت السماء والعيون أو كان عثرياً العشر» البخاري مع الفتح - زكاة - باب العشر فيما يسقى من ماء السماء ٣٤٧/٣ وهو عام في الأرض الخراجية وغيرها، انظر المجموع للنووي ٥٤٩/٥، وتنقيح التحقيق ١٤٠٩/٢.

(٥) أي العشر والخراج.

(٦) أي النماء.

العشر تحقيقاً^(١) وفي الخراج تقديراً، ولهذا يضافان إلى الأرض^(٢).

فيه نظر، بل سبب الخراج ملك الأرض، وسبب العشر ملك الخراج، ولهذا يضاف إلى الخراج لفظاً ومعنى، فيقال: عشر الخراج، وزكاة الخراج وحقه، قال تعالى: ﴿وآتوا حقه يوم حصاده﴾^(٣) ولم يقل حق أرضه، وإذا قيل: عشر الأرض فمعناه عشر الخراج من الأرض قطعاً لأن عشرها الحقيقي جزء منها وهو غير مراد، فالإضافة إلى الأرض مجازية، فلا تكون علامة السببية^(٤)، وهنا أمر آخر يجب التنبيه عليه والتنبه له، وهو أن أرض الشام ومصر لا يؤخذ منها خراج على الوضع الذي قرره الخلفاء الراشدون^(٥)، وأظن سواد العراق كذلك، وكان أبو جعفر المنصور نقل سواد العراق من خراج الوظيفة إلى المقاسمة^(٦) وما يؤخذ اليوم من الملاك والفلاحين من الكلف السلطانية^(٧) وإن كان منه ما يسمى خراجاً فليس هو كل الوضع الشرعي، بل هو بمنزلة المكوس^(٨) التي تؤخذ اليوم على

(١) بمعنى أنه إذا لم يتحقق خراج لا يتحقق عُشره، إذ العشر أحد الأجزاء العشرة من الخراج.

(٢) فيقال: عشر الأرض، وخراج الأرض.

(٣) الأنعام: ١٤١.

(٤) أي لا تكون الإضافة إلى الأرض علامة على أن سبب الحق الواجب من الخراج أو العشر هو الأرض النامية.

(٥) انظر ذلك في كتب الخراج ومنها الخراج لأبي يوسف ص ٣٦ وما بعدها، وانظر: الأحكام السلطانية للمواردي ص ١٤٨.

(٦) تقدم تعريفه ص ٢٧٢ وخراج الوظيفة يراد به الوظيفة المعينة التي توضع على أرض كما وضع عمر رضي الله عنه على سواد العراق، انظر التعريفات ص ٩٨، وانظر ما جاء عن أبي جعفر المنصور في المغني ٧٢٤/٢.

(٧) هي ما يضعه السلطان على الأرض مما يشبه الخراج.

(٨) المكوس جمع مكس وهو الجباية، والمكاس هو العشار، والمكس دراهم كانت تؤخذ من بائع السلع في الأسواق في الجاهلية، المغرب ٢/٢٧١، لسان العرب ٦/٢٢١.

المبيعات وفي الطرقات، وإن كان لها أصل شرعي وهو ما قدره الخلفاء الراشدون لما يأخذه العاشر من التجار لكن حصل فيه مجاوزة الحد ولترك الخراج أسباب وإن كان لا يتمشى^(١) على مذهب أبي حنيفة رحمه الله، رأى ذلك ملوك المسلمين بموافقة علماء زمانهم، وقد صادف محل اجتهاد فنفذ، فليس لأحد اليوم أن يقول بجواز إعادة الخراج، فتعين وجوب العشر في الخراج والحالة هذه، لأنه إذا لم يخرج العشر يؤدي إلى أنه لا يجب على الأرض، لا عشر ولا خراج، وهذا لم يقله أحد من الأئمة، وإذا تقرر أن سبب العشر الخراج، ظهرت قوة قول أبي يوسف ومحمد الموافق لقول الأئمة الثلاثة^(٢) وغيرهم أن العشر على المستأجر لا المؤجر، وليست الأجرة في مقابلة الخراج، بل في مقابلة المنفعة، ألا ترى أن الأرض لو لم تخرج شيئاً لوجبت الأجرة، ولا يصح بيع ما تخرجه الأرض قبل خروجه، ولو كانت الأجرة في مقابلته لكانت ثمناً له، ولصح بيعه، وليس كذلك.

* * *

(١) أي ترك الخراج. وفي ع: وإن كانت لا تتمشى. يعني الأسباب.
 (٢) انظر: المدونة ٢/٣٤٥، المجموع ٥/٥٣٥، المحرر ١/٢٢١، المغني ٢/٧٢٨.

باب الجزية

قوله : (كما صالح النبي ﷺ بني نجران على ألف ومائتي حلة) .

فيه وهم في موضعين^(١) :

أحدهما : أن نجران اسم بلد باليمن ، والمصنف ظنها قبيلة ، فقال : بني نجران وإنما يقال : نصارى نجران ، وأهل نجران^(٢) .

الثاني : أن مقدار الحلة ، ألفا حلة ، وأصل الحديث عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : « صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألفي حلة ، النصف في صفر والبقية في رجب ، يؤدونها إلى المسلمين ، وعارية^(٣) ثلاثين درعاً ، وثلاثين فرساً وثلاثين بعيراً وثلاثين من كل صنف من أصناف السلاح يغزون بها والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم » الحديث رواه أبو داود^(٤) .

(١) وتابعه ابن الهمام في ذلك ، انظر : فتح القدير ٤٤ / ٦ .

(٢) وقد عدلت في طبقات الهداية بعد ذلك إلى : أهل ، بدلاً من : بني .

(٣) مجرور ومعطوف على : ألفي حلة . وهو مضاف وما بعده مضاف إليه .

(٤) في سننه - كتاب الخراج والإمارة والفيء - باب في أخذ الجزية ٣ / ١٦٧ من طريق يونس بن بكير عن أسباط بن نصر الهمداني عن السدي عن ابن عباس رضي الله عنهما به . قال المنذري في مختصره ٤ / ٢٥١ وفي سماع السدي من ابن عباس نظر . اهـ وكذا قال في التلخيص ٤ / ١٢٥ ثم قال : لكن له شواهد ، وذكرها . وهو في ضعيف أبي داود ص ٣٠٣ ، رقم ٦٥٨ .

قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ رضي الله عنه «خذ من كل حالم^(١) وحاملة ديناراً أو عدله^(٢) معافر^(٣))» .

عن معاذ رضي الله عنه قال: «بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن، وأمرني أن آخذ من كل ثلاثين من البقر تبيعاً أو تببعة ومن كل أربعين مسنة، ومن كل حالم ديناراً أو عدله معافر» أخرجه أحمد^(٤) وأبو داود^(٥) والنسائي^(٦) والترمذي^(٧).

وعن الحكم قال «كتب رسول الله ﷺ إلى معاذ رضي الله عنه باليمن، على كل حالم أو حاملة دينار أو قيمته» قال يحيى^(٨): ولم نسمع أن على النساء جزية إلا في هذا الحديث. أخرجه البيهقي^(٩)، وقال: منقطع، وليس في رواية أبي وائل عن مسروق عن معاذ (حاملة) ولا في رواية إبراهيم عن معاذ إلا

(١) الحالم: من بلغ الحلم وجرى عليه حكم الرجال، سواء احتلم أو لم يحتلم. النهاية ٤٣٤/١.

(٢) العدل بكسر العين وفتحها بمعنى المثل، وقيل هو بالفتح ما عادله من جنسه، وبالكسر ما ليس من جنسه، وقيل بالعكس. النهاية ١٩١/٣.

(٣) المعافر: برود يمنية منسوبة إلى معافر، وهي قبيلة باليمن، والميم زائدة. النهاية ٢٦٢/٣.

(٤) المسند ٢٣٣/٥.

(٥) في سننه - زكاة - باب في زكاة السائمة ١٠١/٢.

(٦) في سننه - زكاة - باب زكاة البقر ٢٦/٥.

(٧) في سننه - زكاة - باب ما جاء في زكاة البقرة ٢٠/٣ وقال: هذا حديث حسن. وقال ابن عبد البر عن إسناده: متصل صحيح ثابت. التمهيد ٢٧٥/٢ والحديث تكلم الألباني على طرفة ثم حكم بصحته. الإرواء ٣/٢٦٩، ٢٧١.

(٨) هو ابن آدم وانظر قوله في كتاب الخراج ص ٧٣.

(٩) في سننه ١٩٤/٩، ورواه أبو داود في المراسيل في الزكاة ص ١٣٥، رقم ١٠٧.

شيئاً روى عبد الرزاق عن معمر عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ^(١)، ومعمر/ إذا روى عن غير الزهري يغلط كثيراً^(٢).

[١٣٥/أ]

قوله: (ومذهبنا^(٣) منقول عن عمر^(٤) وعثمان وعلي رضي الله عنهم، ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار).

يمكن أن يقال: إنما لم ينكروا ذلك، لأنه مفوض إلى رأي الإمام على حسب ما يراه من المصلحة، وهذا هو الظاهر وإلا فحديث معاذ في التقدير بدينار يعارضه، وما أجاب به المصنف من أنه كان ذلك صلحاً من أهل اليمن مجرد ظن وتأويل من غير دليل فإنه لم ينقل عنهم أنهم صالحوا على ذلك، وإنما هو ابتداء توظيف، وقد تقدم أن ذكر الحاملة لم يثبت، ويشهد لهذا ما

(١) انظر مصنف عبد الرزاق ٤/ ٢١، ٢٢، ورواه في موضع آخر عن مسروق مراسلاً ٦/ ٨٩، ١٠/ ٣٣٠، وقول البيهقي رحمه الله: ومعمر إذا روى عن غير الزهري يغلط كثيراً، وهم منه، فقد أخرج عبد الرزاق ٦/ ٨٩ أن معمرًا كان يقول: هذا غلط، قوله: حاملة، ليس على النساء شيء، معمر القاتل. اهـ فلما لم يقف البيهقي على قول معمر هذا ظن أن معمرًا هو الغالط.

(٢) سنن البيهقي ٩/ ١٩٤، قال ابن القيم رحمه الله: الصواب أن ذكر الحاملة في الحديث غير محفوظ. أحكام أهل الذمة ١/ ٤٥.

(٣) أي على أن الإمام يضع الجزية على الغني ثمانية وأربعين درهماً، وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهماً، وعلى الفقير اثني عشر درهماً.

(٤) أخرج ابن أبي شيبة في الجهاد ٧/ ٥٨٣ عن محمد بن عبد الله الثقفي قال: وضع عمر بن الخطاب في الجزية على رؤوس الرجال: على الغني ثمانية وأربعين درهماً، وعلى الوسط أربعة وعشرين درهماً، وعلى الفقير اثني عشر درهماً. ورواه أبو عبيد في الأموال ص ٤٣، وهو مرسل وأعله بذلك في نصب الراية ٣/ ٤٤٧، وروى أبو عبيد في الأموال ص ٤٣ من طريق حارثة بن المضرب عن عمر أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم بذلك. وأما الرواية عن عثمان وعلي فلم أقف عليها وليست في نصب الراية ولا الدراية لوجود سقط في الأصل المنقول عنه، ولكن ذكره ابن الهمام في فتح القدير ٦/ ٤٦ عن الأصحاب وأنه مذكور في كتبهم.

حكاه البخاري^(١) عن [ابن]^(٢) أبي نجيح قال: قلت لمجاهد: ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير، وأهل اليمن عليهم دينار؟ قال: جعل ذلك من قبل اليسار^(٣).

وهذا هو الظاهر من حال الصحابة رضي الله عنهم أنهم فهموا أن ذلك موكل إلى اجتهاد أمير المؤمنين، وهذا إحدى الروايات عن أحمد^(٤) وهو قول طائفة من السلف والخلف^(٥).

قوله: (أما مشركو العرب، فلأن النبي ﷺ نشأ بين أظهرهم، والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر).

ذهب الأوزاعي ومالك^(٦) وسعيد بن عبد العزيز^(٧) وعبد الرحمن بن يزيد

(١) حكاه البخاري من قول ابن عيينة عن ابن أبي نجيح، وقال الحافظ في شرحه له: وصله عبد الرزاق عنه به. فتح الباري ٦/٢٦٠.

(٢) الزيادة من صحيح البخاري مع الفتح.

(٣) البخاري مع الفتح - كتاب الجزية والموادعة - باب الجزية والموادعة مع أهل الذمة والحرب - ٢٥٧/٦.

(٤) لأحمد رحمه الله ثلاث روايات في تقدير الجزية: أحدها: أنها مقدرة بمقدار لا يزداد عليه ولا ينقص.

وثانيها: أن أقلها مقدر بدینار، وأكثرها غير مقدر.

ثالثها: أنها غير مقدرة، بل يرجع فيها إلى اجتهاد الإمام في الزيادة والنقصان، وهذه هي الرواية التي أشار إليها المؤلف، وهي المذهب. انظر المغني ٨/٥٠٨، الإنصاف ٤/١٩٣.

(٥) هو قول الثوري وأبي عبيد، وقال به شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، انظر الأموال ص ٤٣، ٤٤، المغني ٨/٥٠٨، فتاوى شيخ الإسلام ١٩/٢٥٣، أحكام أهل الذمة ٢٦/٢٧.

(٦) انظر: المدونة ٢/٤٦، ٤٧، التمهيد ٢/١١٧.

(٧) سعيد بن عبد العزيز بن أبي يحيى، الإمام القدوة، مفتي دمشق، أبو محمد التنوخي، الدمشقي، ولد سنة ٩٠هـ، مات سنة ١٦٧هـ، حدث عن مكحول والزهري ونافع وغيرهم، وهو لأهل الشام كمالك لأهل المدينة. انظر طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٧١، السير ٨/٣٢، شذرات الذهب ١/٢٦٣.

ابن جابر^(١) إلى أن الجزية تؤخذ من مشركي العرب أيضاً^(٢) لحديث سليمان بن بريدة^(٣) عن أبيه^(٤) قال: «كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أو صاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً، ثم قال: اغزوا بسم الله في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا، ولا تمثلوا، ولا تقتلوا وليداً، وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى ثلاث خصال أو خلال فأيتهن ما أجابوك فاقبل منهم، وكف عنهم [إلى أن قال]^(٥) فإن هم أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم» الحديث رواه أحمد^(٦) ومسلم^(٧) وابن ماجه^(٨) والترمذي^(٩) وصححه.

واستثنى مالك رحمه الله مشركي قريش لأنهم مرتدون، وقد تقدم في كلام المصنف في باب كيفية القتال: إن امتنعوا ادعهم إلى أداء الجزية، به أمر رسول الله ﷺ، أمراً الجيوش^(١٠). لكن ادعى هناك أن هذا يخص منه المرتدون

(١) عبد الرحمن بن يزيد بن جابر، الإمام، الحافظ، فقيه الشام الأزدي الدمشقي، ولد في خلافة عبد الملك بن مروان، ورأى الكبار، توفي سنة ١٥٤هـ، كان ثقة، أثنى عليه جماعة والعجب كيف أورده بعضهم في الضعفاء. انظر: طبقات ابن سعد ٣٢٣/٧، السير ١٧٦/٧، شذرات الذهب ٢٣٦/١، ٢٣٧.

(٢) عزا القول إلى هؤلاء ابن قدامة في المغني ٥٠٧/٨ وقد نصر شيخ الاسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم القول بأن الجزية تؤخذ من مشركي العرب وأنه ليس في القرآن ولا الحديث تخصيص العرب بحكم من أحكام الشريعة. انظر الفتاوى ١٨/١٩ وما بعدها، زاد المعاد ٣/١٥٤.

(٣) سليمان بن بريدة بن الحصيب الأسلمي، المروزي، قاضيها، ثقة، مات سنة ١٠٥هـ. التقريب ص ٢٥٠.

(٤) هو بريدة بن الحصيب.

(٥) الزيادة من: ع.

(٦) المسند ٣٥٨/٥.

(٧) في صحيحه - جهاد - باب تأمير الأمراء على البعث - رقم الحديث ١٧٣١.

(٨) في سننه - جهاد - باب وصية الإمام ٢/٩٥٣.

(٩) في سننه - سير - باب ما جاء في وصيته ﷺ في القتال ٤/١٣٨.

(١٠) الهداية ٢/٤٢٧.

ومشركو العرب دعوى مجردة عن الدليل هناك، ثم ذكر هنا هذا الدليل، وقبول الجزية من المجوس^(١) يدل على قبول الجزية من مشركي العرب بطريق الأولى، فإن المجوس أكفر منهم، فإنهم يعتقدون خالقين: أحدهما خالق الخير، والآخر الشر، ويستحلون نكاح الأمهات والبنات والأخوات، ولم يدينوا بدين أحد من الأنبياء لا في عقائدهم ولا في شرائعهم^(٢)، والأثر الذي فيه أنه كان لهم كتاب فرجع، وبطلت شريعتهم، لا يصح أصلاً^(٣)، ولو صح فقد ارتفع، وليسوا على شيء منه، بخلاف مشركي العرب فإنهم على بقايا من دين إبراهيم، ويقرون بتوحيد الربوبية، وأنه لا خالق إلا الله، فإنهم إنما يعبدون آلهتهم لتقربهم إلى الله سبحانه، ولا يستحلون الأمهات والبنات والأخوات، ولكن بقي هنا أمر آخر، وهو أن مشركي العرب لم يبق منهم أحد بعد نزول آية الجزية^(٤)، لأنها إنما نزلت بعد أن أسلمت دارة العرب، فإنها

(١) روى البخاري في صحيحه من حديث بجالة بن عبدة أن عمر رضي الله عنه لم يكن أخذ الجزية من المجوس، حتى شهد عبد الرحمن بن عوف «أن رسول الله ﷺ أخذها من مجوس هجر» البخاري مع الفتح - جزية - باب الجزية والموادعة ٦/٢٥٧.

(٢) انظر: الملل والنحل للشهرستاني ١/٢٧٨.

(٣) أخرجه عبد الرزاق ٦/٧٠ والبيهقي في سننه ٩/١٨٨ من طريق الشافعي عن علي مطولاً وفيه: إن المجوس كانوا أهل كتاب يعرفونه، وعلم يدرسونه... قال ابن عبد البر في التمهيد ٢/١١٩: في قول رسول الله ﷺ «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» دليل على أنهم ليسوا أهل كتاب، وعلى هذا جمهور الفقهاء، وقد روي عن الشافعي أنهم كانوا أهل كتاب فبدلوه، وأظنه ذهب في ذلك إلى شيء روي عن علي بن أبي طالب من وجه فيه ضعف يدور على أبي سعد البقال ثم قال بعد ذلك: وأكثر أهل العلم يابون ذلك ولا يصححون هذا الأثر انتهى. وأبو سعد البقال هو سعيد بن المرزبان العبسي مولاهم، الكوفي، الأعمور، ضعيف مدلس مات بعد الأربعين، كذا في التقريب ص ٢٤١. وقال ابن القيم في زاد المعاد ٣/١٥٤: وهو حديث لا يثبت مثله، ولا يصح سنده. ومع ذلك فقد حسن إسناده الحافظ في الفتح ٦/٢٦١.

(٤) آية الجزية هي قوله تعالى ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ التوبة: ٢٩.

نزلت بعد فتح مكة ، ووقعة الطائف^(١) ، ولهذا غزا بعد ذلك تبوك^(٢) ، وكانوا نصارى ، ولو كان بأرض العرب مشركون ، لكانوا يلونه فكانوا أولى بالغزو من الأبعدين^(٣) ، ومن تأمل السيرة وأيام الإسلام علم أن الأمر كذلك فلم تؤخذ منهم الجزية لعدم من تؤخذ منه لا لأنهم ليسوا من أهلها^(٤) .

قوله : (وعند الشافعي يسترق مشركو العرب ، وجوابه ما قلنا) .

يشير إلى ما تقدم من أن النبي ﷺ نشأ بين أظهرهم ، والقرآن نزل بلغتهم ، فالمعجزة في حقهم أظهر ، وفيه نظر ، فإنه لا يقوى هذا المعنى في مقابلة قوله تعالى ﴿ حتى إذا أتختموهم فشدوا الوثاق فإما منا بعد وإما فداء ، حتى تضع الحرب أوزارها ﴾^(٥) وقصة سبي هوازن معروفه وهم سبي أوطاس^(٦) ، وقصة السبي في وقعة بدر معروفة ، وكانوا رجلاً وكان قد أشار أبو بكر رضي الله عنه في أمرهم بقبول الفدية ، وأشار عمر رضي الله عنه بضرب أعناقهم ، وقال : « تمكن علياً من عقيل يضرب عنقه ، وتمكن حمزة من العباس يضرب

[١٣٥/ب]

(١) ذكر ابن كثير في تفسيره أنها نزلت سنة تسع ٧٤ / ٤ ، وكان فتح مكة سنة ثمان للهجرة ، كما ذكره الحافظ ابن كثير في البداية والنهاية ٢٧٨ / ٤ ، وكذلك وقعة الطائف من السنة نفسها ٣٤٥ / ٤ .

(٢) كانت غزوة تبوك في سنة تسع من الهجرة في رجب منها . انظر : البداية والنهاية ٢ / ٥ .

(٣) لأن الله تعالى يقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا قاتلوا الذين يلونكم من الكفار . . . الآية ، التوبة : ١٢٣ .

(٤) انظر : الفتاوى ١٩ / ١٨ - ٣٠ ، زاد المعاد ٣ / ١٥٤ .

(٥) سورة محمد ، الآية : ٤ .

(٦) أوطاس : موضع قرب الطائف ، وهو الوادي الذي كانت فيه وقعة حنين . انظر معجم البلدان ٣٣٤ / ١ ، وكانت في سنة ثمان من الهجرة في شهر شوال ، وتسمى غزوة هوازن لأنهم الذي أتوا لقتال رسول الله ﷺ ، يوضحه أن الغزوة ابتدأت أولاً في حنين ، فلما انهزمت هوازن لجأت إلى مكان أوطاس وعسكرت فيه ثم هزموا ، وكان السبي ستة آلاف رأس ، وحديث سبي هوازن في البخاري مع الفتح ٦ / ٢٣٦ ، انظر : عيون الأثر ٢ / ١٨٧ ، البداية والنهاية ٤ / ٣٣٧ .

عنقه، وتمكنني من فلان - قريب لعمر -» الحديث^(١)، ولا شك أن النبي ﷺ سبى العرب، وتخصيص الأصحاب السبي بالنساء والذرية يحتاج إلى دليل^(٢).

فصل:

قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام «لا خصاء في الاسلام، ولا كنيسة»).

أخرجه البيهقي من حديث ابن عباس وضعفه^(٣).

قوله: (وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقراها، لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»^(٤)).

فيه نظر فإن المراد من قوله «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب» إجلاؤهم منها كما ورد أمره بإجلائهم صريحاً^(٥)، وأجلاهم عمر رضي الله عنه في خلافته من أرض العرب^(٦)، ولم يبق منهم بها أحد، ولهذا قال مالك^(٧)

(١) أخرجه مسلم في صحيحه - جهاد - باب الإمداد بالملائكة في غزوة بدر وإباحة الغنائم، حديث رقم ١٧٦٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١١٩/٧، فتح القدير ٥٠/٦.

(٣) سنن البيهقي ١٠/٢٤ بلفظ لا إحصاء في الإسلام ولا بنیان كنيسة وضعف سنده في الدراية ١٣٥/٢، ورواه أبو عبيد في كتاب الأموال ص ٩٦ من حديث توبة بن النمر عن أخيره بذلك عن رسول الله ﷺ، ورواه أيضاً عن عمر رضي الله عنه من قوله، والحديث في ضعيف الجامع ٥٧/٦ رقم ٦١٨٤، والصحيح منه الجملة الأولى كما في صحيح الجامع ١٢٠٣/٢ رقم ٧١٦٦، وقد أورده ابن القيم على سبيل الاحتجاج به في كتابه أحكام أهل الذمة ٦٧٣/٢.

(٤) رواه بهذا اللفظ مالك في الموطأ - باب ما جاء في إجلاء اليهود من المدينة - ص ٧٨٠، وعبد الرزاق ١٠/٣٥٧، وانظر: نصب الراية ٣/٤٥٤، وأصله في الصحيحين من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال اشتد برسول الله ﷺ يوم الخميس فقال: اتنوني بكتاب أكتب لكم... وفيه أخرجوا المشركين من جزيرة العرب. متفق عليه وتقدم تخريجه ص ٢٧٣.

(٥) تقدم تخريجه ص ٢٧٣.

(٦) تقدمت الإشارة إلى قصة عمر في إجلائهم ص ٢٧٣.

(٧) انظر: القوانين الفقهية ص ١٣٦، تفسير القرطبي ٨/١٠٤.

والشافعي^(١) وأحمد^(٢): إنه يمنع الذمي من استيطان الحجاز، فالحديث الذي استدل به المصنف حجة عليه في أصل المسألة لأنه يدل على أن الكفار يمنعون من سكنى جزيرة العرب لا على أنهم يكتنون من السكنى ويمنعون من إحداث الكنائس هنا.

قوله: (ولنا أن سب النبي ﷺ يكون كفراً [منه]^(٣)، والكفر المقارن لا يمنعه^(٤) فالطارئ لا يرفعه^(٥)).

للمخالف أن يمنع من [أن]^(٦) هذا الكفر^(٧) لا يمنع المقارن منه^(٨)، فإن هذا الكفر لم يقر عليه النبي ﷺ من وقع منه، بل أمر بقتل كعب بن الأشرف لما بلغه أنه يسبه، وقصته مشهورة^(٩)، وأمر بقتل ابن خطل، وابن أبي سرح وعكرمة ابن أبي جهل، ومقيس بن صبابه، وقال: «اقتلوهم وإن وجدتموهم متعلقين بأستار الكعبة»^(١٠)، وقُتل كعب مع كونه من المعاهدين من أقوى الأدلة على أن

(١) انظر: الأم ٢٨٣/٤، الروضة ٥٢٠/٧.

(٢) انظر: المحرر ١٨٦/٢، الإقناع ٥١/٢.

(٣) الزيادة من الهداية وهو الموافق لما في: ع، والضمير في: منه يعود على الذمي.

(٤) أي لا يمنع الأمان. البناية ٦٩٠/٦.

(٥) أي لا يرفع الأمان. المصدر نفسه.

(٦) الزيادة من: ع.

(٧) أي الذي وقع بسبب سب النبي ﷺ.

(٨) أي أن من كان كفره مقارناً ملازماً له - ثم ظهر منه تنقص بجناب الرسول الله ﷺ، فإن كفره ذلك لا يمنعه من تبعات ما ظهر منه من كفر وهو سب النبي ﷺ.

(٩) أخرجها البخاري في صحيحه مع الفتح - مغازي - باب قتل كعب بن الأشرف ٣٣٦/٧، ومسلم في صحيحه - جهاد - باب قتل كعب بن الأشرف حديث رقم ١٨٠١.

(١٠) روى النسائي في سننه تحريم الدم - باب الحكم في المرتد ١٠٥/٧ بسنده عن مصعب بن سعد عن أبيه قال «لما كان يوم فتح مكة أمن رسول الله ﷺ الناس إلا أربعة نفر وامرأتين، وقال اقتلوهم وإن وجدتموهم متعلقين بأستار الكعبة، عكرمة بن أبي جهل، وعبد الله بن خطل، ومقيس بن صبابه، وعبد الله بن سعد بن أبي السرح... الحديث، وهو في صحيح النسائي ٣/٨٥٢ برقم ٣٧٩١، وأخرجه البيهقي ٨/٢٠٥.

الذمي يقتل بالسب، وهذا الكفر، لا يقر عليه أحد باسترقاق ولا بجزية، ولا بموادعة، وقوله ﷺ «من لكعب بن الأشرف، فإنه قد آذى الله ورسوله» تنبيه على العلة التي لأجلها أمر بقتله غيلة، وإنما كان آذاه بالقول، فإنه كان يهجو رسول الله ﷺ، وكان ﷺ يؤذى بأمر من القول والفعل، ويعفو عن كثير من ذلك، وهذا كان له ﷺ، أما بعده فلا يجوز العفو عن سبه كما أن الإمام ليس له أن يعفو عن القاتل إذا لم يكن للمقتول ولي، لأن الحق للعامة، وولايته نظرية، وكذلك هذا^(١)، وذكر في أحكام القرآن لأبي بكر الرازي^(٢) «أن الساحر الذمي يقتل، لأن الكفر الذي أقررناه عليه هو ما أظهره لنا، وأما الكفر الذي صار إليه بسحره فإنه غير مقرر عليه، ولم نعطه الذمة على إقراره، ألا ترى أنه^(٣) لو سألنا على إقراره على السحر بالجزية لم نجبه إليه، ولم يجز إقراره عليه» انتهى^(٤). وكذلك من يظهر سب الرسول، لا يقر بالجزية على ذلك ولا كرامة.

= وروى البخاري في صحيحه ما جاء في قتل ابن خطل من حديث أنس بن مالك، في كتاب المغازي-باب غزوة الفتح-فتح الباري ١٥/٨، وروى أبو داود في سننه قصة ابن أبي سرح من حديث سعد بن أبي وقاص- في كتاب الحدود-باب الحكم فيمن ارتد ١٢٨/٤، قال عنها شيخ الإسلام ابن تيمية في الصارم المسلول ص ١٠٩: وهي مما اتفق عليه أهل العلم، واستفاضت عندهم استفاضة تستغني عن رواية الأحاد كذلك، وذلك أثبت وأقوى مما رواه الواحد العدل انتهى.

(١) انظر الصارم المسلول ص ٢٢٦، زاد المعاد ٤٤١/٣، وانظر تفصيل مسألة سب النبي ﷺ وأحكامها في كتاب الصارم المسلول لشيخ الإسلام ابن تيمية ص ٣ وما بعدها، وقد لخص ابن القيم ذلك في كتابه أهل الذمة ٧٩٥/٢.

(٢) هو أحمد بن علي الرازي الحنفي، المعروف بالخصاص، وهو لقب له، صاحب التصانيف، تفقه على أبي الحسن الكرخي وغيره، وكان إليه المنتهى في المذهب، له كتاب أحكام القرآن، وشرح مختصر الطحاوي وغيرهما، ولد سنة ٣٠٥هـ، وتوفي سنة ٣٧٠هـ، الفهرست ص ٢٦١، الجواهر المضية ٢٢٠/١، الفوائد البهية ص ٢٧، شذرات الذهب ٧١/٣.

(٣) في النسختين أنا والتصويب من الأحكام للرازي.

(٤) أحكام القرآن ٦٦/١.

باب المعجم المرتدين

قوله: (ولنا أن النبي ﷺ «نهى عن قتل النساء»، ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى دار الآخرة، إذ تعجيلها يُخل بمعنى الابتلاء، وإنما عدل عنه دفعاً لشر ناجز، وهو الحراب، ولا يتوجه ذلك من النساء، لعدم صلاحية البنية، بخلاف الرجال، فصارت المرتدة كالأصلية).

أصل النهي عن قتل النساء حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «وجدت امرأة مقتولة في بعض مغازي رسول الله ﷺ فنهى عن قتل النساء والصبيان» رواه الجماعة إلا النسائي^(١)، فالنهي قد ورد لسبب خاص، وعمومه قد خص منه المرأة إذا قتلت في الحرب^(٢) أو كانت ملكة فإنها تقتل^(٣)، وكذلك الزانية المحصنة^(٤)، والقاتلة عمدًا

(١) تقدم تخريجه ص ٢٢٣.

(٢) يدل عليه مفهوم قوله ﷺ في الحديث لما رأى امرأة مقتولة «ما كانت هذه لتقاتل» يعني أنها لو قتلت قتلت.

قال النووي في شرح مسلم ٤٨/١٢: أجمع العلماء على العمل بهذا الحديث وتحريم قتل النساء والصبيان إذا لم يقاتلوا، فإن قاتلوا - قال جماهير العلماء - يقتلون. انتهى، وقال ابن حجر في الفتح ١٤٨/٦: وفي الحديث دليل على جواز العمل بالعام حتى يرد الخاص لأن الصحابة تمسكوا بالعمومات الدالة على قتل أهل الشرك، ثم نهى النبي ﷺ عن قتل النساء والصبيان فخص من ذلك العموم. انتهى.

(٣) لأنها مقاتلة ومدبرة لأمر الحرب.

(٤) لعموم قوله ﷺ في الحديث «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث . . . وذكر منها الشيب الزاني» الحديث متفق عليه.

بلا شبهة^(١)، وكما ورد النهي عن قتل النساء والصبيان، ورد عن قتل الشيخ الفاني^(٢)، وأصحاب الصوامع^(٣)، ولم يمتنع قتل الشيخ الفاني إذا ارتد للنهي عن قتله في الحرب، فكذا المرأة، وقد قال ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث، الشيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة» متفق عليه^(٤)، وروى الدارقطني «أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الإسلام، فبلغ أمرها إلى النبي ﷺ، فأمر أن تستتاب، فإن تابت وإلا قتلت»^(٥) وقد دخلت/ في عمومه قوله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه» رواه الجماعة لإمامهم^(٦)، ولا يقال إنه قد خص منه الكافر إذا أسلم فإنه لم يدخل

- (١) لقوله ﷺ «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث... ومنها- والنفس بالنفس» الحديث.
 - (٢) عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «انطلقوا باسم الله وبالله وعلى ملة رسول الله، ولا تقتلوا شيخاً فانياً...» الحديث، أخرجه أبو داود - جهاد - باب في دعاء المشركين ٣٧/٣، ٣٨، والبيهقي ٩٠/٩، وأورده أبو عمر في التمهيد ٢٤/٢٣٣ وحكى إجماع العلماء على القول به. والحديث في ضعيف أبي داود ص ٢٥٥، رقم ٥٦١.
 - (٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ كان إذا بعث جيوشه قال «أخرجوا باسم الله... لا تغدروا ولا تقتلوا الولدان ولا أصحاب الصوامع» أخرجه البيهقي ٩٠/٩.
 - (٤) البخاري مع الفتح - ديات - باب إذا قتل بحجر أو بعضا ١٢/٢٠١، مسلم - قسامة - باب ما يباح من دم المسلم - رقم الحديث ١٦٧٦.
 - (٥) سنن الدارقطني من حديث جابر ٣/١١٨، ١٦٩ «ولفظه.. فأمر النبي ﷺ أن يعرض عليها الإسلام فإن رجعت وإلا قتل» وسنده ضعيف كما في نصب الراية ٣/٤٥٨، التلخيص ٤/٤٩، الفتح ١٢/٢٧٢.
 - (٦) البخاري مع الفتح - استتابة المرتدين - باب حكم المرتد ١٢/٢٦٧، الترمذي - حدود - باب ما جاء في المرتد ٤/٤٨، أبو داود - حدود - باب الحكم فيمن ارتد ٤/١٢٦، النسائي - تحريم الدم - باب الحكم فيمن ارتد ٧/١٠٤، ابن ماجه - حدود - باب المرتد عن دينه ٢/٨٤٨، كلهم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
- وقال ابن المنذر - في هذا الحديث - إنه قول عام يدخل فيه الرجال والنساء لأنه لم يخص امرأة دون رجل، الإشراف ٣/١٥٧.

لأن مراد الرسول ﷺ من بدل دينه الحق، فهو عام بعموم صفته المقدره، والصفة يجوز تقديرها عند العلم بها^(١)، كما في قوله تعالى: ﴿فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً﴾^(٢) أي على القاعدين من أولي الضرر، بدليل قوله تعالى بعد ذلك: ﴿وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَى﴾^(٣)، وفي حديث أبي هريرة قال: سأل رجل رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله نركب البحر، ونحمل معنا القليل من الماء، فإن توضأنا به عطشنا، أفترضاً بماء البحر؟ فقال رسول الله ﷺ: «هو الطهور ماؤه، الحل ميتته» رواه الخمسة^(٤) وصححه الترمذي^(٥)، فقوله: ونحمل معنا القليل من الماء أي العذب، فحذف الصفة ونظائره كثيرة^(٦)، ولم يرد ﷺ من بدل دينه الباطل

(١) كما هو مقرر عند أهل اللغة، انظر: شرح ابن عقيل ٣/١٧٧، ١٧٨.

قال ابن مالك في الألفية:

وما من المنعوت والنعته عقل يجوز حذفه، وفي النعت يقل

وانظر: أوضح المسالك مع ضياء السالك ٣/١٤٦، شرح الأشموني وحاشية الصبان عليه ٣/٧٠.

(٢) النساء: ٩٥.

(٣) النساء: ٩٥.

(٤) أحمد في المسند ٢/٣٦١، الترمذي- طهارة- باب ما جاء في ماء البحر أنه طهور ١/١٠١،

النسائي- طهارة- باب ماء البحر ١/٥٠، أبو داود- طهارة- باب الوضوء بماء البحر ١/٢١،

وابن ماجه- طهارة- باب الوضوء بماء البحر ١/١٣٦.

(٥) في سننه ١/١٠١، وصححه في الإرواء ١/٤٢.

(٦) نحو قوله تعالى: ﴿يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا﴾ أي كل سفينة صالحة، وقوله تعالى: ﴿أَنْ أَعْمَلَ سَابِغَاتٍ﴾ أي دروعاً سابغات، وقوله تعالى: ﴿إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ﴾ أي الناجين،

وقول العباس بن مرداس السلمي:

وقد كنت في الحرب ذا تدرا فلم أعط شيئاً ولم أمتنع.

أي: لم أعط شيئاً طائلاً، وغير ذلك.

انظر: المصادر النحوية المذكورة قريباً.

بالحق البتة، والصبي والمجنون لا يتحقق منه تبديل، وكذلك المكروه؛ لأن مبناه على الاعتقاد، ولو خرج من عمومه من ذكر فهو حجة فيما عداه على الصحيح، وقوله: ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى دار الآخرة... إلى آخره. فيه نظر لأن الله بعث محمداً ﷺ ليأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، والأمر والنهي لا يتم إلا بالثواب والعقاب في الدنيا والآخرة، فلا بد أن يكرم الأبرار أهل المعروف، وأن يعاقب الفجار أهل المكر ولم يُخلِ الله ذنباً من الذنوب عن عقوبة من العقوبات، وبهذا يصير الدين كله لله، وتزول الفتنة، ولهذا قال الفقهاء: إن التعزيز في كل معصية لا حدث فيها ولا كفارة^(١)، ولو كان تعجيل العقوبة يُخلِّ بمعنى الابتلاء لم يشرع حد ولا تعزير، وهو مشروع.

وقوله: لا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية، فصارت المرتدة كالأصلية. منتقض بالشيخ العاجز، والأعمى والزمن^(٢) ونحوهما إذا ارتدوا فإنهم لا يصلحون للحراب، ولهذا لا يقتلون في الحرب كما لا تقتل المرأة ومع هذا فإنه يقتل من ارتد منهم، ولا يصح التفريق بأن عدم صلاحية البنية في المرأة أصل، وفي الشيخ الفاني ونحوه عارض، فإن الشارع لم يعتبره، وأيضاً فإن نساء أهل الحرب وذراريهم يسترقون ويصيرون مالا للمسلمين، فنهي عن قتلهن لما فيه من إضاعة المال، والمرتدة لا تسترق، ولئن كان الحربي إنما يقتل لمحاربتة، فإنه لا يصح قياس الكفر الطارئ على الكفر الأصلي؛

(١) حكى اتفاق الفقهاء على ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في الفتاوى ٤٠٢/٣٥.

انظر أيضاً ٣٤٣/٢٨.

(٢) الزمن: بفتح الزاي المشددة وكسر الميم: مرض يدوم زماناً طويلاً، والزمانة العاهة، والقوم زمني، مثل: مرضى.

المصباح المنير ص ٩٧، القاموس المحيط ص ١٥٥٣.

لأنه^(١) أقبح وأكبر وأعظم ضرراً، ولهذا لا يقر عليه المرتد، والكفر الأصلي يقر عليه بالموادعة وبالجزية وبالرق، بل بغير شيء كالرهبان المعتزلين، ولهذا قالت طائفة من أهل الكتاب ﴿آمِنُوا بِالَّذِي أُنزِلَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَجَهَ النَّهَارِ وَاكْفُرُوا آخِرَهُ لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ﴾^(٢) وذلك لأن الجهال يقولون: ما رجع هؤلاء عن دينهم الذي صاروا إليه إلا بعد أن ظهر لهم بطلانه، بخلاف ما لو استمروا على كفرهم، فظهر أن كفر المرتد أضر من كفر المستمر على كفره، وإذا كان الشيخ الفاني يقر على كفره الأصلي، ولا يقر على رده، بل يقتل وإن لم يصر محارباً فكذلك المرأة، فالكفر الأصلي قتل صاحبه من باب دفع العدوان والبغي عن الإيمان ودفع فتنة الكفار، وكفر الردة قتل صاحبه لحفظ الإيمان على أهله، ومنعه من الفساد، وذلك لدفع الفساد وإزالته، وهذا لحفظ الصلاح، مثل [الطبيب]^(٣) الذي يحفظ الصحة تارة، ويزيل المرض تارة، وهذا^(٤) مذهب مالك^(٥) والشافعي^(٦) وأحمد^(٧) والليث والحسن والزهري والنخعي ومكحول وحماد بن أبي سليمان والأوزاعي وإسحاق، وهو مروى عن أبي بكر^(٨)

(١) أي الكفر الطارئ، وهو الردة.

(٢) آل عمران: ٧٢.

(٣) الزيادة من: ع.

(٤) أي قتل المرأة المرتدة.

(٥) انظر: الكافي ٣٧٧/٢، بداية المجتهد ٥٦٣/٢، القوانين الفقهية ص ٣١٢، ٣١٣.

(٦) انظر: الأم ٢٣٣/٦ وما بعدها، مختصر المزني ص ٢٨٢، روضة الطالبين ٢٩٥/٧.

(٧) انظر: المحرر ١٦٧/٢، الإقناع ٣٠١/٤.

(٨) أخرج الدارقطني ٣/١١٤، والبيهقي ٨/٢٠٤ من طريق سعيد بن عبد العزيز «أن أبا بكر رضي الله عنه قتل أم قرفة الفزارية في ردها» قال في نصب الراية ٣/٤٥٩: قيل إن سعيداً =

وعلي^(١) رضي الله عنهما، وفيه قول ثان وهو أنها تسترق ولا تقتل، يروى ذلك عن علي رضي الله عنه^(٢)، ولم يصح عنه، وروى عنه في ذلك أثر ضعفه أحمد، وبه قال قتادة والحسن والبصري في رواية عنه، وقول أبي حنيفة أنه تجبر على الإسلام ولا تقتل^(٣) يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وليس يصح عنه^(٤)، نقل ذلك ابن المنذر وابن قدامة يزيد أحدهما على الآخر، واختار ابن المنذر القول الأول مع الجمهور^(٥).

= هذا لم يدرك أبا بكر، فيكون منقطعاً. اهـ. وجزم في الدراية ١٣٧/٢ بانقطاع إسناده.

(١) أخرج الدارقطني ١٢٠/٣ من طريق أبي جعفر الرازي عن أبيه عن علي رضي الله عنه قال: «كل مرتد عن الإسلام مقتول، إذا لم يرجع ذكراً أو أنثى» وفي سننه أبو جعفر الرازي سيئ الحفظ كما في التقريب ص ٦٢٩.

(٢) روى ابن سعد في الطبقات ٦٧/٥ من طريق الحسن بن صالح قال: سمعت عبد الله بن الحسن يذكر «أن أبا بكر أعطى علياً أم محمد ابن الحنفية يعني من سبي اليمامة»، وروى البيهقي ٢٠٨/٨ عن أبي الطفيل «أنه كان في الجيش الذي بعثه علي إلى بني ناجية... وفيه فجيء بالذراري - أي ذرية المرتدين - إلى علي رضي الله عنه وجاء مسقلة بن هبيرة فاشتراهم منه... الحديث.

(٣) فيتحصل في المسألة ثلاثة مذاهب:

الأول: أنها تقتل كالرجل وبه قال الجمهور مالك والشافعي وأحمد وغيرهم كما سبق آنفاً. الثاني: أنها تسترق ولا تقتل، وهو مروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، كما نقله المؤلف عن ابن المنذر وابن قدامة.

الثالث: أنها تجبس حتى تسلم، فيما إذا كان ارتدادها في دار الإسلام، فإذا لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق إذا سببت، وإن كانت أمة أجبرها سيدها على الإسلام، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله، كما في الهداية ٤٥٨/٢، وفتح القدير ٧١/٦، والعناية ٧٢/٦.

(٤) أخرجه الدارقطني ١١٨/٣، والبيهقي ٢٠٣/٨، ٢٠٤ من طريق عاصم بن أبي النجود عن أبي رزين عن ابن عباس رضي الله عنهما في المرأة تترد، قال: «تجبر ولا تقتل» وفي لفظ: «تجسب ولا تقتل» قال البيهقي: والذي روى هذا ليس ممن يثبت أهل الحديث حديثه. اهـ.

(٥) انظر: الإشراف ١٥٧/٣، المغني ١٢٥/٨.

قوله: (إلا أنه لا يستقر لحاقه^(١) إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا فلا بد من القضاء^(٢)).

فيه نظر، فإن قضاء القاضي لا يمنع احتمال عوده إلينا، وغاية حكم الحاكم ثبوت لحاقه بدار الحرب بالبينة، ومنصب القاضي لتنفيذ أوامر الله وتخليص / المظالم، وإيصال الحق إلى مستحقه، ونحو ذلك، وليس إليه [١٣٦/ب] جعل هذا ميّناً حكماً، فإن هذا بمنزلة التشريع، فإن كان لحاق المرتد بدار الحرب مما يوجب إجراء أحكام الموتى عليه، فلا حاجة إلى حكم الحاكم، وإن لم يكن مما يوجب ذلك فلا يمكن أن يجعله موجباً، واشتراط حكم الحاكم بلحاقه لإجراء الأحكام على لحاقه دليل على ضعف القول بأن لحاقه بدار الحرب يجعله بمنزلة الميت^(٣)، فإن قيل: هذه من مسائل الاجتهاد، فلا بد من حكم الحاكم ليرتفع الخلاف كما في نظائرها من مسائل الخلاف. قيل: إنما يحتاج إلى الحكم في مسائل الخلاف لأجل المخالف في الحكم كما في شفعة الجوار مثلاً، فإنه إنما يحتاج فيها إلى الحكم حتى لا يسقطها من لا يراها^(٤)،

(١) أي لحاق المرتد بدار الحرب.

(٢) أي: فإذا قضى القاضي بلحاقه ترتب على ذلك عتق مدبروه وأمهات أولاده، وحلت الديون التي عليه، ونقل ماله في الإسلام إلى ورثته المسلمين.

(٣) لأن الله سمى الكافر ميّناً في قوله: ﴿أَوْ مِنْ كَانَ مِيّناً فَأَحْيَيْنَاهُ﴾ أي كافرأ فهديناه.

(٤) الشفعة التي جاءت بها الأحاديث هي شفعة الشريك، أما إذا كان جاراً لا شريكاً فلا شفعة له وبه قال جمهور الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله فهو يرى أن الشفعة بالشركة، ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار.

انظر: المغني ٣٠٨/٥، القوانين الفقهية ص ٢٤٦، الهداية للمرغيناني ٣٤٩/٤، كتاب الحجة لمحمد بن الحسن ٦٧/٣.

فإن قيل : وهنا كذلك ، قيل : ينبغي أن يحتاج بعد الحكم بلحاظه إلى الحكم بعنق مدبريه ، وأمهات أولاده ، وحلول ديونه ، وتوريث ورثته تركته ، حتى يرتفع الخلاف في ذلك ، ولم يشترطوا ذلك بل قالوا : إذا حكم بلحاظه بدار الحرب حلت ديونه وكذا وكذا ، وقالوا : إن قضاء القاضي إذا لم يتصل بلحاظه فهو بمنزلة الغيبة في بقاء أملاكه وحقوقه ، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي^(١) مع أن جعل لحوقه بدار الحرب بمنزلة موته يحتاج إلى دليل شرعي وما ذكره أنه بلحاظه صار بمنزلة أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام ، لانقطاع ولاية الإلزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار في حكم الموت ممنوع ، بل هو بمنزلة المفقود الذي لا يقدر على إلزامه بالأحكام ، وهذا أولى لأن المفقود لا يعرف مكانه أصلاً فهو أبعد عن الإلزام ممن يعرف مكانه ولكن ولاية الإلزام منقطعة عنه فإذا كان المفقود لا يحكم بموته مع عدم القدرة على إلزامه أصلاً ، فاللاحق بدار الحرب أولى ؛ لأنه يمكن التوصل إلى الإتيان به في الجملة بالتحليل والمكيدة للعلم بمكانه ، والتحليل على تحصيل من لا يطلع على مكانه أبعد ، وهذا قول جمهور العلماء أعني عدم جعله باللاحق بدار الحرب في

= قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله ، بعد أن ذكر أقوال العلماء في الشفعة ، أعدلها : أنه إن كان - أي الجار - شريكاً في حقوق الملك ثبتت له الشفعة وإلا فلا . الفتاوى ٣٠ / ٣٨٣ ، وذلك كالاشتراك في الطريق ، أو الاشتراك في رقة الملك .

(١) انظر : المبسوط ١٠ / ١٠٣ ، والسرخسي هو محمد بن أحمد بن أبي سهل ، أبو بكر السرخسي ، الإمام الكبير ، شمس الأئمة ، صاحب المبسوط وغيره ، أحد الفحول ، كان إماماً أصولياً ، توفي سنة ٤٩٠ هـ تقريباً ، الجواهر المضيئة ٣ / ٧٨ ، تاج التراجم ص ٢٣٤ ، الفوائد البهية ١٥٨ ، هدية العارفين ٢ / ٧٦ .

حكم الميت^(١) ، وهذه المسألة من مسائل اختلاف الدارين وهي في الأصل مشكلة .

قوله : (نافذ بالاتفاق : كالاتيلاذ ، والطلاق)^(٢) .

يحتاج في الطلاق إلى قيد وهو أن تكون المرأة مرتدة أيضاً ، فإنه لو ارتد الزوج وحده لا يقع طلاقه لوقوع الفرقة برده .

* * *

(١) انظر : المغني ٨ / ١٣٢ ، الكافي لابن عبد البر ٢ / ٣٧٧ ، روضة الطالبين ٧ / ٣٠٠ ، المحرر . ١٦٨ / ٢ .

(٢) هذا القسم الأول من تصرفات المرتد ، وهو ما كان نافذاً بالاتفاق .

باب البغاة

قوله: (وإذا تغلب مسلمون على بلد وخرجوا عن طاعة الإمام إلى آخره).

لم يفرق المصنف رحمه الله بين الخوارج والبغاة بل جعل حكمهم واحداً، ولهذا يستدل على أحكامهم تارة بما فعله علي رضي الله عنه مع أهل حروراء^(١)، وتارة بما فعله يوم الجمل، ولا بد من التفريق بين الفريقين، فإن الخوارج قد استفاض عن النبي ﷺ الأمر بقتالهم، وقاتلهم علي رضي الله عنه، واتفق على قتالهم سلف الأمة وأئمتها لم يتنازعا في قتالهم كما تنازعا في القتال يوم الجمل ويوم صفين، فإن الصحابة رضي الله عنهم كانوا في قتال الفتنة ثلاثة أصناف^(٢):

قوم مع علي، وقوم عليه، وقوم قاعدون عنه، أما الخوارج فلم يكن منهم أحد من الصحابة، ولا نهى عن قتالهم أحد من الصحابة لأنه صح أن النبي ﷺ قال: «تمرق مارقة على حين فرقة من المسلمين تقتلهم أولى الطائفتين بالحق» وفي لفظ «أدنى الطائفتين إلى

(١) حروراء: بفتححتين وسكون الواو، قرية بظاهر الكوفة، نزل بها الخوارج المخالفين لعلي رضي الله عنه فنسبوا إليها. معجم البلدان ٢/٢٨٣.

(٢) وقد ذكر ذلك شيخ الإسلام في الفتاوى وحقق هذه المسألة تحقيقاً جيداً فليُنظر ٥١٢/٢٨ وما بعدها، وقد حذا المؤلف هنا حذوه.

الحق»^(١) فبهذا الحديث ثبت أن علياً وأصحابه كانوا أقرب إلى الحق من معاوية وأصحابه وأن تلك المارقة مرقت من الإسلام ليس حكمها حكم إحدى الطائفتين، كما أمر بقتال هذه، بل قد ثبت في الصحيح أنه قال للحسن رضي الله عنه: «إن ابني هذا سيد، وسيصلح الله به بين فئتين عظيمتين من المسلمين»^(٢) فمدح الحسن وأثنى عليه بما أصلح الله به بين الطائفتين حين ترك القتال، وقد بويع، واختار الإصلاح وحقن الدماء، مع نزوله عن الأمر، فلو كان القتال مأموراً به لم يمدح الحسن ويثني عليه بترك ما أمر الله به، وفعل ما نهى عنه، وفي الصحيح أيضاً أنه ﷺ قال: «إنها ستكون فتن، القاعد فيها خير من الماشي، والماشي فيها خير من الساعي إليها»^(٣) الحديث.

وسيرة علي رضي الله عنه تفرق بين هذا وهذا، فإنه فرح بقتال الخوارج، وظهر منه/ الكراهة والندم لأجل القتال يوم الجمل وصفين، وقال فيهم: [أ/١٣٧] «إخواننا بغوا علينا طهرهم السيف» وصلى على قتلى الطائفتين دون قتلى الخوارج^(٤)، وأيضاً فقد تنازع العلماء في تكفير الخوارج: فمن كفرهم نظر إلى قوله ﷺ: «يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية، ينظر في

(١) أخرجه مسلم في صحيحه من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه - في كتاب الزكاة -

باب ذكر الخوارج وصفاتهم - حديث رقم ١٠٦٥، وانظر: الفتاوى ٥٤٨/٢٨.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه مع الفتح من حديث أبي بكر رضي الله عنه - كتاب فضائل

الصحابة - باب مناقب الحسن والحسين ٩٤/٧.

(٣) متفق عليه أخرجه البخاري مع الفتح - فتن - باب تكون فتنة القاعد فيها خير من القائم -

٣٠/١٣ من حديث أبي هريرة، ومسلم في صحيحه - فتن - باب نزول الفتن كمواقع القطر -

حديث رقم ٢٨٨٦، ٢٨٨٧ من حديث أبي هريرة، ومن حديث أبي بكر، واللفظ له.

(٤) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٥١٦/٢٨.

النصل فلا يرى شيئاً وينظر في القدح فلا يرى شيئاً وينظر في الريش فلا يرى شيئاً، وتتمارى في الفُوق^(١)» يقول: وكما خرج هذا السهم نقياً خالياً من الدم والفرث لم يتعلق منهما بشيء، كذلك خروج هؤلاء يعني الخوارج.

ومن لم يكفرهم قال: إن قوله: «وتتمارى في الفُوق» يدل على أنه لم يكفرهم لأنهم علقوا من الإسلام بشيء بحيث يشك في خروجهم منه، وقد سئل عنهم علي رضي الله عنه أكفارهم؟ قال: من الكفر فرّوا، قيل: فمنافقون؟ قال: إن المنافقين لا يذكرون الله إلا قليلاً، قيل: فما هم؟ قال: قوم أصابتهم فتنة فعموا فيها وصموا، وبغوا علينا فقتلناهم. انتهى^(٢).

والفرق بينهم من حيث المعنى أن البغاة يخرجون عن طاعة الإمام فقط بتأويل فاسد والخوارج ومانعو الزكاة ونحوهم خارجون بتأويل فاسد عن طاعة الإمام وعن بعض شرائع الإسلام^(٣).

قوله: (وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز حتى يبدأوا بالقتال حقيقة).

الصحيح من مذهب الشافعي أنه كمذهب أبي حنيفة، قال النووي في الروضة - بعد ما ذكر أن كيفية قتال البغاة طريقها طريق دفع الصائل -: وقد يتخيل من هذا أنا لا نسير إليهم ولا نقاتلهم بالقتال وأنهم إذا ساروا إلينا لا

(١) فوق السهم - بضم الفاء - هو موضع الوتر منه، النهاية ٣/ ٤٨٠. والقدح - بكسر القاف - السهم قبل أن يركب ريشه ونصله. النهاية ٤/ ٢٠ والنصل هو حديدة السهم. القاموس المحيط ص ١٣٧٣.

(٢) أورد هذا الأثر ابن كثير في البداية والنهاية ٧/ ٢٨٩ عن الهيثم ابن عدي. وذكر أنه قالها في خوارج النهروان.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ٢٨/ ٥٠٣ وما بعدها، و ٥٥٧.

نبدأ بقتالهم، بل نصطف قبالتهم، فإن قصدونا دفعناهم، قال: وقد رأيت هذا لطائفة من الأصحاب، وهو خطأ، بل إذا أذنهم الإمام بالحرب، ولم يرجعوا إلى الطاعة سار إليهم، ومنعهم من القطر الذي استولوا عليه، فإن انهزموا وكلمتهم واحدة اتبعناهم إلى أن يتوبوا ويطيعوا وليس قتال الفريقين كصيال الواحد ودفعه^(١).

قوله: (وإنما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به إلا بصنعة، ألا ترى أنه يكره بيع المعازف، ولا يكره بيع الخشب، وعلى هذا الخمر مع العنب).

في ذلك كله نظر، وينبغي أن يكره بيع ذلك ممن يعلم أنه يستعين به على المعصية؛ لأنه يكون قد أعانه على فعل المعصية، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٢) فالإعانة على المعصية معصية على أي وجه كانت.

قوله: (ولا بأس أن يقاتل المسلمون بسلاحهم^(٣) إن احتاج المسلمون إليه، وقال الشافعي: لا يجوز والكراع على هذا الخلاف).

مذهب الشافعي كمذهب أبي حنيفة، قال النووي - في المنهاج^(٤) -: ويرد

(١) روضة الطالبين ٧/٢٧٧.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٢.

(٣) أي بسلاح البغاة.

(٤) منهاج الطالبين، ص: ١٣١.

سلاحهم وخيلهم إليهم إذا انقضت الحرب، وأمنت غائلتهم ولا يستعمل في قتال إلا لضرورة.

* * *

كتاب اللقطة

قوله : (ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الأخذ للمالك، وفيه وقع الشك، فلا يبرأ، وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله؛ لأن الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه).

يعني لأبي حنيفة ومحمد على خلاف قول أبي يوسف فيما إذا أخذ اللقطة ولم يشهد على نفسه أنه أخذها ليردها، وقول أبي يوسف أقوى^(١)، واختاره الطحاوي^(٢) وهو قول أكثر العلماء الأئمة الثلاثة^(٣) وغيرهم^(٤)، لحديثي زيد ابن خالد^(٥) وأبي بن كعب رضي الله عنهما «وأنه^(٦) أمرهما بالتعريف دون

(١) أي قوله بعدم الضمان أشهد أم لم يُشهد، وبمثل قوله قال محمد بن الحسن، كما ذكره صاحب بدائع الصنائع ٦/٢٠١، مع أن المصنف - أي صاحب الهداية - ذكر قوله - أي قول محمد - موافقاً لأبي حنيفة، ولم ينه صاحب التنبيه على ذلك.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٤٠.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٢/٣٧٥، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٦/٧٧، التمهيد ٣/١٢١، وروضة الطالبين ٤/٤٥٣، وكفاية الأختيار ٢/٣، الكافي لابن قدامة ٢/٣٥٢، الإقناع ٢/٤٠٢، الإشراف ٢/١٥٦، المغني ٥/٧٠٨.

(٤) هو قول عبد الله بن شبرمة كما في التمهيد ٣/١٢١، وبه قال الحسن البصري والنخعي، وأبو مجلز، والحارث العكلي، كما في الإشراف لابن المنذر ٢/١٥٦.

(٥) زيد بن خالد الجهني، مختلف في كنيته، روى عن النبي ﷺ وعن عثمان وعائشة، وروى عنه ابنه خالد وأبو حرب، شهد الحديبية، وكان معه لواء جهينة يوم الفتح، وحديثه في الصحيحين، توفي سنة ٧٨هـ بالمدينة.

انظر: طبقات ابن سعد ٤/٢٥٦، الإصابة ١/٥٦٥.

(٦) كذا في النسختين بالواو ولعلها زائدة.

الإشهاد» متفق عليهما^(١)، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، فلو كان واجباً لبينه النبي ﷺ لا سيما وقد سئل عن حكم اللقطة فلم يكن ليخل بالواجب فيها، وقوله ﷺ في حديث عياض بن حمار^(٢) رضي الله عنه «من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب، فإن وجد صاحبها فليردها عليه، وإلا فهي مال الله يؤتاه من يشاء» رواه النسائي^(٣) وأبو داود^(٤)، يحمل على النذب صيانة لنفسه من الطمع فيها وكتمها، وحفظاً لها من ورثته إن مات ومن غرمائه إن أفلس جمعاً بينه وبين الحديثين المشار إليهما.

ولأن هذا من باب الوصية الواجبة التي أمر بها رسول الله ﷺ في قوله: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة» [ب/١٣٧] عنده^(٥) ولأنه أخذ أمانه فلم يفتقر إلى / الإشهاد كالوديعة، ولأن الظاهر شاهد له وهو يصلح حجة للدفع فيندفع عنه الضمان وما ذكر من أن الأخذ

(١) أما حديث زيد بن خالد فهو عند البخاري مع الفتح - لقطة - باب ضالة الإبل ٨٠ / ٥، وعند مسلم - لقطة - حديث رقم ١٧٢٢، وأما حديث أبي فهو عند البخاري مع الفتح - لقطة - باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة ٧٨ / ٥، وعند مسلم برقم ١٧٢٣.

(٢) عياض بن حمار بن أبي حمار بن ناجية بن مجاشع التميمي المجاشعي، أهدى إلى النبي ﷺ قبل أن يسلم فلم يقبل منه، وسكن البصرة، وروى عن النبي ﷺ، وروى عنه مطرف وغيره، وأبوه باسم الحيوان المشهور، وقد صحفه بعض المتطعين من الفقهاء لظنه أن أحداً لا يسمى بذلك. انظر: الاستيعاب ١٢٩ / ٣، الإصابة ٤٧ / ٣.

(٣) السنن الكبرى - لقطة - باب الإشهاد على اللقطة ٤١٨ / ٣.

(٤) في سننه - لقطة - حديث ١٧٠٩ - ١٣٦ / ٢، ورواه ابن ماجه - لقطة - باب اللقطة ٨٣٧ / ٢، وهو عند أحمد في مسنده ١٦٢ / ٤، وهو في صحيح ابن ماجه ٧١ / ٢ رقم ٢٠٣٢، والبيهقي ١٩٣ / ٦.

(٥) متفق عليه، أخرجه البخاري مع الفتح - الوصايا - باب الوصايا ٣٥٥ / ٥، ومسلم - وصية - حديث رقم ١٦٢٧.

سبب للضمان، إطلاقه ممنوع فليس كل أخذ سبباً للضمان وهو لم يقر بالأخذ المطلق، بل بالأخذ على جهة الأمانة فصار كما لو قال: دفعه إلي فأخذته وديعة، ومعارضة ما ذكر لأبي يوسف من الظاهر بأن الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه لا يلزم منه الضمان، فإنه إذا أخذ اللقطة ليردها على مالكها ابتغاء وجه الله فقد قصد الثواب والأجر، فهو عامل لنفسه بذلك قال تعالى: ﴿إِنْ أَحْسَنْتُمْ أَحْسَنْتُمْ لِأَنْفُسِكُمْ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾^(١)، وهذا هو الظاهر من حال المسلم.

قوله: (وجه الأول^(٢)) أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار).

هذا استدلال مشكل، فإنه استدل قبل ذلك - لما قاله محمد - بقوله عليه الصلاة والسلام: «من التقط شيئاً فليعرفه سنة» وهذا الحديث بهذا اللفظ أخرجه البزار من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: «سئل رسول الله ﷺ عن اللقطة؟ فقال: لا تحمل اللقطة، فمن التقط شيئاً فليعرفه سنة، فإن جاء صاحبها فليرده إليه، وإن لم يأت فليصدق [به]، فإن جاء فليخيره بين الأجر وبين الذي له»^(٣) قال عبد الحق: وفي إسناد يوسف بن خالد

(١) الإسراء: ٧.

(٢) ما روي عن أبي حنيفة أن اللقطة إن كانت عشرة دراهم فصاعداً عرفها حولاً كاملاً.

(٣) عزاه إلى مسند البزار في نصب الراية ٣/٤٦٦، ٤٨٦ وأعله بيوسف بن خالد السمطي، ولم أجده في كشف الأستار في كتاب اللقطة منه، ولا في مختصر زوائد مسند البزار لابن حجر، والذي فيهما هو حديث أبي هريرة المتقدم الذي فيه «أن رسول الله ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «تعرف ولا تغيب ولا تكتم، فإن جاء صاحبها، وإلا فهو مال الله يؤتاه من يشاء» والله أعلم.

انظر: كشف الأستار ٢/١٣٠، مختصر زوائد البزار ١/٥٤٢، ورواه الدارقطني في سننه =

السمتي^(١)، ولا يصح. انتهى^(٢). ولكن^(٣) جاء معناه في حديث زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه «أنه سئل^(٤) رسول الله ﷺ عن اللقطة الذهب أو الورق؟ فقال: «اعرف وكاءها^(٥) وعفاصها^(٦) ثم عرفها سنة، فإن لم تُعرف فاستنفقها، ولتكن ودیعة عندك، فإن جاء صاحبها يوماً من الدهر، فأدها إليه» الحديث متفق عليه^(٧).

وليس في هذين الحديثين أنه سأل عن لقطة معينة حتى يقال: كان مقدارها مائة دينار، وإنما جاء ذكر مائة دينار في حديث أبي رضي الله عنه قال: «إني وجدت صرة فيها مائة دينار على عهد رسول الله ﷺ فأتيت بها رسول الله ﷺ فقال: عرفها حولاً» الحديث متفق عليه^(٧)، فهذا الحديث غير ذلك الحديث، ولو قدر أن السؤال كان عن لقطة مقدارها مائة دينار فالعبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب^(٨) وهو أن رسول الله ﷺ قد قال: «من

= ١٨٢/٤، وطعن فيه ابن حزم في المحلى ١٢٢/٧.

(١) يوسف بن خالد بن عمير السمتي، بفتح المهملة وسكون الميم، أبو خالد البصري، مولى بني ليث، تركوه وكذبه ابن معين، وكان من فقهاء الحنفية، مات سنة ١٨٩ هـ. التقريب ص ٦١٠.

(٢) انظر: الأحكام الوسطى ٩/٤.

(٣) الزيادة من: ع.

(٤) سأله أعرابي.

(٥) الكاء: الخيط الذي تشد به الصرة، والكيس، وغيرهما. النهاية ٢٢٢/٥، المجموع المغيث ٤٨٨/٣.

(٦) العفاص: الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك، من العفص وهو الثني والعطف. النهاية ٣٦٣/٣، المصباح المنير ص ١٥٩.

(٧) البخاري مع الفتح - لقطة - باب ضالة الإبل ٨٠/٥، مسلم - لقطة - حديث رقم ١٧٢٢ - ١٣٤٩/٣.

(٨) هذه القاعدة من القواعد الأصولية، يوردها الأصوليون في كتبهم عند كلامهم عن العام، =

التقط شيئاً فليعرفه سنة» هذا لفظ الحديث الذي رواه هو ، واستدل هو به لمحمد ومالك^(١) والشافعي^(٢) وهو قول أحمد^(٣) أيضاً ، وهو مروى عن عمر^(٤) وعلي^(٥) وابن عباس^(٦) وسعيد بن المسيب والشعبي

= وجمهور الأصوليين على القول بهذه القاعدة ، وذهبت طائفة أخرى منهم مالك وأبو ثور والمزني ، والقفال والدقاق - إلى أن العبرة بخصوص السبب .

انظر : أصول السرخسي ١ / ٢٧١ ، ٢٧٢ ، نهاية السؤل للإسنوي ٢ / ٤٧٧ ، القواعد للمقري ٢ / ٤٤٦ ، ٤٤٧ ، البحر المحيط للزركشي ٣ / ١٩٨ وما بعدها ، وإرشاد الفحول للشوكاني ص ١٣٣ .

ومما يحسن ذكره هنا أن القائلين بأن العبرة بخصوص السبب يعني أن العام يقصر على سببه وإنما مرادهم يقصر على النوع الذي هو سببه ، لم يريدوا بذلك أنه يقتصر على شخص واحد من ذلك النوع ، فإنه لم يقل أحد من علماء المسلمين إن عمومات الكتاب والسنة تختص بالشخص المعين ، إنما غاية ما فيها أن العموم يكون فيما يشبه ذلك النوع ، ولا يكون العموم فيه بحسب اللفظ .

انظر : الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ١٣ / ٣٣٩ ، ١٦ / ١٤٩ ، ٣١ / ٢٨ .

(١) انظر : المدونة ٦ / ١٧٣ ، الكافي ٢ / ١٦٤ ، ١٦٥ .

(٢) انظر : الأم ٤ / ٨١ ، روضة الطالبين ٤ / ٤٧٤ .

(٣) انظر : الكافي ٢ / ٣٥٥ ، الإقناع ٢ / ٣٩٩ وما بعدها .

(٤) أخرج عبد الرزاق ١٠ / ١٣٧ عنه «أنه قال لرجل - وجد صرة فيها سبعون ديناراً وفي رواية : ثمانون - عرفها سنة وإلا فهي لك» ، وأخرجه البيهقي ٦ / ١٩٣ ، وأخرج ابن أبي شيبة في البيوع ٥ / ١٩٠ من طريق سويد قال : «كان عمر بن الخطاب يأمر أن تعرف اللقطة سنة . . .» .

(٥) أخرج عبد الرزاق ١٠ / ١٣٨ عن أبي السفر أن «رجلاً أتى علياً فقال : إني وجدت لقطة فيها مائة درهم أو قريباً منها ، وفيه فقال له : عرفها سنة ، فإن عرفها صاحبها فادفعها إليه ، وإلا فتصدق بها . . .» وأخرجه ابن أبي شيبة ٥ / ١٩٠ .

(٦) أخرج ابن أبي شيبة ٥ / ١٨٩ عن عبد العزيز بن رفيع عن أبيه قال : «وجدت عشرة دنانير ، فأتيت ابن عباس فسألته عنها ، فقال : عرفها على الحجر سنة ، فإن لم تعرف فتصدق بها ، فإن جاء صاحبها فخيره الأجر أو الغرم» .

والحسن بن صالح^(١)، وقوله «شيئاً» نكرة في سياق الشرط فتعم فكيف يصح بعد ذلك قوله: إن التقدير ورد في لقطة كانت مائة دينار. وليس هذا بحث منصف، بل هذا من التطفيف المنهي عنه، فإنه لما احتج على الخصم في مسألة قتل المرتدة بنهيهِ ﷺ عن قتل النساء قال له الخصم: هذا ورد في قتل النساء في الحرب، رد على الخصم: بأن العبرة لعموم اللفظ، مع أن في تلك المسألة أدلة أخرى تعاضدت كما تقدم هناك فظهرت قوة قول محمد في عدم التقدير بعشرة دراهم، ولكن يُستثنى ما ورد استثناءؤه، وهو ما في حديث جابر رضي الله عنه قال: «رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل يتنفع به» رواه أبو داود^(٢)، وعن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ مرّ بشمرة في الطريق فقال: «لولا أنني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها» أخرجاه^(٣).

قوله: (والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعليق القطيع بالسرقة

(١) انظر: الإشراف ١٥٢/٢، ١٥٣، المغني ٦٩٥/٥.

(٢) الحسن بن صالح بن صالح بن حي، أحد الأعلام، أبو عبد الله الهمداني الثوري الكوفي، الفقيه العابد، وهو من أئمة الإسلام، لولا تلبسه ببذعة فإنه كان من الزيدية، ولد سنة ١٠٠هـ، كان رحمه الله يرى الخروج على أمراء زمانه لظلمهم وجورهم، لكن ما قاتل أبداً، وذهب إلى ترك الجمعة معهم، توفي سنة ١٦٩هـ. انظر: طبقات ابن سعد ٣٥٣/٦، الفهرست ص ٢٢٧، السير ٣٦١/٧، شذرات الذهب ٢٦٢/١.

(٣) في سننه -لقطة- حديث ١٧١٧، ١٣٨/٢، وضعف إسناده البيهقي في السنن ١٩٥/٦ وقال: في رفعه شك. اهـ. والحافظ في الفتح ٨٥/٥ وقال: اختلف في رفعه ووقفه. اهـ. وضعفه في الإرواء ١٥/٦.

(٤) البخاري مع الفتح -لقطة- باب إذا وجد تمر في الطريق ٨٦/٥، مسلم -زكاة- باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ، حديث رقم ١٠٧١.

وتعلق استحلال الفرج به) .

قد تقدم ذكر ضعف التقدير بعشرة في الموضوعين .

قوله : (فإن جاء صاحبها، وإلا تصدق بها) .

وبذلك قال مالك^(١) والحسن بن صالح والثوري^(٢) لما في حديث أبي هريرة رضي الله عنه المتقدم، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله قال : له أن يملكها إن كان فقيراً^(٣) من غير ذوي القربى لحديث عياض المتقدم^(٤) ، وذهب الأكثرون إلى أنه تصير بعد التعريف ملكاً له، إن شاء تصدق بها وإن شاء انتفع بها، وهذا قول عمر وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم، وبه قال عطاء [والشافعي^(٥)، وأحمد^(٦)، وإسحاق، وابن المنذر^(٧)، وروي أيضاً عن علي وابن عباس والشعبي والنخعي^(٨) وطاووس وعكرمة، ذكر ذلك في المغني^(٩)، لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث زيد بن خالد : «فإن لم

(١) انظر : المدونة ٦/١٧٣ ، الكافي ٢/١٦٤ .

(٢) عزا القول إليهما في الإشراف ٢/١٥٣ .

(٣) لأنه إنما يتمكن من التصدق بها على غيره لما فيه من سد خلة المحتاج، واتصال ثوابها إلى صاحبها، وهذا المقصود يحصل بصرفها إلى نفسه إذا كان محتاجاً فكان له صرفها إلى نفسه لهذا المعنى . انظر : المبسوط ٧/١١ .

(٤) انظر : المغني ٥/٧٠٠ .

(٥) انظر : الأم ٤/٨١ ، روضة الطالبين ٤/٤٧٠ .

(٦) انظر : الكافي ٢/٣٥٤ ، الإقناع ٢/٤٠١ .

(٧) الإشراف ٢/١٥٤ .

(٨) الزيادة من : ع وهو الموافق لما في المغني ٥/٧٠٠ .

(٩) المغني ٥/٧٠٠ .

تُعرف «فاستنفقها»^(١) وفي لفظ: «فهي كسبيل مالك»^(٢)، وفي لفظ: «ثم كلها»^(٣)، وفي لفظ: «فاستنفق بها»^(٤)، وفي لفظ: «فشأنك بها»^(٥)، وفي حديث/ أبي بن كعب: «فاستنفقها»^(٦)، وفي لفظ: «فاستمتع بها»^(٧) كل ذلك في الصحيح، وحديث أبي هريرة لم يثبت كما تقدم ذكره، وقوله ﷺ في حديث عياض بن حمار: «وإلا فهي مال الله يؤتیه من يشاء»^(٨) لا ينافي أن يملكها الملتقط إذا كان غنياً، لأن الأشياء كلها لله سبحانه يعطي ماله من يشاء من عباده الغني منهم والفقير، قال تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾^(٩).

وقد نقل أن أياً كان من المياسير وكذا ذكره المصنف في آخر هذا الباب^(١٠)، وأجاب عنه بأن ذلك كان بإذن الإمام وهو جائز بإذنه، وهذا لا يقوى لأن الإمام لا يملك تمليك مال المسلم بغير إذنه، بل ذلك تشريع منه ﷺ، وأيضاً

-
- (١) عند مسلم حديث-رقم ١٧٢٢-١٣٤٩/٣.
 - (٢) عند مسلم حديث-رقم ١٧٢٣-١٣٥١/٣.
 - (٣) عند مسلم حديث-رقم ١٧٢٢-١٣٤٩/٣.
 - (٤) في النسختين: فانتفع بها ولكنها ليست من ألفاظ الصحيح والمثبت من ألفاظه، فلعله تصحيف من الناسخ، وهو عند البخاري مع الفتح- حديث رقم ٢٤٣٨-٩٣/٥.
 - (٥) عند البخاري مع الفتح- حديث رقم ٢٤٢٩-٨٤/٥، ومسلم- حديث رقم ١٧٢٢-١٣٤٧/٣.
 - (٦) عند مسلم- حديث رقم ١٧٢٢-١٣٤٨/٣.
 - (٧) عند البخاري مع الفتح- حديث رقم ٢٤٢٦-٧٨/٥ الفتح، وعند مسلم حديث رقم ١٧٢٣-١٣٥٠/٣.
 - (٨) تقدم تخريجه ص ٣٠٤.
 - (٩) النور: ٣٣.
 - (١٠) أي باب اللقطة. انظر: الهداية ٤٧٣/٢.

فهذا على أصل الأصحاب أولى كما ذكروه فيما إذا استولى الكفار على أموال المسلمين^(١)، وكما في الغصب خصوصاً على قول من قال منهم: إن الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص بناءً على أن الأصل في الأموال الإباحة^(٢)، وتقدم في كلام المصنف في باب استيلاء الكفار: وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع، فإذا زالت المكنة عادت مباحاً كما كان. انتهى^(٣).

فإذا صح الاستيلاء المحظور سبباً للملك^(٤) فلاستيلاء المأذون فيه شرعاً أولى^(٥)، بل الحق أن الاستيلاء المحظور لا يكون سبباً للملك كما سيأتي في الغصب إن شاء الله تعالى، وقول المصنف بعد هذا: إن الملك يثبت للفقير^(٦)، قيل: الإجازة من المالك دليل على صحة القول بثبوت الملك للملتقط بعد التعريف إذ لا فرق بين الملتقط والفقير الذي تصدق عليه الملتقط، بل ثبوت الملك للملتقط أولى من ثبوته للفقير، لأن الفقير إنما استفاده من جهته^(٧)، وهذا كله لا ينافي ردها، والضمان بعد استهلاكها أن لو حضر المالك وطالب به، كما لو قبضت الزوجة الصداق ثم طلقت قبل الدخول أو جاءت الفرقة من قبلها قبله^(٨).

(١) فإنهم قالوا هناك: وإذا غلبوا- أي الكفار- على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها.

انظر: الهداية ٢/٤٤٢.

(٢) الهداية ٤/٣٣٦.

(٣) انظر: الهداية ٢/٤٤٢.

(٤) كاستيلاء الكفار والغاصب كما مر.

(٥) يعني استيلاء الملتقط على اللقطة بعد تعريفها إن لم يأت صاحبها.

(٦) الهداية ٢/٤٧١.

(٧) أي من جهة الملتقط فهو المتصدق على الفقير.

(٨) أي: قبل الدخول.

قوله: (وإن شاء ضمّن المسكين إذا هلك في يده).

ينبغي أن لا يضمن الفقير بالهلاك لأنه لا صنع له فيما إذا هلكت بنفسها بمنزلة الأمانات، بل أولى، وقد تقدم^(١) ترجيح قول أبي يوسف في القول بعدم ضمان الملتقط بهلك اللقطة وإن لم يشهد أنه أخذها ليردها^(٢).

قوله: (ويجوز الالتقاط في الشاة والبقرة والبعير، وقال مالك والشافعي رحمهما الله: إذا وجد البعير والبقرة في الصحراء فالترك أفضل، وعلى هذا الخلاف الفرس).

وبقول الشافعي^(٣) ومالك^(٤) قال أحمد^(٥) والليث والأوزاعي وأبو عبيد^(٦)، ولم يقولوا الترك أفضل كما قال المصنف، بل لا يجوز عندهم التقاط الإبل [في الصحراء]^(٧)، وحكي عن مالك أن البقرة بمنزلة الشاة^(٨)، والحديث حجة

(١) في أوائل كتاب اللقطة.

(٢) انظر: الهداية ٢/٤٧٠.

(٣) انظر: الأم ٤/٨٠، ٨٤، الروضة ٤/٤٦٥.

(٤) انظر: المدونة ٦/١٧٦، الكافي ٢/١٦٦.

(٥) انظر: الكافي ٢/٣٥٧، الإقناع ٢/٣٩٨.

(٦) عزاه إليهم في الإشراف ٢/١٥٨، ١٥٩، المغني ٥/٧٤٠.

(٧) الزيادة من: ع، ومما يحسن التنبية عليه هنا أن النووي ذكر في الروضة ٤/٤٦٥، أن أخذ الإبل والبقر وما في حكمهما إن كان للحفظ فالمنصوص جوازه، وإن كان للتملك فلا يجوز.

وذكر ابن عبد البر في الكافي ٢/١٦٦، أن واجدها مخير بين الأخذ والترك فإن أخذها عرفها، فإن لم يجد لها طالباً ردها إلى الموضع الذي وجدها فيه، وكذا ذكره في المدونة ٦/١٧٦، وزاد هناك أنه إن أراد أكلها فليس ذلك له ولا يعرض لها.

(٨) وذلك إذا كانت بموضع يخاف عليها، وأما إن كانت بموضع لا يخاف عليها السباع ولا =

لهم في ضالة الإبل ، فإن النبي ﷺ قال - لما سئل عنها - : «مالك ولها ، معها حذاؤها وسقاؤها ، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها» وقال في الشاة : «خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب» متفق عليه^(١) من حديث زيد بن خالد رضي الله عنه .

وقد قال بعض أصحاب الإمام أحمد^(٢) : إن الشاة ونحوها مما يجوز التقاطه ، يخير الملتقط بين أكله في الحال وعليه قيمته ، وبين بيعه وحفظ ثمنه ، وبين تركه والإنفاق عليه من ماله ، وهل يرجع؟ على وجهين^(٣) ؛ لأنه ﷺ قال : «هي لك أو لأخيك أو للذئب» وهذا القول في غاية القوة ، إذ قد يكون تعريفها سنة مستلزماً لتغريم مالها أضعاف قيمتها إن قلنا : يرجع عليه بنفقتها ، وإن قلنا : لا يرجع استلزم تغريم الملتقط ذلك ، وإن قلنا : لا يلتقطها كانت للذئب وتلفت ، وقد قال مالك : أبلغ من ذلك أنه يأكلها ، ولا يعرفها إن كان قد وجدها في صحراء^(٤) ، والأول أظهر .

قوله : (فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ، ولا يجبر على ذلك في القضاء^(٥)) ، وقال مالك والشافعي : يجبر على

= الذئب فهي عنده بمنزلة الإبل ، كذا في المدونة ١٧٦/٦ .

(١) أخرجه البخاري مع الفتح - لقطة - باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها -

حديث رقم ١٧٢٢ ، ومسلم في اللقطة - حديث رقم ١٧٢٢ .

(٢) كالقاضي ، وابن عقيل ، وابن قدامة . انظر : المغني ٧٣٧/٥ ، الإنصاف ٤٠٩/٦ .

(٣) أحدهما : يرجع به نص عليه في رواية المروزي ، وهذا الصحيح من المذهب ، والثاني : لا يرجع

بشيء ، ذكرهما في المغني ٧٣٨/٥ ، وانظر ما عزاه المؤلف إلى بعض أصحاب الإمام أحمد

رحمه الله في المغني ٧٣٧/٥ ، ٧٣٨ ، والكافي لابن قدامة أيضاً ٣٥٨/٢ ، والإنصاف ٤٠٨/٦ .

(٤) انظر : المدونة ١٧٥/٦ ، وعزاه إليه ابن عبد البر في الكافي ١٦٦/٢ .

(٥) أي لا يجبره الحاكم على الدفع .

ذلك^(١) .

مذهب الشافعي^(٢) كمذهب أبي حنيفة في اشتراط إقامة البينة على وجوب الدفع ، لا كما قال المصنف ، وبقول مالك^(٣) قال أحمد^(٤) وأبو عبيد وداود^(٥) وابن [١٣٨/ب] المنذر^(٦) ذكر ذلك في المغني^(٧) ، وهو الموافق / لما في الصحيحين من حديث زيد ابن خالد وأبي رضي الله عنهما ، فإن حديث زيد في بعض طرقه «فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ، ووكاءها ، فأعطها إياه ، وإلا فهي لك»^(٨) .

وفي حديث أبي في بعض طرقه أيضاً «عرفها ، فإن جاء أحد يخبرك بعدتها ووعائها ، ووكائها ، فأعطها إياه ، وإلا فاستمتع بها»^(٩) أمره بإعطائها إياه والأمر للوجوب ، ولا يعارضه قوله ﷺ : «البينة على المدعي»^(١٠) الحديث ، فإن البينة تختلف ، والظن المستفاد بوصفه أعظم من الظن المستفاد

(١) أي على الدفع .

(٢) انظر : الأم ٤/ ٨١ ، الروضة ٤/ ٤٧١ .

(٣) انظر : المدونة ٦/ ١٧٤ ، الكافي لابن عبد البر ٢/ ١٦٥ .

(٤) انظر : الكافي لابن قدامة ٢/ ٣٥٤ ، الإقناع ٢/ ٤٠٢ .

(٥) انظر : المحلى ٧/ ١٢٠ ، ١٢١ .

(٦) انظر : الإشراف ٢/ ١٥٥ .

(٧) انظر : المغني ٥/ ٧٠٩ .

(٨) هذه الطريق أخرجه مسلم في صحيحه - لقطة - حديث ١٧٢٢ ، ٣/ ١٣٤٩ .

(٩) أخرجه البخاري مع الفتح ٥/ ٧٨ ، ومسلم ٣/ ١٣٥٠ وقد تقدم ص ٣١٠ .

(١٠) أخرجه البيهقي في سننه ١٠/ ٢٥٢ من حديث ابن أبي مليكة عن ابن عباس رضي الله عنهما

أن رسول الله ﷺ قال : «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ولكن

البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر» قال ابن حجر في الفتح ٥/ ٢٨٣ : وهذه الزيادة

ليست في الصحيحين ، وإسنادها حسن ، وصححه في الإرواء ٦/ ٣٥٧ ، والذي في

الصحيحين عن ابن عباس رضي الله عنهما وفيه «أن النبي ﷺ قضى باليمين على المدعي =

بمجرد النكول^(١)، بل بالشاهدين، فوصفه بينة ظاهرة على صحة دعواه، وقد جعل النبي ﷺ بينة مدعي اللقطة وصفها، فإذا وصفها فقد أقام البينة، وفي تكليف إقامة شاهدين حرج عظيم، ويكون الالتقاط حينئذ تضييعاً وإتعباً لنفسه بالتعريف، ولو لم يجب دفعها بالوصف لم يجز التقاطها لما ذكر، وهذا المال قد ثبت كونه لقطة، وأن له صاحباً غير من هو في يده، ولا مدعي له إلا الواصف، فإن الملتقط لا يدعيه، وقد ترجح صدقه^(٢) فيجب الدفع إليه.

قوله: (ولا يتصدق باللقطة على غني، لأن المأمور به هو التصدق لقوله عليه الصلاة والسلام «فإن لم يأت صاحبها فليصدق بها»).

تقدم أن هذا الحديث غير ثابت وإنما أخرجه البزار بسند ضعيف^(٣)، وتقدم ما في الصحيح مما يدل على أنها بعد التعريف تصير ملكاً للملتقط، وما ذكره المصنف بعد ذلك إلى آخر كتاب اللقطة تقدم التنبيه على ما فيه من الأشكال في أوائله والله أعلم.

* * *

= عليه رواه البخاري في مواضع من صحيحه. انظر: الفتح ١٤٥/٥، ٢٨٠، ومسلم في صحيحه حديث رقم ١٧١١ من كتاب الأفضية.

(١) النكول: هو الامتناع عن اليمين وترك الإقدام عليها. النهاية ١١٧/٥، المصباح المنير ص ٢٣٩، وكأنه يريد أن يقول: إن النكول عن اليمين يستفاد منه تهمة الناكل ظناً.

(٢) أي صاحب اللقطة.

(٣) انظر: ص ٣٠٥.

كتاب الإباق

قوله: (ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل).

في دعوى اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على ذلك نظر، وإنما روي في ذلك آثار منها: عن أبي عمرو الشيباني^(١) قال: «أصبت غلماناً أباقاً^(٢) بالعين^(٣) فأتيت عبد الله بن مسعود فذكرت ذلك له، فقال: الأجر والغنيمة، قلت: هذا الأجر فما الغنيمة؟ قال: أربعون درهماً من كل رأس» أخرجه البيهقي وقال: هذا أمثل ما روي في هذا الباب. انتهى^(٤).

والتقدير بمدة السفر^(٥) فيه نظر، والقول بأن له أجره مثله كما قال مالك رحمه الله أظهر والحالة هذه، ويحمل أثر ابن مسعود رضي الله عنه على أن

(١) هو سعد بن إياس، الكوفي، ثقة، مخضرم، مات سنة ٩٥ هـ وهو ابن عشرين ومائة سنة، التقريب ص ٢٣٠.

(٢) جمع أبق على وزن كفار جمع كافر، والاسم منه الإباق، وهو هروب العبد من سيده. المصباح المنير ص ١.

(٣) المراد عين التمر وهو ماء في العراق، وقد وقع بلفظ عين التمر عند ابن أبي شيبة في المصنف ٢٢٦/٥.

(٤) سنن البيهقي ٦/٢٠٠، وأخرجه عبد الرزاق ٨/٢٠٨.

(٥) هذا تعقيب على ما ذكره في الهداية ٢/٤٧٤ عن القدوري كما في البناية ٦/٧٩٣ في قوله: ومن رد أبقاً على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله عليه جعله أربعون درهماً وإن رده لأقل من ذلك فبحسبانه.

ذلك كان أجرة مثله^(١)، وعنده^(٢) لا يستحق ذلك إلا أن يكون من عادته العمل بالأجر لأن الظاهر من حاله أنه لم يتبرع بالرد^(٣) والله أعلم.

* * *

-
- (١) ويحتمل أن يكون ابن مسعود عرف شرط مالكم لمن ردهم عن كل رأس أربعين درهماً فأخبره بذلك، والله أعلم. انظر: سنن البيهقي ٦/٢٠٠.
- (٢) أي عند مالك رحمه الله وانظر مذهبه في المدونة ٦/١٧٧، والكافي ٢/١٦٧.
- (٣) إنما قال ذلك لأنه عند الشافعية لا يستحق الأجر - أي العامل الذي رد الأبق بغير إذن المالك - وذلك أنه متبرع بالرد، انظر: روضة الطالبين ٤/٣٣٦، تكملة المجموع ١٥/١١٨.

كتاب المفقود

قوله: (وكل من لا يستحقها - يعني نفقته^(١)) - في حضرته^(٢) إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته).

قد تقدم التنبيه على ما في القول بأن نفقة القريب لا تجب إلا بقضاء القاضي، وأن القاضي ليس بمشرع حتى يكون قضاؤه موجباً^(٣).

قوله: (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في امرأة المفقود «إنها امرأتها حتى يأتيها البيان»).

هذا الحديث ضعيف أخرجه الدارقطني^(٤) والبيهقي وضعفه^(٥)، وضعفه أيضاً عبد الحق^(٦) وابن قدامة^(٧).

قوله: (وقول علي رضي الله عنه «هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين

(١) هذه جملة تفسيرية من صاحب التنبيه.

(٢) أي المفقود.

(٣) انظر: القسم الأول بتحقيق عبد الحكيم شاکر.

(٤) في سننه ٣/٣١٢ من حديث المغيرة بن شعبة وفيه: الخبر. بدل: البيان.

(٥) سنن البيهقي ٧/٤٤٥ من حديث المغيرة أيضاً وباللفظ الذي ذكره صاحب الهداية.

(٦) انظر: الأحكام الوسطى ٣/٢٢٨.

(٧) في المغني ٧/٤٩١ حيث قال: لم يثبت ولم يذكره أصحاب السنن. اهـ، وضعفه في الدراية

موت أو طلاق»^(١).

اختلفت الرواية عنه، قال ابن المنذر في الإشراف: اختلف أهل العلم في امرأة المفقود، كم تربص؟ فقالت طائفة: تربص أربع سنين ثم تعد أربعة أشهر وعشراً ثم تتزوج، كذلك قال عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان^(٢)، وروي ذلك عن علي بن أبي طالب^(٣) وابن عباس وابن عمر^(٤) وعمر بن عبد العزيز، وعطاء ابن أبي رباح ومالك بن أنس^(٥) وأهل المدينة وأحمد بن حنبل^(٦) وإسحاق وأبي عبيد، وفيه قول ثان: وهو أن امرأة المفقود لا تنكح أبداً حتى يأتيها يقين وفاته، روي ذلك عن علي رواية ثانية عنه^(٧)، وبه قال ابن أبي ليلى وابن

(١) هذا مما استدل به على الإمام مالك رحمه الله، وكان قد عزا إليه القول بالتفريق بين المفقود وامرأته بمضي أربع سنين.

(٢) أخرج عبد الرزاق ٧/ ٨٥ من طريق الزهري عن ابن المسيب «أن عمر وعثمان قضيا في المفقود أن امرأته تربص أربع سنين، وأربعة أشهر وعشراً بعد ذلك، ثم تتزوج، فإن جاء زوجها الأول خير بين الصداق وبين امرأته» وأخرجه ابن أبي شيبة في النكاح ٣/ ٣٥٣، والبيهقي ٧/ ٤٤٥.

(٣) أخرج البيهقي في سننه ٧/ ٤٤٥ من رواية خلاص بن عمرو وأبي المليح عنه أنه قضى في المفقود، تربص امرأته أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ثم تربص بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً ثم تزوج. قال -أي البيهقي-: ورواية خلاص عن علي ضعيفة، ورواية أبي المليح عن علي مرسلة، والمشهور عن علي رضي الله عنه خلاف هذا. اهـ.

(٤) أخرج البيهقي ٧/ ٤٤٥ عن جابر بن زيد أنه شهد ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم تذاكرا امرأة المفقود فقالا: تربص بنفسها أربع سنين ثم تعد عدة الوفاة.

(٥) انظر: المدونة ٢/ ٤٥٠، الكافي لابن عبد البر ١/ ٤٦٧.

(٦) انظر: الكافي لابن قدامة ٣/ ٣١٣، المحرر ٢/ ١٠٦.

(٧) وهذه الرواية هي المشهورة عنه كما حكاه البيهقي ٧/ ٤٤٥، وأخرج عبد الرزاق ٧/ ٩٠ من طريق ابن أبي ليلى عن الحكم أن علياً قال: هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يأتيها موت أو =

شبرمة والثوري والشافعي^(١) والنعمان ويعقوب ومحمد^(٢)، وقد احتج بعض من يقول بالقول الأول بأن اتباع خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ أولى بنا^(٣)، ودفع أحمد حديث علي وقال: لم يتابع أبو عوانة^(٤) عليه/ وقال [١/١٣٩] بعضهم من حيث وجب تأجيل العنين^(٥) تقليداً لعمر وابن مسعود، وجب كذلك تأجيل امرأة المفقود؛ لأن العدد الذين قالوا تؤجل أكثر وفيهم ثلاثة من الخلفاء الراشدين^(٦)، وقد قال النبي ﷺ: «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين بعدي»^(٧) انتهى ما نقلته من كلام ابن المنذر^(٨).

= طلاق، وأخرج ابن أبي شيبة ٣/٣٥٢ من طريق أبي بكر بن عياش عن الحكم عن علي نحوه، وأخرج البيهقي ٧/٤٤٤ من طريق أبي عوانة عن عباد بن عبد الله الأسيدي عن علي نحوه.

(١) انظر: الأم ٣٤٦/٥، الروضة ٦/٣٧٧، ٣٧٨.

(٢) انظر: كتاب الحجّة لمحمد بن الحسن ٤/٤٩، بدائع الصنائع ٦/١٩٦.

(٣) انظر: المغني ٧/٤٨٩.

(٤) في النسختين أبا عوانة والتصويب من المطبوع من الإشراف. وأبو عوانة هو وضاح الشكري، الواسطي، البزاز، مشهور بكنيته، ثقة ثبت، مات سنة ١٧٥ هـ التقريب ص ٥٨٠.

(٥) العنّين: الذي لا يقدر على إتيان النساء، لمرض به أو ضعف في خلقته أو لكبر سنه أو لسحر، فهو عنين في حق من لا يصل إليها لفوات المقصود فيه، والاسم منه العنّة من: عنّ إذا حبس في العنة وهي حظيرة الإبل، وقيل غير ذلك. انظر: المغرب ٢/٨٦، أنيس الفقهاء ص ١٦٥.

(٦) هم عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم كما تقدم.

(٧) أخرجه أحمد ٤/١٢٦، وأبو داود-كتاب السنة-باب لزوم السنة ٤/٢٠٠، ٢٠١، والترمذي-علم-باب ما جاء في الأخذ بالسنة ٥/٤٣، وابن ماجه-المقدمة-باب اتباع سنة الخلفاء الراشدين ١/١٥، وصححه في الإرواء ٨/١٠٧.

(٨) انظر: الإشراف ١/٨٥، ٨٦.

وقال في المغني: وما رووه عن علي رضي الله عنه فيرويه الحكم وحماد مرسلًا^(١) والمسند عنه^(٢) مثل قولنا، ثم يحمل ما رووه على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة جمعاً بينها وبين ما رويناها. انتهى^(٣).

قوله: (وعمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه).

قال ابن قدامة في المغني: قال الأثرم: قيل لأبي عبد الله: تذهب إلى حديث عمر؟ قال: هو أحسنها، يروى عن عمر من ثمانية وجوه، ثم قال: زعموا أن عمر رجع عن هذا هؤلاء الكذابين، قلت: فروي من وجه ضعيف أن عمر قال بخلاف هذا؟ قال: لا إلا أن يكون إنسان يكذب. وقلت له مرة: إن إنساناً قال لي: إن أبا عبد الله قد ترك قوله في المفقود بعدك، فضحك ثم قال: من ترك هذا القول أي شيء يقول؟ وهذا قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير، قال أحمد خمسة من أصحاب النبي ﷺ. انتهى^(٤).

قوله: (ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقاً معجلاً فاعتبر في الشرع مؤجلاً فكان موجباً للفرقة، ولا بالعنة لأن الغيبة تعقب الأوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة).

للمخالف أن يقول: كون الإيلاء كان طلاقاً معجلاً فاعتبر في الشرع

(١) الحكم هو ابن عتيبة، وحماد هو ابن سلمة، انظر: مصنف عبد الرزاق ٧/٩٠، وسنن البيهقي ٧/٤٤٦، وأخرج ابن أبي شيبة ٣/٣٥٣ عنهما في امرأة المفقود قالا: لا تزوج أبداً حتى يأتيها الخبر.

(٢) تقدم تخريجه قريباً.

(٣) انظر: المغني ٧/٤٩١.

(٤) انظر: المغني ٧/٤٨٩.

مؤجلاً لا يمنع من النظر في المعنى الذي جعل لأجله الإيلاء طلاقاً، وهو تفويت الوطاء الذي شرع لأجل عقدة النكاح وكذلك المعنى في العنة، وكما أن الظاهر في العين عدم إمكان الوصول إليها بعد السنة فكذلك المفقود الظاهر هلاكه بعد مضي أربع سنين، ولم يرد عنه خبر، والذي قال بتقدير السنة في العين هو الذي قال بتقدير الأربع في المفقود، وهو عمر رضي الله عنه^(١)، فلم يصح رجوعه عنه، فكيف أخذتم بقوله في تأجيل العين حولاً، ولم تأخذوا بقوله في تأجيل المفقود أربع سنين.

ومن تأمل ما حكم به عمر رضي الله عنه في أمر المفقود وجده على وفاق القياس الصحيح، فإنه أجل امرأة المفقود أربع سنين، وأمرها أن تتزوج فقدم المفقود بعد ذلك فخيره عمر بين امرأته وبين مهرها^(٢) أما تقديره الأجل بأربع سنين فإنه لما احتيج إلى انتظار المفقود مدة طويلة لاحتمال عوده، أخذ الأربع من مدة الإيلاء والسنين من أجل العين لأن كلاً منهما أجل مضروب لانتظار عود الزوج إليها بالوطء، ولم يقدّم في مقابل هذا المعنى ما يمنعه أو يعارضه، وأما تخييره الزوج بعد حضوره بين امرأته وبين مهرها فلأن تصرفه في التفريق

(١) أما تقديره للسنة في العين فقد أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٠٥ من طريق الزهري عن ابن المسيب عنه قال: يؤجل العين سنة. وأخرجه ابن أبي شيبه في النكاح ٣/ ٣٣١ من طريق الحسن عن عمر به. والبيهقي ٧/ ٢٢٦ من طريق قتادة عن ابن المسيب عن عمر به، وأما تقديره بأربع سنين في المفقود فقد تقدم تخريجه قريباً.

(٢) أخرج عبد الرزاق ٧/ ٨٦ أن رجلاً استهوته الجن على عهد عمر، فأنت امرأته عمر، فأمر أن تربص أربع سنين من حين رفعت أمرها إليه ثم أمر وليه فطلق، وأمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً، فجاء الرجل بعدما تزوجت، فخيره عمر بينها وبين الصداق. وأخرجه ابن أبي شيبه في النكاح ٣/ ٣٥٣، والبيهقي ٧/ ٤٤٥، ٤٤٦.

كان عن حاجة وضرورة دعت إليه بمنزلة تصرف الملتقط في اللقطة بعد التعريف، ثم إن جاء صاحبها بعد ذلك كان مخيراً بين إمضاء تصرفه وبين المطالبة بها.

فالمفقود المنقطع خبره إن قيل إن امرأته تبقى إلى أن يعلم خبره، بقيت لا أيماً ولا ذات زوج إلى أن تبقى من القواعد أو تموت والشرع لا يأتي بمثل هذا، فلما أجلت أربع سنين ولم يكشف خبره حكم بموته ظاهراً وحينئذ ساغ التفريق لكنه موقوف، فإن قدم الزوج وأجازه صار كالتفريق المأذون فيه، وإن لم يجزه، فإن لم تكن تزوجت بغيره فهي امرأته، وإن كانت قد تزوجت بغيره فإن كان الزوج الثاني لم يدخل بها فهي امرأة الأول أيضاً، وإن كان الزوج الثاني قد دخل بها خير الزوج الأول، إن شاء أجاز التفريق، وإن شاء رده. فإن أجازه جاز، ويكون الزوج الثاني صحيحاً، وإن لم يجزه كانت باقية على نكاحه، وبطل نكاح الثاني لكن له المهر عند الإجازة بناءً على أن البضع متقوم حالة الخروج، وهو قول الأكثرين كمالك^(١) والشافعي^(٢) وأحمد في إحدى الروايتين عنه^(٣)، والله أعلم.

* * *

(١) انظر: المدونة ٢/٤٤٨، ٤٤٩، الكافي ١/٤٦٨.

(٢) انظر: الأم ٥/٣٤٨، روضة الطالبين ٦/٣٨٠.

(٣) وهي المذهب، والرواية الأخرى أنه لا يأخذه. انظر: الإنصاف ٩/٢٩٢، ٢٩٣.

كتاب الشركة

قوله : (وجه الاستحسان^(١)) قوله عليه الصلاة والسلام «فاوضوا فإنه أعظم للبركة» وقوله : / ولنا^(٢) قوله عليه الصلاة والسلام «الربح على ما [١٣٩ / ب] شرطاً ، والوضيعة على قدر المالمين» .

هذان الحديثان منكران لا أصل لهما^(٣) .

قوله : (وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة ، قال رضي الله عنه : وهذه شركة ملك... إلى آخره) .

في قوله : وهذه شركة ملك . نظر ؛ لأنه إذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صارت شركة ملك ، ثم إن شاء عقدا بعد ذلك عقد الشركة مفاوضة ، وإن شاء عناناً ، فإذا فعلا ذلك فهي شركة عقد^(٤) ، وقد

(١) أي أن الشركة جائزة استحساناً ، وفي القياس لا تجوز .

(٢) على أنه يصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح .

(٣) أما الحديث الأول فقال عنه في نصب الراية ٣ / ٤٧٥ : غريب ، وقال في الدراية ٢ / ١٤٤ :

لم أجده .

وأما الحديث الثاني فقال في نصب الراية ٣ / ٤٧٥ : غريب جداً ، وقال في الدراية ٢ / ١٤٤ :

لم أجده .

(٤) الشركة في اصطلاح الفقهاء هي : الاجتماع في استحقاق أو تصرف . وهي على ضربين : =

استشكل ذلك الشيخ حافظ الدين، ثم قال: إلا أن يقال: أراد به هي شركة ملك وإن عقدا الشركة؛ لأن هذا العقد ك لا عقد لكون رأس المال عرضاً. انتهى.

وهذا الجواب لا يصح؛ لأنه قال: وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة، ولو كان مراده التحيل على تصحيح شركة الملك لم يكن لقوله: ثم عقدا الشركة. فائدة؛ لأنه يكون عقد الشركة عبثاً.

قوله: (ولأبي حنيفة رحمه الله أنه مأمور بأداء الزكاة، والمؤدى لم يقع زكاة فكان مخالفاً)^(١).

= شركة أملاك، وشركة عقود، أما شركة الأملاك فلا يقصد منها الربح والتجارة، وإنما هي التي تكون بين اثنين فأكثر قهراً، أو بغير فعلهما، كما لو ورثاه معاً، أو اختياراً منهما كما لو اشتريا شيئاً واحداً معاً، وهذه الشركة ليست هي المقصودة بالكلام في باب الشركة لدى الفقهاء، بل شركة العقود هي التي يقصدها الفقهاء بالبحث في باب الشركة، وأما شركة العقود فهي على صور:

شركة عنان، ومفاوضة، وأبدان، ووجوه.

فشركة العنان: أن يشترك شخصان أو أكثر في التجارة بأموال لهم، على أن يكون الربح بينهم.

وشركة المفاوضة: اشترك اثنين فأكثر في أموالهم.

وشركة الأبدان: اشترك اثنين فأكثر فيما يكتسبونه بأيديهم.

وشركة الوجوه: اشترك اثنين فأكثر فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما. انظر: المغني

٣/٥ وما بعدها، المغرب ١٥٢/٢، أنيس الفقهاء ص ١٩٣، التعريفات ص ١٢٦، تهذيب

الأسماء واللغات ٤٧/٢/٣، البناية ٨٢٥/٦ وما بعدها.

(١) هذه المسألة فرعها صاحب الهداية عن مسألة أحد الشريكين يؤدي زكاة مال الآخر فليس له

ذلك إلا بإذنه. الهداية ١٣/٣.

لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن يجيبا عن هذا بأن الوكيل أتى بما أمر به، وكون المؤدى لم يقع زكاة لا ينافي امتثال الأمر، وليس في وسعه غير ذلك، فإن وقوع المؤدى زكاة ليس في وسعه لافتقاره إلى نية المالك، ولا اطلاع له على قلبه فلم تكن الوكالة انعقدت إلا على الأداء إلى الفقير فقط؛ لأن النية لا تجزئ فيها النيابة، وإذا ثبت أن الوكالة لم تنتظم النية، - وإنما انعقدت على الأداء إلى الفقير؛ لأنه هو الذي يتصور الاستنابة - انتفت المخالفة، وانتفى أن يكون أداء المالك قبله عزلاً حكماً فانتهى الضمان.

* * *

كتاب الوقف

قوله: (ولأبي حنيفة^(١) رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام «لا حبس عن فرائض الله تعالى»^(٢)).

أخرجه الدارقطني من حديث ابن عباس وفي سنده ابن لهيعة^(٣) وأخوه عيسى^(٤) وهما ضعيفان^(٥)، وأخرجه البيهقي من قول شريح^(٦).

قوله: (وعن شريح القاضي رحمه الله: «جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبس»).

أخرجه البيهقي^(٧)، وإن صحَّ عن شريح فلا حجة فيه؛ لأنه قاله اجتهاداً

- (١) أي على أنه لا يزول ملك الواقف عن العين الموقوفة.
- (٢) ومعنى الحديث أي لا يوقف مال ولا يزوى عن وارثه. النهاية ١/٣٢٩.
- (٣) عبد الله بن لهيعة - بفتح اللام وكسر الهاء - ابن عقبة الحضرمي، أبو عبد الرحمن المصري، القاضي، صدوق، خلط بعد احتراق كتبه، مات سنة ١٧٤ هـ. التقريب ص ٣١٩.
- (٤) عيسى بن لهيعة ذكره العقيلي في الضعفاء ٣/٣٩٧.
- (٥) انظر: سنن الدارقطني ٤/٦٨.
- (٦) سنن البيهقي ٦/١٦٢ وهو عند ابن أبي شيبة في مصنفه ٥/١٠٨ من قول علي رضي الله عنه وحسن إسناده في الدراية ٢/١٤٥ وأما إسناده عند الدارقطني والبيهقي فهو ضعيف كما ذكره المؤلف عنهما، وذكره صاحب نصب الراية ٣/٤٧٧، والدراية ٢/١٤٥.
- (٧) في سننه ٦/١٦٣ ولفظه جاء محمد ﷺ بمنع الحُبس. وكذا هو عند ابن أبي شيبة في البيوع ٥/١٠٩ من حديث شريح بهذا موقوفاً. وصحح إسناده في الدراية ٢/١٤٥ والحُبس بضم الباء جمع حبس، وأراد به ما كان أهل الجاهلية يحبسونه ويحرمونه من ظهور الحامي، والسائبة، والبحيرة، وما أشبهها، فنزل القرآن بإحلال ما حرموا منها، وإطلاق ما حبسوه، النهاية ١/٣٢٩.

منه كأنه اعتبره بالسائبة^(١) وإلا فحديث ابن عمر رضي الله عنهما «أن عمر أصاب أرضاً بخير، فقال: يا رسول الله أصبت أرضاً بخير لم أصب مالا أحب إلي ولا أنفس عندي منها، فما تأمرني به؟ فقال: إن شئت حبست أصلها وتصدق بها، قال: فتصدق بها عمر على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث، في الفقراء وذوي القربى والرقاب والضيف وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول^(٢)»، وفي لفظ «غير متائل^(٣) مالا» أخرجه الجماعة^(٤).

وحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية، أو علم ينتفع به من بعده، أو ولد صالح يدعو له» رواه مسلم^(٥) والترمذي وقال: هذا حديث حسن صحيح^(٦)، وأكثر أهل

(١) السائبة: كل ناقة كانت تسيب لنذر أو لقدم من سفر، أو براء من مرض، أو غير ذلك فإن صاحبها يسيبها فلا تمتع من ماء ولا مرعى ولا تحلب ولا تركب، النهاية ٢/٤٣١، المغرب ٤٢٦/١.

(٢) أي غير متخذ مالا. المجموع المغيث ٣/٢٤٢.

(٣) غير جامع للمال. النهاية ١/٢٣.

(٤) البخاري مع الفتح - شروط - باب الشروط في الوقف ٥/٣٥٤، ومسلم - وصية - باب الوقف - حديث رقم ١٦٣٢، والترمذي - أحكام - باب في الوقف ٣/٦٥٩، وأبو داود - وصايا - باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ٣/١١٦، والنسائي - أحباس - باب كيف يكتب الحبس ٦/٢٣٠، وابن ماجه - صدقات - باب من وقف ٢/٨٠١.

(٥) في صحيحه - كتاب الوصية - باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته - حديث رقم ١٦٣١.

(٦) في سننه - أحكام - باب في الوقف ٣/٦٦٠ والمؤلف أورد هذا الحديث شاهداً على جواز الوقف، قال البغوي رحمه الله: هذا الحديث يدل على جواز الوقف على وجوه الخير واستحبابه، وهو المراد بالصدقة الجارية. شرح السنة ١/٣٠٠.

العلم من السلف والخلف على القول بصحة الوقف، قال جابر رضي الله عنه: «لم يكن أحد من أصحاب رسول الله ذو مقدرة إلا وقف»^(١) وقد استبعد محمد قول أبي حنيفة في الكتاب^(٢) وسماه تحكماً على الناس من غير حجة، وقال: «ما أخذ الناس بقول أصحابه إلا بتركهم التحكم على الناس» هكذا حكاه السغناقي في شرحه^(٣).

قوله: (بخلاف الإعتاق، لأنه إتلاف).

لا ينبغي إطلاق لفظ الإتلاف على الإعتاق، بل هو إنهاء للملك وإحياء للعبد معنى بإزالة الرق عنه، وإن كان فيه إتلاف ماليته ضمناً، ففي الحقيقة قد تصدق على العبد بماليته، فلا إتلاف أصلاً، والعجب من المصنف كيف يقول هنا: إن الإعتاق إتلاف، وهو في كتاب أدب القاضي يقول: إن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه من العبد المشترك ثم مات أنه يسقط عنه ضمان نصيب شريكه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه صلة عنده، وليس بضمان إتلاف^(٤)، والعكس أولى، وهو أن ينظر هناك إلى معنى الإتلاف لأنه أفسد نصيب شريكه، وهنا إلى معنى الإحياء المعنوي وإزالة الرق، ولهذا يؤثر عليه عملاً بالشبهين على هذا الوجه لا العكس^(٥).

(١) ذكره في المغني ٥/٥٩٨، وبيض له الألباني في إرواء الغليل ٦/٢٩.

(٢) يعني مختصر القدوري.

(٣) لم يشر صاحب العناية إلى ذلك.

(٤) انظر: الهداية ٣/١١٦.

(٥) في الأصل: لا يعكس، والمثبت من: ع.

[١٤٠/أ]

قوله: (/ منها^(١)) : قوله: « فقد حبس أدرعاً وأفراساً له في سبيل الله تعالى ، وطلحة حبس دروعه^(٢) في سبيل الله » ويروى « أكرعه » .

الذي في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي هريرة رضي الله عنه « وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً ، قد احتبس أدرعه وأعتده في سبيل الله »^(٣) والأعتد والأعتاد جمع عتاد ، وهو ما أعده الرجل من السلاح والدواب والآلة للحرب^(٤) ، وليس لطلحة ذكر في كتب الحديث ، ولعل المصنف اشتبه عليه حديث أبي طلحة الأنصاري ، ولكن أبو طلحة إنما وقف أرضاً له يقال لها بَيْرُحاء ، وحديثه في الصحيحين^(٥) وغيرهما ، ولم يقف منقولاً .

قوله: (ولأبي يوسف^(٦) عن النبي ﷺ « كان يأكل من صدقته »^(٧)) والمراد منها صدقته الموقوفة) .

(١) من الآثار الدالة على جواز وقف الكراع والسلاح .

(٢) في الأصل : درعه .

(٣) أخرجه البخاري - زكاة - باب قول الله تعالى : ﴿ فِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ ﴾ ٣ / ٣٣١ ، ومسلم - زكاة - باب في تقديم الزكاة ومنعها - حديث رقم ٩٨٣ .

(٤) انظر : النهاية ٣ / ١٧٦ .

(٥) عن أنس رضي الله عنه قال : « لما نزلت ﴿ لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ﴾ جاء أبو طلحة إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله يقول الله تبارك وتعالى في كتابه : ﴿ لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ﴾ وإن أحب أموالي إلي بيرحاء ، فهي إلى الله عز وجل وإلى رسوله أرجو برة وذخره ، فضعها يا رسول الله حيث أراك الله . . . » الحديث رواه البخاري - وصايا - باب من تصدق إلى وكيله ثم رد الوكيل إليه ٥ / ٢٨٧ ، ومسلم - زكاة - باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين - حديث رقم ٩٩٨ .

(٦) أي فيما ذهب إليه من أن الواقف إذا جعل غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز .

(٧) قال في نصب الراية ٣ / ٤٧٩ : غريب . وقال في الدراية ٢ / ١٤٦ : لم أجده .

ذكر في المغني عن أحمد قال: سمعت ابن عيينة^(١) عن ابن طاووس^(٢) عن أبيه عن حجر المدري^(٣) «أن في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر»^(٤)، وكان هذا هو الذي أشار إليه المصنف، والله أعلم.

* * *

-
- (١) سفيان بن عيينة بن أبي عمران، أبو محمد الكوفي، ثقة حافظ فقيه إمام حجة، إلا أنه تغير حفظه بآخره، وكان ربما دلس، لكن عن الثقات، مات سنة ١٩٨ هـ. التقريب ص ٢٤٥.
- (٢) هو: عبد الله بن طاووس بن كيسان اليماني، أبو محمد، ثقة، فاضل عابد، مات سنة ١٣٢ هـ. التقريب ص ٣٠٨.
- (٣) حجر بن قيس الهمداني، المدري، الحجوري، ثقة. التقريب ص ١٥٤.
- (٤) المغني ٥/ ٦٠٥ والحديث أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٨/ ٣٧٤ في كتاب الرد على أبي حنيفة.
- وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٤٦: ويمكن أن يكون المراد أنه ﷺ كان يأكل من الأراضي التي قال فيها: ما تركت بعدي فهو صدقة.

كتاب البيوع

قوله: (ولنا أن في الفسخ إبطال حق الآخر فلا يجوز^(١))، والحديث^(٢) محمول على خيار القبول^(٣) وفيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها أو يحتمله فيحمل عليه، والتفرق تفرق الأقوال).

هلاً قال في خيار البلوغ في النكاح إن في الفسخ إبطال حق الآخر^(٤). ولا نص هناك، وللمخالف أن يقول: إن خيار المجلس لا يوجب إبطال حق الآخر بعد ثبوته، بل فيه امتناع من لزومه قبل ثبوته.

فإن من قال بثبوت خيار المجلس، لا يقول بلزومه^(٥) قبل التفرق بالأبدان، وله أن يقول: إن حمل الحديث على خيار القبول هضم لفائدته إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه أو تركه.

(١) يعني أن فسخ البيع الذي سوغه الخيار من أحد الطرفين يبطل حق الطرف الآخر، وهذا دليل نظري يرد به على القائلين بالخيار.

(٢) أن الوارد في الخيار من حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار» أخرجه البخاري مع الفتح - بيوع ٤/٣٢٨ واللفظ له. ومسلم - بيوع - حديث رقم ١٥٣١.

(٣) المراد بالقبول نظير الإيجاب اللذان هما ركنا البيع، كأنه يريد أن يقول: إن المراد من الخيار في الحديث قبول أحد الطرفين أو عدمه ثم إذا قبل فلا خيار.

(٤) وذلك أن المصنف في كتاب النكاح أثبت الخيار للصغير والصغيرة إذا بلغا إن كان الذي زوجها حال صغرها غير الأب والجد. الهداية ١/٢١٦.

(٥) أي بلزوم الحق لأحد الطرفين.

وكلام الشارع يجب حمله على أكمل الفوائد، ولم يكن خيار القبول مما يحتاج إلى بيان من الشارع، فإنه بين معلوم، فلا بد من حمل كلام الشارع على فائدة جليلة.

فإن قيل: إن المراد إفادة أن للآخر القبول في المجلس لا مطلقاً في المجلس وبعده إلى ما لا نهاية، قيل: هذه الفائدة لا تخفى حتى تحتاج إلى بيان، وله أن يقول: إن تسميتهما متبايعين حالة المباشرة^(١) حقيقة، لو سلم لا يمنع من إثبات حكم الخيار إلى أن يوجد التفرق، ولا يتم المراد إلا بأن يكون المراد من التفرق: تفرق الأقوال^(٢)، وهو ممنوع، وقد استدل لوروده^(٣) بقوله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَةُ﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿لَا تَفَرَّقْ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ﴾^(٥)، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ﴾^(٦).

وقوله عليه الصلاة والسلام: «... وتفترق أمتي على ثلاث وسبعين ملة»^(٧). وُفِّرَقَ بينهما بأن هذه الشواهد كلها ليس فيها تفرق بالأقوال التي هي

(١) أي مباشرة البيع والشراء.

(٢) هو أن يقول الآخر بعد الإيجاب: لا أشتري، أو يرجع الذي أوجب قبل أن يتم القبول.

(٣) أي في الشرع.

(٤) سورة البينة، الآية: ٤.

(٥) سورة البقرة، الآية: ٢٨٥.

(٦) سورة النساء، الآية: ١٣٠.

(٧) أخرجه أحمد في المسند ٢/٣٣٢. والترمذي-إيمان-باب ما جاء في افتراق هذه الأمة ٢٥/٥ وقال: حديث حسن صحيح. وأبو داود-سنة-باب شرح السنة ٤/١٩٧. وابن ماجه-فتن-باب افتراق الأم ٢/١٣٢٢. والحاكم في المستدرک ١/٤٧، ٢١٧، والبيهقي في سننه ١٠/٢٠٨. وهو في الصحيحة ١/٣٥٦ رقم ٢٠٣.

تلفظ باللسان، وإنما هي تفرق في الاعتقاد، وذلك عمل القلب، وتفرق من عقده انحلّ بعد عقده أعني في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ﴾ والمتبايعان في حال مباشرة العقد إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه، ولو كان المعنى أنهما بالخيار حال مباشرة العقد قبل أن يفرغا منه لكانت العبارة الصحيحة عن ذلك «ما لم يتفقا» لا «ما لم يتفرقا»^(١) لأنهما بعد العقد قد اتفقا عليه.

قال أبو عمر بن عبد البر: وأما ما اعتلوا به من أن الافتراق يكون بالكلام، فيقال لهم: أخبرونا عن الكلام الذي وقع به الاجتماع، وتم به البيع أهو الكلام الذي أريد به الافتراق أم غيره؟ فإن قالوا: هو غيره، فقد أحالوا وجاؤوا بما لا يعقل، لأنه ليس ثم كلام غير ذلك، وإن قالوا: هو ذلك الكلام بعينه، قيل لهم: كيف يجوز أن يكون الكلام الذي به اجتماعا وتم به بيعهما به افتراقا وبه انفسخ بيعهما؟ هذا ما لا يفهم ولا يعقل. انتهى^(٢).

والذين اختلفوا في الكتاب أو في الرسل أو في العقائد، قد اختلفوا ولم يتفقوا فلا يصح حمل الحديث عليه، وأيضاً فإن الصحابة إنما فهموا تفرق الأبدان فإن ابن عمر رضي الله عنهما «كان إذا بايع رجلاً مشى خطوات»^(٣)،

(١) أي في حديث ابن عمر المتقدم.

(٢) التمهيد ١٨/١٤.

(٣) متفق عليه. أخرجه البخاري مع الفتح - بيوع - باب كم يجوز الخيار ٤/٣٢٦. ومسلم - بيوع حديث رقم ١٥٣١.

وهذا الفعل من ابن عمر، ذكر الحافظ في التلخيص ٣/٢٠ أنه لم يبلغه النهي عن =

[١٤٠/ب] أيضاً عن عمر^(٣) وابن عباس^(٤) وأبي هريرة^(٥) رضي الله عنهم ولم ينقل / عن

= ذلك في حديث عبد الله بن عمرو بن العاص «لا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله» اهـ. وهذه الزيادة في حديث عبد الله بن عمرو عند أحمد ١٨٣/٢ والترمذي في البيوع ٣/٥٥٠ وأبي داود في البيوع ٣/٢٧٣ والنسائي في البيوع ٧/٣٥٢ والبيهقي ٥/٢٧١، وحسنها الألباني في الإرواء ٥/١٥٥.

(١) أبو برزة الأسلمي، مشهور بكنيته، واسمه نضلة بن عبيد على الصحيح، نزل البصرة وله بها دار، وأتى خراسان فنزل مرو، ومات بالبصرة بعد ولاية ابن زياد، وقبل موت معاوية سنة ٦٠هـ وقيل ٦٤هـ. انظر الاستيعاب ٤/٢٤، والإصابة ٣/٥٥٦، ٤/١٩.

(٢) أخرج أبو داود في سننه - كتاب البيوع - باب في خيار المتبايعين ٣/٢٧٣ عن أبي الوضيء قال: غزونا غزوة لنا، فنزلنا منزلاً، فباع صاحب لنا فرساً بغلام، ثم أقاما بقية يومهما وليتهما، فلما أصبحا من الغد حضر الرحيل فقام إلى فرسه يسرجه فندم، فأتى الرجل وأخذه بالبيع، فأبى الرجل أن يدفعه إليه، فقال: بيني وبينك أبو برزة صاحب النبي ﷺ، فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر، فقالا له هذه القصة، فقال: أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله ﷺ؟ قال رسول الله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» ما أراكما افترقتما.

ورواه ابن ماجه في التجارات - باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا - ٧٣٦/٢، والبيهقي ٥/٢٧٠.

قال المنذري في مختصره ٥/٩٦: رجال إسناده ثقات، وصحح إسناده النووي في المجموع ٩/١٨٥، وهو في صحيح ابن ماجه ٢/١٢ رقم ١٧٧٥.

(٣) أخرج عبد الرزاق في مصنفه ٨/٥٢ عنه - رضي الله عنه - قال: «إنما البيع عن صفقة أو خيار، والمسلم عند شرطه».

(٤) أخرج البيهقي ٥/٢٧٠ عنه وعن ابن عمر أنهما كانا يقولان عن رسول الله ﷺ: «من اشتري بيعاً فوجب له، فهو بالخيار ما لم يفارقه صاحبه، إن شاء أخذه، فإن فارقه فلا خيار له».

(٥) أخرجه أبو داود في البيوع - باب في خيار المتبايعين ٣/٢٧٣ وعبد الرزاق ٨/٥١ والبيهقي =

أحد منهم خلاف ذلك وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاوس والزهري والأوزاعي وابن أبي ذئب والشافعي^(١) وأحمد^(٢)، وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، وقال مالك^(٣) وأبو حنيفة^(٤) بلزوم العقد بمجرد الإيجاب والقبول، ونُقل عن الشافعي^(٥) رحمه الله أنه قال: لا أدري هل اتهم مالك نفسه أو نافعاً وأعظم أن أقول^(٦): عبد الله بن عمر، وقال ابن أبي ذئب^(٧): يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث بعد

= ٥ / ٢٧١ عن أبي زرعة أن رجلاً ساومه بفرس له، فلما باعه خيره ثلاثاً، ثم قال: اختر، فخير كل واحد منهما صاحبه ثلاثاً، ثم قال أبو زرعة: سمعت أبا هريرة يقول: هكذا البيع عن تراض.

(١) انظر: الأم ٥ / ٣ . المجموع ٩ / ١٨٥ ، ١٨٦ ، روضة الطالبين ٣ / ١٠٠ .
(٢) انظر: مسائل الإمام أحمد لابن هانئ ٥ / ٢ . المحرر ١ / ٢٦١ ، الإنصاف ٤ / ٣٦٣ ، الإقناع ٨٤ / ٢ .

(٣) انظر: المدونة ٤ / ١٨٨ وذكر هناك أنه ليس لخيار المجلس عنده حد معروف ولا أمر معمول به . والكافي ٥٦ / ٢ وعبارته: وخيار المجلس عند مالك باطل، وعقد البيع بالقول لازم .
والتمهيد ٨ / ١٤ وما بعدها .

(٤) الهداية ٣ / ٢٤ . والعناية وفتح القدير ٦ / ٢٥٧ .
(٥) هذه دقة من المؤلف رحمه الله حيث أورد العبارة بصيغة التمريض - مع أنه استفادها من المغني كما سيذكرها قريباً - وقد وردت العبارة هناك بصيغة الجزم: (قال) وهذا من التثبيت في النقل، فلإني لم أقف على هذه العبارة إلا في المغني، إذ لم يذكرها في الأم، ولا في المجموع، ولا في التمهيد لابن عبد البر، مع أن هؤلاء قد أوردوا عبارة ابن أبي ذئب التي بعدها . والله أعلم .

(٦) في النسختين: يقول . ولا يستقيم .
(٧) هو محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب واسم أبي ذئب هشام بن شعبة، أبو الحارث القرشي، المدني، الفقيه، المحدث، كان قاضياً، وكان أقدم لقباً للكبائر من مالك، له من الكتب كتاب السنن، ويحتوي على كتب الفقه، توفي سنة ١٥٩ هـ . =

روايته له^(١)، نقل ذلك صاحب المغني^(٢)، وأيضاً رواه الدارقطني وفي لفظه: «حتى يتفرقا من مكانهما»^(٣) ففي الحديث زيادة بيان لما في حديث ابن عمر المتفق عليه^(٤)، مع أنه في كثير من رواياته^(٥) «ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً».

قوله: (إلا أن يبين ثمن كل واحد، لأنه صفتان^(٦) معنى^(٧)) .

فيه نظر، فإنه لو تعدد الثمن، واتحد العاقد والعقد، فإن خاطب واحداً

= انظر: طبقات ابن سعد ٥/٤٥٥، الفهرست ص ٢٨١، السير ٧/١٣٩، شذرات الذهب ١/٢٤٥.

ومقاتته في الإمام مالك أوردتها الذهبي في السير في ترجمته عن الإمام أحمد رحمه الله، ثم قال: كلام الأقران بعضهم في بعض لا يعول على كثير منه، فلا نقصت جلالة مالك بقول ابن أبي ذئب فيه، ولا ضعف العلماء ابن أبي ذئب بمقاتته هذه، ولم يسندها الإمام أحمد، فلعلها لم تصح. ا. هـ. السير ٧/١٤٢-١٤٣.

(١) انظر: الموطأ- كتاب البيوع- باب بيع الخيار ص ٥٥٩.

(٢) انظر: المغني ٣/٥٦٣ وعزا القول إلى هؤلاء أيضاً النووي في المجموع ٩/١٨٤، والتمهيد ١٤/١٥، وشرح السنة للبغوي ٨/٣٩، والمحلى ٧/٢٣٧.

(٣) سنن الدارقطني ٣/٥٠.

(٤) تقدم تخريجه ص ٣٣٥.

(٥) في النسختين: روايته، ولعل الصواب ما أثبتته.

(٦) كذا في النسختين بلفظ التثنية، وهي في الهداية المطبوعة ٣/٢٤: صفقات. بلفظ الجمع.

(٧) تصوير المسألة: أن البائع إذا أوجب المبيع فليس للمشتري أن يقبل في بعضه إذ قد يتضرر بتفريق الصفقة لأن عادة الباعة أن يضموا الجيد إلى الرديء ليروجه، هذه صورة.

وصورة أخرى: أن المشتري إذا أوجب المبيع بقوله: اشتريت هذه الأثواب أو هذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة. فتح التقدير ٦/٢٥٧. وصاحب الهداية استثنى من هذا ما إذا بين ثمن كل واحد، كما ذكره عن

المؤلف.

واحدًا وقال : بعث منك هذه الأثواب العشرة كل ثوب بعشرة كانت الصفقة متحدة، ذكره في المحيط^(١) وغيره^(٢) ، وكلام الشيخ في الرهن يدل على هذا^(٣) ، واعتذر عن الشيخ بأن مراده تكرار لفظ العقد^(٤) بأن قال : بعث منك هذا الثوب بعشرة، وبعث منك هذا الثوب بعشرة، وهذا لا يفهم من كلام الشيخ^(٥).



(١) عزاه إليه في البناية ١٩/٧، ٢٠.

(٢) انظر: المسوط ٧٥/١٣.

(٣) يظهر أنه يريد قوله في كتاب الرهن: ومن رهن عبدين بألف فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين. اهـ. الهداية ٤/٤٨١.

(٤) قال في العناية ١٠/١٦٩ عند هذه العبارة: وحاصله أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية، فكأنه رهن كل عبد بعقد على حدة، بخلاف البيع فإنها لا تتفرق بتفرق التسمية. اهـ.

(٥) الذين قالوا بأن العقد في هذه الصورة صفقة واحدة اعتذروا لصاحب الهداية في قوله صفقات بأنه مراده إذا كرر لفظ البيع كما حكاه المؤلف، فأما إذا لم يكرره وقد اتحد الإيجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة. البناية ١٩/٧. فتح القدير ٦/٢٥٧.

(٥) قال في فتح القدير ٦/٢٥٧: فظاهر الهداية أنه صفقتان وبه قال بعضهم. اهـ.

فصل

قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام: « من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمر للبائع إلا أن يشترط المبتاع »^(١) .

لفظ الحديث عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: « من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع » أخرجاه في الصحيحين، وأخرجه أهل السنن والمسند أيضاً^(٢)، ومعنى قوله: « حتى تؤبر » حتى تلحق، والمراد ظهور الثمرة من أكمامها، وهو يدل بمفهومه على أنه قبل التأبير للمشتري^(٣)، وهو قول الأئمة الثلاثة^(٤)،

(١) قال في نصب الراية ٥/٤: غريب بهذا اللفظ. وقال في الدراية ١٤٧/٢: لم أجده، وإنما المعروف حديث ابن عمر.

(٢) البخاري مع الفتح - بيوع - باب من باع نخلاً قد أبرت ٤/٤٠١. ومسلم - بيوع - حديث رقم ١٥٤٣. والترمذي - بيوع - باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير ٣/٥٤٦. وأبو داود - بيوع - باب في العبد يباع وله مال ٣/٢٦٨. والنسائي - بيوع - باب العبد يباع ويستثنى المشتري ماله ٧/٢٩٧. وابن ماجه - تجارات - باب ما جاء فيمن باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال ٢/٧٤٥. وهو في مسند أحمد ٢/٩، ٨٢. وفي متقى ابن الجارود برقم ٦٢٨ والطيالسي برقم ١٨٠٥ ص ٢٤٩.

(٣) أي من غير اشتراط منه على البائع.

(٤) المالكية والشافعية والحنابلة. انظر الكافي لابن عبد البر ٢/٤٥، وبداية المجتهد ٢/٢٢٥، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٢٥، والأم ٣/٥٠، وروضة الطالبين ٣/٢٠٥، وتكملة المجموع للسبكي ١١/٣٤٧-٣٤٨، والمغني ٤/٧٥، والكافي ٢/٦٩، والمحزر ١/٣١٥، والإقناع ٢/١٢٨، ١٢٩.

وغيرهم^(١)، وإلا يخلو قوله: «بعد أن تؤبر» عن فائدة؛ لأنه جعل التأبير حداً، لملك البائع للثمرة، ويكون ما قبله للمشتري وإلا لم يكن حداً وهي من فروع مسألة مفهوم الشرط^(٢)؛ ولأنه نماء كامن، لظهوره غاية^(٣) فكان تابعاً لأصله قبل ظهوره، وغير تابع له بعد ظهوره، كالحمل في الحيوان، والقول بأنه لا فرق بينهما - إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن أنه يلزم البائع قطعه، وتسليم النخل إلى المشتري - فيه نظر لما فيه من تضييع المال، وقياسه على تفرغ البيت من المتاع^(٤) لا يصح لوجود الفارق بينهما، وهو إفساد المال بغير منفعة.

قوله: (وقال الشافعي: يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع، لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد، وفي العادة أن لا يقطع كذلك، وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع، قلنا: هناك التسليم واجب أيضاً حتى يترك بأجر، وتسليم العوض كتسليم المعوض).

(١) ذهب إليه ابن حزم في المحلى ٣٣٦/٧. وعزاه ابن حجر في الفتح ٤٠٢/٤ إلى القرطبي.
 (٢) قال ابن حجر في الفتح ٤٠٢/٤ بعد حكايته خلاف العلماء في ذلك: فالحاصل أنه يستفاد من منطوقه حكمان، ومن مفهومه حكمان. أحدهما: بمفهوم الشرط، والآخر: بمفهوم الاستثناء. اهـ.

والمراد بالشرط في الحديث هو قوله: «من ابتاع نخلاً...» لأن من أداة من أدوات الشرط، ومسألة مفهوم الشرط من المسائل الأصولية، وهي مبسطة في أصول الفقه لكن يهمننا هنا أن المحققين من الحنفية لا يقولون بهذا النوع من المفهوم، وأن الحكم باق على ما كان عليه قبل التعليق. يعني أن الشرط لا يدل على نفي الحكم عما عده، وليس المراد أن ليس في ذكره فائدة. أصول السرخسي ٣٢٠/٢ - وما بعدها.
 البحر المحيط للزرکشي ٣٧/٤، وانظر تكملة فتح القدير ١٥٦/٩.

(٣) وذلك بخلاف الزرع مثلاً، فإنه ليس من نماء الأرض وإنما هو مودع فيها.

(٤) انظر: الهداية ٢٨/٣.

وبقول الشافعي^(١) قال مالك^(٢) وأحمد^(٣)، وفي القول بوجوب التسليم في الحال نظر لأنه إما أن يكون بإيجاب الشرع أو بإيجاب المتعاقدين أو بالعرف، ولم يوجد شيء من ذلك، والتسليم بعد صلاح الثمرة هو التسليم في مثله، كما لو كان في الدار المبيعة متاع لا يتمكن من تحويله إلا في أيام كثيرة لا يلزمه أن يجمع دواب البلد لنقله، بل ينقله نهاراً شيئاً بعد شيء، كما جرت العادة في ذلك فكذا هذا، يفرغ النخل من الثمرة في أوان تفرغها، ولا شيء عليه، كما لو انقضت مدة المساقاة والخارج ليس أخضر، فإن العامل يقوم على الثمرة إلى أن تنتهي والخارج بينهما على ما شرطاه من غير زيادة ولا أجرة.

قوله: (وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه^(٤) لأنه مودع فيها كالمُتاع).

في عدم دخول البذر في البيع نظر، فإنه بمنزلة الجنين في البطن، والأرض بمنزلة الأم، والحمل يدخل في بيع الأم تبعاً، ولا يشبه المتاع في البيت؛ لأن المتاع يمكن الوصول إليه، وجمعه ونقله بخلاف البذر، فإنه مستهلك في الأرض كما أن ماء الفحل مستهلك في رحم الأثني، ولهذا لا يكون في هذه الحالة متقوماً، ولا يصح إفراده بالبيع لعدم إمكان تسليمه ولهذا لم يجعل

(١) انظر مذهبه في: الأم ٥١/٣، الروضة ٢١١/٣. تكملة المجموع للسبكي ٣٤٧/١١.

(٢) انظر الكافي ٤٥/٢ - وما بعدها. بداية المجتهد ١٧٨/٢، ٢٢٥. القوانين الفقهية ص ٢٢٥.

(٣) انظر: المغني ٧٦-٧٧. الكافي ٧١-٧٢. المحرر ٣١٥/١ - وما بعدها.

(٤) أي في البيع.

الشارع الزرع لمن زرعه في أرض قوم بغير إذنه، بل قال: «إنه لا شيء له من الزرع وله نفقته» كذا رواه أهل السنن^(١) من/ حديث رافع بن خديج^(٢)، ويؤيد [١٤١/ أ] هذا قوله بعد ذلك: ولو نبت ولم تصر له قيمة، فقد قيل: لا تدخل فيه، وقد قيل: تدخل، وكأن هذا بناءً على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل. انتهى.

يعني أنه عند من قال: لا يجوز بيعه يدخل، وعند من قال: يجوز بيعه لا يدخل، كذا ذكره حافظ الدين النسفي في الكافي^(٣)، فإذا كان علّة دخوله في البيع بعد نباته - قبل أن يصير له قيمة - أنه لا يجوز بيعه أي إفراده بالبيع فما لم ينبت بعد أولى أن يدخل في البيع^(٤)، فإنه لا يصح إفراده^(٥) بالبيع رواية واحدة لعدم إمكان تسليمه.

(١) رواه أحمد في المسند ١٤١/٤. وأبو داود - بيوع - باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها ٢٦١/٣. والترمذي - أحكام - باب ما جاء فيمن زرع في أرض قوم بغير إذنه ٦٤٨/٣. وابن ماجه - رهون - باب من زرع في أرض قوم بغير إذنه ٨٢٤/٢. ولفظه: «من زرع في أرض قوم بغير إذنه فليس له من الزرع شيء وله نفقته» وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١١٧/٤، والبيهقي ١٣٦/٦. وأما قول المصنف: رواه أهل السنن فإنني لم أراه في سنن النسائي لا الصغرى ولا الكبرى، وصححه في الإرواء ٣٥٠/٥.

(٢) رافع بن خديج بن رافع الأنصاري الأوسي الحارثي، عرض على النبي ﷺ يوم بدر فاستصغره، وأجازه يوم أحد فخرج بها وشهد ما بعدها، استوطن المدينة إلى أن انتقضت جراحه في أول سنة ٧٤ هـ فمات وهو ابن ٨٦ سنة، وكان عريف قومه بالمدينة. انظر: الاستيعاب ٤٩٥/١. والإصابة ٤٩٥/١.

(٣) وذكره أيضاً في العناية وفتح القدير ٢٨٦/٦.

(٤) وتابعه في فتح القدير على ذلك ٢٨٦/٦.

(٥) أي هذا الذي لم ينبت بعد.

قوله: (وعلى المشتري قطعها في الحال تفرغاً لملك البائع، وهذا إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع).

القول بصحة البيع وإلزام المشتري القطع في الحال إذا شرط القطع ظاهر، وأما عند الإطلاق فظاهر النص يقتضي عدم جوازه، كما إذا شرط البقاء، وهو أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع» متفق عليه^(١)، وبظاهره أخذ الأئمة الثلاثة^(٢)، وقال صاحب الهداية: وقد قيل: لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها، والأول أصح. انتهى^(٣).

والقول بعدم الجواز على ما قال جمهور العلماء وهو ظاهر النص أولى، وتأويل معنى النهي أن يبيعها مدركة قبل إدراكها، صرف للحديث عن مدلوله من غير ضرورة^(٤).

* * *

(١) أخرجه البخاري مع الفتح - بيوع - باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ٤ / ٣٩٤ . ومسلم - بيوع - حديث رقم ١٥٣٤ من حديث ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢ / ٤١ ، بداية المجتهد ٢ / ١٧٨ ، القوانين الفقهية ص ٢٢٤ ، الأم ٣ / ٥٨ ، الروضة ٣ / ٢١٠ ، تكملة المجموع ١١ / ٤١٢ ، المغني ٤ / ٩٢ ، ٩٣ ، المحرر ١ / ٣١٦ ، الإقناع ٢ / ١٢٩ .

(٣) الهداية ٣ / ٢٩ .

(٤) كذا نقله في فتح القدير ٦ / ٢٩٠ عن فقهاءهم وأنهم تركوا ظاهر هذا الحديث وتأولوا معناه بنحو ما ذكر المؤلف .

باب خيار التشرط

قوله : (والأصل فيه ما روي «أن حَبَّان بن منقذ بن عمرو الأنصاري»^(١) كان يغبن في البياعات ، فقال له النبي ﷺ : إذا بايعت فقل : لا خلافة^(٢) ولي الخيار ثلاثة أيام» .

فيه نظر ، والذي في الصحيحين من حديث ابن عمر رضي الله عنه قال : ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يخدع في البيوع ، فقال : «من بايعت فقل : لا خلافة»^(٣) .

قال النووي في شرح مسلم : وقد جاء في رواية ليست بثابتة «أن النبي ﷺ جعل له مع هذا القول الخيار ثلاثة أيام في كل سلعة يبتاعها» انتهى^(٤) .

(١) حَبَّان - بفتح أوله وتشديد الموحدة بلا خلاف بين أهل العلم - ابن منقذ بن عمرو بن عطية بن حنساء بن النجار الأنصاري الخزرجي ، صحابي معروف وكان رجلاً ضعيفاً قد سفح في رأسه مأمومة ، مات في خلافة عثمان رضي الله عنه . انظر : الإصابة ١ / ٣٠٣ ، تهذيب الأسماء واللغات ١ / ١٥٢ .

(٢) أي لا خداع . النهاية ٢ / ٥٨ .

(٣) البخاري مع الفتح - بيوع - باب ما يكره من الخداع في البيع ٤ / ٣٣٧ . ومسلم - بيوع - حديث رقم ١٥٣٣ .

(٤) شرح النووي على صحيح مسلم ١٠ / ١٧٧ وقال في المجموع ٩ / ١٩٠ : وأما ما وقع في بعض كتب الفقه في هذا الحديث أن النبي ﷺ قال له : «اشترط الخيار ثلاثة أيام» فمنكر لا يعرف بهذا اللفظ في كتب الحديث . اهـ .

وعن طلحة بن زيد^(١) بن ركانه^(٢) «أنه كلم عمر بن الخطاب رضي الله عنه في البيوع، فقال: لا أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ، إنه كان ضرير البصر، فجعل له رسول الله ﷺ عهده ثلاثة أيام، إن رضي أخذ وإن سخط ترك» أخرجه البيهقي^(٣).

قال في المغني: ولا يثبت عندنا ما روي عن عمر رضي الله عنه، انتهى^(٤).

وعن محمد بن يحيى بن حبان^(٥) قال: «هو جدي منقذ بن عمرو، وكان رجلاً قد أصابته آفة في رأسه، فكسرت لسانه، فكان لا يدع على ذلك التجارة فكان لا يزال يغبن، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال: إذا أنت بايعت فقل: لا خلافة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال إن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها» رواه البخاري في تاريخه^(٦)، وابن ماجه^(٧).

(١) كذا في النسختين، وفي البيهقي: يزيد.

(٢) هو طلحة بن ركانة بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف القرشي المطلبي، جاء في سند مالك في الموطأ عن يزيد بن طلحة عن النبي ﷺ، ورواه وكيع عن مالك عن يزيد بن طلحة عن أبيه، وفي سند آخر عن مالك قال: عن طلحة بن يزيد بن ركانة عن أبي هريرة، قال الدارقطني: إنما هو يزيد بن طلحة بن ركانة مرسلًا. انظر الإصابة ٢/٢٢٨.

(٣) في سننه ٥/٢٧٤، وأعله بانفراد ابن لهيعة به.

(٤) المغني ٣/٥٨٦.

(٥) محمد بن يحيى بن حبان بن منقذ الأنصاري، المدني، ثقة فقيه، مات سنة ١٢١ هـ وهو ابن أربع وسبعين سنة. التقريب ص ٥١٢.

(٦) التاريخ الأوسط ١/٨٧، ٨٨ (وهو مطبوع باسم التاريخ الصغير).

(٧) في سننه - أحكام - باب الحجر على من يفسد ماله ٢/٧٨٨.

والدارقطني^(١) ، وهذا الحديث يدل على أن الخيار يثبت له ثلاثة أيام ، وإن لم يقل : ولي الخيار ثلاثة أيام ؛ لأنه قال : «ثم أنت بالخيار ثلاثة ليال» الحديث .

وفي هذا الحديث أن صاحب القصة منقذ والد حبان ، وهنا نظر آخر وهو أن الصحيح من الحديث يدل على أن من كان يغبن في البياعات غبنًا يخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ والإمضاء^(٢) ، وبهذا قال مالك^(٣) وأحمد^(٤) ، فكيف يعدل عما دل عليه الصحيح من غير نص معارض ؟ .

وقال أحمد : إذا قال أحد المتعاقدين عند العقد : لا خلافة أن ذلك جائز وله الخيار إذا خلبه ، وإن لم يكن خلبه فليس له خيار^(٥) للحديث المذكور ، وقد أجيب عن هذا : بأنه خاص به^(٦) ، ولم يثبت ما يدل على الخصوص ، وقد ذكر السغناقي في باب المراجعة والتولية عن صاحب المحيط أنه قال : ثم في الأجل المشروط إذا باعه من غير بيان وعلم به المشتري فله الخيار ، إن شاء رضي به وإن شاء رده .

(١) في سننه ٥٤/٣ ، ٥٥ . قال النووي رحمه الله في المجموع ٩/١٩٠ : هذا الحديث حسن رواه ابن ماجه بإسناد حسن وكذا رواه البخاري في تاريخه في ترجمة منقذ بن حبان بإسناد صحيح . اهـ . وهو في صحيح ابن ماجه ٤١/٢ رقم ١٩٠٧ .

(٢) هذا يُسمى عند الفقهاء المسترسل وهو الذي لا يحسن أن يماكس ، وبمعنى آخر هو الذي يستسلم للبائع بمعنى أنه يفوض إليه القيمة ولذا يسمى بيع الاستنابة . انظر المغني ٣/٥٨٤ . القوانين الفقهية ص ٢٢٦ .

(٣) انظر : الكافي ٢/٥٦ . بداية المجتهد ٢/٢٥١ . القوانين الفقهية ص ٢٣٠ .

(٤) انظر : المغني ٣/٥٨٤ . الإنصاف ٤/٣٩٦ . الإقناع ٢/٨٤ . مجموع الفتاوى ٢٩/٣٦٠ .

(٥) انظر : المغني ٣/٥٩٢ .

(٦) انظر : فتح القدير ٦/٣٠٠ .

ذكر المسألة في الأصل والجامع الصغير^(١)، وتصير هذه المسألة رواية فيمن اشترى شيئاً وصار مغبوناً فيه غبناً فاحشاً، أن له أن يرده على البائع بحكم الغبن وإليه أشار محمد في كتاب الصلح في باب الصلح عن العيوب .

وكان القاضي أبو علي النسفي^(٢) يحكي عن أستاذه^(٣) أنه كان يقول: في المسألة روايتان عن أصحابنا، وكان يفتي برواية الرد رفقا بالناس ثم حكى عن طائفة من الأصحاب أنهم كانوا يفتون أن البائع إن كان قال للمشتري: قيمة متاعي كذا، أو قال: متاعي يساوي كذا فاشترى بناء على ذلك، ثم ظهر بخلافه. أن له الرد بحكم التغيرير، أما إذا لم يقل ذلك فليس له الرد، وغيرهم كانوا يفتون بالرد على كل حال، انتهى .

قوله: (لحديث ابن عمر رضي الله عنهما «أنه أجاز البيع إلى شهرين»^(٤)) .
لم أره في كتب الحديث ، وكذا قال ابن الترمذاني أيضاً^(٥) .

(١) انظر الأصل ١/١٥٥، والجامع الصغير ص ٣٤٨، والعناية ٦/٥٠٨ .

(٢) هو الحسين بن الخليل بن أحمد بن محمد، أبو علي النسفي، الفقيه، نزيل سمرقند، تفقه على أبي الخطاب الكعبي، وأبي حامد الشجاعى، فاضل ورع، له يد باسطة في النظر، له الفوائد، توفي سنة ٥٣٣هـ .

الجواهر المضية ٢/١١٠ . الطبقات السنية ٣/١٣٢، رقم ٧٤٦ . مفتاح السعادة ٢/٥٦٠ .

(٣) لعله أحد المذكورين في الترجمة المقدمة، الكعبي أو الشجاعى، وانظر ترجمة الكعبي في الجواهر المضية ٤/٤٤ . وترجمة الشجاعى في الجواهر المضية ١/٣٢٣ . وطبقات الشافعية للسبكي ٤/٨٣، والطبقات السنية ٢/٩٨، رقم ٣٧٣ .

(٤) أورد صاحب الهداية هذا الأثر عن ابن عمر مستدلأ به لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله فيما ذهب إليه من أن مدة الخيار يمكن أن تزيد على ثلاثة أيام إذا سُمي مدة معلومة خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله إذ يرى أنه لا يجوز أكثر من الثلاثة الأيام لحديث حبان بن منقذ المتقدم .

(٥) قال في نصب الراية ٤/٨: غريب جداً، ولم يذكره في الدراية .

باب خيار الرؤية /

[١٤٠ / ب]

قوله : (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه »)^(١) .

هذا حديث ضعيف . قال في المغني : يرويه عمر بن إبراهيم الكردي ، وهو متروك الحديث^(٢) ، وقال البيهقي : قال أبو الحسن الحافظ^(٣) : عمر بن إبراهيم يضع الحديث ، وأخرجه من طريق أخرى وضعفها^(٤) .

* * *

(١) يستدل بهذا الحديث على ما ذهب إليه من أن من اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز وله الخيار إذا رآه ، خلافاً للشافعي إذ يقول : لا يصح العقد أصلاً لأن البيع مجهول . الهداية ٦٣ / ٣ .

(٢) المغني ٥٨١ / ٣ .

(٣) هو الدارقطني . وانظر قوله في سننه ٥ / ٣ .

(٤) سنن البيهقي ٢٦٨ / ٥ . والطريق الأخرى هي من رواية أبي بكر بن أبي مریم ، وهو ضعيف والحديث مرسل . سنن الدارقطني .

وقال الدارقطني في سننه ٥ / ٣ عن رواية عمر الكردي : وهذا باطل لا يصح ، وإنما يروى عن ابن سيرين موقوفاً من قوله . اهـ .

باب خيار العيب

قوله: (ومن باع عبداً، فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب^(١) فإن قبل^(٢) بقضاء القاضي بإقرار^(٣) أو بينة^(٤) أو بإبائه يمين^(٥)، له أن يرده على بائعه^(٦)؛ لأنه فسخ من الأصل^(٧) فجعل البيع كأن لم يكن^(٨)).

فيه نظر، فإن البيع لو كان عقاراً لا يبطل حق الشفيع في الشفعة، ولو كان^(٩) أمة جلي فولدت فادعاه أبو البائع بعد الرد بقضاء لا تصح الدعوة ولو كان البائع أحال غريباً له على المشتري لا تبطل الحوالة، ولو كان الرد بقضاء فسحاً للعقد من أصله^(١٠) لبطل حق الشفيع، ولصحت دعوة أبي البائع الولد^(١١) ولبطلت

(١) أي المشتري الأخير يرده على البائع الأول.

(٢) يعني البائع الأول.

(٣) أي بسبب إقراره وهو البائع الأول.

(٤) وذلك بسبب أنه أنكر العيب مثلاً، أو أنكر الإقرار على العيب.

(٥) أي نكوله عن اليمين على العيب.

(٦) هو الأول.

(٧) أي من كل وجه.

(٨) أي صار البيع الثاني كالمعدوم، والبيع الأول قائم.

(٩) أي البيع.

(١٠) هذارد على قول صاحب الهداية: لأنه فسخ من الأصل.

(١١) كما لو لم يبعها الابن فادعاه الأب فإنه تصح دعواه فكذلك على القول بأن الرد بقضاء

يكون فسحاً للعقد من أصله تصح دعواه، والصحيح كما قدم المؤلف أنه لا تصح دعواه.

الحوالة^(١) ، وقد أجاب السغناقي في شرحه عن هذا الإشكال بما معناه أن الفسخ من الأصل إنما يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى ، وهذا تقرير للإشكال :

* * *

(١) هذه الإيرادات والاستشكالات أوردها في فتح القدير ٦/٣٧٦ ، ثم ذكر جواب محمد عنها بنحو جواب السغناقي الذي ذكره المؤلف .

باب البيع الفاسد

قوله: (والبيع بالخمير والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع، وهو مبادلة المال بالمال، فإنه مال عند البعض... إلى أن قال: وأما بيع الخمر والخنزير إن كان بالدين كالدرهم والدنانير فالبيع باطل، وإن كان قبول بعين فالبيع فاسد^(١) حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير، ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانتته... إلى آخر المسألة).

فيه نظر، بل ينبغي أن يكون البيع باطلاً على كل حال، فإن في جعل الخمر ثمناً إعزاز لها أيضاً؛ لأن الأثمان يجب أن تكون أموالاً، والخمر ليست

(١) يفرق علماء الحنفية بين الباطل والفاسد في المعاملات، أما في أمر العبادات فمعناهما واحد. فالباطل عندهم ما كان الفساد في أصله ووصفه، والفاسد ما كان الفساد في وصفه فقط، وجميع مسائل النهي عندهم من حيث القبح تدور على هذا الأصل، إما لذاته وإما لغيره.

فمثال الباطل - وهو ما يكون الخلل فيه في أصل العقد من البيع أو الثمن - بيع الصبي غير المميز والمجنون، وبيع المعدوم، وبيع ما ليس بمال في الإسلام كالخمر والخنزير، وهو لا يفيد الملك.

ومثال الفاسد - وهو ما كان الخلل فيه في وصف من أوصاف العقد - البيع بثمن غير معلوم، أو المقترن بشرط فاسد، والزواج بلا شهود، وهو يفيد الملك عند اتصال القبض به. انظر مثلاً أصول السرخسي ٧٩/٢ - وما بعدها. وأنيس الفقهاء ص ٢٠٩. وتيسير التحرير ٢٣٦/٢. والتعريفات ٤٢.

بمال في حق المسلم . وقوله : فإنه مال عند البعض . يوهم أن الخمر والخنزير مال عند بعض المسلمين ، وهذا غير صحيح ، وكونهما مالاً عند أهل الذمة لا يبني عليه حكم عند المسلمين ، فإن اعتقادهم ماليتهما اعتقاد باطل .

وكوننا لا نتعرض إليهم إعراضاً عنهم كما لا نتعرض إليهم في كفرهم ، والخمر وإن كانت مباحة في دينهم ومالاً عندهم فالخنزير حرام ليس بمال في دينهم ، وليس لهم على تحليله دليل عن نبينهم ، قيل : إن الخنزير لم يحل في ملة نبي من الأنبياء^(١) ، وقيل : إنه نزل تحريمه على آدم .

وكم قد بدلوا من شريعتهم ، ونحن لا نتعرض إليهم في شيء من ذلك ، ولو كان الخنزير مالاً عندهم في شريعتهم لم يلزم منه اعتبار جواز ذلك في ديننا لأن^(٢) ذلك مما نسخ في شريعتنا ، ولا حكم للمنسوخ في شريعتنا ، لا فرق بين الخمر والخنزير وبين الدم والميتة ، وكما أنا إذا ضربنا الجزية على المجوسي أو الوثني من العجم وهم يبيعون الدم والميتة لا يتعرض لهم في ذلك ولا يلزم منه أن يكون الميتة والدم مالاً ، ويكون البيع بها فاسداً لا باطلاً فكذلك الخمر والخنزير .

وقول صاحب المبسوط : إن المالية بكون العين شرعاً منتفعاً بها ، وقد أثبت الله تعالى ذلك في الخمر بقوله : ﴿ ومنافع للناس ﴾^(٣) ؛ ولأنها كانت مالاً متقوماً قبل التحريم وإنما ثبت بالنص حرمة تناول ونجاسة العين .

(١) قال ابن القيم رحمه الله في زاد المعاد ٥/٧٦٣ : فإن استباحته - أي الخنزير - وبيعه مخالفة لما أجمعت الرسل على تحريمه ، وإن اعتقد الكافر حلّه ، فهو كبيع الأصنام للمشركين .

(٢) في ز : لكن . والمثبت من : ع .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢١٩ .

وليس من ضرورته انعدام المالية كالسارقين^(١) إلا أنه فسد تقومها شرعاً لضرورة وجوب الاجتناب عنها بالنص ، ولهذا بقيت مالاً متقوماً في حق أهل الذمة فانعقد العقد بوجود ركنه في محله بصفة الفساد . انتهى^(٢) .

جوابه مع ما تقدم أنا لا نسلم أن الخمر مما يجوز الانتفاع بها شرعاً^(٣) ، والآية التي ذكرها ، قد نزل بعدها قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ ﴾^(٤) الآيات ، فأمر سبحانه باجتنب الخمر ، ولهذا لا يجوز التداوي بها عند أكثر العلماء كأبي حنيفة^(٥) ومالك^(٦) وأحمد^(٧) وهو أحد الوجهين في مذهب الشافعي^(٨) ، لأنه [١٤٢/أ] قد ثبت في الصحيح عن النبي ﷺ / «أنه سئل عن الخمر تصنع للدواء؟ فقال :

(١) السارقين : الزبل والروث وهي كلمة أعجمية ، وأصلها سركين بالكاف فعربت إلى الجيم والقاف ، فيقال : سرجين أيضاً . انظر المصباح المنير ص ١٠٤ .

(٢) انظر المبسوط ٢٥ / ١٣ .

(٣) قال ابن كثير رحمه الله في تفسيره ٣٧٣ / ١ عند قوله تعالى : ﴿ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ ﴾ قال : أما المنافع فدينوية من حيث إن فيها تهضيم الطعام ، وإخراج الفضلات وتشحيد بعض الأذهان ، وشدة اللذة المطوية التي فيها .

(٤) سورة المائدة ، آية : ٩٠ .

(٥) انظر : بدائع الصنائع ١١٣ / ٥ . الهداية ٤٥٢ / ٤ . الاختيار ١٠١ / ٤ .

(٦) انظر : الكافي ٣٧٩ / ١ . بداية المجتهد ٥٥٥ / ١ . القوانين الفقهية ص ١٥٠ .

(٧) انظر : المغني ٣١٠ / ٨ . المحرر ١٦٢ / ٢ . الإنصاف ٢٢٩ / ١٠ . الإقناع ٢٦٦ / ٤ .

(٨) للشافعية عدة أوجه في المسألة :

أحدها : عدم الجواز كما ذكر المصنف .

الثاني : الجواز كما يجوز شرب البول والدم للتداوي .

الثالث : الجواز دون العطش والجوع .

الرابع : الجواز في العطش والجوع دون غيرهما .

كذا في الروضة ٣٧٦ - ٣٧٧ . وانظر الأم ٣٩٧ / ٢ . كفاية الأخيار ١١٦ / ٢ .

إنها داء وليست بدواء»^(١) .

وفي سنن أبي داود عن النبي ﷺ «أنه نهى عن الدواء الخبيث»^(٢) والخمر أم الخبائث، وذكر البخاري وغيره عن ابن مسعود أنه قال: «إن الله لم يجعل شفاء هذه الأمة فيما حرم عليها»^(٣) . ورواه أبو حاتم بن حبان في صحيحه مرفوعاً عن النبي ﷺ^(٤)، فقد سلبها الله سبحانه المنفعة وحرمها، وقياسه على السرقين ممنوع أيضاً بل هي بمنزلة البول، لأننا أمرنا باجتنابها كما أمرنا باجتناب البول، ولم نؤمر باجتناب السرقين، ولهذا جاز بيع السرقين^(٥)

(١) أخرجه مسلم من حديث طارق بن سويد-أشربة-رقم الحديث ١٩٨٤ ولفظه: أن طارق بن سويد سأل النبي ﷺ عن الخمر، فنهاه، أو كره أن يصنعها، فقال: إنما أصنعها للدواء، فقال: «إنه ليس بدواء ولكنه داء» .

(٢) رواه أبو داود من حديث أبي هريرة رضي الله عنه - طب - باب في الأدوية المكروهة ٦/٤، وهو في صحيح أبي داود ٧٣٢/٢، رقم ٣٢٧٨ .

(٣) صحيح البخاري مع الفتح - أشربة - باب شراب الخلواء والعسل ٧٨/١٠ . وابن أبي شيبة في مصنفه ٤٣١/٥ . والبيهقي في سننه ٥/١٠ .

(٤) انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ٢٣٣/٤ عن أم سلمة رضي الله عنها، وقد أورد ابن حجر في الفتح ٧٩/١٠ شواهد هذا الأثر، وتكلم عنها بما يفيد تحسين أسانيدها .

(٥) مسألة بيع السرقين - وهو ربيع الدواب - تنازع فيها الفقهاء . فالجمهور - من المالكية والشافعية والحنابلة - على عدم جواز بيعه لأنه نجس العين، وفي مذهب المالكية اختلاف لكن المشهور المنع .

وأجازه الحنفية وبعض أصحاب مالك كما سبق لأنه ينتفع به للأرض وزراعتها .

وقد حقق ابن القيم المسألة في زاد المعاد ٧٥٢/٥ ونصر قول الجمهور، بقوله: هذا هو الصواب، وأن بيع ذلك حرام وإن جاز الانتفاع به وينبغي أن يُعلم أن باب الانتفاع أوسع من باب البيع، فليس كل ما حرم بيعه حرم الانتفاع به، بل لا تلازم بينهما . اهـ .

دون البول .

وقوله : وإنما ثبت بالنص حرمة التناول . ممنوع ، فإن الذي في النص الأمر بالاجتناب وهو فوق حرمة التناول . وقوله : وليس من ضرورته انعدام المالية ممنوع أيضاً ، لأن المالية من ميل الطباع إلى ذلك الشيء ، والخمر والخنزير لا يميل إليهما بعد التحريم إلا طباع الكافر أو الفاسق .

قوله : (وبيع أم الولد والمدير والمكاتب فاسد ومعناه باطل) .

تقدم التنبيه على ما في بيع المدير من الإشكال^(١) ، وأما بيع المكاتب ، فقد قال عطاء بن أبي رباح والنخعي والليث وأحمد^(٢) وأبو ثور رحمهم الله بجوازه وإن لم يعجز وينتقل إلى المشتري مكاتباً ، فإذا أدى بدل الكتابة إلى المشتري عتق وكان ولاؤه له ، وقال مالك : المكاتب إذا بيع كان أحق باشتراء كتابته ممن اشتراه إذا قوي على أن يؤدي إلى سيده الثمن الذي باعه به^(٣) ، وكان الشافعي يقول بالعراق : بيعه جائز^(٤) ، ثم قال بمصر : لا يجوز^(٥) ،

= وانظر مذاهب الفقهاء في المسألة في : فتح القدير ٤٢٧/٦ والكافي لابن عبد البر ٣٦/٢ والمدونة ٤/١٦٠ ، وبداية المجتهد ١٥١/٢ ، وروضة الطالبين ١٢/٣ ، والمغني ٤/٢٨٣ .

(١) انظر ص ٦٣ .

(٢) له روايتان هذه إحداهما ، والأخرى : عدم الجواز لأنه عقد يمنع استحقاق كسبه فيمنع بيعه كعتقه وبيعه . المغني ٩/٤٩٢ . والقول بالجواز هو المذهب ، ذكره في الانصاف ٧/٤٧٠ . وذكر رواية ثالثة وهي : أنه لا يجوز بيعه بأكثر من كتابته .

(٣) انظر : المدونة ٣/٢٥٩ . الكافي ٢/٢٩٧ . ونقل ابن عبد البر في التمهيد ٢٢/١٧٧ عن مالك أنه قال : لا يجوز بيع المكاتب إلا أن يعجز عن الأداء .

(٤) وهو قوله في القديم .

(٥) وهو قوله في الجديد ، وهو الأظهر ، حكاه في الروضة ٨/٥١٨ ، وانظر الأم ٨/٧٤ وقال =

وقال الأوزاعي: يكره بيع المكاتب قبل عجزه للخدمة، ولا بأس أن يباع للعتق، نقل ذلك ابن المنذر^(١) واختار جواز بيعه مكاتباً على حاله، وقال: بيعت بريرة بعلم النبي ﷺ وهي مكاتبه، ولو كان بيع المكاتب غير جائز لنهى عنه، ففي ذلك أبين البيان على أن يبيعه جائز، ولا أعلم خبراً يعارضه، ولا أعلم في شيء من الأخبار دليلاً على عجزها كان. انتهى كلامه^(٢).

وحدث بريرة متفق عليه^(٣) فالنبي ﷺ أقر عائشة على شرائها وأهلها على بيعها، ولم يسأل أعجزت أم لا؟ وليس في بيع المكاتب محذور فإن يبيعه لا يبطل كتابته فإنه يبقى عند المشتري كما كان عند البائع، إن أدى إليه عتق، وإن عجز عن الأداء فله أن يعيده إلى الرق، فلو لم تأت السنة به، لكان القياس يقتضيه، بل قد ادعي الإجماع القديم^(٤) على جواز بيع المكاتب،

= هناك : إنه لا يجوز بيعه حتى يعجز.

فيتحصل من ذلك أنه لا يجوز بيع المكاتب في الجملة عند أبي حنيفة ومالك والشافعي رحمهم الله. ويجوز بيعه عند أحمد في المشهور عنه وعليه أكثر نصوصه.

(١) ستأتي الإشارة إلى موضع النقل عند انتهاء كلامه، وقد نقل ذلك أيضاً القرطبي في تفسيره ٢٥٠-٢٥١ / ١٢. وانظر أيضاً المغني ٩ / ٤٩٢ والتمهيد لابن عبد البر ٢٢ / ١٧٦-١٧٧.

(٢) انظر: الإشراف ٢ / ١٨٨-١٨٩.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٢ / ١٧٦: ولا أعلم في هذا الباب حجة أصح من حديث بريرة هذا، ولم يرد عن النبي ﷺ شيء يعارضه ولا في شيء من الأخبار دليل على عجزها. اهـ.

(٣) البخاري مع الفتح-عتق-باب بيع الولاء وهبته ٥ / ١٦٧. ومسلم-عتق-باب إنما الولاء لمن أعتق. حديث رقم ١٥٠٤.

(٤) يعني إجماع الصحابة وقد ادعاه ابن حزم في المحلى ٨ / ٢٣٥ حيث قال: بل قد جاء النص الصريح والإجماع المتيقن على جواز بيع المكاتب، ثم عرض الروايات والآثار، ثم قال: =

قالوا^(١) : ولم يأت المنع عنه عن أحد من الصحابة إلا رواية شاذة عن ابن عباس لا يعرف لها إسناد^(٢) ، وقد اعتُذر^(٣) عن قصة بريرة بعذرين^(٤) :
أحدهما : أن بريرة كانت قد عجزت^(٥) .

والثاني : أن البيع ورد على مال الكتابة لا على رقبته^(٦) .

وأجيب عن الأول : بأن سياق القصة يأبى ثبوت العجز ، ولم يرد ما

= فلاح يقيناً أنه إجماع من جميع الصحابة ٢٣٨ / ٨ . وقال ابن القيم في زاد المعاد ١٦٣ / ٥ :
وقد ادعى غير واحد الإجماع القديم على جواز بيع الكاتب . اهـ .

(١) أي الذين أجازوا بيع المكاتب ، وقد تقدم ذكرهم ، وهم عطاء والليث وأحمد وأبو ثور .
(٢) انظر : المحلى ٢٣٨ / ٨ ، والرواية الشاذة عن ابن عباس أشار إليها ابن حزم . عند ذكره اختلاف الناس في مسألة : المكاتب عبد ما لم يؤد شيئاً ، فإذا أدى شيئاً من كتابته فقد شرع فيه العتق والحرية بقدر ما أدى ، فقال : وقالت طائفة : هو حر ساعة العقد بالكتابة ، وهو قول روي عن ابن عباس ولم نجد له إسناداً إليه . اهـ . المحلى ٢٢٩ / ٨ . وانظر : زاد المعاد ١٦٣ / ٥ .

(٣) أي الذين منعوا بيعه .

(٤) وقد أورد هذين العذرین وأجاب عنهما ابن حزم في المحلى ٢٣٨ / ٨ وابن القيم في زاد المعاد ١٦٣ / ٥ .

(٥) بهذا اعتذر الإمام مالك وأصحابه ، قال ابن عبد البر في التمهيد ١٧٧ / ٢٢ : قال مالك : الذي يقع بنفسه في قصة بريرة أنها كانت قد عجزت ولذلك اشترتها عائشة . اهـ . وقال القرطبي في تفسيره ٢٥١ / ٢٢ : وقيل إن بريرة عجزت عن الأداء فاتفقت هي وأهلها على فسخ الكتابة ، وحيث صدح البيع ، وهو المذهب المعروف . اهـ .

وبهذا يتبين أن قول ابن القيم رحمه الله في الزاد ١٦٣ / ٥ في هذا العذر أنه لأصحاب الشافعي فيه نظر . والله أعلم .

(٦) ذكر ابن القيم رحمه الله في الزاد ١٦٣ / ٥ أن هذا عذر أصحاب مالك . وقد سبق التنبيه على أن عذر أصحاب مالك هو العذر الأول لا الثاني .

يدل عليه بوجه ، ولكن فيه ما يدل على أنها رضيت ببيعها ولا يلزم منه تعجيزها .

وعن الثاني : بأن عائشة رضي الله عنها اشترتها فأعتقتها ، وكان ولاؤها لها ، وهذا الذي دل عليه الحديث من جميع طرقه ، ولم يرد أنها اشترت المال ، ولا كان لعائشة رضي الله عنها غرض في مشتري الدراهم المؤجلة بعددها حالة ، وينبغي ألا يكون بيع المدبر والمكاتب من قبيل الباطل على أصل أبي حنيفة أيضاً^(١) وذلك أن المدبر مال يجوز بيعه عند جمهور العلماء^(٢) والمكاتب

(١) تقدم أن الباطل عنده ما كان الفساد فيه في أصله ووصفه ، وتقدم ضرب الأمثلة على ذلك ص ٣٥٤ .

(٢) وهم الشافعية والحنابلة وأهل الظاهر ، ورؤي مثل قولهم عن عائشة وعمر بن عبد العزيز وطاوس ومجاهد وأبي ثور . ومنعه مالك وأبو حنيفة في المدبر المطلق لا المقيد عنده ، وروى مثله قولهما عن ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وابن سيرين والأوزاعي والحسن بن صالح .

انظر : المبسوط ١٧٩/٧ ، وبدائع الصنائع ٤/١٢٠ ، وفتح القدير ٥/٢٠ ، ٢٤ ، والاختيار ٢/٢٣ ، والأم ٨/١٨ ، والروضة ٨/٤٥٢ ، والكافي لابن عبد البر ٢/٢٨٤ ، وبداية المجتهد ٢/٤٧٦ ، والمغني ٩/٣٩٤ ، والإنصاف ٧/٤٣٧ ، والمحلى ٧/٥٢٩ ، والإشراف ٢/٢٠٥ . ولكنه نسب إلى الشافعي القول بعدم جواز بيع المدبر ، وفيه نظر لمخالفته لما في الأم والروضة كما تقدم العزو إليهما ، والله أعلم .
والمدبر نوعان : مطلق ومقيد .

فالمطلق : أن يعلق عتقه بموت مطلق ، مثل : إن مت فأنت حر .

والمقيد : أن يعلقه بموت مقيد ، مثل : إن مت في مرضي هذا فأنت حر .

انظر : التعريفات للجرجاني ص ٢٠٧ ، والمغني ٩/٣٨٩ ، وفتح القدير ٥/٢٠ ، والمبسوط ٧/١٧٩ .

عند أحمد وغيره كما تقدم، وقد صرح الأصحاب أن المدبر مال متقوم^(١)، وكذلك أم الولد عند الصاحيين^(٢)، وعند أبي حنيفة أنها مال غير متقوم^(٣)، وكذلك المكاتب مال متقوم^(٤) فكيف يكون بيع هؤلاء باطلاً، والبيع بالخمير والخنزير الذي ليس هو بمال عند أحد من المسلمين فاسداً، يفيد الملك بالقبض؟.

فإن أجيب بأن المدبر وأم الولد والمكاتب لا يقبلون النقل من ملك إلى ملك، فالخمير والخنزير لا يقبلان النقل أيضاً من ملك إلى ملك.

والقول ببقائه مملوكاً للمسلم بعد إسلامه وانتقاله إلى وارثه المسلم بعد موته ممنوع عند المخالف، وعلى ذلك يقوم الدليل، وفي قوله: ومعناه باطل نظر آخر، وهو أن هذا يناقض ما يأتي في كلامه في آخر الباب وهو قوله: أما البيع في هؤلاء موقوف^(٥)، وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير بإجارته، وفي المكاتب برضاه في الأصح، وفي المدبر بقضاء [ب/١٤٢] القاضي، وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة/ وأبي يوسف. انتهى^(٦).

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير ٤٢/٥ ومعنى مال متقوم: أي معزز يقابله قيمة.

(٢) انظر: فتح القدير ٣٦/٥.

(٣) انظر: العناية ٤٠٧/٦، والاختيار ٣٢/٤، وفتح القدير ٤٢/٥، وتكلمته ٢٠٠/٩.

(٤) انظر: العناية ١٦٠/٩، وتكلمته فتح القدير ١٦١/٩.

(٥) قال في أنيس الفقهاء ص ٢٠٩: الموقوف مشروع بأصله ووصفه، ويفيد الملك على سبيل التوقف، لا يفيد تمامه لتعلق حق الغير.

(٦) انظر: الهداية ٥٦/٣. وقد أجيب بأن المراد من قوله باطل أنهم لا يملكون بالقبض كما لا يملك الحر فكانوا مثله، فلو قال فاسد ظن أنهم يملكون، كذا في فتح القدير ٤٠٧/٦. وقال في العناية ٤٠٦/٦: وإنما فسره بذلك لثلاث يتوهم أنه يفيد الملك باتصال القبض والأمر بخلافه.

وقيام المالية فيهم ينافي البطلان لأن القاعدة أن ما كان مالاً في الجملة كان البيع فيه فاسداً، ومالية هؤلاء أظهر من مالية الخمر، بل اعتبار مالية الخمر في الجملة في غاية البعد كما تقدم.

وقد اعتذر السغناقي عن تسميته هذا باطلاً: بأن معناه أنه لا يملك هؤلاء عند اتصال القبض بهم كما لا يملك المبيع فاسداً عند اتصال القبض به^(١)، وهذا الاعتذار لازمه تناقض آخر في أن البيع الفاسد يفيد الملك بالقبض وهذا بيع فاسد لا يفيد الملك بالقبض.

فإما أن ينتقض قولهم أن الباطل ما انعدمت المالية في بدليه أو أحدهما، أو قولهم أن الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به.

قوله: (ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي ﷺ «عن بيع الحبل وحبل الحيلة»^(٢)).

لفظ الحديث: «نهى النبي ﷺ عن بيع حبل الحيلة» رواه أحمد^(٣) ومسلم^(٤) والترمذي^(٥)، وفي لفظ: «كان أهل الجاهلية يتبايعون لحوم الجزور إلى حبل الحيلة».

(١) انظر: العناية ٤٠٦/٦ وقد تقدمت الإشارة إلى هذا الاعتذار قريباً.

(٢) قال في نصب الراية ١٠/٤: غريب بهذا اللفظ. وقال في الدراية ١٤٩/٢: لم أره بهذا اللفظ.

(٣) في مسنده ٥٦/١.

(٤) في صحيحه - بيوع - باب تحريم بيع حبل الحيلة - حديث رقم ١٥١٤.

(٥) في سننه - بيوع - باب ما جاء في بيع حبل الحيلة ٥٣١/٣.

وحبل الحبلية أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت، فنهاهم النبي ﷺ عن ذلك. متفق عليه^(١).

وليس في شيء من لفظ الحديث «عن الحبل وحبل الحبلية» وكأن الشيخ نقله بالمعنى، وفي كلامه نظر آخر، وهو أن الحمل هو التاج في عرف الفقهاء^(٢)، فلا يصح عطفه عليه، وقال السغناقي في قوله: ولا التاج: يعني نتاج الحمل^(٣) وفيه مسامحة.

قوله: (والصوف على ظهر الغنم؛ لأنه من أوصاف الحيوان، ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره، بخلاف القوائم^(٤)؛ لأنه يزيد من أعلاها^(٥))، وبخلاف القصيل^(٦) لأنه يمكن قلعه، والقطع في الصوف متعين^(٧).

-
- (١) البخاري مع الفتح - بيوع - باب بيع الغرر وحبل الحبلية ٤/٣٥٦. ومسلم حديث رقم ١٥١٤.
- (٢) التاج بالكسر اسم يجمع وضع الغنم والبهائم كلها، ويسمى به ما في بطنها من حمل، وبفتح النون هو المصدر. المغرب ٢/٢٨٥ والمصباح المنير ص ٢٢٦.
- (٣) وهو حبل الحبلية في الحديث المذكور، انظر: العناية ٦/٤١١، وبهذا فسره في المغرب ٢/٢٨٥.
- (٤) قال في فتح القدير ٦/٤١١: أي قوائم الخلاف اهـ. والخلاف هي الشجر واحدها خلفه - بكسر الخاء وسكون اللام - وخلفة الشجر: ثمر يخرج بعد الثمر. انظر: معجم مقاييس اللغة ٢/٢١٠، المغرب ١/٢٦٧.
- (٥) هذا كالجواب على إيراد يقال فيه: القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها فكذلك الصوف على ظهر الغنم يجوز بيعه.
- (٦) القصل: قطع الشيء، والقصيل هو الشعر يجزّ أخضر لعلف الدواب، والفقهاء يسمون الزرع قبل إدراكه قصيلاً وهو مجاز. المغرب ٢/١٨٣، ومعجم مقاييس اللغة ٥/٩٣، والمصباح المنير ص ١٩٣.
- (٧) وذلك أنه لم يعهد فيه القلع - يعني التف - بخلاف القصيل.

فيقع التنازع في موضع القطع، وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم، وعن لبن في ضرع، وسمن في لبن»^(١)، وهو حجة على أبي يوسف في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه).

في كلامه هذا نظر من وجوه:

أحدها: أنه قال: لأنه من أوصاف الحيوان، يعني أنه بمنزلة أعضائه، فلا يجوز إفراده بالبيع كما لا يجوز إفراد بعض أعضائه بالبيع، وهذا قياس لا يقوى؛ لأن الأعضاء لا يمكن تسليمها مع سلامة الحيوان، وأيضاً فإنه إذا أبين^(٢) من الحي كان ميتاً فلا يجوز بيعه بخلاف الصوف، وأيضاً فإنه إذا أبين منه كان فيه تعذيب الحيوان لغير فائدة، بخلاف الصوف لأن جزه في أوانه ينفع الحيوان وبقاؤه يضره.

الثاني: أنه قال: ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره. وهذا لا يمنع؛ لأنه يقطع في الحال فلا ينبت في الآن اليسير من يختلط بالمبيع، ولو نبت فهو شيء يسير جداً جرت العادة بتركه، والعفو عنه، ولا يفضي إلى المنازعة ولا إلى الجهالة في المبيع كما في بيع الثمرة بشرط القطع، والقصيل بشرط القطع لا القلع، وكما في أغصان البان^(٣)، ومثل هذه الجهالة مغتفرة شرعاً

(١) سيأتي الكلام عن هذا الحديث قريباً في كلام المؤلف.

(٢) أي قُطع وفُصل.

(٣) هو ضرب من الشجر، واحدها بانه. المغرب ١/ ٩٧، ومعجم مقاييس اللغة ١/ ٣٢٣.

وعرفاً كمسألة دخول الحمام^(١) وإجارة الظئر^(٢) ، بل وسائر الإجازات .

الثالث : أنه قال : بخلاف القوائم لأنه يزيد من أعلاها . ومراده قوائم البان يعني أغصانه ، وهذا فرق ساقط فإنها وإن زادت من أعلاها فهو بما تشربه من أسفلها ، بل إذا قيل بجواز بيع أغصان البان ، كان بيع الصوف على ظهر الغنم أولى بالجواز لأن موضع القطع في الصوف معلوم لا يقع فيه منازعة ولا جهالة .

وأما أغصان البان فليس لها موضع معين تقطع منه بل يقع في قطعها تفاوت ، وهو وإن كان قليلاً يعفى عنه فالصوف أقل وأولى بالعفو منه .

(١) أي للاغتسال بالأجرة فهذه من مسائل الإجازات التي تدخلها الجهالة اليسيرة التي لا تؤثر على صحة العقد ، مثل أن لا يسمى ثمنًا أو تكون الأجرة بحسب طول المدة أو قصرها ، فلا محذور في هذا أصلاً وعمل الناس قديمًا وحديثًا عليه في كثير من عقود الإجارة لا سيما أنه لا يفضي إلى تنازع ولا تشاحن ، ولأن الجهالة المانعة من صحة العقد هي التي تؤدي إلى القمار والغرر ، وهذه لا تؤدي إلى شيء من ذلك ، ولذا أجمع أهل العلم على أن كراء الحمام جائز ، ومثل هذا يقال في إجارة الظئر بل وسائر الإجازات .

انظر : المغني لابن قدامة ٥ / ٤٥٠ وقد نقل عن ابن المنذر حكاية الاجماع في ذلك . وإعلام الموقعين ٣ / ٣٤٢ ، ٤٠١ . وبدائع الفوائد ٤ / ٥١ . وانظر المحلى ٧ / ٢٧ .

(٢) الظئر : بهمزة ساكنة ويجوز تخفيفها هي المرأة الأجنبية تحضن ولد غيرها ويطلق كذلك على الرجل الحاضن ، ويتم استئجارها للإرضاع والحضانة . المغرب ٢ / ٣٢ والمصباح المنير ص ١٤٧ ، ولا خلاف بين أهل العلم في جواز استئجار الظئر . انظر مع ما سبق : الإشراف ٢ / ١١٢ ، ونوادر الفقهاء للجوهري ص ٢٦٠ ، والمغني ٥ / ٤٩٦ ، وزاد المعاد ٥ / ٨٢٤ ، ومجموع الفتاوى ٣٠ / ٢٤٣ .

الرابع : أنه قال : فيقع التنازع في موضع القطع . وهذا ممنوع أيضاً بل موضع القطع على الصوف ، يعرفه أرباب الخبرة أكثر مما يعرف أرباب الخبرة موضع القطع في أغصان البان .

الخامس : أنه قال : وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم» الحديث . ولم يصح هذا ولا أخرجه أحد من أهل الصحيح ، وإنما أخرجه الدارقطني ^(١) / والبيهقي من حديث ابن عباس رضي الله [١٤٣/أ] عنهما وقال : تفرد برفعه عمر بن فروخ ، وليس بالقوي . انتهى ^(٢) . ولو صح هذا الحديث لوجب القول به ولم تجز مخالفته ^(٣) .

السادس : أنه قال : وهو حجة على أبي يوسف . ولا يكون حجة على أبي يوسف إلا بعد صحته ، وبقوله ^(٤)

-
- (١) في سننه ١٥/٣ عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً وموقوفاً .
 (٢) سنن البيهقي ٥/٣٤٠ وتعقبه ابن الترمذاني فقال : عمر هذا يعرف بالقتاب لم يتكلم فيه أحد بشيء من جرح فيما علمت غير البيهقي . سنن البيهقي ٥/٣٤٠ . وقال في التقريب ص ٤١٦ : عمر بن فروخ بفتح الفاء وتشديد الراء المضمومة البصري ، بياع الأقتاب ، ويقال له حاجب الساج ، صدوق ربما وهم . وأخرجه أبو داود في مراسيله ص ١٤٢ من كلام ابن عباس . وابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع ٥/٢٢٢ موقوفاً عن ابن عباس . والحديث روي مرفوعاً مسنداً ومرسلاً موقوفاً كما ذكره في نصب الراية ٤/١١ .
 وقد رجح وقفه . عن ابن عباس رضي الله عنهما - ابن حجر في الدراية ٢/١٥٠ .
 (٣) قال ابن القيم في زاد المعاد ٥/٨٣٤ : وأما بيع الصوف على الظهر فلو صح الحديث بالنهي عنه لوجب القول به ولم تسغ مخالفته . اهـ .
 (٤) أي قول أبي يوسف رحمه الله بجواز بيع الصوف على ظهر الغنم .

قال مالك^(١) وأحمد في رواية عنه^(٢) .

قوله : (لأن في وجودهما احتمالاً)^(٣) .

يعني أن في وجود النوى في التمر والبزر في البطيخ احتمالاً، وفي هذا التعليل نظر، بل العلم بوجودهما كالعلم بوجود قلب اللوز في قشره ونحوه، وأصح من هذا التعليل في الفرق بين نوى التمر وبزر القطن ونحو ذلك، وبين الجذع في السقف ونحوه أن النوى في التمر متصل بغير المبيع اتصال خلقة وهو تابع له، فكان العجز عن التسليم، فيه معنى أصلياً بخلاف الجذع فإنه غير مال في نفسه، وإنما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد إلا أنه عُدَّ عاجزاً عن التسليم حكماً لما فيه من إفساد غير المستحق بالعقد^(٤)، فإذا قلع

(١) تدرج هذه المسألة في الفقه المالكي تحت مسألة بيع المغيب في الأرض أو غيرها ولا خلاف عن مالك في جواز بيع الصوف على ظهور الغنم، كذا قال ابن عبد البر في الكافي ٣٩ / ٢ . وقال في التمهيد ٣٠٥ / ١٣ : ويجوز عند مالك وأصحابه بيع المغيب في الأرض ونحوه . اهـ . أي مثل بيع الصوف على ظهور الغنم لأنه من هذا الباب كما بينه في الكافي .

(٢) والرواية الأخرى أنه لا يجوز بيعه وهي المذهب . وقال في الإنصاف عن رواية الجواز : فيها قوة . انظر : المغني ٢٣١ / ٤ ، الإنصاف ٣٠١ / ٤ ، زاد المعاد ٨٣٤ / ٥ .

(٣) من جملة البيوع الفاسدة التي ذكرها صاحب الهداية بيع الجذع في السقف والذراع من الثوب، ثم قال : ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحاً لزوال المفسد . أي الضرر . بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحاً لأن في وجودهما احتمالاً، يعني أنه شيء مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه، أما الجذع فهو عين قائمة محسوسة موجودة، وقد نبه صاحب التنبية على ضعف هذا التعليل .

(٤) إذ المستحق بالعقد هو الجذع أو الذراع بدون قلع أو قطع، فلو قطع أو قلع لفسد غيره مما يتصل به وليس مستحقاً بالعقد .

والتزم^(١) الضرر زال المانع فيجوز .

قوله : (قلنا : العرية : العطية لغة ، وتأويله أن يبيع المعري ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ ، وهو بيع مجازاً^(٢) ؛ لأنه لم يملكه فيكون براً مبتدأ^(٣)) .

اختلف الأئمة الأربعة في معنى العرية التي رخص فيها رسول الله ﷺ ؛ فحملها أبو حنيفة على ما ذكره المصنف من المعنى^(٤) ، وجعل مالك رحمه الله الرخصة الواردة فيها موقوفة على المعري لا غير فلا يجوز بيع الرطب بالتمر بوجه إلا لمن أعري نخلاً يأكل ثمرها رطباً ثم بدا له^(٥) أن يبيعها بالثمر فإنه أرخص للمعري أن يشتريها من المعري إذا كان ذلك خرص خمسة أوسق أو

(١) أي البائع لأن الضرر سوف يقع في ملكه الذي باع منه هذا الجذع أو هذا الذراع وما شابه ذلك .

(٢) إنما سمي بذلك لأن ما أعطاه من تمر مجذوذ في الصورة عوض عن المبيع للتحرز عن خلف الوعد ، وهو حقيقة لا يكون عوضاً عنه بل هو هبة مبتدأة .

(٣) أي : هبة وصلة مبتدأة - حتى يدفع الضرر عن نفسه من دخول المعري عليه في البستان وفيه أهله - فيهبه هذا التمر بالخرص ، ولا يكون بذلك مخلقاً لوعده بالعطية التي هي العرية ؛ لأن الموهوب لم يصير ملكاً للموهوب له ما دام متصلاً بملك الواهب .

(٤) انظر : كتاب الحجّة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن ٥٤٧/٢ ، ٥٤٨ . فتح القدير ٤١٦/٦ . العناية ٤١٥/٦ . وإنما قال الحنفية ما قالوا لأنهم يرون أن العرايا ليست بيعاً ، وإنما هي عطية من العرية وهبة يهب صاحب النخل من ليس عنده نخل واحدة أو اثنتين ، ولما لم يكن الموهوب موجوداً وقت الإعراء وهبه ابتداءً ثمراً مجذوذاً حتى لا يكون راجعاً في هبته ومخلقاً لوعده .

(٥) أي الذي أعري النخل .

دونها^(١) لما يدخل عليه من الضرر^(٢) في دخول غيره عليه حائطه، لكن لا يجوز بخرصها تماً نقداً بل إلى الجذاذ، قال: وتجوز العرية في كل ما يبيس ويدخر نحو العنب والتين والزيتون^(٣).

وأجاز الشافعي رحمه الله بيع ما دون خمسة أوسق من الرطب بالتمر يداً بيد، وسواء كان ذلك فيمن وهب ثمرة نخلة أو نخلات، أو فيمن يريد أن يبيع ذلك المقدار من حائطه لعله أو لغيره.

والرخصة عنده إنما وردت في المقدار المذكور فخرج ذلك عنده من المزبنة، وما عدا ذلك فهو داخل في المزبنة، ولا يجوز عنده بوجه.

ولا عرية عنده في غير النخل والعنب^(٤)، وأما أحمد بن حنبل فحكى عنه الأثرم أن العرايا أن يعري الرجل الجار أو القرابة للحاجة والمسكن، فإذا أعراه إياها فللمعري أن يبيعها ممن شاء، إنما نهى رسول الله ﷺ عن المزبنة وأرخص في العرايا فرخص في شيء من شيء فنهى عن المزبنة أن تباع من كل أحد

(١) فإذا أراد أن يشتريها كلها لم يجز له إلا أن يشتريها بذهب أو ورق أو عرض، إذ الرخصة إنما وردت في الخمسة أوسق فما دونها. كذا في الكافي لابن عبد البر ٢/٢٠.

(٢) وذلك أن كثيراً من أصحاب مالك قالوا: لا يجوز لأحد أن يشتري ما أعري إلا لدفع الضرر. انظر: التمهيد ٢/٣٢٨.

(٣) انظر مذهب مالك: المدونة ٤/٢٥٨. وما بعدها. والكافي لابن عبد البر ٢/١٩. والتمهيد ٢/٣٢٦. وما بعدها.

(٤) انظر مذهب الشافعي: الأم ٣/٦٨. والروضة ٣/٢١٧. وتكملة المجموع ١١/٦. وما بعدها.

ورخص في العرايا أن تباع من كل أحد فيبيعها ممن شاء .

قال (١) : وكذلك فسرها لي سفيان بن عيينة وغيره (٢) .

قال الأثرم : وسمعت أبا عبد الله يقول : في العرية معنيان لا يجوزان في غيرها (٣) ؛ فيها : أنها رطب بتمر ، وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك ، وفيها أنها تمر بثمر يعلم كيل التمر ولا يعلم كيل الثمر (٤) ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن ذلك .

قلت لأبي عبد الله : فإذا باع المعري العرية ، أله أن يأخذ الثمن الساعة أو عند الجذاذ؟ قال : بل يأخذ الساعة .

هذا ملخص مما ذكره ابن عبد البر في التمهيد في حديث العرايا (٥) ، وأحاديث العرايا مخرجة من غير واحد من الصحابة ، منها حديث رافع بن خديج ، وسهل بن أبي حثمة (٦) رضي الله عنهم «أن النبي ﷺ نهى عن

(١) أي الإمام أحمد .

(٢) انظر حكاية الأثرم هذه عن أحمد في : المغني ٤ / ٦٨ مختصرة . وانظر مذهب الحنابلة : المغني ٤ / ٦٥ . المحرر ١ / ٣٢٠ . الإنصاف ٥ / ٣٠ .

(٣) يعني أن الأصل في هذين المعنيين والوصفين عدم الجواز ، إلا أن الشارع أجازهما في العرية .

(٤) في النسختين : يعلم كيل الثمن ولا يعلم كيل الثمن ، والتصويب من التمهيد .

(٥) التمهيد ٢ / ٣٢٦-٣٣٢ .

(٦) سهل بن أبي حثمة بن ساعدة بن عامر بن الأوس الأنصاري الأوسي ، كان له عند موت النسبي ﷺ سبع أو ثمان سنين ، وقد حدث عنه ، بأحاديث ، وحدث عن زيد بن ثابت وغيره ، وأبوه هو الذي بعثه رسول الله ﷺ خارصاً ، وكان الدليل إلى أحد ، وكان مولد سهل سنة ثلاث من الهجرة ، وهو معدود في أهل المدينة وبها كانت وفاته . انظر : الاستيعاب ٢ / ٩٧ . الإصابة ٢ / ٨٦ .

المزابنة، بيع الثمر بالتمر، إلا أصحاب العرايا، فإنه قد أذن لهم» رواه أحمد^(١) والبخاري^(٢)، والترمذي^(٣) وزاد فيه: «وعن بيع العنب بالزبيب، وعن كل تمر بخرصه».

وعن سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا أن تُشترى بخرصها يأكلها أهلها رطباً» متفق عليه^(٤). وفي لفظ: «نهى عن بيع الثمر بالتمر، وقال: ذلك الربا، تلك المزابنة، إلا أنه رخص في بيع العرية النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمرّاً يأكلونها رطباً» متفق عليه^(٥)، فالأئمة الثلاثة رحمهم الله متفقون على أن البيع في العرايا بيعٌ مستثنى من النهي، مرخص فيه، مقدر بخمسة [ب/١٤٣] أوسق/أو ما دونها^(٦)، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله^(٧)، والتصريح في الأحاديث بالاستثناء والرخصة حجة عليه في تمسكه بعموم النهي^(٨)،

(١) المسند ٤/١٤٠.

(٢) في صحيحه مع الفتح - مساقاة - باب الرجل يكون له تمر أو شرب في حائط ٥/٥٠.

(٣) في سننه - بيوع - باب ما جاء في العرايا والرخصة في ذلك ٣/٥٩٦ وهو في صحيح مسلم أيضاً - بيوع - حديث رقم ١٥٤٠.

(٤) البخاري مع الفتح - بيوع - باب بيع الثمر على رؤوس النخل ٤/٣٨٧. ومسلم - بيوع - حديث رقم ١٥٤٠. ولفظ الصحيحين: «أن تباع بخرصها...».

(٥) انظر التخريج السابق، واللفظ لمسلم.

(٦) تقدم ذكر المصادر لمذاهب العلماء في بيع العرايا.

(٧) تقدم أنه يرى أنها عطية وهبة وليست بيعاً.

(٨) يعني حديث النهي عن بيع المزابنة، وحديث «التمر بالتمر مثلاً بمثل».

والتقدير بالأوساق يرد عليه دعوى أنه بيع مجازاً^(١) وأن المعرّي لم يملك العرية قبل قبضها إذ لو كان الجواز لعدم ملك المعرّي لما كان في التقدير^(٢) فائدة، ولا في ذكر الرخصة ولا في الاستثناء والأصل فيه الاتصال، والأصل في ذكر البيع أن يكون حقيقة، وقرينة- التقدير بالأوساق واستثنائها- تقرر إرادة الحقيقة، وكذلك التنصيص على الرخصة إذ هي استباحة المحظور مع وجود السبب الحاضر^(٣).

قوله: (ولو عُقدت^(٤) على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرّب لبنها لا يجوز)^(٥).

(١) لأنه لو كان كذلك لجاز في أكثر من خمسة أوساق إذ العتية لا تحد بقدر معين بخلاف البيع في هذه الصورة فهو ربا إلا أن أن الشارع رخص في هذا القدر للحاجة.

(٢) أي بالأوساق.

(٣) بهذا التعريف عرفها ابن قدامة في روضة الناظر ١٧٣/١ وعبد المؤمن الحنبلي في كتابه قواعد الأصول ومعاهد الفصول ص ٣٣.

وعرفها السرخسي ١١٧/١ في أصوله بأنها: ما كان بناءً على عذر يكون للعباد، وهو ما استبيح للعذر مع بقاء الدليل المحرم.

وقال الإسنوي في نهاية السؤل ١/١٢٠: الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر. اهـ. وغير ذلك من التعريفات. انظرها في: البحر المحيط ١/٣٢٦. وانظر: التعريفات للجرجاني ص ١١٠.

(٤) أي الإجارة.

(٥) هذه الجملة من صاحب الهداية جاءت عقيب قوله: «ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها... إلى أن قال: وأما الإجارة فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح، ولو عقدت... إلخ». وقال في آخرها: فهذا أولى، يعني ما ذكره من عقد الإجارة على استهلاك عين مباح.

وقد قال بعض العلماء^(١) بجواز استئجار البقرة مدة معلومة، كما في الظئر، وسيأتي ذكر ذلك في الإجازات إن شاء الله تعالى^(٢).

قوله: (ولهما^(٣) أنه من الهوام، فلا يجوز بيعه، كالزنابير، والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه، فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج).

يعني النحل، وقول محمد في جواز بيعه أقوى، فإنه حيوان منتفع به، وما ذكر من اعتباره بالزنابير لا يقوى، فالفارق بينهما في غاية الظهور، وكون الانتفاع بما يخرج منه، لا ينافي كونه منتفعاً به، فإن الذي يخرج منه لا يحصل إلا بواسطته فالانتفاع به باعتبار كونه هو الذي يأتي به، فصدق عليه أنه منتفع به كما في الانتفاع بالصقر والفهد ونحوهما، فإن الانتفاع بما يحصله بصيده لا بعينه ولم يخرج ذلك عن كونه منتفعاً به، وكذلك أيضاً القول في دود القز وبزره^(٤).

(١) هم فقهاء المالكية، ونصره شيخ الإسلام ابن تيمية في مواضع من الفتاوى.

انظر: المدونة ٤/٢٩٨، ٤٧١. والكافي لابن عبد البر ٢/٣٩. ومجموع الفتاوى ٢٠/٥٥١، ٥٥٢، ٧٧/٢٩، ٧٨، ٣٠/١٩٧. وما بعدها. وانظر: القواعد النورانية ص ١٥٢. وزاد المعاد ٥/٨٣٠.

(٢) انظر ص ٦١٨.

(٣) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف.

(٤) بزر القز هو الذي يكون منه الدود، وقال أبو حنيفة رحمه الله بعدم جواز بيع دود القز.

الهداية ٣/٥٠، والقز: من الثياب والإبريسم، أعجمي معرب، وجمعه قروز، وهو الذي يسوى منه الإبريسم. انظر: لسان العرب ٥/٣٩٥. وقال الجاحظ في الحيوان ٧/٣٢: وأما دودة القز فلا نشك أنها تخرجه. أي النسج. من جوفها. اهـ.

وقال الدميري: وأما دودة القز فيقال لها الدودة الهندية، وهي دودة تنسج القز ثم تموت فيه.

انظر: حياة الحيوان الكبرى ١/٣٠٩، ٣١٠.

قوله: (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة، وقد قررناه من قبل).

في تعليقه نظر، وهو أن الموت لا يحلها لعدم الحياة، ولم يقرره فيما تقدم في كتاب الطهارة بأكثر من أنه لم يتألم بقطعها مع أنه لم يذكر هناك سوى الشعر والعظم ولم يذكر العصب^(١).

وإن سلم له أن العظم لا يتألم فالعصب يتألم بقطعه فلا يصح أن يقال: لا تحلُّ الحياة^(٢)، وأحسن من هذا، الاستدلال بقوله ﷺ في شاة ميمونة لما ماتت فمر بها فقال: «هلا أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به». فقالوا: إنها ميتة، فقال: إنما حرم أكلها» رواه الجماعة^(٣)، وليس للبخاري والنسائي ذكر الدباغ بحال.

فإن قيل: لا يجوز بيع لحمها، ولا الانتفاع به اتفاقاً فلم يكن العموم مراداً، وإنما قال ﷺ: «هلا أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به» فلا تتعدى الرخصة إلى غير الجلد^(٤).

(١) انظر: الهداية ٢٢/١ في كتاب الطهارات كما ذكر المؤلف.

(٢) يعني أن الحياة لا تكون حالة في هذا الجزء، وبالتالي لا تفارقه بالموت لأنه لم يكن حياً حياة حيوانية حتى يصدق عليه أنه مات فيلحق بالميتة.

(٣) البخاري مع الفتح - بيوع - باب جلود الميتة قبل أن تدبغ ٤/٤١٣. ومسلم - حيض - حديث رقم ٣٦٣. والترمذي - لباس - باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت ٤/١٩٣، ١٩٤. وأبو داود - لباس - باب في أهب الميتة ٤/٦٥، ٦٦. والنسائي - كتاب الفرع والعتيرة - باب جلود الميتة ٧/١٧١، ١٧٢. وابن ماجه - لباس - باب لبس جلود الميتة إذا دبغت ٢/١١٩٣.

(٤) هذا من إيرادات الشافعية على الجمهور، إذ هم من القائلين بنجاسة غير الجلد من الميتة. انظر: المجموع ١/٢٢٨، ٢٢٩. وروضة الطالبين ١/١٥٣.

فالجواب: أنه ﷺ أجاب بعد ذلك بجواب عام خص منه محل الخبث وهو الرطوبات النجسة^(١) إذ هو المنجس، ولهذا يطهر الجلد بالدباغ لزوالها^(٢)، بل رواية البخاري والنسائي^(٣) تدل على أنه كان في الابتداء يجوز الانتفاع بجلد الميتة قبل الدباغ ثم نسخ بعد ذلك^(٤) وهو الراجح^(٥)، ولهذا ما ليست له نفس سائلة لا ينجس بالموت وهو حيوان كامل لعدم سبب التنجيس منه^(٦) فالعظم ونحوه أولى^(٧).

قوله: ([في حديث عائشة رضي الله عنها]^(٨) «أبلغني زيد بن أرقم^(٩) أن الله

(١) يعني قوله في الحديث: «إنما حرم أكلها».

(٢) يعني الرطوبات النجسة.

(٣) وذلك أنه ليس فيها ذكر الدباغ كما تقدم.

(٤) أي بالأحاديث التي ورد فيها ذكر الدباغ ومنها:

حديث ابن عباس قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر» رواه مسلم حديث رقم ٣٦٦. ورواية أخرى عند مسلم في الحديث نفسه بلفظ: «دباغه طهوره».

وحديث عائشة رضي الله عنها عند أبي داود ٦٦/٤ أن رسول الله ﷺ «أمر أن يستمتع بجلود الميتة إذا دبغت» وأخرجه النسائي ١٧٦/٧.

(٥) ونصر هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية في بحث نفيس حول هذا الموضوع فطالعه في الفتاوى ١٠٢-٩٠/٢١..

(٦) وهي الرطوبات النجسة.

(٧) هذا الجواب على الإيراد السابق، أورده ابن القيم في زاد المعاد ٥/٧٦٠ في ثنايا مناقشته للقائلين بنجاسة غير الجلود من الميتة. وانظر بدائع الفوائد ٤/١٢٨.

(٨) الجملة الاعتراضية من كلام ابن أبي العز.

(٩) زيد بن أرقم بن زيد قيس بن النعمان بن الخزرج، مختلف في كنيته، استصغر يوم أحد، وأول مشاهده الخندق، وقيل المريسيع، وغزاه مع النبي ﷺ سبع عشرة غزوة، وله حديث =

أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب» .

الحديث رواه الدارقطني^(١) والبيهقي^(٢) وغيرهما^(٣) ، وليس فيه ذكر حجه وإنما فيه «أبطل جهاده» .

قوله : (ولأبي حنيفة أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته ، وانتقال الملك إلى الأمر^(٤) حكمي^(٥) فلا يمتنع^(٦) سبب الإسلام كما إذا ورثهما^(٧)) .

= كثير ، وشهد صفين مع علي رضي الله عنه ، ومات بالكوفة في أيام المختار سنة ٦٦ هـ وقيل ٦٨ هـ . انظر : الاستيعاب ١/ ٥٥٦ . الإصابة ١/ ٥٦٠ .

(١) في سننه ٣/ ٥٢ .

(٢) في سننه ٥/ ٣٣٠ .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ٨/ ١٨٤ ، ١٨٥ .

والحديث ضعفه بعض أهل العلم كالدارقطني لأنه في سنده امرأة مجهولة اسمها العالية . ولكن قال آخرون : هي معروفة قد روى عنها زوجها وابنها وهما إمامان - وعليه فالحديث غير ضعيف - كذا ذكره ابن الترمذاني في الجوهر النقي ٥/ ٣٣٠ .

وقال ابن الجوزي في التحقيق ٢/ ١٨٤ : قالوا : العالية امرأة مجهولة فلا يقبل خبرها . قلنا : بل هي امرأة جليلة القدر معروفة . وانظر : نصب الراية ٤/ ١٦ وقد عزا إلى صاحب التنقيح تجويد إسناده .

(٤) هو الموكل .

(٥) أي جبري لا اختياري ، فلذلك لم يجعل كالمباشر بنفسه .

(٦) أي العقد .

(٧) أي كما إذا ورث المسلم الخمر والخنزير بأن كان أبو المسلم نصرانياً أسلم وترك خمرًا وخنزيراً . وهذا من الأدلة النظرية لأبي حنيفة رحمه الله فيما ذهب إليه خلافاً لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله فيما ذهبوا إليه من أن الموكل لا يلي للنصراني ما أمره به فلا يوليه غيره لأنه لا يملك بنفسه فلا يملك غيره .

من مفردات أبي حنيفة رحمه الله جواز توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر أو الخنزير ولكن يكره عنده هذا التوكيل أشد الكراهة^(١) ، والخلاف مبني أيضاً على أن الملك يثبت عنده للوكيل أولاً ثم ينتقل إلى الموكل ، والنزاع في ذلك معروف ، ولاشك أن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل ، فلا بد أن يكون الموكل مالكاً لذلك التصرف ليملكه من غيره^(٢) .

[١٤٤/أ] والمسلم لا يملك بيع الخمر والخنزير ولا شراءهما ، فكيف يملك أن/ يوكل به ، وبهذا يجاب عن قوله : إن الوكيل يتصرف بأهليته وولايته .

ويقال : أما تصرفه بأهلية نفسه فمسلم^(٣) وأما الولاية^(٤) فممنوعة ، بل بولاية يستفيدا من الموكل إذ لولا التوكيل لما نفذ ذلك التصرف على الموكل .

وقوله : إن انتقال الملك إلى الأمر حكمي . مترتب على صحة الوكالة أولاً ، وهي باطلة هنا لما تقدم أن المسلم لا يملك هذا التصرف فلا يملك أن يقيم غيره فيه مقامه^(٥) ، مع أن الكلام في تصور ملكه للخمر والخنزير ، فإن الخمر

(١) انظر : العناية / ٦ / ٤٤٠ . فتح القدير / ٦ / ٤٤١ . البناية / ٧ / ٢٣٧ .

(٢) معناه ليتأتي له أن يملك ثمن المبيع الذي باعه الوكيل ، هذا المعنى وارد ، وقد يكون المراد من العبارة ليتأتي له تمليك غيره ، فيكون الكلام هكذا : ليملكه منه غيره ، يعني أن كلمة : من خطأ من الناسخ فيضاف لها هاء . والله أعلم .

(٣) لأن النصراني أهل لمباشرة ذلك .

(٤) أي ولاية العاقد ذلك .

(٥) أجاب فقهاء الحنفية عن هذا بأنه منقوض بمسائل ، منها :

أن الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك شراءه لنفسه ، ويملك التوكيل بشرائه لنفسه .

ومنها أن القاضي إذا أمر ذمياً ببيع خمر أو خنزير خلفه ذمي آخر يصح ، والقاضي لا يملك =

والخنزير في حق المسلم بمنزلة الميتة والدم، وليس على القول بالفرق بين ذلك^(١) دليل صحيح شرعي، بل إذا استحال عصيره خمراً، صار بمنزلة شاته إذا ماتت، ولو كان ذمياً يملك خمراً وخنزيراً فأسلم فإنه يصير ممنوعاً شرعاً من حفظهما.

والقول بأنه يجوز له حفظ الخمر ليخللها^(٢) تقدم الكلام فيه، ورده «بأن النبي ﷺ سئل عن الخمر أتخذ خلا؟ قال: لا»^(٣) في باب العاشر^(٤).

وقوله: كما إذا ورثهما. صحة القول بإرثهما مترتب على أن الذمي إذا أسلم وفي يده خمر وخنزير يستمر ملكه فيهما^(٥) حتى إذا مات يخلفه وارثه في ذلك^(٦)، وهو ممنوع كما تقدم.

= التصرف بنفسه.

انظر: العناية وفتح القدير ٦/٤٤٠، والبنية ٧/٢٣٧.

قال ابن القيم رحمه الله في أحكام أهل الذمة ١/٢٧٤: وما باعوه - أي الذميون - من الخمر والخنزير قبل مشاركة المسلم جاز لهم شركتهم في ثمنه وثمرته حلال، لا اعتقادهم حله، وما باعوه واشتروه بمال الشركة فالعقد فيه فاسد، فإن الشريك وكيل، والعقد يقع على الموكل، والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير. اهـ.

(١) يشير إلى تفريق صاحب الهداية بينهما في أول باب البيع الفاسد، والخفية يفرقون بقولهم: إن الخمر لم تنعدم فيه أصل المالية الثابتة فيه بالتمول بخلاف البيع بالميتة والدم، فإنه لا مالية فيهما باعتبار الحال ولا باعتبار المآل.

انظر: أصول السرخسي ١/٩١ والهداية ٣/٤٦.

(٢) أو يريقها، وأما الخنزير فيسيبه. انظر العناية ٦/٤٤٠، فتح القدير ٦/٤٣٩.

(٣) أخرجه مسلم من حديث أنس رضي الله عنه في كتاب الأشربة حديث رقم ١٩٨٣.

(٤) انظر ص ٥٠٣ بتحقيق: عبد الحكيم شاکر.

(٥) بشرط أن يخلل الخمر ويسيب الخنزير كما سبق ذكره.

(٦) ذكر فقهاء الحنفية أنه لما جاز البيع على قول أبي حنيفة ينبغي للمسلم أن يتصدق بالثمن =

قوله: (ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد؛ لأن هذا بيع وشرط، وقد «نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط» - إلى أن قال: لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا، ولأنه تقع بسببه المنازعة فيعمرى العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفاً؛ لأن العرف قاضٍ على القياس).

عن جابر رضي الله عنه «أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فأراد أن يسببه، قال: ولحقني النبي ﷺ فدعا لي وضربه فسار سيراً لم يسر مثله قط، فقال: بعنيه، فقلت: لا، ثم قال: بعنيه فبعته، واستثنيت حملانه إلى أهلي» متفق عليه^(١)، وفي لفظ لأحمد^(٢) والبخاري^(٣): «وشرط ظهره إلى المدينة»، وعن عائشة رضي الله عنها «أنها أرادت أن تشتري بريرة للعتق، فاشتروا ولأهها، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: اشتريها وأعتقها، فإنما الولاء لمن أعتق» متفق عليه^(٤)، ولم يذكر البخاري لفظ «وأعتقها».

وأما نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط فلم يثبت عند أهل الحديث، وقد أنكره أحمد^(٥)، وإنما أخرجه الحارثي في مسند أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن

= لتمكن الخبث فيه.

انظر: فتح القدير ٦/٤٣٩، البناية ٧/٢٣٧.

(١) أخرجه البخاري مع الفتح - كتاب الشروط - باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة وكان معين جاز

٥/٣١٤. ومسلم في المساقاة حديث رقم ٧١٥.

(٢) المسند ٣/٢٩٩.

(٣) تقدم تخريجه أنفاً.

(٤) تقدم تخريجه ص ٣٥٩.

(٥) انظر: المغني ٤/٢٤٩.

أبيه عن جده، وأخرجه أبو عمر بن عبد البر^(١) وأبو محمد بن حزم^(٢) بإسنادهما من جهته، وعلى تقدير ثبوته لا يعارض حديث جابر وحديث عائشة، فإن عمومهما مخصوص بالإجماع^(٣)، فيحمل على شرط ينافي العقد أو اشتراط عقد في عقد نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر، ونحو ذلك للنهي عن صفتين في صفقة^(٤).

وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك» رواه الخمسة^(٥) إلا ابن ماجه فإن له منه «ربح ما لم يضمن، وبيع ما ليس عندك»^(٦).

= قال ابن القيم: «نص الإمام أحمد على جواز البيع والشرط وهو الصحيح». إعلام الموقعين ١٢/٤.

وقال عن هذا الحديث في موضع آخر: «لا يعلم له إسناد يصح، مع مخالفته للسنّة الصحيحة والقياس، ولا انعقاد الإجماع على خلافه». الإعلام ٣٤٦/٢.

(١) انظر: التمهيد ٣٨٤/٢٤.

(٢) انظر: المحلى ٣٢٤/٧.

(٣) حيث أجمعوا على جواز اشتراط الرهن والكفيل والضمين والتأجيل والخيار ثلاثة أيام فهذا بيع وشرط متفق عليه.

انظر: إعلام الموقعين ٣٤٧/٢.

(٤) سيأتي تخريجه ص ٣٨٤.

(٥) أحمد في المسند ١٧٤/٢. والترمذي - بيوع - باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده

٣/٥٣٥. وأبو داود - بيوع - باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ٣/٢٨٣. والنسائي - بيوع -

باب سلف وبيع ٧/٢٩٥.

(٦) سنن ابن ماجه - تجارات - باب النهي عن بيع ما ليس عندك ٢/٧٣٨.

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح^(١)، ولهذا قال أحمد: يبطل البيع إذا كان فيه شرطان ولا يبطله شرط واحد^(٢).

وروى الخطابي في معالم السنن بسنده إلى عبد الوارث بن سعيد^(٣) قال: قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعاً وشرط كذا؟ فقال: البيع باطل والشرط باطل.

ثم أتيت ابن أبي ليلى وسألته فقال: البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال: البيع جائز والشرط جائز، فقلت: يا سبحان الله! ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا علي في مسألة واحدة.

فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال: ما أدري ما قالوا، حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط» البيع باطل والشرط باطل.

فأتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال: ما أدري ما قالوا، حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: «أمرني رسول الله ﷺ أن أشتري بريرة وأعتقها، وقال: اشتري بريرة واشترطي الولاء لأهلها» 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 قال: «بعت النبي ﷺ ناقة/ أو

(١) سنن الترمذي ٣/٥٣٦. وحسنه الألباني في الإرواء ٥/١٤٦.

(٢) انظر: المغني ٤/١٠٨، ٢٤٨.

(٣) عبد الوارث بن سعيد بن ذكوان مولاهم، أبو عبيدة، التنوري البصري، ثقة، ثبت، مات سنة ١٨٠ هـ. التقريب ص ٣٦٧.

جمالاً، وشرط لي حملانه إلى المدينة» البيع جائز والشرط جائز، انتهى^(١).
 وروى هذه الحكاية أيضاً أبو محمد بن حزم في المحلى^(٢)، وأبو عمر بن
 عبد البر في التمهيد^(٣)، وقول المصنف - بعد ذلك - : (والشافعي وإن كان
 يخالفنا في العتق^(٤) وقيس على بيع العبد نسمة^(٥)، فالحجة عليه ما ذكرناه)^(٦)
 دليل الشافعي قوي، وهو حديث بريرة، فإن عائشة رضي الله عنها اشترتها
 بشرط العتق، فأجاز النبي ﷺ ذلك، وصح البيع والشرط، وإنما بين بطلان
 شرط الولاء لغير المعتق، ولم يذكر بطلان شرط العتق.

وقوله - بعد ذلك - : (وكذلك إذا باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً
 أو داراً على أن يسكنها)^(٧) حديث جابر^(٨) يردّه إلا إذا استثنى خدمة، أو

(١) معالم السنن ١٥٤/٥ .

(٢) انظر: المحلى ٣٢٤/٧ .

(٣) انظر: التمهيد ١٨٥/٢٢ .

(٤) حيث يقول بجواز بيع الرقيق بشرط العتق، لكن هذا في وجه عند الشافعية شاذ ضعيف،
 وإلا فالذهب عندهم بطلان البيع. ذكره النووي في المجموع ٣٦٦/٩ .

(٥) معنى هذه العبارة كما جاء في المغرب ٣٠١/٢ :

المراد أن يباع للعتق، أي لمن يريد أن يعتقه، وانتصابها - أي كلمة نسمة - على الحال، على
 معنى معرضاً للعتق، وإنما صح هذا لأنه لما كثر ذكرها في باب العتق، وخصوصاً في قوله
 ﷺ: «فك الرقبة وأعتق النسمة» صارت كأنها اسم لما هو بعرض العتق، فعوملت معاملة
 الأسماء المتضمنة لمعاني الأفعال. اهـ.

وقد فسر صاحب الهداية هذه الكلمة في الجملة التي بعدها لكن كلام المطرزي أوضح.

(٦) وهو حديث «نهى عن بيع وشرط» .

(٧) أي فإن ذلك فاسد .

(٨) تقدم، وجاء فيه اشتراط جابر حملان ظهر جملة إلى المدينة، وهو اشتراط على شيء
 معلوم .

سكنى مدة مجهولة .

وقوله : (ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع ، ولو كان لا يقابلهما يكون إجارة في بيع^(١) ، وقد نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة^(٢)). يجب أن يحمل النهي عن صفقتين في صفقة على نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر ، أو يشتري منه ، أو يؤجره ، أو يزوجه ، أو يسلفه ، أو يصرف له الثمن أو غيره لا على استثناء خدمة العبد أو حملان البعير أو سكن الدار أو نحو ذلك مدة معلومة جمعاً بين هذا الحديث وبين حديث جابر ؛ ولأن استثناء ذلك بمنزلة شيء معلوم من المبيع ، لا يفضي إلى جهالة ولا منازعة ولا غرر .

ولو لم يرد حديث جابر رضي الله عنه لكان مقتضى القياس جواز استثناء مثل هذا ، فورود النص على مقتضى القياس لا على منافاته فلم يكن مثل هذا من باب صفقتين في صفقة بل من باب الاستثناء .

(١) أي وكل ذلك فاسد .

(٢) أخرجه أحمد في مسنده ١/٣٩٨ من حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال : «قد نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة» . والحديث له طرق وألفاظ انظرها في نصب الرأية ٤/٢٠ .

وقد صحح الألباني في الإرواء ٥/١٤٨ وقفه عن ابن مسعود وذكر للمرفوع شواهد من حديث أبي هريرة وابن عمر عن الترمذي والنسائي ولفظه : «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة» . انظر : سنن الترمذي - بيوع - باب النهي عن بيعتين في بيعة ٣/٥٣٣ . وسنن النسائي - بيوع - باب بيعتين في بيعة ٧/٢٩٥ . وقال الترمذي : حديث حسن صحيح . وحسن إسناده الألباني في الإرواء ٥/١٤٩ .

وقوله: لأن فيه^(١) زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا. فيه نظر لأن الفضل الخالي عن العوض لا يكون ربا مطلقاً حتى جاز بيع البيضة بالبيضتين، والحفنة بالحفتين، ونحو ذلك^(٢)، وجاز فيما تعارف الناس اشتراطه كحذو النعل ونحوه^(٣)، ولو تعارف الناس الربا لا يحل، وأيضاً فإنه ليس هنا خالياً عن العوض بل في مقابلة المبيع لأنه يجوز أن يقابل المبيع بأعواض كثيرة.

وقوله: أو لأنه^(٤) يقع بسببه المنازعة. فيه نظر أيضاً؛ لأن الظاهر عدم المنازعة جرياً على موجب الشرط، أو لأن المنازع بعد الشرط لا يلتفت إليه لرضاه بالشرط المتعارف والملائم.

وقوله: لأن العرف قاض على القياس. فيه نظر؛ لأن العرف هنا على خلاف النص الذي تقدم ذكره^(٥)، والعرف الوارد على خلاف النص باطل.

(١) أي الشرط في البيع.

(٢) هذا عند أبي حنيفة ومالك بناءً على ما ذكره من علة الربا فهي عند مالك الاقتيات والادخار، وعند أبي حنيفة الكيف مع الجنس أو الوزن مع الجنس، وهذه العلة عنده وإن وجدت في الكثير لكنها لا توجب في اليسير فلا يجري فيه الربا.

وأما الشافعي وأحمد فمذهبهما ثبوت الربا في ذلك بناءً على أن العلة الطعم.

انظر: الهداية ٣/٦٧، والكافي لابن عبد البر ٢/١٥، والمجموع ٩/٤٠٢، والمغني ٤/٩.

(٣) استثنى صاحب الهداية من عدم جواز الشرط في البيع ما كان متعارفاً عليه عند الناس من الشروط، وضرب الشراح لذلك مثلاً وهو بيع النعل مع شرط التشريك.

انظر: الهداية ٣/٥٣، والعناية ٦/٤٤٢، والبنية ٧/٢٤٠.

(٤) أي الشرط في البيع.

(٥) يعني حديث النهي عن بيع وشرط، وهذا بناءً على عملهم بهذا الحديث فإن العرف لا يلتفت إليه مع وروده.

قوله: (ومن باع عيناً على أن لا يسلمها إلى رأس الشهر فالبيع فاسد؛ لأن الأجل في المبيع المعين^(١) باطل فيكون شرطاً فاسداً وهذا لأن الأجل شرع ترفيهاً^(٢) فيليق بالديون دون الأعيان)^(٣).

فيه نظر؛ لأن حديث جمل جابر يدل على جواز تأجيل قبض المبيع المعين وقد تقدم.

قوله: (لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها).

يعني في الكفالة إلى النيروز والمهرجان^(٤) ونحوه^(٥)، ولم أر لذلك^(٦) ذكراً في كتب الحديث^(٧).

(١) كذا في النسختين، وفي المطبوع: العين.

(٢) أي تيسيراً.

(٣) لأن الدين غير حاصل فكان الأجل فيه اتباع التي يتمكن المشتري من تحصيله فيها بالكسب، أما المعين فحاصل، فلا حاجة فيها إلى ذكر الأجل للترفيه. البناية ٢٤٦/٧.

(٤) النيروز: أول السنة القبطية وهو عند الفرس عند نزول الشمس أول الحمل. المصباح المنير ص ٢٢٩، والمهرجان: عيد الفرس. المصباح المنير ص ٢٢٣.

(٥) كما لو كفل إلى الدياس، والحصاد، والقطف، كذا في الهداية ٥٥/٣.

(٦) أي لاختلاف الصحابة.

(٧) قال في الدراية ١٥٢/٢: لم أجده، ولم يذكر حكماً في نصب الراية ٢١/٤، وفي مسند الشافعي مع الأم ٤١٥/٩ عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «لا تبيعوا إلي العطاء ولا إلى الأندر ولا إلى الدياس».

قال في فتح القدير ٤٥٤/٦ عن قوله: لاختلاف الصحابة: أخرجه مخرج الاستدلال على أنها جهالة يسيرة، فإن من الصحابة من أجازها كعائشة رضي الله عنها أجازت البيع إلى العطاء، وابن عباس منعه وبه أخذنا. اهـ. وذكر نحو ذلك في العناية ٤٥٤/٦ والبناية ٢٥٢/٧.

قوله: (ولو باع إلى هذه الآجال^(١) ثم تراضيا^(٢) بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً).

في قوله: فإن تراضيا بإسقاط الأجل. نظر، وصاحب الهداية تبع القدوري^(٣)، والصحيح أن التراضي بإسقاط الأجل ليس بشرط بل رضا من له الأجل وهو المشتري كاف؛ لأنه خالص حقه، وحق الإنسان ما يتولى إسقاطه وإثباته، كذا في الكافي وغيره^(٤).

* * *

(١) يعني النيروز والمهرجان والدياس إلى آخر ما سبق ذكره.

(٢) أي المتعاقدان.

(٣) في مختصره المنسوب إليه ويسمى الكتاب، وهو أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان الإمام المشهور أبو الحسين بن أبي بكر الفقيه البغدادي المعروف بالقدوري صاحب المختصر، ولد سنة ٣٦٢، انتهت إليه بالعراق رياسة أصحاب أبي حنيفة، من كتبه التجريد والتقريب. توفي سنة ٤٢٨.

انظر: تاج التراجم ص ٩٨. الطبقات السنية ١٩/٢. الفوائد البهية ص ٣٠. السير ٥٧٤/١٧. شذرات الذهب ٢٣٣/٣.

(٤) قد نبه صاحب الهداية على ذلك حيث قال: وقوله -أي القدوري- في الكتاب: ثم تراضيا. خرج وفاقاً لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه. اهـ. الهداية ٥٦/٣.

فصل في أحكامه

قوله : (ولنا^(١)) أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فوجب القول بانعقاده، ولا خفاء في الأهلية والمحلية وركن مبادلة المال ، وفيه الكلام، والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك، إنما المحذور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء).

مسألة الفرق بين الفاسد والباطل في البيع من المسائل المشهورة^(٢) ، ونقل عن أبي يوسف أنه احتج لها بحديث عائشة رضي الله عنها «أنها اشترت بريرة [١٤٥/أ] وشرطت الولاء لأهلها ثم أعتقتها»^(٣) وأن البيع كان فاسداً/ وأن النبي ﷺ أجاز العتق وأبطل الشرط مع فساد البيع بالشرط^(٤) .

وسياق القصة يأبى ذلك، ويدل على جواز البيع ، وبطلان الشرط، وقد تقدم التنبيه على ما روي من النهي عن بيع وشرط^(٥) ، وخطبته ﷺ ورده على

(١) أي على أنه إذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته .

(٢) تقدم الكلام على ذلك ص ٣٥٤ .

(٣) تقدم تخريجه ص ٣٥٩ .

(٤) انظر : الاختيار ٢/ ٢٢ .

(٥) انظر ص ٣٨٠ .

من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، ليس مراده به الرد على عائشة رضي الله عنها، بل على أهل بريرة، فإنهم هم الذين شرطوا الشرط الفاسد، وهو أن يكون الولاء لهم مع كون الإعتاق من غيرهم، فغضب رسول الله ﷺ لخروجهم عن مقتضى الشرع فإن ذلك قد بينه النبي ﷺ وعلمه الخاص والعام أن الولاء لمن أعتق.

وكانت عائشة رضي الله عنها قد ظنت أنها لو اشترطت ذلك - مع كونه على خلاف مقتضى الإعتاق - أنه يصح لوجود الشرط فنبه النبي ﷺ على أن اشتراطها وعدمه سواء وأن الشرط الباطل لا يعتبر، وأن وجوده وعدمه سواء، فلا يبطل به ما مقتضاه الصحة، ولا يصح به ما مقتضاه البطلان، وأخرج كلاماً عاماً ليتناول البيع وغيره فيدخل في عمومه النكاح والوقف وغيرهما.

وقوله: والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور. إن أراد به التصور اللغوي فمسلم، وإن أراد به التصور الشرعي فممنوع^(١) لقوله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»^(٢) وهو حديث مشهور تلقته الأمة

(١) قال ابن الهمام في شرح هذه العبارة: يريدون أن النهي عن الأمر الشرعي يقرر مشروعيته؛ لأن النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه، وإلا لم يكن للنهي فائدة، فليس بذلك لأن كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى إمكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد، فإنه إذا فعل هذا التصور يقع غير مشروع، وإن أرادوا تصوره شرعياً أي مأذوناً فيه شرعاً فممنوع. اهـ. فتح القدير ٦/٤٦١. وما قاله ابن الهمام هو الذي أراده صاحب التنبية بقوله: إن أراد به التصور اللغوي... إلخ.

(٢) رواه مسلم - أفضية - حديث رقم ١٧١٨.

بالقبول والعمل . والإشكال الخاص هنا أنه قد ورد النهي عن أنواع من البيوع، وقلتم أنها من قسم الباطل فبطل التفريق بأن النهي يقتضي التصور شرعاً، وأن ما فيه ذلك يكون فاسداً، منها ما في حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما «أنه سمع النبي ﷺ يقول: إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقليل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة؟ فإنها تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس، فقال: لا هو حرام، ثم قال رسول الله ﷺ عن ذلك: قاتل الله اليهود، إن الله لما حرم عليهم الشحوم جعله ثم باعوه فأكلوا ثمنه» رواه الجماعة^(١)، فلو كان النهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور، للزم أن يكون بيع الميتة والخمر والخنزير والأصنام مقررأ في الشرع متصورأ، تنال به نعمة الملك، وقد فرقتم بين بيع الخمر والبيع بها^(٢).

ومنها ما في حديث أبي جحيفة^(٣) رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ حرم ثمن الدم وثمان الكلب وكسب البغي، ولعن الواشمة والمستوشمة^(٤)، وأكل

(١) البخاري مع الفتح - بيوع - باب بيع الميتة والأصنام ٤/٤٢٤ . ومسلم - مساقاة - حديث ١٥٨١ . والترمذي - بيوع - باب ما جاء في بيع جلود الميتة والأصنام ٣/٥٩١ . وأبو داود - بيوع - باب في ثمن الخمر والميتة ٣/٢٧٩ . والنسائي - بيوع - باب بيع الخنزير ٧/٣٠٩ . وابن ماجه - تجارات - باب ما لا يحل بيعه ٢/٧٣٢ .

(٢) وذلك أنهم قالوا ببطلان بيع الخمر، وبفساد البيع بها . انظر: الهداية ٣/٤٧ . وفتح القدير ٦/٤٠٣ . والبنية ٧/١٨٩ ، ١٩١ .

(٣) هو وهب بن عبد الله بن مسلم بن جنادة بن حبيب السوائي، قدم على النبي ﷺ في أواخر عمره، وحفظ عنه، ثم صحب علياً بعده، وولاه شرطة الكوفة لما ولي الخلافة، مات سنة ٦٤ هـ . انظر الاستيعاب ٣/٦٢٨ . الإصابة ٣/٦٤٢ .

(٤) الوشم: أن يُغرز الجلد بإبرة، ثم يحشى بكحل أو نيل فيزرق أثره أو يخضر . النهاية ٥/١٨٩ .

الربا وموكله، ولعن المصورين» متفق عليه^(١)، فتحريم ثمن الدم، لا يدل على أن بيع الدم مقرر في الشرع، متصور، تنال به نعمة الملك، وفي الحديث أيضاً دلالة على تحريم بيع الكلب وسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

وقوله: إنما المحظور فيما يجاوره كما في البيع وقت النداء. قد فرق المخالف بينه^(٢) وبين مجاورة المحظور في البيع وقت النداء بأن الفساد في البيع الفاسد في صلب العقد.

والكراهية في البيع وقت النداء للاشتغال عن السعي إلى الجمعة وذلك أمر خارج عن العقد، ولهذا كان في هذا الفساد عندكم، وفي الآخر الكراهية.

واعتباركم المعنى الجامع بينهما وهو مجاورة المحظور مع إلغائكم المعنى الفارق وهو أن الفساد هنا في صلب العقد، وهناك باعتبار أمر خارج^(٣)، وتنزيلكم لهذا البيع الفاسد منزلة بين منزلتين لا نظير له في الشرع وإذا تبين أن البيع الفاسد غير مشروع أصلاً لا يترتب عليه الملك الذي هو من أعظم نعم الله على عباده.

(١) البخاري مع الفتح - بيوع - باب ثمن الكلب ٤/٤٢٦. ولم أجده في مسلم، ولم يعزه في تحفة الأشراف إلى مسلم في مسند أبي جحيفة، ثم وقفت على كلام الحافظ في فتح الباري ٤/٤٢٧ في خاتمة كتاب البيوع حيث أفاد أن هذا الحديث هو أحد أحاديث البيوع التسعة والعشرين التي لم يوافق مسلم فيها البخاري.

(٢) أي البيع المتنازع فيه من حيث الفساد والبطلان.

(٣) أجيب عن هذا الاعتراض بأن غرض المصنف في ذكر المجاورة بيان أن المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم، وبأن غرضه أن الحكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم، والكراهية والفساد يشتركان في عدم البطلان. كذا ذكره في العناية ٦/٤٦١، والبناءة ٧/٢٦١.

قوله: (إنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور إذ هو واجب الرفع بالاسترداد)^(١).

ينبغي على مقتضى هذا التعليل أن لا يثبت الملك بعد القبض أيضاً لأن القبض عدوان ومعصية أخرى فإذا لم يثبت الملك قبله فأولى أن لا يثبت بعده. قوله: (فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة)^(٢).

كيف يعتبر هذا القبض المحرم بالقبض في الهبة الشرعية في إفادة الحكم، واعتضاد المعصية بالمعصية لا ينتج إفادة الحكم الشرعي وجميع الفروع المذكورة إلى آخر الفصل مترتبة على هذا الأصل المزلزل.



(١) هذا التعليل جواب عن قول الشافعي الذي أورده قبل ذلك وهو أن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل قبض المبيع.

وقوله: كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد . . . إلخ أي من جهة الشارع لأن البيع الفاسد منهي عنه، ولو ثبت الملك قبل القبض يكون التسلم والتسليم واجباً شرعياً، فيكون الشارع أمراً وناهياً في شيء واحد وهذا لا يجوز. ثم علله بقوله: إذ هو واجب . . . إلخ ويريد بذلك البيع الفاسد واجب الرفع بطلب رد المبيع من يد المشتري فلا جرم لم يفد الملك قبل القبض. العناية ٦/٤٦٢، البناية ٧/٢٦٢.

(٢) هذا دليل آخر على إفادة البيع الفاسد الملك بعد القبض، ووجهه أن البيع الفاسد قد ضعف لمكان اقترانه بالنتهي عنه فلاجل هذا لم يفد الملك فيشترط اعتضاده واعتماده وتقويته بالقبض في إفادة الحكم؛ لأن القبض فيه شبه بالإيجاب فصار كأن إيجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه إلى ما يعضده العقد من القبض. العناية ٦/٤٦٢، والبناية ٧/٢٦٣.

فصل في ما يكره

قوله: (وعن بيع الحاضر البادي^(١)) ، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «لا يبيع الحاضر للبادي» / وهذا إذا كان أهل البلدة في قحط وعوز وهو يبيع من أهل البدو طمعاً في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم، أما إذا لم يكن [ب/١٤٥] كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر).

في تفسير الحديث بما ذكره المصنف نظر؛ فقد جاء تفسيره بخلاف ذلك، عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد» ف قيل لابن عباس: ما قوله: لا يبيع حاضر لباد؟ قال: لا يكون له سمساراً» رواه الجماعة إلا الترمذي^(٢) ، وعن جابر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ قال: لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» رواه الجماعة إلا البخاري^(٣) ، والمعنى فيه أنه متى ترك البدوي يبيع سلعته اشتراها الناس برخص ويوسع عليهم السعر، فإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع

(١) أي أنه منهي عنه.

(٢) البخاري مع الفتح-بيوع-باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر ٤/ ٣٧٠، ومسلم-بيوع-حديث ١٥٢١. وأبو داود-بيوع-باب في النهي أن يبيع حاضر لباد ٣/ ٢٦٩. وابن ماجه-تجارات-باب النهي أن يبيع حاضر لباد ٢/ ٧٣٤، ٧٣٥. والنسائي-بيوع-باب التلقي ٧/ ٢٥٧.

(٣) مسلم-بيوع-حديث ١٥٢٢. والترمذي-بيوع-باب ما جاء في لا يبيع حاضر لباد ٣/ ٥٢٦. وأبو داود-بيوع-باب في النهي أن يبيع حاضر لباد ٣/ ٢٧٠. والنسائي-بيوع- =

من بيعها إلا بسعر البلد ضاق على أهل البلد، وقد أشار النبي ﷺ في تعليقه إلى هذا المعنى.

* * *

= باب بيع الحاضر للبادي ٢٥٦/٧ . وابن ماجه - تجارات - باب النهي أن يبيع حاضر لباد . ٧٣٤/٢ .

باب المزابحة والتولية^(١)

قوله، (وقد صح أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بغيرين، فقال له النبي ﷺ: ولئي أحدهما؟ فقال: هو لك بغير شيء، فقال: أما بغير ثمن فلا)^(٢).

هذا اللفظ منكر لا يعرف، وقد ذكر البخاري رحمه الله حديث الهجرة بطوله^(٣) وفيه «أن أبا بكر رضي الله عنه قال: خذ بأبي أنت وأمي إحدى راحلتي هاتين، قال عليه الصلاة والسلام: بالثمن، وذكر ابن إسحاق في السيرة: فلما قرب أبو بكر الراحلتين إلى رسول الله ﷺ قدم له أفضلهما ثم قال له: اركب فذاك أبي وأمي، فقال رسول الله ﷺ: إني لا أركب بغيراً ليس لي، فقال: فهي لك يا رسول الله بأبي أنت وأمي، فقال: لا، ولكن بالثمن الذي ابتعتها به، قال: كذا وكذا، قال: قد أخذتها بذلك، قال:

(١) المزابحة: نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح.

والتولية: نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح، وإنما سمي بذلك لأن البائع كأنه يجعل المشتري والياً لما اشتراه بما اشتراه.

انظر: أنيس الفقهاء ٢١١، المغرب ٣٧٢/٢، المغني ١٣١/٤، ١٩٩.

(٢) قال في نصب الراية ٣١/٤: غريب. وقال في الدراية ١٥٤/٢: لم أجده وفي صحيح البخاري ما يخالفه.

(٣) البخاري مع الفتح - مناقب - باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة ٧/٢٣٠.

هي لك يا رسول الله، فركبا وانطلقا»^(١) الحديث، وعلى تقدير ثبوته، ليس فيه أن النبي ﷺ قال له: ولني أحدهما، كما قال المصنف فإن غرضه أن التولية تثبت بقوله: ولني.

قوله: (وبخلاف أجره التعليم^(٢))؛ لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه^(٣)، وهو حذاقته^(٤).

قصر ثبوت الزيادة على حذاقته فيه نظر، وإنما حصلت الزيادة بتعليم المعلم في محل قابل، فصار بمنزلة صيغ الثوب وقصارته، فلولا قابليته المحل لما أثر الصبغ فيه، ولأن حذاقته بانفرادها لا تفيد التعلم فدل على أن لعمله أثراً في المحل، فلا فرق حينئذ بين التعليم وبين الصبغ والقصاره ولهذا - والله أعلم - علل السغناقي في الشرح بأنه ليس فيه عرف ظاهر ثم قال: حتى لو كان في شيء من ذلك عرف ظاهر في موضع يلحقه برأس المال كان له أن يلحقه به^(٥).

قوله: (وعن أبي يوسف وزفر^(٦) في الفصل الأول لا يبيع من غير بيان

(١) السيرة النبوية لابن هشام ١/٤٨٦، ٤٨٧.

(٢) يعني أنها لا تدخل في الأشياء التي ذكرها سابقاً وهي أجره القصار والطراز والصبغ والفتل وأجره حمل الطعام، وقال إنه يجوز أن يضيف إلى رأس المال أجره هذه الأشياء بخلاف أجره التعليم - أي تعليم العبد - فإنه لا يجوز ضمها إلى رأس المال.

(٣) أي في المتعلم، فالزيادة الحاصلة في المالية بهذا الاعتبار لا بما أنفق على المعلم.

(٤) أي ذكاء ذهنه، فلم يكن ما أنفقه مولى العبد على المعلم موجباً للزيادة في المالية، ولا يخفى ما فيه لما يذكره صاحب التنبية.

(٥) انظر: العناية ٦/٤٩٩.

(٦) كذا في النسختين ولا يوجد ذكر لزفر في المطبوع مستقلاً، ولا مع شرحه فتح القدير والبنية =

كما إذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي^(١) .

يعني إذا اشترى أمة سالمة فاعورت^(٢) ، وقول أبي يوسف وزفر رحمهما الله أقوى لما في عدم البيان من الغرر، وقد «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر»^(٣) وذلك لأنه إذا قال: اشتريتها بكذا، يظن المشتري منه أنه اشتراها على ما هي عليه من العيب، فصار كأنه ستر العيب، ولم يبينه، وقد قال ﷺ: «فإن صدقا وبيننا بورك لهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما»^(٤)، وصار بهذا الاعتبار كما إذا فقأ هو عينها، أو فقأها آخر وأخذ أرشها^(٥)، وكذلك لو أصاب الثوب قرض فأر أو حرق نار ينبغي أن لا يبيعه مرابحة حتى يبين^(٦) كما

= والأمر كما ذكر المصنف من أنه قول زفر أيضاً عزاه إليه في فتح القدير ٥٠٦/٦ والبنية ٣١٦/٧ .

(١) انظر: روضة الطالبين ٣/١٩٠ .

(٢) وهو المراد من قول صاحب الهداية في الفصل الأول لأنه قال في بداية المسألة: ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهي ثيب . . . إلخ .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه في كتاب البيوع رقم الحديث ١٥١٣ .

(٤) متفق عليه من حديث حكيم بن حزام .

(٥) البخاري مع الفتح - بيوع - باب إذا بين البيعان ٤/٣٠٩ . ومسلم - بيوع - حديث رقم ١٥٣٢ . هذا من باب نفي الفارق بين ما ذكره وهذه المسألة وذلك أنهم قالوا في هذه المسألة أنه لا يبيعه مرابحة حتى يبين وأوجدوا الفارق بأن صار مقصوداً بالإتلاف بخلاف المسألة السابقة .

انظر: الهداية ٣/٦٤، والعناية ٦/٥٠٦، وفتح القدير ٦/٥٠٦، والبنية ٧/٣١٦ .

(٦) وذلك أنهم قالوا: يبيعه مرابحة من غير بيان .

انظر المصادر السابقة .

إذا كان ذلك بصنعه مع أن الصفات على نوعين :

منها : ما هو جزء من الذات .

ومنها : ما هو معنى قائم بالذات .

وبذهاب العين من الأمة ، والجزء من الثوب بقرض الفأر أو حرق النار ،
نقص جزء من ذات المبيع ، فلا بد من البيان .

قوله : (لأنه عليه الصلاة والسلام « نهى عن بيع ما لم يقبض » ، ولأن فيه
غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك)^(١) .

الكلام على كلام المصنف هنا في موضعين :

أحدهما : على ما أشار إليه من الحديث .

والثاني : على ما أشار إليه من التعليل .

أما الأول : فلم يرد هذا النهي العام في الصحيح ، وإنما ورد في بعض
[١٤٦/ أ] السنن ، كما في حديث حكيم بن حزام^(٢) « قال : قلت/ يا رسول الله إنني

(١) هذا الدليل والتعليل هو لما قدمه من قوله : من اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه
حتى يقبضه . الهداية ٣/ ٦٥ .

ومعنى قوله : على اعتبار الهلاك أي هلاك المبيع قبل القبض ، فيتبين حينئذ أنه باع ملك
الغير بغير إذنه ، وذلك مفسد للعقد .

(٢) حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى ، ابن أخي خديجة زوج النبي ﷺ ، أمه
صفية ، وقيل غير ذلك ، ولد عام الفيل ، وشهد حرب الفجار ، وكان من سادات قريش ،
وتأخر إسلامه إلى عام الفتح ، وكان من العلماء بأنساب قريش ، مات سنة ٥٠ هـ .
انظر : الاستيعاب ١/ ٣٢٠ ، والإصابة ١/ ٣٤٩ .

أشترى بيوعاً فما يحل لي منها، وما يحرم علي؟ قال: فإذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه» رواه أحمد^(١)، وعن زيد بن ثابت أنه عليه الصلاة والسلام «نهى أن تباع السلع حيث يتباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم» رواه أبو داود^(٢) والدارقطني^(٣)، وعن ابن عباس رضي الله عنهما «أنه قال: أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض، قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله» رواه الجماعة إلا الترمذي^(٤)، والنهي عن بيع الطعام حتى يقبض ثابت في الصحيحين والسنن من حديث أبي هريرة وجابر وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم^(٥)، ومن ثم حصل الخلاف في تعميمه وتعليه.

- (١) المسند مع الفتح الرباني - بيوع - ٤٦/١٥ . والنسائي - بيوع - باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ٢٨٦/٧ . والدارقطني - بيوع - ٩/٣ . والبيهقي ٣١٣/٥ وقال: هذا إسناد حسن متصل . وهو في صحيح النسائي ٩٥٣/٣ رقم ٤٢٨٩ .
- (٢) في سننه - بيوع - باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى ٢٨٢/٣ .
- (٣) في سننه ١٣/٣ ، والبيهقي في سننه ٣١٤/٥ ، وهو في صحيح أبي داود ٦٦٨/٢ رقم ٢٩٨٨ .

(٤) هذه الرواية التي عزاها المصنف للجماعة لم يخرجها إلا البخاري .

انظر: البخاري مع الفتح - بيوع - باب بيع الطعام قبل أن يقبض ٣٤٩/٤ . ولقبقتهم منها قوله: وأحسب كل شيء مثله . انظر: مسلم - بيوع - حديث ١٥٢٥ . وأبو داود - بيوع - باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى ٢٨٢/٣ . والنسائي - بيوع - باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ٢٨٦/٧ . وابن ماجه - تجارات - باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض ٧٤٩/٢ . والترمذي - باب ما جاء في كراهية بيع الطعام حتى يستوفيه ٥٨٦/٣ فلا وجه لاستثناء الترمذي من تخريجه .

- (٥) انظر: البخاري مع الفتح - بيوع - ٣٤٩/٤ وما بعدها . ومسلم - بيوع - حديث رقم ١٥٢٨ ، ١٥٢٩ ، ١٥٢٦ . والترمذي - بيوع - ٥٨٦/٣ . وأبو داود - بيوع - ٢٨١/٣ . والنسائي - بيوع - ٢٨٥/٧ . وابن ماجه - تجارات - ٧٤٩/٢ .

وأما الموضوع الثاني^(١) وهو تعليقه بأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك، يعني العقد الثاني، وهذا مبني على أن هلاك المبيع قبل قبضه يوجب انفساخ العقد، فإذا انفسخ العقد بهلاك المبيع قبل قبضه وقد باعه من آخر تبين أنه باع ما لا يملك فتمكن فيه غرر، وقد اعترض على هذا الأصل أصحاب مالك^(٢) وأحمد^(٣) وغيرهم^(٤).

وقالوا: لا نسلم أن كل مبيع قبل قبضه يكون مضموناً على البائع بل هذا خلاف السنة الثابتة فقد قال ابن عمر رضي الله عنه: «مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً، فزمانه على المشتري» رواه البخاري تعليقاً^(٥)، وقول الصحابي: «مضت السنة» يقتضي سنة النبي ﷺ.

-
- (١) تقدم الموضوع الأول وكلام المصنف عليه، وهو الحديث الذي أشار إليه صاحب الهداية.
- (٢) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٢٥. القوانين الفقهية ٢٢٢.
- (٣) انظر: المغني ٤/١٢٤. الإنصاف ٤/٤٦٦.
- (٤) به قال عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب وابن سيرين، وهو قول الحكم والنخعي وعطاء. عزاه إليهم في المحلى ٧/٤٧٦.
- وقال الشافعية بطلان بيع المبيع قبل القبض مطلقاً، كذا ذكره النووي في المجموع ٩/٢٧٠ والروضة ٣/١٦٦.
- وكذا قال أبو حنيفة رحمه الله إلا أنه استثنى من ذلك العقار كما في الهداية ٣/٦٥ وفتح القدير ٦/٥١٣ والبنية ٧/٣٢٢.
- وبمثلها قال الظاهرية واستثنوا القمح كما في المحلى ٧/٤٧٢.
- (٥) البخاري مع الفتح - بيوع - باب إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع ٤/٣٥١ ذكره تعليقاً مجزوماً به، دون قوله: «مضت السنة»، وقد وصله الدارقطني في سننه ٣/٥٤ من طريق الأوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر عن أبيه به، وانظر فتح الباري ٤/٣٥٢، والحديث صحيح موقوفاً كما ذكره الألباني في الإرواء ٥/١٧٣.

قال ابن المنذر: ولا يعلم لابن عمر مخالفاً يعني من الصحابة، وقد أجمعوا على أن المشتري لو أعتق العبد المشتري قبل القبض أن العتق يقع به لتمام ملكه عليه، وكذلك إذا تلفت السلعة فمن ماله لتمام ملكه عليها^(١) انتهى.

ولاشك أن المشتري قد ملكه وزيادته له و«الخراج بالضمان» فإذا كان خراجه له كان ضمانه عليه، لكن هذا إذا ملكه البائع من قبضه ولم يقبضه فإذا لم يمكنه من قبض الثمن فيكون العقد لم يتم بعد، فيكون من ضمان البائع فهذا اعتراض على وصف العلة^(٢)، ثم اعترضوا على تأثير هذا الوصف، فقالوا: هب أنه يهلك^(٣) من ضمان البائع ويتوالى ضمانان، فأبي محذور في هذا حتى يكون موجباً للنهي ولو اشتراه مائة من واحد إلى واحد رجع كل واحد على الآخر بما أقبضه إياه من الثمن ولو ظهر المبيع مستحقاً لرجعوا بذلك.

وفي الشقص المشفوع لو تبايعه عشرة ثم أخذه الشفيع من المشتري الأول رجع كل واحد بما أعطاه، ومن علل بوصف فعلية أن يبين تأثيره إما لكون الشرع جعل مثله مقتضياً للحكم، وإما المناسبة تقتضي ترتيب الحكم على الوصف، وقد ذكر بعضهم علة مناسبة وهي أنها إنما نهى عن ذلك لأن المبيع قبل القبض فيه غرر؛ لأنه قد سلمه البائع، وقد لا يسلمه لا سيما إذا رأى

(١) انظر: الإجماع لابن المنذر ص ٥٣.

(٢) يعني الذين اعترضوا على التعليل المذكور وهم أصحاب مالك وأحمد كما تقدم ثم اعترضوا اعتراضاً آخر ذكره المؤلف.

(٣) في ع (يملك).

المشتري قد ربح فيه فيختار أن يكون الربح له وهذا واقع كثيراً يبيع للرجل ، فإذا رأى السعر ارتفع سعى في رد البيع إما بجحده ، وإما باحتيال في الفسخ بأن يطلب فيه عيباً أو يدعي غبناً أو غرراً ، ومن اعتبر أحوال الناس وجد كثيراً منهم يندم على البيع وكثيراً ما يكون الندم لارتفاع السعر ، فيسعى في الفسخ إن لم يتمكن من المنع بيده ، فإذا كان الأمر كذلك فيكون قد باع ما ليس عنده ، ويحصل الضرر للمشتري الثاني بأن يشتري ما يظن أنه يتمكن من قبضه فيحال بينه وبينه ، وهذا من بيع الغرر .

وهذا بخلاف ما لو دفعه البائع ، فإنه لا يطمع أن يكون الربح له ، وكذلك الموروث لا حق فيه لغير الوارث ، وعلى هذا فالأقوى أنه يجوز فيه التولية والشركة كما قال مالك^(١) وغيره^(٢) .

وقد استدلوا في ذلك بحديث زهرة بن معبد^(٣) «أنه كان يخرج به جده عبد الله بن هشام^(٤) إلى السوق فيشتري الطعام فيلقاه ابن عمر وابن الزبير فيقولان له : أشركنا فإن النبي ﷺ قد دعا لك بالبركة فيشركهم فرجما أصاب

(١) انظر : المدونة ٤ / ٨١ . التمهيد ١٦ / ٣٤١ ، ٣٤٢ . الكافي ٢ / ٢٦ .

(٢) قال في التمهيد ١٦ / ٣٤١ : وقد قال بهذا القول طائفة من أهل المدينة ، ثم عزا إلى أصحاب مالك القول بذلك أيضاً .

(٣) زهرة - بضم أوله - ابن معبد بن عبد الله بن هشام القرشي التيمي ، أبو عقيل المدني ، نزيل مصر ، ثقة ، مات سنة ١٢٧ هـ . التقريب ص ٢١٧ .

(٤) عبد الله بن هشام بن زهرة بن عثمان القرشي التيمي ، له ولأبيه صحبة ، روى عنه حفيده أبو عقيل زهرة بن معبد ، سكن المدينة ، كان مولده سنة أربع ، وهو معدود في أهل الحجاز ، ذهبت به أمه زينب بنت حميد إلى النبي ﷺ وهو صغير فمسح رأسه ودعاه .

انظر : الاستيعاب ٢ / ٣٩٠ ، والإصابة ٢ / ٣٧٧ .

الراحلة كما هي فيبعث بها إلى المنزل» أخرجه/ البخاري^(١) ، ولذلك تجوز [١٤٦/ب] الإقالة فيه ويبيعه من بائعه ؛ لأنه لا محذور فيه ، وخرج كلام الرسول ﷺ عاماً لأن غالب البياعات مرابحة ، ولهذا والله أعلم قال ﷺ : «حتى يؤويها التجار إلى رحالهم»^(٢) .

وعادة التجار هو البيع مرابحة ، وهذا المعنى يعم الطعام^(٣) وغيره ، وأيضاً فإن التاجر إذا اشترى سلعة فإنما اشتراها ليربح فيها ، فلا بد أن يعمل فيها عمل التاجر - من نقلها من مكان إلى مكان أو حبسها إلى حين يرتفع السعر أو أن يشتري جملة ويبيع مفزاً ونحو ذلك - فأما إذا اشتراها وباعها في مكانها من غير أن يعمل فيها شيئاً فليس هذا بتاجر ، وإن كانت قد صارت في ضمانه بتولية البائع بينه وبينها فليس كل مضمون يباح ربحه .

وروى ابن عمر : «أنهم كانوا يضربون إذا اشتروا الصبرة»^(٤) جزافاً^(٥) أن يبيعوها في موضعها حتى ينقلوها»^(٦) .

(١) البخاري مع الفتح - شركة - باب الشركة في الطعام وغيره - ١٣٦/٥ .

(٢) تقدم تخريجه ص ٣٩٩ .

(٣) إنما قال ذلك لأن مالكا رحمه الله استثنى الطعام من جواز بيع المبيع قبل القبض .

(٤) الصبرة : واحدة صبر كخرفة وغرف ، وهي الطعام المجتمع كالكومة ، يقال : اشترت الشيء صبرة أي بلا كيل ولا وزن .

أنيس الفقهاء ص ٢٠٤ . النهاية في غريب الحديث ٩/٣ . المصباح المنير ص ١٢٦ .

(٥) الجزاف هو أخذ الشيء بالحدس بلا كيل ولا وزن .

المغرب ١/١٤٥ . أنيس الفقهاء ص ٢٠٤ .

(٦) البخاري مع الفتح - بيع - باب من رأى إذا اشترى طعاماً جزافاً لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله ٣٥٠/٤ . ومسلم - بيع - حديث رقم ١٥٢٧ .

وقد قال ابن عباس: لا أحسب كل شيء إلا بمنزلة الطعام^(١).
 قوله: (إلا القرض^(٢)) فإن تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء^(٣)
 حتى يصبح بلفظة الإعارة ولا يملكه^(٤) من لا يملك التبرع كالوصي
 والصبي^(٥)، ومعاوضة في الانتهاء^(٦)، فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل
 فيه كما في الإعارة إذ لا جبر في التبرع^(٧)، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح
 لأنه يصير بيع الدرهم بالدرهم نسيئة، وهو ربا).

أما قوله: فإن تأجيله لا يصح. فلا خلاف في صحته^(٨)، وإنما بالخلاف
 في لزومه فالتجارة مدخوله، ذكر الأقطع^(٩) في شرحه: ولو شرطاً للأجل في

(١) تقدم تخريجه ص ٣٩٩.

(٢) هذا استثناء من قوله قيل ذلك: وكل دين حال إذا أحله صاحبه صار مؤجلاً إلا القرض.
 الهداية ٦٧/٣.

(٣) فبهذا الاعتبار يكون من التبرعات.

(٤) أي القرض.

(٥) أما الوصي فإنه لا يجوز له أن يقرض مال الصغير، وأما الصبي فإنه لا يملك فضلاً عن
 القرض.

(٦) إنما كان معاوضة لأن الواجب فيه رد المثل لا رد العين.

(٧) كما قال الله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١].

(٨) أي في صحة تأجيله.

(٩) هو أحمد بن محمد بن محمد بن محمد، أبو نصر، أحد شراح المختصر، أي مختصر قدوري، سكن
 بغداد، درس الفقه على مذهب أبي حنيفة على القدوري حتى برع فيه، توفي سنة ٤٧٤ هـ،
 قيل: إن يده قطعت في حرب كانت بين المسلمين والتتار.

الجواهر المضية ١/٣١١. مفتاح السعادة ٢/٢٥٤. الطبقات السنية ٢/٨٧.

ابتداء القرض بطل الشرط وصح القرض فكذا ذلك إذا شرطاه في الثاني^(١) ، انتهى^(٢) .

وأما قوله : ومعاوضة في الانتهاء . [ثم]^(٣) قال : وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدرهم بالدرهم نسيئة وهو ربا . فإن أراد بقوله أنه معاوضة في الانتهاء من حيث الصورة فمسلم ، وإن أراد به من حيث المعنى والحكم فممنوع ، بل لم يعتبر الشرع فيه معنى المعاوضة أصلاً ، لأن المقترض لا يأخذ ما يقترضه إلا ليتنفع به ، ولا يتأتى ذلك إلا في زمان مستقبل ولا يستقرض أحد شيئاً ليرد عوضه في المجلس فكان التأجيل أصلاً فيه لكنه قد يطول زمانه وقد يقصر وليس له مدة معلومة لا يزداد عليها ، فإذا قدر الأجل كان ذلك من مقتضيات القرض ، ولهذا يكره له المطالبة قبل الأجل عند من لا يرى لزوم التأجيل لما فيه من خلف الوعد ، ولو كان التأجيل ينافيه لاستوى اشتراطه وعدمه كما في جميع صور الربا ولما صح ، وقد تقدم أن التأجيل يصح بالإجماع ، وإنما الخلاف في لزومه^(٤) ، وليس القرض نوعاً من أنواع البيوع ، وإنما نوع من أنواع العواري^(٥) ، فإن المقترض قصده المنفعة^(٦) كالمستعير ، لكن المستعير ينتفع بالعين مع بقائها ، والمقترض مع ذهاب العين ، ولهذا أشكل الجامع بينه وبين بقية أنواع العواري .

(١) أي في ثاني الحال .

(٢) عزاه إليه في البناية ٣٣٦/٧ .

(٣) الزيادة من ع .

(٤) انظر : المغني ٣٤٩/٤ .

(٥) انظر : مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٤٧٣/٢٩ .

(٦) في الأصل النفقة ، والمثبت من ع .

ولاشك أن أنواع العواري منها ما يستفاد منه منفعة محضة كما في الماعون والملبوس والمركوب والعقار ونحو ذلك، وهذا يطلق عليه اسم العارية، وقد يطلق على بعضه اسم آخر، كما قال: أفقره ظهر بغيره، وأطعمه أرضه وألبسه ثوبه، وأسكنه داره، ومنه قولهم: داري لك سكنى.

ومنها ما يستفاد منه المنفعة بما يخرج من العين مع بقاء العين المستعارة كعارية البقرة أو الشاة ليشرّب لبنها مدة ثم يعيدها، وعارية النخلة ليأخذ ثمرتها ثم يعيدها، ويسمى الأول: منحة والثاني: عَرِيَّة.

ومنها ما يستفاد منه المنفعة بنفس العين ويسمى قرضاً، ويجوز في المكيل والموزون بلا خلاف^(١)، ويجوز في الحيوان سوى بني آدم عند الشافعي وأحمد للسنّة الواردة فيه^(٢)، والمسألة معروفة، والفارق بينه وبين أنواع المعاوضات: أن كلا من المتعاقدين في عقود المعاوضات يقصد بذل ما يدفعه/ لتحصيل ما يأخذه من العوض من صاحبه، بخلاف القرض فإن

[١٤٧/أ]

(١) كذا في المغني ٤/٣٥٠. وانظر: الإجماع لابن المنذر ص ٥٥.

وانظر مذهب الشافعي في: روضة الطالبين ٣/٢٧٤ وتكملة المجموع ١٣/١٦٩.

ومذهب أحمد في المغني ٤/٣٥١ والمحرر ١/٣٣٤.

وبمثله قال مالك رحمه الله. انظر: الكافي ٢/٧٦، والقوانين ص ٢٤٨.

ومنعه أبو حنيفة في الحيوان. الهداية ٣/٧٩ والبنية ٧/٤٢٧.

(٢) كما في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه «أن رجلاً تقاضى رسول الله ﷺ فأغلظ له، فهمّ به أصحابه، فقال: دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً، واشتروا له بغيراً فأعطوه إياه، وقالوا: لا نجد إلا أفضل من سنّة، قال: اشتروه فأعطوه إياه، فإن خيركم أحسنكم قضاءً» أخرجه البخاري مع الفتح - استقراض - باب استقراض الإبل ٥/٥٦، ومسلم - مساقاة - باب من استسلف شيئاً فقاضى خيراً منه - حديث رقم ١٦٠١.

المقرض لا يقصد أخذ العوض ؛ لأنه نظير ما يبذله سواء مع تأخر قبضه، وإنما يقصد نفع المقرض فلم يكن العوض فيه مقصوداً أصلاً، فانتفى أن يعد من باب المعاوضات، بل من باب المنح والعواري، ولهذا قال النبي ﷺ: «منحة الورق»^(١) ويقال فيه: أعرني دراهمك، وعين الدراهم غير مقصودة، وإنما المقصود منفعتها والانتفاع بكل شيء بحسبه، ولم يبق إلا أنه عقد تبرع، والتبرع لا يلزم بالعقد، وعند مالك في أهل المدينة^(٢)، وهو رواية عن أحمد أن التبرع يلزم بالعقد^(٣)، وعليه تدل نصوص الكتاب والسنة:

منها: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤).

وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٥).

وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾^(٦).

وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى

فَاكْتُبُوهُ﴾^(٧) الآية.

(١) جاء ذلك من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه - عند أحمد - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من منح منيحة ورقاً أو ذهباً أو سقى لبناً أو أهدى زقاقاً فهو كعدل رقبة» المسند ٢٧٢/٤. وأخرجه الترمذي أيضاً من حديث البراء بن عازب رضي الله عنه في كتاب البر والصلة - باب ما جاء في المنحة - ٣٠٠/٤. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب.

(٢) انظر: الكافي ٧٥/٢، والمنتقى ٢٩/٥.

(٣) وهي المذهب، والرواية الأخرى عدم اللزوم. انظر: المغني ٣٤٨/٤، والإنصاف ١٢٥/٥، ١٢٦.

(٤) سورة المائدة، الآية: ١.

(٥) سورة الإسراء، الآية: ٣٤.

(٦) سورة النحل، الآية: ٩١.

(٧) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

والقرض من جملة الدين ولم يخصصه نص آخر، فوجب دخوله في عموم الآية.

وقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»^(١). ولا خلاف في لزوم الوفاء بالنذر مع كونه من عقود التبرع، ومن يلزم المتطوع بالشروع، كيف لا يلزم المتبرع بالعقد مع أنه أشبه بالنذر منه بالمشروع في النقل. والله أعلم.

* * *

(١) أخرجه أبو داود من حديث أبي هريرة رضي الله عنه - أفضية - باب في الصلح ٣/٣٠٤ .
 والترمذي - أحكام - باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس ٣/٦٣٤ .
 والبيهقي ٦/٧٩ . والدارقطني ٣/٢٧ .
 والحديث رواه البخاري معلقاً مجزوماً به عن النبي ﷺ . فتح الباري ٤/٤٥١ . وقد وصله أبو داود من حديث أبي هريرة .
 وصححه الألباني في الإرواء ٥/١٤٢ .

باب الربا

قوله : (والأصل فيه ^(١) الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام :
« الحنطة بالحنطة مثل بمثل ، يد بيد ، والفضل ربا » ^(٢) وعدّ الأشياء الستة
الحنطة ، والشعير ، والتمر ، والملح ، والذهب ، والفضة ، على هذا المثال ،
ويروى بروايتين بالرفع مثلاً ، والنصب مثلاً ، ومعنى الأول بيع التمر ^(٣)
ومعنى الثاني بيعوا التمر ^(٤) .

الحديث إنما يروى بالنصب ، وأما الرفع فإنه لا يصح من حيث الإعراب ،
بل يجب نصب مثلاً بمثل يداً بيد على الحال ، وإن سدت مسدّ الخبر ، ولا
يجوز رفعها خبراً ؛ لأنها لا تصلح لذلك ؛ لأن المعنى لا يصح مع كونها خبراً ،
فإنه ليس التمر ولا بيعه مثلاً بمثل ، ولا يداً بيد ، وإنما تارة مثلاً بمثل ويداً بيد ،
وتارة غير ذلك ، فأخبر ﷺ عنه أن بيعه مستقر أو كائن إذا كان مثلاً بمثل يداً

(١) أي في باب حكم الربا .

(٢) أخرجه الجماعة إلا البخاري من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال : قال
رسول الله ﷺ : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ،
والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، سواء بسواء ، يداً بيد ، فإذا اختلفت هذه
الأصناف فبيعوا كيف شئتم ، إذا كان يداً بيد » رواه مسلم - مساقاة - باب الربا حديث رقم
١٥٨٧ . وأخرجه كذلك من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه برقم ١٥٨٤ ، ٣ / ١٢١١ .

(٣) وعليه يكون ارتفاع « مثل » خبر للمبتدأ وهو قوله : بيع التمر .

(٤) وعليه فيكون انتصاب « مثلاً » على الحالية ، أي حال كونه مثلاً بمثل .

بيد، أي هو في هذه الحالة مشروع، والأحوال مشروط^(١)، وتقدير الكلام بيع التمر بالتمر مستقر حال كونه مثلاً بمثل يداً بيد، فحذف المضاف، وهو بيع، وأقيم المضاف إليه وهو التمر مقامه، وحذف الخبر وهو مستقر وأقيم الحال مقامه وهو مثلاً بمثل، يداً بيد، وحذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه سائغ مشهور، وكذلك حذف الخبر وسد الحال مسده، وهي مسألة ضربى العبد مسيئاً، وهي مما يجب حذف الخبر فيه لقيام غيره مقامه، وفهم المعنى، وذلك في أربعة مواضع^(٢) هذه منها، وهو أن يكون المبتدأ مصدراً عاملاً في مفسر صاحب الحال واقع بعده.

والمسألة مبسوسة في كتب النحو، والكلام في قوة قوله: لا تبيعوا كذا وكذا إلا في حال كونه متساوياً مقبوضاً، كما في قولهم: ضربى العبد مسيئاً أي لا أضربه إلا في حال كونه مسيئاً، لا غير.

ولا يقال: إنه وجد في بعض نسخ البخاري «مثل بمثل»^(٣) لأنه يحتمل أن يكون قد كتب المنصوب بغير ألف، وإلا فالرفع لا وجه له، ولو قدر أن يكون

(١) كذا جاءت هذه الجملة ولم يتبين لي أمرها.

(٢) يجب حذف الخبر في أربعة مواضع، ذكر المؤلف واحداً منها وبقيتها:

- قبل جواب لولا، نحو قوله تعالى: ﴿لَوْلَا أَنْتُمْ لَكُنَّا مُؤْمِنِينَ﴾.

- قبل جواب القسم الصريح نحو قوله تعالى: ﴿لَعَمْرُكَ إِنَّهُمْ لَفِي سَكْرَتِهِمْ يَعْمَهُونَ﴾.

- بعد واو المصاحبة الصريحة كقولهم: كل رجل وضعته.

انظر شرح قطر الندى ص ١٧٣، ١٧٤، شرح الكافية الشافية ١/ ٣٥٤ وما بعدها، حاشية الصبان ١/ ٢١٧، ٢١٨.

(٣) ذكر ابن حجر في فتح الباري ٤/ ٣٨٠ أن هذا اللفظ جاء في رواية أبي ذر بالرفع ولغيره بالنصب.

مثل بمعنى متماثل فيدبيد خطأ قطعاً، وقوله: ومعنى الأول: بيع التمر، ومعنى الثاني: بيعوا التمر. ظن المصنف رحمه الله أن نصب مثلاً لا يتأتى مع تقدير المبتدأ فلماذا قدره لرفع مثل، وظن أن نصبه لا يكون إلا بفعل عامل في المبتدأ مقدر. فأما رفع مثل فقد تقدم رده، وأما تقديره: بيعوا التمر فلا يصح، لأن التمر مرفوع والعامل الذي قدره ناصب^(١)، ولا يصح حذف عامل النصب وإبقاء معموله مرفوعاً^(٢)؛ لأن المقدر في حكم الملفوظ، ولو تلفظ به لنصب.

قوله: (والحكم معلول بإجماع القائسين).

رجح ابن عقيل^(٣) - من الحنابلة - الاقتصار على الأعيان الستة المذكورة في الحديث مع كونه يقول بالقياس، قال: لأن علل/ القائسين في مسألة الربا علل [١٤٧/ب] ضعيفة^(٤)، وإذا لم يظهر فيه علة امتنع القياس، والاقتصار على الأعيان الستة

(١) أي الفعل: بيعوا.

(٢) وهو لفظ: التمر.

(٣) هو علي بن عقيل بن محمد بن عبد الله البغدادي الظفري، الحنبلي، أبو الوفاء، صاحب التصانيف، كان مولده سنة ٤٣١هـ، له كتاب الفنون، ولم يكن له في زمانه نظير، توفي سنة ٥١٣هـ.

انظر: طبقات الحنابلة ٢/ ٢٥٩، ذيل طبقات الحنابلة ١/ ١٤٢، المقصد الأرشد ٢/ ٢٤٥، شذرات الذهب ٤/ ٣٥.

(٤) انظر: الإنصاف ١٣/ ٥ حكى فيه ترجيحه ووجه قوله، وكذا ذكره عنه شيخ الإسلام في الفتاوى ٢٩/ ٤٧٠ وأنه رجحه في مفرداته، وذكر ابن القيم في إعلام الموقعين ٢/ ١٥٥، ١٥٦ أنه اختاره في آخر مصنفاته ثم ذكر العلة التي ذكرها المؤلف.

مأثور عن قتادة وطاوس^(١) كما هو قول أهل الظاهر^(٢) فانخرم قوله: «إجماع القائسين»، والله أعلم^(٣).

قوله: (أو لقوله عليه الصلاة والسلام: «جيدها وردئها سواء»).

هذا اللفظ غير محفوظ^(٤)، ولكن معناه في حديث بيع التمر الجمع بالجنيب^(٥).

قوله: (والطعم والشمية من أعظم وجوه المنافع^(٦))، والسبيل في مثلها^(٧) الإطلاق^(٨) بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه فلا

(١) عزاه إليهما في المحلى ٤٠٣/٧، والمغني ٥/٤.

(٢) وقول عثمان البتي. انظر: المحلى ٤٠١/٧، ٤٠٣.

(٣) أشار ابن الهمام في فتح القدير ٥/٧ إلى قول المصنف هذا وصدّره بقوله: قيل: فانخرم... إلخ.

(٤) قال في نصب الراية ٣٧/٤: غريب. وقال في الدراية ١٥٦/٢: لم أجده.

(٥) وهو حديث أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خبير، فجاء بتمر جنيب، فقال لهم رسول الله ﷺ: «أكلتُ تمر خبير هكذا؟ فقال: لا، والله يا رسول الله، إنا لتأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: «فلا تفعل، بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً» البخاري مع الفتح - بيوع - باب إذا أراد بيع تمر بتمر خبير منه ٣٩٩/٤، ٤٨١. ومسلم - مساقاة - حديث رقم ١٥٩٣.

والجمع: كل لون من النخيل لا يعرف اسمه فهو جمع، وقيل: تمر ليس مرغوباً فيه، وما يخلط لإلرداءته. النهاية ٢٩٦/١.

والجنيب: نوع جيد معروف من أنواع التمر. النهاية ٣٠٤/١.

(٦) هذا جواب عن جعل الشافعي رحمه الله الطعم والشمية علة للحرمة.

(٧) أي في مثل هذه الأشياء التي تتعلق بها أعظم وجوه المنافع.

(٨) أي التوسعة وذلك أن السنة الإلهية جرت بأن ما كان الاحتياج إليه أكثر كان إطلاق الشرع فيه أوسع كالماء والهواء، وإذا كان كذلك كان تعليله بما يوجب التضييق تعليلاً بفساد الوضع.

انظر: فتح القدير ٨/٧، البناء ٣٤٧/٧.

معتبر بما ذكره^(١) .

للمخالف أن يقول إنه لشدة الاحتياج إليها منع من الاتجار فيها ببيع بعضها ببعض ؛ لأنه متى اتجر فيها ضاق الحال فيها على الناس ، أما الدراهم والدنانير فهي أثمان المبيعات وبها يعرف تقويم الأموال فيجب أن تكون محدودة لا ترتفع قيمتها ولا تنقص ، وقد حرم فيهما ربا النساء لما فيه من الضرر بالمحاويج ، وهو الأصل في تحريم الربا ، ولذلك قال ﷺ : «إنما الربا في النسيئة» رواه البخاري^(٢) ومسلم^(٣) والنسائي^(٤) ، والمراد بالحصر حصر الكمال^(٥) ، وأما ربا الفضل وإنما نهى عنه لسد الذريعة كما في مسند أحمد مرفوعاً إلى النبي ﷺ من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : «لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فإنني أخاف عليكم الرِّمَاءَ»^(٦) والرِّمَاءُ هو الرِّبَا ، ولهذا قال ابن عباس بعدم الربا في غير النسيئة^(٧) ، وهو مروى عن ابن

(١) أي بما ذكر الشافعي رحمه الله من التعليل بالطعم والتمنية .

(٢) في صحيحه مع الفتح - بيوع - باب بيع الدينار بالدينار نسيئة ٣٨١ / ٤ .

(٣) في صحيحه - مساقاة - حديث رقم ١٥٩٦ .

(٤) في سننه - بيوع - باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة ٢٨١ / ٧ .

(٥) يعني أن الربا الكامل إنما هو النسيئة . انظر : إعلام الموقعين ١٥٥ / ٢ ، وقد استفاد المؤلف منه كثيراً .

(٦) أخرجه أحمد في مسنده ١٠٩ / ٢ .

قال في مجمع الزوائد ١١٦ / ٤ : رواه الطبراني في الكبير ورجاله رجال الصحيح .

والرِّمَاءُ بالفتح والمد : الزيادة على ما يحل ، ويروى الإرماء يقال أرْمَى على الشيء إرماءً إذا زاد عليه كما يقال أربى . النهاية ٢ / ٢٦٩ والمغرب ١ / ٣٤٩ .

(٧) أخرجه البخاري مع الفتح - بيوع - باب بيع الدينار بالدينار نساءً ٣٨١ / ٤ . ومسلم - مساقاة - =

مسعود^(١) ومعاوية^(٢) ، ولكن اتفق الناس بعد ذلك على تحريم ربا الفضل في الأعيان الستة^(٣) ، وتنازعا فيما عداها على أقوال بحسب اختلافهم في تعليل النص ، فكان نهى الشارع عن الاتجار بالأثمان نقداً غير متساوية لثلاث يتذرعوها

= باب بيع الطعام مثلاً بمثل حديث ١٥٩٦ . أن أبا سعيد الخدري رضي الله عنه لقي ابن عباس فقال له : أرأيت قولك في الصرف ، أ شيئاً سمعته من رسول الله ﷺ أم شيئاً وجدته في كتاب الله عز وجل ؟ فقال ابن عباس : كلا ، لا أقول ، أما رسول الله ﷺ فأنتم أعلم به ، وأما كتاب الله عز وجل فلا أعلمه ، لكن حدثني أسامة بن زيد أن رسول الله ﷺ قال : ألا إنما الربا النسئة .

واختلف في رجوعه عنه فقد روى مسلم في المساقاة - باب بيع الطعام مثلاً بمثل - حديث ١٥٩٤ عن أبي نضرة قال : « سألت ابن عباس وابن عمر عن الصرف فلم يريا به بأساً . . . فذكر الحديث ثم قال : حدثني أبو الصهباء أنه سأل ابن عباس عنه بمكة فكرهه » . وروى الحاكم ٤٩ / ٢ من طريق حيان العدوي قال : سألت أبا مجلز عن الصرف فقال : كان ابن عباس لا يرى به بأساً زماناً من عمره ما كان منه عيناً بعين يداً بيد ، وكان يقول : إنما الربا في النسئة ، فلقبه أبو سعيد ، فذكر القصة والحديث وفيه : « التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والذهب بالذهب والفضة بالفضة يداً بيد مثلاً بمثل فمن زاد فهو ربا » . قال ابن عباس : أستغفر الله وأتوب إليه ، فكان ينهى عنه أشد النهي .

(١) أخرج البيهقي ٢٨٢ / ٥ عنه « أنه كان على بيت المال وكان يبيع نفاية بيت المال يعطي الكثير ويأخذ القليل حتى قدم المدينة فسأل أصحاب محمد ﷺ فقالوا : لا يحل هذا فأتى الصيارفة فقال : يا معشر الصيارفة إن الذي كنت أبيعكم لا يحل ، لا تحل الفضة بالفضة إلا وزناً بوزن » .

(٢) أخرج البيهقي ٢٨٠ / ٥ عن عطاء بن يسار « أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو من ورق بأكثر من وزنها ، فقال له أبو الدرداء : سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن مثل هذا إلا مثلاً بمثل ، فقال معاوية : ما أرى بهذا بأساً . . . » الحديث .

(٣) حكاية الاتفاق في ذلك . انظرها : في الاجماع لابن المنذر ص ٥٤ ، المحلى ٤٠٢ / ٧ ، المغني ٤ / ٤ ، المجموع ٣٩٢ / ٩ ، إعلام الموقعين ١٥٥ / ٢ وقد استفاد المؤلف منه كثيراً .

إلى الاتجار بها نسيئة فحرم ربا الفضل ؛ لأنه يفضي إلى ربا النسيئة لا لبيعوها متساوية ؛ لأن بيع الدرهم بالدرهم والدينار بالدينار مضروباً كان ذلك أو مصوغاً أو مسكوراً لا يفعله عاقل لأنه اشتغال بما لا يفيد فلا يحمل كلام الشارع على ذلك ، ولهذا اتفقوا على أنه لا يقاس على الدراهم والدينانير غيرهما من الموزونات في البيع نسيئة بل يجوز إسلام^(١) كل منهما في سائر الموزونات^(٢) وذلك لانفرادهما بصفة الثمنية ، لا لاختلاف الوزن لما سيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى .

وأما الأصناف الأربعة فالناس محتاجون إلى القوت كالأصناف الأربعة وما يشابهها ، ومتى فتح باب بيع بعضها ببعض متفاضلاً إلى أجل ، خزنها الناس ومنعوا المحتاج منها ، فيفضي إلى أن يعز الطعام على الناس ، وتشح النفوس ببيعها حالة لطمعها في الربح إذا بيعت بأزيد منها إلى أجل ، بخلاف بيعها بالدراهم ، فإن من عنده صنف منها هو محتاج إلى الصنف الآخر فيحتاج إلى بيعه بالدراهم ليشتري الصنف الآخر أو يبيعه بذلك الصنف بلا ربح ، وعلى التقديرين يحتاج إلى بيعه حالاً بخلاف ما لو أمكنه التأخير ، فإنه يمكنه أن يبيعه بفضل ويحتاج أن يشتري الصنف الآخر بفضل ، لأن صاحب ذلك الصنف يربي عليه كما أربى هو على غيره ، فيتضرر هذا ، ويتضرر هذا ، فكذا في التجارة فيها ضرر عام فنهى عن بيع بعضها ببعض نساء ، وهو أصل الربا ، لكن هنا النسيئة في صنفين معللين بعلة واحدة وهو كبيع الدراهم

(١) أي جريان السلم فيهما .

(٢) انظر : المغني ٧/٤ ، إعلام الموقعين ١٥٦/٢ .

بالدنانير نساء، وهذا مما ثبت تحريره بالنص والإجماع.

فربما النساء يكون في الصنف الواحد وفي الصنفين الذين مقصودهما واحد كالدراهم والدنانير، وكالأصناف الأربعة التي هي قوت الناس، ولهذا جاز السلم في الموزونات فدل على أن العلة في الدراهم والدنانير الثمنية لا الوزن إذ لو كان الوزن هو العلة لما جاز إسلاف الدراهم والدنانير في الموزونات من النحاس وغيره ولو كان الربا جارياً في النحاس لم يبع موزون بموزون إلى أجل كما لا يباع تمر بحنطة/ ودراهم بدنانير إلى أجل^(١).

وقد أجب عن هذا^(٢): بأن الدراهم والدنانير الوزن فيهما بالصنجات^(٣) وفي غيرهما^(٤) بالأمناء^(٥) والأرطال، وهذا لا يقوى؛ لأنه فرق صوري وهو غير مؤثر، وقد توزن الدراهم بالقبان^(٦) عند الملوك، ويوزن الزعفران بالصنجات عند العطارين، وكذلك بعض الموزونات، ويوزن الذهب

(١) من قوله: «وأما الأصناف الأربعة فالناس محتاجون إلى القوت» إلى هنا عبارة عن تلخيص لما قاله ابن القيم عن هذا الموضوع في إعلام الموقعين ٢/١٥٦، ١٥٧، ١٥٨.

(٢) الذين أجابوا هم الحنفية وهم ممن علل بالوزن، وقد ذكر هذا الجواب في الهداية ٣/٦٩.

(٣) بالتحريك ومفردها صنجة بالتسكين. والصنج ما يتخذ من صُفر مدوراً يضرب أحدهما بالآخر، وصنجة الميزان فارسي معرب.

المغرب ١/٤٨٣. المصباح المنير ص ١٣٣.

(٤) كالزعفران والقطن والحديد ونحوها.

(٥) هي المكاييل والموازين التي يكال ويوزن بها والمفرد منها منا والمثنى منوان، ومنيان.

معجم مقاييس اللغة ٥/٢٧٧. المصباح ص ٢٢٢.

(٦) هو الذي يوزن به وهو إما أن يكون عربياً أو معرباً وهو القسطاس.

المصباح المنير ص ١٨٥.

بالمثاقيل ، والفضة بالدراهم ، وهذا يدل على ضعف التعليل به .

وأما ربا الفضل في الأصناف الأربعة ، فإذا باع حنطة بحنطة خير منها ، مدأ بمدين كان هذا^(١) تجارة فيها ومتى سوغ التجارة فيها نقداً طلبت النفوس التجارة فيها نساء كما تقدم في النقدين ، وإلا فمعلوم أن مع استواء الصفات لا يبيع أحد مد حنطة أو تمر بمد يداً بيد ، هذا لا يفعله أحد ، وإنما يفعل هذا عند اختلاف الصفات ، ولما خفيت علة تحريم ربا الفضل أباحه مثل ابن عباس حبر الأمة ، فإن الحنطة الجيدة والتمر الجيد ، كيف يقال لصاحبه : الغ صفات مالك الجيدة؟ لكن لما كان المقصود أنك لا تتجر فيها بجنسها بل إن بعته بجنسها فليكن بلا ربح ، ولا إلى أجل ظهرت الحكمة ، فإن التجارة في بيعها بجنسها يفسد مقصود الأقوات على الناس .

قوله : (ويجوز بيع الحفنة^(٢) بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين ؛ لأن المساواة بالمعيار^(٣) ، ولم توجد^(٤) فلا يتحقق الفضل^(٥) ، ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الإلتاف^(٦) .

نفى تحقق الفضل في غاية الإشكال ، ولو قال : فلا يعتبر الفضل أو نحو

(١) في الأصل (هو) والتصويب من ع .

(٢) ملء الكف .

(٣) يعني المساواة بالكيل شرط .

(٤) لأنه لا كيل في الحفنة والحفتين .

(٥) لأن تحققه مبني على ما ذكره من المساواة بالمعيار .

(٦) إذ لو كان داخلًا تحت المعيار كان مضموناً بالمثل ، وذلك أن المكيلات والموزونات كلها من ذوات الأمثال دون القيم .

ذلك لكان أهون من قوله، فلا يتحقق الفضل لأن تحققه أمر حسي لا ينكر، وفي تضمينه بالقيمة نظر؛ لأن المثل أقرب إلى العدل من القيمة، وسيأتي الكلام في اعتبار المثل في القيمي في الغصب إن شاء الله تعالى.

قوله: (ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام: «يداً بيد» عيناً بعين، كذا رواه عبادة بن الصامت^(١)).

هذا ما قاله المصنف في الرد على الشافعي رحمه الله في استدلاله على اشتراط التقابض في بيع الطعام بالطعام بقوله ﷺ في الحديث المعروف: «يداً بيد»^(٢)، ولا يصح رد المصنف عليه ذلك بما قاله من حديث عبادة بن الصامت، فإن حديث عبادة بن الصامت: «سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، إلا سواءً بسواءً عيناً بعين، فمن زاد وازداد فقد أربى» رواه مسلم^(٣).

وروى عنه مسلم أيضاً أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب،

(١) عبادة بن الصامت بن قيس بن فهر بن سالم بن عوف بن الخزرج الأنصاري الخزرجي، أبو الوليد، شهد بدرًا، كان أحد النقباء بالعقبة، وأخى الرسول ﷺ بينه وبين أبي مرثد الغنوي، وشهد المشاهد كلها بعد بدر، مات سنة ٣٤هـ، لكن له أخبار مع معاوية تدل على أنه عاش بعد ولاية معاوية الخلافة، وقيل إنه عاش إلى سنة ٤٥هـ.

انظر: الاستيعاب ٢/٤٤٩، ٤٥٠. الإصابة ٢/٢٦٨.

(٢) انظر: الأم ٣/٢٨.

(٣) في صحيحه - مساقاة - باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا - حديث رقم ١٥٨٧.

والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد^(١) فذكر الأعيان الستة في الحديثين، فإن كان معنى قوله: «يداً بيد» عيناً بعين، فيلزم أن يكتفى بالتعيين في النقيدين أيضاً، وإن لم يكن معناه عيناً بعين، يلزم ألا يكتفى بالتعيين في الطعام، واشتراط التقابض في النقيدين، والتعيين في غيرهما والحالة هذه تحكم، ولا شك أن معنى قوله «يداً بيد» غير معنى قوله «عيناً بعين» فإن معنى قوله «يداً بيد» اشتراط التقابض، لأن ذكر اليد يشعر بذلك لأنها هي آلة القبض، ومعنى قوله «عيناً بعين» إفرازه والإشارة إليه لأنه حينئذ يشاهد بالعين فلهذا ذكرت فيه العين، فهذا غير ذلك، وكل منهما قد ذكر في الأعيان الستة فتقسيمهما عليها تحكم.

قوله: (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمررة بالتمررتين، والجوزة بالجوزتين^(٢) - ثم قال - ويجوز بيع الفليس بالفلسين بأعيانهما)^(٣).

تقدم التنبيه على ما فيه من الإشكال عند ذكر بيع الحفنة بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين^(٤).

(١) تقدم تخريجه ص ٤٠٩.

(٢) أي لانعدام المعيار كما تقدم.

(٣) قال في البناية ٧/ ٣٦٢: قيد: بأعيانهما. احتراز عما إذا باع بغير عين أحدهما أو كلاهما فإنه لا يجوز بالاتفاق؛ لأن غير المعين إن كان كلا البديلين يلزم منه بيع الكالئ بالكالئ، وإن كان أحدهما يلزم منه النساء. اهـ.

(٤) انظر ص ٤١٧.

قوله : (لأنه كالي بالكالي وقد نهى عنه) ^(١) .

ضعف أهل الحديث حديث النهي عن بيع الكالي بالكالي ^(٢) ، وإن كان العمل عليه ^(٣) ، وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ، والحاكم معروف تساهله ^(٤) .

قوله : (وله ^(٥) أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام - حين / أهدي رطباً - : «أَوْ كُلْ تَمْرَ خَيْبَرٍ هَكَذَا؟» سماه تمرًا ، وبيع التمر بمثله جائز لما [ب/١٤٨]

(١) هذا الكلام متعلق بما قاله من قبل من أنه يجوز بيع الفلوس بالفلسين بأعيانهما ، ثم تطرق لمسألة ما إذا كان البيع فيهما بغير أعيانهما فإنه لا يجوز لأنه كالي بكالي .

ومعنى قوله : كالي بكالي أي نسيئة بنسيئة وذلك أن يشتري الرجل شيئاً إلى أجل ، فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضي به ، فيقول : بعنيه إلى أجل آخر بزيادة شيء ، فيبيعه منه ولا يجري بينهما تقابض . النهاية ٤ / ١٩٤ .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٨ / ٩٠ ، والبخاري في كشف الأستار ٢ / ٩٢ ، والدارقطني ٣ / ٧١ ، والحاكم في المستدرک ٢ / ٦٥ ، والبيهقي ٥ / ٢٩٠ .

(٣) نقل الحافظ في التلخيص ٣ / ٢٦ عن الإمام أحمد رحمه الله قوله : ليس في هذا حديث يصح ، لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين .

(٤) إنما قال الحاكم ذلك لأنه يرويه من طريق موسى بن عقبة كما تقدم وهو ثقة عند أهل الحديث ، ووافقه الدارقطني في ذلك ، لكن غلطهما البيهقي ، وقال : إنما هو موسى بن عبيدة الربذي . قال الحافظ في الدراية ٢ / ١٥٧ : وفي إسناده موسى بن عبيدة وهو متروك ووقع في رواية الدارقطني موسى بن عقبة وهو غلط ، واغتر بذلك الحاكم فصحح الحديث . وعليه فالحديث ضعفه أهل العلم كما ذكر المصنف ، وأورده الموصلي في كتابه المغني عن الحفظ والكتاب ص ٤٠٥ ، وقد ضعفه الألباني في الإرواء ٥ / ٢٢٠ .

(٥) أي لأبي حنيفة رحمه الله .

روينا^(١) ، ولأنه لو كان تمرًا جاز البيع بأول الحديث^(٢) وإن كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم» ومدار ما رواه^(٣) على زيد بن عياش، وهو ضعيف عند النقلة).

جمهور العلماء على خلاف قول أبي حنيفة في هذه المسألة المذكورة^(٤) ، والحديث الذي استدلوا به^(٥) أخرجه مالك وأحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه والترمذي ، وقال: حديث حسن صحيح عند سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: «سمعت النبي ﷺ يُسأل عن اشتراء التمر بالرطب ، فقال لمن حوله: أينقص الرطب إذا يبس؟ قالوا: نعم، فنهى عن ذلك»^(٦) ،

(١) هو قوله في حديث عبادة بن الصامت: «... والتمر بالتمر مثلاً بمثل...» الحديث عند مسلم وقد تقدم ص ٤٠٩ .

(٢) أي قوله في حديث عبادة عند مسلم «... والتمر بالتمر...» .

(٣) أي أبو يوسف ومحمد فيما استدلا به من حديث سعد بن أبي وقاص وسوف يأتي كلام المصنف عليه بعد قليل .

(٤) يعني مسألة بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل ، أما أبو حنيفة رحمه الله فقد تفرد بالقول بالجواز كما حكاه عنه في فتح القدير ٢٨/٧ . وأما بقية الأئمة فإنهم لم يجيزوه .

انظر المدونة ٤/١٠٢ . الكافي ٢/١٧ . الأم ٣/٢٧ ، ٣١ . الروضة ٣/٥١ . الكافي لابن قدامة ٢/٦٠ . الإنصاف ٥/٣٢ . المحلى ٧/٣٨٩ .

(٥) أي جمهور العلماء .

(٦) الموطأ ص ٥٢١ - كتاب البيوع - باب ما يكره من بيع التمر . والمسند ١/١٧٩ . وسنن الترمذي - بيوع - باب في النهي عن المحاقلة والمزابنة ٣/٥٢٨ . وسنن أبي داود - بيوع - باب في التمر بالتمر ٣/٢٥١ . وسنن النسائي - بيوع - باب اشتراء التمر بالرطب ٧/٢٦٨ . وسنن ابن ماجه - تجارات - باب بيع الرطب بالتمر ٢/٧٦١ . وهو عند الشافعي في مسنده مع الأم ٩/٤١٩ . وصححه في الإرواء ٥/١٩٩ .

وأخرجه أبو حاتم، ولفظه: «أن سعداً سُئِلَ عن بيع البيضاء بالسلت^(١) فقال: سمعت رسول الله ﷺ يُسأل عن بيع الرطب بالتمر؟ فقال: «أليس ينقص الرطب إذا جف؟ قالوا: نعم، قال: فلا إذن»^(٢) فنهى ﷺ عن بيع الرطب بالتمر، ونبه على العلة فلا يصح معارضته بعد ذلك بأن الرطب تمر، فإنه وإن كان تمرًا لكنه ينقص إذا جف، فانتفى التساوي الذي هو شرط صحة البيع، لنقصه بالجفاف، ولو لم يرد النص بذلك لكان هذا هو مقتضى القياس الصحيح، فإن المساواة في الحال دون المآل غير صحيحة، فإن الرطوبة القائمة في الحال تزول بالجفاف فيمتنع التساوي بذلك بين الرطب واليابس، وإن كان التساوي موجوداً صورة فهو معدوم معنى، فقد ورد النص على مقتضى القياس الصحيح، وهكذا سائر الأحكام تجد القياس الصحيح موافقاً فيها النقل الثابت الصريح.

وأما قوله: عليه السلام حين أهدي رطباً - أو كل تمر خبير هكذا؟. فهذا حديث منكر باطل^(٣)، وفيه إشكال من حيث اللفظ، وحقه أن يقول: حين

(١) السُّلت: ضرب من الشعير أبيض لا قشر له، وقيل: هو نوع من الخنطة، والأول أصح؛ لأن البيضاء الخنطة. النهاية ٢/٣٨٨.

(٢) صحيح ابن حبان ١١/٣٧٢، رقم ٤٩٩٧ - بيوع - باب ذكر العلة التي من أجلها نهى عن بيع المزبنة، ورواه مالك في موطنه في البيوع ص ٥٢١، وأحمد ١/١٧٥، وعبد الرزاق ٨/٣٢، والحاكم ٢/٤٤، والبيهقي ٥/٢٩٤.

(٣) لم يرد الحديث بهذا اللفظ، ولم يرد فيه ذكر الرطب، قال في نصب الراية ٤/٤٣: وقد كشفت طرق الحديث وألفاظه فلم أجد فيه ذكر الرطب.

وقال في الدراية ٢/١٥٨: ليس فيه للرطب ذكر في شيء من طرقه.

وسوف ينه المصنف في كلامه على أنه ربما اشتبه على المؤلف هذا اللفظ في الحديث بحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

أهدي إليه رطباً، وكأنه اشتبه عليه ذلك من حديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خبير فجاءهم بتمر جنب فقال: أكل تمر خبير هكذا؟ قال: إنا لناخذ الصاع بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، قال: لا تفعل، بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً، وقال في الميزان^(١) مثل ذلك» متفق عليه^(٢).

وأما قوله: ولأنه لو كان تمرّاً جاز البيع بأول الحديث، وإن كان غير تمر فبآخره، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف النوعان، فبيعوا كيف شئتم».

فجوابه: أنه وإن كان تمرّاً لكنه ينقص إذا جف فيفوت التساوي كما تقدم من تنبيه الشارع ﷺ على ذلك، وأيضاً روى أبو داود عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع التمر بالتمر كيلاً، وعن بيع العنب بالزبيب كيلاً، وعن بيع الزرع بالحنطة كيلاً»^(٣) وهذا من المزبنة المنهي عنها في الحديث المتفق على صحته^(٤)، فإنها جاءت مفسرة بأنها بيع الرطب بالتمر

(١) أي الموزون.

(٢) تقدم تخريجه ص ٤١٢.

(٣) سنن أبي داود - بيوع - باب في المزبنة ٣/٢٥١. وبنحوه أخرجه البخاري ومسلم وسوف يذكر المصنف ذلك. والنسائي في البيوع باب بيع الكرم بالزبيب ٧/٢٦٦. وابن ماجه - في التجارات - باب المزبنة والمحاولة ٢/٧٦١.

(٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ نهى عن المزبنة، والمزبنة: بيع الثمر بالتمر كيلاً، وبيع الكرم بالزبيب كيلاً» أخرجه البخاري مع الفتح - بيوع - باب بيع المزبنة ٤/٣٨٤. ومسلم - بيوع - حديث رقم ١٥٤٢.

كَيْلاً، وبيع العنب بالزبيب كَيْلاً، ، وذكره أبو عمر ابن عبد البر في التمهيد عن مالك عن نافع عن ابن عمر كذلك^(١) ، وكذلك ذكره في المغني^(٢) ، واستدل أيضاً بقوله ﷺ « لا تبيعوا الثمر بالتمر »^(٣) ، وفي لفظ: « نهى عن بيع الثمر بالتمر، ورخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً » متفق عليهما^(٤) ، وقوله: ومدار ما رواه علي زيد بن عياش، وهو ضعيف عند النقلة .

قال الخطابي: وقد تكلم بعض الناس في إسناد حديث سعد بن أبي وقاص في بيع الرطب بالتمر، وقال: زيد أبو عياش راويه ضعيف، وليس الأمر على ما توهمه، وأبو عياش مولى بني زهرة معروف، وقد ذكره مالك في الموطأ^(٥)، وهو لا يروي عن متروك الحديث. انتهى^(٦).

وقال ابن الجوزي: فإن قيل: زيد أبو عياش مجهول^(٧)، قلنا: قد عرفه أهل النقل وذكر روايته الترمذي وصححها^(٨)، والحاكم وصححها^(٩) وذكره مسلم في الكنى^(١٠)، وذكره ابن خزيمة في رواية العدل عن العدل. وقال

(١) التمهيد ٣٠٧/١٣.

(٢) انظر: المغني ١٦/٤.

(٣) عند البخاري مع الفتح- بيوع- باب بيع المزبنة ٣٨٣/٤. ومسلم- بيوع- حديث رقم ١٥٣٨ من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) البخاري مع الفتح- بيوع- باب بيع المزبنة ٣٨٤/٤، ومسلم- بيوع- حديث ١٥٣٩.

(٥) مرقياً تخريج مالك له ص ٤٢١.

(٦) انظر: معالم السنن ٣٥/٥.

(٧) أي كما قاله أبو حنيفة رحمه الله.

(٨) سبق تخريجه لها ص ٤٢١.

(٩) المستدرک ٤٥/٢.

(١٠) الكنى والأسماء ١/٦٣٦، رقم ٢٥٩١.

الدارقطني: هو ثقة^(١)، وقال ابن الأثير في جامع الأصول: زيد بن عياش هو/ أبو عياش المخزومي، ويقال: الزرقي المدني عزيز الحديث، سمع سعد [١٤٩/أ] ابن أبي وقاص، روى عنه عبد الله بن يزيد^(٢)، وعمران بن أنس^(٣)، انتهى^(٤)، فانتفى قول المصنف: وهو ضعيف عند النقلة^(٥).

فإن قيل: قد أعل الطحاوي حديث زيد بن أبي عياش المذكور بأنه روي من طريق يحيى بن أبي كثير^(٦) أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة»^(٧). قيل: فقد خالفه مالك وإسماعيل بن أمية^(٨)، والضحاك بن عثمان^(٩)، وأسامة بن زيد^(١٠)، ولم يقولوا فيه نسيئة وإجماع هؤلاء الأربعة

(١) انظر: التحقيق ١٧٢/٢ وهنا ينتهي ما نقله المؤلف عن ابن الجوزي. وانظر العلل للدارقطني ٣٩٩/٤.

(٢) لعله المخزومي، المدني، المقرئ، الأعور، مولى الأسود بن سفيان، من شيوخ مالك، ثقة، مات سنة ١٤٨ هـ. التقريب ص ٣٣٠.

(٣) عمران بن أنس، أبو أنس المكِّي، ضعيف. التقريب ٤٢٩.

(٤) انظر: تمة جامع الأصول ١٤/١٣٥. وانظر حديثه في: جامع الأصول ١/٥٦٤.

(٥) وقال في التقريب ص ٢٢٤: زيد بن عياش، أبو عياش المدني، صدوق.

(٦) هو الطائي مولاهم، أبو نصر اليمامي، ثقة ثبت لكنه يدلّس ويرسل، مات سنة ١٣٢ هـ. التقريب ٥٩٦.

(٧) انظر: شرح معاني الآثار ٦/٤.

(٨) تقدمت ترجمته ص ٣٢.

(٩) الضحاك بن عثمان بن عبد الله بن خالد بن حزام الأسدي الحزامي أبو عثمان المدني، صدوق يهيم. التقريب ص ٢٧٩.

(١٠) أسامة بن زيد الليثي مولاهم، أبو زيد المدني، صدوق يهيم، مات سنة ١٥٣. التقريب ص ٩٨.

على خلاف ما رواه يحيى بن أبي كثير يدل على ضبطهم الحديث وفيهم إمام حافظ وهو مالك بن أنس، ثم إنا نقول به، فلا يجوز نقداً ولا نسيئة^(١)، وأين قولهم: لا يحمل المطلق على المقيد؟! .

قوله: (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب»)^(٢) .

وفي المبسوط عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا ربا» الحديث^(٣)، قال في المغني: إن هذا خبر مجهول لم يرد في صحيح ولا مسند ولا كتاب موثوق به، وهو مع ذلك مرسل محتمل، ويحتمل أن المراد بقوله: «لا ربا» النهي عن الربا كقوله تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾^(٤) وما ذكروه من الإباحة منتقض بالحربي إذا دخل دار الإسلام فإن ماله مباح إلا ما حظره الأمان^(٥) .

* * *

(١) هذا الجواب على إعلال الطحاوي للحديث ذكره الدارقطني في سننه ٤٩/٣ وابن الجوزي في التحقيق ١٧٢/٢ .

(٢) قال في نصب الراية ٤٤/٤: غريب . وقال في الدراية ١٥٨/٢: لم أجده .

(٣) المبسوط ٥٦/١٤، وذكره في العناية أيضاً ٣٩/٧ من رواية مكحول .

(٤) سورة البقرة، الآية: ١٩٧ .

(٥) المغني ٤٦/٤ .

باب السلم

قوله : (فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما : « أشهد أن الله أحل السلف المضمون ، وأنزل فيه أطول آية في كتابه ، وتلا قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ ﴾ الآية »^(١)) .

أخرجه البيهقي^(٢) ، ولكن لم يذكر فيه « وأنزل فيه أطول آية في كتابه » ، وإنما قرأ الآية الكريمة فقط ، فكأنه رضي الله عنه يشير إلى دخول حكم السلم في عموم الآية الكريمة وأن الآية تشمل السلم والبيع بثمن مؤجل والقرض أيضاً وتأجيل ذلك بعد حلوله .

قوله : (والسنة^(٣) وهو ما روي أنه عليه الصلاة والسلام « نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ورخص في السلم »^(٤)) .

(١) سورة البقرة، الآية : ٢٨٢ .

(٢) في سننه ١٨/٦ . وأخرجه الشافعي في مسنده مع الأم في كتاب البيوع ٤١٤/٩ . والحاكم في المستدرک ٣١٤/٢ وصححه . وعبد الرزاق ٥/٨ . وابن أبي شيبة في البيوع ٥/٢٧٧ . وصححه في الإرواء ٥/٢١٣ .

(٣) أي مشروعية السلم من السنة ، وكان قد قدم قبل ذلك مشروعيته من الكتاب . الهداية ٧٨/٣ .

(٤) قال في نصب الرأية ٤/٤٥ : غريب بهذا اللفظ . وقال في الدراية ٢/١٥٩ : لم أجده هكذا . وقوله : رخص في السلم ، إنما أراد به أنه لفظ حديث ، وليس هو من كلام صاحب الهداية كما قد يسبق للذهن ، يدل عليه قوله بعد ذلك : وقال الشافعي رحمه الله : يجوز حالاً لإطلاق الحديث « ورخص في السلم » .

ظاهره أن هذا اللفظ مروى عن أحد من الصحابة، ولم يرد هذا اللفظ هكذا مجموعاً عن أحد منهم في كتب الحديث^(١)، وإنما هذا من كلام أحد من الفقهاء^(٢)، والأمر في السلم كما أخبر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: «قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والستين، فقال: من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» رواه الجماعة^(٣)، وقوله: ورخص في السلم. يوهم أنه محذور الأصل، وليس الأمر كذلك، وسيأتي التنبيه على ذلك إن شاء الله تعالى.

قوله: (والقياس وإن كان يأباه ولكننا تركناه بما روينا^(٤))، ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه).

لا نسلم أن القياس الصحيح يأباه بل هو على وفق القياس الصحيح، فإنه كالابتياح بثمن مؤجل، وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلاً في الذمة وبين الآخر فهذا محض القياس، ومصلحة الناس، وهذا المعنى هو الذي

(١) قال في نصب الراية ٤/٤٥: رأيت في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عشر على هذا الحديث بهذا اللفظ. وقال في الدراية ٢/١٥٩: إلا أن القرطبي في شرح مسلم ذكره أيضاً.

(٢) قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في الفتاوى ٢٠/٥٢٩: وهذا - يشير إلى اللفظ السابق - لم يرو في الحديث وإنما هو من كلام بعض الفقهاء.

(٣) البخاري مع الفتح - كتاب السلم - ٤/٤٢٨. ومسلم في البيوع - حديث رقم ١٦٠٤. والترمذي - بيوع - باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر ٣/٦٠٢. وأبو داود - بيوع - باب في السلف ٣/٢٧٥. والنسائي - بيوع - باب السلف في الثمار ٧/٢٩٠. وابن ماجه - تجارات - باب من السلف في كيل معلوم ٢/٧٦٥.

(٤) يعني أن مشروعية السلم على غير قياس، ولكن أطرحت القياس لأجل النص.

فهمه ترجمان القرآن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وتلا الآية الكريمة كما تقدم، فثبت أن إباحة السلم على وفق القياس والمصلحة وشرع على أكمل الوجوه وأعدلها فشرط فيه قبض الثمن في الحال تحقيقاً لاسمه لأنه سمي سلماً من إسلام رأس المال فيه، وسلفاً من إسلافه وهو تقديمه، ولو تأخر الثمن فيه دخل في حكم الكالئ بالكالئ بل هو نفسه ولم يدخل تحت قوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» لما قال له: «يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني البيع وليس عندي ما يطلب أفأبيع منه ثم أبتاعه من السوق؟ قال: لا تبع ما ليس عندك» أخرجه أحمد^(١) وأبو داود^(٢) والترمذي^(٣) والنسائي^(٤) وابن ماجه^(٥)، ولكنه يحتمل معنيين:

أحدهما: أن يبيع عيناً معينة وهي ليست عنده بل ملك للغير فيبيعها ثم يسعى في تحصيلها وتسليمها إلى المشتري.

والثاني: أن يريد بيع ما لا يقدر على تسلمه وإن كان في الذمة فليس

عنده/ حساً ولا معنى فيكون قد باعه شيئاً لا يدري هل يحصل له أم لا؟ وهذا [١٤٩/ب] يتناول أموراً:

أحدها: بيع عين معينة ليست عنده.

(١) في المسند ٤٠٢/٣.

(٢) في سننه - بيوع - باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ٢٨٣/٣.

(٣) في سننه - بيوع - باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ٥٣٤/٣.

(٤) في سننه - بيوع - باب بيع ما ليس عند البائع ٢٨٩/٧.

(٥) في سننه - تجارات - باب النهي عن بيع ما ليس عندك ٧٣٧/٢. وصححه الألباني في الإرواء

١٣٢/٥.

الثاني : السلم الحال في الذمة إذا لم يكن عنده ما يوفيه .

الثالث : السلم المؤجل إذا لم يكن على ثقة من توفيته ، وأما إذا كان على ثقة من توفيته عادة فهو وإن لم يكن عنده حساً ، فهو عنده معنى ، باعتبار القدرة على تحصيله ، ولهذا كثيراً ما يقال : وهذا عندي وفي ذمتي للدين أصالة أو كفالة ، وهو معنى شائع بين الناس جاء على ألسنتهم مشهور بينهم .

فالحاصل أن قياس السلم على الابتياح بثمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة ، فإن اعتبار المعنى الجامع بين السلم وبيع المعدوم عارضه المعنى الفارق ، وهو أن المعدوم الذي لا يقدر على تحصيله عادة خطرُهُ متحقق ، والمعدوم الذي يقدر على تحصيله عادة خطرُهُ محتمل ، والسلم منه فلا يقاس ما يقدر على تحصيله عادة على ما لا يقدر على تحصيله عادة لظهور المعنى الفارق بينهما وقوته .

ولا يقوى المعنى الفارق بين المبيع المؤجل وبين الثمن المؤجل بأن المبيع هو المقصود دون الثمن في مقابلة قوة المعنى الجامع بينهما ، وهو أن كلاً منهما يثبت مثله في الذمة وتزول الجهالة المفضية إلى المنازعة فيه بالوصف ، فإذا ظهرت قوة الجامع بين الثمن المؤجل والمبيع الذي يقدر على تحصيله عادة ويثبت مثله في الذمة ، وضعف الفارق بينهما ظهرت قوة قياسه عليه ، وإذا ظهرت قوة الفارق بين بيع المعدوم الذي لا يقدر على تحصيله عادة وبين الذي يقدر على تحصيله عادة ويثبت مثله في الذمة وضعف الجامع بينهما ظهر ضعف قياسه عليه ^(١) .

(١) وانظر كلاماً حول هذه المسألة لشيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في الفتاوى ٥٢٩/٢٠ .

قوله: (وقد صح أن النبي ﷺ «نهى عن السلم في الحيوان»).

هذا الحديث لم يصح ولم يخرج أحد من أهل الكتب الستة وإنما رواه الدارقطني بمعناه^(١) والبيهقي، وقال: والصحيح عن معمر^(٢) عن يحيى^(٣) عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلًا، كذلك رواه غير واحد عن معمر^(٤).

قوله: (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها»^(٥)).

هذا اللفظ غير محفوظ وإنما ورد عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن رجلاً أسلف رجلاً في نخل فلم يخرج في تلك السنة شيئاً فاختصما إلى النبي ﷺ فقال: بم تستحل ماله؟ اردد عليه ماله، ثم قال: لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحها» رواه أبو داود^(٦) وابن ماجه^(٧) والبيهقي^(٨)، ولا دليل فيه على

(١) في سننه ٧١/٣ بلفظ: «نهى عن السلف في الحيوان».

(٢) هو ابن راشد الأزدي مولا هم، أبو عروة البصري، نزيل اليمن، ثقة ثبت فاضل، مات سنة ١٥٤هـ. التقريب ص ٥٤١.

(٣) هو ابن أبي كثير، تقدمت ترجمته ص ٤٢٥.

(٤) سنن البيهقي ٢٨٩/٥ بلفظ: «نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة». والحاكم في المستدرک ٦٥/٢. وقال في الدراية ١٥٩/٢: وفي إسناده - أي الدارقطني - إسحاق ابن إبراهيم ابن جوتي، وقد قال الحاكم: أحاديثه موضوعة.

(٥) سوف يأتي كلام المؤلف على هذا الاستدلال والمراد منه.

(٦) في سننه - بيوع - باب في السلم في ثمرة بعينها ٢٧٦/٣.

(٧) في سننه - تجارات - باب إذا أسلم في نخل بعينه لم يطلع ٧٦٧/٢، وهو في ضعيف ابن ماجه ص ١٧٦، رقم ٥٠٠.

(٨) في سننه ٢٤/٦. قال ابن حجر في فتح الباري ٤٣٣/٤: وهذا الحديث فيه ضعف، وجاء =

مراد المصنف فإنه استدل به على عدم جواز السلم في المنقطع واشتراط وجود المسلم فيه في جميع مدة السلم، والحديث إنما ورد في السلف في ثمرة نخل معين، وهذا لا يجوز سلمًا. ألا ترى إلى قوله: أسلف رجلاً في نخل فلم يخرج تلك السنة شيئاً، ونبه النبي ﷺ على العلة بقوله: «بم تستحل ماله؟»، كما قال في حديث آخر: «إذا منع الله ﷺ الثمرة فبم تستحل مال أخيك» وهذا من باب بيع الثمار قبل بدو صلاحها.

وقد ورد النهي عن ذلك في أحاديث كثيرة^(١)، وقد جاء الإذن في السلم من غير اشتراط وجود المسلم فيه في جميع المدة بل مع انقطاعه في المدة في حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: «قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والستين، فقال: من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» رواه الجماعة^(٢)، فأقراره إياهم على السلم في

= عند البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما «نهى النبي ﷺ عن بيع النخل حتى يؤكل» الحديث. فتح الباري ٤/٤٣٢.

(١) منها ما رواه البخاري في البيوع-باب بيع المزابنة- عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه». فتح الباري ٤/٣٨٣. وحديث أنس رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها». فتح الباري ٤/٣٩٤.

وما رواه مسلم من حديث ابن عمر رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع» حديث رقم ١٥٣٤.

وحديث جابر عند مسلم أيضاً «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه» حديث رقم ١٥٣٦.

وحديث أبي هريرة عند مسلم أيضاً قال: قال رسول الله ﷺ «ولا تبتاعوا الثمار حتى يبدو صلاحها» حديث رقم ١٥٣٨.

(٢) تقدم تخريجه ص ٤٢٨.

الثمار السنة والستين دليل على السلم في المنقطع ، ولو كان وجود المسلم فيه في جميع المدة شرطاً لذكره ، ولنهاهم عن السلف هذه المدة لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة ، وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ، وحلول الدين بالموت فيه نزاع^(١) ، وعلى تقدير التسليم^(٢) فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود كيلا يفضي إلى جهالة الأجل في السلم وهي مانعة من صحته فيجب أن لا يحل حتى يأتي الأجل الذي شرطاه^(٣) .

قوله : (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : «إلى أجل معلوم»^(٤)) .

قد أجاب / الشافعية عن هذا الحديث أنه إن كان المسلم فيه مكيلاً فليكن كيله معلوماً ، وإن كان موزوناً فليكن وزنه معلوماً ، وإن كان مؤجلاً فليكن أجله معلوماً ، ولا يلزم من هذا اشتراط كون المسلم فيه مؤجلاً ؛ لأنه إذا جاز مؤجلاً مع الغرر ، فجواز الحال أولى لأنه أبعد عن الغرر ، وكما أن ذكر الكيل

(١) إنما أورد هذه المسألة لأنهم قالوا - جواباً عن الشافعي في قوله : القدرة على التسليم عند المحل موجودة - إنما تكون القدرة حيثئذ موجودة إذا بقي العاقد حياً إلى ذلك الوقت ، حتى لو مات كان وقت وجب التسليم عقيبه ، وفي بقاءه حياً شك فلا تثبت القدرة بأمر مشكوك . العناية ٨١ / ٧ والبنية ٤٣٢ / ٧ .

ومسألة حلول الدين بالموت فيها نزاع كما ذكر المؤلف فالجمهور على أن الدين يحل بالموت وهي رواية عن أحمد .

والرواية الأخرى أنه لا يحل بالموت إذا وثق الورثة وهي المذهب .

انظر : المغني ٤ / ٤٨٢ . الإنصاف ٥ / ٣٠٧ . المدونة ٥ / ٢٣٦ . روضة الطالبين ٣ / ٣٦٤ .

(٢) أي بأن الدين يحل بالموت .

(٣) أي المسلم والمسلم إليه . وانظر المغني ٤ / ٣٢٦ .

(٤) استدل بذلك على أن السلم لا يجوز إلا مؤجلاً ، يردّبه على الشافعي حيث قال بجوازه حالاً . الهداية ٣ / ٨٠ .

والوزن لا يمنع جواز المذروع والمعدود والمتقارب فكذلك ذكر الأجل^(١) ،
والقول الثالث أظهر^(٢) ، وهو أن السلم الحال إن كان المسلم فيه عنده جاز ،
وإن لم يكن عنده لم يجز لقوله عليه الصلاة والسلام : « ولا تبع ما ليس
عندك »^(٣) والحديث إنما أريد به أن يبيع في الذمة ما ليس مملوكاً له ، ولا يقدر
على تسليمه ويربح فيه قبل أن يملكه ويضمنه ويقدر على تسليمه ؛ لأن السائل
إنما سأله عن بيع شيء مطلق في الذمة ، ولكن إذا لم يجز بيع ذلك فبيع المعين
الذي لم يملكه أولى بالمنع ، والمسألة مبسطة في موضعها^(٤) .

قوله : (ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود
في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل^(٥)) .

هذا تعليل فاسد فإن من أسلم في حنطة مثلاً إلى سنة يقدر على تحصيلها
عند الحلول بالزرع في المدة وعملها إلى حلول الأجل ، هذا الذي جرت به
العادة في السلم ، ولهذا سمي بيع المفايس^(٦) ، فإنه لا يفعل ذلك في الغالب

(١) انظر : روضة الطالبين ٣/٢٤٧ . تكملة المجموع ١٣/١٠٧ ، ١٠٨ .

(٢) ذكر هذا القول ابن القيم في زاد المعاد ٥/٨١٢ غير منسوب . ونصره وحشد له الأدلة .

(٣) تقدم تخريجه ص ٤٢٩ .

(٤) المحلى ٨/٤٥ . المغني ٤/٣٢١ ، زاد المعاد ٥/٨١٢ .

(٥) هذا دليل عقلي استدل به على الشافعي الذي يقول بجواز السلم إذا كان المسلم فيه موجوداً
وقت المحل - ولا يلزم وجوده حين العقد أو في مدة الأجل - بينما صاحب الهداية يرى أنه
يلزم وجوده من حين العقد إلى حين المحل . الهداية ٣/٨٠ .

(٦) ويسمى أيضاً بيع المحاويع ، وذلك أنه يكون محتاجاً إلى الثمن وهو مفلس وليس عنده في
الحال ما يبيعه ، ولكن له ما ينتظره من مغل وغيره فيبيعه في الذمة ، فهذا يفعل مع الحاجة .
انظر : زاد المعاد ٥/٨١٥ .

إلا من له أرض أو شجر يستغلها من السنة إلى السنة فإذا احتاج في أثناء السنة استسلف على ما تخرج من ذلك وتحصيله بحصوله في وقت الحلول على ما أجرى الله به العادة في خلقه لا يجمعه في مدة أجل السلم مما هو موجود عند الناس مما أسلم إليه فيه^(١).

قوله: (ولأن القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته، أما الوصف فلا يكتفى به)^(٢).

في هذا الفرق^(٣) نظر، وقول أبي يوسف ومحمد في جواز السلم في اللحم أقوى والإلزام بصحة اقتراضه وزناً في غاية القوة فإن الفرق الذي فرق به بينهما وهو ما ذكره المصنف لا يقوى لأن معرفته بالمعاينة لمثله، نظير معرفته بوصفه، سواء بسواء، فإن المعرفة بالمعاينة إنما تكون فوق الإخبار في حق المعايين لا في حق مثله.

قوله: (لإطلاق الحديث «ورخص في السلم»).

(١) انظر: زاد المعاد ٥/٥١٨.

(٢) هذا من جملة الأدلة النظرية التي علل بها مذهبه في أنه لا خير في السلم في اللحم.

(٣) أي التفريق بين السلم والقرض حيث فرق بينهما بأن القبض في القرض معاين محسوس فأمكن اعتبار المقبوض ثانياً بالأول، وأما السلم فإنما يقع على الموصوف في الذمة، وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقته للموجود عند القبض، وهذا معنى قوله: أما الوصف فلا يكتفى به. انظر فتح القدير ٧/٨٦.

وإنما فرق بين السلم والقرض لأن الذين أجازوا السلم في اللحم استدلوا المذهبهم بأنه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزناً.

تقدم التنبيه على أن قوله : ورخص في السلم من كلام الفقهاء ، ولم يثبت أنه من كلام أحد من الصحابة رضي الله عنهم^(١) .

قوله : (وفي القياس لا يجوز لأنه بيع المعدوم)^(٢) .

يعني الاستصناع ، وقد تقدم في أول الباب التنبيه على أن القياس الصحيح لا يأبى السلم ، والاستصناع نحوه ؛ لأنه معدوم يقدر على تحصيله عادة ، فلا يصح قياسه على معدوم لا يقدر على تحصيله لوجود الفارق بينهما ، وصار كالسلم والإجارة والثلث المؤجل ، وإن كان يدعي في ذلك كله غير الثلث المؤجل أنه على خلاف القياس ، فليس هو على خلاف القياس الصحيح ، وسيأتي لذلك زيادة بيان في الإجازات إن شاء الله تعالى .

قوله : (لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك »)^(٣) .

أخرجه الدارقطني بمعناه^(٤) ، وهو حديث ضعيف ، وقد ثبت أن ابن عباس

(١) انظر ص ٤٢٧ .

(٢) يعني أن الاستصناع ، لا يجوز من حيث القياس عنده ، وإلا فإن المذهب ما قرره قبل هذا حيث قال : « وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً . الهداية ٨٦ / ٣ . والاستصناع : طلب الصناعة ، قال في المغرب ١ / ٤٨٤ : استصنعه شيئاً أي طلب منه أنه يصنعه .

(٣) قال في الدراية ٢ / ١٦٠ : لم أجده بهذا اللفظ . وقال في البناية ٧ / ٤٥٦ : لم أر أحداً من الشراح بين حال هذا الحديث .

(٤) في سننه ٣ / ٤٥ عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه . ولفظه قال : قال رسول الله ﷺ : « من أسلم في شيء فلا يصرفه في غيره » . وقال إبراهيم بن سعيد - أحد رجال السند - : فلا يأخذ =

رضي الله عنهما قال: «إذا استسلفت في شيء إلى أجل فحل الأجل، فإن أخذت ما أسلفت فيه وإلا فخذ عوضاً بأنقص منه، ولا ترحب مرتين». ذكره ابن المنذر^(١)، وهو مذهب مالك^(٢) ورواية عن أحمد^(٣)، قالوا: ولم يعرف لابن عباس مخالف في ذلك^(٤).

مسائل منتورة :

قوله: (ولنا أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية»^(٥)).

- = إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله. وأخرجه أبو داود أيضاً بهذا اللفظ - بيوع - باب السلف لا يحول ٢٧٦/٣. وابن ماجه - تجارات - باب من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره ٧٦٦/٢، وضعفه في الإرواء ٥/٢١٥.
- (١) نقله عنه ابن قدامة في المغني ٤/٣٣٥، ٣٣٦. وذكر أيضاً شيخ الإسلام ابن تيمية في الفتاوى ٥٠٥/٢٩ على سبيل الاستدلال به.
- (٢) يعني جواز أخذ غير المسلم فيه مكانه ولو تعجله، إلا الطعام فلا بد من قبضه أولاً. انظر مذهبه في المدونة ٤/٨٧ والكافي ٢/٥٤.
- (٣) أي جواز الاعتياض عن دين السلم بغيره، والرواية الأخرى عدم جواز ذلك وهي المذهب وعليها أصحاب الإمام أحمد وقطع بها أكثرهم. انظر: المغني ٤/٣٣٥ والانصاف ٥/٩٥، ١٠٩.
- وقد نصر شيخ الإسلام رواية الجواز وذكر عن أحمد أنه نص على هذا في غير موضع وأطال النفس في ذلك واستدل بأثر ابن عباس المذكور فطالعه في الفتاوى ٥٠٣/٢٩ وما بعدها، ٥١٨، ٥١٩.
- (٤) قال شيخ الإسلام: ولا يعرف له في الصحابة مخالف. الفتاوى ٥١٩/٢٩.
- (٥) قال في نصب الراية ٤/٥٣: غريب بهذا اللفظ. وقال في الدراية ٢/١٦١: لم أجده بهذا اللفظ.

لا يعرف استثناء كلب الماشية في كتب الحديث ، وأما استثناء كلب الصيد ففي حديث جابر ، رواه النسائي والترمذي ولفظه : «أنه نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب الصيد»^(١) ، قال الإمام أحمد : هذا من الحسن بن أبي جعفر^(٢) وهو ضعيف^(٣) ، وقال الدارقطني : الصواب أنه موقوف على جابر^(٤) ، وقال الترمذي : لا يصح إسناد هذا الحديث ، انتهى^(٥) .

وقد روي أيضاً معناه من حديث أبي هريرة^(٦) ، وروي النهي عن ثمن الكلب العقور^(٧) ووصفه بالعقور يدل على صحة استثناء كلب الصيد ، قال

-
- (١) سنن الترمذي - بيوع - باب ما جاء في كراهية ثمن الكلب والسنور ٥٧٧/٣ . وسنن النسائي - بيوع - باب ما استثنى (بعد باب بيع الكلب) ٣٠٩/٧ . والدارقطني في سننه ٧٣/٣ . والبيهقي في سننه ٦/٦ . وهو في صحيح النسائي ٩٦٦/٣ رقم ٤٣٥٣ .
- (٢) الحسن بن أبي جعفر الجفري بضم الجيم وسكون الفاء ، البصري ، ضعيف الحديث مع عبادته وفضله ، مات سنة ١٦٧ هـ . التقريب ص ١٥٩ .
- (٣) انظر قوله في : المغني ٤/٢٧٩ ، وضعفه أيضاً الدارقطني في سننه ٧٣/٣ .
- (٤) انظر : سنن الدارقطني ٧٣/٣ .
- (٥) سنن الترمذي ٤٧٧/٣ والمؤلف نقل هذه الأقوال الثلاثة عن المغني ٤/٢٧٩ . وقال النسائي في سننه ٣٠٩/٧ : هذا منكر . قال ابن حجر في الفتح ٤/٤٢٧ : أخرجه - أي هذا الحديث - النسائي بإسناد رجاله ثقات إلا أنه طعن في صحته .
- (٦) عند الترمذي ولفظه : «نهى عن ثمن الكلب ، إلا كلب الصيد» كتاب البيوع - باب الرخصة في ثمن الكلب ٣/٥٧٨ ، ولم يخرج أحد من أصحاب الكتب الستة إلا الترمذي .
- (٧) ذكر ابن القيم في زاد المعاد ٥/٧٦٩ عن ابن وهب حديثين :
- الأول : قال ابن وهب عن ابن شهاب عن ابن شهاب عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : «ثلاث هن سحت : حلوان الكاهن ، ومهر الزانية ، وثن الكلب العقور» .
- والثاني : قال ابن وهب حدثني الشمّر بن عبد الله بن ضميرة عن أبيه عن جده عن علي بن =

الترمذي - في حديث أبي هريرة -: هذا لا يصح ، وأبو المهزم^(١) ضعيف ، يريد راوية عنه^(٢) ، قال البيهقي : روى عن النبي ﷺ النهي عن ثمن الكلب جماعة منهم ابن عباس^(٣) وجابر بن عبد الله وأبو هريرة^(٤) / ورافع بن خديج^(٥) وأبو جحيفة^(٦) ، اللفظ مختلف والمعنى واحد ، والحديث الذي روي في استثنائه

= أبي طالب رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب العقور» اهـ .

أما الحديث الأول ففيه جهالة وانقطاع في سنده .

وأما الثاني ففي سنده ابن ضميرة وهو في غاية الضعف ، قال ابن القيم بعد ذلك : أما الأثر عن أبي بكر الصديق فلا يدرى من أخبر ابن وهب عن ابن شهاب ولا من أخبر ابن شهاب عن الصديق ومثل هذا لا يحتج به .

وأما الأثر عن علي ففيه ابن ضميرة وهو في غاية الضعف . زاد المعاد ٥ / ٧٧١ .

(١) أبو المهزم ، بتشديد الزاي المكسورة التميمي ، البصري ، اسمه يزيد ، وقيل عبد الرحمن بن سفيان ، متروك . التقريب ص ٦٧٦ .

(٢) سنن الترمذي ٣ / ٥٧٩ .

(٣) أخرج حديثه أبو داود في سننه - بيوع - باب في أثمان الكلاب ٣ / ٢٧٩ . بلفظ : «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب وإن جاء يطلب ثمن الكلب فاملاً كفه تراباً» قال ابن حجر في الفتح ٤ / ٤٢٦ : إسناده صحيح ، وانظره في : الصحيحة برقم ١٣٠٣ .

(٤) تقدم ذكر حديثيهما قريباً .

(٥) أخرج حديثه مسلم في صحيحه - في المساقاة - حديث رقم ١٥٦٨ ، ولفظه : «ثمن الكلب خبيث ، ومهر البغي خبيث ، وكسب الحجام خبيث» .

(٦) أخرج حديثه البخاري في صحيحه مع الفتح - بيوع - باب ثمن الكلب ٤ / ٤٢٦ . ولفظه عن عون بن أبي جحيفة قال : «رأيت أبي اشترى حجاماً . . . وفيه فقال - أي أبو جحيفة - : إن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الدم وثمان الكلب» الحديث .

كلب الصيد لا يصح وكان من رواه أراد حديث النهي عن اقتنائه^(١) فشبه عليه ، والله أعلم^(٢) . وكذلك بقية الأحاديث التي فيها وصف الكلب بكونه عقوراً ضعيفة لا تقوم بها حجة ، ولا تقاوم ما ورد من السنة في النعي عن بيعه وتحريم ثمنه وكلها مطلقة^(٣) ، وحملها على الابتداء^(٤) لا يقوى ؛ لأنه مجرد دعوى من غير دليل ، وعلى تقدير تسليم صحة أحاديث الاستثناء فذلك حجة لأبي يوسف على استثنائه ، أما أن يستدل بها لجواز بيع الكلب مطلقاً فلا ، بل الأحاديث حجة على من أطلق الجواز لاله ، وقد أجاب السغناقي في شرحه عن هذا الاستدراك بأن مراد المصنف من إيراد الحديث إبطال مذهب الخصم^(٥) ، لا إثبات المدعى ، وإثبات المدعى [ثابت]^(٦) بحديث ذكره في

- (١) حديث النهي عن اقتناء الكلب أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : «من أمسك كلباً فإنه ينقص كل يوم من عمله قيراط» الحديث . كتاب الحرث والمزارعة - باب اقتناء الكلب للحرث - فتح الباري ٥/٥ . وأخرج نحوه مسلم من حديث ابن عمر رضي الله عنهما في كتاب المساقاة حديث رقم ١٥٧٤ .
- (٢) سنن البيهقي ٦/٦ ، ٧ وقد تصرف المؤلف في النقل عن البيهقي من حيث اللفظ .
- (٣) سبق نقل ما قاله ابن القيم رحمه الله في هذه الأحاديث في زاد المعاد ، وقد نقل صاحب التنبيه - في مناقشته لحديث النهي عن بيع الكلاب - نقولاً كثيرة من زاد المعاد حتى تكاد تكون تلخيصاً لما هناك فانظره ٧٦٩/٥ وما بعدها .
- (٤) يعني أن يقال : كان النهي عن ثمنها حين كان الأمر بقتلها ، فلماً حرم قتلها وأبيح اتخاذ بعضها نسخ النهي ، فنسخ تحريم البيع ، ولذلك قال في الهداية : والحديث محمول على الابتداء ٨٧/٣ ، ومراده أن حديث النهي عن ثمن الكلب محمول على حالة ابتداء الإسلام . انظر : العناية ٧/١٢٠ ، فتح القدير ٧/١٢١ ، البناية ٧/٤٨٦ .
- (٥) لأنه يدعي - أي الخصم - أن عدم الجواز شامل لكل أنواع الكلاب ، وهذا المراد بقوله : المدعي .
- (٦) الزيادة من العناية ٧/١١٩ .

الأسرار^(١) برواية عبد الله بن عمرو بن العاص أنه قال: «قضى رسول الله ﷺ في كلب بأربعين درهماً» فذكره مطلقاً من غير تخصيص في أنواع الكلاب [بالتضمين]^(٢)، وفي تضمين المتلف دليل على تقوم المتلف، أو تقول: المدعى جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور يثبت بهذا الحديث وذلك لأن جواز بيع الكلب المعلم استفيد بقوله: «إلا كلب الصيد»، وجواز بيع الكلب غير المعلم بقوله: «أو ماشية» لأن كل كلب يصلح لحراسة الماشية إذ من عادة الكلاب نباحها عند حس الذئب أو السارق فبقي العقور تحت المستثنى منه، انتهى كلام السغناقي^(٣).

وجوابه: أن الحديث الذي ذكره صاحب الأسرار إنما هو من فعل ابن عمر^(٤) غير مرفوع، ولا يصح ذلك عن رسول الله ﷺ، واستدل به بقوله: «أو ماشية» على جواز بيع ما عدا كلب الصيد من الكلاب سوى العقور استدلال فاسد لوجهين:

أحدهما: أن هذه الكلمة غير ثابتة^(٥) وإنما ذكرها الأصحاب في كتب

(١) الأسرار في أصول الفقه لأبي زيد الدبوسي - بتحقيق الباء - وهو عبيد الله بن عمرو بن عيسى، توفي ببخارى سنة ٤٣٠. مفتاح السعادة ١/ ٢٨٤.

(٢) الزيادة من ع ومن البناية ٧/ ٤٨٥.

(٣) انظر العناية ٧/ ١١٩ وفتح القدير ٧/ ١٢٠ والبناية ٧/ ٤٨٥.

(٤) كذا في النسختين، وصوابه ابن عمرو لأنه قدم الرواية عنه بالرفع ثم أراد أن يصوّب وقفها، والموقوف أخرج الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٥٨ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو «أنه قضى في كلب صيد، قتله رجل، بأربعين درهماً، وقضى في كلب ماشية بكبش».

(٥) انظر ص ٤٣٧.

الفقه بغير إسناد .

الثاني : أنه يبقى الحديث حجة لأبي يوسف على استثناء العقور ، ويخلو - قول أبي حنيفة ومحمد بتعميم العقور وغيره بالجواز - عن الدليل ، وغرضه الاستدلال للمذهب على جواز بيع الكلب مطلقاً ، ولم يأت بدليل على ذلك .

قوله : (وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث : « فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ») .

هذا الحديث منكر^(١) ، وليس هذا العموم مسلماً ، فكم من حكم قد خالفوا فيه المسلمين ، وكأن المصنف اشتبه عليه هذا الحديث مما ذكره ابن حبان من حديث لأنس رضي الله عنه « فإذا شهدوا أن لا إله إلا الله ﷺ وأن محمداً رسول الله ﷺ واستقبلوا قبلتنا وصلوا صلاتنا ، وأكلوا ذبيحتنا ، فقد حرمت علينا دماؤهم وأموالهم ، لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم »^(٢) ، والمراد من هذا الحديث أنهم إذا أسلموا دخلوا في حكم المسلمين لا كما ادعى المصنف أن أهل الذمة إذا بذلوا الجزية يكون لهم ما للمسلمين ، وعليهم ما عليهم ، وإنما ورد في حديث سليمان بن بريدة عن أبيه رضي الله عنه قال : « كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصة نفسه بتقوى الله . . . إلى أن قال : فإن هم أبوا فسلهم الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم

(١) قال في نصب الراية ٤/ ٥٥ : لم أعرف الحديث الذي أشار إليه المصنف . وقال في الدراية

١٦٢/٢ : لم أجده هكذا .

(٢) تقدم تخريجه ص ٢١٩ .

وكف عنهم، فإن هم أبوا فاستعن بالله عليهم وقتلهم...» الحديث، رواه أحمد^(١) ومسلم^(٢) وابن ماجه^(٣) والترمذي^(٤) وصححه، ولم يرتب في هذا الحديث على أداء الجزية سوى القبول منهم والكف عنهم لا غير.

قوله: (دل عليه قول عمر رضي الله عنه: «لوهم بيعها، وخذوا العشر من أثمانها»).

يعني الخمر والخنازير، وهذا الأثر لا يصح عن عمر رضي الله عنه، بل قد ورد عنه خلافه كما تقدم في الباب العاشر^(٥)، وإنما ورد عن عمر رضي الله عنه الأمر بذلك في الجزية^(٦)، روى البيهقي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «دخلت على عمر وهو يقلب يده، فقلت: مالك يا أمير المؤمنين؟ قال: عومل لنا بالعراق خلط في فيء المسلمين أثمان الخمر والخنازير، ألم يعلم أن رسول الله ﷺ قال: «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم أن

(١) المسند ٣٥٢/٥.

(٢) في صحيحه - جهاد - باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث - حديث رقم ١٧٣١.

(٣) في سننه - جهاد - باب وصية الإمام ٢/٩٥٣.

(٤) في سننه - سير - باب ما جاء في وصيته ﷺ في القتال ٤/١٣٨.

(٥) عند قول صاحب الهداية ١/١١٤: وإن مرّ حربي بمائتي درهم، ولا يعلم كم يأخذون منا، نأخذ منه العشر، استدلل له بقول عمر رضي الله عنه: فإن أعياكم فالعشر. اهـ. قال في البناية ٣/٤٦٦: لم يُدر معناه، وقال صاحب التنبيه ل ٤٩/ب: لا يعرف هذا عن عمر في شيء من كتب الحديث المعروفة. اهـ. وقال عنه في نصب الراية ٢/٣٧٩: غريب. وقال في الدراية ١/٢٦١: لم أجده.

(٦) أخرج عبد الرزاق ٦/٢٣ من طريق إبراهيم بن عبد الأعلى عن سويد بن غفلة قال: بلغ عمر بن الخطاب أن عمّاله يأخذون الجزية من الخمر، فناشدهم ثلاثاً، فقال بلال: إنهم ليفعلون ذلك. قال: فلا تفعلوا ولكن ولوهم بيعها.

يأكلوها فجملوها فباعوها، وأكلوا أثمانها»، قال سفيان^(١) : يقول : لا تأخذوا في جزيتهم الخمر والخنازير، ولكن خلوا بينهم وبين بيعها، فإذا باعوها فخذوا أثمانها في جزيتهم^(٢) .

وكذلك نقل أبو عبيد عن عمر رضي الله عنه : أنه بلغه أن بعض عماله كانوا يأخذون - في الجزية والخراج - الخمر والخنازير ثم يبيعونها منهم فنهاهم [١/١٥١] عن ذلك، وأمرهم أن يولوهم بيعها ويأخذوا من أثمانها جزيتهم وخراجهم^(٣) .

* * *

(١) هو ابن عيينة .

(٢) سنن البيهقي ٢٠٦/٩ .

(٣) انظر : الأموال ص ٥٢ .

كتاب الصرف

قوله: (لقول عمر^(١) رضي الله عنه: «وإن وثب من سطح فثب^(٢) معه»^(٣)).

لا يعرف صحة هذا عن عمر رضي الله عنه^(٤)، وإنما هو مذكور في كتب الفقه^(٥).

قوله: (ولو استحق^(٦) بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته، وإن شاء رد لأن الشركة عيب في الإناء)^(٧).

ينبغي أن لا يكون له الخيار؛ لأن إناء الذهب أو الفضة لا يجوز استعماله

(١) كذا في النسختين، وفي المطبوع مستقلاً ومع فتح القدير وفي نصب الراية عن ابن عمر.

(٢) بكسر الثاء وسكون الباء أمر من وثب يثب.

(٣) استدل صاحب الهداية بهذا الأثر على مسألة القبض قبل الافتراق في الصرف وأن الصورة المذكورة في الأثر ليست من صور الافتراق بالأبدان فلا يبطل الصرف بها.

(٤) قال في نصب الراية ٥٦/٤: غريب جداً، وقال في الدراية ١٦٣/٢: لم أجده.

(٥) انظر: المبسوط ٤/١٤، البناية ٥٠٤/٧. وفيهما أن الأثر عن ابن عمر.

(٦) أي البائع.

(٧) قال في العناية ١٤٣/٧ في شرح هذه العبارة: أي ولو استحق بعض الإناء في هذه المسألة فالمشتري بالخيار. لأن الإناء تعيب بعيب الشركة إذ الشركة في الأعيان المجتمعة تعد عيباً لانقاصها بالتبعض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير، بخلاف صورة الافتراق فإن العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض. اهـ.

ويجب كسره وإفساده، فإذا كان تعيينه من حيث الصورة^(١) متعين فتعيينه من حيث المعنى^(٢) لا يضر فلا فرق بينه وبين قطعة نقرة^(٣)، ولو اشترى قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ الباقي بحصته ولا خيار له^(٤) فكذلك الإناء، ولو صور المسألة في مصوغ مباح الاستعمال كحلي النساء وخاتم الفضة للرجال لكان أولى.

قوله: (بخلاف المرابحة لأنه يصير تولية في القلب^(٥) بصرف الربح كله إلى الثوب، والطريق في المسألة الثانية^(٦) غير متعين؛ لأنه [يمكن]^(٧) صرف الزيادة على الألف إلى المشتري، وفي الثالثة^(٨) أضيف البيع إلى المنكر^(٩) وهو ليس بمحل للبيع، والمعين ضده، وفي الأخيرة^(١٠) انعقد

(١) أي كونه ذهباً أو فضة.

(٢) أي كونه معيناً بالشركة.

(٣) النُقرة: القطعة المذابة من الذهب أو الفضة وهي السبيكة. والجمع نقار.

انظر: المغرب ٢/ ٣٢١، أنيس الفقهاء ص ١٩٦، لسان العرب ٥/ ٢٢٩.

(٤) هذا تنبيه من المؤلف بعدم الفارق لأن صاحب الهداية فرق بين استحقاق بعض الإناء وبين استحقاق بعض قطعة نقرة.

(٥) بضم القاف وسكون اللام وهو السوار.

انظر: المغرب ٢/ ١٩١، معجم مقاييس اللغة ٥/ ١٧.

(٦) سيأتي بيانها قريباً في كلام المصنف.

(٧) الزيادة من المطبوع.

(٨) أي المسألة الثالثة وستأتي قريباً.

(٩) أي المجهول وهو ضد المعين وستأتي صورته قريباً.

(١٠) وهي المسألة الرابعة وستأتي.

العقد^(١) صحيحًا، والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء).

هذه المسائل الأربع ألزم بها الشافعي في المسألة المعروفة بـ: مد عجوة^(٢).

وأجاب عنها المصنف بما ذكره وفي كل من الأجوبة نظر، أما المسألة الأولى: وصورتها: اشترى قلب فضة بعشرة دراهم وثوبًا بعشرة دراهم ثم باعهما مرابحة^(٣) لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب وحده^(٤)، وأجاب المصنف عن ذلك بأن البيع وقع مرابحة، وإذا صرف الربح إلى الثوب وحده يبقى البيع في القلب تولية^(٥) وذلك خلاف ما عقدها.

يمكن أن يقول المخالف: إن البيع لا يخرج بذلك^(٦) عن أن يكون مرابحة؛ لأن المرابحة إذا كانت في أحدهما صدق على البيع أنه مرابحة، ولو أضيفت المرابحة إليهما^(٧) لصدق عليه أنه مرابحة فيهما.

(١) الزيادة من المطبوع.

(٢) صورتها أن يبيع ربويًا بعضه ببعض ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسه كمد . .
ودرهم بمد ودرهم، أو بمدين أو بدرهمين.

المغني ٣٩/٤. وانظر مذهب الشافعي في: الروضة ٤٩/٣، وتكملة المجموع ٣٠٦/١٠.

(٣) يعني بعشرين درهمًا.

(٤) ذلك لكي يصح تصرفه.

(٥) لأنه يكون بائعًا للقلب الذي وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم، وهو تولية في القلب، والتولية ضد المرابحة، والشيء لا يتناول ضده.

(٦) أي بصرف الربح إلى الثوب خاصة.

(٧) أي الثوب والقلب.

وإن كانت المرابحة في أحدهما^(١) ، كما تقدم له^(٢) في مسألة بيع الجارية المحلاه والسيف المحلى إذا نقد بعض الثمن عنهما وهو بقدر الحلية حتى إنه لو قال : خذ هذا من ثمنهما جعل ثمنًا للحلية وصح العقد ، وقال المصنف هناك : لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد ، قال الله تعالى : ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللُّؤْلُؤُ وَالْمَرْجَانُ﴾^(٣) والمراد أحدهما ، فيحمل على أحدهما لظاهر حاله ، فهنا بطريق الأولى ، فإن البيع إذا كان فيه مرابحة صدق عليه أنه بيع مرابحة وإن كانت المرابحة في أحد المبيعين لوجود المرابحة فيه .

وأما المسألة الثانية : وصورتها : اشترى عبدًا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة ، لا يجوز^(٤) في المشتري بألف^(٥) وإن أمكن تصحيحه^(٦) بصرف الألف إليه^(٧) ، وأجاب المصنف عن ذلك بأن طريق التصحيح غير متعين^(٨) لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشتري^(٩)

(١) وهو الثوب .

(٢) الهداية ٩١/٣ .

(٣) سورة الرحمن ، الآية : ٢٢ .

(٤) أي العقد .

(٥) أي ألف درهم لأنه شراء ما باع بأقل مما باع .

(٦) أي العقد .

(٧) أي إلى المشتري والباقي إلى العبد الآخر .

(٨) وذلك لأنه متعدد فيبقى الثمن مجهولاً فيفسد العقد . البناية ٥١٧/٧ .

(٩) قال في البناية ٥١٧/٧ : وهذا لأننا لو صرفنا خمسمائة أو أقل من ذلك بدرهم أو درهمن أو ثلاثة ونحو ذلك إلى العبد الآخر - لا يلزم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، بخلاف ما نحن فيه فإن طريق التصحيح متعين وهو صرف الجنس إلى خلاف الجنس . اهـ .

ويمكن أن يقول المخالف: قد تعددت أيضاً طرق التصحيح في مسألة الخلاف^(١) فإنه يصح إذا قوبل ديناران بدرهمين، ودينار بدرهم على ما قلتم، ويصح أيضاً إذا قوبل درهم بدرهم، ودينار بدرهم، ودينار بدينار، وقد أجيب عن هذا: بأن التقدير الأول^(٢) متعين لقلة وقوع التغيير فيه بخلاف مسألة العبدين فإنه يمكن أن يقال المشتري بألف، بألف ودرهم أو ودرهمين أو وثلاثة إلى أن يبقى من الثمن أقل ما يمكن تقديره^(٣)، ويمكن أن يجاب عن هذا الجواب بأن هذه التقديرات ليس بعضها أولى من بعض فسقطت وكان تقدير نظير الثمن الأول أولى، وهذا الترجيح نظير ذلك الترجيح الذي قلتم في مسألة الخلاف.

وأما المسألة الثالثة، وصورتها: إذا جمع بين عبده وعبده غيره وقال: بعثك أحدهما، لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده، وأجاب المصنف عن ذلك بأنه أضيف البيع إلى المنكر^(٤)، وهو ليس بمحل للبيع^(٥) والمعين ضده^(٦)، ويمكن أن يقول المخالف: قد اعتبرتم صرف المنكر إلى محله فيما عللتم به لأبي حنيفة فيمن قال: عبدي أو حماري حر أنه يعتق العبد^(٧)

(١) وهي مسألة: مد عجوة ودرهم.

(٢) وهو ما ذكره من قبل من صرف الخمسمائة إلى العبد الآخر. . إلخ.

(٣) انظر: فتح القدير ١٤٧/٧.

(٤) والمنكر هو قوله: عبداً. في مسألة: وكذا إذا اشترى عبداً.

(٥) أي المنكر لجهالته.

(٦) أي ضد المنكر، والشيء لا يتناول ضده فلا يحمل عليه.

(٧) قال في فتح القدير ١٤٧/٧: وقد قال أبو حنيفة في قوله: عبدي أو حماري حر أنه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرفة. ولذا قال في البناية ٥١٨/٧ عن هذه =

لأن: أو ، لأحد الشئيين أو الأشياء فلا فرق بين أن يفصل أو يقول: أحدهما حر لتساويهما في المعنى ، ولو قال كذلك وجب صرفه إلى العبد لقبول المحل ، ولذلك لو جمع بين حي وميت أو جماد فقال: أعتقت أحد هذين عتق [١٥١/ب] العبد بخلاف: عبدي حر أولاً/ فإن قيل: عبد الغير يصح بيعه، ويتوقف على الإجازة، فكان كل من العبدین محلاً للبيع بهذا الاعتبار، قيل: الأصل أن الإنسان يتصرف لنفسه وأنتم قلتم مثل ذلك فيمن التقط شيئاً^(١)، ولم يُشهد أنه يأخذه ليرده إذا هلك ثم ادعى المالك أن الملتقط أخذه لنفسه أنه يضمن عند أبي حنيفة ومحمد لأن الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه، ولم تجعلا هناك ظاهر حال المسلم أن يكون أخذه أخذ أمانة لا أخذ ضمان مخالفاً لهذا الظاهر فكيف تخالفون ذلك هنا.

وأما المسألة الرابعة، وصورتها: إذا باع درهماً وثنوباً بدرهم وثنوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين، ولا يصرف الدرهم إلى الثوب.

وأجاب المصنف عن ذلك بأن العقد انعقد صحيحاً^(٢) والفساد في حالة البقاء^(٣) وكلامنا في الابتداء^(٤)، ويمكن أن يقول المخالف: أن تحيلتم لتصحيح أصل العقد بصرف كل جنس إلى خلافه، فهلاً تحيلتم بهذا الحيلة على بقاءه على الصحة والبقاء أسهل من الابتداء، فإنه هذه الحيلة إذا كانت تقوى على

= المسألة أنها مما يشكل على هذا الجواب.

- (١) تقدم ذلك في كتاب اللقطة.
- (٢) أي سواء كان الجنس مقابلاً بالجنس أو بخلافه.
- (٣) يعني الفساد وقع في حالة البقاء بالافتراق من غير قبض.
- (٤) يعني الذي نحن فيه لا يصح العقد فيه ابتداء بدون صرف الجنس إلى خلاف الجنس، ثم ليس كلامنا في الفساد الطاريء.

تصحيح أصل العقد فلأن تقوى على بقاءه على الصحة أولى وأحرى، وقد استدل للشافعي في أصل مسألة مد عجوة بحديث فضالة بن عبيد^(١) قال: «اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر ديناراً، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: لا تباع حتى تفصل» رواه مسلم^(٢)، ولا شك في المنع في الصورة التي جاء فيها الحديث وما شابهها من الصور^(٣) أعني فيما إذا كان فيها من الذهب أكثر من الذهب الذي هو الثمن أو من الفضة أكثر من الفضة التي هي الثمن، أما إذا كان الثمن أكثر فالفاضل في مقابلة الخرز ونحوه، وهذا هو مذهب أبي حنيفة رحمه الله^(٤).

قوله: (لأنها لا تنطبع إلا مع الغش)^(٥).

(١) فضالة بن عبيد بن نافذ بن قيس الأنصاري الأوسي، شهد أحداً، وولي قضاء دمشق، وله عدة أحاديث، واختلف في سنة وفاته فقيل: إحدى وخمسين، وقيل: ثلاث وخمسين، وقيل: ثمان وخمسين. انظر: الاستيعاب ٣/١٩٧، الإصابة ٣/٢٠٦.

(٢) في صحيحه - مساقاة - باب بيع القلادة فيها خرز وذهب، حديث رقم ١٥٩١ ولفظه: «اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر ديناراً، فيها ذهب وخرز، ففصلتها، فوجدت فيها أكثر من اثني عشر ديناراً، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: لا تباع حتى تفصل».

(٣) انظر: إعلام الموقعين ٤/٣٢٦.

(٤) حكاه عنه محمد في كتابه الحجة على أهل المدينة ٢/٥٧٣. انظر: الهداية مع فتح القدير والعناية ٧/١٤٢.

(٥) هذا تعليل صاحب الهداية رحمه الله لما قدمه من مسألة بيع الدراهم والدنانير الخالصة بالمغشوشة بعضها ببعض وأن ذلك لا يجوز إلا متساوياً في الوزن، وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا متساوياً في الوزن.

وقوله: لا تنطبع إلا مع الغش قال في البناية ٧/٥٢٤: لأنها بدون بعض الغش قد تنفتت ولا يجتمع بعضها ببعض.

يعني النقود- ممنوع، بل تنطبع خالصة أحسن منها مغشوشة بلا ريب، وبعض أنواع الدراهم فضة خالصة، وكذلك أكثر الدينارين. قوله: (وقول محمد أنظر، وقول أبي يوسف أيسر).

يعني فيمن اقترض فلوساً ثم كسدت، فإن أبا حنيفة رحمه الله يقول: يرد مثلها، وأبا يوسف يقول: يرد قيمتها يوم القبض، ومحمداً يقول: يرد قيمتها يوم الكساد، وفي قول المصنف أن قول محمد أنظر نظر، بل قول أبي يوسف أنظر وأيسر، أما كونه أيسر فظاهر لأن حال رواجها لا يخفي معرفة قدر قيمتها على أحد، بل كل أحد يعرف العدد الذي تروح به بخلاف يوم كسادها الذي هو آخر يوم التعامل بها^(١)، فإنها ذلك اليوم تباع بأسعار مختلفة قد يعسر ضبطها.

وأما كونه أنظر^(٢) وذلك من حيث النظر في الدليل، ومن حيث النظر للمقرض والمقترض- فلأن المراد من القرض الانتفاع بما يقترض بما ينتفع فيه عادة، والانتفاع بالفلوس الرائجة إنما هو بماليتها لأنه أعلى أنواع الانتفاع بها، وإذا كان الدرهم يوم القبض تعد به من تلك الفلوس ثمانية وأربعون فلساً مثلاً حتى أخذ منه أربعمئة وثمانين فلساً، فقد انتفع بها كما ينتفع بعشرة دراهم فإذا صارت قيمة ذلك المقدار يوم الكساد ستة دراهم كان في الالتزام بعشرة دراهم أعدل وأقرب إلى الدليل المعقول وأنظر للمقرض لو صوله إلى جميع

(١) كذا في النسختين، ولعل الصواب آخر يوم للتعامل بها أو آخر يوم من أيام التعامل بها.

(٢) في الأصل: كونها، والمثبت من ع. والضمير عائد إلى قول أبي يوسف رحمه الله.

حقه ، وأنظر للمقترض لتخليصه مما عساه يبقى في ذمته بل لو تركه لبقى في ذمته ولطالبه صاحبه به يوم القيامة والله أعلم ، وبهذا يظهر رجحان قول أبي يوسف فيما إذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت ، وفيما إذا باع بدراهم مغشوشة نافقة ثم كسدت^(١) فإن المراد من هذه المواضع كلها المالية ، وكذلك ترجح قوله فيما إذا اشترى بدرهم فلوس^(٢) أو درهمين أنه يجوز وعليه^(٣) [ما]^(٤) يباع بذلك المقدار من الفلوس ، وكذلك ينبغي أن يجوز بأكثر من ذلك لجريان التعامل بذلك من الفلوس^(٥) ، ولا مانع منه في الشرع ، وينبغي أن لا يكون في المسألة خلاف ، وإنما هو اختلاف عصر وزمان .

* * *

-
- (١) وذلك أنه قال إن عليه قيمة الفلوس يوم البيع ولا يفسد البيع ، بخلاف قول أبي حنيفة إذ يقول بفساد البيع .
- (٢) كلمة فلوس هنا وقعت صفة للدرهم .
- (٣) أي : المشتري .
- (٤) سقطت من النسختين ولا يستقيم المعنى بدونها ، وتبين ذلك بمراجعة متن الهداية .
- (٥) عند محمد رحمه الله أن الشراء بدرهم فلوس أو بدرهمين لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم ؛ لأن العادة المبايع بالفلوس فيما دون الدرهم . انظر : الهداية ٩٥ / ٣ .

كتاب الكفالة

قوله: (فالكفالة بالنفس جائزة، والمضمون بها إحضار المكفول به، وقال الشافعي: لا تجوز).

[١٥٢/أ] قال النووي في الروضة: وهي صحيحة/ على المشهور، وقيل: تصح قطعاً^(١).

قوله: (ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام: «لا كفالة في حد»).

أخرجه البيهقي بسند ضعيف عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده^(٢).

قوله: (والتهمة تثبت بأحد^(٣) شطري الشهادة، إما بالعدد^(٤) أو العدالة^(٥)).

يعني التهمة الموجبة للحبس في دعوى السرقة ونحوها، وفي اشتراط

(١) انظر: الروضة ٤٨٦/٣، وذكر ابن المنذر في الإشراف ٥٥/٢ عن الشافعي قولين في المسألة. أحدهما: صحتها، والآخر: أن القول بها ضعيف، لكن المشهور من مذهبه جوازها كما ذكره في الروضة، وانظر: الأم ٢٦٤/٣.

(٢) سنن البيهقي ٧٧/٦، وقال: تفرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي، وهو من مشايخ بقية المجهولين ورواياته منكورة.

ورواه ابن عدي في الكامل ١٧٨١/٥، ١٦٨٢: عن عمر الكلاعي وأعله به وقال: هذه أسانيد غير محفوظات، وعمر بن أبي عمر مجهول. وانظر: نصب الراية ٥٩/٤.

(٣) في النسختين بإحدى، والصواب المثبت، وهو الموافق لما في الهداية المطبوعة.

(٤) وهو اثنان.

(٥) أي في الواحد.

ذلك في التهمة نظر، والذي عليه جمهور الفقهاء^(١) في المتهم بسرقة ونحوها أن ينظر في المتهم، فإما أن يكون معروفاً بالفجور، وإما أن يكون مجهول الحال، فإن كان معروفاً بالبر لم تجز مطالبته ولا عقوبته، وهل يحلف؟ على قولين^(٢)، ومنهم من قال: يعزر من رماه بالتهمة^(٣)، وأما إن كان مجهول الحال فإنه يحبس حتى يكشف أمره^(٤)، قيل يحبس شهراً.

وقيل يحبس^(٥) اجتهاد ولي الأمر، لما في السنن عن بهز^(٦) بن حكيم عن أبيه^(٧) عن جده^(٨) «أن رسول الله ﷺ حبس في تهمة»^(٩) وتعويقه بالحبس إلى

(١) حكاه شيخ الإسلام في الفتاوى ٣٤ / ٢٣٤، وما يأتي من تقرير المؤلف للمسألة هو مستفاد من كلام شيخ الإسلام في المصدر المتقدم وانظر أيضاً: ٣٥ / ٣٩٦. وانظر الطرق الحكمية ص ١٠١ وما بعدها. وانظر: الاعتصام للشاطبي ٢ / ٣٥٧.

(٢) أي للعلماء فمنهم من قال يحلف، ومنهم من قال لا يستحلف بل يؤدب من يتهمه. انظر: الفتاوى ٣٤ / ٢٣٤، ٢٣٦.

(٣) انظر المدونة ٥ / ١٧٦، ٦ / ٢٩٦، الكافي لابن عبد البر ٢ / ٢٣٢، القوانين الفقهية ص ٢٥٧، وانظر الفتاوى ٣٤ / ٢٣٤، ٢٣٦.

(٤) وذلك عند عامة العلماء كما ذكره شيخ الإسلام في الفتاوى ٣٥ / ٣٩٧.

(٥) كذا في النسختين، ويبدو أن هنا سقطاً، وصواب الجملة يحبس بحسب اجتهاد ولي الأمر، وهو الموافق لما في الفتاوى ٣٤ / ٢٣٦.

(٦) بهز بن حكيم بن معاوية بن حيدة، الإمام المحدث، أبو عبد الملك القشيري البصري، له عدة أحاديث عن أبيه عن جده، صدوق، توفي قبل الستين وقيل: الخمسين ومائة. انظر: التقريب ص ١٢٨.

(٧) هو حكيم بن معاوية بن حيدة القشيري، صدوق، انظر: التقريب ص ١٧٧.

(٨) معاوية بن حيدة بن معاوية بن كعب القشيري. له وفادة وصحبة نزل البصرة، ومات بخراسان. انظر: الاستيعاب ٣ / ٤٠٤، الإصابة ٣ / ٤٣٢.

(٩) أخرجه أبو داود في سننه - أفضية - باب في الحبس في الدين وغيره ٣ / ٣١٤، والترمذي - ديات - باب ما جاء في الحبس في التهمة ٤ / ٢٠، والنسائي - كتاب السارق - باب امتحان السارق بالضرب والحبس ٨ / ٦٧، والبيهقي ٦ / ٥٣، والحاكم في المستدرک ٤ / ١١٤، وهو في المسند ٥ / ٢. وذكره ابن حزم في المحلى ٦ / ٤٧٦ وضعفه. =

أن يتبين حاله، بمنزلة ما لو ادعى عليه مدع فإنه يحضر مجلس ولي الأمر الحاكم بينهما، وإن كان في ذلك تعويقه عن أشغاله وإن طلب المدعي من ولي الأمر تقرير المتهم المجهول الحال بالضرب فقد روى أبو داود وغيره عن النعمان بن بشير أنه قال لقوم طلبوا منه أن يضرب رجلاً في تهمة: «إن شئتم ضربته لكم فإن ظهر ما لكم عنده وإلا ضربتكم مثلما ضربته، فقالوا: هذا حكمك؟ فقال: هذا حكم الله ورسوله»^(١).

وإن كان الرجل معروفاً بالفجور المناسب للتهمة، فقالت طائفة من الفقهاء: يضربه الوالي والقاضي، وقالت طائفة: يضربه الوالي دون القاضي، ومنهم من قال: لا يضرب^(٢)، وقد ثبت في الصحيح «أن النبي ﷺ أمر الزبير ابن العوام أن يمس بعض المعاهدين بالعذاب لما كتم إخباره بالمال الذي كان عاهداهم النبي ﷺ عليه، وقال له: أين كنز حيي بن أخطب؟ فقال: يا محمد أذهبته النفقات والحروب، فقال: المال كثير والعهد أقرب من هذا، وقال للزبير: دونك هذا؟ فمسه الزبير بشيء من العذاب، فدلهم على المال»^(٣) وهذا

= وذكره الألباني في الإرواء ٥٦/٨، وقال: إنما هو حسن فقط للخلاف المعروف في بهز بن حكيم. اهـ.

(١) أخرجه أبو داود- حدود- باب في الامتحان بالضرب- ٤/١٣٥، والنسائي- كتاب السارق- باب امتحان السارق بالضرب والحبس ٦٧/٨، وهو في صحيح النسائي برقم ٤٥٢٩، ٣/١٠٠٦. والحديث في إسناده بقية بن الوليد قال عنه في التقريب ص ١٢٦: صدوق كثير التدليس عن الضعفاء. اهـ.

(٢) هذه الأقوال عزها شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في الفتاوى ٤١٠/٣٥ إلى أصحاب مالك وغيرهم. انظر: المدونة ٦/٢٩٦، المنتقى للباقي ٣/١٤٢، ١٤٣.

(٣) ليس هذا الحديث في الصحيح كما ذكره المؤلف تبعاً لشيخ الإسلام وإنما هو عند أبي داود- كتاب الخراج والإمارة- باب ما جاء في حكم أرض خيبر ٣/١٥٧، وسكت عنه المنذري في مختصره ٤/٢٣٦، وأخرجه البيهقي في سننه ٩/١٣٧ وإسناده صحيح فعلة يريد بالصحيح: =

الذي يسع الناس وعليه العمل وإلا فالشهادة على السرقات من أندر الأمور ومن يسرق يحلف، وقول النبي ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعي عليه»^(١) هذا فيما [إذا]^(٢) لم يكن مع المدعي حجة غير الدعوى فإنه لا يعطى بها شيئاً، ولكن يحلف المدعي عليه، وقد صح حكمه ﷺ بالقسامة مع اللوث^(٣) وحكمه بشاهد ويمين^(٤).

قوله: (وعلى الكفالة بالدرك^(٥) إجماع وكفى به حجة).

للسافعي في صحة الكفالة بالدرك قولان: أحدهما الجواز^(٦)، ففي دعوى الإجماع نظر، والأولى أن يقول في مثل هذا: لا أعلم فيه خلافاً.

= الحديث الصحيح. والله أعلم. وهو في صحيح أبي داود ٥٨٣/٢، ٥٨٤، رقم ٢٥٩٧.

(١) تقدم تخريجه ص ٣١٤.

(٢) زيادة يقتضيها السياق.

(٣) وذلك في حديث حويصة ومحبيصة وهو متفق عليه من حديث سهل بن أبي حثمة ورافع بن خديج رضي الله عنهما عند البخاري مع الفتح كتاب الديات - باب القسامة ٢٢٩/١٢، مسلم - قسامة - باب القسامة حديث رقم ١٦٦٩، وسيورده المصنف في باب القسامة.

(٤) «عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد» مسلم - أقضية باب القضاء باليمين والشاهد - حديث ١٧١٢.

(٥) قال في فتح القدير ١٨١/٧: وضمان الدرك أن يقول للمشتري أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد، مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله.

قال النووي في الروضة ٤٧٩/٣ وسمي ضمان الدرك لالتزامه الغرم عند إدراك المستحق عين ماله. وأطلق عليه في المغني ٥٩٧/٤: ضمان العهدة.

قال النووي: وسمي بالعهدة لالتزامه ما في عهدة البائع رده. الروضة ٤٧٩/٣. وانظر: التعريفات ص ١٠٣، وتهذيب الأسماء واللغات ١٠٤/١/٣، والمطلع ص ٢٤٩. والدرك بفتحتين، وسكون الراء لغة. انظر: المصباح المنير ص ٧٣.

(٦) ذكرهما في الروضة ٤٧٩/٣ وقال: أظهرها الصحة للحاجة إليه. والثاني البطلان.

قوله: (فأما [ما] ^(١) لا يصح التعليق ^(٢) بمجرد الشرط ^(٣) كقوله: إن هبت الريح أو جاء المطر ^(٤)، وكذا إذا جعل واحد منهما ^(٥) أجلاً ^(٦)، إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالاً ^(٧)، لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعناق ^(٨)).

ظاهر كلامه يوهم أن الكفالة تصح مع تعليقها بهبوب الريح ومجيء المطر ويجب المال حالاً، وليس الأمر كذلك، ففي فتاوى قاضي خان ^(٩): «ولو علق الكفالة بما هو شرط محض نحو أن يقول: إذا هبت الريح، أو إذا جاء المطر، أو إذا قدم فلان الأجنبي، فأنا كفيل بنفس فلان، لا يصير كفيلاً، وكذا لو علق الكفالة بالمال بهذه الشروط انتهى ^(١٠)».

(١) الزيادة من المطبوع.

(٢) كذا في النسختين والمطبوع، ولعل الصواب: فالتعليق.

(٣) كلامه في مسألة جواز تعليق الكفالة بالشروط.

(٤) أي فأنا كفيل لك به، أو بما لك عليه ونحوه وهذا تعليق للكفالة بالشرط.

(٥) أي من هبوب الريح أو مجيء المطر.

(٦) أي كقوله أنا كفيل به أو بمالك عليه إلى أن تهب الريح أو يجيء المطر.

(٧) أي في صورة التأجيل أما في صورة التعليق فإن الكفالة باطلة أصلاً.

(٨) هذا التعليل يقتضي أنه في تعليق الكفالة بالشرط الفاسد تصح الكفالة حالاً، والشأن أنها لا تصح إلا في صورة التأجيل كما تقدم لا في صورة التعليق، فتصححه كما قال ابن الهمام في فتح القدير ١٨٦/٧: أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال.

(٩) هو فخر الدين الحسن بن منصور بن أبي القاسم محمود بن عبد العزيز الأوزجدي الفرغاني المشهور بقاضي خان: توفي سنة ٥٩٢ هـ، وله من المصنفات: الفتاوى، وشرح الجامع الصغير، وشرح آداب القاضي للخصاف.

انظر: الجواهر المضية ٩٣/٢، الطبقات السنوية ١١٦/٣، الفوائد البهية ص ٦٤، شذرات الذهب ٣٠٨/٤.

(١٠) انظر: الفتاوى الخانية ٤٤/٣، وقد عزاه إليه أيضاً في فتح القدير ١٨٦/٧.

وإنما مراده أنه لو جعل أجلاً بأن تكفل بالمال مؤجلاً إلى هبوب الريح ومجيء المطر صحت الكفالة له ووجب المال حالاً، ولا تتأخر المطالبة إلى هذه الآجال للجهالة الفاحشة، وقوله: إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالاً. يعود إلى الجملة الأخيرة فقط، وهي قوله: وكذا إذا جعل واحد منهما أجلاً.

وشيخنا قاضي القضاة نجم الطرسوسي^(١) رحمه الله له على كلام المصنف هنا ورقات^(٢) رجع فيها أن كلام المصنف على ظاهره وأن الكفالة صحيحة حالة إذا علقها بهبوب الريح ونحوه، اعتمد فيها على كلام بعض الأصحاب، وهو مضطرب، وأظن فيها إطناباً زائداً، وعدم صحتها كما ذكره قاضي خان وغيره أقوى؛ فإن الكفيل لم يلتزم الكفالة إلا مؤجلة، فإذا لم يصح التأجيل يبطل أصلاً ولا يلزم بها حالة، فإن فيه إلزام ما لم يلتزمه، وبراءة الذمة أصل بخلاف تأجيل الكفالة إلى هبوب الريح ونحوه لأن الذمة اشتغلت بالتزامه عقد الكفالة، والجهالة في هذه/ الآجال فاحشة، فلا يصح التأجيل إليها، [١٥٢/ب] فبقي الالتزام بالعقد كأنه لم يذكر فيه أجل فيجب المكفول به حالاً.

قوله: (والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعاً فاسداً

(١) هو إبراهيم بن علي بن أحمد بن عبد الواحد نجم الدين، أبو إسحاق الطرسوسي ابن القاضي عماد الدين ولد سنة ٧٢١، وتوفي بدمشق سنة ٧٥٨هـ، له تصانيف كثيرة منها الاختلافات الواقعة في المصنفات، والإشارات في ضبط المشكلات، والإعلام بمصطلح الشهود والحكام، وشرح الهداية في الفروع. انظر: تاج التراجم ص ٨٩، الفوائد البهية ص ١٠، الطبقات السنية ١/٢١٣، وفي كشف الظنون ذكر جملة من مصنفاته ١/٣٣، ٩٧، ١٢٧، ١٨٣، ٣٦٤، ٧٠٥، ٨٣٠، ٨٥٨.

(٢) لم أظف فيما اطلعت عليه من تراجم للطرسوسي على تسمية هذه الورقات أو الإشارة إليها، ولعلها ضمن شرحه للهداية المذكور قبل. وانظره في: كشف الظنون ٢/٢٠٣٩.

والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب^(١) .

نقل النووي أن المذهب الذي عليه جمهور أصحابهم أن الضمان يرد على الأعيان المضمونة كالمغصوب والمستعار والمستام والأمانات إذا خان فيها على قولي كفالة البدن، وقيل: يصح قطعاً^(٢)، فلا ينبغي ذكر خلاف الشافعي في هذه المسألة، وذكر النووي المستعار بدل المبيع بيعاً فاسداً بناءً على الخلاف في ذلك؛ فإن العارية مضمونة عندهم^(٣) بخلاف المبيع بيعاً فاسداً؛ لأن حكم المبيع الفاسد عندهم كالباطل^(٤).

قوله: (وله^(٥) أنه^(٦) كفل بدين ساقط عن ذمة الأصيل^(٧))؛ لأن الدين هو الفعل حقيقة^(٨)، ولهذا يوصف بالوجوب^(٩) لكنه في الحكم مال لأنه يؤول

(١) المسألة فيما إن تكفل عن البائع بالمبيع كأن يقول الكفيل للمشتري: إن هلك المبيع فعلي بدله، قال: لا تصح لأنه - أي المبيع - عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالأعيان . . إلخ، يوضحه ما قاله البابر تي في العناية ١٩٨/٧: اعلم أن الأعيان بالنسبة إلى جواز الكفالة بها تنقسم إلى ما هو أمانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر، وإلى ما هو مضمون، ثم المضمون ينقسم إلى ما هو مضمون بغيره كالمبيع المرهون، وإلى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعاً فاسداً والمغصوب . . والكفالة بها كلها إما أن تكون بذواتها أو بتسلمها، فإن كان الأول لم تصح الكفالة فيما يكون أمانة أو مضموناً بالغير، وتصح فيما يكون مضموناً بنفسه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله . اهـ .

(٢) انظر: الروضة ٤٨٧/٣، ٤٨٨ .

(٣) أي عند الشافعية . انظر: الروضة ٧٦/٤ .

(٤) تقدم خلاف الجمهور مع الحنفية في هذه المسألة ص ٣٥٤ .

(٥) أي لأبي حنيفة رحمه الله، والمسألة هي إذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة وتصح عند أبي يوسف ومحمد . الهداية ١٠٣/٣ .

(٦) أي الرجل المتكفل بالدين عن الميت .

(٧) أي صاحب الدين فهو محل الدين وقد فات، وهذا في حكم الدنيا لا مطلقاً .

(٨) أي أن المقصود والفائدة الحاصلة منه هو فعل الأداء .

(٩) إذ الوجوب حقيقة إنما هو في الأفعال فهي الموصوفة بالأحكام .

إليه في المال، وقد عجز بنفسه وبخلفه^(١) ففات عاقبة الاستيفاء فسقط ضرورة^(٢)، والتبرع لا يعتمد قيام الدين^(٣).

فيه نظر لوجهين: أحدهما: أنه تعليل في مقابلة نص، وهو ساقط.

الثاني: أن التعليل نفسه ضعيف.

أما النص فهو عن سلمة بن الأكوع^(٤) رضي الله عنه قال: «كنا عند النبي ﷺ فأتني بجنازة، فقالوا: يا رسول الله! صلّ عليها؟ قال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا، قال: هل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنائير، قال: صلوا على صاحبكم! فقال أبو قتادة: صلّ عليه يا رسول الله وعلي دينه، فصلّى عليه» رواه أحمد^(٥) والبخاري^(٦) والنسائي^(٧). وروى الخمسة إلا أبا داود هذه القصة من حديث أبي قتادة، وصححه الترمذي^(٨) وقال فيه النسائي وابن ماجه: «فقال أبو قتادة:

(١) هو الكفيل.

(٢) أي في أحكام الدنيا؛ لأن الكفالة من أحكام الدنيا.

(٣) أي كون الإنسان تبرع عنه بأداء الدين فالشرع لا يعتمد قيام الدين في حق المكفول عنه، بل يعتمد قيامه في حق الكفيل.

انظر: البناية ٥٨٣/٧.

(٤) سلمة بن عمرو بن الأكوع، أولُ مشاهده الحديبية، وكان من الشجعان ويسبق الفرس عدوًّا، وباع النبي ﷺ عند الشجرة على الموت، مات سنة ٧٤هـ على الصحيح.

انظر: الاستيعاب ٨٧/٢، الإصابة ٦٦/٢، ٦٧.

(٥) المسند ٤٧/٤.

(٦) في صحيحه مع الفتح - كفالة - باب من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع / ٤٧٤.

(٧) في سننه - جنائز - باب الصلاة على من عليه دين / ٦٥٤.

(٨) حديث أبي قتادة أخرجه أحمد في المسند ٢٩٧/٥، وأخرجه الترمذي - جنائز - باب ما جاء في الصلاة على المديون - ٣/٣٨١ وقال: حديث حسن صحيح، والنسائي - جنائز - باب الصلاة على من عليه دين / ٦٥٤، وابن ماجه - صدقات - باب الكفالة / ٨٠٤، وهو في صحيح ابن ماجه رقم ١٩٥١، ٥١/٢.

أنا أتكفل به»^(١) ، وهذا صريح في الإنشاء لا يحتمل الأخبار بما مضى ، وتأويل الحديث بصرفه عن ظاهره لا يصح ، لعدم الحاجة إلى صرفه عن مدلوله ، وهو معارضة نص آخر أقوى منه مع أن التأويلات التي ذكرت كلها فاسدة^(٢) .

وأما التعليل فلا نسلم أنه كفل بدين ساقط عن ذمة الأصيل ، بل هو باق في ذمة الأصيل لا يسقطه الموت ، ألا ترى أنه يطالب به في الآخرة ، إذ وجوب الدين لا يسقطه إلا الوفاء أو الإبراء أو انفساخ سبب وجوبه ، وبالموت لا يتحقق شيء من ذلك ، ولو مات عن وفاء أو كان به كفيل لم يسقط ، ولو تبرع أحد بوفائه يصح ، ولو برئ المفلس عن الدين بالموت لما حل لصاحبه الأخذ من المتبرع .

ولا نسلم أن الدين هو الفعل ، بل الفعل - الذي هو الأداء - غيره لأنه يضاف إليه ، يقال : أداء الدين ، والمضاف غير المضاف إليه ، وقد فرقتم بين الوجوب ووجوب الأداء في العبادات ، وهذا أولى فهو نظير الدين المؤجل ، بل هو دين مؤجل ، والكفالة بالدين المؤجل صحيحة ، وكذا الكفالة عن العبد بما يلزمه بعد العتق وإن كان الأجل هنا^(٣) بعيد ، فبعده بالنسبة إلينا ، قال الله تعالى : ﴿ إِنَّهُمْ يَرَوْنَهُ بَعِيدًا ۖ ﴾ (٦) وَنَرَاهُ قَرِيبًا ﴿٤﴾ وإذا تقرر هذا المعنى ، انتفى أن يكون الدين فعلاً بالمعنى الذي أراده ، وانتفى ما رتبته عليه من السقوط ،

(١) هذا اللفظ وقفت عليه في ابن ماجه ، ولم أره في السنن المطبوع للنسائي الكبرى والصغرى .

(٢) وذلك أنهم قالوا : إن حديث أبي قتادة ليس في صريح إنشاء الكفالة ، فإنه يحتمل أن يكون ذلك إقراراً بكفالة سابقة ، فإن لفظ الإقرار والإنشاء فيهما سواء ، ولا عموم لحكاية الحال ، ويحتمل أن يكون وعداً بالتبرع وإن كان مرجوحاً .

انظر : العناية ٢٠٦/٧ ، ٢٠٧ ، فتح القدير ٢٠٦/٧ .

(٣) أي في مسألة الميت المدين .

(٤) سورة المعارج ، الآية : ٦ ، ٧ .

وكيف وإنهم يقولون إن الدين وصف قائم بالذمة .

وقوله : والتبرع لا يعتمد قيام الدين ، ألا ترى أن من قال : لفلان علي فلان كذا وأنا كفيل به ، صحت الكفالة ، وعليه أداؤه وإن لم يوجد الدين أصلاً . فهنا أولى ، فظهرت قوة قول أبي يوسف ومحمد ، وهو قول أكثر العلماء ، والأئمة الثلاثة^(١) وغيرهم^(٢) واختاره الطحاوي^(٣) .

قوله : (فصل في الضمان) .

فيه نظر فإنه توهم أن الكفالة غير الضمان ، وليس كذلك ، وهو قد سمي الكتاب ب : كتاب الكفالة . فلا حاجة إلى قوله : فصل في الضمان . ولو اكتفى بقوله : فصل . أو لم يذكر الفصل لكان أولى^(٤) .

قوله : (ومن قال لآخر : لك علي مائة إلى شهر ، وقال المقر له هي حالة ، فالقول قول المدعي^(٥)) ، وإن قال : ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر ، وقال

(١) وهو قول أكثر أهل العلم ، انظر : المغني ٤/٥٩٣ ، الروضة ٣/٤٧٣ ، القوانين الفقهية ص ٢٧٨ .

(٢) كابن أبي ليلى ، وداود الظاهري ، وابن حزم . انظر : المحلى ٦/٣٩٨ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ١٠٤ .

(٤) قال في المغرب ٢/١٣ : الضمان : الكفالة ، يقال : ضمن المال منه إذا كفله له به .

وقال في أنيس الفقهاء ص ٢٢٣ : الكفيل : الضامن ، والكفالة ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة .

قال ابن عبد البر في الكافي ٢/١٢٩ : والضمان والكفالة والحماله أسماء معناها واحد .

وقال ابن حزم في المحلى ٦/٣٩٦ : الكفالة هي الضمان وهي الزعامة ، وهي القبالة وهي الحماله .

وقد اعتذر بعضهم للمؤلف بأنه لما كانت هذه المسائل من مسائل الجامع الصغير وقد ذكرت فيه بلفظ الضمان ، أوردها مترجمة بذلك .

انظر : العناية ٧/٢١٨ ، ٢١٩ ، فتح القدير ٧/٢١٨ ، البناية ٧/٥٩٧ .

(٥) أي المقر له الذي يطالب بالدين .

[١٥٣/أ] المقر له: هي حالة، فالقول قول الضامن^(١) - ثم ذكر الفرق^(٢)، ثم قال - / والشافعي ألحق الثاني بالأول وأبو يوسف - فيما يروى عنه - ألحق الأول بالثاني).
 الخلاف بالعكس مما ذكر^(٣)، وحكى النووي رحمه الله - الإقرار بالدين مؤجلاً - قولين^(٤).

* * *

- (١) هو الذي أقر بكفالة لرجل بدين مؤجل .
 (٢) أي بين المسألتين: وإليك صورتيهما كما في فتح القدير ٢٢٣/٧، إحداهما: من أقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وأنكر الأجل، القول للمقر له .
 الثانية: من أقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وأنكر الأجل، القول للكفيل .
 قال في الهداية ١٠٦/٣: ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل وفي الكفالة - أي الصورة الثانية - ما أقر بالدين؛ لأنه لا دين عليه .
 (٣) يعني أن الصحيح من مذهب الشافعي وأبي يوسف رحمهما الله عكس ما ذكره صاحب الهداية؛ فالشافعي ألحق الأول بالثاني، وأبو يوسف ألحق الثاني بالأول .
 وذلك أن الشافعي رحمه الله قال: القول للمقر في المسألتين، وجعل أبو يوسف رحمه الله القول للمقر له .
 (٤) انظر: الروضة ٣/٤٩٥، ٤٩٦، ٤٨/٤ .

كتاب الحوالة

قوله: (ويكره السفاج^(١)) وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق^(٢) وهذا نوع نفع استفيد به^(٣) وقد «نهى رسول الله ﷺ عن قرضٍ جرّ نفعاً»^(٤).

قال في المغني: وروي عنه - يعني عن أحمد - جوازها، قال: لكونه مصلحة لهما جميعاً، وقال عطاء: كان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم ثم يكتب لهم بها إلى مصعب بن الزبير بالعراق، فيأخذونها منه، فسئل عن ذلك ابن عباس، فلم ير به بأساً، وروي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن مثل

(١) السفاج: جمع سفتجة - بضم السين، وقيل: بفتحها - وأما التاء فمفتوحة فيهما، فارسي معرب سفته وهو الشيء المحكم، وسيأتي تفسيرها في كلام صاحب التنبيه قريباً.
انظر: المغرب ١/ ٣٩٧، أنيس الفقهاء ص ٢٢٥، التعريفات ص ١٢٠، المصباح المنير ص ١٠٦.

(٢) قال في البناية ٧/ ٦٣١: وصورتها أن يدفع إلى تاجر عشرة دراهم قرضاً ليدفعه إلى صديقه في بلد آخر ليستفيد به سقوط خطر الطريق، وقيل: هو أن يقرض إنساناً مالاً ليقبضه المستقرض في بلد يريد المقرض، وإنما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة، ليستفيد به سقوط خطر الطريق.
انظر: العناية وفتح القدير ٧/ ٢٥٠، وسوف يأتي بيان صورتها الصحيحة من كلام المؤلف قريباً.

(٣) أي بالقرض.

(٤) روى ابن أبي شيبة في مصنفه ٥/ ٨٠ في كتاب البيوع - باب من كره كل قرض جر منفعة - عن عطاء قال: «كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة».

هذا فلم يرب به بأساً، ومن لم يرب به بأساً ابن سيرين والنخعي، رواه كله سعيد . انتهى^(١) .

وزاد ابن المنذر: الحسن بن علي، وعبد الرحمن بن الأسود، وأيوب السخيتاني، والثوري، وإسحاق^(٢)، ولا شك أنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما والشرع لم يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها بل بمشروعيتها؛ ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه ولا في معنى المنصوص فوجب بقاءه على الإباحة^(٣) وحديث «كل قرض جر منفعة فهو ربا» ضعيف^(٤)، وإن كان العمل عليه^(٥)، ومسألة السفتجة نظير مسألة تقوية فلاحي القرى؛ لأن صاحب الأرض يقرضهم ليزرعوا أرضه^(٦)، والخلاف

(١) المغني ٤/٣٥٤، وروى هذه الآثار من طريق سعيد، البيهقي في سننه ٥/٣٥٢ .

(٢) عزاه إلى ابن المنذر صاحب المغني ٤/٣٥٤ .

(٣) وعليه، فالصحيح أنها لا تكره كما نص عليه شيخ الإسلام في الفتاوى ٢٠/٥١٥، وابن القيم في الإعلام ٢/١١ .

(٤) علة هذا الحديث سوار بن مصعب من رجال إسناده فهو يرويه عن عمارة الهمداني عن علي عن رسول الله ﷺ . وقد تكلم العلماء عن سوار هذا بما يجعله غير صالح للرواية .

انظر: نصب الراية ٤/٦٠، الدراية ٢/١٦٤، الضعفاء الكبير للعقبلي ٢/١٦٨ .

والحديث ضعفه الألباني في الإرواء ٥/٢٣٥ . وقد أخرج البيهقي معناه عن جمع من الصحابة، صحح بعضها الألباني في الإرواء ٥/٢٣٤ .

(٥) انظر: الإجماع لابن المنذر ص ٥٥، والمغني ٤/٣٥٤ .

(٦) يعني أنه ليس مقصوده بقرضه أن يأخذ زيادة على تقويته، بل هو محتاج إلى إجارة أرضه وذلك محتاج إلى استجارها، فلا تتم مصلحتها إلا بقوة من المؤجر لحاجة المستأجر . فليس المقصود بالقوة القرض بل تقويته بالبذر، كما لو قواه بالقر، كذا ذكره شيخ الإسلام في الفتاوى ٢٩/٥٣٤، والمسألة مبسطة هناك بأكثر من ذلك فانظرها .

فيهما واحد، وعمل الناس عليها من غير نكير، وفي كلام المصنف مؤاخذه لفظية، وهو أنه فسر السفاتج بأنه قرض جرّ نفعاً، والسفاتج جمع سفتجة، والسفتجة هي التي تفسر بأنها قرض جرّ نفعاً لا جمعها مع أن في تفسيرها - بأنها قرض استفاد بها المقرض سقوط خطر الطريق - نظراً، وإنما السَفْتَجَة - بفتح السين والتاء - كتاب صاحب المال إلى وكيله في بلد آخر ليدفع إليه بدله، وفائدته السلامة من خطر الطريق ومؤونة الحمل، كذا فسره النووي، وهو أظهر^(١)، والله أعلم.

* * *

(١) انظر: تهذيب الأسماء واللغات ٣/١/١٤٩.

كتاب أدب القاضي

قوله : (والفاسق أهل للقضاء حتى لو قُلِّد يصح ، إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة ، فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا) .

ظاهر كلامه أنه يجوز للإمام الإقدام على تولية الفاسق القضاء ، وأنه يجوز للقاضي الإقدام على قبول شهادة الفاسق ولكن الأولى خلاف ذلك ، وعلى هذا تدل عبارة كثير من الأصحاب ، وقالوا إنه مذهب أبي حنيفة^(١) وهو مشكل ، والظاهر أن أبا حنيفة لا يقول بجواز الإقدام على تولية الفاسق ولكن لو أقدم صار قاضياً كما هو أصله في البيع الفاسد ونحوه ، وكذلك قبول شهادة الفاسق^(٢) ثم إنني رأيت في كلام أبي بكر الرازي^(٣) في أحكام القرآن : أنه لا فرق عند أبي حنيفة رحمه الله بين القاضي وبين الخليفة في أن شرط كل واحد منهما العدالة ، وأن الفاسق لا يكون خليفة ولا حاكماً لا تقبل شهادته ولا خبره^(٤) .

واعتبار القضاء بالشهادة في غاية الإشكال لأن قبول شهادة الفاسق فيه نظر للأمر بالتثبت في خبره ، فتوليته القضاء أبعد من قبول شهادته ؛ لأن قضاء

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣/٧ ، فتح القدير ٧/٢٥٣ ، العناية ٧/٢٥٤ ، البناية ٦/٨ .

(٢) أي أنها لا تقبل ، ولكن إن قضى بها القاضي نفذت ، ويكون عاصياً . .

(٣) في الأصل الدارمي وهو تصحيف . والتصويب من : ع .

انظر : فتح القدير ٧/٣٧٦ ، الاختيار ٢/١٤١ .

(٤) هنا ينتهي كلام أبي بكر الرازي ، ولم أقف عليه في مظانه .

القاضي ألزم من شهادة الشاهد، وأقطع لأن الحاكم فيه ثلاث صفات؛ فمن جهة الإثبات هو شاهد، ومن جهة الأمر والنهي هو مفتي، ومن جهة الإلزام بذلك هو سلطان، وأيضاً فإذا شهد الفاسق عند القاضي تثبت القاضي وتبين الأمر - أي طلب ما يبين له به صدقه من كذبه - ليتحقق الأمر على ما هو عليه فيقضي، فكيف يكون القاضي ممن يجب التثبت في قوله؟ وإذا كان الفاسق نفسه قاضياً فإن التثبت والتبين المأمور بهما فيما يخبر به فيقع الفساد الذي لا يرفع، والدفع أسهل من الرفع.

فالقول بعدم جواز توليته أقوى في الدليل لكن إذا التبس الأمر على الإمام بعد الاجتهاد فولّي فاسقاً، فإن خطأه مغفور، ولو أقدم على تولية من لا يجوز له توليته، فإن هذا ذنب من الإمام يجب عليه أن يتوب منه، وتام توبته أن يعزله، ويولي المستحق، وأما نفاذ حكمه إذا وافق الشرع؛ فلأن المراد من نصب القاضي هو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فيما يتعلق بمسائل القضاء، وقد حصل فلا حاجة إلى نقضه ثم إبرامه، بخلاف ما إذا لم يوافق حكم الشرع؛ لأنه لا طاعة لمخلوف في معصية الخالق، وإن كان من مسائل الخلاف، ورفع إلى من يرى خلافه، / فإن كانت مصلحة نقضه أعظم من مصلحة إبقائه نقضه، وإلا فلا، (لأنه قد صار ولي أمر المسلمين فتجب طاعته فيما أمر به من طاعة الله كما في أمر الإمام الأعظم)، (وفي النوادر^(١)): أن

(١) النوادر اسم لكتابين أحدهما لأبي يوسف، والآخر لمحمد رحمهما الله، انظر: مفتاح السعادة ٢/٢٣٦، ٢٣٧، وقد ذكر صاحب الهداية عنهما في النوادر: أن الفاسق لا يجوز قضاؤه. الهداية ٣/١١٢.

وهذا هو المعنى نفسه الذي نقله المؤلف عنهما أن العدالة شرط لصحة التقليد؛ أي تقليد القضاء.

العدالة شرط لصحة التقليد، وهو اختيار الخصاف^(١) والطحاوي^(٢) (٣).

قوله: (فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا).

هذا يناقض قوله: أولاً: ولا تصح ولاية القاضي حتى تجتمع في المولى شرائط الشهادة، ويكون من أهل الاجتهاد^(٤). مناقضة ظاهرة، وكم قد حصل بسبب هذه المسئلة من الفساد، وإذا انضمت إلى المسئلة التي قبلها^(٥) تكمّل الفساد، وإذا انضمت إلى المسئلة التي تأتي، وهي جواز تولية المرأة القضاء. في غير الحدود والقصاص. فلا حول ولا قوة إلا بالله، وقد روى بريدة عن رسول الله ﷺ «أنه قال: القضاة ثلاثة، اثنان في النار وواحد في الجنة، رجل علم الحق وقضى به فهو في الجنة، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار، ورجل جار في الحكم فهو في النار» رواه ابن ماجه^(٦) وأبو داود^(٧).

(١) هو أحمد بن عمرو أو عمرو بن مهير الشيباني الخصاف، كان فاضلاً عارفاً بمذهب أصحابه، له من الكتب: كتاب آداب القاضي، والخراج، والمحاضر والسجلات، وغيرها، توفي سنة ٢٦١هـ ببغداد.

انظر: الفهرست ص ٢٥٩، مفتاح السعادة ٢/٢٥٠، الطبقات السنية ١/٤١٨، وانظر اختياره في: كتابه شرح أدب القاضي ١/١٢٩.

(٢) انظر مختصره ص ٣٣٢، وقد ذكر اختياره هذا أيضاً صاحب العناية ٧/٢٥٤.

(٣) العبارة التي بين القوسين الأخيرين وقعت في نسخة: ع بعد قوله: لا طاعة لمخلوق، والعبارة التي بين القوسين الأولين وقعت بعدها، فالخلاف بين النسختين إنما هو في التقديم والتأخير، وليس هناك سقط.

(٤) الهداية ٣/١١٢.

(٥) وهي مسألة تقليد الفاسق القضاء.

(٦) في سننه. أحكام. باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق ٢/٧٧٦.

(٧) في سننه. الأقضية. باب في القاضي يخطئ ٣/٢٩٩، وقال أبو داود: وهذا أصح شيء فيه. =

فكيف يجوز أن يولي من يقضي على جهل، ولكن إذا قلد فقضى بما يوافق الشرع نفذ وإلا بطل، كما تقدم في تولية الفاسق، فإن قيل^(١) : فالشروط التي شرطت للاجتهاد لا تجمع في أحد، فكيف يجوز اشتراطها؟ قيل: ليس من شرطه أن يكون محيطاً بها إحاطة تجمع أقصاها، وإنما يحتاج أن يعرف من ذلك ما يتعلق بالأحكام من الكتاب والسنة ولسان العرب، ولا أن يحيط بجميع الأخبار الواردة في هذا، فقد كان أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما خليفتا رسول الله ﷺ ووزيراه، وخير الناس من بعده في حال إمامتهما يسألان عن الحكم فلا يعرفان ما فيه من السنة حتى يسألا الناس فيخبرا، فسئل أبو بكر عن ميراث الجدة، فقال: «ما لك في كتاب الله شيء، ولا أعلم لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً، ولكن ارجعي حتى أسأل الناس، ثم قام فقال: أنشد الله من يعلم قضاء رسول الله ﷺ في الجدة، فقام المغيرة بن شعبة فقال: أشهد أن رسول الله ﷺ أعطها السدس»^(٢)، وسأل عمر عن

= وهو عند الترمذي في كتاب الأحكام باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي ٦١٣/٣ .
وعند البيهقي ١١٦/١٠ .

وعند الحاكم ١٠١/٤، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، وصححه الألباني في الإرواء ٢٣٥/٨ .

(١) من هنا إلى آخر كلامه في هذه المسألة هو في المغني ٤٣/٩، ٤٤ .

(٢) الأثر رواه مالك في الموطأ في كتاب الفرائض، ص ٤٢٠، والترمذي - فرائض - باب ما جاء في ميراث الجدة ٣٦٦/٤، وأبو داود - فرائض - باب في الجدة ١٢١/٣، وابن ماجه - فرائض - باب ميراث الجدة ٩٠٩/٢، والحاكم في المستدرک ٣٧٦/٤، والبيهقي ٢٣٤/٦، وضعفه الألباني في الإرواء ١٢٤/٦ .

إملاص^(١) المرأة «فأخبره المغيرة أن النبي ﷺ قضى فيه بغرة»^(٢).

ولا يشترط في معرفة المسائل التي فرعها المجتهدون في كتبهم، فإن هذه فروع فرعها الفقهاء بعد حيازة منصب الاجتهاد، فلا يكون شرطاً له وهو سابق عليها، وليس من شرط الاجتهاد في مسألة أن يكون مجتهداً في كل المسائل، بل من عرف أدلة مسألة وما يتعلق بها فهو مجتهد فيها، وإن جهل غيرها كمن يعرف الفرائض وأصولها ليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بالبيع ونحو ذلك، وكذلك ما من إمام إلا وقد توقف في مسائل، وقيل: من يجيب في كل مسألة فهو مجنون^(٣)، وإذا ترك العالم لا أدري أصيبت مقاتله^(٤).

وحكي عن مالك رحمه الله أنه سئل عن أربعين مسألة فقال - في ست وثلاثين منها -: لا أدري^(٥)، ولم يخرج ذلك عن كونه مجتهداً، وإنما المعتبر

(١) الإملاص: أن تزلق المرأة جنينها قبل وقت الولادة، وكل ما زلق من اليد فقد ملص، ومادتها تدل على إفلات الشيء بسرعة، معجم مقاييس اللغة ٥/٣٥٠، والنهاية لابن الأثير ٣٥٦/٤.

(٢) رواه البخاري مع الفتح - اعتصام - باب ما جاء في اجتهاد القضاة بما أنزل الله . . ٢٩٨/١٣ وجاء تفسير الغرة في الحديث نفسه بأنها عبد أو أمة .

(٣) من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه . انظر: الإبانة الكبرى لابن بطة ١/٤١٨، الدارمي ١/٧٣، المدخل للبيهقي ص ٤٣٢، جامع بيان العلم ٢/٥٥، الفقيه والمتفقه للخطيب ٢/١٩٨ .

(٤) من قول ابن عباس ومحمد بن عجلان المدني، وانظر: المدخل للبيهقي ص ٤٣٦، الفقيه والمتفقه ٢/١٧٣، جامع بيان العلم ٢/٥٤ .

(٥) انظر: جامع بيان العلم ٢/٥٣، التمهيد ١/٧٣، الانتقاء لابن عبد البر ص ٣٨، المجموع ١/٤٠، ٤١، سير أعلام النبلاء ٨/٧٧ في ترجمة الإمام مالك رحمه الله، إعلام الموقعين ١/٣٣ .

أصول هذه الأمور، وهو مجموع مدوّن في فروع الفقه وأصوله، فمن عرف ذلك ورزق فهمه كان مجتهداً يجوز له الفتيا وولاية القضاء إذا وليه .

قوله : (لأنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره) .

يعني أن الجاهل ، تصح توليته لأنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ، ولا يلزم من هذا التعليل صحة تولية الجاهل ؛ لأن إمكان القضاء بفتوى الغير لا يحصل المقصود بتولية القاضي ، كيف وإنه قد قال بصحة تولية الفاسق ، ففسقه يحمله على القضاء بجهل وترك الاستفتاء ، ولو شرط مع الجهل الديانة حتى تحمله ديانتته على الحكم بالاستفتاء لكان أقرب ، والله أعلم .

قوله : (وينبغي للمقلّد أن يختار من هو الأقدّر والأولى ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام « من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين ») .

فيه نظر من وجهين :

أحدهما : أن الحديث رواه البيهقي بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ قال : « من استعمل عاملاً من المسلمين ، وهو يعلم أن فيهم أولى منه بذلك وأعلم بكتاب الله وسنة نبيه فقد خان الله ورسوله وجميع المسلمين »^(١) ، وأخرجه الحاكم أيضاً في المستدرک^(٢) ، وأما اللفظ الذي ذكره [١٥٤/أ]

(١) سنن البيهقي ١٠/١١٨ .

(٢) انظر : المستدرک ٤/١٠٤ ، ولفظه قريب من لفظ المصنف - أي صاحب الهداية - فليس فيه القيد الذي نبه عليه المصنف ، وإنما القيد المذكور في حديث البيهقي . وأخرجه العقيلي في الضعفاء ١/٢٤٧ ، ٢٤٨ ، في ترجمة حسين بن قيس الرحبي إذ هو أحد رجال إسناده هذا الحديث ، وهو ضعيف الحديث كما ذكر عنه ، وقال عن الحديث : إنما يروى من كلام عمر =

المصنف فهو ناقصٌ قيلاً لا بد من ذكره، وهو: أن يولي من يعلم أن غيره أولى منه حتى يكون خائناً، أما إذا ولى عاملاً وهو يظن أنه ليس في رعيته من هو أولى منه فلا يأثم.

والثاني: أن الحديث يدل علي أنه يجب على المقلد أن يختار الأولى والأعلم بكتاب الله وسنة نبيه؛ فإن خيانة الله ورسوله وجميع المسلمين من أكبر الكبائر، وظاهر كلام المصنف عدم الوجوب^(١)، وهو خطأ، وما أظن أبا حنيفة رحمه الله يقول بجواز الإقدام على تولية المفضول مع العلم بحاله، والقدرة على تولية الأفضل، فكيف بتولية الفاسق الجاهل مع وجود العالم العدل، بل يجب تولية الأصح فالأصلح من الموجودين وكل زمان بحسبه فيقدم الأدين العدل على الأعلم الفاجر، والسني على الجهمي والمبتدع، وإن كان الجهمي أو المبتدع أفقه. كما يولي في الجهاد من هو أنكى للعدو، وإن كان غيره أدين منه، وبهذا مضت سنة رسول الله ﷺ أن يولي الأنفع في كل ولاية بحسبها^(٢).

قوله: (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «إنما بنيت المساجد لذكر الله

= ابن الخطاب، وللحديث طرق أخرى انظرها في: نصب الراية ٤/٦٢، وضعفه الألباني كما في ضعيف الجامع برقم ٥٤٠٩، ١٦٢/٥.

(١) أي لأنه قال: وينبغي للمقلد... إلخ ولم يقل ويجب على...

(٢) لشيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في الفتاوى كلام نفيس في هذه المسألة - أعني تولية الأنفع في كل ولاية بحسبها -، وقد ذكر هناك أن النبي ﷺ كان يستعمل خالد بن الوليد على الحرب منذ أسلم مع أنه أحياناً كان يعمل ما ينكره النبي ﷺ؛ لأنه كان أصلح في هذا الباب من غيره. انظر: الفتاوى ٢٨/٢٥٤ وما بعدها، وكذا إعلام الموقعين ١/١٠٥، ١٠٦.

والحكم»^(١) .

لفظة «والحكم» غير معروفة، وإنما في حديث الأعرابي الذي بال في المسجد «إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول ولا القدر، إنما هي لذكر الله عز وجل، والصلاة، وقراءة القرآن» أو كما قال رسول الله ﷺ . متفق عليه من حديث أنس رضي الله عنه^(٢) .

* * *

(١) قال في نصب الراية ٧٠/٤ : غريب بهذا اللفظ . وقال في الدراية ١٦٨/٢ : لم أجده هكذا .

(٢) هذا لفظ مسلم، أخرجه في كتاب الطهارة-باب وجوب غسل البول وغيره- حديث رقم ٢٨٥ ، وقد أخرج البخاري الجزء الأول منه في كتاب الوضوء-باب ترك النبي ﷺ والناس الأعرابي حتى فرغ من بوله في المسجد ١/٣٢٢ .

فصل في الحبس

قوله : (وكذا عند أبي حنيفة ضمان الإعتاق)^(١) .

يعني أنه يسقط عنده بموت المعتق لأنه من باب الصلة، وليس قول أبي حنيفة على ما ذكره المصنف من الإطلاق، بل إنما يسقط ضمان الإعتاق بموت المعتق إذا كان قد أعتق في مرض موته^(٢)، وقولهما^(٣) أظهر؛ لأنه إذا مات وترك مالا فهو موسر فيقضي ما عليه لشريكه من قيمة حصته مما تركه، كما لو كان الإعتاق في الصحة، والنص الوارد بتضمنين الموسر^(٤) لم

(١) هذه مسألة معطوفة على مسألة أخرى قبلها وقد ذكرهما ابن الهمام في فتح القدير ٧/ ٢٨٠ موضحاً لهما فقال: إحداهما: أن المرأة إذا ادعت أن زوجها موسر لتأخذ نفقة اليسار، وقال إنه معسر ليعطي نفقة الإعسار فالقول للزوج .
والثانية: أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن للساكت - الشريك الثاني - شيئاً، ولكن يستسعى العبد، وقال شريكه بل موسر ليضمن نصيبه كان القول قول المعتق .
اهـ .

فالنفقة في المسألة الأولى تسقط بالموت اتفاقاً، كما ذكره صاحب الهداية، وضمن الإعتاق في المسألة الثانية يسقط بموت المعتق عند أبي حنيفة .

(٢) كذا ذكره في البناءة ٨/ ٣٥ .

(٣) أي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فإنهما قالوا: ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار، فمعنى ذلك أن يسار المعتق يمنع سعاية العبد عندهما بخلافه عند أبي حنيفة فإنه لا يمنع . انظر: الهداية ٢/ ٣٣٧ .

(٤) هو قوله ﷺ في الحديث المتفق عليه «من أعتق شركاً له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم عليه قيمة عدل...» الحديث وقد تقدم تخريجه في كتاب العتاق ص ٣٠ .

يفصل فيه بين الإعتاق في الصحة وبين الإعتاق في المرض ، ولا نسلم أن الضمان^(١) وجب بطريق الصلة والتحمل فقط ، بل فيه معنى الضمان فقد حصل الإلتلاف معنى في نصيب الشريك ، وقد تقدم في كلام المصنف في كتاب الوقف أن الإعتاق إلتلاف^(٢) ، ولو عكس لكان أولى كما تقدم^(٣) ، وأكمل من هذا المعنى أن ضمان الإعتاق من باب تملك مال الغير بقيمته للضرورة وكون العبد يسعى في قيمته عند إعسار المعتق لا يخرج عن كونه فيه معنى الضمان بل هذا من محاسن هذه الشريعة المطهرة وهو مراعاة المصلحة من الجانبين .

قوله : (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتباراً بشهادتها^(٤) وقد مرّ الوجه)^(٥) .

جمهـور العـلماء على عدم جواز تولية المرأة القضاء ، الأئمة الثلاثة^(٦)

(١) أي ضمان الإعتاق وهو ضمان المعتق نصيب شريكه .

(٢) انظر : الهداية ١٦ / ٣ .

(٣) في كتاب الوقف ص ٣٣١ .

(٤) أي لا يجوز قضاؤها في الحدود والقصاص قياساً على عدم جواز شهادتها فيهما .

(٥) أي في أول كتاب أدب القاضي أن حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية ، فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلاً للقضاء ، وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي أهل للقضاء في غيرهما . كذا في العناية ٧ / ٢٩٨ ، وعن قال بجواز تولية المرأة القضاء ابن حزم كما في المحلى ٨ / ٥٢٧ ، وحكاه في المغني ٩ / ٤١ عن ابن جرير .

(٦) انظر : القوانين الفقهية ص ٢٥٣ ، روضة الطالبين ٨ / ٨٢ ، ٨٣ ، المحرر ٢ / ٢٠٣ ، وانظر :

المغني ٩ / ٤١ .

وغيرهم^(١) ، واختاره الطحاوي^(٢) وقد قال النبي ﷺ : « ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة »^(٣) .

ولأن^(٤) القاضي يحضره محافل الخصوم ويحتاج فيه إلى كمال الرأي وتمام العقل والفتنة والمرأة ناقصة العقل قليلة الرأي ليست أهلاً للحضور في محافل الرجال ولا تقبل شهادتها فيما يطلع عليه الرجال ، ولو كان معها ألف امرأة مثلها ما لم يكن معهن رجل ، وقد نبه الله على ضلالهن ونسيانهن بقوله تعالى : ﴿ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾^(٥) ولا تصلح للإمامة الكبرى ولا لتولية البلدان ولهذا لم يول النبي ﷺ ولا أحد من خلفائه ولا من بعدهم امرأة قضاءً ولا ولاية بلد فيما نقل عنهم ، ولو جاز ذلك لفعل رسول الله ﷺ أو أحد من خلفائه الراشدين تبييناً للجواز .

قوله : (وإذا فوض إليه^(٦) يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصيل^(٧) حتى لا

(١) قد حكى الماوردي الإجماع على ذلك في الأحكام السلطانية ص ٦٥ وحكم على قول ابن جرير الطبري - في تجويزه لذلك - بالشذوذ وانظر : أدب القاضي - من التهذيب للبغوي - ص ١١٧ ، وأدب القاضي للماوردي ١/ ٦٢٥ ، ٦٢٦ ، وحلية العلماء للقفال ٨/ ١١٤ ، وإعلام الموقعين ٢/ ٣٧٦ ، ٣٧٧ .

(٢) جاء اختياره هذا في كتابه اختلاف العلماء ، انظر : مختصر اختلاف العلماء للرازي ٤/ ٢٠٥ ، رقم المسألة ١٩٠٠ .

(٣) أخرجه البخاري من حديث أبي بكره رضي الله عنه - كتاب المغازي - باب كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر ولفظه « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » ، فتح الباري ٨/ ١٢٦ .

(٤) من هنا إلى آخر كلامه في ذلك هو في المغني ٩/ ٤١ .

(٥) سورة البقرة ، الآية : ٢٨٢ .

(٦) أي الاستخلاف .

(٧) يعني السلطان .

يملك الأول^(١) عزله).

يعني إذا فوض السلطان إلى القاضي الاستنابة. وإطلاق المصنف هنا يحتاج إلى تقييد، وهو أن يكون هذا في حق من فوض إليه قضاء بلدة كذا^(٢) بخلاف ما إذا جعله قاضي القضاة^(٣) حسبما قد اصطلح على إطلاق هذه اللفظة مع كراهتها؛ لأنها في معنى الاسم الذي ذمه النبي ﷺ وهو ملك الملوك^(٤)، فإن شاهان شاه، وملك الملوك، وسلطان السلاطين، وحاكم الحكام، وقاضي القضاة لا ينبغي أن تكون هذه الأسماء إلا لله تعالى، فإن معنى التسمية بقاضي/ القضاة في الاصطلاح: أن يولي من شاء نائباً عنه ويعزله إذا شاء فكان الإذن في ذلك دلالةً، وهي بمنزلة الصريح، وقد أشار إلى هذا في فصول الأسترشني^(٥) وهو ظاهر.

- (١) أي القاضي الذي استناب غيره لا يملك عزل المستناب؛ لأنه صار قاضياً من جهة الخليفة.
- (٢) يعني أن يقول له: ول من شئت، ويقتصر على ذلك، فهذا أمر له بالتولية، والعزل بخلافه.
- (٣) أو قال له مثلاً: ول من شئت واستبدل من شئت، فإنه حينئذ يملك عزله، وقاضي القضاة يملك التصرف المطلق تقليدياً وعزلاً.
- (٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن أخنع اسم عند الله رجل تسمى ملك الأملاك» قال سفيان: مثل شاهان شاه. رواه البخاري مع الفتح. أدب. باب أبغض الأسماء إلى الله ١٠/٥٨٨، مسلم. آداب. باب تحريم التسمي بملك الأملاك، حديث رقم ٢١٤٣ واللفظ له.

- (٥) ويقال أسروشني بحذف التاء، وهو الصحيح نسبة إلى أسروشنة بضم أوله وسكون السين وضم الراء؛ بلدة كبيرة وراء سمرقند، وقد يزداد فيها التاء فيقال: الأستروشني، غير أن الصحيح هو الأول. انظر: الأنساب ١/١٤١، الفوائد البهية ص ٥٨، وقال ياقوت: والأشهر والأعرف أن بعد الهمزة شيئاً معجمة، (أشروسنة) وهو الذي سمعته من ألفاظ أهل تلك البلاد، وهي بلدة كبيرة بما وراء النهر بين سيحون وسمرقند. اهـ. معجم البلدان =

قوله: (وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف^(١)).

في هذا مخالفة لما قرر في أصول الفقه أن الإجماع لا ينعقد بمخالفة البعض، وإن كان ذلك المخالف واحداً^(٢)، وقد أجاب السغناقي عن هذا الإيراد: أن ذلك فيما إذا سوغوا له الاجتهاد في ذلك الحكم، وأما إذا لم

= ١/٢١٠، ٣٣٤. والأسروشنى هو مجد الدين أبو الفتح محمد بن محمود بن حسين الحنفي، المتوفى سنة ٦٣٢هـ، وكتابه الفصول هو في فروع الحنفية في المعاملات فقط مرتب على ثلاثين فصلاً. انظر: تاج التراجم ص ٢٧٩، كشف الظنون ١٢٦٦/٢، الفوائد البهية ص ٢٠٠.

(١) قال في البناية ٥٨/٨. في الفرق بين كلمتي خلاف واختلاف: لم يذكر أحد الفرق بينهما فيما وقفت عليه من الشروح، والفرق بينهما أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفاً والمقصد واحد، والخلاف أن يكون الطريق مختلفاً، والمقصد مختلف، فافهم فإنه دقيق. اهـ.

(٢) هذا هو المشهور وهو قول الجمهور، ومن حججهم أن العصمة إنما تثبت للأمة بكليتها، وباعتدادهم بمخالفة ابن عباس في العول وغيره، وأما الشافعية فالذهب عندهم انعقاد إجماع الأكثر مع مخالفة الأقل وإليه ذهب ابن جرير الطبري وأبو بكر الرازي، وأوماً إليه أحمد رحمه الله، ومن حججهم أن مخالفة الواحد شذوذ، وفي المسألة مذاهب أخرى منها:

أن عدد الأقل إن بلغ عدد التواتر لم يعتبر بالإجماع دونه.

ومنها أنه يضر الاثنان لا الواحد.

ومنها أنه يضر الثلاثة لا الواحد ولا الاثنان.

ومنها إن سوغت الجماعة الاجتهاد في مذهب المخالف كان خلافه معتداً به، وإن أنكروه لم يعتد به.

انظر: أصول السرخسي ١٠٨/٢، البحر المحيط ٤/٤٧٦، روضة الناظر ٣٥٨/١.

يسوغوا له فلا اعتبار بمخالفته^(١) . والمراد والله أعلم أن الخلاف إنما يعتبر إذا كان عن اجتهاد، وذلك الحكم مما يسوغ فيه الاجتهاد بأن كان الدليل عليه مما يحتاج إلى النظر والتأمل وغير ذلك لا يعتبر قول المخالف فيه، وقد تنوعت عبارات الفقهاء في تقرير هذا المعنى، ولا شك أن ظاهر كلام المنصف هنا مشكل والله أعلم.

* * *

(١) انظر: العناية ٧/٣٠٥، البناية ٨/٥٨ .

باب التلخيص

قوله: (وإذا رُفِعَ حكمه^(١) إلى القاضي فوافق مذهبه^(٢) أمضاه لأنه لا فائدة في نقضه، ثم إبرامه على ذلك الوجه^(٣)، وإن خالفه^(٤) أبطله لأن حكمه^(٥) يلزمه^(٦) لعدم التحكيم منه^(٧)).

في قوله: وإن خالفه أبطله لأن حكمه لا يلزمه، لعدم التحكيم منه، نظراً لأن حكم المحكّم بمنزلة حكم المولّي في إلزامه الخصمين، والفرق بينهما - بأن ولاية هذا عامة وولاية المحكّم خاصة - لا يخرجها^(٨) عن كونه ملزماً للمحكّمين وفائدة التحكيم قطع المنازعة بين الخصمين، وإيصال الحق إلى مستحقه منهما، ولهذا يشترط فيه أهلية القضاء فصار حكمه في هذه القضية الخاصة كحكم الحاكم المولّي، ولا يضره كون ولايته قاصرة كالقاضي المولّي في بلدة صغيرة أو طائفة قليلة أو واقعة خاصة، وإن لم يكن للمحكّم ولاية على

(١) أي حكم المحكّم.

(٢) أي مذهب القاضي.

(٣) أي الوجه الذي حكم به المحكّم.

(٤) أي خالف مذهب القاضي.

(٥) أي حكم المحكّم.

(٦) لا يلزم القاضي.

(٧) أي من المحكّم، وصورة المسألة أن يحكّم رجلان رجلاً على أن يحكم بينهما ويرضيا

بحكمه، فإنه يكون نافذاً حينئذ.

(٨) أي الفرق بينهما لا يخرج المحكّم عن ذلك.

الحاكم الذي وصل حكمه إليه فهو لازم للمحكوم عليهما، فعدم جواز إبطاله للزومه للخصمين الذين حكماه لا لغيرهما، فإن القاضي المولّى إنما يلزم حكمه لمن حكم عليهما، فكذا المحكّم، وإذا كان حكمه صحيحاً لازماً في محل اجتهاد فلا يجوز إبطاله.

وقد يكون حكم المحكّم هو الصواب ورأي الحاكم المولّى الذي خالفه خطأ؛ إذ الكلام في مثل هذا، فكيف يجوز له إبطاله ولو جاز له إبطاله والحالة هذه لجاز له إبطال حكم الحاكم المولى بمثل هذا، ولجاء الحاكم الآخر أبطل هذا الإبطال وهلم جراً، وخلا الحكم والتحكيم من الفائدة.

وكون حكم الحاكم المولى لازماً لزوماً عاماً في محل الاجتهاد، إنما هو لصحته شرعاً لا لعموم ولايته، ألا ترى أنه لو خالف الدليل الشرعي لاستحق النقض ولا ينفعه عموم ولايته، فكذلك المحكّم إذا لاقى حكمه محل اجتهاد نفذ ولا يضره قصور ولايته، فما خالف الدليل الشرعي لا حرمة له وإن حكم به من حكم، وما لم يخالفه نفذ إذا كان من حكم به له ولاية الحكم، وقد تقرر جواز التحكيم لولاية الخصمين المحكّمين على أنفسهما فصار في حقهما بمنزلة المولى من الإمام، ولو لم يكن كذلك لخلا التحكيم من الفائدة، إذ لو كان نفاذه موقوفاً على حاكم مولى لكان المحكوم عليه يرفع قضيته إلى الحاكم المولى ليطلبه، وتفوت فائدة الإلزام بمنزلة الذين قالوا: ﴿إِنْ أُوتِيتُمْ هَذَا فَخُذُوهُ وَإِنْ لَمْ تُؤْتَوْهُ فَاحْذَرُوا﴾^(١)، ويكون التحكيم بمنزلة العبث، فالقول بجواز التحكيم وعدم لزومه في غاية البعد، والقول بلزومه وجواز نقضه تناقض،

(١) سورة المائدة، الآية: ٤١.

وقال مالك: إن رفع إلى قاض لم يبطله إلا أن يكون خطأ بيناً^(١)، واختاره الطحاوي^(٢).

قوله: (قالوا^(٣)): وتخصيص الحدود والقصاص^(٤) يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهديات [كالطلاق والنكاح وغيرهما]^(٥) وهو صحيح^(٦) إلا أنه لا يفتي به، ويقال^(٧) يحتاج إلى حكم المولى دفعاً لتجاسر العوام فيه).

لو أنهم قالوا باشتراط العدالة والعلم والذكورة، وعدم جواز تولية القضاء والتحكيم للفاسق والجاهل والمرأة، لما احتجوا أن يقولوا: إن هذا يعلم ولا يفتي به لثلاث تجاسر العوام فيه، وإذا كان مثل هذا يترتب عليه فساد كيف يجوز أن ينسب إلى الشريعة، ولو كان منها لأفتى به، وإن كان عدم الإفتاء بجواز التحكيم في سائر المجتهديات سداً للذريعة لثلاث تجاسر العوام فيه، [أ/١٥٥] فالقول بعدم جواز/ تحكيمهم أكمل في سد الذريعة، وهذا نظير القول بجواز

- (١) انظر: المدونة ٥/١٤٦، ١٤٧، الكافي لابن عبد البر ٢/٢٦٤.
- (٢) جاء في مختصره ص ٣٣٣ ما نصه: وإن حكم خصمان فقضى لأحدهما على الآخر، ثم رفع ذلك إلى القاضي نظر فيه، فإن كان موافقاً لرأيه أمضاه، وإن كان مخالفاً له لم يمضه.
- (٣) أي المتأخرين من مشايخ الحنفية، ذكره في العناية ٧/٣١٨.
- (٤) أي تخصيص القدوري ذلك في كتابه، وتخصيص صاحب الهداية تبعاً له، وإلا فإن طائفة من فقهاء الحنفية قالوا بجواز التحكيم في حد القذف والقصاص، وأولئك قالوا لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص.
- انظر: الهداية ٣/١٢٠، العناية وفتح القدير ٧/٣١٨.
- (٥) الزيادة من المطبوع ٣/١٢٠ ومن شروحها فتح القدير والعناية ٧/٣١٨، والبنية ٨/٧٠.
- (٦) أي التحكيم في سائر المجتهديات.
- (٧) أي عند السؤال.

الحيل على تصحيح الباطل أو إبطال الحق، وتحليل الحرام أو تحريم الحلال، مع القول بأنه يحجر على المفتي الذي يعلم الناس تلك الحيل سداً للذريعة إلى تلك الحيل، ولو قيل ببطان تلك الحيل نفسها لكان أكمل في سد الذريعة. والله أعلم.

مسائل شتى من كتاب القضاء:

قوله: (لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد^(١)) لأنه^(٢) حقهما فبقي العقد فيعمل التصديق).

في الجمع بين هذا وبين قوله قبله: ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه. نظر، قال الشيخ حافظ الدين في الكافي: والتوفيق بين كلاميه صعب^(٣).

* * *

(١) هذا تعليل لمسألة صورتها أن يقول لغيره: اشتريت مني هذا العبد فيقر بالشراء منه ثم ينكر، له أن يعود فيصدقه بعد ذلك؛ لأن إقراره وإن كان مما يحتمل الإبطال لكن المقر لم يستقل بإثباته فلا ينفرد أحد المتعاقدين بالفسخ، وهذا معنى قوله: لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد... إلخ. البناية ٨/ ٨٥.

(٢) أي الفسخ.

(٣) عزاه إليه في فتح القدير والعناية ٧/ ٣٣٤، والبناية ٨/ ٨٦، ووجه الاعتراض أن صاحب الهداية قال سابقاً لما تعذر استيفاء الثمن يستبد، وهاهنا قال: لما أقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ.

باب فتح القضاء بالمواريث

قوله : (ومن قال : مالي في المساكين صدقة ، فهو على ما فيه الزكاة^(١) إلى آخر المسألة).

اختلف العلماء في حكم من نذر التصدق بماله على أقوال^(٢) :

فذهب ربيعة إلى أنه يتصدق منه بقدر الزكاة ، وقال النخعي والبتي والشافعي^(٣) وزفر^(٤) : يتصدق بماله كله ، وقال أبو حنيفة رحمه الله : يتصدق بالمال الزكوي كما تقدم^(٥) ، وقال مالك^(٦) وأحمد^(٧) والزهري : يتصدق بثلث ماله ، واستدلوا بحديث كعب بن مالك رضي الله عنه أنه قال : «يا رسول الله إن من توبتي أن أتخلع من مالي صدقة إلى الله ورسوله ، فقال النبي ﷺ : أمسك عليك بعض مالك فهو خير لك ، قال : فقلت : إني أمسك سهمي

(١) أي عليه أن يتصدق بجميع ما يملكه من أجناس الأموال التي يجب فيها الزكاة .

(٢) انظرها في : المحلى ٦/٢٥٤ ، المغني ٩/٩ .

(٣) انظر : الأم ٢/٤٠٢ ، الروضة ٢/٥٦٣ .

(٤) الهداية ٣/١٢٦ ، فتح القدير ٧/٣٥١ .

(٥) لعله يريد كما تقدم في قول المصنف قريباً في الهداية : فهو على ما فيه الزكاة ٣/١٢٦ ، وانظر : العناية ٧/٣٥٣ ، والبنية ٨/١٠٤ ، فقد ذكرا أنها رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله .

(٦) انظر : المدونة ٢/٩٥ ، الكافي ١/٣٩٦ ، بداية المجتهد مع تخريجه الهداية ٦/١٦٦ .

(٧) انظر : مسائل الإمام أحمد لأبي داود السجستاني ص ٢٢٣ ، المحرر ٢/١٩٩ ، المغني ٩/٩ .

الذي بخير» متفق عليه^(١). وفي لفظ قال: قلت: يا رسول الله إن من توبتي إلى الله أن أخرج من مالي كله إلى الله وإلى رسوله صدقة، قال: لا، قلت: [فنصفه؟ قال: لا، قلت: ^(٢) فثلثه؟ قال: نعم، قلت: فإني سأمسك سهمي من خير» رواه أبو داود^(٣) وعن الحسين بن السائب^(٤) بن أبي لبابة^(٥) أن أبا لبابة ابن عبد المنذر^(٦) لما تاب الله عليه قال: يا رسول الله إن من توبتي أن أهجر دار قومي وأساكنك، وأن أنخلع من مالي صدقة لله عز وجل ولرسوله، فقال رسول الله ﷺ: يجزي عنك الثلث» رواه أحمد^(٧)، والاستدلال بهذه الأحاديث على ما ذكروه من الحكم ظاهر لكن في ثبوت التقدير بالثلث نظر، ولا شك في ثبوت قوله ﷺ لكعب بن مالك «أمسك عليك بعض مالك فهو

- (١) البخاري مع الفتح - وصايا - باب إذا تصدق أو وقف بعض رقيقه . . . ٣٨٦/٥، مسلم - توبة - باب حديث توبة كعب بن مالك وصاحبه حديث ٢٧٦٩ .
- (٢) الزيادة من سنن أبي داود .
- (٣) في سننه - أيمان - باب فيمن نذر أن يتصدق بماله ٣/ ٢٤٠، ٢٤١ .
- (٤) الحسين بن السائب بن أبي لبابة، بضم اللام وموحدتين، ابن عبد المنذر الأنصاري، المدني، مقبول، من الثالثة . التقريب ص ١٦٦ .
- (٥) في النسختين (أمامة) وهو تصحيف، والتصويب من المسند .
- (٦) أبو لبابة الأنصاري المدني، اسمه بشير، وقيل رفاعة بن عبد المنذر، صحابي مشهور، وكان أحد النقباء، وعاش إلى خلافة علي، ووهب من سماه مرواه . الاستيعاب ٤/ ١٦٨، الإصابة ٤/ ١٦٨ .
- (٧) المسند ٣/ ٤٥٢، ٤٥٣، وهو عند مالك في الموطأ ص ٣٨٨ في كتاب النذور والأيمان، وعند أبي داود - أيمان - باب فيمن نذر أن يتصدق بماله ٣/ ٢٤٠، ٢٤١، وعند الدارمي - كتاب الزكاة - باب النهي عن الصدقة بجميع ما عند الرجل ١/ ٤٧٩، وصححه الألباني كما في التعليق على المشكاة: ٢/ ١٠٢٥ .

خير لك» فإنه متفق على صحته^(١) وهو أولى ما احتج به في هذه المسألة، فإن قيل: ليس هذا بنذر، وإنما أراد الصدقة بجميع ماله، فأمره بإمساك بعضه، قيل: منعه من التصدق بالكل دليل على أنه ليس بقربة لأن النبي ﷺ لا يمنع أصحابه من القرب، ونذر ما ليس بقربة لا يلزم الوفاء به، وصار هذا كمنعه سعداً من الوصية بأكثر من الثلث^(٢)، والكلام على ذلك مبسوط في موضعه، والغرض هنا التنبيه عليه.

ويبقى تقدير ذلك البعض وينبغي أن يكون ذلك بحسب الأشخاص فيمسك قدر ما يكفيه ويكفي عياله بحيث لا يبقى معه فقيراً يحتاج إلى سؤال الناس، وهذا يختلف باختلاف الأشخاص، فأبو بكر لما تصدق بماله كله لم ينكر عليه النبي ﷺ، وأقر عمر رضي الله عنه على التصدق بشطر ماله^(٣)،

(١) تقدم تخريجه قريباً.

(٢) عن سعد رضي الله عنه قال: «عادني النبي ﷺ، فقلت: أوصي بمالي كله؟ قال: لا، قلت: فالنصف؟ قال: لا، قلت: أباثلث؟ فقال: نعم، والثلث كثير» رواه البخاري مع الفتح- وصايا- باب الوصية بالثلث ٣٦٩/٥، مسلم- وصية- باب الوصية بالثلث، حديث رقم ١٦٢٨ واللفظ له.

(٣) عن زيد بن أسلم عن أبيه قال: سمعت عمر بن الخطاب يقول: «أمرنا رسول الله ﷺ أن نتصدق فوافق ذلك مالاً، فقلت اليوم أسبق أبا بكر إن سبقته يوماً، قال: فجئت بنصف مالي، فقال رسول الله ﷺ: ما أبقيت لأهلك؟ قلت: مثله، وأتى أبو بكر بكل ما عنده، فقال: يا أبا بكر ما أبقيت لأهلك؟ قال: أبقيت لهم الله ورسوله، قلت: والله لا أسبقه إلى شيء أبداً». رواه الترمذي- مناقب- باب مناقب أبي بكر وعمر ٥/٥٧٤، وقال: هذا حديث حسن صحيح، وأبو داود- زكاة- باب في الرخصة في ذلك (أي من كون الرجل يخرج من ماله) ٢/١٢٩. وهو في صحيح أبي داود ١/٣١٥، رقم ١٤٧٢. قال ابن حجر =

ومنع صاحب الصرة من التصدق بها^(١)، وقال لكعب: أمسك عليك بعض مالك، ويعد جداً أن يكون الممسك ضعفي المخرج في هذا اللفظ، وقال لأبي لبابة: يجزئك الثلث، فتبين من هذا أن الحكم يختلف باختلاف الأشخاص، وأنه لا معارضة بين ما ورد في هذا الباب بهذا الاعتبار، وقد صحح المصنف^(٢) وحافظ الدين النسفي وغيرهما من الأصحاب^(٣) أن نذر التصدق بما يملكه مثل نذر التصدق بماله؛ لأنهما يستعملان استعمالاً واحداً عرفاً، وقالوا: لأن الظاهر أنه يلتزم الصدقة بالفاضل عن الحاجة سواء كان بلفظ الملك أو بلفظ المال، وهذا يشهد لما تقدم من أنه يمسك قدر ما يكفيه ويكفي عياله بحيث لا يبقى معه فقيراً يحتاج إلى سؤال الناس، وأن هذا القدر مشغول بالحاجة الأصلية، فلا بد من استثنائه كما يستثنى مما يجب فيه الزكاة، وقول المصنف: ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله، وهو مال الزكاة^(٤). فيه نظر، فإن مال الزكاة ليس هو فاضل ماله، وأيضاً فإن نذره أن يتصدق بماله

= في الفتح ٣/٢٩٥: الحديث تفرد به هشام بن سعد عن زيد، وهشام صدوق فيه مقال من جهة حفظه. اهـ.

(١) حديث طويل وفيه «يعمد أحدكم إلى ماله لا يملك غيره فيتصدق به ثم يقعد يتكفف الناس» الحديث رواه أبو داود - زكاة - باب الرجل يخرج من ماله ٢/١٢٨، البيهقي ٤/١٨١، الحاكم ١/٥٧٣، الدارمي في الزكاة - باب النهي عن الصدقة بجميع ما عند الرجل ١/٤٧٩، وضعفه الألباني في الإرواء ٣/٤١٥.

(٢) أي صاحب الهدايا حيث قال: والصحيح أنهما - أي لفظ مالي وما أملك - سواء. الهدايا ٣/١٢٦.

(٣) مثل السرخسي وأبي بكر البلخي. العناية ٧/٣٥٣، البناء ٨/١٠٦.

(٤) الهدايا ٣/١٢٦.

ليس هو نظير قوله تعالى: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً ﴾^(١) حتى يكون إيجاب العبد معتبراً/ بإيجاب الرب^(٢)، ولم يقل تعالى: خذ مالهم بل أوجب الله [١٥٥/ب] صدقة مجملة تؤخذ من أموالهم بينها النبي ﷺ بخلاف نذره أن يتصدق بماله؛ لأنه يعم ماله كله، لكن بعضه مستثنى لشغله بالحاجة الأصلية، وهو ما لا يحتاج إلى سؤال الناس، ولا يلزمه إخراج نظير ذلك بعد الاستغناء عنه؛ لأن النبي ﷺ لم يأمر كعباً أن يتصدق بعد ذلك بنظير ما أمسكه من ماله، ولو كان واجباً عليه لبينه له لأنه محتاج إلى معرفة ذلك، وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، ففي ذلك دليل على أنه إذا أمسك بعض ماله، وتصدق بالباقي أن ذلك يجزئه ولا يلزمه بعد ذلك التصدق بنظير ما أمسكه، ويمكن أن يقال في البعض الذي يمسه لحاجته إليه أنه مستحق بالحاجة، فلا يجوز التبرع به بمنزلة المال المستحق للغير فيصير كالنذر بما لا يملك، أو لأن ذلك القدر مستحق الصرف إلى جهة معينة شرعاً، فهو بصرفه إلى غير تلك الجهة عاص، ولا نذر في معصية، أو يقال: إنه لما وجب عليه التصدق بجميع ماله فقد بقي فقيراً فيبدأ بنفسه فيتصدق عليها بقدر حاجته لأنه أحق من سائر الناس لتحقيق

(١) سورة التوبة، الآية: ١٠٣.

(٢) قول القائل: مالي في المساكين صدقة عام يتناول ما تجب فيه الزكاة وما لا تجب فيه، فيصرف إلى الكل هذا وجه من قال إنه يلزمه بذلك التصدق بجميع ماله، ووجه من قال إنه ينصرف لفظه هذا إلى المال الزكوي فقط أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله، فإيجاب الله الصدقة في مطلق المال- في قوله تعالى: خذ من أموالهم صدقة، ينصرف إلى مال الزكاة، فكذا إيجاب العبد ينصرف إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال، لكن هذا قد يتوجه لو كان لفظ الآية ﴿ خذ مالهم ﴾ كما ذكره صاحب التنبية.

حاجته، وإلى هذا المعنى أشار ﷺ بقوله للذي قال: «يا رسول الله عندي دينار، قال: تصدق به على نفسك، قال: عندي آخر، قال: تصدق به على ولدك، قال: عندي آخر، قال: تصدق به على زوجك، قال: عندي آخر، قال: تصدق به على خادمك، قال: عندي آخر، قال: أنت أبصر» أخرجه أبو داود^(١) والنسائي^(٢)، وفي الصحيح: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، وابدأ بمن تعول»^(٣) وبهذا التقرير يظهر التنبيه على ما في المباحث التي ذكرها المصنف في هذه المسألة من الكلام ومن دعوى الإجماع على نفي دخول أرض الخراج لما تقدم من خلاف زفر.

* * *

(١) في سننه - زكاة - باب صلة الرحم ١٣٢ / ٢ .

(٢) في سننه - زكاة - باب تفسير الصدقة عن ظهر غنى ٦٢ / ٥ ، وهو في مسند أحمد ٤٧١ / ٢ ، وعند الحاكم في المستدرک ٥٧٥ / ١ ، وحسنه الألباني في الإرواء ٤٠٨ / ٣ .

(٣) رواه البخاري مع الفتح - زكاة - باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى ٢٩٤ / ٣ ، مسلم - زكاة - باب بيان أن أفضل الصدقة صدقة الصحيح الشحيح ، حديث ١٠٣٤ .

كتاب الشهادات

قوله : (لقوله عليه الصلاة والسلام للذي شهد عنده : « لو سترته بثوبك لكان خيراً لك »)^(١).

هذا لم يقله النبي ﷺ لمن شهد عنده ، وإنما قاله لمن أشار على ماعز أن يأتي رسول الله ﷺ ويعلمه بزناه ، والحديث أخرجه أحمد^(٢) وأبو داود^(٣) والنسائي^(٤) ، ومالك في الموطأ^(٥) عن يزيد بن نعيم بن هزال^(٦) عن أبيه : « أن ماعزاً أتى النبي ﷺ فأقر عنده أربع مرات ، فأمر برجمه ، وقال لهزال : لو سترته بثوبك كان خيراً لك ».

وفي لفظ لأحمد^(٧) وأبي داود^(٨) عن يزيد بن نعيم بن هزال عن

(١) أورد هذا ليستدل به على أن الستر أفضل من الإظهار بالنسبة للشهادة في الحدود ، وأما الحديث فقال عنه في الدراية ٢ / ١٧٠ : لم أجده ، ولم يذكر في نصب الراية حكماً .

(٢) في مسنده ٥ / ٢١٧ .

(٣) في سننه - حدود - باب في الستر على أهل الحدود ٤ / ١٣٤ .

(٤) السنن الكبرى - كتاب الرجم - باب الستر على الزاني ٤ / ٣٠٥ ، ٣٠٦ ، وهو في ضعيف أبي داود ص ٤٣٣ ، ٤٣٤ رقم ٩٤٠ .

(٥) الموطأ كتاب الحدود ص ٧١١ .

(٦) يزيد بن نعيم بن هزال الأسلمي ، مقبول ، وروايته عن جده مرسلة . التقريب ص ٦٠٥ .

(٧) المسند ٥ / ٢١٦ ، ٢١٧ .

(٨) في سننه - حدود - باب في الستر على أهل الحدود ٤ / ١٣٤ .

أبيه^(١) قال: «كان ماعز بن مالك يتيمًا في حجر أبي^(٢) فأصاب جارية من الحي، فقال له أبي: إيت رسول الله ﷺ فأخبره بما صنعت لعله يستغفر لك» الحديث.

قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام: «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال إليه»^(٣))، والجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس^(٤)، فيتناول الأقل وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الأربع^(٥).

(١) هو نعيم بن هزال الأسلمي من بني مالك، مختلف في صحبته، وقد قيل: إنه لا صحبة له، وإنما الصحبة لأبيه، وصوبه ابن عبد البر. انظر: الاستيعاب ٣/ ٥٥٩، الإصابة ٣/ ٥٦٩.

(٢) هو هزال بن يزيد بن ذئاب الأسلمي له صحبة، كانت له جارية، وقع عليها ماعز، فقال له هزال: انطلق فأخبر النبي ﷺ، فعسى أن ينزل فيك قرآن، فانطلق فأخبره فأمر برحمه، وقال لهزال: «لو سترته بثوبك لكان خيرًا لك». انظر: الاستيعاب ٣/ ٦٠٧، ٦٠٨، الإصابة ٣/ ٦٠٢.

(٣) قال في نصب الراية ٤/ ٨٠: غريب، ولم يحكم عليه في الدراية.

(٤) انظر: أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك ١/ ١٧٩، وشرح ابن عقيل ١/ ١٧٨.

(٥) أي اشتراط الأربع نسوة فيما لا يطلع عليه الرجال ويختص النساء بمعرفته غالبًا، وحثه في ذلك أن الله تعالى أقام كل امرأتين حيث قبلت شهادة النساء مقام رجل ففي الحديث: «أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل» رواه البخاري مع الفتح - حيض - باب ترك الحائض الصوم ١/ ٤٠٥، مسلم - إيمان - باب بيان نقصان الإيمان... إلخ حديث ٧٩، واللفظ له.

انظر: الأم ٧/ ٨٨، الروضة ٨/ ٢٢٧، كفاية الأخيار ٢/ ١٧٣، وهو قول عطاء رحمه الله كما في سنن البيهقي ١٠/ ١٥١.

وقال مالك رحمه الله: لا يجوز أقل من شهادة امرأتين، المدونة ٥/ ١٥٨، الكافي ٢/ ٢٢١، وقال أحمد رحمه الله بمثل قول أبي حنيفة أعني قول شهادة المرأة الواحدة في هذه المسألة. انظر: المغني ٩/ ١٥٧، وفتاوى شيخ الإسلام ٣٥/ ٤٠٩.

هذا حديث باطل لا أصل له، وإنما روى الدارقطني عن حذيفة رضي الله عنه: «أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة» وضعفه^(١)، وقال ابن عبد الهادي: إنه حديث باطل لا أصل له. انتهى^(٢).

وإنما ورد ما يدل على قبول شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال عن الزهري قال: «مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن، وتجاوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال، وامرأتان فيما سوى ذلك» أخرجه ابن أبي شيبة^(٣).

قوله: (ولابد في ذلك كله^(٤) من العدالة، ولفظة الشهادة، فإن لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة، وقال: أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته - ثم قال -: وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها^(٥) إذ الأمر فيها^(٦) بهذه اللفظة، ولأن فيها زيادة توكيد، فإن قوله: أشهد، من ألفاظ اليمين، فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد).

(١) سنن الدارقطني ٤/ ٢٣٢، وكذا رواه البيهقي في سننه ١٠/ ١٥١ وضعفه، وضعفه الألباني في الإرواء ٨/ ٣٠٦.

(٢) ذكره في التنقيح، عزاه إليه في نصب الراية ٤/ ٨٠.

(٣) في مصنفه - في كتاب البيوع - باب ما تجوز فيه شهادة النساء ٥/ ٨٢.

(٤) أي في جميع ما ذكر من أنواع الشهادة.

(٥) نحو قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ البقرة: ٢٨٢، ﴿وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ

رَجَالِكُمْ﴾ البقرة: ٢٨٢، ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ الطلاق: ٢.

(٦) أي النصوص.

مذهب مالك وأهل المدينة^(١)، وظاهر كلام أحمد^(٢) عدم اشتراط لفظة الشهادة، قالوا: ولا نعرف عن أحد من الصحابة ولا التابعين اشتراط ذلك، وقد قال ابن عباس: «شهد عندي رجال مرضيون وأرضاهم عندي عمر، أن رسول الله ﷺ نهى عن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس، وبعد العصر حتى تغرب الشمس»^(٣).

ومعلوم أنهم لم يتلفظوا بلفظ الشهادة، والعشرة الذين شهد لهم النبي ﷺ [١٥٦/أ] بالجنة لم / يتلفظ في شهادته لهم بلفظ الشهادة، بل قال: «أبو بكر في الجنة وعمر في الجنة...»^(٤) الحديث.

(١) لم أقف على مذهبه بعد البحث في مظانه في المدونة والكافي والقوانين والمنتقى للبايجي، وتفسير القرطبي وبداية المجتهد، ومواهب الجليل، والله أعلم، لكن ذكره عن مالك شيخ الإسلام في الفتاوى ١٤ / ١٧٠، والمؤلف قاله تبعاً له، فكلامه بعد ذلك مستفاد من المصدر المذكور.

وقد قال ابن قدامة - بعد ذكره لهذه المسألة، يعني اعتبار لفظ الشهادة - قال: ولا أعلم خلافاً. اهـ. المعنى ٩ / ٢١٨.

(٢) هذه إحدى الروايتين عن أحمد اختارها أبو الخطاب وشيخ الإسلام وابن القيم رحمهم الله، والرواية الأخرى لا بد من لفظة الشهادة وهي المذهب وعليه جماهير الخنابلة وقطع به كثير منهم.

انظر: المحرر ٢ / ٣١١، ومعه النكت والفوائد السنية لابن مفلح الصفحة نفسها، الفتاوى ١٤ / ١٧٠، الإنصاف ١٢ / ١٠٨، بدائع الفوائد ١ / ٨، ٤ / ٥٤، ٥٥، وذكر ابن القيم في البدائع رواية ثالثة عن الإمام وهي الفرق بين الشهادة على الأقوال وبين الشهادة على الأفعال فيشترط في الأخيرة ولا يشترط في الأولى.

(٣) رواه البخاري مع الفتح - مواقيت الصلاة - باب الصلاة بعد الفجر حتى ترتفع الشمس ٢ / ٥٩.

(٤) أخرجه أحمد في المسند ١ / ١٨٧ من حديث سعيد بن زيد رضي الله عنه، وأبو داود - سنة - =

وأجمع المسلمون على أن الكافر إذا قال: لا إله إلا الله، محمد رسول الله، دخل في الإسلام، وشهد شهادة الحق، وإن لم يتلفظ بلفظة الشهادة، وقد قال تعالى: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُوا الْعِلْمِ﴾^(١)، وليس هناك لفظ الشهادة، وقال تعالى: ﴿وَجَعَلُوا الْمَلَائِكَةَ الَّذِينَ هُمْ عِبَادُ الرَّحْمَنِ إِنَانَّ أَشْهَدُوا خَلَقَهُمْ سَتَكَبُّ شَهَادَتَهُمْ وَيُسْأَلُونَ﴾^(٢).

وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾^(٣)، وشهادة المرء على نفسه هي إقراره على نفسه.

وفي الحديث الصحيح في قضية ماعز: «فلما شهد على نفسه أربع مرات رجمه رسول الله ﷺ»^(٤).

وقال تعالى: ﴿وَشَهِدُوا عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ أَنَّهُمْ كَانُوا كَافِرِينَ﴾^(٥).

وقول المصنف: (إن النصوص نطقت باشتراطها)، فيه نظر؛ فإن النصوص ليس فيها ذكر اشتراط لفظة الشهادة في قول الشاهد عند الأداء، وهو المدعى، وإنما فيها ذكر الإشهاد والاستشهاد والشهادة، ولا يلزم من ذلك

= باب في الخلفاء ٤/ ٢١١، ٢١٢، من حديث سعيد أيضاً، وأخرجه الترمذي - مناقب - باب مناقب عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ٥/ ٦٠٥، من حديث عبد الرحمن بن عوف، وهو في صحيح الجامع برقم ٥٠ - ٧١/١.

(١) سورة آل عمران، الآية: ١٨.

(٢) سورة الزخرف، الآية: ١٩.

(٣) سورة النساء، الآية: ١٣٥.

(٤) رواه مسلم - حدود - باب من اعترف على نفسه بالزنا حديث ١٦٩٢.

(٥) سورة الأنعام، الآية: ١٣٠.

اشتراط ذكر لفظة الشهادة عند الأداء^(١).

وقوله: (ولأن فيها زيادة توكيد) إلى آخره، مسلّم، لكن ما الدليل على اشتراط هذه الزيادة مع حصول الشهادة بدونها وهي المقصود، ولئن كانت الشهادة من ألفاظ اليمين فليس على الشاهد يمين.

قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف»^(٢))، ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه).

لم يرد هذا من كلام رسول الله ﷺ في كتب الحديث^(٣)، وإنما هو من كلام عمر رضي الله عنه في كتابه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه ولفظه: «والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجرباً عليه شهادة زور، أو مجلوداً في حد، أو ظنياً في ولاء أو قرابة...» إلى آخره. رواه البيهقي^(٤) وغيره^(٥).

(١) تقدم ذكر بعض المصادر التي ناقشت هذه المسألة ص ٤٩٦، وانظر: كذلك المحلى ٥٣٥/٨.

(٢) أورد هذا الحديث استدلالاً لما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله من اقتصار الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم، ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم. الهداية ٣/١٣١.

(٣) روى ابن أبي شيبة في مصنفه ٧٦/٥. في كتاب البيوع. عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في فرية» قال ابن حزم في المحلى ٥٣١/٨: هو خبر فاسد وحجاج هالك. وهو من رجال السند. وقال البيهقي في سننه ١٥٥/١٠: لا يصح في هذا عن النبي ﷺ شيء يعتمد عليه، ويروى عن عمر رضي الله عنه.

(٤) في سننه ١٠/١٣٥.

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه ٢٠٦/٤، وفي سننه عبيد الله بن أبي حميد متروك الحديث كما في التقريب ص ٣٧٠، قال ابن حزم في المحلى ٥٢٩/٨: فهذا القول قد جاء عن عمر في تلك الرسالة المكذوبة.

وروى البيهقي من حديث عائشة مرفوعاً: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا مجلود في حد» الحديث^(١)، وفي طريقه المثني بن الصباح، وهو ضعيف، وأخرجه ابن ماجه^(٢) من حديث حجاج بن أرطاة - وهو ضعيف - عن عمر رضي الله عنه.

قوله: (واشترط العدد أمر حكمي في الشهادة).

يعني أن اشتراط المثني في باب الشهادات أمر تعبدى لا يعقل معناه، قد عقل غيره معناه، وهو أن أحد الشاهدين يقاوم براءة الخصم المنكر فإن إنكاره

= وقال في التلخيص ١٩٦/٤: وساقه ابن حزم من طريقين وأعلهما بالانقطاع، لكن اختلاف المخرج فيهما مما يقوي أصل الرسالة، لاسيما وفي بعض طرقه أن رواه أخرج الرسالة مكتوبة، وصححه الألباني في الإرواء ٨/ ٢٤١، لوجود طريق عند الدارقطني والبيهقي، رجالها ثقات رجال الشيخين. والله أعلم.

(١) الحديث أخرجه البيهقي في سننه ١٠/ ١٥٥، والترمذي - شهادات - باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته ٤/ ٤٧٣، وفي طريقه يزيد بن أبي زياد قال عنه البيهقي: ضعيف، وكذا أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٤٤، وقال: يزيد هذا ضعيف لا يحتج به.

وكذا قال في التلخيص ٤/ ١٩٨، وقال في التقريب ص ٦٠١: يزيد بن أبي زياد الهاشمي مولاهم الكوفي ضعيف والحديث ضعفه الحافظ في الفتح ٥/ ٢٥٧، والألباني في الإرواء ٨/ ٢٩٢، وأما قول المؤلف رحمه الله: وفي طريقه المثني بن الصباح فهذا إنما هو في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به.

رواه البيهقي ١٠/ ١٥٥، والدارقطني ٤/ ٢٤٤، والمثني هذا لا يحتج به، قاله البيهقي في المصدر المذكور، وقال في التقريب ص ٥١٩: ضعيف.

(٢) في سننه - أحكام - باب من لا تجوز شهادته ٢/ ٧٩٢، وفي سننه حجاج بن أرطاة وهو عند أحمد ٢/ ٢٠٨، وللحديث شاهد من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً عند أحمد ٢/ ٢٠٤، وعند البيهقي ١٠/ ٢٠٠، والدارقطني ٤/ ٢٤٤، وأبو داود رقم ٣٦٠٠، وسنده قوي كما في التلخيص ٤/ ١٩٨، وحسنه في الإرواء ٨/ ٢٨٤.

كشاهد، وتبقى شهادة [الشاهد]^(١) الآخر خبر عدل لا معارض له، فهو حجة شرعية لا معارض لها، وفي الرواية إنما يقبل خبر الواحد إذا لم يعارضه أقوى منه فاطرد القياس والاعتبار في الحكم والرواية.

* * *

(١) في الأصل: الشهادة، والمثبت من «ع».

فصل

قوله: (وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا رأيت مثل الشمس فاشهد، وإلا فدع»).

رواه البيهقي عن ابن عباس، ولفظه قال: «ذكر عند النبي ﷺ الرجل يشهد بشهادة فقال: أما أنت يا ابن عباس فلا تشهد إلا على ما يضيء لك كضياء هذه الشمس، وأوماً بيده إلى الشمس»، ثم قال البيهقي: ولم يرو من وجه يعتمد عليه^(١).

* * *

(١) سنن البيهقي ١٠ / ١٥٦، ورواه الحاكم في المستدرک ٤ / ١١٠، ورواه العقيلي في الضعفاء ٤ / ٦٩، ٧٠، وأعله بمحمد بن سليمان بن مسمول، والحديث ضعفه الألباني في الإرواء ٨ / ٢٨٢.

باب من تقبل تنهاتته ومن لا تقبله

قوله: (ولا المملوك^(١))؛ لأن الشهادة من باب الولاية، وهو لا يلي على نفسه فأولى ألا تثبت له الولاية على غيره).

ذهب إلى قبول شهادة العبد؛ علي وأنس رضي الله عنهما.

قال أنس: «ما علمت أحداً رد شهادة العبد»^(٢)، وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين وإسحاق وأبو ثور وداود^(٣) وابن المنذر^(٤)، وهو رواية عن أحمد، وظاهر مذهبه استثناء الحدود والقصاص^(٥).

وقال الشعبي والنخعي: تجوز شهادته في الشيء اليسير^(٦).

وقال عطاء ومجاهد والحسن ومالك^(٧) والأوزاعي والثوري وأبو حنيفة

(١) أي لا تقبل شهادته وهو عطف على قوله سابقاً: لا تقبل شهادة الأعمى.

(٢) لم أر هذا اللفظ فيما اطلعت عليه من كتب الحديث لكن جاء في سنن البيهقي ١٠ / ١٦١، قال أنس: شهادة العبد جائزة إذا كان عدلاً.

(٣) انظر: المحلى ٨ / ٥٠٠.

(٤) عزا القول إلى هؤلاء في المغني ٩ / ١٩٦، ١٩٧.

(٥) انظر: المغني ٩ / ١٩٨، الإنصاف ١٢ / ٦٠، وقال: إن الصحيح من المذهب قبولها في الحدود والقصاص.

(٦) انظر: المحلى ٨ / ٥٠٢، والمغني ٩ / ١٩٧.

(٧) انظر: القوانين ص ٢٦٤، تفسير القرطبي ٣ / ٣٩٠.

والشافعي^(١): لا تقبل شهادته^(٢).

وقد استدل من قال بقبول شهادته بعموم آيات الشهادة، فإنه من رجالنا، وهو عدل تقبل روايته وفتياه وأخباره بالمدينة، وقد يكون منهم العلماء والصالحون والأمراء وقد حكى الإمام أحمد عن أنس بن مالك إجماع الصحابة رضي الله عنهم على قبول شهادته معنى، فإنه قال: «ما علمت أحداً رد شهادته»^(٣)، ولم يقل أحد عن صحابي خلاف ذلك.

قالوا: وإذا قبلت شهادته على رسول الله ﷺ^(٤) في حكم يلزم جميع الأمة، فلأن تقبل شهادته على واحد من الأمة في حكم جزئي أولى وأحرى، وفي كتاب عمر رضي الله عنه/ إلى أبي موسى الأشعري: «والمسلمون عدول [١٥٦/ب] بعضهم على بعض» انتهى^(٥). وهو صادق فيجب العلم بخبره وأن لا يرد، فإن الشريعة لا ترد خبر الصادق، بل تعمل به، وليس بفاسق فلا يتثبت في خبره وشهادته، وكونه تحت ولاية سيده لا يخرج عن أهلية الشهادة على غيره كما لم يخرج عن أهلية الرواية وهي شهادة على رسول الله ﷺ تتضمن إلزام الأمة كلهم بذلك الحكم.

وليس إلزام الشاهد المشهود عليه بشهادته من باب ولاية المولى على عبده.

(١) انظر: الأم ٨٧/٧، الروضة ٨/ ١٩٩، كفاية الأخيار ٢/ ١٦٩.

(٢) انظر أقوال هؤلاء في: المحلى ٨/ ٥٠٠، وما بعدها، والمغني ٩/ ١٩٧ وما بعدها، وتفسير القرطبي ٣/ ٣٩٠.

(٣) انظر: المغني ٩/ ١٩٦، والنكت والفوائد السنية لابن مفلح ٢/ ٣٠٥.

(٤) يريد الرواية عنه.

(٥) تقدم الكلام عن كتاب عمر هذا وأنه صحيح ص ٤٩٨.

فاعتبار شهادته بروايته أولى من اعتبارها بولاية المالك على مملوكه ، فإن قيل : روايته من باب أخبار الديانات ، وتلك يقبل فيها قول الواحد بخلاف باب الشهادة ، قيل : لم نقل : إنه يقبل قوله وحده في باب الشهادات بل مع آخر ، ففي باب الرواية يقبل قول الواحد العدل إذا لم يعارضه ما هو أقوى منه .

وفي باب الشهادة عارض أخبار أحد العدلين إنكار المنكر ويمينه ، وسلم أخبار العدل الآخر عن المعارض فوجب العمل به كما وجب العمل بخبر الواحد العدل في باب الديانات إذا سلم عن المعارض^(١) ، وإذا ثبت كون العبد عدلاً كيف يجوز رد خبره السالم عن المعارض ، والفرق بتسمية هذا إخباراً وهذا شهادة فرق صوري لفظي غير مؤثر .

قوله : (ولا الحدود في قذف وإن تاب - إلى آخر المسألة) .

اختلف أهل العلم في اشتراط إقامة الحد على القاذف لرد شهادته ؛ فعند الشافعي^(٢) وأحمد^(٣) رحمهما الله أنه تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققه ، وعن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات :

إحداها : إذا ضرب سوطاً من الحد .

الثانية : إذا ضرب أكثر الحد .

(١) انظر في العمل بخبر الواحد وما يفيد في العقائد وغيرها : أصول السرخسي ١ / ٣٢٤ ، روضة الناظر ١ / ٢٦٠ وما بعدها ، البحر المحيط ٤ / ٢٤٧ - ٢٦٠ وما بعدها ، إرشاد الفحول ص ٤٨ ، ٤٩ ، خبر الواحد وحجته للشيخ أحمد محمود عبد الوهاب الشنقيطي ، وانظر منها ص ١٢٥ وما بعدها .

(٢) انظر : الأم ٦ / ٣٠٠ ، الإشراف لابن المنذر ٣ / ٥٢ ، الروضة ٨ / ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

(٣) انظر : المغني ٩ / ١٩٩ ، المحرر ٢ / ٢٤٨ ، الإقناع ٤ / ٤٤١ .

الثالثة - وهي قول صاحبيه -: إذا أقيم عليه الحد بكماله^(١) .

وقول الشافعي وأحمد رحمهما الله أظهر ؛ لأن الله تعالى رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء ؛ الجلد، ورد الشهادة، والفسق^(٢)، فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه كالجلد، ولأن الرمي هو المعصية والذنب الذي يستحق به العقوبة والجلد كفارة وتطهير فلا يتعلق به رد الشهادة، وإنما الجلد ورد الشهادة حكمان للکذف فيثبتان به، وتختلف استيفاء أحدهما لا يمنع ثبوت الآخر .

والقول بأن العجز عن الإتيان بأربعة شهداء إنما يتحقق بالجلد لا يقوى ؛ لأن الجلد حكم الكذف الذي تعذر تحقيقه، فلا يستوفى قبل تحقيق الكذف، وكيف يجوز أن يستوفى قبل تحقق سببه، ويصير متحققاً بعده^(٣)، واختلف أهل العلم أيضاً في قبول شهادة المحدود في الكذف إذا تاب :

فذهب عطاء والشعبي وطاوس ومجاهد والزهري و عبد الله بن عتبة وحبیب بن أبي ثابت^(٤) وأبو الزناد إلى قبول شهادته إذا تاب، وبه قال

(١) ذكر هذه الروايات في فتح القدير ٥ / ٣٤٠، البناية ٦ / ٣٦٠، ومذهب مالك كمذهب أبي حنيفة رحمهما الله في هذه المسألة، ذكره ابن عبد البر في الكافي ٢ / ٢١٢، ٢١٣، وصاحب القوانين ص ٣٠٧ .

(٢) وذلك في قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ النور : ٤ .

(٣) انظر: المغني ٩ / ٢٠١ .

(٤) حبیب بن أبي ثابت، أبو يحيى القرشي الأسدي مولا هم فقيه الكوفة، واسم أبيه قيس بن دينار، وقيل غير ذلك، وهو من الثقات، مات سنة ١١٩ هـ، انظر: طبقات ابن سعد ٦ / ٣١٦، السير ٥ / ٢٨٨، شذرات الذهب ١ / ١٥٦ .

مالك^(١) والشافعي^(٢) وأحمد^(٣) وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد .

وذهب شريح والحسن البصري والنخعي وسعيد بن جبير وسفيان الثوري وأبو حنيفة^(٤) إلى عدم قبولها وإن تاب، ذكر ذلك ابن المنذر واختار القول الأول^(٥) وقال: واختلف فيه عن ابن عباس فروينا عنه القولين جميعاً^(٦)، ولا يصح ذلك عنه^(٧)، وقال: قال عمر رضي الله عنه لأبي بكر: «إن تبت قبلت شهادتك»^(٨).

وقال صاحب المغني: روي ذلك - يعني القول الأول - عن عمر وأبي الدرداء وابن عباس، وقال: وذكره ابن عبد البر عن يحيى بن سعيد^(٩)

(١) انظر: المدونة ٥/١٥٨، الموطأ ص ٦١٨، كتاب الأفضية، القوانين الفقهية ص ٣٠٧.

(٢) انظر: الأم ٦/٣٠٠، ٧/٨٤، الروضة ٨/٢٢٢.

(٣) انظر: المحرر ومعه النكت لابن مفلح ٢/٢٤٨، المغني ٩/١٩٩، الإقناع ٤/٤٤٠.

(٤) انظر: الهداية ومعها فتح القدير والعناية ٧/٤٠٠.

(٥) ذكر هذه الآثار ابن أبي شيبة في مصنفه ٥/٧٥، ٧٦، وابن حزم في المحلى ٨/٥٣٠، وابن قدامة في المغني ٩/١٩٩.

(٦) ذكر في المغني ٩/١٩٩ عنه الرواية الأولى، وذكر في المحلى ٨/٥٣٠ الرواية الثانية.

(٧) قال في المحلى ٨/٥٣٠: وأما الرواية عن ابن عباس فضعيفة - يريد الرواية الثانية -، والأظهر عنه خلاف ذلك - يريد الرواية الأولى -، يؤيده ما قاله الشافعي في الأم ٧/٨٥:

بلغني عن ابن عباس أنه كان يجيز شهادة القاذف إذا تاب .

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب البيوع والأفضية ٥/٧٥.

(٩) يحيى بن سعيد بن فروخ التميمي، أبو سعيد القطان البصري، ثقة متقن حافظ، إمام قدوة، مات سنة ٢٩٨هـ، التقريب ص ٥٩١، والسير ٩/١٧٥، وشذرات الذهب

وربيعة^(١) (٢).

وقال عبد الرزاق: حدثنا محمد بن مسلم^(٣) عن إبراهيم بن ميسرة^(٤) عن ابن المسيب أن عمر قال للذين شهدوا على المغيرة: «توبوا تقبل شهادتكم، فتاب منهم اثنان وأبى أبو بكر أن يتوب، فكان عمر لا يقبل شهادته»^(٥).

قالوا^(٦): وأعظم موانع الشهادة الكفر والسحر وقتل النفس، وعقوق الوالدين والزنا، ولو تاب من هذه الأشياء قبلت شهادته اتفاقاً، فالتائب من القذف أولى بالقبول^(٧).

(١) ربيعة بن أبي عبد الرحمن، التيمي مولاهم، أبو عثمان المدني، المعروف بريعة الرأي، واسم أبيه فروخ، ثقة فقيه مشهور، مات سنة ١٣٦ هـ على الصحيح. التقريب ص ٢٠٧، والسير ٨٩ / ٦، وشذرات الذهب ١ / ١٩٤.

(٢) انظر: المغني ٩ / ١٩٩.

(٣) محمد بن مسلم الطائفي، واسم جده سوس، وقيل: سوسن، صدوق يخطئ من حفظه، مات قبل التسعين، التقريب ص ٥٠٦.

(٤) إبراهيم بن ميسرة الطائفي، نزيل مكة، ثبت حافظ، مات سنة ١٣٢ هـ. التقريب ص ٩٤.

(٥) مصنف عبد الرزاق ٨ / ٣٦٢، وهو في المدونة ٥ / ١٥٩، وقد روى هذا الأثر البخاري في صحيحه معلقاً عن عمر رضي الله عنه في كتاب الشهادات - باب شهادة القاذف. البخاري مع الفتح ٥ / ٢٥٥ قال الحافظ في الفتح ٥ / ٢٥٦: وصله الشافعي في الأم... إلخ، وهو في الأم ٧ / ٨٥، قال الشافعي رحمه الله: أخبرنا سفيان أنه سمع الزهري يقول: زعم أهل العراق أن شهادة القاذف لا تجوز، وأشهد لأخبرني ثم سمي الذي أخبره - نسيه سفيان، وهو سعيد بن المسيب - أن عمر رضي الله عنه... فذكره. وبالجمله فقصة الشهود على المغيرة بالزنا صححها الألباني في الإرواء ٨ / ٢٨ وذكر ألفاظها.

(٦) أي القائلون بجواز شهادة القاذف إذا تاب، وانظر: إعلام الموقعين ١ / ١٢٢ وما بعدها، فقد بسط المسألة بسطاً جيداً ويلاحظ استفادة المؤلف منه في ذلك.

(٧) إعلام الموقعين ١ / ١٢٥.

قالوا: ورد شهادته بعد توبته خلاف المعهود من الشرع، وخلاف قوله ﷺ: «التائب من الذنب كمن لا ذنب له»^(١)، فتوبته من القذف بمنزلة من لم يقذف؛ فيجب قبول شهادته^(٢).

قالوا: والاستثناء المذكور في الآية^(٣) يعود إلى ما تقدم كله^(٤)، هذا [١٥٧/أ] هو الأصل، خصوصاً على قول أبي حنيفة/ في ذكر حق^(٥) كتب في أسفله^(٦): «ومن قام بهذا الذكر الحق^(٧) فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى^(٨)، حيث أبطل الصك كله^(٩)، وقد تقدمت المسألة في الهداية في كتاب

(١) رواه ابن ماجه - كتاب الزهد - باب ذكر التوبة ١٤١٩/٢، ١٤٢٠ عن أبي عبيدة عن أبيه عبد الله ابن مسعود، وذكره في المقاصد الحسنة ص ١٥٢، حديث رقم ٣١٣، وقال: رجاله ثقات، بل حسنه شيخنا - يريد ابن حجر - لشواهد هـ. اهـ. وحسنه الألباني في صحيح الجامع ١/٥٧٨، رقم ٣٠٠٨، وذكره في الضعيفة برقم ٦١٥ بسبب زيادة فيه لكنه حسن اللفظ المذكور فقط، وقال: رجال إسناده ثقات لكنه منقطع بين أبي عبيدة - وهو ابن عبد الله بن مسعود - وأبيه.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ١/ ١٢٦.

(٣) يعني في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ... وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (٤) إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ... ﴿الآيَاتَانِ النُّورِ: ٤، ٥.

(٤) أي إلى ما ذكر في الآية من الجلد، وعدم قبول الشهادة، والفسق.

(٥) أي كتاب إقرار بدين يعني إذا أقر على نفسه وكتب صكاً.

(٦) أي في آخر الصك.

(٧) يعني من أخرج هذا الصك وطالب بما فيه من الحق فله ولاية المطالبة، وهذا معنى قوله: فهو ولي ما فيه.

(٨) هذه صيغة استثناء وهي محل الشاهد من إيراد المؤلف لقول أبي حنيفة هذا.

(٩) مذهب أبي حنيفة رحمه الله في العبارة السابقة بطلان الصك كله لأن الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة، بخلاف قول صاحبيه: إن الاستثناء عائد إلى ما يليه فلا يبطل الصك عندهما. انظر: العناية وفتح القدير ٧/ ٣٣٧، البناية ٨/ ٨٩.

أدب القاضي^(١)، ولئن كان في إعادة الاستثناء إلى الجمل كلها أو إلى الجملة الأخيرة احتمال فيرجع عوده إلى كل ما تقدم بفهم عمر وأبي الدرداء وابن عباس^(٢)، ولا يعرف لهم مخالف في الصحابة، والمسألة مبسطة في كتب الخلاف^(٣)، ويكفي ما ذكر من التنبيه.

قوله: (والأصل فيه^(٤) قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تقبل شهادة الولد لوالده، ولا الوالد لولده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده، ولا المولى لعبده، ولا الأجير لمن استأجره»^(٥)).

لا أصل لهذا الحديث في كتب الحديث^(٦)، بل قد روى عبد الرزاق بسنده عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «تجوز شهادة الوالد لولده، والولد لوالده»^(٧).

(١) الهداية ٣/١٢٣.

(٢) تقدم قريباً نقل المؤلف عن صاحب المغني رواية هؤلاء الثلاثة.

(٣) انظر مثلاً: المغني ٩/١٩٩، المحلى ٨/٥٣٠.

(٤) أي في عدم جواز شهادة الوالد لولده والعكس.

(٥) قال في نصب الراية ٤/٨٢: غريب، وقال في الدراية ٢/١٧٢: لم أجده.

(٦) قد رواه ابن أبي شيبة في مصنفه - في البيوع والأفضية - ٥/٣٤٢ من قول شريح قال: لا تجوز شهادة الابن لأبيه، ولا الأب لابنه، ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته، ومن قول إبراهيم النخعي نحوه وزاد: ولا العبد لسيده، ولا السيد لعبده، ولا الشريك لشريكه، ولا كل واحد منهما لصاحبه، ورواه أيضاً عبد الرزاق في مصنفه ٨/٣٤٤.

قال ابن حزم في المحلى ٨/٥٠٥ عن الرواية من طريق شريح: لا تصح - وصح عن إبراهيم النخعي في الأب والابن.

(٧) مصنف عبد الرزاق ٨/٣٤٤.

وقال ابن المنذر في الأشراف بعد ذكر القائلين برد شهادة الوالد والولد: وأجازت طائفة شهادة الوالد لولده، والولد لوالده، لظاهر قوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾^(١).

روينا هذا القول عن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز، وبه قال إسحاق والمزني وأبو ثور، وأجاز إياس ابن معاوية شهادة رجل لأبيه، وذكر الزهري قوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^(٢).

قال^(٣): «لم يكن يتهم في سلف والد لولده، ولا ولد لوالده، ولا أخ لأخيه، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته إذا رضي هديهم، قال: ثم دَخَلَ^(٤) الناس بعد ذلك، فتركت شهادتهم»^(٥).

قال أبو بكر بن المنذر: وبهذا أقول اتباعاً لظاهر الكتاب، ولا يجاب الله القيام بحقه في عباده، وفيما فرض لبعضهم على بعض، ولقوله: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾^(٦) ولا يجوز أن يتهم شاهد، ولا يجوز أن يظن المرء بأخيه إلا

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٢) سورة النساء، الآية: ١٣٥.

(٣) أي الزهري.

(٤) المعنى: أنه ظهر فيهم الفساد والخداع، ودخل: بفتح الدال وكسر الخاء ودَخَلَ دخلاً، وبضم الدال دُخِلَ دخلاً فهو مدخول، والدخل بالتحريك العيب والغش والفساد، ودَخَلَ الشيء بمعنى فسده داخله. انظر: معجم مقاييس اللغة ٢/ ٣٣٥، لسان العرب ١١/ ٢٤١.

(٥) أورده مستشهداً به ابن حزم في المحلى ٨/ ٥٠٦.

(٦) سورة الطلاق، الآية: ٢.

خيراً، ثبت أن رسول الله ﷺ قال: «إياكم والظن فإنه أكذب الحديث»^(١) انتهى^(٢).

وفي قول عمر رضي الله عنه في كتابه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه: «أو ظنيماً في ولاء أو قرابة»^(٣) تنبيه على أن الردّ بالتهمة لا مطلقاً^(٤)؛ لأن الظنين: المتهم، والشهادة تُردّ بالتهمة^(٥)، وهذا مذهب أهل الظاهر أيضاً^(٦)، ورواية عن أحمد^(٧).

(١) متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، رواه البخاري مع الفتح - أدب - باب «يا أيُّها الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا...» ١٠ / ٤٨٤، ومسلم - كتاب البر والصلة - باب تحريم الظن والتجسس، حديث رقم ٢٥٦٣.

(٢) الآثار المذكورة عن الزهري وغيره ذكرها ابن حزم في المحلى ٨ / ٥٠٦، ٥٠٧، وانظر: المغني ٩ / ١٩٤، وقد ذكر هناك مذهب ابن المنذر.

(٣) تقدم تخريجه في كتاب أدب القاضي.

(٤) أي أن رد شهادة القرابة إنما هو لأجل التهمة لا لأجل القرابة.

(٥) انظر: إعلام الموقعين ١ / ١٢٨.

(٦) انظر: المحلى ٨ / ٥٠٨، ٥٠٩.

(٧) لأحمد رحمه الله ثلاث روايات في شهادة الوالدين وعكسه: الأولى: أنها لا تقبل، وهي المذهب، الثانية: تقبل شهادة الابن لأبيه دون العكس. الثالثة: تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه فيما لا تهمة فيه كالنكاح والطلاق والقصاص فكل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة في حقه، وهذه الرواية هي التي أشار إليها المؤلف واختارها ابن القيم.

انظر: المغني ٩ / ١٩٣، والإنصاف ١٢ / ٦٦، إعلام الموقعين ١ / ١٢٨، والرواية الأولى هي مذهب الجمهور. انظر: فتح القدير والعناية ٧ / ٤٠٣، والمدونة ٥ / ١٥٤، والكافي لابن عبد البر ٢ / ٢١٠، والأم ٧ / ٨٦، والروضة ٨ / ٢١٢.

وقال عبد الرزاق: حدثنا سفيان بن عيينة عن شبيب بن غرقدة^(١) قال: «سمعت شريحاً أجاز لامرأة شهادة أبيها وزوجها، فقال له الرجل: أبوها وزوجها؟ فقال شريح: من يشهد للمرأة إلا أبوها وزوجها»^(٢).

وقال أبو بكر بن أبي شيبة: حدثنا شبابة^(٣) عن ابن أبي ذئب عن سليمان^(٤) قال: «شهدت لأمي عند أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم فقضى بشهادتي»^(٥) انتهى.

قالوا: وقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ... مِنْ تَرْضُونَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾^(٦) يشمل الآباء والأبناء والأقارب، ولم يخرجهم نص ولا إجماع.

قالوا: ومدار حججكم على البعضية^(٧) والتهمة، فأما التهمة فهي سبب في رد الشهادة مطلقاً^(٨)، فمتى وجدت منعت قبول الشهادة للقريب والأجنبي ولا شك أن تهمة الإنسان في صديقه ومن يصفيه مودته ومحبته أعظم من

(١) شبيب بن غرقدة: بمجمة وقاف، ثقة. التقريب ص ٢٦٤.

(٢) مصنف عبد الرزاق ٨/٣٤٤، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٥/٣٤٢، في البيوع والأقضية.

(٣) شبابة بن سوار المدائني، أصله من خراسان، يقال: كان اسمه مروان، مولى بني فزارة، ثقة حافظ رمي بالإرجاء، مات سنة ٢٠٤، وقيل: بعدها. التقريب ص ٢٦٣.

(٤) سليمان بن أبي سليمان، أبو إسحاق الشيباني الكوفي، ثقة مات في حدود الأربعين. التقريب ص ٢٥٢.

(٥) مصنف ابن أبي شيبة - البيوع والأقضية ٥/٣٤٣.

(٦) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٧) أي التي بين الأب وابنه بمعنى أنها توجب أن تكون شهادة أحدهما للآخر شهادة لنفسه.

(٨) أي في القرابة وغيرها.

تهمته في أبيه وابنه .

وأما البعضية فإنه لا يلزم منها أن يكون في معنى نفسه في أحكام الدنيا، ولا في أحكام الآخرة، ولا يقوم أحدهما مقام الآخر فيما يجب عليه وله، من حدٍّ و اجب أو ثواب أو عقاب^(١).

قالوا: وما نظرتم به من عدم جواز الزكاة إليهم^(٢) فذلك من مسائل النزاع، لا من مسائل الإجماع^(٣)، ولو سلّم ثبوت الحكم فيها لا يلزم منه عدم قبول شهادة أحدهما للآخر حيث تنتفي التهمة؛ لأن الشهادة خبر يعتمد الصدق والعدالة، فإذا كان المخبر به صادقاً مبرزاً في العدالة غير متهم في الإخبار به، فليس في قبول قوله قبح ولا فساد^(٤)، ولا دل نص على رده بل دلت النصوص على قبوله كما تقدم، والحاصل أن الذين ردوا شهادتهم أداروا الحكم على اعتبار القرابة لأنها مظنة التهمة ومخالفيهم أداروا الحكم على

(١) انظر: إعلام الموقعين ١/ ١٤٤، ١١٥ .

(٢) أي أن الابن لا يعطى من زكاة والده .

(٣) الأصل في هذه المسألة- أعني دفع الزكاة للولد وإن سفل أو الوالد وإن علا- عدم الجواز سواء كانوا وارثين أم لم يكونوا، وقد حكى الإجماع على ذلك ابن المنذر كما في كتابه الإجماع ص ١٥ وحكاه ابن قدامة في المغني ٢/ ٦٤٧، لكن استثنى بعض العلماء صوراً من ذلك فيما إذا كانوا غارمين أو مكاتبين أو من العاملين، فعند بعض الشافعية أنهم يعطون من سهم هؤلاء لا من سهم الفقراء .

انظر: المجموع ٦/ ٢٢٩، وصورة أخرى إن كانوا فقراء وهو عاجز عن نفقتهم، فالأقوى جواز دفعها إليهم في هذه الحال، وقد نصر القول بالجواز في هذه الصورة والتي قبلها شيخ الإسلام ٢٥/ ٩٠ .

(٤) انظر: إعلام الموقعين ١/ ١١٦، ١١٧ .

حقيقة التهمة، وكل منهما له وجه، ولكن لما كانت النصوص دالة على اعتبار التهمة، لا على اعتبار مظنتها ترجح جانب من اعتبارها^(١).

فإن قيل: لا يمكن الوقوف على حقيقة التهمة فلذلك قلنا: يدار الحكم [١٥٧/ب] على اعتبار مظنتها^(٢)، قيل: يمكن ذلك/ بغالب الظن كالوقوف على العدالة، فإن العدالة التي هي الاستقامة إنما يوقف عليها بغالب الظن فكذلك التهمة، وكالإيمان فإن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ﴾^(٣) والعلم بكونهن مؤمنات إنما هو بغالب الظن. قوله: (ولنا^(٤) ما روينا).

يشير إلى الحديث الذي ذكره قبل ذلك - وفيه -: «ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته»، وتقدم التنبية على نفي ثبوت هذا الحديث والتنبية على ضعف دليل القول برد شهادة القريب والزوج عند انتفاء التهمة.

قوله: (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض، وإن اختلف مللهم...) إلى آخر المسألة.

قال ابن المنذر: اختلف أهل العلم في شهادة أهل الملل بعضهم على بعض، فممن رأى أن شهادة أهل الكتاب جائزة بعضهم على بعض شريح،

(١) قال ابن القيم رحمه الله في إعلام الموقعين ١/ ١١١: وهؤلاء - أي الذين اعتبروا حقيقة التهمة لا مظنتها - احتجوا بالعمومات التي لا تفرق بين أجنبي وقريب وهؤلاء أسعد بالعمومات. اهـ.

(٢) انظر: الإعلام ١/ ١١٥.

(٣) سورة الممتحنة، الآية: ١٠.

(٤) أي على عدم قبول شهادة أحد الزوجين للآخر.

وعمر بن عبد العزيز، والزهري وقتادة وحماد بن أبي سليمان، والثوري والنعمان.

وقالت طائفة: لا تجوز شهادة أهل الشرك على مسلم ولا مشرك، هذا قول مالك^(١) والشافعي^(٢) وأبي ثور، وبه قال الحسن البصري وأحمد^(٣) والمزني^(٤).

وفيه قول ثالث وهو: إن شهادة أهل كل ملة مقبولة على مثلها، ولا تقبل على الملة الأخرى، هذا قول قتادة، كأنه يرى أن شهادة اليهودي على اليهودي جائزة، ولا تقبل شهادة اليهودي على النصراني، وبه قال الزهري، وقال: لا تجوز شهادة أحدهما على الآخر للعداوة التي ذكر الله بينهما. انتهى^(٥).

- ثم رجح ابن المنذر أنه لا تجوز شهادة مشرك على مسلم، ولا مشرك^(٦)، وهذا في غير شهادة أهل الذمة على وصية المسلم في السفر إذا لم يوجد غيرهم وسيأتي لذلك زيادة بيان عن قريب إن شاء الله تعالى.

-
- (١) انظر: المدونة ٥/١٥٦، ١٥٧، الكافي ٢/٢٢٩، ٢٣٠، القوانين الفقهية ص ٢٦٤.
- (٢) انظر: الأم ٧/٨٢، ٨٧، الإشراف لابن المنذر ٣/٣٩، ٤٠، الروضة ٨/١٩٩، كفاية الأخبار ٢/١٦٩.
- (٣) انظر: مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبد الله ص ٤٣٥، المحرر ٢/٢٧٢ ومعه النكت لابن مفلح الصفحة نفسها، المغني ٩/١٨٦.
- (٤) انظر: مختصر المزني مع الأم ٩/٣٢٢.
- (٥) انظر: المحلى ٨/٤٩٧ وما بعدها، وابن قدامة في المغني ٩/١٨٦.
- (٦) وهذا مذهب ابن حزم كما في المحلى ٨/٤٩١، ٤٩٧، وهو مذهب الجمهور كما تقدم، الأئمة الثلاثة وغيرهم.

وحكى صاحب المغني عن الحكم وأبي عبيد وإسحاق مثل قول قتادة،
وحكى عن الزهري والشعبي مثل قول هؤلاء والمنع مطلقاً^(١).

والقول بجواز شهادة بعض أهل الذمة على بعض مع اختلاف الملتين^(٢)،
فإن العداوة التي بينهم ليست نظير العداوة التي بين المسلم والمسلم، بل نظير
العداوة التي بين المسلم والكافر، ولكن المسلم يمنعه إسلامه من الكذب على
عدوه ولو كان كافراً، ولا كذلك الكافر، وإن كان الكفر يجمعهم فقلوبهم
شتى. وما ورد في السنن من قبول شهادة بعضهم على بعض لا يدل إلا على
قبولها عند اتحاد الملة، وهو حديث اليهوديين اللذين زنيا، «وأن النبي ﷺ دعا
بالشهود، فجاء أربعة، فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في
المكحلة، فأمر ﷺ برجمهما» رواه أبو داود^(٣)، وهو الذي أشار إليه صاحب

(١) يعني أن للزهري والشعبي قولين، قبول شهادة كل ملة بعضها على بعض، والمنع من قبولها
مطلقاً كما هو مذهب الجمهور. وانظر ما نقله المؤلف من حكاية صاحب المغني لذلك.
المغني ١٨٦/٩.

(٢) وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ومن وافقه كما تقدم، والذي يظهر أن الكلام هنا فيه نقص،
ومن سياق الكلام يتضح أنه يحتاج إلى إضافة جملة نحو: فيه نظر، لتكون خبيراً للمبتدأ
وهو قوله: والقول بجواز... إلخ، وقد مال ابن القيم رحمه الله إلى القول بجواز شهادة
أهل الكتاب بعضهم على بعض، وحكى اختيار شيخه له.
انظر: الطرق الحكمية ص ١٧٨ وما قبلها وما بعدها- الطريق السابع عشر، وزاد المعاد
٣٦/٥.

(٣) في سننه من حديث جابر بن عبد الله- حدود- باب في رجم اليهوديين ١٥٦/٤، وفي سننه
مجالد بن سعيد بن عمير الهمداني، ليس بالقوي وقد تغير في آخر عمره كما في التقريب
ص ٥٢٠، وقد أخرجه أبو داود بنحوه عن الشعبي مراسلاً ١٥٧/٤، ورجاله ثقات ولم =

الهداية في الاستدلال في هذه المسألة والله أعلم^(١).

ولكن في أكثر نسخ الهداية «أن النبي ﷺ أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض» وفي بعض النسخ «اليهود»^(٢)، وما رواه ابن ماجه عن جابر رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض»^(٣) إن صح فالمراد هذه القضية والله أعلم.

فإنه لم ينقل أنه تحاكم إليه ﷺ خصمان ذميان، وأقام المدعي البينة على المدعى عليه من غير أهل [ملة]^(٤) المدعى عليه.

= يذكر فيه: «فدعا بالشهود فشهدوا»، وأخرجه الدارقطني في أواخر النذور ١٧٠/٤، وقال: تفرد به مجالد عن الشعبي، وليس بالقوي. اهـ.

قال في نصب الراية ٨٥/٤: قال في التنقيح: قوله في الحديث: «فدعا بالشهود فشهدوا»، زيادة في الحديث تفرد بها مجالد، ولا يحتج بما يفرد به. اهـ. والحديث في صحيح أبي داود ٣/٨٤٣، رقم ٣٧٤٠.

(١) وذلك قوله في الهداية ٣/١٣٨: ولنا ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام: «أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض». وهو غريب بهذا اللفظ قاله في نصب الراية ٨٥/٤.

(٢) قال في نصب الراية ٨٥/٤: قال شيخنا علاء الدين: ويؤخذ من بعض نسخ الهداية اليهود عوض النصارى.

(٣) سنن ابن ماجه. أحكام. باب شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض ٧٩٤/٢، وفي سنن مجالد، وهو ضعيف كما تقدم. وهو في ضعيف ابن ماجه ص ١٨٤، رقم ٥٢٠، وبمعناه عند الدارقطني من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا ترث ملة ملة، ولا تجوز شهادة أهل ملة على ملة إلا أمتي، فإنهم تجوز شهادتهم على من سواهم». وفيه عمر بن راشد، قال الدارقطني: ليس بالقوي، سنن الدارقطني ٤/٦٩، وقال في التقريب ص ٤١٢: عمر بن راشد ضعيف. اهـ.

(٤) الزيادة من: ع.

وأما استدلال المصنف للشافعي ومالك رحمهما الله بقوله: قال الله تعالى: والكافرون هم الفاسقون، فكأن المصنف رحمه الله ما كان يحفظ القرآن، أو لحقته غفلة، فإن هذا اللفظ ليس في القرآن وإنما فيه: ﴿وَالْكَافِرُونَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^(١).

ولا يجوز نقل القرآن بالمعنى، وفي نقل السنة بالمعنى خلاف^(٢)، وكم قد

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٥٤، وفي نسخة الهداية التي بين يدي لم يقع فيها هذا الخطأ، وكذا في المطبوع مع فتح القدير والعناية، قال في فتح القدير ٧/ ٤١٧: ووقع في كثير من نسخ الهداية: والكافرون هم الفاسقون، وفي النهاية النسخة المصححة بخط شيخي، قال تعالى للكافرين: هم الفاسقون، إذ الذي في القرآن: ﴿وَالْكَافِرُونَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ اهـ، كذا وهو غير واضح، لكن هذا الخطأ موجود في النسخة المطبوعة مع البناية ٨/ ١٨٢، ومع فتح القدير في حاشية سعدي أفندي ٧/ ٤١٧.

(٢) قال في البحر المحيط في أصول الفقه ٤/ ٣٥٥: اعلم أن المنقول عن النبي ﷺ ضربان: أحدهما: القرآن، ولا شك في وجوب نقل لفظه، لأن القصد منه الإعجاز، والثاني: الأخبار، فيجوز للراوي نقلها بالمعنى... إلخ. اهـ.

وقد اتفق العلماء على أن الراوي إذا لم يكن عالماً بالألفاظ ومدلولاتها، ولا خبيراً بما يحيل معانيها، لم تجز له رواية الحديث بالمعنى، بل يحكيه من غير تصرف. نقل الاتفاق على ذلك النووي في التقريب مع التدريب ٢/ ٩١، وابن الصلاح في المقدمة ص ١٨٩، وابن كثير في الاختصار ص ١١٩.

ثم اختلفوا في جواز الرواية بالمعنى للعارف للعالم، فمنعها أيضاً طائفة من أصحاب الحديث والفقه والأصول وأجازها بعضهم في غير حديث النبي ﷺ المرفوع، وجمهور الناس ومنهم الأئمة الأربعة أنه يجوز بالمعنى في جميعه إذا قطع بأداء المعنى، ومال إليه ابن الصلاح وابن كثير.

انظر: بسط هذه المسألة في مقدمة ابن الصلاح ص ١٨٩، وروضة الناظر ١/ ٣١٨، وتقريب النووي مع التدريب ٢/ ٩١، واختصار علوم الحديث لابن كثير ص ١١٩، والبحر المحيط للزركشي ٤/ ٣٥٥ وما بعدها، وذكر هناك شروط جواز الرواية بالمعنى.

وقع من جهة نقل السنة بالمعنى من الغلط فإن الناس متفاوتون في فهم المعنى، وكثيراً ما يظن أنه ليس من جوامع الكلم فينقل بلفظ يدل على بعض مدلوله، فيقع التقصير والغلط بسبب ذلك.

وقوله: (ولأنه - يعني الذمي - من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه^(١)) ممنوع.

وبسبب هذا القياس^(٢) ردت شهادة العبد العدل، فإنهم لما أداروا حكم الشهادة على هذه الولاية طرداً وعكساً قبلوا شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت / مللهم عملاً بطردها^(٣)، وردوا شهادة العبد العدل عملاً [١٥٨/أ] بعكسها^(٤)، وليس إلزام الشاهد المشهود عليه [بشهادته]^(٥) من باب ولايته

(١) يعني أنه بذلك تقبل شهادته على جنسه كالمسلم.

(٢) أي هذا النوع من القياس، وهو قياس الطرد والعكس، والطردي الاصطلاح: الملازمة في الثبوت، فيلزم العلة من وجود الحكم ويلزم من وجود الدليل وجود المدلول، وكلما وجد الحد وجد المحدود، وهكذا. والمراد به ألا تكون علة مناسبة ولا مؤثرة، والعكس في الاصطلاح: الملازمة في الانتفاء، فإذا انتفت العلة انتفى الحكم وكلما انتفى الحد انتفى المحدود وهكذا، والخلاف قائم في مسألة اطراد العلة، وهل هو شرط لها أم لا، وكذلك الانعكاس.

انظر: البحر المحيط ٥/١٤٣، ٢٤٨، روضة الناظر ٢/٢٨٦، ٢٨٧، التعريفات ص ١٤١، ١٥٣، فتاوى شيخ الإسلام ١٨/٢٧٣ وما بعدها. وآداب البحث والمناظرة للشنقيطي ص ٤٢، ٤٣.

(٣) يعني أنهم اعتبروا الشهادة بالولاية فلما صح عندهم أن الذمي من أهل الولاية على نفسه وأولاده أطردها هذا المعنى على الشهادة.

(٤) أي أنهم لما اعتبروا الشهادة بالولاية نظروا في حال العبد فأروه مسلوب الولاية فأعملوا قياس العكس فيها، وهو إثبات نقيض حكم الأصل للفرع لوجود نقيض علة حكم الأصل فيه.

(٥) الزيادة من: ع.

عليه كما يلي على نفسه وأولاده الصغار حتى يصح قياس شهادته على جنسه عليه، بل من باب إخباره عنه بما يلزمه حكمه وقد ترجح جانب صدقه في خبره كما مر.

وقوله: (لأنه يجتنب ما هو محرّم دينه^(١)). ممنوع، فقد أخبر الله سبحانه عنهم أنهم كذبوا عليه أعلى أنواع الكذب، فقال تعالى عنهم: ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى نَحْنُ أَبْنَاءُ اللَّهِ وَأَحِبَّاؤُهُ﴾^(٢)، وقال تعالى: ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرٌ ابْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ﴾^(٣).

فمن يكذب مثل هذا الكذب كيف لا يكذب [في]^(٤) ما هو أهون منه بكثير^(٥)، وقد نهانا رسول الله ﷺ عن تصديقهم فيما يحدثونا به عن كتابهم تصديقاً جازماً، فقال ﷺ: «لا تصدقوا أهل الكتاب بما يحدثونكم عن الكتاب، ولا تكذبوهم، و قولوا: ﴿قُولُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلَ إِلَيْنَا﴾^(٦)؛ لأن الله أخبر أنهم كتبوا بأيديهم، وقالوا: هذا من عند الله». أخرجه البخاري

(١) كذا على الإضافة بمعنى «محظور دينه» أي ما كان محظوراً فيه.

(٢) سورة المائدة، الآية: ١٨.

(٣) سورة التوبة، الآية: ٣٠.

(٤) زيادة يقتضيها السياق.

(٥) قد يجاب عن هذا الإيراد بأن جميع أهل البدع قد كذبوا على الله ورسوله، والخوارج من أصدق الناس لهجة، وقد كذبوا على الله ورسوله، وكذلك القدرية والمعتزلة وهم يظنون أنهم صادقون غير كاذبين، فهم متدينون بهذا الكذب، ويظنونه من أصدق الصدق. ذكره ابن القيم في الطرق الحكيمة ص ١٨١.

(٦) سورة البقرة، الآية: ١٣٦.

من حديث أبي هريرة رضي الله عنه^(١).

فإذا نهينا عن تصديقهم فيما يحدثوننا به عن كتابهم، فما يحدثوننا به عن غيره أولى؛ لأنهم إذا كانوا قد كذبوا على ربهم فكذبهم على غيره أهون كما تقدم، وإذا كنا نرد شهادة من يدخل الحمام بلا مئزر؛ لأنه قد فعل فعلاً محظوراً، فلا يؤمن عليه أن يشهد بالزور، كيف تقبل شهادة من قد كذب على ربه، وفي دينه فزاد فيه ونقص، وباب الإخبار غير باب الولاية، والخبر تارة يقترن به ما يرجح صدقه، وتارة يقترن به ما يرجح كذبه.

فإن صح قبول النبي ﷺ شهادة الأربعة من اليهود على زنا اليهوديين فلما اقترن به من دلالة الصدق، فإنهم لم يأتوا النبي ﷺ ليرجمهما؛ لأنهما كانا من أشrafهم، ولكن قالوا: إن حكم بالجلد قبلنا حكمه، وإن حكم بالرجم رجعنا إلى عادتنا، وذلك قوله تعالى حكاية عنهم: ﴿يَقُولُونَ إِنَّ أُوتِيئِمُ هَذَا فَعُذُوهُ وَإِن لَّمْ تَرْتُوهُ فَاحْذَرُوا﴾^(٢).

وكانت عادتهم الجلد والتحميم^(٣)، والقصة معروفة في موضعها^(٤) ولو

(١) البخاري مع الفتح - اعتصام - باب قول النبي ﷺ: «لا تسألوا أهل الكتاب عن شيء» ٣٣٣/١٣، وفي كتاب التوحيد - باب ما يجوز من تفسير التوراة وغيرها ١٣/٥١٦، لكن قوله في الحديث: لأن الله أخبر... إلخ، ليس هو في حديث أبي هريرة، وجاء معناه في حديث ابن عباس رضي الله عنهما - في كتاب الشهادات - باب لا يسأل أهل الشرك عن الشهادة وغيرها ٥/٢٩١.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٤١.

(٣) التحميم: تسويد الوجه، وهو من الحممة، وهي الفحمة وجمعها حُمم، انظر: النهاية ٤٤٤/١، معجم مقاييس اللغة ٢/٢٣.

(٤) تقدم تخريجها.

قيل : إن القضية واقعة عين لا عموم لها ، وأن رسول الله ﷺ عرف صدق أولئك اليهود الذين شهدوا بالزنا عنده بطريق الوحي لكان أولى من كثير مما ادعى فيه أنه واقعة عين ، كل ذلك على تقدير ثبوت قبول شهادتهم ، ولم يثبت وكيف ترد شهادة الولد مع بروز عدالته لكونه مظنة التهمة ، وتقبل شهادة اليهودي على النصراني أو عكسه مع وجود التهمة ، وكيف يعلل لقبول شهادته بأنه يجنب ما يعتقد محرماً ، ولا يقال مثل هذا للمسلم إذا شهد لوالده ولولده وهو أحق بأن يقال في حقه هذا التعليل ، فإن تجنب المسلم العدل لما يعتقد محرماً أعظم من تجنب الكافر .

قوله : (وبخلاف شهادة الذمي على المسلم) ^(١) .

وقد استثنى شريح وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير والشعبي ، وعبيدة السلماني ، وابن سيرين ومجاهد وأحمد ^(٢) والنخعي والأوزاعي ويحيى بن حمزة ^(٣) ، من ذلك شهادتهم على وصية المسلم في السفر إذا لم يكن عنده أحد

(١) هذا جواب عن قول القائلين بأنه لا تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، وعللوا بالفسق ، قالوا : ولهذا لا تقبل شهادة أحدهم على المسلم ، وهم قالوا بقبول شهادة بعضهم على بعض لثبوت الولاية فيهم ، فأورد أولئك عليهم بأنه لو استلزمت الولاية أهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ، فقال هؤلاء : إن شهادة الذمي على المسلم بخلاف تلك المسألة ؛ لأن الذمي لا ولاية له بالإضافة إلى المسلم ؛ ولأنه يتقول عليه لأنه يغظه قهر المسلم إياه . وانظر : الهداية ومعها العناية ٤١٨ / ٧ .

(٢) انظر : مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبد الله ص ٤٣٥ ، والمغني ٩ / ١٨٤ ، المحرر ٢٧٢ / ٢ ، ومع النكت السنوية الصفحة نفسها .

(٣) يحيى بن حمزة بن واقد الحضرمي ، أبو عبد الرحمن الدمشقي ، القاضي ، ثقة ، رمي بالقدر ، مات سنة ١٨٣ هـ . التقريب ص ٥٨٩ ، وانظر ترجمته في السير ٨ / ٣٥٤ ، وشذرات الذهب ١ / ٣٠٥ .

من المسلمين وهو مروى عن أبي موسى الأشعري^(١) وابن مسعود رضي الله عنهما^(٢).

قال ابن المنذر: والقائل بخلاف هذا القول^(٣) تارك للقول بظاهر القرآن،

(١) روى أبو داود في سننه - أفضية - باب شهادة أهل الذمة وفي الوصية في السفر ٣ / ٣٠٧ عن الشعبي «أن رجلاً من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقاء فلم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته، فأشهد رجلين من أهل الكتاب، فقدموا الكوفة فأتيا أبا موسى الأشعري، فأخبراه، وقدما بتركته ووصيته، فقال الأشعري: هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ فأحلفهما بعد العصر بالله ما خاننا ولا كذبا ولا بدلا ولا كتما ولا غيرا، وإنها لوصية الرجل وتركته، فأمضى شهادتهما».

قال في فتح الباري ٥ / ٤١٢: رجاله ثقات، ورواه ابن حزم في المحلى ٨ / ٤٩٣ من طريق سعيد بن منصور، ثم إنني رأيت في كتاب أحكام القرآن للنجصاص ٤ / ١٦٠ قد ذكر ابن مسعود رضي عنه فقال: وقد روي في تأويل الآية عن عبد الله بن مسعود وأبي موسى... إلخ. ولم يورد أثراً لابن مسعود، فوقفت على أثره في الناسخ والمنسوخ لأبي عبيد ص ١٥٦، ١٥٧: أن رجلاً من المسلمين خرج فمر بقريية، وذكر قصة طويلة. وذهب إلى القول بذلك ابن حزم في المحلى ٨ / ٤٩١، وابن القيم في الطرق الحكمية ص ١٩٢، وحكاها عن شيخه شيخ الإسلام ابن تيمية.

(٢) كذا في النسختين، والصواب: ابن عباس. فإنه لم يذكر أحد ممن ذكر هذه الآثار ابن مسعود وكلهم يذكر ابن عباس وستأتي روايته قريباً. انظر: هذه الآثار في المحلى ٨ / ٤٩٢ وما بعدها، والمغني ٩ / ١٨٤ وما بعدها.

(٣) أي جواز شهادة أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم، والقائلون بخلافه هم الأئمة الثلاثة غير أحمد.

قال في المغني ٩ / ١٨٤: واختلفوا - أي الأئمة الثلاثة - في تأويل الآية، فمنهم من حملها على التحمل دون الأداء، ومنهم من قال: المراد بقوله: «من غيركم» أي من غير عشيرتكم، ومنهم من قال: الشهادة في الآية اليمين. اهـ.

ومثل ذلك ذكره ابن القيم في الطرق الحكمية ص ١٨٦ الطريق السابع عشر، وزاد ذلك تفصيلاً الحافظ في الفتح ٥ / ٤١٢.

وبظاهر الأخبار، ومعنى اللغة، وقال: ألم تسمع إلى قول الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ﴾^(١) فأوقع الذكر بينهم باسم الإيمان الجامع لهم ثم قال: ﴿أَوْ آخِرَانَ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾^(٢) ولا يجوز في اللغة غير ذلك. انتهى.

وعن جبير بن نفيير^(٣) قال: «دخلت على عائشة رضي الله عنها، فقالت: هل تقرأ سورة المائدة، قلت: نعم، قالت: فإنها آخر سورة أنزلت فما وجدتم فيها من حلال فأحلوه، وما وجدتم فيها من حرام فحرموه» رواه أحمد^(٤).

وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري^(٥) وعدي بن بداء^(٦)، فمات السهمي بأرض ليس بها مسلم، فلما

= وانظر: أحكام القرآن للجصاص ١٦٣/٤، أحكام القرآن للقرطبي ٣٥١/٦، المدونة ١٥٦/٥، أحكام القرآن للشافعي ١٤٥/٢، الأم ٨٢/٧، نواسخ القرآن لابن الجوزي ص ٣٢٠.

(١) سورة المائدة، الآية: ١٠٦.

(٢) الآية السابقة نفسها.

(٣) جبير بن نفيير بن مالك بن عامر، الإمام الكبير، أبو عبد الرحمن الحضرمي الحمصي، أدرك الجاهلية ولم ير النبي ﷺ، أسلم في خلافة أبي بكر رضي الله عنه وحدث عنه، وهو معدود في كبار تابعي أهل الشام، ولأبيه نفيير صحبة ورواية، توفي سنة ٧٥هـ، وقيل: ٨٠هـ، الاستيعاب ٢٣٢/١، السير ٧٦/٤، وشذرات الذهب ٨٨/١.

(٤) في مسنده ١٨٨/٦، ورواه الحاكم ٣٤٠/٢، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وأورده ابن حزم في المحلى ٤٩٣/٨ على سبيل الاحتجاج به.

(٥) هو تميم بن أوس بن حارثة، أبو رقية الداري، مشهور في الصحابة، كان نصرانياً، وقدم المدينة فأسلم، وهو صاحب القصة في الدجال والجماساة وصاحب الجام، مات بالشام، انظر: الاستيعاب ١٨٤/١، الإصابة ١٨٣/١.

(٦) عدي بن بداء بتشديد الدال، له ذكر في قصة تميم الداري في نزول قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ﴾ وكانا نصرانيين يختلفان بالتجارة، قال بعضهم: له صحبة فأنكر عليه، والأقرب أن عدياً مات نصرانياً. انظر: الإصابة ٤٦٧/٢.

قدموا بتركته فقدوا جاماً^(١) من فضة مخوصاً^(٢) بذهب فأحلفهما رسول الله ﷺ ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا: ابتعناه من تميم وعدي بن بداء، فقام رجلان من أوليائه فحلفا: لشهادتنا أحق من شهادتهما، وأن الجام لصاحبهم، قال: وفيهم نزلت هذه الآية: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ﴾ رواه البخاري وأبو داود^(٣).

والمسألة والخلاف فيها مشهور، وليس مع من يدعي النسخ إلا مجرد الدعوى^(٤)، وقد عملت بها الصحابة بعد النبي ﷺ^(٥).

أما قول من/ قال: إن معنى قوله تعالى: ﴿أَوْ آخِرَانَ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ أي [١٥٨/ب] آخِرَانِ مِنْ غَيْرِ قَبِيلَتِكُمْ^(٦) فمشكل، فإن الله تعالى خاطب المؤمنين بقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ لم يخاطب أهل قبيلة معينة منهم حتى يصح أن يقال: من

(١) الجام: إناء من فضة، عربي صحيح. انظر: لسان العرب ١١٢/١٢.

(٢) أي عليه صفائح الذهب مثل خوص النخل. النهاية ٨٧/٢.

(٣) البخاري مع الفتح - وصايا - باب قول الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ﴾ الآية ٥ / ٤٠٩، وأبو داود - أفضية - باب شهادة أهل الذمة في الوصية في السفر ٣ / ٣٠٧.

(٤) ومما يدل على بطلان دعوى النسخ أثر عائشة المتقدم فإن فيه أن المائدة آخر سورة نزلت من القرآن، وقد ذكر ابن حزم في المحلى ٨ / ٤٩٤، من طريق ابن مهدي عن عمرو بن شرحبيل قال: لم ينسخ من سورة المائدة.

ومن روي عنه دعوى النسخ غير الجمهور زيد بن أسلم، عزاه إليه ابن حزم في المحلى ٨ / ٤٩٦، وابن الجوزي في نواسخ القرآن ص ٣٢١، وابن القيم في الطرق الحكمية ص ١٨٦.

(٥) كذا حكاه ابن القيم في الطرق الحكمية ص ١٨٦.

(٦) روي ذلك عن الحسن والزهرري، عزاه إليهما ابن حزم في المحلى ٨ / ٤٩٥، وابن القيم في الطرق ص ١٨٦.

غير قبيلتكم، وقبول شهادة أهل الذمة على المسلم في مثل هذه الحالة بمنزلة أكل الميتة عند الضرورة، ولا يمكن رد هذا الحكم الخاص لعمومات النصوص الدالة على عدم قبول شهادة الكافر على المسلم، بل يجب أن تخص تلك العمومات بهذا النص، كيف وأنه متأخر عنها^(١).

* * *

(١) أي لأنه من سورة المائدة وهي من آخر ما نزل كما تقدم ذكره عن عائشة رضي الله عنها.

باب الإختلاف في الشهادة

قوله : (ولأبي حنيفة أنهما اختلفا^(١) لفظاً، وذلك يدل على اختلاف المعنى ؛ لأنه يستفاد باللفظ، وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين، بل هما جملتان متباينتان - إلى آخره -) .

قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله - في قبول شهادتهما في الألف - أقوى كما هو مذهب الأئمة الثلاثة^(٢) وغيرهم^(٣)؛ وذلك لأن دلالة المثني دلالة تكرار الواحد بالعطف .

فقوله : له عليّ ألفان، كقوله : له عليّ ألف وألف، ولو قال كذلك لزمه ألف فكذا إذا قال ألفان، ولكن عند الأئمة الثلاثة لو حلف المدعي مع هذه الشهادة تثبت ألفان؛ لأنهم يرون القضاء بالشاهد واليمين^(٤) كما وردت به السنة^(٥) .

(١) أي الشاهدان، وذلك إذا شهد أحدهما بألف، والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف ومحمد تقبل على الألف لأن الشاهدين اتفقا على الألف وتفرد أحدهما بالزيادة .

(٢) انظر : المدونة ١٦٧/٥، المهذب مع تكملة المجموع ٢٠/٢٧٢، المغني ٩/٢٦٦ .

(٣) قال به شريح وابن أبي ليلى وإسحاق وأبو عبيد عزاه إليهم في المغني ٩/٢٦٦، وانظر : أثر

شريح وآخر عن الحسن في مصنف ابن أبي شيبة في البيوع والأفضية ٥/٨٣ .

(٤) انظر المصادر السابقة .

(٥) أخرج مسلم في صحيحه - أفضية - باب القضاء باليمين والشاهد - حديث ١٧١٢ عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد» .

قوله: (بخلاف العشرة، والخمسة عشر؛ لأنه ليس بينهما حرف عطف فهو نظير الألف والألفين).

يعني إذا شهد أحد الشاهدين بعشرة، والآخر بخمسة عشرة، والدعوى بعشرة، لا يثبت بهذه الشهادة شيء عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما تثبت عشرة، وقد مر التنبيه على ترجيح قولهما في الألف والألفين، وكذلك العشرة والخمسة عشر؛ لأن أصل خمسة عشر، خمسة وعشرة، حذف حرف العطف، وضمن الاسم الذي بعده معناه، فبني لذلك، وهذا معنى تركيب المزج عند النحاة، ولو صرح بذلك، وقال: خمسة وعشرة لزمّت العشرة فكذا مع التركيب.

قوله: (وإذا شهد بألف وقال: أحدهما قضاة منها خمسمائة، قبلت شهادتهما بألف؛ لاتفاقهما عليه، ولم يسمع قوله: إنه قضاة؛ لأنه شهادة فرد إلا إن شهد معه آخر، وعن أبي يوسف أنه يقضي بخمسمائة؛ لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمسمائة، وجوابه ما قلنا^(١)).

قول أبي يوسف أقوى، ولا يصلح ما علل به جواباً له؛ لأن قوله في مجلس الأداء: قضاة منها خمسمائة، بمنزلة ما إذا قال: أوهمت بعض شهادتي، وذلك يقبل منه فإنه إذا علم أنه قضاة منها خمسمائة لم يكن له أن

(١) أي قوله: لاتفاقهما عليه، يعني فبعد ثبوت الألف باتفاقهما، شهد واحد بسقوط خمسمائة فلا تقبل، انظر: العناية، وفتح القدير ٧/ ٤٤١، وقيل: إنه أشار به إلى قوله: لأنه شهادة فرد. انظر: البناية ٨/ ٢٠٥.

يشهد إلا بما بقي من الألف لا بالألف ، فكان ذكر الألف مع ذكر القضاء منها بمنزلة الاستثناء والاستدراك ونحوه ، وإن كان من حيث اللفظ شهادتين فالعبرة للمعنى .

قوله : (وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قضاها ، فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا ، وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا تقبل وهو قول زفر ؛ لأن المدعي أكذب شاهد القضاء^(١) ، قلنا : هذا هو إكذاب في غير المشهود به الأول ، وهو القرض^(٢) ومثله لا يمنع القبول .

ما ذكره الطحاوي^(٣) - وهو قول زفر - أقوى وأولى بالاعتبار ، لا باعتبار ما علل له به المصنف^(٤) بل باعتبار أنه رجوع معنى والعبرة للمعاني ، والرجوع^(٥) قبل الحكم يوجب سقوط الشهادة ، وليس هذا من باب إكذاب المدعي شاهده ، بل من باب رجوع الشاهد عن شهادته قبل الحكم فتأمل .

* * *

(١) يعني وهو تفسيق له .

(٢) أي لأنه أكذبه في الذي عليه وهو القضاء وهو غير الأول لا محالة ، كذا في العناية . ٤٤٢/٧ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص ٣٤٣ .

(٤) يعني قوله : لأن المدعي أكذب شاهد القضاء .

(٥) أي رجوع الشاهد عن شهادته .

باب الشهادة على الشهادة

قوله: (ولنا قول علي رضي الله عنه «لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين»).

لا أصل لهذا الأثر في كتب الحديث^(١)، وإنما روى البيهقي معناه عن الشعبي^(٢)، وحكى صاحب المغني عن الشعبي خلاف ذلك، وهو أنه قال بجواز شهادة اثنين على شهادة على كل واحد واحد، وحكاه عن شريح أيضاً وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وإسحاق والبتي والعنبري ونمير بن أوس^(٣) وهو مذهب أحمد^(٤).

قوله: (ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا^(٥))، وهو حجة

(١) قال في نصب الراية ٤ / ٨٧: غريب. وقال في الدراية ٢ / ١٧٣: لم أجده.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه ١٠ / ٢٥١ بسنده إلى الشعبي قال: لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين، وهو عند ابن أبي شيبة ٥ / ٣٧٢ عن الشعبي أيضاً، وأخرجه عبد الرزاق ٨ / ٣٣٩ من قول علي رضي الله عنه نحوه.

(٣) نمير بن أوس الأشعري، قاضي دمشق، ثقة، كان قليل الحديث، أحد شيوخ الأوزاعي مات سنة ١٢١ هـ، ووهب من عده من الصحابة، وكانت وفاته في خلافة هشام بن عبد الملك. انظر: طبقات ابن سعد ٧ / ٣١٧، التقريب ص ٥٦٦، شذرات الذهب ١ / ١٥٩.

(٤) انظر: المغني ٩ / ٢١٤، وانظر المحلى ٨ / ٥٤٠، ومذهب مالك والشافعي كمذهب أبي حنيفة في أنه لا يقبل على شهادة واحد إلا اثنان، انظر: المدونة ٥ / ١٦٠، الكافي لابن عبد البر ٢ / ٢١٦، الأم ٧ / ٩٠، الروضة ٨ / ٢٦٥.

(٥) أي من قول علي رضي الله عنه المتقدم قريباً.

على مالك رحمه الله^(١) .

مذهب مالك كمذهب أبي حنيفة رحمه الله، وهو أحد قولي الشافعي^(٢) ولكن لا بد عندهما من أن يكونا رجلين، ولا تقبل شهادة النساء في الشهادة على الشهادة^(٣)، وعند أبي حنيفة تجوز شهادة رجل وامرأتين على كل من رجلين^(٤)، وإنما قال باعتبار شهادة اثنين على كل واحد/ واحد، أحمد مع من (١٥٩/ أ) تقدم ذكرهم، وقال إسحاق وأحمد: إنه لم يزل أهل العلم على هذا، شريح فمن دونه^(٥) .

فصل:

قوله: (لهما^(٦) ما روي عن عمر رضي الله عنه «أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً وسخّم^(٧) وجهه»).

(١) قال في فتح القدير ٧ / ٤٦٤ - عند قول المصنف وهو حجة على مالك، فيه نظر إذ كتبهم ناطقة بأن شهادة الواحد على الأصل لا تجوز، وما ذكره المصنف رواية عنه اهـ، وإنما قال صاحب الهداية ذلك على ما نقل عن مالك في كتب أصحابهم - أعني الحنيفة - فإنه قال هناك: يجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد، انظر: فتح القدير ٧ / ٤٦٣، والبنية ٨ / ٢٣٤ .

(٢) هو قوله في الجديد .

(٣) انظر: المدونة ٥ / ١٦٠، الكافي ٢ / ٢١٧، الأم ٧ / ٩٠، روضة الطالبين ٨ / ٢٦٥ .

(٤) انظر: فتح القدير ٧ / ٤٦٣ .

(٥) عزاه إليهما في المغني ٩ / ٢١٤ .

(٦) أي لأبي يوسف ومحمد، حيث إن قولهما في شاهد الزور الضرب والحبس .

(٧) السخام: سواد القدر، وسخّم الرجل وجهه سوّده بالسخام، انظر: غريب الحديث للحري ١، النهاية لابن الأثير ٢ / ٣٥١، المصباح المنير ص ١٠٢ .

أخرجه البيهقي وضعفه^(١)، وينبغي أن يكون ذلك مفوضاً إلى رأي الحاكم، يعامل كل شخص بما يرى أنه يردعه من تشهير وضرب وحبس أو بعض ذلك، فإن الاختلاف الوارد عن السلف يتتظم بهذا كما هو مذهب الشافعي^(٢) وغيره^(٣) والله أعلم.

* * *

(١) سنن البيهقي ١٠ / ١٤٢، وأعله بالانقطاع، ويكون السند فيه من لا يحتج به، وبمعارضته لحديث «لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله» متفق عليه، وأخرجه ابن أبي شيبة في الحدود ٦ / ٥٤٣، عن مكحول قال: «كتب عمر بن الخطاب في شاهد الزور يضرب أربعين سوطاً، ويسخم وجهه، ويحلق رأسه ويطاف به، ويطلب حبسه».

(٢) انظر: المهذب مع تكملة المجموع ٢٠ / ٢٣٢.

(٣) هو مذهب الحنابلة، انظر: المغني ٩ / ٢٦٣، الإنصاف ١٢ / ١٠٧، وعند مالك يضرب بقدر ما يرى الإمام ويطاف به ويشهر، المدونة ٥ / ٢٠٣، الكافي لابن عبد البر ٢ / ٢٢٩، وأما أبو حنيفة فذكر عنه صاحب الهداية ٣ / ١٤٦: أنه قال: شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعزره.

كتاب الرجوع عن الشهادة

قوله : (ولأن الرجوع توبة) ^(١) .

فيه نظر، فقد يقول الشاهد: كنت كاذباً في شهادتي عامداً، أو شهدت بالزور أو نحو ذلك من الألفاظ، ولا يذكر لفظ الرجوع، وحكم ذلك كله حكم للرجوع بلفظه، ولا يلزم في ذلك كله أن يكون قد تاب، وفي مثل هذا يعزر مع التضمنين ^(٢) .

قوله : (وقال الشافعي: لا يضمنان لأنه لا عبرة للتسبب عند وجود المباشرة) ^(٣) .

هذا القول الذي نسبه إلى الشافعي رحمه الله ضعيف، قال النووي رحمه الله في الروضة: والمذهب الغرم مطلقاً ^(٤) .

-
- (١) هذا تعليل لقوله قبل ذلك: ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم... ولأن الرجوع توبة، أي لأن الرجوع عن الشهادة توبة عن جنابة الكذب، والتوبة على حسب الجنابة فجنابة السر توبتها سراً، وجنابة العلانية توبتها علانية، وشهادة الزور في جنابة في مجلس الحكم، فالتوبة عنها تتقد به. انظر: العناية ٧ / ٤٨٠، والبنية ٨ / ٢٤٢ .
- (٢) أما كونه يعزر فلكونه شاهد زور، وأما ضمانه فإنه يضمن ما ترتب على شهادته من مال أو غيره، إن كان الرجوع بعد الحكم، فإن كان قبله فلا ضمان .
- (٣) وذلك في مسألة ما إذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا، قال صاحب الهداية يضمنان المال للمشهود عليه، ثم نقل عن الشافعي عدم الضمان .
- (٤) أي غرم الأموال أعيانها وديونها بخلاف من يرى غرم الدين دون العين. انظر: روضة الطالبين ٨ / ٢٧٤ .

كتاب الوكالة

قوله: (وقد صح أن النبي ﷺ وكّل حكيم بن حزام بالشراء، وبالتزويج عمر بن أم سلمة).

عجباً للمصنف كيف يستدل بهذين الحديثين، ويدعي فيهما الصحة الأول: ضعيف، والثاني: الاستدلال به غلط، أما الحديث الأول فأصله «أن النبي ﷺ بعثه يشتري له أضحية بدينار، فاشتري أضحية فأربح فيها ديناراً، فاشتري أخرى مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ فقال: «ضح بالشاة وتصدق بالدينار» رواه الترمذي وقال: لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم^(١).

ولأبي داود نحوه من حديث أبي حصين^(٢) عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم^(٣) ولو استدل بحديث عروة بن أبي الجعد البارقى^(٤) - رضي الله عنه «أن

(١) سنن الترمذي - بيع - باب الشراء والبيع الموقوفين - ٣ / ٥٥٨ .

(٢) هو: عثمان بن عاصم بن حصين الأسدي، الكوفي، أبو حصين - بفتح المهملة - ثقة، ثبت، وربما دلس، مات سنة ١٢٧ هـ، ويقال بعدها .

(٣) سنن أبي داود - بيع - باب في المضارب يخالف - ٣ / ٢٥٦، والحديث أعله البيهقي ١١٣ / ٦، بالإرسال بسبب هذا الشيخ الذي لا يدري من هو، وهو في ضعيف أبي داود ص ٣٣٩ رقم ٧٣٣ .

(٤) عروة بن أبي الجعد، وقيل: ابن الجعد البارقى، له أحاديث، وكان فيمن حضر فتوح الشام ونزلها، ثم سيرة عثمان إلى الكوفة، وحديثه عند أهلها، انظر: الاستيعاب ٣ / ١١١، الإصابة ٢ / ٤٧٦، أسد الغابة ٤ / ٢٥ .

النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين فباع إحدهما بدينار وجاء بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه» رواه أحمد^(١) والبخاري^(٢) وأبو داود^(٣). لكان أحق وأولى فإن هذا الحديث هو الذي صح عن رسول الله ﷺ، لا ما استدل به.

وأما الحديث الثاني فأصله عن أم سلمة رضي الله عنها «أنها لما بعث النبي ﷺ يخطبها قالت: ليس أحد من أوليائي شاهداً فقال رسول الله ﷺ: «ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك»، قالت لابنها: يا عمر قم فزوج النبي، فزوجه» رواه أحمد^(٤) والنسائي^(٥) فلم يكن عمر بن أم سلمة وكيلاً عن النبي في تزويجه أمه، وإنما زوج هو أمه النبي ﷺ بإذنها بطريق الولاية عليها أو الوكالة عنها، والنبي ﷺ قبل لنفسه، ولو استدل بحديث أبي رافع مولى رسول الله ﷺ أن النبي ﷺ وكله في قبول نكاح ميمونة^(٦)، أو بما

(١) المسند ٤ / ٣٧٥.

(٢) البخاري مع الفتح - مناقب - باب بعد سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية - ٦ / ٦٣٢.

(٣) في سننه - في بيوع - باب في المضارب يخالف - ٣ / ٢٥٦.

(٤) في المسند ٦ / ٢٩٥.

(٥) في سننه - نكاح - باب إنكاح الابن أمه - ٦ / ٨١، وهو في المستدرک ٤ / ١٨، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، وقال ابن الجزري في التحقيق ٢ / ٢٦٦: وفي هذا الحديث نظر لأن عمر كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله ﷺ بغير ولي لأنه مقطوع بكفائه، وأخرجه أيضاً الحاكم ٤ / ١٨، والبيهقي ٧ / ١٣١، وهو في ضعيف النسائي ص ١١٦، ١١٧، رقم ٢٠٦، وراجع الإرواء ٢١٩، ٢٢٠.

(٦) عن أبي رافع رضي الله عنه قال: «تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو حلال وبنى بها وهو حلال، وكنت أنا السفير بينهما» رواه الترمذي وقال حديث حسن من كتاب الحج - باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم - ٣ / ٢٠٠، ولم يخرج أحد من أصحاب الكتب الستة غيره، وهو في ضعيف الترمذي ص ٩٩، رقم ١٤٣.

روي «أنه ﷺ وكل عمرو بن أمية الضمري^(١) في قبول نكاح أم حبيبة»^(٢) لكان أولى وقد دل على صحة الوكالة من الكتاب العزيز قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾^(٣) الآية، وعلى مشروعيتها انعقد الإجماع^(٤).

فصل في البيع:

قوله: (والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له^(٥) إلى آخره).

في هذا الإطلاق نظر، قال في الذخيرة: الوكيل بالعين إذا باع ممن لا تقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف، وإن كان من القيمة بغين فاحش لا يجوز بالإجماع، وإن كان بغين يسير لا يجوز عند أبي حنيفة،

(١) عمرو بن أمية بن خويلد بن ضمرة الضمري، أبو أمية، صحابي مشهور، له أحاديث، كان رجلاً شجاعاً، له إقدام، أول مشاهدته بئر معونة، وبعثه النبي ﷺ إلى النجاشي في زواج أم حبيبة، عاش إلى خلافة معاوية فمات بالمدينة قبل الستين. انظر: الاستيعاب ٢ / ٤٩٧، الإصابة ٢ / ٥٢٤.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک ٢٣ / ٤، من طريق الواقدي ولفظه: «بعث رسول الله ﷺ عمرو بن أمية الضمري إلى النجاشي يخطب عليه أم حبيبة بنت أبي سفيان، وكانت تحت عبد الله بن جحش، فزوجها إياه وأصدقها النجاشي من عنده عن رسول الله ﷺ أربعمائة دينار»، وأكثر ما يروى هذا الحديث في كتب السير. انظر: طبقات ابن سعد ٤ / ١٨٨، سير أعلام النبلاء ٢ / ٢٢٠.

(٣) الكهف: ١٩.

(٤) حكى الإجماع ابن المنذر في الإشراف ٣ / ٢٩٣، وابن قدامة في المغني ٥ / ٨٧، وانظر: الإجماع لابن المنذر ص ٨٠.

(٥) مثل ابنه وأخيه.

وعندهما يجوز، وإن كان يمثل القيمة فعن أبي حنيفة روايتان في رواية الوكالة والبيع لا يجوز، وفي رواية المضاربة يجوز انتهى^(١).

وقولهما^(٢): أقوى، إذ الأملاك بينهم متباينة، والمحابة منتفية، وقد تقدم ما في منع قبول الشهادة منهم من الكلام في كتاب الشهادات.

قوله: (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض - إلى آخره -).

قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أقوى^(٣) فإن المعروف كالمشروط، وقد أُلزما أبا حنيفة رحمه الله بما ذكره المصنف^(٤) من أنه يتقيد التوكيل بشراء الفحم والحمد^(٥) والأضحية بزمان الحاجة^(٦)، وأن البيع بغبن

(١) عزاه إلى الذخيرة في نتائج الأفكار تكملة فتح القدير ٧٤ / ٨.

(٢) أي قول أبي يوسف ومحمد بجواز بيع الوكيل من أبيه وجده يمثل القيمة أو بغين يسير.

(٣) أي قولهما بعد الجواز إذا كان غيباً فاحشاً بخلاف اليسير، وأنه لا يجوز إلا بالدرهم والدينانير.

(٤) أي تعليلاً لقولهما بيانه أن مطلق الأمر من الموكل بالوكالة يتقيد بالمتعارف لأن التصرفات تتقيد بمواقع الحاجات، والمتعارف البيع بثمان المثل والنقود، ولأجل تقيد التصرفات بمواقعها يتقيد التوكيل بشراء الفحم والحمد - أي ما جمد من الماء - والأضحية بزمان الحاجة. انتهى من نتائج الأفكار ٧٧ / ٨، بتصرف.

(٥) الجمد: بفتح الميم وسكونها ما جمد من الماء، وهو نقيض الذوب، انظر: لسان العرب ١٢٩ / ٣.

(٦) أي أن شراء الفحم عند التوكيل به يتقيد بأيام البرد، والحمد بأيام الصيف، والأضحية بأيام النحر.

فاحش من وجهه، هبة من وجهه^(١) وكذا المقايضة^(٢) بيع من وجهه، شراء من وجهه^(٣)، فلا يتناوله مطلق اسم البيع^(٤) ولهذا لا يملكه الأب والوصي^(٥).

وأجاب عن ذلك^(٦): بأن التوكيل مطلق/ فيجري على إطلاقه في غير (١٥٩/ب) موضع التهمة، والبيع بالعين^(٧) أو بالغبن الفاحش متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن، والتبرم من العين والمسائل^(٨) ممنوعة على قول أبي حنيفة^(٩) على ما هو المروي عنه، وأنه^(١٠) بيع من كل وجه^(١١) حتى إن من حلف لا يبيع يحنث به غير أن الأب والوصي لا يملكانه^(١٢) مع أنه بيع؛ لأن ولايتهما نظرية^(١٣)،

(١) قال شارحو الهداية عند هذه العبارة: ولهذا لو باع مريض بالغبن الفاحش يعتبر من الثلث، والأب والوصي لا يملكان البيع بالغبن الفاحش. انظر: العناية ٧٨/٨، البناية ٣٢٨/٨، نتائج الأفكار ٧٧/٨.

(٢) هي البيع بالعرض، يعني بيع عرض بعرض. كذا في المغرب ٢/٢٠٢.

(٣) لأنه من حيث أن فيه إخراج السلعة من الملك بيع، ومن حيث أن فيه تحصيل السلعة في الملك شراء، وهو وكيل بالبيع لا بالشراء. العناية ٧٨/٨.

(٤) أي فلا يتناول البيع بغبن فاحش وبيع المقايضة مطلق اسم البيع، نتائج الأفكار ٧٧/٨.

(٥) وذلك أن المطلق ينصرف إلى الكامل. العناية ٧٨/٨.

(٦) أي صاحب الهداية أجاب عن تعليقات أبي يوسف ومحمد.

(٧) أي العرض.

(٨) أي مسائل شراء الفحم والجمد والأضحية.

(٩) أي ليست بمسئمة على قول أبي حنيفة، بل هي مروية عن أبي يوسف على ذلك وجهه، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فهي على إطلاقها، كذا في العناية ونتائج الأفكار ٧٨/٨.

(١٠) أي البيع بالغبن والعين.

(١١) هذا جواب عن قولهما سابقاً لأنه بيع من وجهه وهبة من وجهه.

(١٢) جواب عما يقال: لو كان ذلك بيعاً من كل وجه لملكه الأب والوصي. البناية ٣٢٩/٨.

(١٣) أي ولايتهما على الصغير نظرية أي بشرط النظر في أمر الصغير بالشفقة وإيصال النفع إليه. نتائج الأفكار ٧٩/٨.

ولا نظر فيه^(١).

والمقايضة شراء من كل وجه، ويبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما^(٢)، ويجاب عن قوله: إن التوكيل مطلق فيجري على إطلاقه بأن المعروف كالمشروط^(٣) فيقيد العرف إطلاق التوكيل كما إذا شرط ذلك في العقد، فإن العرف يقيد التوكيل كما يقيد اليمين^(٤).

وأما قوله: والبيع بالعين أو الغبن الفاحش متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم من العين، فليس مقتضاه الجواز مطلقاً، وإنما مقتضاه الجواز عند شدة الحاجة إلى الثمن بالمثل، لا بالعرض الذي قد لا يحتاج إليه الموكل ولا بأقل من القيمة عند القدرة على بيعه بها.

فالدليل أخص من المدلول ففسد الاستدلال، وهذا مما يمكن الوكيل معرفته بالقرائن من حال الموكل فلا يعارض العرف العام إلا بدليل.

وأما قوله: والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله على ما هو المروي عنه.

فالإلزام قوي والتزامه على رواية ضعيفة، وكيف يقال بعدم تقييد شراء

(١) أي في البيع بغبن فاحش.

(٢) جواب عن قولهما: وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه، وقوله: حد كل واحد منهما، يعني: مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب، وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه. العناية ٧٩/٨، البناء ٣٣٠/٨.

(٣) انظر: إعلام الموقعين ٢/٤١٤.

(٤) وذلك أنه قال سابقاً: حتى أن من حلف لا يبيع يحنت به... إلخ.

الأضحية بأيام العيد ولزوم شرائها على الموكل بعد العيد أو في السنة الثانية، والعرف يأبى ذلك .

وأما قوله: إنه بيع من كل وجه - يعني البيع بالغبن الفاحش - حتى إن من حلف لا يبيع يحنث به .

فجوابه: أن العرف يفرق بين الحلف عليه والتوكل به، فإن من حلف أن لا يبيع عنده^(١) فمراده أن لا يخرج عن ملكه بعوض من غير تعرض لقلّة العوض أو كثرته بخلاف التوكيل ببيعه فإن مراده ببيعه بقيمته أو بدونها بما يتغابن في مثله لا أن يبيع ما يساوي مثلاً ألف درهم بدرهم .

وهذا استعان على ذلك بالتوكيل وإلا فالبيع بالغبن الفاحش ما يعجز أحد عنه، ولا يحتاج فيه إلى الاستعانة بوكيل ولا غيره، فنفس الوكيل بالبيع قرينة دالة على إرادة الثمن قدر القيمة أو دونها بما يعسر الاحتراز عنه، هذا مقتضى التوكيل وإن تخلف بعض أفراد صوره بأن يكون الموكل متبرماً من المبيع بحيث لو عوض عنه أدنى العوض لرضي به، ولا يتمكن هو من فعل ذلك فاستعان بمن يفعله يلتزم في هذه الصورة، ولكن إطلاق البيع له بالثمن التافه الذي لا يرتضيه عاقل فيه نظر .

وإن كان الموكل متبرماً مما وكل ببيعه، كيف ولو باشر الموكل ذلك بنفسه لعدّ سفيهاً يجب استمرار الحجر عليه، وتجديد الحجر عليه لهذا السبب عند من يرى ذلك، وهو الصحيح لما يأتي في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى .

(١) كذا في النسختين ولعل الصواب: ما عنده .

وأما قوله: (والمقايضة شراء من كل وجه، وبيع من كل وجه؛ لوجود حد كل واحد منهما).

فجوابه: كيف يوصف بالشيء وضده في حالة واحدة، فإنه إذا كان بيعاً من كل وجه امتنع أن يكون شراء من وجه ما فضلاً عن كل وجه، وقد أجاب السغناقي في شرحه عن هذا الإيراد: بأن ذلك إنما يمتنع إذا كان وصفه بالضدين في حالة واحدة.

أما إذا كان باعتبار حالين فلا منافاة^(١)، ولا يقوى هذا الجواب فإنه يلزم منه التسليم للمدعي من حيث لا يشعر لأنه إذا كان بيعاً من كل وجه في هذه الحالة وشراء من كل وجه في حالة أخرى صدق عليه أنه شراء من وجه لا محالة باعتبار تلك الحالة التي هو فيها شراء من كل وجه^(٢) والله أعلم.

فصل:

قوله: (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: المرتد إذا قتل على رده والحرابي كذلك)^(٣).

في تخصيص قولهما نظر، فإن هذا حكم مجمع عليه، وقد أجاب

(١) يعني أنه بيع من كل وجه بالنسبة إلى غرض نفسه، وشراء من كل وجه بالنسبة إلى غرض صاحبه، وانظر: كلام السغناقي في نتائج الأفكار ٨ / ٨١، البناء ٨ / ٣٣٠.

(٢) يعني وإذا كان كذلك فإن المدعي يعيد قوله من أن البيع بغبن فاحش والمقايضة لا يتناولها مطلق اسم البيع كما تقدم في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وإلزامهما بذلك أبا حنيفة رحمه الله.

(٣) أي لا يجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله.

السغناقي عن هذا: بأن الإشكال إنما يرد على قولهما؛ لأن تصرفات المرتد بالبيع والشراء نافذة، وإن قتل على درته عندهما^(١) بناءً على الملك ولكن تصرفاته على ولده موقوفة بالإجماع^(٢)، والحربي أبعد من الذمي^(٣) فتخصيصهما^(٤) بالذكر وهم، والله أعلم.

* * *

(١) كأنه يقول: فلما تركا أصلها في نفوذ تصرفات المرتد خص قولها بالذكر. انظر: العناية ٨/

١٠٥.

(٢) أورد هذا الجواب في نتائج الأفكار ٨/ ١٠٥، والبنية ٨/ ٣٥٣.

(٣) يعني إنه إذا كان الذمي قد سلبت ولايته فالحربي أولى بذلك لأنه أبعد من الذمي.

(٤) أي تخصيص أبي يوسف ومحمد.

باب الوضالة بالخصومة والقبض

قوله: (والوكيل بقبض الثمن^(١) يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفة حتى لو أقيمت عليه^(٢) البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده^(٣) إلى آخره).

قولهما^(٤) أظهر، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله^(٥).

[١٦٠/أ] وقد ذكر المصنف / من التعليل أن القبض غير الخصومة^(٦)، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات، فلم يكن الرضا بالقبض رضاً بها^(٧)، ولأبي حنيفة رحمه الله أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضي بأمثالها^(٨) إذ قبض

(١) بخلاف الوكيل بقبض العين فإنه لا يكون وكيلاً بالخصومة كما ذكره صاحب الهداية بعد ذلك.

(٢) أي على الوكيل.

(٣) أي عند أبي حنيفة.

(٤) أي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه لا يكون خصماً وعليه فلا تقبل بينة الخصم، وثمرة الخلاف هي قبول البينة على قول أبي حنيفة في أنه يكون خصماً، وهي التي أشار إليها في الهداية بقوله: حتى قول أقيمت عليه البينة . . . وعلى قولهما لا تقبل.

(٥) ذكره في الهداية ٣ / ١٦٧، والكاساني في البدائع ٦ / ٢٧.

(٦) يعني فلا يكون وكيلاً بهما.

(٧) أي بالخصومة.

(٨) يعني لا بأعيانها.

الدين نفسه لا يتصور^(١) إلا أنه^(٢) جعل استيفاء لعين حقه من وجه فأشبهه الوكيل بأخذ الشفعة^(٣) إلى آخره .

ويجاب عن هذا بما تقدم من تقييد العرف فكأنه وكله في القبض دون الخصومة، وهو لو صرح بذلك تقيدت به الوكالة، فكذا إذا أطلق، والقول بأن الديون تقضى بأمثالها بمعنى أن الدين يبقى في ذمة المديون لا يقضي عنه ما دفعه إلى رب الدين^(٤) بدينه بل يبقى في ذمة رب الدين للمديون ما دفعه إليه قضاءً عن دينه^(٥)، وإنما تسقط المطالبة مع شغل ذمة كل منهما لصاحبه بدينه، وظهور ثمره ذلك فيما إذا أبرأ أحدهما الآخر مما له عليه حيث يجوز للآخر مطالبته بماله عليه، فيما إذا كان بالدين رهن فهلك بعد قبض الدين حيث يرد

(١) لأنه وصف ثابت في الذمة .

(٢) هذا استثناء من قوله : لأن الديون تقضى بأمثالها، والضمير في أنه يراد به قبض المثل .

(٣) يعني أنه يكون خصماً فكذا في مسألتنا .

(٤) وذلك أن الذي دفعه المديون إلى رب الدين إنما هو مثل دينه لا عينه، فلا تبرأ ذمته منه إلا أن الذي منع المطالبة من رب الدين هو هذا المثل الذي أخذه من الديون بدلاً عن عين ماله ؛ لأن الديون عنده تقضى بأمثالها لا بأعيانها، فلما صارت ذمة كل واحد مشغولة بماله عند صاحبه التيقا فلا مطالبة، ولقائل أن يقول : المؤدى واحد على قول أبي حنيفة وقول غيره فما فائدة الخلاف .

فالجواب : أن هناك ثمرة ظاهرة تجعل الخلاف جوهرياً وهي ما يسذكره صاحب التنبيه من مسألة الإبراء ومسألة الرهن .

(٥) بمعنى أن ما قبضه رب الدين من المديون يصير مضموناً عليه وله على الغريم مثله فيلتقيان قصاصاً، نتائج الأفكار ٨/ ١١٠، وقوله : فيلتقيان قصاصاً هو معنى قول صاحب التنبيه، وإنما تسقط المطالبة مع شغل ذمة كل منهما لصاحبه بدينه .

ما قبضه وفاءً عن دينه، ويصير الرهن الهالك بالدين، وسيأتي الكلام على ذلك في الرهن إن شاء الله تعالى، قول مشكل^(١).

وإنما يدل الشرع على أن من وفى دينه برئت ذمته، وإذا قضى المديون ما عليه كان رب الدين قد قبض ما يستحقه عليه ولم يكن قد أخذ غير حقه بل قد قبض عين حقه فإن الواجب في ذمته دفع المقدار الذي اقترض نظيره أو اشترى به شيئاً أو نحو ذلك وقد أتى به.

ولا يقال: إن المديون يجب عليه شيء لا يمكن الوصول إلى أدائه، وإنما يقدر على الإتيان بغيره وتسمية القدر الذي يصير متعيناً بالدفع قبل أدائه ديناً لا يلزم منه أن يكون بدلاً عنه؛ لأنه بدل عما اقترضه أو اشتراه [لا بدل بدله]^(٢)، وقد تقدم في كلام المصنف في كتاب الكفالة في استدلاله لأبي حنيفة على القول بعدم جواز الكفالة بالدين عن الميت المفلس أن الدين هو الفعل حقيقة.

ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال؛ لأنه يؤول إليه في المال، وتقدم الكلام معه في ذلك، فكيف يقال: إن الدين باقٍ في ذمته، وهو الفعل حقيقة، وقد فعله، وإذا ثبت ذلك فلا يكون من استوفى دينه مستوفياً لعين حقه من وجه، بل من كل وجه، ولم يبق له عليه حق، ولهذا لو حلف بعد الوفاء أنه لم يبق مستحق عليه حقاً كان صادقاً، ولو كانت ذمة كل منهما مشغولة بدين الآخر كان كاذباً؛ لأن كلا منهما عندكم مستحق في ذمة الآخر

(١) هذه جملة خبرية طال فصلها عن مبتدئها وهو قوله سابقاً: والقول بأن الديون تقضى بأمثالها... إلخ.

(٢) الزيادة من: ع.

نظير ما يستحقه الآخر في ذمته لكن تمتنع المطالبة قصاصاً، وإذا كان ذلك عين حقه من كل وجه صار كالوكالة بقبض العين فلا يكون وكيلاً بالخصومة .

وأيضاً فمن دفع زكاة ماله كان ذلك عين ما وجب في ذمته ، ولا يقال عن الخمسة التي دفعها عن المائتين مثلاً أن ذلك بدل عما في ذمته ، ولا أن الصلاة التي صلاها بدل عما في ذمته ، ولا الصوم ولا الحج ، بل ذلك هو الواجب في ذمته بعينه ، ولهذا قال بعض المشايخ : إن رب الدين إذا قبض دينه ثم أبرأ المديون منه بعد قبضه أنه لا يرجع عليه بشيء ، وهذا هو الحق فإن الإبراء لم يفد شيئاً ؛ لأنه لم يبق له عليه شيء يبرئه منه فكان لغواً .

* * *

كتاب الدعوى

قوله: (لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة، والترفع من الصادقة)^(١).

في الترفع عن اليمين الصادقة نظر، فإنها عبادة فكيف يترفع عنها، وسيأتي لذلك زيادة بيان إن شاء الله تعالى.

قوله: (ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال)^(٢) فيجري فيها البذل بخلاف الأنفس، فإنه لو قال: اقطع يدي. فقطعها، لا يجب الضمان^(٣) فهذا^(٤) إعمال للبذل^(٥) إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة، وهذا البذل^(٦) مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للأكلة، وقلع الضرس للوجع).

(١) هذا تعليل لمذهب الشافعي رحمه الله في نكول المدعى عليه عن اليمين، لا يقضي به بل ترد اليمين على المدعي، فإن حلف أخذ حقه، كذا في الأم ٧/٧٧، ٧٨، بخلاف مذهب أبي حنيفة فإن مجرد نكول المدعى عليه كاف في إلزامه ما ادعى عليه.

(٢) تعليل لقول أبي حنيفة رحمه الله فيمن ادعى قصاصاً على غيره فجحدته: استحلف ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص . . . إلخ.

(٣) أي على القاطع.

(٤) أي عدم وجوب الضمان.

(٥) أي في الأطراف.

(٦) أي الذي بالنكول.

اعتبار الأطراف بالأموال في جريان البذل فيها لقطع الخصومة وافتداء اليمين في غاية البعد، فإنها لا تخلف، والأموال تخلف، والألم الحاصل بقطع الطرف، وخوف سرايته إلى النفس فوق ضرر فوت المال، ولهذا كانت المصيبة في الأموال دون المصيبة في الأبدان، وليس له تصرف في لحم نفسه ودمه إلا لمصلحة مداواة لما نذكر عن قريب إن شاء الله تعالى.

ولا يصح الاستشهاد له بما لو قال له: اقطع يدي. فقطعها، حيث لا يجب الضمان، فإن ذلك لم يكن لصحة البذل حتى يقال إنه بمنزلة بذل المال فإن التفاوت الذي بين الأطراف والأموال لا يخفى، بل لأن موجب القطع العمدة القصاص، والإذن شبهة مانعة من القصاص؛ لأنه قد رضي بإسقاط حقه منه بإذنه له في/ القطع ولا ينقلب مالا لأن الشبهة جاءت من قبل من له الحق، فمنعت من وجوب المال ولهذا لم يختص ذلك بالأطراف.

بل من قال لغيره: اقتلني. ففعل، فلا قصاص ولا دية، في رواية، وفي أخرى تجب الدية، لتعلق حق الوارث بها، فلا يعمل إذنه في إسقاطها، وفي أخرى يجب القصاص^(١) وهو قول زفر- لتعلق حق الوارث به كما تقدم- ولا كذلك الأطراف، لأنه هو المستحق للقصاص أو الدية.

وأيضاً فإن بذل الطرف بغير حق حرام، واليمين الصادقة عبادة، وبينهما من التفاوت كما بين السماء والأرض، ولا يجوز التعويض عن

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ١٨٠، العناية ونتائج الأفكار ٨/ ١٩١، وجه روايتي الدية والقصاص أنه لا يجري البذل في الأنفس كجريانه في الأطراف، وعلى القول بجريان البذل في الأنفس فإنه لا قصاص ولا دية، لكن المذهب على عدم جريان البذل في الأنفس وأنها بخلاف الأطراف، انظر المصادر المذكورة، والاختيار ٢/ ١١٣.

الطاعة بالمعصية .

وأما من يترك اليمين لثلاث يتهم بأنه حلف كاذباً فيترفع عن اليمين الصادقة خوفاً من ذلك فهذا قد يبيح بذل المال الذي يجوز بذله في المباح ، وسيأتي ما فيه من النظر في كتاب الصلح إن شاء الله تعالى .

ولا يجوز بذل الأطراف في تحصيل المباح^(١) ، وقياس ذلك على قطع اليد للأكلة ، وقلع الضرس للوجع لا يصح ؛ لأن قطع اليد للأكلة يمنع السراية إلى النفس ، وقلع الضرس للألم ، للخوف من الزيادة المفضية إلى ما هو شر من قلعه ، فكان ذلك من باب إفساد البعض لإصلاح الكل ، وارتكاب الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعلى ، وهذا معنى صحيح معتبر عقلاً وشرعاً ، ودفع الخصومة ببذل الطرف ، عكسه دفع أدنى الضررين بارتكاب أعلاها ، بل هو ارتكاب ضرر مجرد عن دفع ضرر آخر ؛ لأنه لا ضرر في اليمين كما تقدم ، فكيف يقاس عليه دفع الخصومة الذي يمكن تحصيله باليمين الصادقة .

قوله : (ولا فرق في الظاهر^(٢) بين الخامل^(٣) والوجيه^(٤) والحقير^(٥) من المال والخطير^(٦)) .

(١) وهو دفع الخصومة .

(٢) أي في ظاهر الرواية ، انظر : نتائج الأفكار ٨/١٩٣ ، البنائة ٨/٤١٨ .

(٣) أي ساقط القدر .

(٤) أي الذي له وجهته وقدره بين الناس .

(٥) أي ليس له قدر في الاتصاف بالمالية .

(٦) الشريف من المال الذي له كثرة .

الفرق أظهر، فإن في الإلزام بالتكفيل بالنفس ضرراً^(١) به، ولهذا قال أبو حنيفة فيما إذا قسم ميراث بين غرماء أو ورثة بالبينة، ولم ينف غيرهم أنه لا يؤخذ منهم كفيل، وسمى ذلك جوراً^(٢)، فلا ينبغي أن يلزم بالتكفيل إلا عند ظهور قرينة يغلب على الظن معها خوف الغيبة عن الحضور لأجل خصمه.

قوله: (وقيل في زماننا إذا ألحَّ الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلّة المبالاة باليمين بالله تعالى).

يعني بالطلاق والعتاق، ولا ينبغي أن يلتفت إلى هذا القول، فإنه قد صح عن النبي ﷺ النهي عن الحلف بغير الله^(٣)، ولهذا كان السلف يعزرون من يحلف بالطلاق، وقد روي عن ابن مسعود رضي الله عنه، أنه قال: «لأن أحلف بالله كاذباً أحب إليّ من أن أحلف بغير الله صادقاً»^(٤).

(١) يعني مسألة ما إذا قال المدعي: لي بينة حاضرة، فإنه يقال لخصمه: أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام. الهداية ١٧٧/٣، والخامل والوجيه والحقير من المال والخطير كل ذلك سواء في التقدير بهذه المدة.

(٢) انظر: الهداية ١٢٤/٣.

(٣) روى البخاري في صحيحه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «ألا إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم، من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت». كتاب الأيمان والنذور - باب لا تحلفوا بأبائكم - فتح الباري ١١/٥٣٠، ورواه مسلم في صحيحه - أيمان - حديث رقم ١٦٤٦.

(٤) رواه الطبراني في الكبير برقم ٨٩٠٢، وقال في مجمع الزوائد ٤/١٧٧: رواه الطبراني في الكبير، ورجاله رجال الصحيح، وهو عند ابن أبي شيبة في المصنف ٣/٤٨٠، وصححه في الإرواء ٨/١٩١.

وذلك أنه إذا حلف بالله كاذباً فقد جمع سيئة الكذب مع حسنة التوحيد،
وإذا حلف بغيره صادقاً فقد جمع مع الصدق سيئة الشرك، والتوحيد أعظم
الصدق، والشرك أعظم الكذب. والله أعلم.

* * *

باب التحالف

قوله : (فأما بعد القبض فمخالف للقياس ؛ لأن المشتري لا يدعي شيئاً لأن المبيع سالم له ، فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن^(١) ، والمشتري ينكر فيكتفي بحلفه^(٢) ، لكننا عرفناه بالنص ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وتراداً» .

فيه نظر من وجهين :

أحدهما : قوله : فأما بعد القبض فمخالف للقياس ؛ لأنه ليس في الشرع ما هو على خلاف القياس الصحيح كما تقدم في السلم وغيره ، وهنا لجريان التحالف وجه صحيح على تقدير صحة ورود التحالف ؛ وهو أن الاختلاف في قدر الثمن أو قدر المبيع يكون اختلافاً في نفس العقد ؛ لأن البائع إذا ادعى أن البيع كان بعشرين ، وادعى المشتري أنه بعشرة مثلاً ، فقد ادعى كل منهما عقداً أنكره الآخر ؛ إذ العقد بعشرين غير العقد بعشرة ، فكان كل منهما منكراً من وجه ، فجرى التحالف لذلك^(٣) فاستوى ما بعد القبض وما قبله وهذا هو قول محمد رحمه الله ، والمصنف قد ذكر هذا فيما بعد ، فقال : خلافاً لمحمد ؛ لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً^(٤) .

(١) في النسختين : الدين . وهو خطأ ، والتصويب من المطبوع .

(٢) أي كان القياس أن يكتفي بحلفه .

(٣) انظر : المغني ٤ / ٢١٢ .

(٤) انظر : الهداية ٣ / ١٨٤ .

الثاني : قوله في الحديث : «تحالفا وترادا» ، فإن هذا اللفظ غير ثابت ، وإنما لفظه : «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما يقول صاحب السلعة أو يترادان» أخرجه أحمد^(١) وأبو داود^(٢) والنسائي^(٣) وزاد فيه ابن ماجه «والمبيع قائم بعينه»^(٤) .

وكذلك لأحمد في رواية : «والسلعة كما هي»^(٥) ، والحديث ضعيف ، ولكن العمل عليه عند أهل العلم ، هكذا قاله ابن عبد البر^(٦) ، وحكى ابن قدامة في المغني : أنه ورد في بعض طرقه : «أنهما يتحالفتان» ولم يعزها إلى شيء من كتب الحديث^(٧) .

* * *

(١) المسند ١ / ٤٦٦ .

(٢) في سننه - بيوع - باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم - ٣ / ٢٨٥ .

(٣) في سننه - بيوع - باب اختلاف المتبايعين في الثمن - ٧ / ٣٠٢ .

(٤) سنن ابن ماجه - تجارات - باب البيعان يختلفان - ٢ / ٧٣٧ .

(٥) المسند ١ / ٤٦٦ ، والحديث في صحيح النسائي ٣ / ٩٦٢ رقم ٤٣٣٣ .

(٦) انظر : التمهيد ٢٤ / ٢٩٣ ، وعبارته فيه : هذا الحديث وإن كان في إسناده مقال من جهة الانقطاع مرة ، وضعف بعض نقلته أخرى ، فإن شهرته عند العلماء بالحجاز والعراق تكفي وتغني اهـ .

(٧) انظر : المغني ٤ / ٢١٢ .

باب ما يطعمه الرجلان

قوله: (وحدث القرعة كان في الابتداء^(١) ثم نسخ)^(٢).

زاد السغناقي في شرحه: أن استعمال القرعة كان في وقت كان القمار مباحاً^(٣)، وفيه نظر؛ بل لا زال القمار محرماً، ولا/ زالت القرعة مشروعة، قال تعالى عن يونس عليه السلام: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾^(٤)، وقال تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرِيماً﴾^(٥).

وقال أحمد بن حنبل: في القرعة خمس سنن: أقرع بين نسائه^(٦)، وأقرع في ستة مملوكين^(٧)، وقال ﷺ لرجلين: «استهما»^(٨).

(١) أي في ابتداء الإسلام.

(٢) هذا جواب صاحب الهداية عن حديث القرعة الوارد من جهة المخالف.

(٣) يعني ثم انتسخ بحرمة القمار. انظر: العناية ٨ / ٢٤٦.

(٤) سورة الصافات، الآية: ١٤١.

(٥) سورة آل عمران، الآية: ٤٤.

(٦) تقدم ذلك في كتاب العتاق ص ٤٦.

(٧) تقدم تخريجه في كتاب العتاق ص ٤٢.

(٨) عن أم سلمة رضي الله عنها قالت: كنت عند النبي ﷺ فجاءه رجلان يختصمان في ميراث بينهما وليس لواحد منهما بيعة، وقال كل واحد منهما لصاحبه: يا رسول الله حقي هذا الذي طلبته من فلان، قال: لا، ولكن اذهبا فتوخيا الحق ثم استهما ثم اقتسما ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه.

أخرجه أحمد: ٦ / ٣٢٠، وأبو داود-أقضية-باب في قضاء القاضي إذا أخطأ، والدارقطني ٤ / ٢٣٩، والحاكم ٤ / ١٠٧، والبيهقي ٦ / ٦٦، وحسنه في الإرواء ٥ / ٢٥٢.

وقال ﷺ : « مثل القائم على حدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة»^(١)، وقال عليه الصلاة والسلام: « لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول لاستهموا عليه»^(٢) انتهى^(٣)، وفي حديث الزبير «أن صفية^(٤) جاءت بثوبين ليكفن فيهما حمزة رضي الله عنه فوجدنا إلى جنبه قتيلاً، فقلنا لحمزة ثوب، وللأنصاري ثوب، فوجدنا أحد الثوبين أوسع من الآخر، فأقرعنا عليهم، ثم كفنا كل واحد في الثوب الذي طار له»^(٥).

وتشاح الناس يوم القادسية في الأذان، فأقرع بينهم سعد^(٦)، وأجمع العلماء على استعمالها في القسمة^(٧).

وقال صاحب المغني: ولا أعلم بينهم خلافاً في أن الرجل يقرع بين نسائه إذا أراد السفر بإحدهن، وإذا أراد البداء بالقسمة بينهما وبين الأولياء إذا تساوا وتشاحوا في من يتولى التزويج، أو من يتولى استيفاء القصاص

(١) تقدم تخريجه في كتاب العتاق ص ٤٦.

(٢) رواه البخاري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه - أذان - باب الصف الأول - فتح الباري ٢٠٨/٢.

(٣) انظر: المغني ٩/ ٣٦٣، الطرق الحكيمة ٢٨٩.

(٤) هي بنت عبد المطلب أخت حمزة رضي الله عنهما.

(٥) رواه أحمد ١/ ١٦٥، وفيه بدل قوله: «طار له»، «صار له»، بالصاد المهملة.

(٦) ذكره البخاري في صحيحه مع الفتح - الأذان - باب الاستهام في الأذان - ٢/ ٩٦ معلقاً بصيغة التمریض، وأخرجه البيهقي ١/ ٤٢٨، ٤٢٩، وأعله ابن حجر في الفتح ٢/ ٩٦ بالانقطاع.

(٧) انظر: المغني ٩/ ٣٦٣، فقد نقل المؤلف عنه ما تقدم من مشروعية القرعة والأدلة عليها.

وأشبه هذا^(١)، وما أجيب به عن ذلك من أن القرعة لتطيب القلوب^(٢) يرده الإقراع في الإعتاق، وقد أخرجه مسلم وأهل السنن كما تقدم ذكره في باب عتق أحد العبدین، ولم يرد ما ينسخه^(٣).

قوله: (ولو قضى بالتناج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على التناج يقضي له^(٤))، إلا أن يعيدها^(٥) ذو اليد^(٦)؛ لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية^(٧).

فيه نظر، ولا ينبغي أن يقضي للثالث والحالة هذه؛ لأن ذا اليد قد أقام بينة على التناج عنده، فالزمه بإعادة بيئته اشتغال بما لا يفيد، لأنها لا تفيد القاضي زيادة على ما عنده من العلم.

وقد قال أبو حنيفة: إن من غسل إحدى رجله في الوضوء، وأدخلها في الخف ثم غسل الأخرى، وأدخلها الخف أنه لا يحتاج أن ينزع الأولى^(٨) ثم

(١) انظر: المغني ٩ / ٣٦٣.

(٢) كذا ذكره في المبسوط ٧ / ٧٦، وفي فتح القدير ٤ / ٤٩٣، وقد تقدم ذلك في كتاب العتاق ص ٤٧.

(٣) انظر ص ٤٢.

(٤) أي للثالث.

(٥) أي البينة.

(٦) أي فحينئذ يقضى له.

(٧) قال شراح الهداية في ذلك: لأن المقضي به الملك، وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقضي ثبوته في حق آخر، فإن أعاد ذو اليد بيئته قضى له بها تقدماً لبيئته على غيره، انظر:

العناية ونتائج الأفكار ٨ / ٢٦٨، البناية ٨ / ٤٩٣.

(٨) يعني عندما يريد أن يتوضأ مرة أخرى بعد حدث.

يعيدها كما قال الشافعي^(١) رحمه الله، وقال: لأنه اشتغال بما لا يفيد^(٢) وهنا أولى لأن الطهارة لا تتجزأ، وقبل التكميل لا يكون متطهراً فلم يصدق عليه أنه أدخلها طاهرتين، ومع هذا لم يكلفه النزاع، وهنا المراد من إقامة البينة إظهار الحجة، وقد ظهرت بعد دعوى صحيحة فلا فائدة في إعادتها.

* * *

(١) انظر قوله في: الأم / ١ / ٩٢، الروضة / ١ / ٢٣٧.

(٢) انظر: المبسوط / ١ / ٩٩، ١٠٠، العناية / ١ / ١٤٦، البناية / ١ / ٥٦٣، فتح القدير / ١ / ١٤٧.

باب طعوه النسب

قوله: (وهذا^(١) يصلح مخرجاً^(٢) على أصله^(٣) فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك^(٤) فيقطع دعواه^(٥) إقراره بالنسب لغيره^(٦)).

يعني أن من باع ولد أمته وخاف المشتري أن يدعي البائع نسبه بعد إقراره ببيعه، وهو ممن يمكن ثبوت نسبه منه، وأراد المشتري على أن لا يصح من البائع الدعوة لنسبه بعد ذلك، فالحيلة أن يقول البائع: إن هذا ابن عبدي فلان الغائب أو الميت أو فلان الأجنبي الغائب وهذه الحيلة من الحيل الفاسدة المحرمة، فإن الحيل ثلاثة أنواع^(٧):

(١) أي إقرار البائع بنسب ما باعه لغيره.

(٢) أي حيلة.

(٣) أي على أصل أبي حنيفة.

(٤) أي يخاف المشتري على الولد الدعوة بعد ذلك من البائع.

(٥) أي دعوى البائع.

(٦) صورته: رجل في يده صبي وكُد في ملكه وهو يبيعه، ولا يأمن المشتري أن يدعيه البائع يوماً فينتقض البيع، فيقر البائع بكون الصبي ابن عبده الغائب حتى يأمن المشتري من انتقاض البيع بالدعوى.

(٧) قد بسط الكلام في إعلام الموقعين عن الحيل وأنواعها بما فيه كفاية فطالعه في الجزء الثاني والثالث، وذكر في الجزء الثالث ص ٢٤١، تقسيم الحيلة إلى الأحكام الخمسة، وانظر أيضاً: كتاب «إقامة الدليل» لشيخ الإسلام وهو من ضمن الفتاوى الكبرى في المجلد الثالث.

جائزة وغير جائزة، ومختلف في جوازها، وهذه الحيلة يجب أن تكون من الحيل المتفق على تحريمها وأن يحجر على المفتي الذي يفتي بها فإن الكذب محرم في جميع الشرائع، فلا يجوز أن يقول: إن هذا ولد فلان من غير دليل، ولا يجوز الإقدام على الكذب، ولا الإقدام على تعليمه، ولا على تعلمه.

وليس هذا مما استثني بل هو من باب فتوى المرأة بأن تتردد لتحريم على زوجها أو بأن تقبل^(١) ابن زوجها لذلك كما قد وقع في ذلك من قل فهمه، وينبغي أن يحمل كلام المصنف هنا على أن ذلك لو وقع يصلح مخرجاً من هذا المحذور؛ لا أن يجوز الإقدام عليه، ولكن ظاهر كلامه مشكل مع أن المسألة من أصلها قول الصاحبين فيها أقوى^(٢).

قوله: (وقد صح أن النبي ﷺ قبل شهادة القابلة على الولادة).

عن حذيفة رضي الله عنه «أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة» أخرجه الدارقطني^(٣) والبيهقي^(٤)، وقال الدارقطني: محمد بن عبد الملك لم يسمعه من الأعمش، بينهما رجل مجهول، وهو أبو عبد الرحمن

(١) كذا في النسختين ولعل الصواب: «تُمْكَنُ»؛ لأن مجرد القبلة لا تحرمها على زوجها، وفي إعلام الموقعين ٣/ ٢٤٣، ورد بلفظ: التمكين.

(٢) أصل المسألة المذكورة في الهداية هو: إذا كان الصبي في يد رجل فقال: هو ابن عبدي فلان الغائب، ثم قال: هو ابني، لم يكن ابنه أبداً وإن جحد العبد أن يكون ابنه، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا جحد العبد فهو ابن المولى، كذا في الهداية ٣/ ١٩٨.

(٣) في سننه ٤/ ٢٣٢.

(٤) في سننه ١٠/ ١٥١.

المدائني . انتهى^(١) .

ولو قال المصنف: ورد . كان أولى من قوله: صح، فأين الدليل على صحته، وإن كان العمل على قبول شهادة القابلة عند أكثر العلماء^(٢) لكن النقل أمانة .

* * *

(١) سنن الدارقطني الصفحة نفسها، ومثله قال البيهقي في السنن الصفحة نفسها، والحديث ضعفه الألباني في الإرواء ٨ / ٣٠٦ .

(٢) انظر: المحلى ٨ / ٤٨٢، المغني ٩ / ١٥٧، ١٥٨، نوادر الفقهاء للجوهري ص ٣١٢، الطرق الحكمية ص ١٥٤، ١٥٥، الجواهر النقي لابن التركماني مع البيهقي ١٠ / ١٥١ .